

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

DE

**INTEGRANTES DEL CONSORCIO DE INGENIEROS CALCULISTAS, a saber,
JAIME TORRES DUARTE Y RAEJJA INGENIERÍA LIMITADA**

CONTRA

EL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C. diez y seis (16) de mayo de dos mil doce (2012)

El Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias jurídicas suscitadas entre **INTEGRANTES DEL CONSORCIO DE INGENIEROS CALCULISTAS, a saber, JAIME TORRES DUARTE Y RAEJJA INGENIERÍA LIMITADA CONTRA EL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, en razón y con ocasión del contrato de obra No. 090, suscrito el 10 de septiembre del 2004 profiere, en derecho, el presente laudo arbitral, después de haber surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, la Ley 446 de 1998 y en el Código de Procedimiento Civil.

1. ANTECEDENTES

1.1. Partes y representantes

LOS INTEGRANTES DEL CONSORCIO INGENIEROS CALCULISTAS: RAEJJA INGENIERÍA LTDA y JAIME TORRES DUARTE, persona jurídica la primera (RAELJA INGENIERÍA LTDA) con Nit 813003916 – 4, y persona natural señor JAIME TORRES DUARTE con C.C. 19188745, han demostrado plenamente su existencia y representación mediante el certificado de cámara de comercio que obra a folios 88 y siguientes del cuaderno principal No 1, así como la autenticación

personal del poder conferido a los abogados que han actuado en nombre del señor Jaime Torres.

Los convocantes han comparecido mediante abogado apoderado judicial, en un principio el Doctor EDUARDO RUBIO ROBLES, y posteriormente y hasta la fecha de este laudo el Doctor JULIO CÉSAR PRIETO LEAL, representación debidamente reconocida en el proceso.

1.2. EI DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ –SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL- Es una entidad descentralizada del orden DISTRITAL, con personería jurídica reconocida por ministerio de ley. Ha comparecido representada mediante abogado apoderado judicial, en un primer momento por el Doctor CARLOS ALBERTO GNECCO, posteriormente por la Doctora INGRID YOMARA OLARTE, y finalmente hasta la fecha de este laudo por el Doctor YIMMI MAURICIO LIBERATO; representación debidamente reconocida en el proceso.

1.2. La cláusula compromisoria

El pacto arbitral se funda en la cláusula VIGÉSIMA SEGUNDA (22) del contrato de consultoría distinguido con el No. 090 de 10 de Septiembre de 2004, obrante a folio 9 del cuaderno de Pruebas N° 1.

La mencionada cláusula, reza textualmente:

“VIGESIMA SEGUNDA. – DIFERENCIAS ENTRE LAS PARTES: *Las diferencias que surjan entre las partes por asuntos diferentes a la aplicación de la cláusula de caducidad y de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, con ocasión de la celebración, cumplimiento y liquidación del contrato, serán dirimidas mediante la utilización de los mecanismos de solución ágil de conflictos previstos en la ley, tales como arreglo directo, amigable composición, conciliación, transacción y si tales diferencias tienen carácter insalvables acudirán de mutuo acuerdo al arbitramento de conformidad con lo establecido en las normas vigentes”*

1.3. Convocatoria del Tribunal, designación del árbitro, etapa introductoria del proceso, integración e instalación.

1.3.1. El 25 de marzo de 2011, se presentó convocatoria – demanda, para integrar Tribunal de Arbitramento, por parte del CONSORCIO DE INGENIEROS CALCULISTAS (sic).

1.3.2. Luego de varias citaciones y comunicaciones, el 3 de agosto de 2011 se adelantó reunión de nombramiento de árbitros en la que se designó a la Doctora IVONNE GONZÁLEZ NIÑO como principal, y a la doctora LAURA OSPINA MEJÍA, cómo árbitro suplente¹.

1.3.2. La doctora IVONNE GONZÁLEZ, declinó la designación², ante lo cual se informo a la Doctora LAURA OSPINA MEJIA, quien, en término, aceptó la designación el 18 de agosto de 2011.

1.3.3. Al proceso concurrió el Ministerio Público por conducto de la señora Procuradora 4º Judicial Administrativa, Doctora ANNI MARGARITA JORDI DE OSTAU DE LAFONT.

1.3.4. El 31 de agosto de 2011, se llevó a cabo la instalación del Tribunal, audiencia en la que entre otros puntos, se designó Secretario, y se inadmitió la demanda a fin de que la parte convocante subsanara falencias relacionadas con la legitimación en la causa tanto activa como pasiva.

1.3.5. Subsana la demanda, se profirió el auto No 2 de 15 de septiembre de 2011, mediante el cual se admitió la demanda y se ordenó correr traslado de la misma a la entidad convocada.

1.3.6. El 26 de septiembre de 2011, se notificó personalmente a la entidad demandada, la que en término, el 5 de octubre de 2011, contestó la demanda, proponiendo excepciones de mérito. De las excepciones de mérito se corrió traslado, mediante auto, término dentro del cual la parte convocante presentó su posición al respecto.

¹ Folio 86 cuaderno principal No 1.

² Folio 111 cuaderno principal No 1

1.3.2. El 29 de noviembre de 2011 y 9 de diciembre de 2011, en audiencia suspendida, iniciada en una fecha y concluida en otra, se adelantó la audiencia de conciliación, la cual resultó fallida.

1.3.3. El 9 de diciembre de 2011, en la misma audiencia en que se declarara fallida la conciliación se decretaron los honorarios a cargo de las partes del proceso; estos honorarios fueron pagados en su totalidad por la parte convocante del proceso.

1.3.4. El presente Tribunal fue integrado e instalado legalmente, sin que su integración o constitución hubiera sido controvertida por las partes.

1.4. Primera audiencia de trámite, etapa probatoria y alegaciones finales.

1.4.1. La primera audiencia de trámite se llevó a cabo el día 16 de enero de 2012. En ella, luego de dar lectura al pacto arbitral y a las cuestiones sometidas a arbitraje, el Tribunal, mediante Auto No. 10, asumió competencia para tramitar y decidir en derecho el conflicto sometido a su conocimiento; providencia que no fue recurrida por las partes.

Acto seguido, el Tribunal decretó mediante auto No 11 las pruebas solicitadas por las partes en la demanda y en la contestación de la misma, así mismo declaró culminada la primera audiencia de trámite.

1.4.2. La etapa probatoria se desarrolló de la siguiente manera:

1.4.2.1. El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una corresponda, los documentos enunciados y aportados con la demanda.

Se incorporaron al expediente la totalidad de los documentos que fueron exhibidos y entregados en copia en la inspección judicial llevada a cabo en la sede de la convocada SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, los días 13 de febrero y 5 de marzo de 2012.

1.4.2.2. En audiencia se recibieron los testimonios de MARIO RICARDO BONILLA LISCANO, JOSE IVÁN ROJAS BELTRAN y CÉSAR AUGUSTO MUÑOZ LÓPEZ, que fueron debidamente transcritos e incorporados al expediente.

El interrogatorio de parte de la convocada y el testimonio de FERNANDO PINZÓN SÁNCHEZ, fueron desistidos por el solicitante de la prueba, desistimiento aceptado por el Tribunal.

1.4.2.3. De oficio, el Tribunal decretó la inspección judicial a la convocada SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, inspección que tuvo lugar los días el 13 de febrero en las horas de la tarde y 5 de marzo de 2012 en las horas de la mañana. En dicha inspección se decretaron de oficio los testimonios de DIANA MARCELA MARTÍNEZ RODRÍGUEZ (13 de febrero) y de JOSÉ RICARDO PUYANA VALDIVIESO (5 de marzo), funcionarios de la entidad convocada.

1.4.2.5. Finalmente, se citó para alegatos de conclusión, los cuales tuvieron lugar, en audiencia, el 11 de abril de 2012.

El Ministerio Público presentó sus alegaciones por escrito.

1.5. Término de duración del proceso:

El término de duración del presente proceso es de seis meses, por mandato del artículo 103 del Decreto 2651 de 1991. Su cómputo se inicia a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, es decir, desde el 16 de enero de 2012, con lo cual el término de seis meses previsto en la ley vence el 16 de julio de ese mismo año. En consecuencia, el presente laudo se profiere dentro del término legal.

2. LA CONTROVERSIA

2.1. Peticiones de la demanda arbitral

Se transcriben las pretensiones formuladas por los convocantes:

“PRIMERO: Que LA SECRETARIA DE EDUCACION DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA, incumplió el contrato de CONSULTORIA DEL DISEÑO DE REFORZAMIENTO ESTRUCTURAL, AJUSTANDO LA SEDE A ESTANDARES MINIMOS DE AL SECRETARIA DE EDUCACION EN LAS EDIFICACIONES EXISTENTES, COMO DE LAS NUEVAS QUE SE REQUIERAN EN LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS DISTRITALES, MANUELA AYALA DE GAITAN, SIMON BOLIVAR, RAFAEL BERNAL JIMENEZ, REPUBLICA DE PANAMA, GLORIA GAITAN A, SED JORGE ELIECER GAITAN DE LA LOCALIDAD 12, Número 090 de septiembre 10 de 2004, al dejar de pagar el saldo final de VIENTISIETE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL CIENTO SETENTA Y SIETE PESOS (\$ 27.782.177), suma que conforme al contrato debía cancelarse al momento de ser liquidado.

SEGUNDO: Que como consecuencia del incumplimiento, LA SECRETARIA DE EDUCACION DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA, está obligada a pagar a favor del CONSORCIO DE INGENIEROS CALCULISTAS, **la suma de VEINTISIETE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL CIENTO SETENTA Y SIETE PESOS (\$ 27.782.177)**, más los intereses moratorios causados desde el día 28 de Marzo de 2009, fecha cuando se suscribió el acta de liquidación hasta el momento en que se efectúe el pago, liquidados a la tasa máxima legal.

TERCERO. Que se condene a la entidad demandada al pago de la indemnización de los perjuicios de orden material y moral que le fueron causados a mi representado con ocasión del incumplimiento del contrato, los cuales serán determinados pericialmente.

TERCERO (SIC). Que se condene a la entidad demandada al pago de las costas y gastos del arbitramento.”

2.2. Contestación de la demanda y formulación de excepciones por la convocada

La convocada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; respecto de los hechos, a todos manifestó no constarle y atenerse a lo que resultase probado.

Respecto de las excepciones de mérito formuló las siguientes, las cuales se transcriben en la misma forma que fueron nominadas por la convocada:

2.2.1. Falta de jurisdicción y competencia.

Según la convocada, el Tribunal carece totalmente de jurisdicción y competencia, apoyándose en la redacción de la cláusula compromisoria, que a su juicio establece que las partes “*acudirán de mutuo acuerdo al arbitramento de conformidad con lo establecido en las normas vigentes*”. Para la convocada esta redacción excluye la jurisdicción del Tribunal, pues se requiere un mutuo acuerdo posterior a la cláusula misma.

2.2.2. Falta de consentimiento por parte de la Secretaría de Educación Distrital.

En consonancia con la primera excepción formulada, la convocada expresó que nunca se extendió documento que autorizara el arbitramento.

2.2.3. Inexistencia de cláusula compromisoria o pacto arbitral.

En la misma línea argumentativa; se plantea que no existe el compromiso para acudir válidamente a arbitramento.

2.2.4. Inexistencia de las pruebas aportadas en la demanda.

Alega la convocada, que al haber sido aportadas las pruebas documentales en copia simple, no tienen validez alguna.

2.2.5. Indebida escogencia de la acción.

La convocada, considera que la acción es la acción contractual, y no la incoada por la parta convocante.

2.2.6. Excepción genérica

La entidad convocada solicita que de oficio, y según se desprenda del caudal probatorio, se declare probada cualquier otra excepción oponible a las pretensiones de la referida demanda, aun cuando no haya sido objeto de petición expresa.

2.3. Hechos

Con fundamento en los hechos planteados por los convocantes se hace una síntesis de los mismos tomando el resumen hecho por el Ministerio Público en los alegatos de conclusión.

2.3.1. El 2 de agosto de 2004 se conformó el CONSORCIO DE INGENIEROS CALCULISTAS, entre al firma RAELJA INGENIERIA LTDA, que posee una participación del 60%, y el señor JAIME TORRES DUARTE, quien posee una participación del 40%.

2.3.2. El 10 de septiembre de 2004, el CONSORCIO DE INGENIEROS CALCULISTAS, celebró contrato No 090 con la SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL, habiendo agotado la etapa de convocatoria pública realizada por el Distrito.

2.3.3. En virtud del objeto de este contrato el contratista se comprometió con la SECRETARIA DE EDUCACION a efectuar el diseño de reforzamiento estructural, ajustando la sede a estándares mínimos de la Secretaría de Educación en las edificaciones existentes, como de las nuevas que se requieran en las instituciones educativas distritales, Manuela Ayala de Gaitán, Simón Bolívar, Rafael Bernal Jiménez, República de Panamá, Gloria Gaitán a, SED Jorge Eliecer Gaitán de la localidad 12.

2.3.4. Los integrantes del CONSORCIO DE INGENIEROS CALCULISTAS sostienen que se desarrolló el objeto del contrato a cabalidad, entregando a satisfacción el producto del trabajo realizado, como consta el acta final suscrita el día 27 de diciembre de 2006.

2.3.5. Agregan que el 28 de marzo de 2009 las partes, dentro de los términos legalmente establecidos, suscribieron el acta de liquidación del contrato.

2.3.6. El 8 de octubre de 2009 el ingeniero Jaime Torres Duarte, mediante oficio número E- 2009 – 181821, entregó toda la documentación solicitada por la entidad para el pago del valor del acta de liquidación.

2.3.7. El 13 de octubre de 2009, mediante oficio No E -2010 – 196117 se solicitó a la convocada información del trámite necesario para obtener el pago derivado del acta de liquidación.

2.3.8. El 4 de noviembre de 2010 mediante oficio No S-2010-147232 el Director de Construcción y Conservación de Establecimientos Educativos agregó copia de la certificación expedida por el Jefe de Oficina de Contratos de la SECRETARIA DE EDUCACION, en la que se manifiesta al contratista la pérdida de la competencia para liquidar el contrato, y por lo tanto ordena el archivo del expediente.

2.3.9. EL 22 de diciembre de 2010, mediante oficio No E – 2010 -246101, el accionante solicitó a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN que le cancelará el valor de la liquidación del contrato.

2.3.10. El 27 de diciembre de 2010, mediante oficio No S – 2010 – 175677, el Jefe de Oficina de Contratos ratifica la pérdida de competencia para liquidar.

3. PRESUPUESTOS PROCESALES

Síguese del recuento efectuado en los numerales precedentes que la relación jurídico- procesal existente en el caso presente se constituyó regularmente y que en el desenvolvimiento de la misma no se configura defecto alguno que, por tener la trascendencia legalmente requerida para invalidar en todo o en parte la actuación surtida y no haberse saneado, imponga darle aplicación al artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, motivo que permite decidir de fondo la controversia sometida a arbitraje por las partes convocante y convocada.

Adicionalmente, como se ratificará adelante, el presente arbitraje está expresamente autorizado por las normas especiales sobre arbitraje en contratos administrativos de los artículos 69, 70,71 y siguientes de la Ley 80 de 1993.

4. CONSIDERACIONES

Surtida la tramitación del proceso, el Tribunal de Arbitramento procede a decidir en derecho la controversia.

4.1. La existencia y eficacia de la cláusula compromisoria

La convocada ha hecho énfasis en que la expresión contenida en la cláusula: “*acudirán de mutuo acuerdo al arbitramento*”, significa que esa es una condición que no se cumplió, y que por ende, al no existir ese acuerdo, la cláusula compromisoria no existe, ni es vinculante ni tiene efecto alguno.

En primer lugar, es necesario tener presente que en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) se enuncian unos parámetros para la interpretación de los contratos estatales. En efecto, el artículo 28 del referido estatuto señala:

“Artículo 28.- De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en las de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.

Pues bien, el artículo 3 de la citada ley señala cuáles son los fines de la contratación estatal, y lo que han de tener en cuenta tanto los servidores públicos como los particulares para efectos de la celebración y ejecución de los contratos estatales. Prescribe el artículo 3:

“Artículo 3.- Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, (además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado)³, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

³ Esta frase que está entre paréntesis fue derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que entró a regir el 16 de enero de 2008.

A su vez, la ley también contempla los principios de la contratación pública (entre los cuales se hallan los de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, ecuación contractual).

De igual manera, el legislador mencionó como principios de interpretación de los contratos el de igualdad (artículo 13 C.P.), el del equilibrio contractual, y también aludió al principio de buena fe, consagrado en nuestra Carta Política (artículo 83). Este último tiene la característica, como lo ha señalado la Corte Constitucional, de ser un principio de doble vía, esto es, se predica tanto de las actuaciones de los particulares como de las autoridades cuando aquéllos y éstas se interrelacionan, lo que promueve un clima de confianza y seguridad jurídica, y que por contera propende al fortalecimiento de las instituciones y al logro de la paz social.

La finalidad de la contratación estatal debe coincidir con la finalidad del Estado, la definición de Estado Social de Derecho, y debe también ser desarrollo de los principios de la función pública (artículos 1, 2, 209 C.P., entre otros). Es por ello que el artículo 40 de la Ley 80 señala que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos *“que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales”*.

Es este marco o límite del derecho público contemplado en primer lugar en las mismas normas constitucionales, y desarrollado en la citada forma por el legislador, sobre los principios y finalidades de los contratos estatales. Ahora bien, el legislador a su vez implementó un régimen jurídico mixto, y en esa medida autorizó de manera genérica la aplicación para los contratos públicos de las normas del derecho privado, pues dispuso que los contratos que celebren las entidades –dentro de las cuales se incluye expresamente al Distrito Capital (artículo 2 ibídem)- *“se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”* (artículo 13 ibídem). Así pues, en la Ley 80 el derecho privado se convierte –a diferencia de lo previsto en el anterior estatuto contractual (Decreto 222 de 1983)- en el régimen común de los contratos estatales; lo que implica el reconocimiento de la

importancia que cobra la autonomía de la voluntad, así ella esté matizada por los conceptos y límites propios del derecho público⁴.

La Corte Constitucional en Sentencia C-949 de 2001, al analizar el cambio de operó en la clasificación de los contratos que celebra el Estado mediante de la expedición de la Ley 80 de 1993, explicó que *“En cuanto atañe al postulado de la autonomía de la libertad entiende la Corte que su objetivo consiste en otorgarle un amplio margen de libertad a la administración para que, dentro de los límites que impone el interés público, regule sus relaciones contractuales con base en la consensualidad del acuerdo de voluntades, como regla general. La consecuencia obvia de este principio es la abolición de los tipos contractuales, para acoger en su lugar una sola categoría contractual: la del contrato estatal, a la cual son aplicables las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias reguladas particularmente en dicha ley”*.

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 reguló en su capítulo VIII lo relativo a la solución de controversias contractuales. Y con el ánimo de promover el uso de los medios alternativos de solución de conflictos previsto en el artículo 116 constitucional, y que también podría entenderse desarrolla a su vez el principio de economía, el legislador no solo señaló la posibilidad de pactar la cláusula compromisoria en los contratos estatales y definió algunas reglas sobre el trámite arbitral, sino que además determinó la improcedencia de prohibir la inclusión de cláusulas compromisorias o de compromisos.

De manera que, según se desprende de las anteriores consideraciones, en este caso, es pertinente acudir a la normatividad civil para deducir el sentido de la cláusula contractual en cuestión, no sin dejar de tener presente, como se dijo anteriormente, que en ocasiones ciertas reglas de interpretación del derecho privado no pueden aplicarse con la visión de la plena autonomía de la voluntad

⁴ BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado. Ed Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2ª edición, 2004, ps 78-79. Según este autor, la Ley 80 *“establece un régimen mixto que combina el derecho privado con las finalidades del interés general (...). El contrato estatal aparece como resultado de la tensión de dos polos opuestos: por un lado, la influencia económica del neoliberalismo expresada por el emblema ideológico de la autonomía de la voluntad, y por otro, las responsabilidades de las entidades públicas frente a la sociedad que orientan toda su actividad contractual y les imponen objetivos y finalidades aun en sus relaciones comerciales. El resultado es un nuevo equilibrio en las relaciones contractuales que debe construirse sobre las polaridades que, en lugar de oponerse y excluirse recíprocamente, deben complementarse. Este equilibrio constituye no solamente el soporte de la noción del contrato estatal, sino también el telón de fondo que guía todo su régimen”*. Ver ps 80 y 82.

como cuando se trata de los negocios entre particulares pues en este caso existe evidentemente un campo de mayor libertad, en contraposición de una actividad reglada que se predica de la actuación estatal (principio de legalidad, artículo 6 C.P).

Para el Tribunal, dado que mediante su aplicación no se afecta de manera alguna los principios y finalidades de la contratación estatal antes enunciados, es pertinente acudir en este caso a las reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículo 1618 a 1624 del Código Civil, con el objeto de desentrañar el sentido de las cláusulas contractuales, que aluden a la prevalencia del principio de utilidad de la cláusula sobre una interpretación literal que pretenda desproveer a la misma de todo efecto.

Y la aplicación de esta regla de interpretación nos remite a la función que tienen los contratos, como instrumento de colaboración intersubjetiva entre los asociados de un Estado o entre estos y la administración pública; las cláusulas del contrato responden no solo a la voluntad de las partes sino a una causa y fin últimos que son llevar a cabo un proyecto común, que en el caso de los contratos estatales involucran un interés superior cual es el interés colectivo o general.

Al momento de proponer un clausulado todo él tiene una causa y razón de ser: el objeto, el precio, el plazo, las condiciones de pago, las condiciones de entrega, las obligaciones especiales de las partes, etc.; además, conforme al principio integrador de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Carta política, que obliga a particulares y a las autoridades a ceñirse a este postulado, las cláusulas se deben proponer, aceptar, ejecutar e interpretar de manera útil y razonable, no siendo de recibo incluir una cláusula a sabiendas de que eventualmente ella no tiene ningún alcance o significado, o que está redactada de tal forma que hace imposible hacer eficiente su contenido.

La cláusula compromisoria, bien sabido es que no es cláusula esencial de contrato alguno, es decir que siempre, sin excepción, es una clausula adicional en donde las partes se sustraen en el evento de un conflicto a la jurisdicción ordinaria –en este caso a la jurisdicción de lo contencioso administrativo-, abriendo paso a la

jurisdicción arbitral. En el contrato suscrito entre la administración y el consorcio, expresamente se pactó en la cláusula vigésima segunda lo siguiente:

“VIGÉSIMA SEGUNDA.- DIFERENCIAS ENTRE LAS PARTES: *Las diferencias que surjan entre las partes por asuntos diferentes a la aplicación de la cláusula de caducidad y de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, con ocasión de la celebración, cumplimiento y liquidación del contrato, serán dirimidas mediante la utilización de los mecanismos de solución ágil de conflictos previstos en la ley, tales como arreglo directo, amigable composición, conciliación, transacción y si tales diferencias tienen carácter insalvables acudirán de mutuo acuerdo al arbitramento de conformidad con lo establecido en las normas vigentes”.*

Claramente vemos que en la expresión *serán dirimidas*, se encuentra una manifestación inequívoca de la voluntad de acogerse a métodos alternativos de solución de conflictos, que se enumeran, partiendo de los denominados *auto compositivos*, esto es aquellos en los que son las mismas partes las que ponen fin a sus diferencias (arreglo directo, transacción, conciliación), y pasando por último, al mecanismo *hetero compositivo* (en este caso el arbitramento) en el evento de insalvables diferencias.

Entender que este arbitramento requería un pacto adicional a la cláusula de *DIFERENCIAS ENTRE LAS PARTES*, equivale a desconocer todo el sentido y redacción de la cláusula misma y su razón de ser dentro del contrato; en el presente caso probado está que el convocante intentó acercarse a la administración; y dentro del mismo arbitramento, se suspendió la conciliación frente al Tribunal, a instancias del apoderado de la convocada, para consultar la voluntad de la entidad; esto es, se agotaron las vías de arreglo directo y mutuo acuerdo, así que el arbitramento era procedente, porque exigir un “mutuo acuerdo adicional” equivalía a privar de todo efecto a la cláusula, favoreciendo una manipulación de la misma por cualquiera de las partes.

Adicionalmente, es importante tener en consideración, para efectos de interpretar el alcance de la cláusula en cuestión, que según lo señala la cláusula vigésima primera del contrato, los términos de referencia hacen parte de los documentos básicos, antecedentes y fundamentos del mismo y forman parte integral de él. En efecto, en aquella se dispone: **“VIGÉSIMA PRIMERA.- DOCUMENTOS:** *Son documentos básicos, antecedentes y fundamentos de este contrato y que forman*

parte integral del mismo lo que se enuncian a continuación: (...) E) Los términos de referencia de la Convocatoria Pública SED-PMC-SPF-047-2004 y demás documentos que la conformen”.

Pues bien, en el capítulo 5 de los términos de referencia, que prevé las “condiciones del contrato”, encontramos que el numeral 5.5. determina cómo habrán de resolverse las diferencias entre las partes, sin que en dicho texto aparezca la expresión que ahora ha originado la controversia:

“Las diferencias entre las partes. *Las diferencias que surjan entre las partes por asuntos diferentes a la aplicación de la cláusula y de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, serán dirimidas mediante la utilización de los mecanismos de solución ágil de conflictos previstos en la ley, tales como arreglo directo, amigable composición, conciliación, transacción y si tales diferencias tienen carácter de insalvables, acudirán al arbitramento de acuerdo con lo establecido en las normas vigentes”⁵.*

Sobre la importancia que cobra el pliego de condiciones -o términos de referencia- a propósito de la interpretación del contrato, la doctrina lo ha calificado como *“ley del concurso y ley del contrato (...). A tal punto estriba su trascendencia que sus cláusulas sirven de manera excepcional para interpretar el contrato, desentrañar su sentido y definir los conflictos. Por lo mismo es que prima sobre el contrato como de manera reiterada lo han reconocido la jurisprudencia y la doctrina, a pesar de lo cual y ante la evidencia de lo dicho en sede judicial, muchas entidades siguen dando preponderancia al contrato”⁶.*

De manera que, como bien lo señala el Ministerio Público en el escrito de alegatos, los términos de referencia dan calificadas luces sobre cuál es el verdadero sentido de la cláusula vigésima segunda del contrato, que no incluye la necesidad de un consentimiento posterior de la administración para someter las diferencias de las partes al arbitramento.

Y, por otra parte, no sobra tener en consideración que el artículo 1624 del Código Civil señala que cuando las cláusulas ambiguas “hayan sido dictadas o extendidas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella,

⁵ Folio 39, cuaderno de pruebas 2.

⁶ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. Ed Legis, Bogotá, 2001, ps 259-260.

siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”. En este caso, y teniendo en consideración el procedimiento legal para la elaboración de los contratos estatales, se puede decir que es de la autoría exclusiva de la administración la cláusula ambigua sobre la que invoca una interpretación que elimina los efectos de la misma para limitar la posibilidad del contratista de acudir a este mecanismo de solución de conflictos, sin que haya mediado explicación alguna de la Secretaría de Educación Distrital sobre el cambio de redacción entre lo señalado en el los términos de referencia⁷ y el contrato finalmente suscrito.

Además de lo anterior, resulta pertinente tener en consideración que la Corte Constitucional, en reciente Sentencia (T-511 de 2011, M.P. JORGE IVÁN PALACIO), estudió exactamente este mismo punto, al analizar la interpretación judicial sobre el sentido de una cláusula de un contrato suscrito también por la hoy convocada a este arbitramento SECRETARÍA DE EDUCACION DISTRITAL y en el que se incluyó igualmente la expresión “acudirán de mutuo acuerdo al arbitramento” en la cláusula relacionada con los mecanismos de solución de las diferencias entre las partes contratantes. Al respecto consideró la Corte:

“El pacto arbitral, en tanto negocio jurídico de derecho privado, debe leerse por regla general a la luz de los principios de hermenéutica contractual contenidos en la legislación civil.⁸ En consecuencia, el examen para determinar si un pacto arbitral ha surgido a la vida jurídica debe prestar especial atención a postulados básicos de la interpretación de los contratos, como los principios de conservación del negocio jurídico, prevalencia de la intención de las partes (Art. 1618 C.C.) y efecto útil de las disposiciones contractuales (Art. 1620 C.C.).⁹ En materia arbitral la doctrina especializada ha señalado que la aplicación de los anteriores principios de hermenéutica exige del juez:

“la separación de lo defectuoso y de lo inválido atendiendo el denominado “efecto útil” del convenio arbitral. Por eso el juez debe distinguir con precisión entre una cláusula oscura que no suponga ningún obstáculo para realización del arbitraje de aquella otra que sí lo suponga, por ejemplo, en las hipótesis que hemos formulado, cuando no pueda identificarse con claridad del organismo arbitral al que las partes pretenden someterse. Se entiende, en tal sentido, que después de que las partes hayan incluido una cláusula compromisoria en el contrato, el juez debe presumir que su intención es establecer un futuro mecanismo de solución de controversia basado en el

⁷ Folios 4 y ss del cuaderno de pruebas No. 2.

⁸ Zuleta Jaramillo, Eduardo: El arbitraje y la responsabilidad civil extracontractual. En: El contrato de arbitraje. 1ra Ed, Bogotá, Legis, 2005 P.225

⁹ Ibíd.

arbitraje. Esto es, el juez debe dejar constancia de la voluntad real de las partes de recurrir al arbitraje y solo ha de llegar a una conclusión contraria si esta voluntad no está suficientemente acreditada por circunstancias de índole objetivo. No se trata de que el juez tenga la obligación de modificar el sentido literal de las cláusulas compromisorias, sino que debe reconstruir, si así lo considera oportuno, la voluntad deficientemente expresada por las partes de someterse al arbitraje y prescindir de una simple lectura plenamente formal de la cláusula controvertida. Mas tampoco ha de extralimitarse en su función y llegar a una revisión de la cláusula, lo cual denota que deberá moverse, en muchas ocasiones, en un difícil equilibrio, pues si la imposibilidad de revisión de la cláusula se encuentra en un extremo de la balanza en el otro se halla una eventual déni de justice.”¹⁰

En consecuencia, a menos de que no sea razonablemente posible deducir la intención de las partes de someterse al arbitramento, el juez debe propender por dotar de plenos efectos al pacto arbitral, sin detenerse en reparar por deficiencias de redacción o falta de precisión en el alcance de la habilitación, ya que de lo contrario desconocería indebidamente la libre decisión de los contratantes de poner fin de manera pacífica a sus disputas a través de dicho mecanismo alternativo de resolución de controversias.¹¹

En ese sentido la Corte Constitucional observa que el Consejo de Estado, al razonar que la expresión “acudirán de mutuo acuerdo al arbitramento” suponía que era indispensable que las partes expresaran posteriormente su aquiescencia de someterse a la decisión de someterse a un Tribunal Arbitral una vez las diferencias de carácter “insalvable” se presentaran, privó de un “efecto útil” a la cláusula vigésimo cuarta del contrato objeto del litigio. La intención de los contratantes al consignar dicho pacto no se limitaba a reproducir una prerrogativa constitucional y legal que cualquier persona cuenta para resolver sus conflictos de carácter transigible – como lo es acudir a los métodos alternativos de solución de conflictos – sino que en realidad aludía al deseo claro e inequívoco de dirimir las diferencias que se presentaran en la celebración y ejecución del contrato a través del arbitramento. Sostener que la referida cláusula exigía que las partes prestaran nuevamente su consentimiento para acudir al arbitraje la reduce a la inutilidad, lo cual pugna flagrantemente con la intención de las partes de dejar de antemano, en forma expresa y por escrito, la posibilidad de someterse a un tribunal de tal naturaleza.”

La jurisprudencia trascrita, no deja duda respecto de la utilidad de la cláusula y legalidad en que este Tribunal ha aplicado para derivar de aquella su jurisdicción y competencia.

Por otra parte, la conducta procesal de la convocada frente a la competencia del Tribunal, que involucra directamente el alcance de la cláusula compromisoria, no es consistente con sus medios de defensa. En efecto, presente en la audiencia en

¹⁰ Fernández Rozas, José Carlos y Artuch Iriberry, Elena: Validez y eficacia del convenio arbitral internacional. En: Tratado de Derecho Arbitral. Tomo I. Bogotá, Ibáñez 2011, P. 767.

¹¹ Op cit. Zuleta.

la que se declaró la competencia (ver auto No 10 de 16 de enero de 2012), la Secretaría de Educación guardó silencio, y de esta manera se puede advertir que con su conducta procesal aceptó el trámite arbitral. Así, se concluye que si la parte convocada hubiera querido sostener en forma coherente sus argumentos de defensa, ha podido impugnar en las oportunidades y por los pertinentes medios procesales dicha decisión, para reiterar que el pacto arbitral era nulo o inválido o que la integración del tribunal era indebida. El silencio que guardó en la referida etapa procesal o el no uso de los medios judiciales de defensa a su alcance bien podría entenderse como una especie de aceptación tácita de la competencia de este Tribunal para dirimir el conflicto planteado.

Por los anteriores motivos, en la parte resolutive de este Laudo se declararán infundadas las excepciones nominadas Falta de jurisdicción y competencia, Falta de consentimiento por parte de la Secretaría de Educación Distrital e Inexistencia de cláusula compromisoria o pacto arbitral.

4.2. La validez de los documentos aportados con la demanda

Otro medio defensivo propuesto por al convocada, consiste en restar todo valor a los documentos aportados con la demanda al no estar estos autenticados. Si bien en la más rigurosa técnica procesal esta no es una excepción de mérito, puesto que en realidad no pretende enervar los argumentos o pretensiones de la demanda, el Tribunal recuerda que el régimen de las pruebas documentales fue reformado por la Ley 1395 de 2010 que en su artículo 11, expresa:

ARTÍCULO 11. El inciso 4o del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil quedará así:

En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva.

Así las cosas, esta presunción es válida para *todos los procesos*, expresión que incluye el proceso arbitral. En este caso, los documentos aportados con la demanda fueron debidamente trasladados a la parte convocada, la cual no expresó tacha u objeción de falsedad a la autenticidad de su forma o contenido; adicionalmente en el momento de decretar las pruebas, fueron tenidos como

tales, sin objeción de la convocada y finalmente, durante la inspección judicial a la convocada se pudieron cotejar estas copias con sus originales de los cuales, además la convocada aportó copia, así cualquier duda sobre su origen o autenticidad quedó plenamente eliminada en la práctica misma del proceso.

En este sentido se declarará infundada la excepción denominada inexistencia de las pruebas aportadas con la demanda.

4.3. Escogencia de la acción

No está llamada a prosperar la excepción invocada por la parte convocada según la cual la acción que ha debido instaurarse es la *contractual*, por las siguientes razones:

En primer lugar, este Tribunal, haciendo uso del poder interpretativo en relación con el documento que contiene la contestación de la demanda, considera que esta alegación quizás alude a la denominación que utiliza el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, y sobre la base de que es esa la acción que, a juicio de la Secretaría de Educación, ha debido incoarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y no ante un tribunal arbitral por carecer éste de jurisdicción y competencia.

El Tribunal reitera, a la luz de los criterios precedentes, que está habilitado para dirimir el asunto planteado sobre la base de la existencia y eficacia de la cláusula compromisoria, y que por tanto tiene jurisdicción y competencia para definir el asunto objeto de litis que es de orden contractual. Se recuerda que la competencia del Tribunal de Arbitramento se deriva directamente de la libre voluntad expresada por las partes contratantes, en aplicación de lo señalado en el artículo 116 de la Carta Política.

Ahora bien, si la Secretaría de Educación lo que pretendió decir en su escrito de contestación, según sus expresiones literales, es que la acción instaurada por los miembros del consorcio y que originó el trámite del presente proceso arbitral no es una acción contractual, al respecto ha de aclararse que no cabe duda alguna que lo sometido al análisis de este Tribunal según los términos de la demanda es una

controversia surgida de la relación contractual entre convocante y convocada. En efecto, lo que la convocante pretende es que este Tribunal se pronuncie sobre la responsabilidad civil que se deriva del contrato en referencia, originada en un alegado incumplimiento por no pago de lo adeudado. De manera que la acción que se instauró, según la naturaleza de las cosas, y conforme al ordenamiento jurídico, es la pertinente.

4.4. Excepción “genérica”

El Tribunal no encontró probada ninguna excepción que, según el ordenamiento jurídico, pudiera dar lugar a una declaratoria judicial de oficio.

4.5. Liquidación bilateral del contrato. Principio de buena fe y de confianza legítima. Responsabilidad contractual de la administración

De las pruebas que obran en el expediente se desprende que el 10 de septiembre de 2004 se celebró entre el Distrito Capital –Secretaría de Educación y el Consorcio Ingenieros Calculistas, el contrato 090 cuyo objeto fue la *“consultoría del diseño de reforzamiento estructural, ajustando la sede a estándares mínimos de la Secretaría de Educación en las Edificaciones existentes como de las nuevas que se requieran, en las instituciones educativas distritales Manuela Ayala de Gaitán, Simón Bolívar, Rafael Bernal Jiménez, República de Panamá, Gloria Gaitán A, CED Jorge Eliécer Gaitán de la Localidad 12”*¹².

También aparece en el expediente copia del documento de fecha 28 de marzo de 2009¹³ que lleva impreso en todas sus hojas un encabezado que reza:

*“ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO
DIRECCIÓN DE CONSTRUCCIÓN Y CONSERVACIÓN DE
ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS
CONTRATO DE CONSULTORÍA 90/04
ACTA DE LIQUIDACIÓN”*

¹² Folios 1 a 10 del cuaderno de pruebas No. 1.

¹³ Folios 20 a 23 del cuaderno de pruebas No. 1.

En el primer párrafo del documento se anuncia que en la indicada fecha se reunieron el contratista y el Director de Construcción y Conservación de Establecimientos Educativos SED, este último “en calidad de INTERVENTOR”¹⁴.

Este documento, conforme a lo dicho en su primer párrafo, fue suscrito por el señor Jaime Torres, representante legal del Consorcio Ingenieros Calculistas, y el señor Carlos Fernando González Mena, Director de Construcción y Conservación de Establecimientos Educativos de la Secretaría de Educación del Distrito. Es de anotar que aparece un espacio en blanco en la firma del “Ordenador del Gasto, Martha Lucía Vega Cárdenas, Subsecretaría de Acceso y Permanencia”. En dicho documento existe un ítem denominado ACTA FINAL, fecha 27 dic-06, y en valor total menos anticipo da la suma de \$27.782.177.40 que aparece con la denominación de valor pagado (folio 21). En el folio siguiente en las causales de terminación se señala como causa el vencimiento del plazo de ejecución y en observaciones se anota que *“El contratista no alcanzó el 100% de la ejecución contractual, solo el 97.9%, a este porcentaje corresponde el valor pagado. El porcentaje restante 2.1% corresponde al descuento respectivo por concepto de no obtención de licencias y desistimientos”*. Al final del documento suscrito por el contratista y el Director de Construcción y Conservación de Establecimientos Educativos se señala que *“Con su suscripción, quedan extinguidas todas las obligaciones surgidas entre el Distrito Capital – Secretaría de Educación y el Contratista por concepto del Contrato de Consultoría No.90/04”* (folio 23).

Para el Tribunal es claro que de este documento se deduce que existe una expresión de voluntad tanto de la administración como del contratista de liquidar bilateralmente el contrato suscrito entre las partes. Es de resaltar que el contratista fue convocado por la propia administración para efectos de lograr esa liquidación bilateral, según la definición de prestaciones mutuas propuesta por la Dirección y Conservación de Establecimientos Educativos. Y el acto fue firmado por quienes intervinieron en la reunión. No tenía por qué pensar el contratista que lo sometido a su firma fuera tan solo un simple proyecto de expresión de voluntades, y que ningún valor ni efecto tuvo su rúbrica y la del interventor. No tenía cómo prever que la administración desconocería ese acto bilateral, y que mucho tiempo después de estar esperando el pago de una deuda que él entendió reconocida por

¹⁴ Folio 20 ibidem.

las partes del contrato, la administración lo sorprendiera con el argumento de la falta de competencia de ella para liquidar el mismo.

Al respecto es importante tener presente que la liquidación de los contratos busca evitar que las obligaciones nacidas de un contrato estatal se perpetúen; es un mecanismo que al tiempo que promueve la seguridad jurídica, protege los recursos públicos y también los derechos de los particulares contratistas. Ahora bien, la administración debe propender, en primer lugar, según lo señala expresamente la Ley 80, a tratar de lograr una liquidación bilateral del contrato, y sólo en caso de que no exista la posibilidad de lograr un acuerdo con el contratista, la administración entonces está en la obligación de liquidar unilateralmente el contrato. Debe tenerse en cuenta que al momento de la liquidación bilateral, como lo señala la doctrina, se *“hace visible el verdadero acuerdo de voluntad entre las partes sobre la forma en que fue ejecutado el contrato; no se trata de una potestad o poder unilateral de la administración, sino de un verdadero negocio jurídico entre las partes del contrato”*¹⁵. En el presente caso se tiene que ese negocio jurídico que es la liquidación bilateral, y que constituía para la administración un efectivo mecanismo alternativo de solución de conflictos (en los términos del artículo 60 de la Ley 80 de 1993), se logró; pero luego la administración la desconoció al señalar que a ella se le había vencido el término para la liquidación.

La firma faltante del servidor público “ordenador de gasto” en el acta de liquidación, debe analizarse desde el campo de la ejecución del acto de liquidación, pero no en relación con la existencia de la liquidación bilateral lograda el 28 de marzo de 2009, sobre todo si se tiene en cuenta que la cláusula décima octava del contrato¹⁶, sobre liquidación del mismo, señala expresamente que el acta se suscribirá por “el contratista y el interventor”, de la misma manera en que así se dispone también en los términos de referencia (ver numeral 5.5¹⁷). Además, como lo pone de presente el Ministerio Público¹⁸, así como la parte convocante en la audiencia de alegatos de conclusión, la firma del ordenador del gasto era del

¹⁵ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. “La liquidación bilateral de los contratos estatales: un mecanismo alternativo de solución de conflictos”. En: Colombia Revista Digital Del Derecho Administrativo ISSN: 2145-2946 ed: Editorial Universidad Externado De Colombia v.1 fasc.N/A, 2009, p. 5.

¹⁶ Folio 8 del cuaderno de pruebas No. 1.

¹⁷ Folio 39 ibidem.

¹⁸ Folio 301 del cuaderno principal No. 1.

resorte exclusivo de la Secretaría de Educación, y sobre ello ningún influjo o poder tenía el contratista.

Además, sobre los actos y actuaciones adelantadas por la administración para efectos de ejecutar el pago de lo adeudado al contratista, debe tenerse presente que al proceso se aportó copia de un certificado de disponibilidad presupuestal 2578¹⁹, suscrito por el señor Ernesto Barrera Mora, "Responsable del Presupuesto", en el que consta que "en el Presupuesto de Gastos e Inversiones de la vigencia 2010 existe apropiación disponible para atender la presente solicitud" por un valor total de \$27.782.177.00, cuyo objeto es:

"PAGO PASIVO EXIGIBLE CORRESPONDIENTE AL PAGO FINAL DE CONTRATO DE CONSULTORÍA 090 DEL AÑO 2004 A NOMBRE DEL CONSORCIO INGENIEROS CALCULISTAS DE ACUERDO A LA FACTURA 16/10 AFECTANDO EL REGISTRO 1039 DEL 2004".

Y al final se agrega:

"Se expide a solicitud de MARTHA LUCÍA VEGA CÁRDENAS, SUBSECRETARIA DE ACCESO Y PERMANENCIA, mediante oficio número 33209 de julio 14 de 2010".

También se aportaron al proceso sendas copias de dos proyectos de Resolución de la Secretaría de Educación "*Por la cual se ordena el pago de pasivos exigibles*". El primero de ellos²⁰, que data del año 2009, pues en su parte resolutive se hace alusión a la vigencia fiscal de ese año, pero además se dejaron dos anotaciones manuscritas del 14 de diciembre de 2009, fecha en la que se dejó constancia, con rúbricas, tanto de la aprobación de ese proyecto de resolución por parte del Director de Construcción y Conservación de Establecimientos Educativos, así como del visto bueno "adicionales (sic)" del señor Eider Gabriel Ternera (no se especifica su cargo). Falta en el documento la firma de la señora MARTHA LUCÍA VEGA CÁRDENAS, Subsecretaria de Acceso y Permanencia²¹. En uno de sus párrafos se lee: "*Que por parte del Contratista, Interventor, con el debido visto bueno del Director de Construcción y Conservación de Establecimientos Educativos, se suscribió el Acta Final por valor de \$34.391.297.20, se hizo una amortización al anticipo de \$6.609.120 para un*

¹⁹ Folio 49 del cuaderno de pruebas No. 1.

²⁰ Folios 52 y 53 ibidem.

²¹ Folio 53 ibidem.

subtotal de \$27.782.177,20 con un ajuste al peso según Resolución 222 del 5 de julio de 2006 de (-020) para un valor a pagar de \$27.782.177,00 dado 8 (sic) que el registro que lo respalda se encuentra clasificado como pasivo exigible²². Y en la parte resolutive del proyecto de resolución se ordena el pago de esa cifra a favor del Consorcio Ingenieros Calculistas, imputable “al rubro 3-3-4 Pasivos Exigibles de la actual vigencia, según certificado de Disponibilidad Presupuestal No.4137 del 20 de noviembre de 2009, de acuerdo a la factura 015/09”.

En el segundo proyecto de Resolución²³, correspondiente al año 2010, dado que hace referencia a la disponibilidad presupuestal de ese año y aparecen las fechas manuscritas de 15 y 16 de julio de ese año a propósito del momento de las rúbricas o símbolos de aprobación y visto bueno de los mismos funcionarios arriba indicados en el anterior proyecto de resolución. Falta también, como en el anterior documento, la firma de la Directora de Acceso y Permanencia. En este segundo proyecto de resolución se lee la misma anotación en la parte motiva que se acaba de citar (sin el error de transcripción arriba indicado con un “sic”), y en la parte resolutive hay orden de pago a favor del referido consorcio, imputable al mismo rubro antes anotado, pero se alude a otro certificado de Disponibilidad presupuestal, el “No. 2578 del 14 de julio de 2010 de acuerdo a la factura 015/09”.

De lo anterior se deduce que la administración sabía y tenía presente que existía un acta de liquidación bilateral y que estaba en la obligación de tramitar el pago correspondiente, tan es así que como se acaba de ver, constan varias actuaciones de la administración encaminadas a tal efecto en el curso de dos vigencias fiscales. Solo que después, mediante certificación del 22 de septiembre de 2010²⁴ se anuncia sorpresivamente que no hubo liquidación del contrato, pues la administración consideró que como habían transcurrido más de dos años y medio después de la suscripción del acta de terminación (del 27 de diciembre de 2006), en los términos del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, había perdido competencia para liquidar. No tuvo en consideración que ya había un acta de liquidación bilateral, independientemente de que se hubiera o no rebasado el término por ella indicado. En consecuencia, la administración no podía desconocer ese acto, pues además, en tanto se logró la liquidación bilateral, no nació para aquella la

²² ídem.

²³ Folios 50 y 51 del cuaderno de pruebas No. 1

²⁴ Folio 19 del cuaderno de pruebas No. 1.

obligación de liquidar unilateralmente el contrato, y después no podía alegar que se rebasaron los términos para hacer la liquidación –bilateral o unilateral-.

El párrafo de la cláusula décima octava²⁵ señala, sobre la liquidación unilateral, que la Secretaría de Educación tendría esa facultad cuando se dan una de estas dos circunstancias: a) el contratista se hubiere negado a suscribir el acta de liquidación dentro de los diez días siguientes al recibo de la misma; b) el contratista no constituyó las garantías correspondientes. Ninguna de estas dos hipótesis se presentó en el caso bajo examen. Y en los términos de referencia se advierte que *“si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la SED y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible de recurso de reposición”*²⁶.

Por otra parte, cabe anotar que en la referida certificación, en la que se alude a la pérdida de competencia de la administración para liquidar el contrato, expedida por la señora Claudia Mónica Cabezas Vargas, Jefe de Oficina de Contratos de la Secretaría de Educación, se anuncian como documentos anexos a dicha certificación: *“original de la Resolución para el pago de Pasivo exigible, CDP N.2578 del 14 de julio de 2010, copia del acta de liquidación”*. De esta expresión se puede deducir que la administración no sólo reconoce que existe un “acta de liquidación”, que en ese momento no se calificó de simple proyecto, y que, según esta afirmación, que bien puede tenerse como indicio, hubo posiblemente una resolución para el pago de pasivo exigible, y no necesariamente solo proyectos de resolución como los que antes se citaron. Es de anotar que el original de la indicada resolución no se encuentra entre los documentos que se lograron recaudar judicialmente. Y al respecto, no sobra hacer un reproche sobre la conducta procesal asumida por la Secretaría de Educación, pues ha de señalarse que los antecedentes administrativos en este caso se obtuvieron de la convocada con cierto grado de dificultad, pues a pesar de haberse ordenado que ella remitiera copia de ellos con destino al presente proceso, la administración no lo hizo en el término señalado, y por ello fue necesario decretar de oficio una inspección judicial en la sede de la Secretaría de Educación (ver auto 12 del 6 de

²⁵ Folio 9 ibidem.

²⁶ Folio 39 ibidem.

febrero de 2012, folios 259 y 260 del cuaderno principal No. 1), la cual tuvo que desarrollarse en dos fechas distintas por el desorden en el archivo de los documentos relacionados con el contrato 090 de 2004; adicionalmente, algunos documentos los anexó la administración sólo a raíz de nuevo requerimiento²⁷.

Se estima que en este caso la administración quiere hacer valer a su favor la culpa propia –pues invoca el simple paso del tiempo, sin que esboce siquiera la más mínima justificación sobre su inercia- para desconocer un acto contractual de naturaleza bilateral que tenía la vocación de ser ejecutado. Y en oficio del 27 de diciembre de 2010 la Secretaría de Educación endilga la supuesta pérdida de competencia de la entidad al contratista por su falta de radicación de los documentos pertinentes para la liquidación, *“hecho que se dio solo hasta el 08 de octubre de 2009, mediante radicado E-2009 181021”*, cuando lo cierto es, como bien lo hace notar la señora Procuradora Cuarta Judicial Administrativa, consta en el expediente que los documentos en cuestión estaban destinados a obtener el pago de lo adeudado, no a la suscripción del acta de liquidación, pues entre otras cosas, el contratista aportó precisamente el “acta de liquidación” y la respectiva factura por concepto de “pago FINAL correspondiente al ACTA DE LIQUIDACIÓN”²⁸.

La administración acepta además que en efecto existe un pasivo a favor del contratista por una suma que es la misma señalada en el acta de liquidación -que ahora es objeto de reclamo por la vía judicial-. No existe reparo alguno de la administración sobre la ejecución del contrato; simplemente invoca su propia negligencia para no pagar lo que ella misma reconoce como debido tanto en el acta de liquidación como en los actos posteriores que desconocen la existencia de ésta.

Al respecto es importante tener en cuenta que el Estado debería ser el primero en dar ejemplo de lealtad y buena fe en el cumplimiento de sus relaciones

²⁷ En efecto, en Auto 19 del 5 de marzo de 2012 y durante la diligencia llevada a cabo en las instalaciones de la convocada, el Tribunal señaló: *“...respecto de las manifestaciones de la apoderada de la administración sobre documentos que ella manifiesta conocer pero que no se le requirieron, este tribunal le recuerda que en más de una oportunidad se ha requerido a la convocada aportar toda la documentación y la totalidad de los documentos relacionada con el contrato 090 de 2004, desde enero 16 de 2012 (véase folio 247 del cuaderno principal No 1), por lo que se le recuerda a la apoderada que es deber de la parte y sus apoderados ‘Prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias, a riesgo de que su renuencia sea apreciada como indicio en contra’ (numeral 6 artículo 71 CPC), por lo que la requerirá para que aporte copia (sic) los documentos en que sustenta su intervención”*. Ver folio 281 del cuaderno principal No. 1.

²⁸ Folios 11 a 13 del cuaderno de pruebas No 1.

contractuales. Actuar como lo ha hecho en este caso hace dudar de la palabra de los entes públicos; ello resquebraja la institucionalidad, afecta gravemente la confianza que deben tener las personas, los ciudadanos, y en general la sociedad entera, en la acción Estatal. Una sociedad en la que las relaciones no se basen en una mínima confianza mutua está llamada a disgregarse, a desaparecer, a no aceptar ningún orden. Y si es el Estado -precisamente el llamado a organizar una sociedad para que viva en paz-, el que primero incumple su palabra, la sociedad misma termina por promover una fractura en el vínculo que la une a aquél. La institucionalidad solo se logra si es posible que las personas confíen en la actuación estatal.

Lo que está en juego en casos como el presente es la seguridad jurídica, íntimamente atada al principio de efectividad de los derechos (artículo 2 C.P.), así como la credibilidad que debieran merecer las autoridades legítimamente constituidas, y el principio ético o de moralidad que rige la función pública (artículo 209 C.P.), así como el principio de buena fe (artículo 83 C.P. y artículo 28 de la Ley 80 de 1993). Si se aceptara que las autoridades pueden incumplir sus propias palabras, sus propios mensajes y actos, beneficiarse de sus supuestos errores, y trasladárselos a los administrados, entonces se estaría propiciando el resquebrajamiento del pacto social. En la concepción contractualista del Estado, se ha entendido que *“tras el pacto social los sujetos contratantes sabrán a qué atenerse, les será posible calcular las consecuencias de sus actos y prever los beneficios del ejercicio de sus derechos, ahora tutelados”*²⁹. Bentham, por su parte, *“reconocía en la seguridad jurídica el signo decisivo de la civilización (...). Es ella la que nos permite formar proyectos para el porvenir, trabajar y hacer economías; es ella sola la que hace que nuestra vida no se disuelva en una multitud de momentos particulares sino que esté asegurada de una continuidad. Es la seguridad la que une nuestra vida presente y nuestra vida futura por un lazo de prudencia y de previsión...”*³⁰.

²⁹ Cfr. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, ídem. O como diría DELOS al definir el concepto de seguridad jurídica, que “si nos esforzamos en precisar los trazos o los rasgos generales de la noción de seguridad, comprobaremos que es esencialmente una noción societaria (...) en el sentido de que la seguridad está ligada a un hecho de organización social”. DELOS, I. T.. Los fines del Derecho: Bien común, seguridad, justicia, en Los fines del Derecho, Ed. Jus. México. 1944, págs 77 y 78.

³⁰ Citado por RADBRUCH, GUSTAV. El fin del Derecho. En Los fines del Derecho, Ob. Cit., págs. 122 y 123.

En relación con la confianza, atada al principio de buena fe, el Consejo de Estado, en providencia del septiembre 10 de 1992, expediente 6822, actor: Sociedad Suramericana de Construcciones S.A., C.P.: Dr. Julio César Uribe Acosta, remitió a lo dicho por el profesor Karl Larenz³¹: *“El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento del otro y no tiene más remedio que protegerla, porque PODER CONFIAR, como hemos visto, es condición fundamental para una pasiva vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres, y por lo tanto de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el derecho -con independencia del cualquier mandamiento moral- tiene que ponerse a sí mismo porque la DESAPARICIÓN DE LA CONFIANZA, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad el tráfico interindividual.”*³².

La incoherencia de conducta en que incurre la convocada abiertamente desconoce el principio de buena fe que implica la imposibilidad jurídica de *“venire contra factum proprium”*. Como lo explica el profesor Caballero Sierra, la doctrina de los actos propios³³ *“impide a las personas públicas o privadas, contrariar sus propias conductas pasadas, venire contra factum non valet”*³⁴; y por ello se ha entendido que *“las conductas contradictorias implican una infracción al deber de fidelidad a la palabra dada”*³⁵. Y añade que *“muchas veces el administrado se adhiere espontánea y voluntariamente a las determinaciones y conductas de la administración, ya sea de una manera expresa o tácita, por lo cual no es correcto que esta última vaya contra su propia conducta que ha originado la confianza en el particular. El buen proceder de la administración no sólo está inmerso en la legalidad, sino también en la moralidad, como una manera de protección de los administrados (...). Sin la moral, o el principio de*

³¹ LARENZ, Karl Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica. Ed. Civitas, Págs. 90 y s.s.

³² Ver también Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Daniel Suárez Hernández, 29 de enero de 1998. Radicación número: 11099.

³³ Cuyo origen se encuentra en el derecho privado, pero que poco a poco ha sido acogida por el derecho público.

³⁴ Ver CABALLERO SIERRA, Gaspar. La doctrina de los actos propios en el derecho administrativo. En Derecho Constitucional y Administrativo en la Constitución Política de Colombia. Ed Dike y Ediciones Rosaristas, 1997; p.127.

³⁵ *Ibidem*, p. 130.

*moralidad, los preceptos del derecho dejan de ser formas de convivencia vital, para convertirse en simples expresiones figurativas, llenas de frialdad.*³⁶

En Sentencia T-425 de 1992³⁷ la Corte Constitucional hizo referencia a dicho principio y explicó que *“la buena fe implica el deber de observar en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento gubernativo, la credibilidad del Estado y el efecto vinculante de sus actos para los particulares”*.

Al respecto resulta pertinente recordar lo que ha dicho la Sala Plena de la Corte Constitucional en Sentencia C-892 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) sobre el principio de buena fe en contratación administrativa:

“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”.

Ahora bien, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 90 de nuestra Carta Política, que consagra el principio de responsabilidad del Estado, la conducta asumida por la administración genera una responsabilidad civil contractual por incumplimiento del mismo, por no pago del valor señalado como saldo pendiente en el acta de liquidación del 28 de marzo de 2009, y cuya cifra reconoce deber la administración también en actos posteriores. En efecto, la jurisprudencia ha sostenido que *“si la administración reconoce el beneficio obtenido con la ejecución del contrato, concluye el Consejo de Estado, no liquidarlo ni pagarlo constituye un quebranto del pacto contractual, dando al traste con el principio de la buena fe que informa todos los contratos tanto en su etapa de formación como en la de ejecución. Toda esta filosofía encuentra respaldo suficiente en el Principio*

³⁶ Ibídem, p. 157.

³⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*General del Derecho que afirma que a nadie es lícito venir contra sus ACTOS PROPIOS*³⁸.

De conformidad con lo anterior, este Tribunal considera que en el presente caso hay lugar a declarar el incumplimiento contractual de la convocada y a condenar al pago de las sumas debidas, y de los perjuicios autorizados por la ley, representados estos en los intereses causados por las sumas debidas, como se entra a liquidar.

4.3. Liquidación de las sumas a pagar y perjuicios

4.3.1. Las sumas probadas y las tasas a aplicar.

En relación con las pretensiones de condena, el Tribunal considera que procede la suma reiterada y probada debida por la convocada a la convocante, es la cifra \$27.782.177 –que constituye el monto histórico-, señalada en el acta de liquidación de 28 de marzo de 2009.

En relación con los intereses moratorios, el Estatuto general de contratación de la administración pública, en su artículo 4 prevé: *“Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado”*.

Ahora bien, en el presente caso se tiene que en los términos de referencia del contrato no aparece ninguna alusión a intereses moratorios; y en párrafo segundo de la cláusula novena del contrato 90 de 2004, se señala que “el anticipo y todo pago está sujeto a la Programación Anual Mensualizada de Caja –P.A.C. de la Secretaría de Educación y de la Dirección Distrital de Tesorería; sin generar intereses moratorios”³⁹. Sobre el alcance de esta última cláusula, el Tribunal estima que ella debe interpretarse en el sentido de considerar que, dado el sistema de programación que funciona en la entidad, no hay lugar, en el curso y

³⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera, Expediente 9864, sentencia del 5 de octubre de 1995, C.P. JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS, t. 289, folio 332.

³⁹ Folio 6 del cuaderno de pruebas No. 1.

cumplimiento normal de pagos a través de ese sistema, a reclamar intereses moratorios.

Esta cláusula no se debe entender referida a una prohibición general de reclamo de este tipo de intereses, pues así interpretada violaría flagrantemente el principio general del derecho de equidad y el de equilibrio entre prestaciones y derechos (artículos 5.3, 23 y 28 de la Ley 80). Al respecto, cabe recordar que la Corte Constitucional, en Sentencia C892 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) estimó que “...*la franquicia en el pago de intereses de mora, viola el artículo 209 de la Carta que le impone a las autoridades administrativas el deber jurídico de cumplir sus funciones con observancia ‘en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad’.*”

Así, no habiendo previsión de las partes contratantes sobre los intereses moratorios –salvo en lo relacionado anteriormente y con la limitación indicada– según lo señalado en el artículo 1617 del Código Civil, que fija el interés legal “*en seis por ciento anual*”, y conforme a lo dispuesto en el citado artículo 4 de la Ley 80, los intereses moratorios en el campo de la contratación pública deben calcularse con base en una tasa del 12% efectivo anual.

4.3.2. La constitución en mora de la administración.

Revisado el contrato 090 de 2004, se observa que no existe ningún plazo pactado para el pago, y en consecuencia no se da el requisito del derecho común, que es el vencimiento del plazo, para la constitución automática en mora del deudor (La Secretaria de Educación) ante las reclamaciones del acreedor (Contratista).

Como es sabida la constitución de un deudor en mora, tiene un expreso tratamiento en el artículo 1608 del Código Civil cuando expresa:

ARTICULO 1608. MORA DEL DEUDOR. El deudor está en mora:

1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor. (Subrayado fuera del texto)

La anterior norma se armoniza con el artículo 90 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil cuando expresa:

La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes.

En consecuencia, la constitución en mora de la administración, aquí convocada, se produjo con la notificación del auto admisorio de la demanda⁴⁰, con la firma del acta de notificación por parte del apoderado de la Secretaria de Educación el 26 de septiembre de 2011.

En consecuencia, se aplicará la tasa de ajuste inflacionario calculado con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) desde el 8 de Octubre de 2009 fecha en la que el contratista radicó la factura y el formato único de radicación de cuentas (FURC), en los términos descritos en la cláusula novena, párrafo primero⁴¹, cumpliendo con la carga que le correspondía enfrente a la administración quedando el pago en trámite por parte de esta, hasta el 26 de Septiembre de 2011, y los intereses moratorios en este caso, se contarán a partir del la constitución en mora del deudor, que como se ha dicho es el día 27 de septiembre de 2011, hasta la fecha del presente Laudo.

Respecto de los intereses que se siguieren causando entre la fecha del Laudo y las de su pago efectivo por parte de la administración se aplicarán parcialmente los criterios sentados en la sentencia C – 188 de 1999 de la Honorable Corte Constitucional, y en consecuencia los intereses moratorios del capital se seguirán causando hasta el pago efectivo por parte de la administración, y las sumas a que se ha de condenar por concepto de costas y agencias en derechos e harán exigibles con la ejecutoria del Laudo Arbitral, con la expresa mención de que los intereses, serán no los comerciales corrientes sino la tasa ya establecida del 12%

⁴⁰ Folio 191 y ss del cuaderno principal No 1

⁴¹ Dicho párrafo señala que “todo pago requiere de previo recibido a satisfacción por parte del interventor del contrato, presentación de la factura y diligenciamiento del FURCE. Ver folio 11 del cuaderno de pruebas No. 1.

efectivo anual, y se ordenará que para efectos del cumplimiento de las condenas impuestas en este laudo, se aplique lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

No habrá lugar a reconocimiento de perjuicios patrimoniales distintos a la actualización de las sumas pedidas que se realiza en el numeral siguiente, ni perjuicios morales, ya que no obstante fueron pedidos en la demanda, no existe indicio de su ocurrencia, ni sobre estos hubo actividad probatoria alguna por la parte convocante, no fueron probados en el proceso, ni referidos en los alegatos de conclusión.

4.3.4. Liquidación.

1. Calculo de IPC entre el 28 de marzo de 2009 y el 26 de sep de 2011.						
Monto	\$	27.782.177				
Fecha inicial		08/10/2009		31/12/2009	01/01/2010	
Fecha final		26/09/2011		31/12/2010		
AÑO	IPC	interes diario	Dias para calculo	Intereses periodicos	Valor intereses por el periodo	
2009	2,00	0,56%	84,00	0,005	\$ 129.650	
2010	3,17	0,88%	364,00	0,03	\$ 890.481	
2011	3,73	1,04%	269,00	0,03	\$ 774.328	
Valor intereses					\$ 1.794.459	
Valor intereses mas capital					\$ 29.576.636	
2. Calculo del 12% entre el 27 de sep de 2011 y el 16 de mayo de 2012						
Monto	\$	27.782.177				
Fecha inicial		27/09/2011				
Fecha final		16/05/2012				
Interes		12%				
Interes diario		0,03%				
Numero de dias		232,00				
Intereses por el periodo		7,73%				
Valor intereses	\$	2.148.488				
Valor intereses mas capital	\$	29.930.665				

De esta manera la suma total a pagar actualizada conforme los criterios expuestos, asciende a la suma de VEINTINUEVE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$29.930.665)

5. Costas.

En primer término, el Tribunal dará aplicación al artículo 171 del Código Contencioso Administrativo que en materia de costas expresa:

ARTICULO 171. CONDENA EN COSTAS. <Subrogado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.

A este respecto, y concordante con las consideraciones de toda esta providencia, para el Tribunal resulta evidente que de un lado la administración hubiese podido evitar el presente litigio aprovechando la instancia conciliatoria que se surtió ante el mismo Tribunal (ante la notoria existencia de las sumas debidas), que contando con la presencia del Ministerio Público tenía todas las garantías de formalidad y legalidad, evitando todo el desgaste económico de su contraparte, y de otro, que la conducta asumida por la convocada dentro del proceso arbitral, en particular respecto de las pruebas oficiadas, dista mucho de la colaboración debida a los órganos judiciales y por el contrario, como ya se indicó, tuvo el Tribunal que acudir a sus facultades oficiosas para inspeccionar a la entidad ante el incumplimiento reiterado de los requerimientos hechos para la entrega de información.

Estos criterios son coincidentes por los desarrollados por la sentencia C – 043 de 2004 de la Honorable Corte Constitucional que en la materia de discrecionalidad del juez al momento de determinar si hay o no lugar a la condena en costas en asuntos Contencioso Administrativo establece:

“Al respecto estima la Corporación que la norma sí introduce un factor de discrecionalidad en la decisión del juez, mas no de arbitrariedad. Ciertamente, la ley deja a la apreciación judicial la evaluación de la conducta asumida por las partes, lo cual es característico de aquellas facultades que se consideran discrecionales. En efecto, la discrecionalidad hace referencia a atribuciones en las cuales la ley deja a criterio de alguna autoridad la evaluación de ciertos asuntos, acudiendo para ello a fórmulas elásticas o a conceptos indeterminados, tales como los que aquí usa el legislador. A la naturaleza discrecional de la facultad otorgada por la norma acusada se refirió el Consejo de Estado en la sentencia arriba citada, donde explicó que la disposición contenía lo que la doctrina y la jurisprudencia ha llamado cláusulas abiertas o conceptos jurídicos indeterminados (v. supra).

...

Por eso, al parecer del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la cláusula abierta que contiene la norma ahora bajo examen “no faculta al juez para decidir a su arbitrio sobre la existencia material de la conducta procesal, sino para resolver en frente de una actuación claramente verificable, cuándo ella amerita la condena al reembolso de los gastos hechos por la parte favorecida con el juicio, incidente o recurso, en consideración a los fines de esa facultad discrecional.”

En tal virtud, solamente cuando aparezca que la conducta de la parte vencida no se acomoda “a un adecuado ejercicio de su derecho a acceder a la administración de justicia sino que implique un abuso del mismo, habrá lugar a la condena respectiva.” Y, precisando cuándo se produciría este abuso del derecho de acceder a la administración de justicia, el Consejo en el mismo fallo en comentario explica lo siguiente:

“En otros términos, en la medida en que la demanda o su oposición sean temerarias porque no asiste a quien la presenta un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con un interés meramente dilatorio se considerará que ha incurrido en una conducta reprochable que la obliga a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial.

“Es claro que el Legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quién están las costas del proceso y por lo tanto, no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora. Subrayado fuera del texto.

En este orden de ideas, el Tribunal considera demostrada causa suficiente de desatención a los deberes mínimos de colaboración en materia de pruebas, así como una actitud irrazonable en materia de agotar las instancias internas de la entidad para facilitar un arreglo conciliado ante la evidencia de la existencia de la obligación, para proceder a condenar a la entidad en un 100% de las costas y agencias en derecho causadas al proceso, asumidas íntegramente por el convocante.

Así, como quiera que las pretensiones de la demanda, prosperarán de manera total, y habida cuenta del la procedencia de la condena en costas a la convocada, el Tribunal con fundamento en el ordinal 1º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, condenará en costas a la parte convocada, EL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA – SECRETARIA DE EDUCACION a pagar a los

convocantes JAIME TORRES DUARTE y RAELJA LTDA la totalidad de las sumas que se encuentran acreditadas en el proceso que fueron pagadas por los convocantes que se discriminan a continuación en la forma en que se indica:

Arbitro, Doctora Laura Ospina Mejía c.c. 19'480.678	\$ 2'278.000
Secretario, Doctor Jorge Sanmartín Jiménez c.c. 79'452.109	\$ 1'139.000
IVA de los honorarios del secretario,	\$ 182.240
Centro de Arbitraje y Conciliación	\$ 759.000
IVA servicios Centro de Arbitraje	\$ 121.400
Protocolización	\$160.000
Gastos del proceso	\$200.000
TOTAL	\$ 4'839.640

Toda vez que prosperaron la totalidad de las pretensiones, y que no se probó excepción alguna, se condenará a la convocada al pago total de esta suma.

Adicionalmente se condenará a la entidad convocada a pagar a favor de los convocantes el valor de las agencias en derecho, conforme a las tarifas correspondientes, agencias que el Tribunal tasa en la suma de DOS MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$2'200.000). Estas agencias se regulan conforme al artículo 393 del Código de Procedimiento Civil, numeral 3º aplicando los criterios y tarifas del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

Como punto adicional a la liquidación de costas, conforme el artículo 144 del decreto 1818 de 1998 inciso tercero, se condenará a la convocada a pagar los interés moratorios, exactamente con la misma tasa del 12 % efectivo anual, que se causaron en razón a la suma que los convocantes pagaron por la administración con ocasión del funcionamiento del Tribunal ; esta suma asciende a la mitad de honorarios y gastos decretados y pagados que es DOS MILLONES CUATROCIENTOS DIEZ Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS VEINTE PESOS (\$2'419,820)

Los intereses sobre la anterior suma entonces se calcularan entre el 23 de Diciembre de 2011, fecha en que se venció el plazo legal para que la convocada

pagara su parte de los honorarios y gastos, y la fecha del presente Laudo; en consecuencia, la liquidación es así:

Monto	\$ 2.419.820
Fecha inicial	23/12/2011
Fecha final	16/05/2012
Interes	12%
Interes diario	0,03%
Numero de dias	145,00
Intereses por el periodo	4,83%
Valor intereses	\$ 116.958

Así, estos intereses ascienden a la suma de CIENTO DIEZ Y SEIS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$116.958).

5. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento integrado para resolver las diferencias entre los INTEGRANTES DEL CONSORCIO DE INGENIEROS CALCULISTAS, señores JAIME TORRES DUARTES y RAELJA COMPAÑÍA LTDA y EL DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. Se declaran no procedentes las excepciones nominadas como falta de jurisdicción y competencia, falta de consentimiento por parte de la Secretaría de Educación Distrital e inexistencia de cláusula compromisoria o pacto arbitral presentada por EL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ– SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

De la misma manera se desestiman las excepciones denominadas inexistencia de las pruebas aportadas con la demanda e indebida escogencia de la acción.

SEGUNDO. Se declara que EL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE EDUCACION DISTRITAL incumplió el contrato de CONSULTORIA DEL DISEÑO DE REFORZAMIENTO ESTRUCTURAL, AJUSTANDO LA SEDE A ESTANDARES MINIMOS DE LA SECRETARIA DE

EDUCACION EN LAS EDIFICACIONES EXISTENTES, COMO DE LAS NUEVAS QUE SE REQUIERAN EN LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS DISTRITALES, MANUELA AYALA DE GAITAN, SIMON BOLIVAR, RAFAEL BERNAL JIMENEZ, REPUBLICA DE PANAMA, GLORIA GAITAN A, SED JORGE ELIECER GAITAN DE LA LOCALIDAD 12, contrato Número 090 del 10 de septiembre de 2004, al dejar de pagar el saldo final de VEINTISIETE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL CIENTO SETENTA Y SIETE PESOS (\$ 27.782.177), reconocido en el acta de liquidación del 28 de marzo de 2009.

TERCERO. Se condena al DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACION DISTRITAL a pagar a favor de los integrantes del CONSORCIO DE INGENIEROS CALCULISTAS, esto es, RAELJA INGENIERIA LTDA con Nit 813003916 - 4 y JAIME TORRES DUARTE con CC 19188745, la suma de VEINTISIETE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL CIENTO SETENTA Y SIETE PESOS (\$ 27.782.177) que actualizada, conforme la parte motiva de esta providencia, asciende para la fecha del Laudo a VEINTINUEVE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$29.930.665), suma que ha de pagarse dividida de la siguiente forma directamente a las personas indicadas conforme las siguientes proporciones de su participación en el consorcio:

1. A favor de RAELJA INGENIERIA LTDA con Nit 813003916 – 4 el 60% de la condena en contra de EL DISTRITO CAPITAL – SECRETARIA DE EDUCACIÓN , esto es la suma de DIEZ Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS (\$17'958.399).

2. A favor de JAIME TORRES DUARTE CC 19188745 el 40 % de la condena en contra de EL DISTRITO CAPITAL – SECRETARIA DE EDUCACIÓN , esto es la suma de ONCE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL PESOS (\$11'972.266)

CUARTO. Respecto del pago de las costas del proceso y agencias en derecho e intereses causados por las sumas que pago el convocante a nombre de la convocada relativas a este proceso, se condena a EL DISTRITO CAPITAL –

SECRETARIA DE EDUCACIÓN a pagar a los convocantes las costas y agencias en derecho e intereses, tasadas en la parte motiva de esta providencia de la siguiente manera en razón a su participación en el CONSORCIO DE INGENIEROS CALCULISTAS conforme la siguiente tabla

A favor de	Por costas	Por agencias en derecho	Por intereses art 144 Decreto 1818 /98
RAELJA LTDA	\$ 2'903.784,00	\$ 1'320.000,00	\$ 70.175,00
JAIME TORRES DUARTE	\$ 1'935.856,00	\$ 880.000,00	\$ 46.783,00
TOTAL	\$ 4'839.640,00	\$ 2'200.000,00	\$ 116.958,00

Así, totalizando las sumas de la anterior tabla corresponde:

1. A favor de RAELJA INGENIERIA LTDA con Nit 813003916 – 4 el 60% de la condena en contra de EL DISTRITO CAPITAL – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, esto es la suma de CUATRO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$4'293.959).

2. A favor de JAIME TORRES DUARTE CC 19188745 el 40 % de la condena en contra de EL DISTRITO CAPITAL – SECRETARIA DE EDUCACIÓN , esto es la suma de DOS MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS (\$ 2'862.639)

QUINTO. La suma decretada en el numeral TERCERO, esto es la suma de VEINTISIETE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL CIENTO SETENTA Y SIETE PESOS (\$ 27.782.177), seguirá causando intereses moratorios a la tasa del 12 % efectivo anual calculados desde el 27 de septiembre de 2011, hasta la fecha efectiva de pago por parte de EL DISTRITO CAPITAL – SECRETARIA DE EDUCACIÓN.

SEXTO. Las sumas decretadas en el numeral CUARTO, por concepto de costas y agencias en derecho causarán intereses moratorios desde la ejecutoria del laudo y los intereses moratorios de las sumas pagadas por al convocante a nombre de la convocada se seguirán causando desde el 23 de diciembre de 2011 hasta su pago efectivo, por parte de EL DISTRITO CAPITAL –

SECRETARIA DE EDUCACIÓN, todos los anteriores conceptos a la tasa moratoria del 12 % efectivo anual.

SEPTIMO. Las condenas se pagaran conforme lo disponen los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

OCTAVO. El Tribunal presentará la cuenta final de gastos de las partidas “protocolización y registro” y “gastos del proceso”, y ordenará la restitución de las sumas remanentes a que hubiere lugar.

NOVENO. En firme el Laudo, se protocolizará el expediente en una notaría del círculo de Bogotá.

DECIMO. Disponer que el secretario expida copias auténticas de este laudo con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LAURA OSPINA MEJÍA
Árbitro

JORGE SANMARTÍN JIMÉNEZ
Secretario