

**LAUDO ARBITRAL**

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
VALORES Y CONTRATOS S.A.- VALORCON S.A.**

**Vs.**

**EL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA- FINDETER**

**Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de 2016**

<b>1.</b>	<b>PARTES PROCESALES.....</b>	<b>4</b>
1.1.	EXISTENCIA, CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES.....	4
1.2.	CONVOCANTE .....	4
1.3.	CONVOCADA .....	4
<b>2.</b>	<b>CLÁUSULA COMPROMISORIA.....</b>	<b>5</b>
<b>3.</b>	<b>TRÁMITE ARBITRAL.....</b>	<b>6</b>
3.1.	DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS.....	6
3.2.	INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL.....	6
3.3.	ADMISIÓN DE LA DEMANDA .....	7
3.4.	LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.....	8
3.5.	LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS .....	8
3.5.1.	Pruebas practicadas en el proceso.....	8
3.5.1.1.	Documentales.....	8
3.5.1.2.	Testimoniales.....	8
3.5.1.2.1.	Declaraciones testimoniales .....	8
3.6.	TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO .....	9
<b>4.</b>	<b>LA CONTROVERSIA .....</b>	<b>10</b>
4.1.	LA DEMANDA PRESENTADA POR LA CONVOCANTE .....	10
4.1.1.	Hechos.....	10
4.1.2.	Pretensiones .....	12
4.1.2.1.	“Pretensiones principales”.....	12
4.1.2.2.	“Pretensiones principales consecuenciales”.....	12
4.1.2.3.	“Pretensión general” .....	13
4.2.	CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR PARTE DE LA CONVOCADA.....	13
4.2.1.	Los recursos del Contrato de Obra son recursos públicos.....	13
4.2.2.	El Contrato de Obra es un contrato a precios unitarios en el que se deben respetar las equivalencias entre los derechos y las obligaciones de las partes .....	13
4.2.3.	El principio de buena fe, proyección ética de la confianza en los contratos administrativos.....	14
4.2.4.	Excepción de la obligación de la buena fe en la ejecución de los contratos	14
4.2.5.	El Contrato de Obra es un contrato conmutativo .....	14
4.2.6.	Excepción de enriquecimiento sin causa o enriquecimiento injusto.....	14
4.2.7.	Excepción de los límites del principio según el cual el contrato es ley para las partes.....	15
4.3.	CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO .....	15
4.3.1.	Controversia versa sobre el precio de los Hidrantes.....	15
4.3.2.	Contrato a precios unitarios con adjudicación con base en cotización global	15
4.3.3.	Precios unitarios estaban sujetos a aprobación del Interventor .....	16
4.3.4.	Controversia tiene origen en observaciones del Interventor .....	16
4.3.5.	Obligaciones de indemnizar de la Convocada y quebrantamiento de la ecuación contractual.....	16
4.3.6.	Obligaciones de colaboración y responsabilidades de la Convocante .....	16
4.3.7.	Derecho de la Convocante a recibir remuneración justa y adecuada .....	16
4.3.8.	Ministerio público solicita negar las pretensiones .....	16
<b>5.</b>	<b>CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....</b>	<b>17</b>
5.1.	PRESUPUESTOS PROCESALES.....	17
5.2.	HECHOS PROBADOS .....	17
5.3.	ASUNTOS SOMETIDOS A CONSIDERACIÓN DEL TRIBUNAL .....	20
5.4.	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	20

5.4.1.	Pretensión principal: Incumplimiento del Contrato de Obra por parte de la Convocada .....	20
5.4.1.1.	Términos relevantes el Contrato de Obra .....	20
5.4.1.1.2.	Comentarios respecto de la propuesta económica .....	21
5.4.1.1.2.1.	Límite máximo y mínimo .....	21
5.4.1.1.3.	Sistema para determinar el valor del Contrato de Obra .....	22
5.4.1.1.4.	La determinación de los valores de la propuesta de la Convocante le competía a la Convocante y era de su exclusiva responsabilidad .....	22
5.4.1.1.5.	Los precios se convenían en el momento de suscripción del Contrato de Obra .....	24
5.4.1.1.6.	El Interventor no tiene facultades para modificar ni determinar los precios unitarios del Contrato de Obra .....	24
5.4.1.1.7.	Precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste .....	28
5.4.1.1.7.1.	Costos directos e indirectos .....	29
5.4.1.2.	Términos relevantes de la propuesta específica de la Convocante .....	30
5.4.1.3.	Revisión de la propuesta por parte de la Convocada .....	30
5.4.1.4.	Conclusiones del Tribunal sobre el incumplimiento del Contrato de Obra por parte de la Convocada .....	32
5.4.2.	Naturaleza pública de los recursos asociados al Contrato de Obra .....	32
5.4.2.1.	Conclusiones del Tribunal sobre la naturaleza pública de los recursos del Contrato de Obra .....	33
5.4.3.	Equivalencia entre los derechos y obligaciones de las Partes y derecho de la Convocante a recibir remuneración justa y adecuada .....	34
5.4.3.1.	Conclusiones del Tribunal sobre la equivalencia entre los derechos y obligaciones de las Partes .....	35
5.4.4.	El Contrato de Obra es un contrato conmutativo .....	35
5.4.4.1.	Conclusiones del Tribunal sobre el Contrato de obra es un contrato conmutativo .....	36
5.4.5.	El principio de buena fe, proyección ética de la confianza en los contratos administrativos y obligación de buena fe en la ejecución de los contratos .....	36
5.4.5.1.	Conclusiones del Tribunal sobre el principio de buena fe, proyección ética de la confianza en los contratos administrativos .....	40
5.4.6.	Enriquecimiento sin causa o enriquecimiento injusto .....	40
5.4.6.1.	Conclusiones del Tribunal sobre el enriquecimiento sin causa o enriquecimiento injusto .....	42
5.4.7.	Límites al principio según el cual el contrato es ley para las partes .....	43
5.4.7.1.	Conclusiones del Tribunal sobre los límites al principio según el cual el contrato es ley para las partes .....	45
5.4.8.	Obligaciones de colaboración y responsabilidades de la Convocante .....	45
5.4.8.1.	Consideraciones del Tribunal acerca de las obligaciones de colaboración y responsabilidades de la Convocante .....	45
5.4.9.	Sobre la imparcialidad del testigo .....	45
<b>6.</b>	<b>DE LA CONDENA EN COSTA Y SU LIQUIDACIÓN .....</b>	<b>46</b>
<b>7.</b>	<b>DECISIÓN .....</b>	<b>48</b>

## **LAUDO ARBITRAL**

El tribunal de arbitramento (el "Tribunal") constituido para dirimir en derecho las diferencias presentadas entre "VALORES Y CONCRETOS S.A" (la "Convocante") y "FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A ADMINISTRADORA Y VOCERA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA- FINDETER" (la "Convocada" y conjuntamente con la Convocante las "Partes"), por haberse cumplido y agotado las etapas procesales previstas en las normas que regulan el arbitramento, en especial la ley 1563 de 2012 y demás normas concordantes, no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, procede a proferir el presente laudo arbitral (el "Laudo"), por medio del cual se pone fin al proceso objeto de estas diligencias.

### **1. PARTES PROCESALES**

#### **1.1. EXISTENCIA, CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES**

1.1.1. Las Partes son personas jurídicas, regularmente constituidas y han acreditado en legal forma su existencia, representación, constitución y administración, mediante los documentos que, en relación con cada una, obran en el expediente;

1.1.2. Las Partes en su condición de personas jurídicas válidamente constituidas y debidamente representadas, tienen capacidad para transigir;

1.1.3. Las Partes comparecen al proceso arbitral representadas por abogados, según poderes especiales conferidos por las Partes y que obran en el expediente.

#### **1.2. CONVOCANTE**

La Convocante es una sociedad legalmente constituida mediante escritura pública número 2021 del 21 de agosto de 1992, otorgada en la Notaría 6 del Círculo de Barranquilla, Colombia tal como consta en el Certificado de existencia y representación legal que obra a folios 4 al 8 del Cuaderno Principal No.1, debidamente inscrita en la Cámara de Comercio de Barranquilla, con el registro mercantil número 47242.

#### **1.3. CONVOCADA**

La Convocada es una entidad sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, constituida mediante escritura pública número 3178 del 30 de septiembre de 1991, otorgada en la Notaría 11 del Círculo de

Bogotá, Colombia, tal como consta en el certificado expedido por la Superintendencia Financiera, el cual obra a folio 78 del Cuaderno Principal No.1

La Convocada actúa como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica FINDETER con NIT 830.055.897-7, en virtud del contrato de fiducia que obra en el expediente en folios 565 al 578 del Cuaderno de Pruebas No.1 (el "Patrimonio Autónomo").<sup>1</sup>

En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, corresponde al fiduciario, además de lo previsto en el acto constitutivo, "*llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente*".<sup>2</sup>

Por otra parte, el Código General del Proceso en el artículo 85 consagra la prueba de la existencia, representación legal o calidad en que actúan las partes, señalando que "*...con la demanda se deberá aportar la prueba de la existencia y representación legal del demandante y del demandado, de su constitución y administración, cuando se trate de patrimonios autónomos, o de la calidad de... administrador... de patrimonio autónomo en la que intervendrán dentro del proceso.*"

## **2. CLÁUSULA COMPROMISORIA**

La cláusula vigésimo segunda del Contrato de Obra dispone lo siguiente:

*"Cláusula compromisoria. Cualquier diferencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución o liquidación de este contrato que no sea posible solucionar directamente será dirimida por un Tribunal de Arbitramento*

---

<sup>1</sup> El Doctor Sergio Rodríguez Azuero en su libro "*Negocios Fiduciarios su significación en América Latina*" explica la naturaleza del patrimonio autónomo manifestando que éste no cuenta con personería jurídica. Sin embargo, "*...el patrimonio autónomo se ha reconocido como sujeto de derecho, capaz, por ende, de adquirir derechos y contraer obligaciones. Y ello, por consiguiente, tanto desde el punto de vista sustancial como para los efectos procesales, o sea, para concurrir como demandante o demandado en una controversia judicial.*" (RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. "*Negocios Fiduciarios su significación en América Latina*". Ed. Legis S.A., Colombia, primera edición, 2005, Pág. 212.)

<sup>2</sup> Al referirse a la capacidad de los patrimonios autónomos (en ese caso para ser socio de sociedades pero resulta plenamente aplicable al caso particular), el Doctor Rodríguez Azuero advierte que "*...el patrimonio autónomo actúa a través de la sociedad fiduciaria como vocera y titular, por lo que los derechos o acciones aparecerán a su nombre, seguido del fideicomiso respectivo con lo cual quedaría satisfecha la pretensión de que figurase como socio una persona, argumentando que, de alguna manera, se acepta ante la posición gremial.*" (RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. "*Negocios Fiduciarios su significación en América Latina*". Ed. Legis S.A. Colombia, primera edición, 2005 , Pág. 214.)

*designado por el director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, que se sujetará a las normas legales existentes sobre la materia de acuerdo a las siguientes reglas: a) Los árbitros serán elegidos de la lista de árbitros del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; b) El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros; c) La organización interna del Tribunal se sujetará a los reglamentos previstos para tal efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; d) El Tribunal decidirá en derecho; e) El Tribunal tendrá como sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Igualmente las partes aceptan expresamente que el Laudo Arbitral que se dicte será vinculante para ellas, en consecuencia, cada una de las partes involucradas mediante este Acuerdo se somete irrevocablemente a la jurisdicción de cualquier panel de arbitraje establecido en Bogotá de conformidad con las reglas previstas en la presente cláusula (...).”*

### **3. TRÁMITE ARBITRAL**

#### **3.1. DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS**

De conformidad con lo establecido en el pacto arbitral, el 27 de noviembre 2014, mediante la modalidad de sorteo público, se designó como árbitros para conformar el Tribunal a los abogados Daniel Rodríguez Bravo, Manuel Guillermo Sarmiento García y Hernando Cardozo Luna (Cuaderno Principal No. 1, folios 37 a 40), la que fue aceptada por los nombrados dentro del término legal (Cuaderno Principal No. 1, folios 45, 48 y 50).

#### **3.2. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL**

Designados los árbitros, en audiencia celebrada el 5 de febrero de 2015 que consta en el Acta No. 1, mediante Auto No. 1 se declaró legalmente instalado el Tribunal, se nombró como Presidente al doctor Daniel Rodríguez Bravo, como secretaria a la doctora Andrea Atuesta Ortiz, se fijó como lugar de funcionamiento y sede de la secretaría el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Chapinero, y para dar trámite al proceso, por Autos No. 1 y 2 de la misma fecha, se reconoció personería jurídica a los apoderados y se inadmitió la demanda arbitral con el fin de que la misma fuese subsanada en el término legal establecido para ello (Ver Autos Nos. 1 y 2 a folios 73 a 74 del Cuaderno Principal No. 1).

El 5 de febrero de 2015, el apoderado de FINDETER se opuso a la Instalación del Tribunal, radicó un escrito y el Tribunal mediante Auto No. 3 de la misma fecha, confirmó su decisión mediante Auto No. 1 y ordenó incorporar el escrito al expediente (Cuaderno Principal No. 1, folios 75 y 79 a 88).

El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá informó a la Doctora Andrea Atuesta Ortiz acerca de su designación como secretaria del presente trámite arbitral, la cual no fue aceptada y en consecuencia el día 16 de febrero de 2016 mediante Auto No. 3 se nombró en su reemplazo como secretaria a la

Doctora Patricia Zuleta García, la cual fue aceptada sin que las partes hicieran manifestación alguna sobre las revelaciones efectuadas por la secretaria dentro del plazo legal previsto para ello (Cuaderno Principal No. 1, folio 124).

### **3.3. ADMISIÓN DE LA DEMANDA**

3.3.1. El 12 de febrero de 2015, la apoderada de la Convocante presentó escrito de subsanación a la demanda arbitral en los términos ordenados por el Tribunal (Cuaderno Principal No. 1, folio 127);

3.3.2. El 10 de marzo de 2015 el Tribunal procedió con la admisión de la demanda arbitral, mediante Auto No. 4, ordenando notificar personalmente a la Convocada y correr el traslado respectivo (Cuaderno Principal No. 1, folios 125 a 126);

3.3.3. El 27 de marzo de 2015 tomó posesión la secretaria del Tribunal (Cuaderno Principal No. 1., folio 153), informó la instalación de este Tribunal al agente del Ministerio Público designado para intervenir en este trámite, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, remitiéndoles para tales fines los Autos, la demanda presentada por la Convocante y sus anexos (Cuaderno Principal No. 1, folios 155, 158, 160, 161, 162, 164 y 165);

3.3.4. El 4 de mayo de 2015, dentro del término legal, la Convocada presentó escrito de contestación de la demanda, en la que aceptó unos hechos y negó otros, se opuso a las pretensiones y propuso excepciones (Cuaderno Principal No. 1, folios 168 a 322);

3.3.5. El 13 de mayo de 2015, mediante Auto No. 5 se ordenó el traslado por el término de cinco (5) días de las excepciones propuestas por la Convocada (Cuaderno Principal No. 1, folio 325), oportunidad en la que la Convocante se opuso a las excepciones propuestas, y aportó y solicitó nuevas pruebas (Cuaderno Principal No. 1, folios 328 a 335);

3.3.6. El 3 de julio de 2015, mediante Auto No. 8 (Cuaderno Principal No. 1, folios 347 a 349), el Tribunal citó a audiencia de conciliación para el 15 de julio de 2015, se la declaró fracasada por el Tribunal mediante Auto No. 9 de esa misma fecha (Cuaderno Principal No. 2, folio 3). A continuación, el Tribunal procedió, mediante Auto No. 10, a fijar los honorarios de los árbitros y de la secretaria, gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y demás gastos y expensas del proceso. Las sumas decretadas por el Tribunal fueron entregadas por las partes al presidente del Tribunal en las proporciones y dentro de la oportunidad establecidas en la ley (Cuaderno Principal No. 2, folios 4 a 8).

### **3.4. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL**

El 25 de agosto de 2015 tuvo lugar la primera audiencia de trámite, oportunidad en la que el Tribunal, mediante Auto No. 12, se declaró competente para conocer y decidir las diferencias existentes entre las Partes, y no se recurrió la decisión de declaratoria de competencia Tribunal.

### **3.5. LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS**

Mediante Acta No. 11 del 25 de agosto de 2015, el Tribunal procedió a tener y decretar como pruebas las aportadas y solicitadas por las Partes que consideró pertinentes y conducentes En la misma audiencia el Tribunal mediante Auto No. 13 decretó las pruebas. (Cuaderno Principal No. 2. - Folios 19 a 27), así:

#### **3.5.1. Pruebas practicadas en el proceso**

##### **3.5.1.1. Documentales**

A través de Auto No. 13 (Cuaderno Principal No. 2, folio 24) el Tribunal ordenó tener como pruebas de la Convocante, los documentos aportados y relacionados en el capítulo “*pruebas-documentos*”, el Contrato de Fiducia aportado con la subsanación de la demanda, así como los entregados con el memorial presentados al descorrer el traslado de las excepciones. De igual forma, ordenó tener como pruebas las documentales relacionadas en el acápite de “*pruebas*” de la contestación de la demanda y aportadas con tal escrito.

Igualmente se incorporaron al expediente como pruebas, los documentos entregados por algunos testigos en sus declaraciones o en la oportunidad indicada por el Tribunal, así como la respuesta al oficio ordenado por el Tribunal mediante Auto No. 15 del 23 de noviembre de 2015 (Cuaderno Principal No. 2, folios 175 a 177), cuya respuesta de fecha 10 de diciembre de 2015 por parte de la representante legal de Fidubogotá, se incorporó al expediente y se puso en conocimiento de las Partes (Cuaderno Principal No. 2, folios 190 a 195).

##### **3.5.1.2. Testimoniales**

###### **3.5.1.2.1. Declaraciones testimoniales**

En este proceso fueron practicados los testimonios de las siguientes personas así:

- En septiembre 1 de 2015, se recibió la declaración testimonial de Luis Gerardo Ortiz Baratto;



- En septiembre 1 de 2015, se llevó a cabo el interrogatorio de parte de Ana Isabel Cuervo Zuluaga en calidad de representante legal de la Fidubogotá como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo y el interrogatorio de parte de Jaime Buenaventura Quintero Sagre, en su calidad de representante legal del Interventor (Cuaderno Principal No. 2, folios 33 a 36).

### 3.6. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

La primera audiencia de trámite se llevó a cabo el 25 de agosto de 2015, la cual concluyó en la misma fecha con el decreto de pruebas.

En tales circunstancias, el término para concluir las actuaciones del Tribunal expira el 25 de febrero de 2016. Sin embargo, las Partes solicitaron en una oportunidad la suspensión del proceso y el Tribunal la decretó, tal como se relaciona a continuación:

Acta suspensión	Providencia	Término de suspensión	Días hábiles (adicionar)
Acta No. 20	Auto No. 14 11/11/2015	Entre el 27/11/2015 y el 03/02/2016, ambas fechas incluidas.	45
Total días hábiles que estuvo suspendido el proceso:			45

Visto lo anterior, al sumarle al término de vencimiento (febrero 25 de 2016) los cuarenta y cinco (45) días hábiles durante los cuales el proceso estuvo suspendido<sup>3</sup>, el término expira el 2 de mayo de 2016.

---

<sup>3</sup> Ley 1563 de 2012. Artículo 11. Suspensión. “El proceso se suspenderá por solicitud de ambas partes con la limitación temporal prevista en esta ley y, además, desde el momento en que un árbitro se declare impedido o sea recusado, y se reanudará cuando se resuelva al respecto. Igualmente, se suspenderá por inhabilidad, renuncia, relevo o muerte de alguno de los árbitros, hasta que se provea a su reemplazo. Al término del proceso se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales. En todo caso, las partes o sus apoderados no podrán solicitar la suspensión del proceso por un tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días.”

Por lo anterior, la expedición del presente Laudo se hace dentro de la oportunidad legal.

#### **4. LA CONTROVERSIA**

Con el fin de guardar la fidelidad debida, el Tribunal procede a resumir los hechos y a transcribir las pretensiones de la demanda, así como a resumir los hechos y las excepciones de mérito propuestas contra la demanda, en la forma en que fueron planteadas por las Partes.

##### **4.1. LA DEMANDA PRESENTADA POR LA CONVOCANTE**

###### **4.1.1. Hechos**

La Convocante fundamentó sus pretensiones en los hechos que se sintetizan así:

4.1.1.1. El día 9 de noviembre del año 2012 mediante resolución No. 4382, Fidubogotá obrando como administradora y vocera del Patrimonio Autónomo dio apertura a la licitación pública No. PAF-ATF-019-02012 (la "Licitación");

4.1.1.2. La Licitación tenía como objeto la contratación de las obras de "*Construcción del sistema de acueducto para el Municipio de Providencia y Santa Catalina Fase I*";

4.1.1.3. Los términos de referencia para la Licitación determinaron en forma precisa cual era el presupuesto para la convocatoria e igualmente cuales los requisitos habilitantes para la selección y cuales los factores de escogencia;

4.1.1.4. Los términos de referencia determinaron en el capítulo I y específicamente en relación del presupuesto lo siguiente: "*...1.4. Presupuesto. El presupuesto para la ejecución del objeto de la presente convocatoria es el que se señala en el anexo 1 'Datos de Convocatoria'*";

4.1.1.5. El presupuesto de la convocatoria "*constituye el valor máximo a contratar para esta convocatoria, razón por la cual, las propuestas que superen este valor serán rechazadas. Así mismo, serán rechazadas aquellas ofertas cuyo valor sea inferior al noventa por ciento (90%) del presupuesto*".

4.1.1.6. La Convocante presentó su propuesta según los términos de referencia y presentó el presupuesto en forma tal que no superara el valor y que tampoco fuera inferior al 90% del presupuesto establecido por la Convocante, como se aprecia en la propuesta;

4.1.1.7. Por otra parte, en el capítulo 2 de los términos de referencia de la Licitación, se establecieron los requisitos habilitantes para la participación del proceso de selección y factores de escogencia de la siguiente manera:

*“2.4. Información sobre la oferta económica. Se debe diligenciar el formato 7 ‘Cantidades de Obra y Propuesta Económica’, correspondiente al valor total ofrecido, y cada una de las casillas de este formato. El valor de la propuesta debe estar expresado en pesos colombianos e incluir el A.I.U. y se presentará en el sobre No. 2, separado de la información jurídica, financiera y técnica que se entregará en el sobre No. 1, y debe ser presentado por escrito y en medio magnético. En este documento, el cual es parte integral de los presentes Términos de Referencia, de la propuesta, y del contrato que se llegase a celebrar, se discriminarán los precios unitarios en riguroso y estricto orden: diligenciando todas y cada una de las Casillas, sin dejar ninguna casilla en blanco de las que contengan cantidad”;*

4.1.1.8. *“Los precios unitarios que se presenten serán los que el proponente pueda ofrecer en rigurosa y estricta sujeción a las especificaciones de obra. No podrá ofrecer precios unitarios de especificaciones técnicas distintas a las que allí se escriben o que en los planos se presentan. El valor de los precios unitarios deberá estar sujeto al peso sin centavos”;*

4.1.1.9. *Presentadas las propuestas dentro de la Licitación, Fidubogotá “realizó la evaluación de las distintas propuestas, e hizo los análisis de los precios unitarios, los análisis detallados del A.I.U., del cronograma de obra civil y suministro de materiales y en general elaboró un informe de valoración” para adjudicar la Licitación;*

4.1.1.10. *Fidubogotá “hizo una evaluación según la cual la Convocante fue aceptada con un puntaje de 990.41 teniendo en cuenta la ponderación de las distintas propuestas aplicando el método de la aritmética alta, resultado en el cual estaba incluido necesariamente el valor de los siete hidrantes tipo Milan AWWA C 502 06” (Incluye válvula compuerta sellos en bronce 03” y accesorios)” (los “Hidrantes”);*

4.1.1.11. *Se elaboraron los informes de evaluación por parte de Fidubogotá y “se llevó a cabo a la reunión del comité fiduciario compuesto por Rodolfo Enrique Zea Navarro en calidad de Presidente AD HOC de FINDETER, Mónica Rojas Barguil en calidad de delegada del Director Jurídico de FINDETER, María Carolina Castillo en calidad de representante del Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio y Fabio Urbano Cuevas en representación de Fiduciaria Bogotá, el día 28 de diciembre del año 2012 con la finalidad de revisar el informe final de evaluación a la convocatoria pública y para recomendar la contratación del oferente seleccionado”;*

4.1.1.12. *Dicho comité, basado en un informe de evaluación, eligió a la Convocante para celebrar el Contrato de Obra;*

4.1.1.13. *Con fecha de 10 de enero del año 2013, Fidubogotá informó a la Convocante que el comité fiduciario celebrado el 28 de diciembre de 2012*

instruyó su contratación y le solicitó documentos específicos para formalizar dicho contrato;

4.1.1.14. La propuesta realizada por la Convocante en donde se incluyeron y ofrecieron los Hidrantes fue debidamente analizada y aceptada por el comité evaluador, motivó por el cual con pleno conocimiento de esta información se suscribió el Contrato de Obra el día 18 de febrero del año 2013;

4.1.1.15. El Contrato de Obra estableció como una obligación de la Convocada la de pagar los trabajos contratados en la forma establecida en el contrato, previa autorización por parte del Interventor;

4.1.1.16. Ya en ejecución del Contrato de Obra, la Convocante, previendo la condición geográfica y las condiciones de transporte, dentro de las actividades de planeación adquirió con anticipación y como un elemento indispensable para la seguridad urbana y para el cumplimiento del contrato, los Hidrantes tal como se habían ofertado;

4.1.1.17. El 15 de noviembre del año 2013, la Interventoría mediante Oficio CIA-GEN-375 impartió orden de no continuar la instalación de los Hidrantes establecidos en los diseños y estudios entregados por el Patrimonio Autónomo.

#### **4.1.2. Pretensiones**

En su escrito de demanda la Convocante presenta las siguientes pretensiones:

##### **4.1.2.1. “Pretensiones principales”**

- Que se declare que el Patrimonio Autónomo incumplió el Contrato de Obra por negarse al pago de las facturas correspondientes al valor de los Hidrantes;
- Que se declare que la Convocante puede facturar al Patrimonio Autónomo la suma de \$476.000.000 por concepto del valor propuesto y convenido de siete Hidrantes que ya fueron instalados de acuerdo con el Contrato de Obra.

##### **4.1.2.2. “Pretensiones principales consecuenciales”**

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a favor de la Convocante la suma de \$476.000.000 por concepto del valor propuesto y convenido de siete Hidrantes dentro de los diez días hábiles siguientes a la ejecutoria del laudo que se profiera dentro de este proceso.

#### 4.1.2.3. “Pretensión general”

Que se condene en costas, gastos y agencias en derecho al Patrimonio Autónomo.

#### 4.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR PARTE DE LA CONVOCADA

La Convocada contestó oportunamente la demanda, solicitando desestimar y denegar la totalidad de las pretensiones. La Convocada se pronunció sobre los hechos expuestos por la Convocante, negando unos, aceptando otros total o parcialmente y formulando aclaraciones o pronunciamientos relativos a ellos y planteando excepciones que se resumen de la siguiente manera:

##### 4.2.1. Los recursos del Contrato de Obra son recursos públicos

La Convocada manifestó que *“En Comité Técnico del mecanismo de viabilización No.29 del 10 de octubre de 2012, se emitió concepto de proyecto técnicamente aceptable al proyecto ‘Construcción del sistema de acueducto para el municipio de Providencia y Santa Catalina fase I’ por la suma de \$16.500.000.000.00...de esta manera que los recursos destinados para la ‘Construcción del sistema de acueducto para el municipio de Providencia y Santa Catalina fase I’ son recursos públicos provenientes del Presupuesto General de la Nación. De su propia naturaleza son recursos destinados a cumplir de manera general funciones de interés público, en especial en el caso concreto, por encontrarse destinados a la prestación del servicio público esencial de suministro de agua potable en un municipio apartado como Providencia y Santa Catalina.”*

##### 4.2.2. El Contrato de Obra es un contrato a precios unitarios en el que se deben respetar las equivalencias entre los derechos y las obligaciones de las partes

*“En el contrato a precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas de cada una de ellas, comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato.”* La Convocada expone que pudo haber ocurrido un *“lapsus calami o un error involuntario en la determinación del precio unitario inicialmente pactado...”* De igual manera, sustenta esta posición al enlistar los precios de los Hidrantes, específicamente el ítem 7033 del contrato, el cual tenía un precio unitario de *“...\$68.000.000.00, que multiplicado por la cantidad de 7 unidades, le da un total de \$476.000.000.00”*. La Convocada sostiene que existió una *“progresión de los precios de los ítems de Hidrantes...”* Por último, manifiesta que debe revisarse el precio de los Hidrantes y sus accesorios para corregir *“el lapsus calami”* en que dice incurrió la Convocante.

#### **4.2.3. El principio de buena fe, proyección ética de la confianza en los contratos administrativos**

En este punto, la Convocada cita varias sentencias de la Corte Constitucional para sustentar lo dicho anteriormente acerca del “*lapsus calami*” pues manifiesta que “*la buena fe se concreta...con mayor razón si con ellas se corrigen los errores de cálculo y media el interés público. Por lo que resulta perfectamente legal la objeción de la cuenta sobre los hidrantes presentada por la contratante, advertido por la Interventoría el desfase, del monto del precio de los elementos a que se refiere el ítem 7033.*”

#### **4.2.4. Excepción de la obligación de la buena fe en la ejecución de los contratos**

La Convocada cita el artículo 1603 del código civil el cual dispone que “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino, a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.*” Acto seguido, la Convocada manifiesta que en la ejecución de todos los contratos, la buena fe es un elemento esencial, razón por la cual sostiene que “*la posición de la demandante, nos parece se aparta del principio de la buena fe en el ejecución de los contratos y de la confianza legítima que debe construirse no solamente durante su ejecución sino, desde la participación licitatoria, su celebración, su ejecución y liquidación, pues en todas estas oportunidades es una exigencia de orden superior...*”

#### **4.2.5. El Contrato de Obra es un contrato conmutativo**

La Convocada sostiene que un contrato conmutativo genera obligaciones y cargas contractuales equivalentes y recíprocas entre las partes. En razón de lo anterior, manifestó que “*ese deber de pago equivalente que se deriva de los conceptos del contrato conmutativo, en el cual cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez y del contrato, bilateral en el cual las partes se obligan recíprocamente; se encuentra desconocido en la demanda, al pretenderse un pago que no es ni aproximadamente equivalente al valor del bien que se recibe.*” Concluye de esta manera la Convocada, que las pretensiones no pueden prosperar pues “*violan la conmutatividad del contrato.*”

#### **4.2.6. Excepción de enriquecimiento sin causa o enriquecimiento injusto**

La Convocada manifiesta en su contestación que si bien el enriquecimiento sin causa o enriquecimiento injusto no se encuentra consagrado expresamente en la ley civil, algunos artículos del Código Civil tales como el 1324,1747 y 2120 se refieren a esta figura “*en una u otra forma a la situación de que un patrimonio resulte*

*enriquecido a costa de otro empobrecido y a los efectos que de allí pueden derivarse.”*

La Convocada, acude a la figura del enriquecimiento injusto como consecuencia del supuesto *“precio exorbitante de los hidrantes a que se refiere el ítem 7033”* y por esta razón manifiesta que debe rechazarse la pretensión de la Convocante pues con ésta, se pretende *“...un enriquecimiento sin causa, que no consulta la naturaleza de los recursos destinados a la financiación de la obra, ni el equilibrio conmutativo de las prestaciones propias del contrato, ni el justo entendimiento del mismo, ni la obligación de su ejecución de buena fe, y que se traduce en un enriquecimiento ilícito.”*

#### **4.2.7. Excepción de los límites del principio según el cual el contrato es ley para las partes**

La Convocada manifiesta que si bien el cumplimiento de este principio es de carácter obligatorio argumenta que *“...olvida la demandante, que este mandato legal, desde el propio texto del artículo que lo consagra tiene limitaciones, por ‘causas legales’. Por lo que no resulta válido invocar este principio legal, sin ponderar que los contratos deben respetar los principios que hemos expuesto, que son contenidos legales que deben ser tenidos en cuenta tanto en la contratación tanto pública como privada.”* Al finalizar su contestación, la Convocada reitera que pagar el precio del ítem 7033 resultaría *“irracional e injusto.”*

### **4.3. CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El día 24 de noviembre de 2015 el Agente del Ministerio Público rindió concepto sobre el asunto de referencia, el cual se puede sintetizar de la siguiente manera:

#### **4.3.1. Controversia versa sobre el precio de los Hidrantes**

Señaló que el punto central de la controversia consistía en determinar el precio al cual se deben pagar los Hidrantes: (i) El precio efectivamente acordado por las Partes o (ii) el precio del mercado.

#### **4.3.2. Contrato a precios unitarios con adjudicación con base en cotización global**

Se trata de un Contrato de Obra a precios unitarios, razón por la cual, la adjudicación del contrato se realizó en forma general, teniendo en cuenta la cotización global del oferente tal y como la propia Convocada lo reconoce.

#### **4.3.3. Precios unitarios estaban sujetos a aprobación del Interventor**

En la cláusula tercera del contrato estaba previsto que el contratista debía presentarle al interventor para su aprobación los Análisis de Precios Unitarios antes de proceder a firmar el acta de inicio.

#### **4.3.4. Controversia tiene origen en observaciones del Interventor**

La controversia se origina en las observaciones del Interventor sobre el precio de los Hidrantes que, a juicio de éste, representaban un incremento desproporcionado frente al precio real del mercado.

#### **4.3.5. Obligaciones de indemnizar de la Convocada y quebrantamiento de la ecuación contractual**

El Estado se encuentra en la obligación de indemnizar al contratista que ha sufrido un menoscabo patrimonial en la ejecución de un contrato, puesto que, como lo ha reconocido la jurisprudencia, se encuentra en juego el principio de igualdad de las cargas públicas. De igual manera el Ministerio Público sostiene que, *"...el quebrantamiento de la ecuación contractual, bajo la regla de la conmutatividad que regenta todo contrato estatal....tiene por requisito necesario la demostración de una pérdida real, grave y anormal, pues de otra manera, el equilibrio del contrato pudiera verse afectado en contra de la entidad contratante"*

#### **4.3.6. Obligaciones de colaboración y responsabilidades de la Convocante**

Son obligaciones del contratista, más allá del cumplimiento objetivo de los deberes contractuales, en primer lugar, colaborar con el Estado en la consecución de sus fines esenciales (interés general) y, en virtud de tal consideración, asume responsabilidades sociales y legales con el Estado y la sociedad.

#### **4.3.7. Derecho de la Convocante a recibir remuneración justa y adecuada**

El contratista como colaborador del Estado tiene derecho a recibir una remuneración justa y adecuada a la naturaleza del contrato. Lo que a juicio del Ministerio Público, está representado en la obligación de la entidad estatal de pagarle los Hidrantes a precio de mercado, con lo cual no podría darse un menoscabo patrimonial injustificado. Resulta especialmente significativo dentro del proceso que mientras los precios comerciales de los Hidrantes han sido plenamente acreditados por el contratante, el contratista no ha probado el precio de adquisición de los mismos.

#### **4.3.8. Ministerio público solicita negar las pretensiones**

En razón de lo anterior, el Ministerio Público no encuentra razonable ni jurídico que la entidad contratante -la Convocada- deba pagar los precios de los Hidrantes con un incremento aumentado más allá de los límites razonables. En



razón a las anteriores consideraciones, considera el Ministerio Público, deben negarse las pretensiones de la demanda.

## **5. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

### **5.1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

Antes de entrar a decidir sobre las diferencias surgidas entre las Partes, el Tribunal concluyó que se cumplen todos los presupuestos procesales necesarios para el efecto, con base en las siguientes consideraciones:

5.1.1. Las Partes son personas jurídicas y ambas están constituidas de acuerdo con la ley y debidamente representadas por su representante legal;

5.1.2. El Tribunal fue integrado de acuerdo con lo pactado en la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Obra y se encuentra debidamente instalado, como ya se indicó;

5.1.3. Las Partes consignaron oportunamente el valor de los honorarios y gastos de administración del Tribunal, valor éste, que fue oportunamente entregado al Presidente del Tribunal, Daniel Rodríguez Bravo, como es de conocimiento de los intervinientes. Éste a su turno, lo aplicó y distribuyó oportuna y correctamente;

5.1.4. Las controversias objeto de este proceso son susceptibles de transacción, y las Partes son plenamente capaces para transigir;

5.1.5. El Tribunal examinó oportunamente la demanda y concluyó que, una vez subsanada, ella reunía los requisitos formales establecidos en la ley;

5.1.6. Teniendo en consideración los anteriores presupuestos, el Tribunal asumió la competencia para conocer y decidir sobre este proceso en la primera audiencia de trámite.

### **5.2. HECHOS PROBADOS**

5.2.1. Según el documento de "Viabilización Proyecto 'CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE ACUEDUCTO PARA EL MUNICIPIO DE PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA FASE I'" cuyo radicado es el 4120-E1-60316 de 14 de septiembre de 2012 que obra en el expediente en folios 264 al 266 del Cuaderno Principal No.1, en el marco de lo previsto en la Ley 1587 de 2012 al Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio ("MVCT") le fueron trasladados recursos de Regalías a su presupuesto de inversión, sector Agua Potable y Saneamiento;

5.2.2. Para la ejecución de dicho presupuesto, el MVCT suscribió con FINDETER los contratos interadministrativos 39 del 8 de noviembre de 2012 y 159 de 24 de enero de 2013, cuyo objeto es la "*Prestación del servicio de asistencia técnica y administración de recursos para la contratación de las obras e interventorías,*

*correspondientes a proyectos de agua y saneamiento básico (...)*” que sean definidos por el MVCT dentro de la vigencia de los contratos interadministrativos respectivos;

5.2.3. Para las labores mencionadas anteriormente, FINDETER suscribió con Fiduciaria Bogotá S.A. (“Fidubogotá”) el contrato de fiducia mercantil No.3130462 (el “Contrato de Fiducia”) cuyo objeto es: “(i) la transferencia a la Fiduciaria a título de fiducia mercantil por parte del Fideicomitente, de los Recursos, provenientes de los convenios que suscriba con las entidades del sector central; (ii) La conformación de un Patrimonio Autónomo con los recursos transferidos; (iii) La administración de los recursos económicos recibidos; (iv) La inversión de los recursos administrados en los términos establecidos en el numeral 7.3 de la cláusula séptima; (v) Adelantar las actividades que se describen en este contrato para el proceso de contratación de los ejecutores de los proyectos seleccionados por el Comité Fiduciario; (vi) La realización de los pagos derivados de los contratos que se suscriban en desarrollo del presente contrato con la previa autorización expresa y escrita del Interventor y aprobación del Comité Fiduciario”;

5.2.4. El proyecto “*Construcción del sistema de acueducto para el Municipio de Providencia y Santa Catalina fase I*” fue presentado al MVCT para su “*viabilización*”;

5.2.5. El MVCT a través del Viceministerio de Agua y Saneamiento Básico, evaluó el proyecto de conformidad con lo establecido en la Resolución 0379 de 2012, por la cual se establecen los requisitos de presentación, viabilización y aprobación de proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico que soliciten apoyo financiero de la Nación, así como aquellos que han sido priorizados en el marco de los Planes Departamentales de Agua-PDA y de los Programas que implemente el MVCT a través del Viceministerio;

5.2.6. Con base en su evaluación, mediante oficio radicado No. 7320-2-70540 del día 19 de octubre de 2012, el MVCT a través del Viceministerio de Agua y Saneamiento Básico, comunicó al municipio de Providencia y Santa Catalina el concepto de viabilidad del proyecto;

5.2.7. El día 9 de noviembre del año 2012 mediante resolución No. 4382, Fidubogotá, obrando como administradora y vocera del Patrimonio Autónomo, dio apertura a la Licitación;

5.2.8. La Licitación tenía como objeto la contratación de las obras de la “*Construcción del sistema de acueducto para el Municipio de Providencia y Santa Catalina Fase I*”;

5.2.9. Los términos de referencia para la contratación de las obras (i) fueron expedidos inicialmente en noviembre de 2012, (ii) el 24 de noviembre de 2012 se expidió la Adenda número 1 a los términos de referencia, (iii) en noviembre de 2012 se expidió la Adenda número 2 a los términos de referencia, y (iv) el 29 de

noviembre de 2012 se expidió la Adenda número 3 a los términos de referencia (los términos de referencia expedidos inicialmente en noviembre de 2012 junto con las adendas 1, 2 y 3, conjuntamente los “Términos de Referencia”);

5.2.10. Los Términos de Referencia para la Licitación determinaron en forma precisa cuál era el presupuesto para la convocatoria e igualmente cuales los requisitos habilitantes para la selección y cuales los factores de escogencia;

5.2.11. La Convocante presentó su propuesta según los Términos de Referencia y presentó el presupuesto en forma tal, que no fuera inferior ni superior a los límites establecidos en los Términos de Referencia<sup>4</sup>;

5.2.12. La Convocante presentó en su propuesta las cantidades de obra y la propuesta económica ofreciendo los Hidrantes (ítem 7033 del presupuesto) por un valor de sesenta y ocho millones de pesos (COP\$68,000,000) cada uno, para un valor total de cuatrocientos setenta y seis millones de pesos (COP\$476,000,000);

5.2.13. Fidubogotá realizó la evaluación de las distintas propuestas presentadas, que incluían los precios unitarios y el valor de administración, imprevistos y utilidad (“AIU”);

5.2.14. El día 28 de diciembre de 2012 tuvo lugar una sesión presencial del comité fiduciario de Fidubogotá, en la cual el comité técnico presentó su informe de evaluación final de las propuestas, entre ellas la de la Convocante, con el orden de elegibilidad resultante de la aplicación del procedimiento de selección definido en los Términos de Referencia;

5.2.15. El informe de evaluación final presentado por el comité técnico, fue analizado por el comité fiduciario;

5.2.16. Sustentados en el informe de evaluación final del comité técnico, los miembros del comité fiduciario recomendaron “*instruir a Fiduciaria Bogotá el inicio de los trámites (de) suscripción y perfeccionamiento*” del Contrato de Obra con el proponente: Valores y Contratos S.A.;

5.2.17. El comité fiduciario efectivamente recomendó la contratación de la Convocante;

---

<sup>4</sup> Como se verá más adelante, de conformidad con las Sección 1.4. de los Términos de Referencia, la propuesta presentada por la Convocante debía respetar un límite máximo equivalente al valor del “presupuesto para la ejecución (...) que se señala en el Anexo 1 ‘Datos de la Convocatoria’. Dicho presupuesto ascendía a la suma de COP\$15,153,312,565, con lo cual la propuesta de la Convocante no podía exceder ese valor ni ser inferior al 80% del mismo.

5.2.18. Mediante comunicación escrita con fecha del 10 de enero de 2013, Fidubogotá como vocera del Patrimonio Autónomo informó a la Convocante que había sido seleccionada y que en consecuencia se habían iniciado los trámites tendientes a la firma del Contrato de Obra.

5.2.19. En varias ocasiones, tanto la Interventoría como FINDETER solicitaron a la Convocante no continuar la instalación de los Hidrantes<sup>5</sup>;

5.2.20. La Convocante instaló efectivamente los Hidrantes;

5.2.21. Fidubogotá se ha negado a pagar las facturas emitidas por la Convocante referentes al cobro de los Hidrantes.

### **5.3. ASUNTOS SOMETIDOS A CONSIDERACIÓN DEL TRIBUNAL**

De acuerdo con los hechos y pretensiones de la demanda, el Tribunal debe establecer si la Convocada incumplió el Contrato de Obra por negarse al pago de las facturas correspondientes al valor de los Hidrantes y si está obligada a pagar a la Convocante la suma reclamada, o si la negativa de pago de la Convocada está justificada por los argumentos presentados por la Convocada y si debe revisarse el precio de los Hidrantes y sus accesorios para corregir el supuesto "*lapsus calami*" al que se refiere la Convocada.

### **5.4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

#### **5.4.1. Pretensión principal: Incumplimiento del Contrato de Obra por parte de la Convocada**

##### **5.4.1.1. Términos relevantes el Contrato de Obra**

Para determinar si ha ocurrido o no un incumplimiento del Contrato de Obra por parte de la Convocada, que es la pretensión principal de la demanda, es necesario establecer los términos de dicho contrato.

La cláusula trigésima tercera del Contrato de Obra establece que hacen parte integral del mismo (i) Los Términos de Referencia, y (ii) Los documentos presentados por la Convocante en su propuesta, por lo cual la totalidad de los comentarios del Tribunal sobre dichos documentos, constituyen en esencia comentarios sobre los términos del Contrato de Obra.

---

<sup>5</sup> Comunicación de fecha 17 de diciembre de 2013 que obra en folios 623 a 624 del cuaderno principal No. 1 del expediente.

#### 5.4.1.1.2. Comentarios respecto de la propuesta económica

La propuesta de la Convocante, incluyendo los términos económicos de la misma, debía regirse por los Términos de Referencia.

##### **5.4.1.1.2.1. Límite máximo y mínimo**

De conformidad con las Sección 1.4. de los Términos de Referencia, la propuesta presentada por la Convocante debía respetar un límite máximo equivalente al valor del “*presupuesto para la ejecución (...) que se señala en el Anexo 1 ‘Datos de la Convocatoria’*” y un límite mínimo equivalente al 80% de dicho presupuesto. En virtud del Anexo 1 mencionado, dicho presupuesto ascendía a la suma de COP\$15,153,312,565, con lo cual la propuesta de la Convocante no podía exceder ese valor ni ser inferior al 80% del mismo. En virtud del literal n) de la Sección 1.15.5. de los Términos de Referencia, el incumplimiento de cualquiera de los límites anteriores, constituía una causal de rechazo de la propuesta. La propuesta de la Convocante fue por valor de COP\$14,957,103,560, de lo cual necesariamente se concluye que esta se encontraba dentro de los límites establecidos por la Convocada<sup>6</sup>.

El Tribunal considera necesario advertir, que no existía en los Términos de Referencia ninguna limitación en virtud de la cual el oferente tuviera que respetar valores máximos o mínimos respecto de cada uno de los ítems o unidades de la propuesta económica, por lo que la Convocante cumplió a satisfacción los límites máximo y mínimo, lo que explica que esta no haya sido rechazada por la Convocada.

En otras palabras, la circunstancia de que la Convocante hubiera incluido en su propuesta un mayor o menor valor respecto de una determinada unidad, no era causal de rechazo de la propuesta, como sí lo eran por ejemplo (i) la existencia de discrepancias entre las cantidades o las unidades de medida o (ii) exceder los límites máximo y mínimo mencionado. Ello por lo demás, coincide con la conducta de la Convocada al haber seleccionado a la Convocante a pesar de la señalada diferencia entre el valor del precio unitario del ítem objeto de debate en el denominado “presupuesto oficial” y el valor presentado por la Convocante

---

<sup>6</sup> Este Tribunal deja constancia que de conformidad con la Adenda No. 2 de los Términos de Referencia de fecha de noviembre de 2012, el límite inferior al que estaban sujetos los oferentes era el 80% del presupuesto y no el 90% al que se refieren las Partes a lo largo del proceso. Sin embargo, advierte el Tribunal que esta diferencia no tiene ningún efecto en el resultado de las consideraciones ni de la decisión del Tribunal.

en su propuesta económica. Vale la pena advertir que no existió un presupuesto oficial, sino un presupuesto de referencia elaborado por el Municipio destinatario de la obra o inversión y entregado al MVCT, quien viabilizó el proyecto, tal como consta a folio 190 a 195 del Cuaderno Principal número 1.

#### 5.4.1.1.3. Sistema para determinar el valor del Contrato de Obra

De conformidad con la Sección 1.8. de los Términos de Referencia, el valor del Contrato de Obra se determinaría por el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste, de conformidad con el monto de la propuesta económica presentada por el oferente, una vez realizada la correspondiente corrección aritmética. En esa medida, el Tribunal advierte que los precios unitarios fijos del Contrato de Obra serían aquellos que presentara el oferente, en los términos y las condiciones de los Términos de Referencia.

#### 5.4.1.1.4. La determinación de los valores de la propuesta de la Convocante le competía a la Convocante y era de su exclusiva responsabilidad

De acuerdo con la Sección 2.4. de los Términos de Referencia, la propuesta de la Convocada debía incluir el Formato 6 "*Cantidades de Obra y Propuesta Económica*" diligenciado en cada una de sus casillas, incluyendo el valor de AIU, lo cuál debía presentarse en el sobre número 2. Según la misma Sección 2.4., dicho documento hacía parte integral de los Términos de Referencia, de la propuesta de la Convocante y del Contrato de Obra.

Según la Sección 2.4. de los Términos de Referencia, el valor de la propuesta económica la debía determinar la Convocante teniendo en cuenta entre otros la cantidad, el valor unitario por ítem, valor total por ítem, valor total del costo directo, valor total del AIU, valor total de los costos directos y el valor total de la propuesta. Advierte además la misma Sección 2.4., que el presupuesto de la propuesta debía incluir tanto los costos directos, como indirectos, los costos de los suministros y/o bienes, los costos financieros, el AIU considerando entre otros los costos de personal profesional, técnico y de administración; servicios generales y de vigilancia; los costos para el sistema de seguridad industrial, manejo ambiental y aseguramiento de calidad; servicios públicos; ensayos de control de calidad; transporte y almacenamiento, y en general todos los costos, gastos, impuestos y contribuciones que fueran necesarios para el cabal cumplimiento del objeto contractual. Así mismo, debería estimar el porcentaje correspondiente a los imprevistos y la utilidad. Por su parte, el desglose del AIU debía presentarse por la Convocante en el Formato 08 "*Análisis Detallado del AIU*".

Finalmente, la Sección 2.4. de los Términos de Referencia establece que la Convocante era el único responsable de la elaboración de su

propuesta, y de conformidad con la Sección 1.8. la determinación de los valores de la propuesta de la Convocante, le competían a esta última, bajo su entera responsabilidad.

Así mismo, dicha Sección 1.8. establece que para determinar el monto de su propuesta económica, la Convocante debía tener en cuenta (i) la fecha fijada para la suscripción del contrato definida en el cronograma de la convocatoria, y (ii) el tiempo de ejecución del proyecto a contratar.

Por su parte la Sección 1.11.2. de los Términos de Referencia estableció que era responsabilidad de la Convocante (i) conocer todas y cada una de las implicaciones del ofrecimiento que realizara en su propuesta, (ii) realizar todas las valoraciones y estimaciones que fueran necesarias para presentar su propuesta sobre la base de las condiciones técnicas y características generales y específicas de la obra a adelantar.

De conformidad con la misma Sección 1.11.2., (i) la sola presentación de la propuesta por parte de la Convocante suponía una asunción en el sentido que la Convocante había realizado *“el examen completo de todos los aspectos que inciden y determinan la presentación”* de la propuesta y (ii) era responsabilidad de la Convocante *“conocer plenamente las condiciones económicas, geográficas y ambientales”* del sitio donde se ejecutaría el Contrato de Obra.

La Sección 1.11.2. de los Términos de Referencia establece que como consecuencia de todo lo anterior, la Convocante al elaborar su propuesta, debía *“tener en cuenta que el cálculo de los costos y gastos,”* se deberían *“basar estrictamente en sus propios estudios técnicos y en sus propias estimaciones.”*

Con base en los Términos de Referencia entonces, es evidente para el Tribunal que el único responsable y competente para determinar los precios unitarios de la propuesta y del Contrato de Obra era la Convocante.

Basado en el análisis del material probatorio que obra en el expediente, considera el Tribunal que la Convocante presentó la propuesta en cumplimiento estricto de lo previsto en los Términos de Referencia, que para efectos del ítem 7033 corresponde a un valor por unidad de COP\$68.000.000 y un valor total por las 7 unidades de COP\$476.000.000, el cual es vinculante para las Partes como lo son todos los precios unitarios presentados, incluso en aquellos casos en los que podría algún precio unitario resultarle desfavorable. En otras palabras, la determinación de los valores de los precios unitarios le competía a la Convocante y era de su exclusiva responsabilidad, tanto respecto de aquellos que la Convocada o el Interventor considerara bajos, como respecto de aquellos que como en el caso objeto de esta decisión, la Convocada o el Interventor consideraran altos. En suma, la

Convocante era responsable exclusiva de los precios unitarios de su oferta, para lo favorable y lo desfavorable de los mismos.

#### 5.4.1.1.5. Los precios se convenían en el momento de suscripción del Contrato de Obra

De acuerdo con los documentos contractuales que obran en el expediente, los precios unitarios fijos serían convenidos en el momento de suscripción del Contrato de Obra con base en la propuesta económica, y desde ese momento serían vinculantes para las Partes. En este sentido, el día 18 de febrero de 2013 se suscribió voluntariamente por las Partes el Contrato de Obra, fecha a partir de la cual quedaron convenidos entre las Partes los precios unitarios presentados por la Convocante en la forma prevista en los Términos de Referencia, tal como lo hemos descrito.

En consonancia con los Términos de Referencia, en materia de precios el Contrato de Obra establece que la Convocante *“está obligada a ejecutar a los mismos precios de la propuesta contenidos en el formato No. 6 de la Convocatoria, las mayores cantidades de obra que resulten”,* agregando que la Convocante *“se obliga a ejecutar las obras objeto del (...) contrato a los precios unitarios (...) y de conformidad con el presupuesto anexo al (...) contrato que forma parte integrante del mismo.”* (Subrayas del Tribunal)

De conformidad con el numeral 3 del numeral 2 de la cláusula tercera del Contrato de Obra, la Convocada está obligada a *“Pagar los trabajos contratados en la forma establecida en el (...) contrato, previa autorización por parte del Interventor.”*

Por lo anterior, el Tribunal considera necesario advertir que los precios unitarios de cada ítem se definieron de manera vinculante para las Partes con la suscripción del Contrato de Obra.

#### 5.4.1.1.6. El Interventor no tiene facultades para modificar ni determinar los precios unitarios del Contrato de Obra

Existe una diferencia entre las Partes en torno a la interpretación del numeral 4, del numeral 1 de la cláusula tercera del Contrato de Obra.

En materia de interpretación la ley 80 de 1993 en su artículo 23 establece que a las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se aplicarán *“las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”* (Subrayas del Tribunal) Sobre el particular el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, consejero ponente: Daniel Suárez Hernández (octubre 15 de 1998, radicación número 11966) se pronunció al



respecto de la interpretación de los contratos estatales de la siguiente manera: *“Bien sabido se tiene que las reglas de interpretación de los negocios jurídicos y, específicamente, de los contratos, indican que cuanto lo primero ha de averiguarse la denominada voluntad común de los contratantes, entendiendo por ella el contenido perseguido por las partes, en aplicación de la denominada interpretación subjetiva o histórica, a la que se refiere claramente el art. 1618 del Código Civil y, de no ser ello posible, bien por carencia de una literalidad suficientemente expresiva o por deficiencias en la claridad y precisión de la redacción impartida por las partes al negocio, puede el juez, dentro del respeto del contenido negocial, optar por aplicar los principios de la conservación del contrato, así como acudir a las prácticas generales en el ámbito contractual de que se trate, para dirimir las ambigüedades y disparidades que una defectuosa redacción de los términos técnico-jurídicos pueda generar en la búsqueda de la recta inteligencia del negocio objeto de interpretación. (...) Importa entonces, hacer aplicación de las reglas de interpretación, disciplinadas en el Código Civil en materia de contratos (...).”*

Los siguientes artículos del Código Civil resultan de especial importancia para la correcta interpretación de la cláusula objeto de controversia:

*“Artículo 1621. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.”*

*“Artículo 1622. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad....”*

*“Artículo 1624. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.”*

La Sección 1.15.11. de los Términos de Referencia establece que el Patrimonio Autónomo mantendrá durante todo el tiempo que durara la ejecución del Contrato de Obra una interventoría contratada *“con el fin de que verifique que el contrato se ejecute de acuerdo con las especificaciones y normas del contrato....”* (Subrayas del Tribunal)

Por su parte, la cláusula octava del Contrato de Obra establece que *“En lo que respecta a la Interventoría esta será contratada para que*

verifique que el contrato se esté ejecutando de acuerdo con las especificaciones y normas del contrato...” (Subrayas del Tribunal)

De conformidad con el contrato de interventoría suscrito entre Fidubogotá y el Interventor (folios 256 al 262 del Cuaderno Principal No. 1), el mismo tiene por objeto “*la realización de la Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera de la zona 1- Costa- caribe, por cuenta y riesgo del CONTRATISTA, el cual comprende las siguientes obras: 1) ‘Construcción del Sistema de Acueducto Fase I’ objeto de la Convocatoria Pública PAF-ATF-019-2012, que se desarrollará en el Municipio de Providencia y Santa Catalina en el Departamento de San Andrés...*” De acuerdo con la cláusula segunda del contrato de interventoría, son obligaciones del Interventor las siguientes:

“1. Verificar que los contratistas de obra hayan obtenido los permisos, licencias o autorizaciones que se requieren para el oportuno cumplimiento del contrato de obra respectivo; “2. Llevar un control sobre la ejecución y cumplimiento de los contratos de obra objeto del presente contrato y remitir a la contratante, todo documento que se genere por las partes durante la ejecución de los mismos. (...) “5. Verificar la ejecución de las obras, de conformidad con lo estipulado en los respectivos contratos de obra y en las normas técnicas y administrativas pertinentes, suscribiendo las actas de recibo parcial y definitivo de las obras. (...) “7. Exigir a los contratistas de obra la ejecución idónea y oportuna del objeto de cada contrato. (...) “9. Hacer las recomendaciones que estime conducentes al mejor logro del objeto contractual, dando aviso oportuno a la contratante. (...) “11. Verificar el cumplimiento de los cronogramas, establecidos en los respectivos contratos de obra. “12. Efectuar seguimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales de los contratos de obra mediante actas o informes de acuerdo con la naturaleza del contrato. (...) “17. Asegurar el cumplimiento de las metas contractuales logrando que se desarrollen los contratos de obra, dentro de los presupuestos de tiempo e inversión previstos originalmente. (...) “19. Autorizar los pagos a los contratistas de obra. (...) “24. Vigilar que los contratistas de obra ejecuten las obras en un todo de acuerdo con... el respectivo contrato de obra y demás documentos que hacen parte del mismo. “25. Estudiar las causas de las demoras en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratistas de obra.... “26. Comprobar los trabajos y dimensiones de las obras ejecutadas en cumplimiento de los contratos de obra. (...) “31. Informar y adicionar toda la documentación pertinente sobre la necesidad de adición en el valor... del contrato de obra, con el fin de que se tramite ante la dependencia competente, la debida autorización del contrato adicional correspondiente, en forma oportuna antes de que se venzan o cumplan los términos pactados. (...) “33. Realizar evaluaciones periódicas con el fin de establecer los incumplimientos a cualquier obligación contractual en la que incurran los contratistas de obra, o determinar el incumplimiento definitivo del respectivo contrato. (...) “38. Definir oportunamente con los contratistas de

obra los ítems para las obras que no hayan sido contemplados en el respectivo contrato, por omisión o por cambio del diseño, calcular cantidades de obra y solicitarle con límite de tiempo la presentación de los análisis de precios para la elaboración y legalización de la correspondiente acta de modificación y adición de contrato.... (...) “42. Las demás que por su naturaleza y esencia le correspondan.” (Subrayas del Tribunal)

Con base en la totalidad de los apartes transcritos y la información adicional que obra en el expediente, el Tribunal considera que no es una función del interventor determinar ni modificar los precios unitarios del Contrato de Obra y que, como se ha dejado claro, dicha facultad corresponde a la libre voluntad de las Partes quienes la ejercieron al suscribir el Contrato de Obra incluyendo la totalidad de los precios unitarios de cada ítem. Así mismo, el Tribunal considera que como es natural a esta figura, la función del Interventor dice fundamentalmente con verificar que el Contrato de Obra se ejecute y cumpla conforme a los términos pactados previamente por las Partes. Por ello no resulta aceptable la tesis de la Convocada y del Señor Procurador Sexto Judicial Administrativo, Doctor Carlos Mauricio González Arévalo, en virtud de la cual la definición de los precios unitarios debía darse por parte del Interventor o estaba sujeta a su aprobación, conforme a la cláusula tercera del Contrato de Obra, como tampoco es cierto que el Contrato de Obra se hubiera *“adjudica[do] en forma global”* y que *“era necesario sustentar cada ítem ante el interventor para efectos de proceder con el pago en su momento”* (bajo el entendido de que se refiere a sustentar el precio de cada ítem pues ello constituye el objeto mismo de debate) como sostiene el Señor Procurador Sexto Judicial Administrativo.

Reitera el Tribunal entonces que los precios debían ser convenidos en el momento de suscripción del Contrato de Obra con base en la propuesta económica del proponente, y considera, como se advierte en la Sección 5.4.1.1.7 siguiente, que no cabe ninguna duda con base en la información que obra en el expediente que el Contrato de Obra es a precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste y que, como lo advirtió el Tribunal en la Sección 5.4.1.1.2.1 anterior, el presupuesto para la ejecución previsto en el Anexo 1 *“Datos de la Convocatoria”* de los Términos de Referencia que ha generado la discusión, constituía el valor de referencia para determinar los límites máximo y mínimo que debía cumplir la propuesta económica de la Convocante pero, bajo ninguna circunstancia, convierte al Contrato de Obra en un contrato a precio global y, mucho menos, un contrato cuyos precios fueran inciertos al momento de ofrecer y contratar, que serían definidos con posterioridad por parte del Interventor del contrato que por lo demás, es contratista de la Convocada (a su turno contraparte contractual de la Convocante).

En suma, el Tribunal considera que en efecto, de conformidad con el numeral 4 del numeral 1 de la cláusula tercera del Contrato de Obra, la

Convocante estaba obligada a *“Presentar al Interventor, en un plazo no mayor a ocho (8) días calendario a la suscripción del contrato, los documentos y requisitos de orden técnico, entre ellos los Análisis de Precios Unitarios (APU) que sustentaron su propuesta, los cuales son condición previa e indispensable para suscribir el acta de iniciación del contrato”*, pero no para realizar el pago ni para determinar los precios del contrato. Adviértase que la cláusula vigésima novena del Contrato de Obra establece que el contrato se considera perfeccionado con su suscripción por las Partes y que para su ejecución se requería la suscripción del acta de inicio y que, en el acta de inicio respectiva, que obra en el expediente en folios 274 del Cuaderno Principal No.1, se dejó *“constancia del inicio real y efectivo del contrato... previo cumplimiento de los requisitos de legalización del mismo”*, como consecuencia de lo cual se procedió *“a la iniciación del contrato el día doce (12) del mes de marzo del año 2013....”*. Además advierte el Tribunal que en cualquier caso, la obligación de presentar al Interventor en un plazo no mayor a 8 días calendario a la suscripción del Contrato de Obra cierta información, tenía una obligación correlativa del Interventor de revisar dicha información antes de suscribir el acta de iniciación del Contrato de Obra y no después como ahora lo pretenden la Convocada y el Señor Procurador.

Así las cosas considera el Tribunal, que el numeral 4 del numeral 1 de la cláusula tercera del Contrato de Obra debe interpretarse en el sentido que la Convocante estaba en efecto obligada a *“Presentar al Interventor, en un plazo no mayor a ocho (8) días calendario a la suscripción del contrato, los documentos y requisitos de orden técnico, entre ellos los Análisis de Precios Unitarios (APU) que sustentaron su propuesta,”* pero no para realizar el pago ni para determinar los precios del contrato, sino para tener toda la información que le permitiera al Interventor verificar que el Contrato de Obra se ejecutara y cumpliera conforme a los términos pactados previamente por las Partes.

#### 5.4.1.1.7. Precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste

Tal como consta en la totalidad de los documentos contractuales que obran en el expediente, el Contrato de Obra es a precios unitarios fijos sin fórmula de ajuste.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio, expresó sobre el particular que *“Los contratos de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, mientras que en el contrato a precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras*

*especificadas en el contrato. Esta distinción resulta fundamental, porque, como lo ha señalado la jurisprudencia, en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, en tanto en el contrato a precios unitarios, toda cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida, aunque, de todos modos, en uno y otro caso, el contratista tiene el derecho a reclamar en oportunidad por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato, o por hechos que la administración debe conocer, que desequilibran la ecuación financiera y que están por fuera del control del contratista, cuando quiera que no se hayan adoptado las medidas encaminadas a restituir el contrato a sus condiciones económicas iniciales.” (Subrayas del Tribunal)*

Considera el Tribunal que en virtud del Contrato de Obra, las Partes convinieron, en la forma que hemos explicado en las Secciones 5.4.1.1.2 y 5.4.1.1.5 anteriores, unos precios específicos fijos por cada unidad o ítem del contrato, los cuales son obligatorios y vinculantes para las dos (2) Partes sin posibilidad de ajustes para aumentarlos, disminuirlos o desconocerlos. Lo anterior aparece claro en la documentación que obra en el expediente, incluyendo el Contrato de Obra en las múltiples secciones que hemos citado, a la cual se agrega como ejemplo la cláusula segunda del mismo que establece con absoluta claridad que “El Contratista *está obligado a ejecutar a los mismos precios de la propuesta contenidos en el formato No. 6 de la Convocatoria*, las mayores cantidades de obra que resulten.” (Subrayas del Tribunal)

#### **5.4.1.1.7.1. Costos directos e indirectos**

El Consejo de Estado en sentencia del 28 de febrero de 2001, analizó los contratos a precios unitarios en la contratación estatal e hizo especial énfasis con respecto a los costos directos e indirectos que deben tenerse en cuenta bajo esta modalidad, pues no sólo se debe tener en cuenta el precio del elemento respectivo individualmente considerado.

Sobre el asunto en debate, la Sala manifiesta que, *“...La correcta técnica de la estructura de precios unitarios exige que se haga un análisis de los mismos (análisis de precios unitarios), que no es cosa distinta a descomponer los ítems para determinar los costos que lo integran.... Además, exige que se discrimine entre costos directos, es decir, los que están directamente relacionados con la construcción de la obra (materiales, mano de obra, maquinaria, etc.) y los costos indirectos que corresponden a los rubros que no están directamente relacionados con la construcción, pero en los cuales se requiere incurrir para poder ejecutar el proyecto (arriendo y gastos administrativos de la oficina, honorarios del*

*director de la obra, del contador, del residente de obra y, en general, del personal especializado). Parte de esos costos indirectos está representada por el componente denominado 'AIU', que corresponde a un porcentaje de los costos directos estimados... Cuando la obra se ejecuta a precios unitarios, el precio total del contrato será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra por el precio de los ítems correspondientes, más los reajustes, pues éstos siempre se suelen olvidar al momento de establecer tal extremo."*

En razón de lo anterior, este Tribunal considera que al ser el Contrato de Obra a precios unitarios, el análisis que ha debido hacer la Convocada al momento de revisar y calificar las propuestas, antes de la adjudicación respectiva, debía incluir todos los elementos de los precios unitarios, incluyendo los costos directos e indirectos. Ahora bien, considera el Tribunal que si dichos precios unitarios o cualquiera de sus elementos suscitaba alguna tacha, ha debido tenerse en cuenta en el proceso de selección y no después.

#### **5.4.1.2. Términos relevantes de la propuesta específica de la Convocante**

Habiendo establecido que los precios unitarios del Contrato de Obra se establecían con base en la propuesta económica presentada por la Convocante, es necesario referirnos a los términos de dicha propuesta.

Según documento de fecha del 4 de diciembre de 2012 denominado "*Análisis de precios unitarios*", que obra en el folio 541 el Cuaderno de Pruebas No. 1, respecto del ítem 7033 que se refiere a los Hidrantes, la Convocante discriminó los valores del AIU ofrecidos así: COP\$100,000 de herramientas menores, COP\$66,300,000 por materiales en obra, COP\$0 por transporte, COP\$1,600,000 por mano de obra para un total por unidad de COP\$68,000,000 por concepto de costos directos y COP\$0 por concepto de costos indirectos por unidad para un precio unitario total de COP\$68,000,000 por Hidrante.

En este sentido, para el Tribunal es evidente que la propuesta presentada por la Convocante y aceptada por la Convocada, que hace parte del Contrato de Obra suscrito por las Partes, incluyó de manera transparente y abierta el valor que ahora reclama y cuyo pago niega la Convocada.

#### **5.4.1.3. Revisión de la propuesta por parte de la Convocada**

De conformidad con la Sección 2.6.1. de los Términos de Referencia, para efectos de la calificación económica a las propuestas hábiles, se seguiría el procedimiento descrito en el Anexo 2 "*Condiciones Especiales*."

De conformidad con el Anexo 2 "*Condiciones Especiales*" de los Términos de Referencia, fila referente a la "*Evaluación del factor de escogencia y*

calificación”, (i) el valor presentado en el Formato 6 “*Cantidades de Obra y Propuesta Económica*” sería el único parámetro de evaluación económica, (ii) el valor presentado debía cubrir todos los conceptos de costo en que debiera incurrirse para la ejecución total del Contrato de Obra, incluyendo entre otros, los costos de administración, los imprevistos y la utilidad esperada, (iii) para la determinación del monto de la propuesta económica, el oferente debía tener en cuenta el tiempo de ejecución del proyecto, (iv) para la calificación económica y determinación del orden de elegibilidad, debía seguirse cierto procedimiento allí establecido.

De conformidad con el Contrato de Fiducia, el Patrimonio Autónomo tiene (i) un comité fiduciario, el cual es su máximo órgano directivo, (ii) un comité financiero encargado de tomar decisiones sobre la administración financiera de los recursos del fideicomiso, analizar los requerimientos de recursos necesarios para cumplir la finalidad del Contrato de Fiducia y en general decidir sobre el manejo de liquidez de los recursos del Patrimonio Autónomo, y (iii) un comité técnico encargado de seleccionar a los contratistas e interventores, así como de revisar las evaluaciones y de recomendar al comité fiduciario la selección de los proyectos a contratar por el Patrimonio Autónomo, advirtiendo el Contrato de Fiducia y su manual operativo que el comité fiduciario tiene la facultad de no acoger las recomendaciones efectuadas por el comité técnico, caso en el cual deberá justificarlo.

De conformidad con el Acta número 002-12 del comité fiduciario que obra en el expediente en folios 271 al 272, el día 28 de diciembre de 2012 tuvo lugar una sesión presencial de dicho comité, en la cual ocurrieron entre otros los siguientes hechos que el Tribunal considera relevante mencionar:

- El comité técnico presentó su informe de evaluación final de las propuestas, entre ellas la de la Convocante, con el orden de elegibilidad resultante de la aplicación del procedimiento de selección definido en los Términos de Referencia;
- Dicho informe de evaluación final fue analizado por el comité fiduciario;
- Sustentados en el informe de evaluación final del comité técnico, los miembros del comité fiduciario recomendaron “*instruir a Fiduciaria Bogotá el inicio de los trámites (de) suscripción y perfeccionamiento*” del Contrato de Obra con el proponente: Valores y Contratos S.A.;
- El comité fiduciario efectivamente recomendó la contratación de la Convocante.
- Mediante comunicación escrita con fecha del 10 de enero de 2013, Fidubogotá como vocera del Patrimonio Autónomo informó a la Convocante que

había sido seleccionada y que en consecuencia se habían iniciado los trámites tendientes a la firma del Contrato de Obra.

Por todo lo anterior para el Tribunal resulta evidente, no solo que la Convocada en todo momento tuvo conocimiento y acceso a la documentación referente a la propuesta de la Convocante, la cual incluía el valor de la misma, sino que hizo o ha debido hacer un análisis juicioso y detallado de la misma que, supuso o ha debido suponer varios criterios incluyendo el económico, para poder realizar la comparación con las otras propuestas presentadas en el proceso.

#### **5.4.1.4. Conclusiones del Tribunal sobre el incumplimiento del Contrato de Obra por parte de la Convocada**

Con base en las consideraciones hechas en esta Sección 5.4.1, concluye el Tribunal que la Convocada incumplió el Contrato de Obra por negarse al pago de las facturas correspondientes al valor de los Hidrantes, el cual fue el ofrecido por la Convocante y convenido por las Partes al suscribir el Contrato de Obra.

#### **5.4.2. Naturaleza pública de los recursos asociados al Contrato de Obra**

*La Convocada manifestó que “En Comité Técnico del mecanismo de viabilización No.29 del 10 de octubre de 2012, se emitió concepto de proyecto técnicamente aceptable al proyecto ‘Construcción del sistema de acueducto para el municipio de Providencia y Santa Catalina fase I’ por la suma de \$16.500.000.000.00...de esta manera que los recursos destinados para la ‘Construcción del sistema de acueducto para el municipio de Providencia y Santa Catalina fase I’ son recursos públicos provenientes del Presupuesto General de la Nación. De su propia naturaleza son recursos destinados a cumplir de manera general funciones de interés público, en especial en el caso concreto, por encontrarse destinados a la prestación del servicio público esencial de suministro de agua potable en un municipio apartado como Providencia y Santa Catalina.”*

La Superintendencia Financiera de Colombia emitió concepto 062754-06 de fecha 7 de diciembre de 2006, acerca de la fiducia mercantil para el manejo de recursos públicos, manifestando lo siguiente: *“Los recursos del Estado entregados a los particulares por medio de la fiducia mercantil no pierden su naturaleza de recursos públicos. Sobre estos recursos existe el principio de vigilancia y control fiscal que pesa sobre todos los recursos públicos en cabeza de los órganos de control fiscal. En materia de contratación los particulares, pero especialmente los servidores públicos, deben someterse a la Constitución y la ley. Existe un principio de primacía de la realidad en los contratos que se celebren con los recursos públicos, no siendo lo determinante la forma como se presente un acuerdo de voluntades sino la materialidad del contrato.”*



La misma Superintendencia Financiera ha hecho una división con respecto a los subtipos de negocios fiduciarios entre públicos o privados, dependiendo de la naturaleza de los recursos o bienes administrados. Así, en la circular básica jurídica (C.E. 029-14) sobre el mercado intermediado la Superintendencia establece lo siguiente:

*“Se entiende que un negocio fiduciario administra recursos o bienes de naturaleza pública cuando dichos recursos sean aportes patrimoniales al fideicomiso y provengan directa o indirectamente de una entidad de carácter público, sea del nivel nacional, departamental, municipal, distrital o de los organismos descentralizados que conforman dichos niveles, sin tener en cuenta la modalidad de contratación utilizada para la celebración del negocio. Igualmente, se entienden como públicos los recursos parafiscales.*

*“Cuando quiera que en el negocio fiduciario haya recursos públicos y privados deben tenerse en cuenta las siguientes condiciones para su identificación como públicos: 9.1. Cuando en el respectivo contrato está pactado que en caso de incumplimiento de su objeto la totalidad o parte de los recursos deben retornar a un ente público, y/o 9.2. Cuando en el respectivo contrato está pactado que los recursos fideicomitidos deben destinarse al cumplimiento de las funciones propias del ente público.*

*“La anterior clasificación no modifica la naturaleza de los bienes y recursos fideicomitidos.*

*“La SFC puede ordenar en cualquier momento la reclasificación y exigir las modificaciones a que haya lugar.”*

#### **5.4.2.1. Conclusiones del Tribunal sobre la naturaleza pública de los recursos del Contrato de Obra**

Con base en las consideraciones hechas en esta Sección 5.4.2, concluye el Tribunal que es cierto como lo sostiene la Convocada que los recursos del Contrato de Obra son recursos públicos, que el hecho de que se hayan transferido a Fidubogotá como vocera del Patrimonio Autónomo a título de fiducia mercantil no hace que pierdan dicha naturaleza, y que se predica respecto de dichos recursos el principio de vigilancia y control fiscal. Sin embargo, tal circunstancia no cambia la conclusión a la que llegamos en la Sección 5.4.1.4 anterior.

Advierte el Tribunal que, en cualquier caso, la naturaleza de los recursos no modifica las obligaciones asumidas por las partes en el contrato, entre las cuales la asumida por la Convocada en el sentido de pagar las sumas convenidas.

### **5.4.3. Equivalencia entre los derechos y obligaciones de las Partes y derecho de la Convocante a recibir remuneración justa y adecuada**

La Convocada manifestó que *“En el contrato a precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas de cada una de ellas, comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato.”* La Convocada expone que pudo haber ocurrido un *“lapsus calami o un error involuntario en la determinación del precio unitario inicialmente pactado...”* De igual manera, sustenta esta posición al enlistar los precios de los Hidrantes, específicamente el ítem 7033 del contrato, el cual tenía un precio unitario de *“...\$68.000.000.00, que multiplicado por la cantidad de 7 unidades, le da un total de \$476.000.000.00”*. La Convocada sostiene que existió una *“progresión de los precios de los ítems de Hidrantes...”* Por último, manifiesta que debe revisarse el precio de los Hidrantes y sus accesorios para corregir *“el lapsus calami”* en que dice incurrió la Convocante.

Por su parte, el Señor Procurador sostuvo que el contratista como colaborador del Estado tiene derecho a recibir una remuneración justa y adecuada a la naturaleza del contrato. Lo que a juicio del Ministerio Público *“está representada en la obligación de la entidad estatal de pagarle los Hidrantes a precio de mercado, con lo cual no podría darse un menoscabo patrimonial injustificado. Resulta especialmente significativo dentro del proceso que mientras los precios comerciales de los hidrantes han sido plenamente acreditados por el contratante, el contratista no ha probado el precio de adquisición de los mismos.”*

Ahora bien, la ley 80 de 1993 consagra este principio en el artículo 27 al establecer que *“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*

*“Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.”*

El Tribunal se permite advertir que el valor del Contrato de Obra, que por lo demás corresponde al valor ofertado por la Convocante, no ha sufrido ningún cambio durante la ejecución del Contrato de Obra, como tampoco se han modificado las prestaciones a cargo de las partes. En consecuencia, no se ha producido

desequilibrio alguno entre los derechos y obligaciones de las Partes ni se ha afectado la conmutatividad del Contrato de Obra.

#### **5.4.3.1. Conclusiones del Tribunal sobre la equivalencia entre los derechos y obligaciones de las Partes**

Con base en las apreciaciones hechas en esta Sección 5.4.3, el Tribunal considera que la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones a las que se refieren las normas y jurisprudencia citadas, deben mantenerse en el tiempo respecto de las existentes al momento de proponer o de contratar, habiendo lugar a las medidas remediales solo si la igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, rompimiento que no aparece acreditado en el presente proceso arbitral.

En el presente caso, no aparece acreditado en el proceso ningún cambio en las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta por la Convocante ni de la celebración del Contrato de Obra por las Partes (mucho menos aparece acreditada la alteración grave de la ecuación financiera), en virtud de las cuales las obligaciones o derechos originalmente pactados, o las contingencias o riesgos previsibles existentes al momento de celebrar el contrato, puedan cambiarse o restablecerse en un sentido u otro por el Tribunal. Por ello, el Tribunal considera que las Partes deben cumplir lo convenido en el sentido que ya se ha expresado.

En cuanto al argumento del Señor Procurador, el Tribunal coincide en cuanto a que la Convocante tiene derecho a recibir una remuneración justa y adecuada, pero considera que dicha remuneración es la pactada por las Partes.

#### **5.4.4. El Contrato de Obra es un contrato conmutativo**

La Convocada manifestó que un contrato conmutativo genera obligaciones y cargas contractuales equivalentes y recíprocas entre las partes. En razón de lo anterior, manifestó que *“ese deber de pago equivalente que se deriva de los conceptos del contrato conmutativo, en el cual cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez y del contrato, bilateral en el cual las partes se obligan recíprocamente; se encuentra desconocido en la demanda, al pretenderse un pago que no es ni aproximadamente equivalente al valor del bien que se recibe.”* Concluye de esta manera la Convocada, que las pretensiones no pueden prosperar pues *“violan la conmutatividad del contrato.”*

El principio de conmutatividad se encuentra consagrado en el artículo 1498 del Código Civil colombiano de la siguiente manera: *“El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el*

*equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.” El profesor René Abeliuk Manasevich en su texto “La obligaciones tomo I” realiza una clasificación con respecto a los contratos onerosos, y los divide entre conmutativos y aleatorios así: “La separación entre una y otra subclase de contrato oneroso es entonces que, obteniendo siempre ambas partes utilidad del negocio, en el conmutativo hay equivalencia en las prestaciones recíprocas de ellas, la que no existe en el aleatorio.”<sup>77</sup>*

Ahora bien, con respecto a la conmutatividad quedó evidenciado en la sección 5.4.3 anterior, que este principio va de la mano con la equivalencia entre los derechos y obligaciones de las Partes, por lo que el Tribunal se remite a todo lo dicho allí.

#### **5.4.4.1. Conclusiones del Tribunal sobre el Contrato de obra es un contrato conmutativo**

Con base en las consideraciones hechas en esta Sección 5.4.4, concluye el Tribunal que efectivamente el Contrato de Obra suscrito es un contrato conmutativo, pues cada una de las Partes se obligó a dar o hacer cosas que se miran como equivalentes a lo que la otra Parte está obligada a dar o hacer y el equivalente claramente no consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, por lo que no es aleatorio. Sin embargo, no es cierto que el hecho de que las pretensiones prosperen viole la conmutatividad del contrato ni cambia la consideración del Tribunal en el sentido que las Partes deben cumplir lo convenido en el sentido que ya se ha expresado.

#### **5.4.5. El principio de buena fe, proyección ética de la confianza en los contratos administrativos y obligación de buena fe en la ejecución de los contratos**

La Convocada citó varias sentencias de la Corte Constitucional para sustentar lo dicho acerca del “*lapsus calami*”, manifestando que “*la buena fe se concreta...con mayor razón si con ellas se corrigen los errores de cálculo y media el interés público. Por lo que resulta perfectamente legal la objeción de la cuenta sobre los hidrantes presentada por la contratante, advertido por la Interventoría el desfase, del monto del precio de los elementos a que se refiere el ítem 7033.*”

Sobre el régimen de la contratación estatal la Corte Constitucional en sentencia C-892 de 2001 sostuvo que ésta, “*no se nutre únicamente de las*

---

<sup>77</sup> ABELIUK MANASEVICH, René. Las obligaciones Tomo I. Ed. Temis S.A. Colombia, tercera edición, 1993. Pág 66

*orientaciones normativas que sobre la materia aparecen desarrolladas en los Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, sino que integra a este régimen aquellos principios consustanciales a los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, que para el Derecho Administrativo son de gran importancia y trascendencia en cuanto que, como ya se explicó, cumplen el objetivo de trasladar a la administración pública la carga del daño antijurídico sufrido por el contratista, asegurándose el equilibrio de la relación jurídica contractual y la integridad del patrimonio particular.”*

En la misma sentencia citada la Corte enlistó los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales entre los cuales se destaca el principio de la buena fe, el cual *“...obliga a la Administración Pública y a los particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos.”*

En relación específicamente al principio de la buena fe en el régimen de contratación pública, la sentencia citada sostuvo que *“En el ordenamiento jurídico colombiano, la buena fe es reconocida como un principio general de derecho a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política y, por su intermedio, se le impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan -lealtad y honestidad-, estableciéndola como presunción en todas las gestión es que ‘aquellos adelanten ante estas’. La circunstancia de que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional, es de gran trascendencia en el área del derecho público. De un lado, por cuanto permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados. En materia contractual, igual a lo que ocurre con el principio de reciprocidad, la buena fe comporta entonces uno de los criterios de imputación dentro de la teoría de la equivalencia de los contratos estatales y, por ese aspecto, se convierte en la causa jurídica de la que surge la obligación para la Administración Pública de reconocerle al contratista los mayores costos y las pérdidas que haya podido sufrir, como consecuencia del surgimiento de algunas contingencias extraordinarias o anormales que alteran la ecuación financiera prevista en el acuerdo de voluntades. Las exigencias éticas que se extraen del principio de la bona fides, coloca a los contratantes en el plano de observar con carácter obligatorio los criterios de lealtad y honestidad, en el propósito de garantizar la óptima ejecución del contrato que, a su vez, se concreta en un conjunto de prestaciones de dar, hacer o no hacer a cargo de las partes y según la naturaleza del contrato, las cuales comprenden, inclusive, aquella de proporcionarle al contratista una compensación económica para asegurarle la integridad del patrimonio en caso de sufrir un daño antijurídico. Con buen criterio, el Consejo de Estado ha venido considerando en su extensa jurisprudencia, acorde con la que ya*

*ha sido citada en esta Sentencia, que el principio de la buena fe debe reinar e imperar durante el periodo de celebración y ejecución del contrato, concentrando toda su atención en la estructura económica del negocio jurídico, con el propósito específico de mantener su equivalencia económica y evitar que puedan resultar afectados los intereses patrimoniales de las partes. El principio de la buena fe, como elemento normativo de imputación, no supone, en consecuencia, una actitud de ignorancia o creencia de no causar daño al derecho ajeno, ni implica una valoración subjetiva de la conducta o del fuero interno del sujeto. En realidad, tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado. Por ello, tal como sucede con el principio de reciprocidad, el desconocimiento por parte de la Administración de los postulados de la buena fe en la ejecución del contrato, conlleva el surgimiento de la obligación a cargo de ésta de responder por los daños antijurídicos que le haya ocasionado al contratista. Estos efectos jurídicos de la buena fe en materia contractual, según lo afirma la propia doctrina, son una clara consecuencia de la regla según la cual todo comportamiento contrario a la misma, en cuanto ilícito, trae implícita la obligación de pagar perjuicios”.*

La Convocada manifiesta que en la ejecución de todos los contratos la buena fe es un elemento esencial, razón por la cual sostiene que *“la posición de la demandante, nos parece se aparta del principio de la buena fe en el ejecución de los contratos y de la confianza legítima que debe construirse no solamente durante su ejecución sino, desde la participación licitatoria, su celebración, su ejecución y liquidación, pues en todas estas oportunidades es una exigencia de orden superior...”*

El Código Civil colombiano en el artículo 1603 establece que *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”*

De igual forma, este principio se encuentra consagrado constitucionalmente en el artículo 83 de la siguiente manera: *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”*

De igual manera, la Corte Constitucional en sentencia C-544 de 1994 sostuvo que: *“La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual*

*de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe.”*

El Código de Comercio en el artículo 835 consagra la presunción de buena fe de la siguiente manera: *“Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo.”*

Por otra parte, el Código General del Proceso consagra la carga de la prueba en el artículo 167 así: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”*

Con fundamento en lo anterior, es evidente que la buena fe de la Convocante se presume mientras que no se pruebe en contrario, y que correspondía en este caso a la Convocada dicha prueba pues es dicha parte quien alega su existencia.

Con base en la información que obra en el expediente, el Tribunal no encuentra prueba alguna de la mala fe de la Convocante. Aprecia solo afirmaciones de la Convocada, quien presenta un argumento que soportaría la negativa al pago, en la supuesta mala fe de la Convocante, pero no presenta prueba alguna que evidencie tal mala fe. Sobre el particular, el Tribunal valora varias y concluyentes circunstancias que demuestran que la Convocante actuó con la lealtad y honestidad debidas desde el inicio mismo del proceso contractual y durante el periodo de celebración y ejecución del contrato, asumiendo una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado. Al efecto, consta en el expediente que la Convocada fue quien preparó el proceso de la Licitación, dirigió y coordinó el mismo e impuso los requisitos que debían cumplir los participantes, y que la Convocante se sometió en su integridad al mismo, presentando como lo exigían los Términos de Referencia, los valores del AIU ofrecidos por concepto de costos directos y e indirectos por unidad para un precio unitario total de COP\$68,000,000 por Hidrante (ver Secciones 5.4.1.2 y 5.4.1.3). En otras palabras,

nada ocultó la Convocante y por el contrario presentó abierta y transparentemente los valores que le solicitó la Convocada, que justamente ahora debate tachándolos de exorbitantes.

Por lo demás, la propia Convocada sostiene que existió un “Lapsus Calami” fundamentando de esta manera la mala fe de la Convocante, análisis que llama la atención de este Tribunal, pues en el supuesto de existir dicho “Lapsus Calami” no podría haber mala fe, pues precisamente constituyendo esta figura un error involuntario, lo que se desprende de allí es la buena fe de la convocante, ya que este concepto tiene su fundamento en la teoría del error (Art. 768, inciso 3º del Código Civil), como lo ha sostenido reiteradamente tanto la doctrina nacional como extranjera y la jurisprudencia colombiana. Al respecto el profesor francés Jean Carbonnier al definir la buena fe dice: *“La buena fe debe entenderse en su acepción puramente psicológica de ignorancia o error que se padece (y no a la manera del art. 1.134, pfo. 3º que la inviste de un significado moral de lealtad u honradez para con otra persona)”* (Derecho Civil, Tomo II, Volumen I, pág.222. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1.965). De igual forma la Corte Suprema de Justicia de Colombia sostuvo lo siguiente: *“El derecho no está fundado en el error, pero sus normas no desconocen la falibilidad de la condición humana, ni olvida nunca proteger la honestidad en el vivir. Un justo yerro de hecho no se opone y antes bien explica la buena fe que el legislador presume para la progresiva cristalización de la cultura”* (C.S. J., sent. 16 de Diciembre de 1.959. G.J., t XCI, pág. 884).

#### **5.4.5.1. Conclusiones del Tribunal sobre el principio de buena fe, proyección ética de la confianza en los contratos administrativos**

Con base en las consideraciones hechas en la Sección 5.4.5 y teniendo en cuenta que la presunción de buena fe que favorece a la Convocante no fue desvirtuada por la Convocada con la prueba de la mala fe, concluye el Tribunal que la Convocante actuó de buena fe en el sentido que siempre fue transparente al enunciar los valores unitarios que componían la propuesta.

Como claramente lo establece el artículo 768, inciso 3º del Código Civil, un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe, por lo tanto no es posible deducir que haya existido mala fe por parte de la Convocante teniendo como base de la argumentación el supuesto “Lapsus Calami, como lo sostiene la convocada, por cuanto este, en el caso de haberse presentado, por ser un error involuntario, constituye un justo yerro en materia de hecho que no se opone a la buena fe.

#### **5.4.6. Enriquecimiento sin causa o enriquecimiento injusto**

La Convocada pone de presente el artículo 831 del Código de Comercio para enunciar la figura del enriquecimiento sin justa causa. Dicho artículo señala que *“Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.”*



La Convocada manifiesta en su contestación que si bien el enriquecimiento sin causa o enriquecimiento injusto no se encuentra consagrado expresamente en la ley civil, algunos artículos del Código Civil tales como el 1324, 1747 y 2120 se refieren a esta figura *“en una u otra forma a la situación de que un patrimonio resulte enriquecido a costa de otro empobrecido y a los efectos que de allí pueden derivarse.”*

La Convocada acude así a la figura del enriquecimiento injusto como consecuencia del supuesto *“precio exorbitante de los hidrantes a que se refiere el ítem 7033”* y por esta razón manifiesta que debe rechazarse la pretensión de la Convocante pues con ésta, se pretende *“...un enriquecimiento sin causa, que no consulta la naturaleza de los recursos destinados a la financiación de la obra, ni el equilibrio conmutativo de las prestaciones propias del contrato, ni el justo entendimiento del mismo, ni la obligación de su ejecución de buena fe, y que se traduce en un enriquecimiento ilícito.”*

En razón de lo anterior, la Convocada acude a esta figura en el entendido de que es, *“...una fuente o un título de imputación del daño para declarar la responsabilidad de una parte, es lo que nos permite acudir a ella, para invocándola, luego de demostrar el precio exorbitante de los hidrantes a que se refiere el ítem 7033, solicitar que la pretensión planteada en la demanda, sea rechazada por pretender, un enriquecimiento sin causa, que no consulta la naturaleza de los recursos destinados a la financiación de la obra, ni el equilibrio conmutativo de las prestaciones propias del contrato, ni el justo entendimiento del mismo, ni la obligación de su ejecución de buena fe, y que se traduce en un enriquecimiento ilícito.”*

La Corte Constitucional, en sentencia T-219/95 enuncia los tres requisitos que deben probarse para poder argumentar que existe enriquecimiento sin causa así: *“Son tres los requisitos que deben probarse para que se declare la existencia de un enriquecimiento de esta índole y se ordene la devolución de los bienes correspondientes: 1) un enriquecimiento o aumento de un patrimonio; 2) un empobrecimiento correlativo de otro, y 3) que el enriquecimiento se haya producido sin causa, es decir, sin fundamento jurídico.”*

Por otra parte, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera del 22 de julio de 2009, se manifestó con respecto a esta figura, aduciendo que *“...La prohibición del enriquecimiento injustificado tiene soporte en el artículo 8 de la ley 153 de 1887. De esta manera, el origen de la figura ha sido doctrinario y jurisprudencial, pues, como puede verse, la norma no contempla de manera expresa la institución, pero han sido estas otras fuentes del derecho quienes han formulado la regla, tal como se conoce hoy en día. Sin embargo, con el paso del tiempo, el derecho comercial positivizó la figura en el artículo 831, de la siguiente manera: ‘Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro’”.*

Sobre el requisito de que el enriquecimiento se haya producido sin causa, es decir, sin fundamento jurídico, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, el día 30 de marzo de 2006 se refirió de la siguiente manera: *“Jurisprudencial y doctrinalmente, la teoría del ´enriquecimiento sin causa´ parte de la concepción de justicia como el fundamento de las relaciones reguladas por el Derecho, noción bajo la cual no se concibe un traslado patrimonial entre dos o más personas, sin que exista una causa eficiente y justa para ello. Por lo tanto, el equilibrio patrimonial existente en una determinada relación jurídica, debe afectarse -para que una persona se enriquezca, y otra se empobrezca- mediante una causa que se considere ajustada a derecho. Con base en lo anterior se advierte que para la configuración del ´enriquecimiento sin causa´, resulta esencial no advertir una razón que justifique un traslado patrimonial, es decir, se debe percibir un enriquecimiento correlativo a un empobrecimiento, sin que dicha situación tenga un sustento fáctico o jurídico que permita considerarla ajustada a derecho.”*

El Tribunal considera que no se encuentra probada la existencia de los requisitos del enriquecimiento sin causa derivado del pago del precio convenido. Particularmente advierte el Tribunal, que con base en la información que obra en el expediente es posible concluir entre otros que (i) las Partes suscribieron el Contrato de Obra el cual se encuentra vigente y produce plenos efectos, (ii) que el valor del Contrato de Obra se determinó por el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste de conformidad con el monto de la propuesta económica presentada por el oferente, (iii) que la Convocante presentó la propuesta que incluía el precio unitario de los Hidrantes por un valor por unidad de COP\$68.000.000 y un valor total por las 7 unidades de COP\$476.000.000, (iv) que dicho precio es vinculante para las Partes desde la fecha misma de suscripción del Contrato de Obra, (v) que la Convocada está obligada a pagar los trabajos contratados en la forma establecida en el Contrato de Obra, con base en lo cual el Tribunal considera que el Contrato de Obra constituye el fundamento jurídico mismo del pago debido.

#### **5.4.6.1. Conclusiones del Tribunal sobre el enriquecimiento sin causa o enriquecimiento injusto**

Al proponerse la excepción de enriquecimiento sin causa, la Convocada está planteando un supuesto detrimento patrimonial para el Estado, que además está latente en las demás excepciones propuestas que el Tribunal analizó anteriormente.

Como ha sido ampliamente explicado a lo largo del presente Laudo, ninguna de las excepciones propuestas por la Convocada están llamadas a prosperar y menos la del enriquecimiento sin causa, por cuanto ésta fuente moderna de las obligaciones, en el caso en que se configure, lo que genera es una obligación de reembolsar por parte de quien se enriqueció injustamente, para restablecer el equilibrio contractual, y no se puede alegar como excusa para eludir obligaciones válidamente contraídas en un contrato.

De tal manera que el enriquecimiento sin causa cuando se invoca alegando que una de las partes se enriqueció injustamente a expensas de otra, generando un detrimento patrimonial, como se pretende en este caso, debe proponerse como acción y no como excepción, por cuanto el enriquecimiento sin justa causa, en el caso de llegar a probarse lo que genera es una obligación de reembolso para equilibrar el contrato, de tal forma que, si la Convocada consideraba que el precio de los Hidrantes que había aceptado al suscribir el Contrato de Obra, era de tal forma desproporcionado y causaba una lesión al patrimonio del Estado, debió acudir en primer lugar a las acciones legales respectivas tendientes a impugnar la validez del acto de adjudicación del Contrato de Obra, en lugar de utilizar esta figura para negarse a cumplir con sus obligaciones.

De igual forma, el Tribunal advierte que la Convocada tuvo la oportunidad en el trámite del presente proceso arbitral, de formular una demanda de reconvención, solicitando la rescisión del contrato de obra por el supuesto enriquecimiento sin causa que manifiesta haber sufrido respecto del valor de los Hidrantes, pero resulta impropio e incoherente con las normas procesales, que se pretenda desvirtuar la validez del Contrato de Obra por la vía de excepción como se pretende.

Alegar un supuesto detrimento patrimonial del Estado resulta contrario a las evidencias procesales, especialmente cuando el valor contratado en la cláusula cuarta del Contrato de Obra no ha experimentado ninguna variación y las prestaciones a cargo de las Partes en lo que respecta a la instalación de los Hidrantes se mantienen igualmente sin ningún tipo de modificación. Lo que existe, y esa es la realidad material, sustancial y procesal del presente caso, es un contrato válidamente celebrado entre las Partes que está produciendo plenos efectos jurídicos, el cual debe ser cumplido en su integridad por los contratantes, en desarrollo del principio en virtud del cual el contrato es una ley para las partes.

Con base en las consideraciones hechas en esta Sección 5.4.6, concluye el Tribunal que el pago que reclama la Convocada constituye la legítima pretensión que le corresponde como Parte del Contrato de Obra en el sentido que se cumpla lo pactado, lo cual excluye de suyo la hipótesis del enriquecimiento sin causa.

#### **5.4.7. Límites al principio según el cual el contrato es ley para las partes**

La Convocada manifiesta que si bien el cumplimiento de este principio es de carácter obligatorio argumenta que *“...olvida la demandante, que este mandato legal, desde el propio texto del artículo que lo consagra tiene limitaciones, por ‘causas legales’. Por lo que no resulta válido invocar este principio legal, sin ponderar que los contratos deben respetar los principios que hemos expuesto, que son contenidos legales que deben ser tenidos en cuenta tanto en la contratación*

*tanto pública como privada.” Al finalizar su contestación, la Convocada reitera que pagar el precio del ítem 7033 resultaría “irracional e injusto.”*

Sobre el particular en Sentencia T-423/03, la Corte Constitucional sostuvo que: *“...la alteración de los términos contractuales operada de manera unilateral por alguna de las partes desconoce la regla básica de los contratos ‘el contrato es ley para las partes’ o ‘pacta sunt servanda’ y constituye un atentado contra el derecho fundamental a la autonomía de la voluntad en relación con el contrato. En este sentido, el derecho a que los términos del contrato no sean alterados de manera unilateral por una de las partes integraría el contenido del derecho fundamental a la autonomía privada, precisamente por tratarse de una de las típicas situaciones que se encuentran dentro de su ámbito de protección. Lo anterior implica que, por regla general, cualquier modificación del contrato debe estar sometida al concurso de voluntades o consentimiento de las partes. No obstante, la Corte reconoce que esta regla tiene excepciones, algunas derivadas de la naturaleza misma de las relaciones contractuales especialmente en lo que respecta a la función de intervención del Estado en la economía.”*

Por otra parte, el Código Civil colombiano consagra en el artículo 1602 la noción de que el *“Contrato es ley para las partes”, al prever que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”*

Al respecto la Corte Suprema de Justicia estableció que: *“Es principio general de derecho civil, que los contratos se celebren para cumplirse y, en consecuencia, que el deudor debe estar dispuesto a ejecutarlos integra, efectiva y oportunamente. La integridad está referida a la totalidad de la prestación debida, hecho o cosa; la efectividad dice a solucionar la obligación en la forma pactada, y la oportunidad aduce al tiempo convenido”. (C.S.J., Cas. Civil, Sentencia Julio 3 de 1963).*

La parte Convocada sostiene que esta noción debe entenderse de otra manera y manifiesta que tiene excepciones en lo que tiene que ver con *“(...)la buena fe contractual, y en los contratos conmutativos, la correlación de las obligaciones y la simetría o el equilibrio de las prestaciones, y sobre todo la de tener en cuenta que, en el caso concreto, la Contratante cumplió con todas sus obligaciones, mientras que la Contratista, demandante, incumplió, adicionalmente, su deber de acatar la orden de no instalar los Hidrantes (Cláusula tercera numeral 9º : ‘Acatar las instrucciones que durante el desarrollo del contrato se le impartan por parte de la CONTRATANTE’), lo que debe entenderse se hizo por cuenta propia, desatendiendo, en clara violación de la lealtad contractual la observación de corregir el precio, ilegal registrado en su oferta en el ítem 7033.”*

#### **5.4.7.1. Conclusiones del Tribunal sobre los límites al principio según el cual el contrato es ley para las partes**

Con base en las consideraciones hechas en esta Sección 5.4.7 y en las Secciones anteriores de la misma Sección 5.4, concluye el Tribunal que no existe ninguna razón válida para excepcionar la aplicación del principio en virtud del cual el contrato es ley para las partes y en consecuencia, la Convocada está obligada a cumplir lo pactado y a pagarle lo convenido en el Contrato de Obra a la Convocante.

#### **5.4.8. Obligaciones de colaboración y responsabilidades de la Convocante**

Sostiene el Señor Procurador Sexto Judicial Administrativo, Doctor Carlos Mauricio González Arévalo, que son obligaciones de la Convocante en su calidad de contratista, más allá del cumplimiento objetivo de los deberes contractuales, en primer lugar, colaborar con el Estado en la consecución de sus fines esenciales (interés general) y, en virtud de tal consideración, asume responsabilidades sociales y legales con el Estado y la sociedad.

##### **5.4.8.1. Consideraciones del Tribunal acerca de las obligaciones de colaboración y responsabilidades de la Convocante**

Con base en todas las consideraciones hechas en el presente Laudo, el Tribunal considera que las obligaciones de colaboración y responsabilidades de la Convocante en su calidad de contratista, no podrían entenderse en el sentido de aceptar el pago de un precio menor al pactado, al que, como hemos advertido, tiene derecho la Convocante.

#### **5.4.9. Sobre la imparcialidad del testigo**

En virtud del artículo 211 del Código General del Proceso, el Tribunal puede determinar si existió imparcialidad del testigo o no, en lo que respecta al testimonio rendido por el Señor Luís Gerardo Ortíz Baratto el día 1 de septiembre del 2015. El mencionado artículo establece lo siguiente: *“Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”*

Ahora bien, en el interrogatorio de parte que tuvo lugar el día 1 de septiembre de 2015, la parte Convocada solicitó que se tachara al testigo, Señor Luís Gerardo Ortíz Baratto, por las siguientes razones. En primer lugar, la parte Convocada manifestó que, *“...la función de un testigo (es): testificar sobre hechos*

*que le consten. No es función de un testigo venir a cumplir con un encargo contractual a decir algunas cosas en un proceso. Al testigo no le consta nada...*

*Por otra parte, la parte Convocada sostiene que, "...en su exposición de manera vaga e imprecisa, el testigo describe el procedimiento de escogencia del adjudicatario de la licitación Valorcon S.A. Descripción precisa del mismo procedimiento, que se encuentra en los anexos de la Contestación de la demanda... Adicionalmente, emite opiniones, sobre los resultados de la aplicación de la media aritmética, sin demostrarlo matemáticamente, ni contablemente ni financieramente. En efecto, el señor testigo técnico, no expresa sus opiniones profesionales sobre hechos, sino que realiza una explicación sobre 'la media aritmética' y hace unas suposiciones, que con el mayor respeto, debemos decir, resultan extrañas a la prueba."*

Sobre la tacha del testigo propuesta por la Convocada, el Tribunal advierte que tal como consta en el expediente, a folio 106 del Cuaderno Principal No. 1 el testigo entre otras cosas manifestó lo siguiente: *"...me contrató la Firma Valorcon con base en unos documentos que tuve a la vista y querían evaluar, quería mirar qué pasaba si se hacían unas modificaciones con respecto a una propuesta que habían presentado para un proceso licitatorio, entonces con base en esos documentos usted determine si hay una variación y qué tipo de variación hay."*

Acto seguido, después de que el árbitro Daniel Rodríguez Bravo le preguntara qué tipo de contrato había suscrito con la Convocante, éste respondió: *"...hicimos un contrato por el servicio, por horas"* y manifestó de igual manera, que hacía *"como 4 o 5 día"* antes de ese interrogatorio se había celebrado dicho contrato. De igual manera, el Señor Ortiz dejó de presente que nunca antes había tenido relación con la Convocante. Para finalizar el Árbitro Rodríguez Bravo le preguntó al testigo que si el trabajo realizado por éste había sido remunerado, a lo que el señor Ortiz respondió, *"Si señor, cobro por horas"* y dejó constancia que quien había remunerado su trabajo fue Valorcon.

En razón de lo anterior, con base en las consideraciones hechas en esta Sección 5.4.9, el Tribunal considera que el Señor Luís Gerardo Ortiz Baratto se encuentra en circunstancias que afectan su credibilidad o imparcialidad en razón de su dependencia o interés en relación con la Parte Convocante, hecho que tiene en cuenta el Tribunal al adoptar las decisiones contenidas en el presente Laudo.

## **6. DE LA CONDENA EN COSTA Y SU LIQUIDACIÓN**

Conforme a lo establecido en el artículo 365 numeral 1 del Código General del Proceso, se condena en costas a la Convocada por haber sido vencida en este proceso, condena que se hará en la parte resolutive del laudo.

Las costas a que se condena a la Convocada, corresponden al cien por cien (100%) del valor total de los honorarios, gastos e impuestos del Tribunal, fijados mediante Auto

número 10, folios 04 al 06 del Cuaderno Principal No.2. El valor total de las costas en que se condenará a la Convocada es la suma que aparece a continuación en la siguiente tabla:

<b>Gastos generales del proceso</b>	<b>Monto</b>
Honorarios totales de los árbitros	\$29.588.868
IVA 16%	\$4.734.218
Honorarios de la Secretaria	\$4.931.470
Iva 16%	\$789.035
Gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje y Conciliación	\$4.931.470
IVA 16 %	\$789.035
Otros gastos	\$6.000.000
<b>Total:</b>	<b>\$51.764.096</b>

Reembolso por concepto de costas y agencias en derecho a cargo de la parte Convocada y a favor de la parte Convocante	Monto
50% pagado por la Convocante	\$25.882.048
Agencias en derecho:	\$9.862.956
<b>Total:</b>	<b>\$35.745.004</b>

## 7. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve:

**Primero.** Declarar que ninguna de las excepciones perentorias interpuestas por la convocada están llamadas a prosperar por las razones expuestas en la parte motiva de éste Laudo;

**Segundo.** Declarar que la Convocada Fiduciaria Bogotá S.A., en su calidad de administradora y vocera del Patrimonio Autónomo fideicomiso asistencia técnica-FINDETER, incumplió el Contrato de Obra, al negar el pago de las facturas correspondientes al valor de los hidrantes tipo Milán AWWA C502 06” (Incluye válvula compuerta sello en bronce 03” y accesorios);

**Tercero.** Declarar que la Convocante puede facturar a la Convocada la suma de cuatrocientos setenta y seis millones de pesos (COP\$476.000.000) por concepto del valor propuesto y convenido de siete Hidrantes tipo Milán AWWA C502 06” (Incluye válvula compuerta sello en bronce 03” y accesorios), que ya fueron instalados en el sistema de acueducto para el MUNICIPIO DE PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA FASE I, de acuerdo con el contrato;

**Cuarto.** Declarar que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la Convocada a pagar a favor de la Convocante la suma de cuatrocientos setenta y seis millones de pesos (COP\$476.000.000) por concepto del valor propuesto y convenido de siete Hidrantes tipo Milán AWWA C502 06” (Incluye válvula compuerta sello en bronce 03” y accesorios), facturados según la declaración anterior, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la ejecutoria del laudo que se profiera dentro de este proceso;

**Quinto.** Condenar en costas, gastos y agencias en derecho a la Convocada, conforme a la liquidación hecha en la Sección 6 de la parte motiva de éste Laudo. La condena impuesta será cumplida en los términos legales y se causarán intereses moratorios a partir del día siguiente a la ejecutoria del Laudo y hasta la fecha efectiva del pago;



**Sexto.** Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente Laudo con las constancias de ley (numeral 2 del artículo 114 del Código General del Proceso), con destino a cada una de las Partes, y copias simples al señor Agente del Ministerio Público y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá;

**Séptimo.** Ordenar la devolución del expediente en su oportunidad legal al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, conforme al artículo 47 de la ley 1563 de 2012;

**Octavo.** Declarar que los Árbitros y la Secretaria adquieren el derecho a devengar el saldo de honorarios una vez adquiera firmeza el Laudo o, llegado el caso, la providencia que resuelva sobre eventuales solicitudes de aclaración, o complementación del mismo.

**Noveno.** En los términos del artículo 28 de la ley 1563 de 2012, ordenar que una vez se venza el término de que trata el artículo 40 de dicha ley, se rinda por el Presidente del Tribunal la cuenta razonada a las partes de lo depositado para la partida "Otros Gastos" y que proceda a reintegrar las sumas no utilizadas de dicha partida si a ello hubiere lugar, según la liquidación final.

El presente Laudo se notifica en estrados.

Se deja constancia que a los señores apoderados de las Partes, a quienes por Secretaría les fue entregada copia auténtica.

Árbitro	Árbitro	Árbitro
<hr/> Daniel Rodríguez Bravo	<hr/> Manuel Guillermo Sarmiento García	<hr/> Hernando Cardozo Luna (Con Salvamento de Voto)
	<b>Secretaria</b>	
	<hr/> Patricia Zuleta García	