

TRIBUNAL ARBITRAL

INGEREDES S.A.S.

Vs.

CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Agotado el trámite procesal correspondiente, con observancia de los requisitos legales, sin que se advierta causal alguna de nulidad y dentro de la oportunidad para hacerlo, el Tribunal profiere en derecho el Laudo de mérito que finaliza el Proceso Arbitral convocado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, distinguido con radicación 125983.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. Los sujetos procesales

1.1. Parte Convocante

Es **INGEREDES S.A.S.**, sociedad comercial que según Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el 15 de septiembre de 2020 por la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, fue constituida por documento privado de abril 1° de 2004 bajo la denominación *INGEREDES EMPRESA UNIPERSONAL*, y ha sido objeto de varias reformas, entre ellas las realizadas por Escritura Pública 2898 de 4 de septiembre de 2008 de la Notaría 17 de Medellín por la que se transformó en Sociedad Anónima y la realizada por Acta 011, del 1° de diciembre de 2014 de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas, en la que se transformó en Sociedad por Acciones Simplificada. Está domiciliada en la ciudad de Medellín, se identifica con el NIT 811.044.490-7 y es representada legalmente por el señor Juan Fernando Valencia Vergara, quien otorgó poder para este proceso al doctor Pablo Bustamante Builes, quien al inicio del proceso lo sustituyó al Abogado Mauricio Zapata Ospina.

1.2. Parte Convocada

Parte Convocada: Es **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. - CGR DOÑA JUANA S.A. E.S.P.**, sociedad comercial que según el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el 12 de enero de 2021 por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., fue constituida por Escritura Pública 3342 de 16 de septiembre de 2010 de la Notaría 11 de Bogotá. Está domiciliada en la ciudad de Bogotá, se identifica con el NIT 900.383.203-6 y es representada legalmente por el Presidente y su suplente. Intervino inicialmente como apoderada judicial la Abogada Diana Paola Melo Rojas, quien también es representante legal suplente de la sociedad y quien en el curso del proceso sustituyó el poder al Abogado Pedro Manuel Gómez Gómez.

2. El contrato origen de las controversias

Obra en el expediente copia del “*CONTRATO DE OBRA*” N° *CGR-DJ-140-2018* celebrado el 11 de mayo de 2018 entre las sociedades **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** - **CGR DOÑA JUANA S.A. E.S.P.**, como Contratante, e **INGEREDES S.A.S.**, como Contratista, que según la cláusula primera tuvo el siguiente objeto:

PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO. EL CONTRATISTA se obliga con EL CONTRATANTE a realizar actividades de Movimiento de Tierras para la adecuación de la Zona de Contingencia de Biosólidos del relleno sanitario doña Juana de la ciudad de Bogotá D.C., de conformidad con lo establecido en la oferta económica C.E. 2715 del 07 de mayo de 2018, elaborada y presentada por EL CONTRATISTA, en las indicaciones y/o instrucciones que entregue el Contratante y en la Resolución CAR 1351 del 18 de junio de 2014 por medio de la cual se modificó la licencia ambiental única para el proyecto denominado “Relleno Sanitario Doña Juana. // (...)”.

Lo anterior, según los ítems de obra pactados en la cláusula tercera, así:

ÍTEM	DESCRIPCIÓN
1	Excavación, cargue, transporte y extensión de material en sitio de acopio (acarreo hasta 3km) - Acopio 1(2.5 Km) - Cierre de zonas Biosólidos o zona II Área 3(2 Km) - Material orgánico (Incluye: Topografía, buldócer para acopio de material orgánico en origen)
2	Excavación, cargue, transporte y extensión de material en sitio de acopio (acarreo hasta 3km) - Acopio 1(2.5 Km) - Cierre de Optimización Fase I (3 Km) - Operación de la zona de contingencia Biosólidos(< 1 Km) - Arcilla (Incluye: Topografía, buldócer)
3	Excavación, cargue, transporte y extensión de material en sitio de acopio (acarreo hasta 3km) - Cierre de Optimización Fase I(3 Km) - Zona de contingencia Biosólidos(< 1 Km) - Llave de anclaje (arcilla y posibles residuos sólidos secos)

3. El Pacto Arbitral

En la Cláusula Vigésima del Contrato *CGR-DJ-140-2018* antes referido, las partes incluyeron pacto arbitral, que es del siguiente tenor:

“**VIGÉSIMA: CLAUSULA COMPROMISORIA.** En toda controversia o diferencia que se presente en la celebración, ejecución, interpretación, terminación y liquidación del contrato, las partes tratarán de llegar a un acuerdo dentro de los diez (10) días calendarios siguientes a la notificación de una parte a la otra del motivo de disputa, plazo que podrán prorrogar por escrito de común acuerdo, fracasada esta instancia, se someterá la decisión a un centro de conciliación autorizado en la ciudad de Bogotá, si aún no se ha resuelto la disputa mediante conciliación se acudirá ante un Tribunal de Arbitramento conformado por un (1) árbitro, quien será designado por la Cámara de Comercio de Bogotá, este tribunal fallará en derecho.(...)”.

4. El trámite del proceso

4.1. El 6 de noviembre de 2020 la sociedad **INGEREDES S.A.S.**, por intermedio de apoderado especial, solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la integración de un Tribunal Arbitral para dirimir sus controversias con la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.**, derivadas del Contrato de Obra N° *CGR-DJ-140-2018* suscrito el 11 de mayo de 2018.

4.2. En cumplimiento de lo dispuesto en el pacto arbitral, el Centro de Arbitraje en sorteo público designó como Árbitro al doctor **Libardo Rodríguez Rodríguez**, quien aceptó oportunamente.

4.3. El Tribunal se instaló el día 3 de diciembre 2020, en sesión realizada mediante el uso de la plataforma tecnológica dispuesta por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Acta 1); en la audiencia fue designado como Secretario el Abogado **Pedro Orlando Garavito Valencia**, quien posteriormente aceptó el cargo y tomó posesión del mismo.

4.4. En la audiencia de instalación el Tribunal, entre varias determinaciones, resolvió inadmitir la demanda por no reunir los requisitos legales. El 11 de diciembre de 2020 el señor apoderado de **INGEREDES** subsanó la demanda, razón por la cual fue admitida por Auto de 22 de diciembre siguiente, que además ordenó notificar y correr traslado de ella (Acta 2).

4.5. El 23 de diciembre de 2020 se notificó personalmente el Auto admisorio de la demanda a la sociedad Convocada.

4.6. El 27 de enero de 2021 la sociedad Convocada por intermedio de su representante legal suplente y Abogada radicó la Contestación a la Demanda y sus anexos. En ella hizo un pronunciamiento frente a las pretensiones y cada uno de los hechos relacionados en aquella que le sirven de soporte; se propusieron excepciones de mérito, se aportaron pruebas documentales y se solicitó la práctica de otras pruebas.

4.7. Por Auto de 2 de febrero de 2021 se corrió traslado de las excepciones de mérito propuestas en la Contestación de la Demanda y fijó el 11 de febrero siguiente para llevar a cabo la audiencia de conciliación (Acta 3). El 9 de febrero de 2021 el señor apoderado de la Convocante radicó memorial en el que se pronunció sobre las excepciones propuestas y solicitó pruebas adicionales. El 10 de febrero de 2021 la señora apoderada de la parte Convocada solicitó reprogramar la audiencia de conciliación, razón por la cual, por Auto de esa misma fecha se fijó para el efecto el 17 de febrero de 2021 (Acta 4).

4.8. El 17 de febrero de 2021 se celebró la audiencia de conciliación de este proceso arbitral, que resultó fallida, razón por la cual el Tribunal dispuso continuar con el trámite (Auto 7).

4.9. Fracasada la conciliación, en la misma audiencia de 17 de febrero, el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley 1563 de 2012 procedió a fijar los honorarios y gastos del proceso arbitral y fijó el 15 de marzo de 2021 para llevar a cabo la primera audiencia de trámite (Auto 8). Dentro del término fijado por el artículo 27 de la Ley 1563 citada, sólo la Parte Convocante pagó las sumas a su cargo y el 10 de marzo siguiente, dentro de la oportunidad adicional fijada en el inciso segundo de la misma norma, **INGEREDES** canceló por la Convocada las sumas que dejó de pagar. Por Auto de 15 de marzo de 2021 se reprogramó la celebración de la primera audiencia de trámite para el 25 de marzo siguiente.

4.10. El 18 de febrero de 2021 el Centro de Arbitraje reenvió mensaje remitido en esa misma fecha por el doctor Álvaro Raúl Tobo Vargas, Procurador Noveno Judicial II para Asuntos Administrativos, en el que informó haber sido designado como Agente del Ministerio Público para intervenir en este trámite arbitral. Con mensaje de esa misma fecha por Secretaría se remitieron al señor Procurador la demanda y su contestación, los Certificados de Existencia y Representación Legal de las partes y el contrato origen de la litis, con el fin de aclarar la naturaleza de las controversias que se debaten en este proceso y se le informó sobre el estado del mismo.

4.11. El 25 de marzo de 2021 se celebró la primera audiencia de trámite, conforme con lo previsto en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012 (Acta 7). En ella el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las cuestiones sometidas a su conocimiento, fijó el término de duración del proceso arbitral en ocho (8) meses, según lo dispuesto por el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020. Además, el Tribunal precisó que el contrato origen de las controversias, es un negocio celebrado entre sociedades comerciales de naturaleza enteramente privada que no ejercen función administrativa y que se rige por normas propias del derecho privado, razón por la cual no resultaba procedente la aplicación del artículo 49 de la Ley 1563 de 2012¹ que impone la participación del Ministerio Público en los procesos donde intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas. La anterior providencia no fue objeto de recursos, observaciones o reparos. Aclarada la naturaleza jurídica de las partes y el régimen jurídico aplicable al contrato origen de la litis el Ministerio Público se abstuvo de continuar interviniendo en este proceso.

4.12. Luego de asumir competencia y realizar el control de legalidad en esa etapa, en la misma audiencia de 25 de marzo, el Tribunal resolvió sobre las pruebas solicitadas por las Partes y fijó el calendario para practicarlas (Auto 11).

4.13. A partir del 13 de abril de 2021 y hasta el 13 de agosto pasado se practicaron las pruebas decretadas.

4.14. El Tribunal sesionó en 21 audiencias, incluyendo la de juzgamiento y lectura de la parte resolutive del Laudo.

5. La demanda arbitral y su contestación

5.1. La demanda arbitral

La Convocante en su demanda formuló las siguientes

“PRETENSIONES PRINCIPALES

PRIMERA. Que se declare la existencia de un contrato de obra suscrito entre la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. e INGEREDES S.A.S.

SEGUNDA. Que se declare que la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANAS.A E.S.P incumplió el contrato de obra civil número CGR-DJ-140-2018, al negarse a efectuar el pago total estipulado en las cláusulas tercera y cuarta del contrato.

TERCERA. Que, como consecuencia de la prosperidad de la anterior pretensión, se condene a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANAS.A E.S.P. al pago de la suma de ochocientos cuarenta y tres millones ochocientos sesenta y seis mil ciento sesenta pesos (\$843.866.160).

CUARTA. Que, sobre la suma de dinero mencionada en la pretensión anterior, se condene a los demandados al reconocimiento y pago de intereses moratorios desde la fecha en que se incurrió en incumplimiento contractual (01 de septiembre del año 2019) y hasta que se verifique el pago de la misma a la tasa máxima legalmente exigible certificada por la Superintendencia Financiera.

¹ El Ministerio Público está facultado para actuar en los procesos arbitrales y en los trámites de amigable composición en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales. A dicho propósito, el centro de arbitraje o los amigables compondores informarán a la Procuraduría General de la Nación sobre la fecha en la que se realizará la instalación del respectivo tribunal de arbitraje o la diligencia de apertura, según corresponda. Igual información deberá darse a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

QUINTA. Que se condene en costas y agencias en derecho a la sociedad demandada.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRETENSIÓN CONDENATORIA

PRETENSIÓN ÚNICA. Que, en el evento en que el Tribunal no condene al reconocimiento y pago de intereses moratorios, se condene a la actualización del valor del dinero en el tiempo (indexación) desde el momento de exigibilidad de la obligación y hasta la fecha en que se profiera sentencia condenatoria.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DECLARATIVAS Y DE CONDENA

PRIMERA. Que se declare la existencia de un contrato de obra suscrito entre la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. e INGEREDES S.A.S.

SEGUNDA Que, en subsidio de la pretensión declarativa de incumplimiento, se declare la existencia de un desequilibrio injustificado en el contrato de obra civil número CGR-DJ-140-2018, donde resultó afectada exclusivamente la Sociedad INGEREDES S.A.S.

TERCERA. Que como consecuencia de lo anterior, se declare la revisión del contrato y se obligue a pagar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANAS.A E.S.P, a título de restablecimiento de equilibrio contractual, la suma de ochocientos cuarenta y tres millones ochocientos sesenta y seis mil ciento sesenta pesos (\$843.866.160).

CUARTA. Que sobre la suma de dinero mencionada en la pretensión anterior, se aplique una actualización del valor del dinero en el tiempo y se condene a la actualización del valor del dinero en el tiempo (indexación), desde el momento en que debió compensarse el desequilibrio injustificado y hasta la fecha en que se profiera sentencia condenatoria.

QUINTA. Que se condene en costas y agencias en derecho a la sociedad demandada”.

5.2. Fundamentos fácticos de la demanda

Los hechos que soportan las pretensiones de **INGEREDES** están relacionados y debidamente clasificados en la demanda arbitral, y se pueden resumir así:

- Entre la convocada y la Unidad Administrativa Especializada de Servicios Públicos - UAESP se suscribió el 24 de septiembre de 2010 el Contrato de Concesión 344 de 2010, para la administración, operación y mantenimiento integral del Relleno Sanitario Doña Juana de la ciudad de Bogotá D.C. (Hecho Primero)
- En desarrollo de este contrato **CGR DOÑA JUANA**, debió implementar una zona de contingencia, conforme al mandato impuesto por la Autoridad Ambiental. La adecuación de la zona de contingencia de Biosólidos – como se denominó-, obligaba a generar un movimiento de tierra que ameritaba la subcontratación de dichos servicios, que implicaba la remoción de la capa orgánica, remoción de arcilla de cobertura más la generación de una “llave de anclaje” para estabilizar la obra. (Hecho Segundo).
- El 5 mayo de 2018 el coordinador técnico de la convocada envió correo electrónico al representante legal de **INGEREDES** remitiendo los términos de referencia para los movimientos de tierra a efectuar en la adecuación de la zona de contingencia y le solicitó el envío de una propuesta económica para la realización de dicha operación. (Hecho Tercero).
- Las especificaciones técnicas del objeto contractual estaban delimitadas por unas coordenadas geográficas que abarcaban una zona con área total de 10 hectáreas y se calculó que la cantidad de tierra que implicaba el movimiento en cuestión, correspondía a 225.371 metros cúbicos. (Hecho Cuarto).

- El 7 de mayo de 2018 **INGEREDES** presentó la oferta económica C.E.2715, estableciendo los términos de cumplimiento del objeto contractual y señaló que el valor de la obra contratada era de \$2.084.756.124, con una financiación a 12 cuotas con una tasa de interés del 1.85%, dejando así 12 cuotas de \$195'322.180 para un total de \$2.343.866.160. Pese a que en la cotización se discriminó el valor unitario por metro cúbico, la propuesta especificó que los precios atendían a la adjudicación total del contrato, es decir, de la totalidad de la obra, toda vez que para **INGEREDES** el cálculo de ese precio sólo resultaba viable a partir del área total objeto del movimiento y no parcial del mismo, tal y como se consignó en el literal 12 de la cotización. (Hecho Quinto).
- La oferta presentada resultó seleccionada y de la misma derivó la suscripción del contrato CGR-DJ-140-2018. (Hecho Sexto).
- El 7 de junio de 2018 se suscribió el acta de inicio y se señaló que **INGEREDES** contaba con las condiciones suficientes para iniciar los trabajos contratados, disponiendo de los medios organizativos, materiales y humanos adecuados para la ejecución de las obras proyectadas y el plan de seguridad requerido. Al día siguiente se dio inicio a la obra. (Hecho Séptimo).
- El 17 de julio de 2018 el representante legal de **INGEREDES** informó a Juan Manuel Zúñiga Peláez, Ingeniero de **CGR DOÑA JUANA**, de problemas presentados por las condiciones climáticas y el alto riesgo para el movimiento de las volquetas y los operarios. Además, le informó sobre la ocurrencia de otra irregularidad consistente en la ejecución de una llave intermedia que no estaba contemplada inicialmente, situación que afectaba directamente los recursos que se estaban utilizando en la llave de anclaje principal, puesto que el tiempo destinado a su elaboración fue de 20 días, que provocó un retraso en la llave inicial. (Hecho Octavo).
- Para cumplir con los plazos establecidos y a pesar de los inconvenientes presentados, **INGEREDES** dispuso de dos medidas adicionales a la operación inicial para la solución de las contingencias causadas por una fuerza mayor: (i) iniciar labores en un turno adicional nocturno con retroexcavadora 350 y seis volquetas doble troque subcontratadas para trabajar toda la noche, siendo supervisados por un inspector SISO; y, (ii) aumentar el turno diurno hasta las 9:00 pm, acompañados por 10 unidades adicionales de volquetas doble troque. (Hecho Noveno).
- En razón a los inconvenientes presentados, el 17 de julio del 2018 las partes suscribieron el otrosí 1, que modificó el período de duración, disponiendo la entrega del proyecto el 20 de agosto del 2018, pero sin variar las demás condiciones planteadas en el contrato original. (Hecho Décimo).
- El 31 de julio de 2018 **INGEREDES** generó un esfuerzo adicional para el cumplimiento del contrato, que se materializó en continuar con la contratación de las volquetas “doble troque” adicionales y, además, se implementó el sistema de iluminación (consistente en cableado, reflectores y demás accesorios) y se incorporó a la obra un buldócer adicional al existente. (Hecho Décimo Primero).
- El 10 de septiembre de 2018 se hizo la revisión final del proyecto y se determinó un cumplimiento favorable del objeto contractual, que se materializó en un exitoso movimiento de tierra para la adecuación de la zona de contingencia de Biosólidos. Se allegó el Informe de Actividades Técnicas y Financieras del proyecto, indicando desde ese momento que existía una

diferencia negativa entre los costos reales de lo ejecutado y lo que se pretendía reconocer, que ascendía a \$484.228.119, que ni siquiera consideraba la administración, imprevistos y utilidad propia del contratista, sino únicamente los gastos netos de ejecución. (Hecho Décimo Segundo).

- **CGR DOÑA JUANA** manifestó que sólo se había cumplido con un 67% de la totalidad de la obra, teniendo como único referente los metros cúbicos de tierra extractados, situación que no se compadecía con el objeto realmente contratado que era la adecuación del costado norte de la zona de contingencia de Biosólidos (Área delimitada e indicada en el pliego de condiciones suministrado por el Contratante), ni tampoco que la logística y los esfuerzos en los que incurrió el contratista tendían a la totalidad del área demarcado. Este hecho denota un error en planeación por parte de la contratante, quien obvió una estimación adecuada de los metros cúbicos en el área delimitada. El objeto contractual se cumplió a cabalidad y el valor de la obra no debió modificarse unilateralmente por la contratante, pues la disminución en los metros cúbicos implicaba para el contratista un incremento en el valor unitario de los mismos. (Hecho Décimo Tercero).
- El 2 de noviembre de 2018 el representante legal de **INGEREDES** envió correo a las directivas de la convocada señalando tres inconformidades fundamentales: (i) que la relación de pago generada resultaba menor e incompatible con la plasmada en el contrato; (ii) que las cuotas que diferían la prestación a cargo de la Contratante iniciaban en el mes de septiembre, sin que se hubiera recibido para la fecha el primer pago de la obra; y, (iii) que la oferta presentada por **INGEREDES** determina que “(...) *los precios indicados en la oferta son válidos únicamente para la adjudicación total del alcance, en caso de asignaciones parciales, INGEREDES S.A.S se reserva el derecho de reajustar dicho precio*”, por lo que no resultaba posible tasar el pago del contrato aplicando el valor unitario inicial a los metros cúbicos extractados. (Hecho Décimo Cuarto).
- El 29 de octubre de 2018 se llegó a un acuerdo de pago, que reconoció parcialmente la contraprestación contractual, pues la **CGR DOÑA JUANA**, aceptó adeudar a la convocante exclusivamente la suma de \$1.500.205.140 y se obligó a cancelar dicho monto a través de doce cuotas de \$125'017.095. No obstante, la cláusula quinta aclaró que el acuerdo no representaba una novación de la obligación existente, ni paz y salvo alguno sobre las obligaciones incumplidas a cargo del contratante. (Hecho Décimo Quinto).
- La obligación de pago a cargo del Contratante prevista en las cláusulas tercera y cuarta del contrato de obra civil, fue parcialmente cumplida, en el sentido que de los \$2.343.866.160 a que tenía derecho el Contratista, se canceló la suma de \$1.500.205.140, con un saldo insoluto a favor de **INGEREDES** de \$843.866.160, monto que se reclama en este proceso. (Hecho Décimo Sexto).
- El otrosí no genera modificación en torno al valor de la remuneración o su forma de pago y que el acuerdo no genera novación, condonación o purga de la mora frente a la suma dejada de pagar, se sigue entonces que **CGR DOÑA JUANA** se encuentra en mora del pago de la suma de \$843.866.160 a partir del 1º de septiembre de 2019. (Hecho Décimo Séptimo).

5.3. Contestación a la demanda y excepciones interpuestas

CGR DOÑA JUANA contestó oportunamente la demanda, se refirió a todos y cada uno de los hechos, se opuso a todas las pretensiones, objetó el juramento estimatorio y propuso las siguientes excepciones:

1. INEXISTENCIA DE EVENTOS O HECHOS DE FUERZA MAYOR QUE IMPOSIBILITARA A INGEREDES S.A.S., CUMPLIR CON SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES
2. CONTRATO NO CUMPLIDO – NON ADIMPLETI CONTRACTUS - POR PARTE DE INGEREDES S.A.S.
3. CULPA EXCLUSIVA DE LA CONVOCANTE – NADIE PUEDE ALEGAR SU PROPIA NEGLIGENCIA:
4. INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL
5. BUENA FE POR PARTE DE CGR DOÑA JUANA S.A. E.S.P.”

5.4. Réplica a las excepciones

El 9 de febrero de 2021 la parte Convocante se pronunció en tiempo sobre la objeción al juramento estimatorio y las excepciones propuestas, y solicitó la práctica de pruebas adicionales.

6. Primera Audiencia de Trámite

La primera audiencia de trámite se celebró el 25 de marzo de 2021, conforme con lo previsto en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012. En ella el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las cuestiones sometidas a su conocimiento por las Partes, fijó el término de duración del proceso, resolvió sobre las pruebas solicitadas por las Partes y fijó el calendario para practicarlas.

7. Pruebas solicitadas y decretadas y su práctica

7.1. Decreto de las pruebas solicitadas

Ejecutoriado el Auto mediante el cual asumió competencia, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, así (Auto No. 10):

A.- Pruebas solicitadas por la Sociedad Convocante

1. Documentales: Se ordenó tener como pruebas, con el valor legal correspondiente, los documentos aportados con la demanda arbitral y con el escrito con el cual se subsanó ésta, que se relacionaron por esta parte, así:

1. Términos de referencia enviados por CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIUDOS DOÑA JUANA S.A ESP en el cual se delimitan las condiciones de la obra para movimientos de tierra adecuación zona de contingencia biosólido.
2. Cotización de obra remitida por INGEREDES S.A.S. junto con el respectivo correo electrónico.
3. Contrato de obra (CGR-DJ-140-2018) (firmado) acompañado con el respectivo correo electrónico enviado.
4. Acta de inicio de obra con fecha del 07 de junio de 2018.
5. Oficio enviado por CGR DOÑA JUANA S.A. en la que se manifiesta la preocupación por los retrasos en la ejecución de la obra y los consecuentes intercambios de correos electrónicos entre las partes con el propósito de superar la situación

6. Compromisos a los que llegaron las partes para superar las adversidades y llevar a su fin la obra contratada.
7. Otro si No 1 a través del cual se prorroga el contrato de obra CGR-DJ-140-2018, modificando especialmente la fecha de entrega de la obra por parte del Contratista. Se añade a esto, las conclusiones de la reunión sostenida entre las partes y los compromisos alcanzados por la contratista para la satisfacción del objeto contractual.
8. Reunión entre las partes (Correo enviado acompañando el otro si No 1 en el cual se hace síntesis de las reuniones sostenidas entre las partes).
9. Análisis de movimiento de tierra con el respectivo corte al 31 de agosto de 2018 presentado por CGR DOÑA JUANA y la respuesta por parte de INGEREDES con el análisis de los costos reales de la obra) acompañado con los respectivos correos electrónicos enviados.
10. Ampliación nueva en zona contingencia (Adecuación de Fondo Ampliación Zona de Contingencia RSDJ, Adecuación de Fondo-Tabloide) acompañado con los respectivos correos electrónicos enviados.
11. Cotización movimientos de tierras continuación llave anclaje biosólidos.
12. Análisis movimiento de tierra del Relleno Doña Juana acompañado con los respectivos correos electrónicos enviados.
13. Adecuación de fondo ampliación zona de contingencia (rsdj cot 2805 movimiento tierra continuación llave anclaje biosólidos final 13 sep 2018) acompañado con los respectivos correos electrónicos enviados.
14. Actos vandálicos (Correo Informe Actos Vandálicos a Vehículos INGEREDES SAS sucedido en la obra, acompañado de su respectivo registro fotográfico).
15. Corte final Ingeredes.
16. Costos reales y anotaciones sobrecostos (contrato cgr-dj-140-2018).
17. Corte Ingeredes con plano final.
18. Evaluación de desempeño periodo julio – agosto de 2018
19. Cortes Ingeredes con las correcciones y verificaciones de la comisión topográfica (Juan Manuel Zúñiga) acompañado con el respectivo correo electrónico enviado.
20. Cuadro financiación corte 1 movimiento de tierras acompañado con los respectivos correos electrónicos enviados.
21. Correo costos reales contrato CGR-DJ-140-2018 movimiento tierras en biosólidos Cuadro Financiación Corte 1 Movimiento de Tierras en biosólidos,
22. Acuerdo de Pago acompañado con el respectivo correo electrónico enviado.
23. Relación documentos acuerdo de pago, acompañada con el respectivo correo electrónico enviado.
24. Correo sobre el incumplimiento de los pagos.
25. Registro fotográfico parcial de la obra.
26. Acta de recibo de obra.
27. Registro fotográfico global de la obra.

Igualmente se ordenó tener como pruebas los documentos aportados con el memorial con el cual se describió el traslado de las excepciones de mérito, y que se relacionaron, así:

1. Cotización de obra numero 2805 Movimiento Tierra Continuación llave anclaje Biosolidos final 13 sep 2018 de Ingeredes S.A.S.
2. Correo plano de diseño de la aplicación correo del miércoles 12/09/2018
3. Plano adecuación de fondo -tabloide
4. Correo martes 17 de julio de 2018 1643, de parte de Ingeredes, en el cual se explica con claridad la situación acaecida sobre la nueva llave de anclaje.
5. Ingreso volquetas y personal turno nocturno (correo dom 22 07 2018)
6. Ingreso volquetas y personal turno nocturno (correo dom 22 07 2018)
7. Ingreso volquetas y personal turno nocturno (23 07 2018)
8. Ingreso volquetas y personal turno nocturno 24 07 2018
9. Ingreso volquetas y personal turno nocturno 26 07 2018
10. Ingreso volquetas y personal turno nocturno 28 07 2018
11. Ingreso volquetas y personal turno nocturno 29 07 2018
12. Ingreso volquetas y personal turno nocturno 31 07 2018
13. Ingreso volquetas y personal turno nocturno 2 08 2018
14. Ingreso volquetas y personal turno nocturno 5 08 2018
15. Ingreso volquetas y personal turno nocturno 8 08 2018
16. Ingreso volquetas y personal turno nocturno 25 08 2018
17. Ingreso volquetas y personal turno nocturno lunes 3 09 2018
18. Base de datos para vacunas y carnet.

2. Declaraciones de terceros: Se ordenó que rindieran testimonio las siguientes personas, de conformidad con lo solicitado en el memorial con el cual se describió el traslado de las excepciones de mérito:

- María Fernanda Valencia Álvarez
- Michael Diaz Gómez
- Jennifer Yulieth Presiga Jaramillo
- Omar Leonardo Ortiz Mora
- Lobsang Alfonso Tabares

3. Interrogatorio de Parte: Se decretó el interrogatorio del representante legal de la sociedad convocada.

4. Dictamen pericial: De conformidad con lo previsto por los artículos 227 y ss. del CGP, el Tribunal concedió plazo hasta el 26 de abril de 2021 para hacer entrega del dictamen pericial anunciado por la Convocante el 9 de febrero anterior.

B.- Pruebas solicitadas por la sociedad convocada

1. Documentales: Se ordenó tener como pruebas, con el valor legal correspondiente, los documentos aportados con la Contestación a la Demanda y que se relacionaron, así:

A. Documentales

1. Términos de referencia CGR - Términos de referencia Mov Tierras Remoción cobertura Biosólidos.
2. Propuesta del Contratista – Cot 2715 Movimiento Tierra Adecuación Zona Contingencia Biosólidos RSDJ.
3. Contrato firmado CGR-DJ-140-2018 - Contrato CGR-DJ-140-2018 (firmado).
4. Corte de Obra No. 1 firmado - Corte firmado entre ambas partes.
5. Corte de Obra No. 1 (Excel) - Corte 1 - Ingeredes - Biosólidos (ajustado).
6. OtroSí No. 1 de prórroga al Contrato CGR-DJ-140-2018 firmado - Otrosi Ingeredes.
7. Cotización de alquiler de retroexcavadora 210 con martillo - Cot 2811 Alquiler Maquinaria Martillo Relleno Doña Juana
8. Soportes contables que demuestran el pago total del acuerdo de pago

B. Correos

Comunicación	Fecha	Nombre del archivo
Correo enviado a Ingeredes	18/07/18	<i>Compromisos - Ingeredes - Biosólidos</i>
Correo enviado a Ingeredes con los compromisos adquiridos en comité técnico	01/08/18	<i>Contrato Ingeredes - Biosólidos - Plazos</i>
Correo recibido de Ingeredes de presentación de su propuesta para la firma del contrato	17/05/18	<i>RV Contrato Ingeredes</i>
Correo enviado a Ingeredes relacionando los compromisos adquiridos ante el bajo rendimiento de los trabajos	05/07/18	<i>RV Movimiento de tierras - Biosólidos</i>
Correo recibido de Ingeredes	24/11/18	<i>Aclaraciones Obra ejecutada Movimiento</i>
Correo enviado a Ingeredes relacionando las conclusiones y los compromisos adquiridos en comité de	28/07/18	<i>Comité de Obra - Ingeredes.</i>
Correo enviado a Ingeredes	18/08/18	<i>Incumplimientos - Mov. De tierras Biosólidos</i>
Correo para radicación de oficio a Ingeredes	19/07/18	<i>Oficio – Ingeredes</i>
Correo enviado a Ingeredes con el OtroSí No. 1 en pdf para firma	30/07/18	<i>OtroSí al Contrato CGR-DJ-140-2018</i>

Correo remitario de OtroSí No. 1 debidamente firmado.	15/08/18	Otrosi Ingeredes.
Correo recordatorio de compromisos adquiridos por el contratista en comité del 05/07/18.	17/07/18	RE: Novedad Movimiento de tierras en Biosólidos.
Correo enviado a Ingeredes con los planos de la ampliación de la zona de contingencia.	12/09/18	RV Adecuacion de Fondo Ampliacion Zonade de Contingencia RSDJ

2. Declaraciones de terceros: Se ordenó rindieran testimonio, de conformidad con lo solicitado en la contestación de la demanda, las siguientes personas: Juan Carlos López, Mayerly Heredia y Juan Manuel Zúñiga

3. Interrogatorio de Parte: Se decretó el interrogatorio del representante legal de INGEREDES S.A.S., señor Juan Fernando Valencia Vergara.

7.2. Desarrollo de la etapa probatoria

Las pruebas decretadas se practicaron así:

1. El 13 de abril de 2021 se recibieron los testimonios de María Fernanda Valencia Álvarez, Juan Carlos López Salinas y Michael Díaz Gómez. Por Auto de esa fecha se aceptó el desistimiento de la Convocante a la recepción de la declaración de Jennifer Yulieth Presiga Jaramillo. (Acta 8).
2. Por Auto de 19 de abril de 2021 se aceptó el desistimiento de la convocada a la práctica de la declaración de Mayerly Heredia (Acta 9).
3. El 21 de abril de 2021 se practicaron los interrogatorios a los representantes legales de las partes (Acta 10).
4. El 26 de abril de 2021 la convocante radicó el dictamen pericial anunciado en memorial de 9 de febrero pasado, del cual se corrió traslado por Auto de 3 de mayo siguiente (Acta 11).
5. El 6 de mayo de 2021, la convocada radicó memorial en el que formuló “objeciones” al dictamen pericial y solicitó que, con fines de contradicción, se citara a declarar al perito que lo elaboró, lo cual se ordenó por Auto de 19 de mayo de 2021.
6. El 19 de mayo de 2021 se recibieron los testimonios de Lobsang Alfonso Tabares y Omar Leonardo Ortiz Mora, que se suspendió por motivos técnicos (Acta 12).
7. El 27 de mayo se continuó con la recepción de la declaración de Omar Leonardo Ortiz Mora y se recibió la declaración de Juan Manuel Zúñiga Peláez (Acta 13). El 27 de mayo siguiente la convocada envió los documentos a los que se refirió el Ingeniero Zúñiga en su declaración.
8. El 15 de junio de 2021 se recibió la declaración de Lyda Maryelli Román Medina, responsable del dictamen rendido por la sociedad Maquirrenta S.A.S., que fue aportado por INGEREDES el 26 de abril de 2021, denominado “Análisis de mercado para actividades de movimiento de tierra”. En el curso de la audiencia la Convocada dejó constancia que no comparecieron a rendir declaración ni el representante legal de Maquirrenta S.A.S., a quien Ingeredes contrató para la elaboración de la experticia, ni Manuel Enrique Chávez Garay, quien también suscribió el dictamen pericial

9. Por Auto de 6 de julio de 2021 de oficio se fijó el 13 de julio siguiente, para recibir la declaración de todos los responsables de la elaboración de la experticia aportada por INGEREDES. El 9 de julio siguiente la convocada radicó “Recurso de reposición y en subsidio apelación” contra el Auto anterior. Dentro del término de traslado la convocante se opuso a él y por Auto de 3 de agosto se negó el recurso y se reprogramó la referida audiencia (Acta 17).
10. El 13 de agosto de 2021 se recibió la declaración de Jaime Augusto Tobón Foronda, representante legal de Maquirrenta S.A.S., y de Manuel Enrique Chávez Garay, quienes participaron en la elaboración del dictamen aportado por INGEREDES (Acta 18).
11. Por Auto del mismo 13 de agosto de 2021, se declaró que con la incorporación del archivo de audio de las declaraciones recibidas ese día, se entendía cerrada la etapa probatoria, razón por la cual se fijó el 2 de septiembre siguiente para recibir los alegatos de conclusión de las partes (Acta 18). No obstante, por Auto de 23 de agosto de 2021, en razón de manifestaciones de cada uno los apoderados de las partes respecto de la incorporación de documentos aportados por la otra parte², se concedió un traslado adicional de tres (3) días para que se pronunciaran sobre tales documentos (Acta 19).

8. Audiencia de Alegaciones

Los señores apoderados de las Partes presentaron verbalmente sus respectivos alegatos de conclusión en audiencia de 2 de septiembre de 2021. Además, remitieron ese mismo día un resumen escrito de sus intervenciones. Al final de esta sesión el Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo (Acta 20).

9. Duración del Proceso y Término para fallar

Toda vez que en el pacto arbitral las Partes no establecieron el término de duración del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 10 del Decreto Legislativo 491 de 2020, el Tribunal lo fijó en ocho (8) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, sin perjuicio de prórrogas, suspensiones o interrupciones que pudieran

² Extracto de la parte considerativa del Auto de 23 de agosto de 2021 “A su turno, el señor apoderado de la convocada, expuso que sólo dejaba constancia que desconocía los documentos mencionados por la convocante y solicitó se le pusieran en conocimiento; luego se pudo aclarar que se trataba de los documentos aportados por él mismo el 27 de mayo pasado, que fueron anunciados por el Ingeniero Juan Manuel Zúñiga en su declaración.

Además, el señor apoderado de la convocada manifestó que no conocía el dictamen que el 12 de julio se había aportado ya con la firma del representante legal de Maquirrenta S.A.S. e igual solicitó se le remitiera pues no conocía su alcance, qué otra información fue adicionada o si le restaron alguna información.

El Tribunal ha revisado los antecedentes de estas actuaciones y encontró que los documentos a que se refiere INGEREDES, fueron remitidos por el apoderado de la convocada mediante correo electrónico de 27 de mayo pasado dirigido al Secretario del Tribunal con copia a la doctora Diana Paola Melo, pero no copió ese mensaje al Abogado de la convocante. Sobre la radicación de estos documentos se informó por Secretaría el 15 de junio de 2021 (Acta 15) y no se presentó manifestación de la convocante al respecto hasta el día 13 de agosto siguiente.

De otra parte, en lo que se refiere a las manifestaciones de la parte convocada, el Tribunal encuentra que aunque el dictamen pericial fue aportado por INGEREDES el 26 de abril de 2021 y del mismo oportunamente se corrió traslado a la convocada, mediante Auto de 6 de julio siguiente el Tribunal ordenó aportar copia debidamente suscrita por todos los responsables de su elaboración, toda vez que el allegado al expediente no estaba firmado por el representante legal de Maquirrenta S.A.S. En cumplimiento de lo anterior, el señor apoderado de INGEREDES mediante correo electrónico de 12 de julio pasado dirigido al Secretario del Tribunal remitió el dictamen firmado, pero no copió ese mensaje al Abogado de la convocada. Sobre la radicación de este documento se informó por Secretaría el 3 de agosto de 2021 (Acta 17) y tampoco se presentó manifestación de la convocada al respecto hasta el 13 de agosto.

presentarse en su desarrollo. Como la primera audiencia de trámite se realizó el 25 de marzo de 2021, el término de este proceso se extiende hasta el **25 de noviembre de 2021**, lo que significa que este Laudo se profiere dentro de la oportunidad legal.

10. Presupuestos Procesales

Los “*presupuestos procesales*”, entendidos como “*las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y en consecuencia se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa*” se encuentran satisfechos en este trámite.

10.1. La capacidad de los sujetos procesales

Las partes son personas jurídicas cuya existencia y representación legal está acreditada en debida forma, ostentan capacidad para ser parte y han comparecido al proceso por intermedio de sus representantes y apoderados judiciales debidamente constituidos, y están legitimadas por el ordenamiento jurídico en ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, libertad contractual o autonomía privada dispositiva, para acudir al arbitraje como mecanismo judicial de solución de sus conflictos,

10.2. Jurisdicción y Competencia

Según lo dispuesto por el artículo 116 de la Constitución Política, así como por su desarrollo normativo estatutario (Leyes 270/1996 y 1285/2009) y su desarrollo normativo general (Ley 1563/2012), el arbitraje es un mecanismo excepcional de solución de conflictos y las partes vinculadas por un contrato tienen el derecho constitucional y legal de acceder voluntariamente a esta forma de administración de justicia.

Del examen de los documentos aportados al proceso, el Tribunal advierte que en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 116 de la Constitución Política en el Contrato de Obra N° *CGR-DJ-140-2018* suscrito el 11 de mayo de 2018, se pactó una Cláusula Compromisoria con el objeto de sustraer de la justicia permanente del Estado, el conocimiento y decisión de las controversias que pudieran derivarse de la celebración, ejecución y liquidación del mismo, para que fueran resueltas por particulares investidos excepcional y temporalmente de jurisdicción (Cláusula Vigésima).

La jurisdicción y competencia de este Tribunal surge además de la voluntad de las partes de someter sus diferencias a la jurisdicción arbitral, que se materializó con la presentación de la Demanda Arbitral y su Contestación con el propósito de que las pretensiones y excepciones formuladas sean resueltas de manera definitiva mediante un Laudo Arbitral. Tales controversias se encuentran comprendidas dentro del alcance de la Cláusula Compromisoria porque conciernen directamente al referido Contrato de Obra, son todas de naturaleza patrimonial y se refieren a una relación jurídica contractual específica y son susceptibles de disposición por las partes, quienes han acudido a este proceso por intermedio de sus representantes legales y apoderados debidamente constituidos.

Además, el Tribunal encuentra cumplidos los requisitos necesarios para la validez del proceso arbitral y que las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones legales. Además, no se advierte causal alguna de nulidad procesal, lo cual fue señalado por el Tribunal desde la primera

audiencia de trámite y al finalizar cada una de las etapas procesales tal y como lo ordena el artículo 132 del C.G.P. El más reciente control de legalidad se realizó en audiencia de 2 de septiembre de 2021, una vez concluyó la etapa de alegaciones, frente a lo cual los señores apoderados de las Partes manifestaron estar de acuerdo con el mismo (Acta 20).

En síntesis, la relación jurídica procesal se constituyó regularmente, no existe defecto alguno en la actuación surtida o que imponga aplicar el artículo 137 del Código General del Proceso, por lo cual resulta procedente decidir de mérito la controversia sometida a arbitraje por las partes.

II. CONSIDERACIONES

1. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE DEBE RESOLVER EL TRIBUNAL

Del análisis de las pretensiones planteadas en la demanda y de las excepciones de mérito propuestas en su contestación, el Tribunal deduce que la controversia plantea los siguientes problemas jurídicos:

1. Si existió un incumplimiento contractual por parte de CGR Doña Juana que causare un perjuicio a Ingeredes (Pretensiones Principales Primera y Segunda y Excepciones 2, 3 y 5).
2. Si se produjo la ruptura del equilibrio económico del contrato como consecuencia de un evento de imprevisión (Pretensiones Subsidiarias Primera y Segunda y Excepciones 1 y 4).
3. Si hay lugar a condena en perjuicios y a pago de actualizaciones e intereses a cargo de CGR Doña Juana y a favor de Ingeredes (Pretensiones Principales Tercera y Cuarta, *“Pretensión única subsidiaria a la Cuarta Pretensión Condenatoria”* y Pretensiones Tercera y Cuarta Subsidiarias).
4. Si hay lugar al pago de costas y agencias en derecho (Pretensión Quinta Principal y Pretensión Quinta Subsidiaria).

2. ANÁLISIS PREVIO COMÚN A LOS DIVERSOS PROBLEMAS JURÍDICOS: La naturaleza y régimen jurídico del Contrato objeto de la controversia

2.1. Posiciones de las partes

En cuanto a la naturaleza jurídica del Contrato materia de la controversia, la Convocante sostiene que se trata de un contrato de obra cuyo sistema de determinación del valor a pagar es el de precio global. Al efecto, considera INGEREDES que, si bien en la minuta del Contrato se hace referencia al precio unitario, si se analizan conjuntamente los términos de referencia, la propuesta presentada y el Contrato finalmente suscrito y, además, se tienen en cuenta los elementos técnicos del Contrato, mal puede afirmarse que se trata de un contrato a precios unitarios y, muy por el contrario, lo que se pactó fue un contrato a precio global.

Por su parte, CGR DOÑA JUANA se limita a decir que, de acuerdo con el texto expreso de la minuta del Contrato, el sistema de pago pactado es el de los precios unitarios sin fórmula de ajuste, de tal manera que el valor final a pagar dependía del volumen real de tierra que moviera INGEREDES.

2.2. Consideraciones del Tribunal

Como punto de partida del análisis sustancial debe determinarse cuál es la naturaleza y el régimen jurídico del Contrato objeto de la controversia, especialmente teniendo en cuenta los asuntos sobre los cuales se ha discutido entre las partes y algunos otros que han aparecido durante el curso del proceso arbitral.

En ese sentido, el Tribunal observa que el debate que se ha presentado entre las partes sobre la naturaleza jurídica del Contrato objeto de la controversia tiene relación, específicamente, con la forma pactada sobre la determinación del valor a pagar, pero no en cuanto a que se trate de un contrato de obra. En efecto, para la Convocante, el análisis conjunto de las estipulaciones técnicas y económicas lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de obra a precio global; en cambio, para la Convocada, las partes celebraron un contrato de obra a precios unitarios. Así, entonces, para acometer de fondo la solución de la controversia, es necesario que el Tribunal precise la modalidad de contrato de obra de que se trata.

Pero, para definir lo anterior, el Tribunal considera necesario precisar lo concerniente al régimen jurídico aplicable al contrato, punto que no ha sido objeto de discusión por las partes, pero fue abordado por el Tribunal con ocasión de definir la comunicación de la existencia del presente trámite al Ministerio Público y ahora, con ocasión del Laudo, adquiere nuevamente importancia para resolver los principales puntos de fondo de la controversia, especialmente el relacionado con el equilibrio económico del contrato, como se verá más adelante.

Al respecto, se observa que ambas partes son sociedades comerciales cuyas relaciones jurídicas se rigen por el derecho privado, no obstante lo cual la circunstancia de haber citado inicialmente al Ministerio Público, el hecho de que una de ellas sea una sociedad concesionaria y que el contrato haya sido celebrado con el objeto de dar cumplimiento a un contrato de concesión, podría poner en duda la aplicación del derecho privado y podría abrir la puerta a una posible aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o, al menos, de los principios básicos aplicables a la contratación pública, asunto que el Tribunal considera necesario precisar.

2.2.1. El régimen jurídico aplicable al Contrato

Según lo expresado, considera el Tribunal que inicialmente debe abordarse el segundo punto mencionado, pues de su definición dependerá en cierta medida el primero, para lo cual el Tribunal hace las siguientes consideraciones:

a. La inquietud planteada resulta de la eventualidad de que la contratación de un concesionario de servicios públicos pueda corresponder al ejercicio de una función administrativa y, por ende, pudiera encontrarse sometida a la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o, al menos, de los principios de la función administrativa aplicables a la contratación pública.

b. Para el Tribunal, dicha eventualidad no resulta aplicable porque no es cierto que un concesionario de servicios públicos, por esa simple condición, desarrolle una función administrativa. En efecto, considera el Tribunal que en el ordenamiento jurídico colombiano es claro que la prestación de un servicio público, como la que hace un concesionario, no implica automáticamente que exista ejercicio de función administrativa, de tal manera que el simple hecho de

ser un concesionario de servicios públicos no genera automáticamente que se trate de un sujeto que ejerza función administrativa.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que mientras que *“el servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares”*, la función administrativa *“se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado”*³, lo cual implica que se trata de conceptos distintos. En la misma sentencia, afirma la jurisprudencia constitucional que *“la Constitución distingue claramente los conceptos de función pública y de servicio público y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones, lo que implica específicamente que no se pueda confundir el ejercicio de función pública, con la prestación de servicios públicos”*⁴.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha dicho que *“en ningún caso la prestación de servicios públicos puede ser considerada, en sí misma, como una función pública, y solamente aquellas actividades que las empresas prestadoras de servicios públicos ejerzan en desarrollo de prerrogativas propias del Estado, pueden ser consideradas como tales”*⁵.

Incluso, la misma jurisprudencia constitucional sostiene que *“cuando el Estado se reserva para sí la prestación exclusiva de un servicio público, previa la indemnización de las personas que en virtud de la ley que así lo determine queden privadas del ejercicio de una actividad legítima, el particular que eventualmente llegue a prestar ese servicio por decisión del mismo Estado, por el solo hecho de dicha prestación, o de la sola celebración de un contrato de concesión para el efecto, tampoco ejercerá una función pública”*⁶.

De acuerdo con lo expresado por la jurisprudencia constitucional y administrativa citada, el mero hecho de la prestación del servicio público no implica, desde el punto de vista de la configuración constitucional colombiana, el ejercicio de funciones públicas y mucho menos el ejercicio de funciones administrativas. En ese sentido, los prestadores de servicios públicos, como es el caso de CGR DOÑA JUANA, no ejercen función administrativa sino de manera excepcional, como ocurre, por ejemplo, en los casos señalados en el artículo 33 de la Ley 142 de 1994⁷ o cuando llevan a cabo una gestión predial por delegación del Estado en los términos del artículo 34 de la Ley 105 de 1993⁸, situaciones que son del todo ajenos a lo debatido en el presente proceso arbitral.

c. Bajo esa perspectiva debe analizarse el hecho de que el Contrato objeto de la controversia hubiera sido celebrado por CGR DOÑA JUANA e INGEREDES con el objetivo de dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del contrato de concesión de servicios públicos 344 de 2010 celebrado por la primera con la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos -UAESP.

³ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 17 de febrero de 2005, expediente 50001-23-31-000-2003-00277- 01(27673)

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

⁷ **Artículo 33. Facultades especiales por la prestación de servicios públicos.** Quienes presten servicios públicos tienen los mismos derechos y prerrogativas que esta Ley u otras anteriores, confieren para el uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles, y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio; pero estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos, y a responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos

⁸ **Artículo 34. Adquisiciones de predios.** En la adquisición de predios para la construcción de obras de infraestructura de transporte, la entidad estatal concedente podrá delegar esta función, en el concesionario o en un tercero. Los predios adquiridos figurarán a nombre de la entidad pública.

Al respecto, como se señaló, ni del hecho de que CGR DOÑA JUANA sea un prestador de servicios públicos domiciliarios ni del hecho de que sea un concesionario de la UAESP puede llegarse a la conclusión de que se trate de un contrato sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ni de que le sean aplicables los principios constitucionales de la función administrativa. En efecto, dado que, de acuerdo con lo concluido antes, los conceptos de servicio público y función administrativa son distintos desde la perspectiva constitucional, los prestadores de servicios públicos -sea que lo hagan directamente o en virtud de un contrato de concesión- no ejercen función administrativa sino en los casos precisamente señalados por la ley, de tal manera que el carácter de concesionario prestador de servicios públicos no implica que CGR DOÑA JUANA ejerce función administrativa ni que deba aplicar los principios constitucionales de la función administrativa ni el Estatuto mencionado.

Respecto de la anterior conclusión, precisa el Tribunal que el Contrato materia de la presente controversia tiene por objeto *“realizar las actividades de Movimientos de Tierras para la adecuación de la Zona de Contingencia de Biosólidos del relleno sanitario Doña Juana”*, objeto este que no supone el ejercicio de una actividad de aquellas que excepcionalmente constituyen el ejercicio de función administrativa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, lo cual corrobora que no existe ejercicio de función administrativa por parte CGI DOÑA JUANA.

d. Pero, además, no debe perderse de vista que el Contrato objeto de la controversia no es un contrato estatal y, por ende, desde esa perspectiva tampoco le es aplicable ni el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ni los principios de la función administrativa aplicables a la contratación pública.

En efecto, como es sabido, de acuerdo con la definición de contrato estatal prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, para que exista un contrato estatal se requiere que al menos uno de los sujetos de la relación jurídica sea una entidad estatal de aquellas mencionadas en el artículo 2° ibídem. Bajo esa perspectiva, de acuerdo con los certificados de existencia y representación que obran en el expediente, evidencia el Tribunal que el Contrato objeto de la controversia fue celebrado por dos sociedades comerciales de naturaleza y capital enteramente privados, sin que ninguna de ellas pueda ser calificada como una entidad estatal, lo cual da lugar a que no se trate de un contrato estatal y excluye, por sí mismo, la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y de los principios constitucionales de la función administrativa.

e. En conclusión, el Contrato celebrado entre INGEREDES y CGR DOÑA JUANA es un contrato privado regido exclusivamente por las normas del derecho civil y comercial, y así será tratado por el Tribunal para efectos de resolver de fondo la controversia.

2.2.2. La naturaleza jurídica del Contrato celebrado entre las partes

Precisado lo anterior, en relación con el primer punto mencionado, a pesar de que las partes manifiesten estar de acuerdo con que se trata de un contrato de obra o empresa, debe el Tribunal contrastar dicha conclusión con lo realmente pactado por las partes. Dicho tipo contractual se encuentra consagrado en los artículos 1973 y 2053 a 2069 del Código Civil.

En términos generales, el contrato de obra se define como “el acto jurídico en virtud del cual una persona se obliga para con otra a realizar una obra material determinada, bajo una remuneración y sin mediar subordinación ni representación”⁹. En palabras de la Corte Suprema de Justicia, “en el ámbito privado, el contrato de obra civil tiene por objeto la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y remuneración”¹⁰. Precisa igualmente la jurisprudencia civil:

“Bajo el epígrafe de “arrendamiento de servicios inmateriales”, la codificación sustancial en lo civil, a partir del artículo 2064 y siguientes, denota el contrato de obra como aquél acto jurídico por el cual una persona asume para con otra, el compromiso de efectuar un trabajo material determinado, bajo un precio, sin que ello implique una relación de subordinación o de representación, destacando entonces, su carácter de consensual, siendo suficiente para su perfección, el solo acuerdo sobre las condiciones de la construcción y su pago”¹¹.

Por su parte, la justicia arbitral ha señalado que el “contrato civil de obra, o de confección de obra material, es aquel negocio jurídico en virtud del cual un contratista se obliga a la fabricación o elaboración de obra material para el contratante quien, como contraprestación, paga una suma de dinero”¹².

De la misma manera, el Consejo de Estado, refiriéndose a las normas del Código Civil, ha definido el contrato de obra en los siguientes términos:

“Los contratos de confección de obra material son aquellos por los cuales el contratista directa o indirectamente edifica, fabrica, erige o levanta obras, edificios, construcciones para residencias o negocios, puentes, carreteras, represas, acueductos y edificaciones en general y las obras inherentes a la construcción en sí no constituyendo contratos de construcción las obras o bienes que pueden removerse o retirarse fácilmente sin detrimento del inmueble como divisiones internas en edificios ya terminados”¹³.

De acuerdo con lo anterior, para que se trate de un contrato de obra se requiere: **(i)** que se encargue a una persona de ejecutar una actividad material como la construcción o levantamiento de un edificio; **(ii)** que a cambio de la ejecución de la actividad material se pague una contraprestación dineraria, y **(iii)** que el contratista actúe con independencia y sin sujeción a una subordinación o representación.

Dentro del anterior marco contractual, contrastado el objeto, alcance y principales obligaciones del Contrato celebrado entre INGEREDES y CGR DOÑA JUANA, considera el Tribunal que puede evidenciarse que efectivamente se trata de un contrato de obra, pues lo cierto es que **(i)** INGEREDES se comprometió a ejecutar de manera independiente un determinado movimiento de tierras -que, en sí mismo, es una obra, una actividad material- (cláusula primera sobre el

⁹ JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 21ª ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2020, p. 587.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC5568-2019 de 4 de septiembre de 2019, expediente 68755-31-03-001-2011-00101-01.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Tribunal de Arbitraje de Consorcio Ingeniarte (Ingeplaq S.A.S. y Jiménez Rubiano Ingenieros y Arquitectos S.A.S.) contra Provincia de Nuestra Señora del Rosario de la Congregación de Dominicas de Santa Catalina de Sena. Laudo de 8 de agosto de 2019.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de agosto de 2017, expediente 68001-23-33-000-2013-00452-01.

objeto del Contrato); **(ii)** a cambio de una remuneración económica (cláusulas tercera y cuarta sobre el valor y forma del pago del Contrato), y **(iii)** con plena independencia en las labores a su cargo (cláusula quinta sobre inexistencia de relación laboral), con lo cual se evidencia el cumplimiento de la totalidad de los elementos esenciales del contrato de obra que resultan de las normas del Código Civil señaladas.

2.2.3. Los diferentes sistemas de pago en los contratos de obra

Ahora bien, respecto de la forma de determinación del valor a pagar pactada en el Contrato celebrado entre INGEREDES y CGR DOÑA JUANA, que es el asunto sobre el cual existe una verdadera discusión, en el sentido de si se trata de un contrato a precio global o uno a precios unitarios, el Tribunal hace las siguientes consideraciones:

a. En primer lugar, es preciso hacer notar que, desde el punto de vista normativo y jurisprudencial, el requisito esencial para la existencia de un contrato de obra se circunscribe a que exista una remuneración en dinero por la ejecución del trabajo material, de tal manera que los demás detalles de dicha remuneración dependen exclusivamente del ejercicio de la autonomía de la voluntad. En ese sentido, una decisión arbitral reconoce lo siguiente:

“Las partes en un contrato son libres de pactar el sistema de pago que estimen conveniente, máxime si se trata, como en el caso presente, de negocios que se rigen por las normas del derecho privado.... Existen, en ese orden de ideas, diversas formas de pactar la retribución, como lo son, por ejemplo, el sistema de precio global, los precios unitarios, la administración delegada o la concesión. Lo dicho significa que las partes de común acuerdo pueden idear la forma de pago para el contrato de obra, lo cual no se encuentra sujeto a ninguna restricción legal específica”¹⁴.

En el mismo sentido, basándose en las experiencias del derecho público, la jurisprudencia civil reconoce esa libertad en el pacto del sistema de pago en los contratos de obra, así:

“Así, “Obra” y “remuneración” como elementos coexistentes y axiales en esta índole de negocios jurídicos, en algunas ramas del derecho como el público, dan lugar al surgimiento de diversas clasificaciones, en especial, frente a la forma de pago de cómo se llegue a estipular, se puede hablar entonces, de contratos con “precio global”, “llave en mano”, “administración delegada”, “reembolso de gastos” y “precios unitarios” en los que en su mayor parte, se hace un estimativo inicial del precio para efectos presupuestales, pero el precio definitivo se concreta al concluirse el contrato”¹⁵.

De acuerdo con lo anterior, en los contratos de obra la remuneración se hará de acuerdo con la forma o el sistema pactado por las partes. Sin embargo, dentro de la tipicidad reconocida en los usos tradicionales, existen algunos comúnmente aceptados y que tienen una definición más o menos clara, entre ellos los que convocan la divergencia de opiniones de las partes: el precio alzado o precio global y los precios unitarios.

¹⁴ Tribunal de Arbitraje de Consorcio Villa Hernández y Cía Ltda. contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Laudo de 19 de mayo de 2003.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC5568-2019 de 4 de septiembre de 2019, expediente 68755-31-03-001-2011-00101-01.

b. Los contratos de obra a precio global corresponden a aquellos en los cuales el valor de la remuneración es conocido por las partes desde el comienzo de la relación contractual y se fija como una suma única que se pagará en los plazos y bajo las condiciones igualmente fijadas en el contrato.

En palabras de la doctrina, el precio único, precio global o precio alzado, *“como su nombre lo indica, es el que consiste en una suma fija y determinada, que será la que el dueño de la obra pagará por la ejecución total de esta”*¹⁶.

Así, de acuerdo con un laudo arbitral, *“en la modalidad de precio global es claro que el contratista asume por una remuneración determinada la realización de una obra, la que debe ejecutar y frente a la cual el precio es inmodificable aunque lo ejecutado resulte mayor o menor que lo previsto, esto es, el contratista asume lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado el alea normal del contrato”*¹⁷.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido sobre este tema que *“el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como subvención una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales”*¹⁸.

A su vez, el Consejo de Estado señala 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”*¹⁹.

De acuerdo con lo anterior, el sistema de precio global, precio alzado o precio único hace referencia al hecho de que desde la configuración de la relación contractual las partes conocen, independientemente de la forma de pago - instalamentos mensuales, actas de avance por hitos, pago total con la entrega a satisfacción, etc.- el valor de la remuneración por la ejecución de la obra, por la obtención del resultado querido por el acreedor, dando lugar, de una parte, a que se trata de un contrato de obra con precio determinado y, de otra, a que se traslade al contratista el riesgo de las cantidades de obra necesarias para la obtención del resultado.

c. Por su parte, los contratos de obra a precios unitarios son aquellos en los cuales las partes pactan precios individuales para cada una de las diversas actividades de obra a ejecutar a fin de alcanzar el valor del costo directo y se pacta igualmente un valor al costo indirecto (usualmente como un porcentaje del costo directo) que se debe adicionar al costo directo, de tal manera que el precio final a pagar resulta de la multiplicación de las cantidades ejecutadas de cada una de las actividades por su precio individual²⁰.

De acuerdo con una decisión arbitral:

¹⁶ CESAR GÓMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 2008, p. 376.

¹⁷ Tribunal de Arbitraje de Consorcio Villa Hernández y Cía Ltda. contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Laudo de 19 de mayo de 2003.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC5568-2019 de 4 de septiembre de 2019, expediente 68755-31-03-001-2011-00101-01.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2011, expediente 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080).

²⁰ Tribunal de Arbitraje de Consorcio Ingeniarte (Ingeplaq S.A.S. y Jiménez Rubiano Ingenieros y Arquitectos S.A.S.) contra Provincia de Nuestra Señora del Rosario de la Congregación de Dominicas de Santa Catalina de Sena. Laudo de 8 de agosto de 2019: *“...el contrato celebrado entre las partes fue pactado según la modalidad de precios unitarios, por lo cual su valor no corresponde a una suma fija y prestablecida, sino que equivale a la multiplicación de las cantidades de obra ejecutadas por los precios unitarios acordados”*.

“...existe el pago mediante el sistema de precios unitarios, en virtud del cual las cantidades bien sean de materiales o de labores se discriminan y se cuantifican económicamente de manera individual. El valor total de la obra, así las cosas, se determina mediante la sumatoria de las variables o ítems utilizados. A diferencia del sistema de precio global, no existe aquí incertidumbre sobre la cantidad de materiales a utilizar que requieran una tarea de aproximación: se definen los ítems y se suman las cantidades utilizadas, así se ajusta el valor del contrato”²¹.

Para la doctrina, en los precios unitarios *“no queda determinado el precio global de la construcción, sino apenas el de una de las partes más o menos homogéneas que componen aquella y en relación con una unidad de medida”²².*

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha descrito el sistema de pago por precios unitarios así:

“...la forma de retribución corresponde a unidades o cantidades de obra, y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar los montos de construcción ejecutados por el precio de cada una de ellos, obligándose el edificador-contratista a desarrollar las obras especificadas en el contrato.

La característica más notable de esta modalidad, la constituye el hecho de que el constructor se compromete, salvo expreso acuerdo en contrario, a sostener los precios unitarios originales estipulados para cada uno de los ítems de la obra realizada, aun cuando estos puedan sufrir alzas, riesgo que en la práctica puede recompensarse durante la ejecución o en la liquidación; o preverse, según las cláusulas de reajustes que, de común acuerdo, se pacten.

Dicho sistema, según lo han señalado algunos autores, se compone de dos clases: “unidad simple” y “unidad en el conjunto”. En el inicial, el contratista va ejecutando partes, unidades o piezas de la obra por un precio unitario determinado, sin establecerse el número a realizarse, en tanto, cada parte es independiente o separada. El constructor cumple su obligación entregando cualquier cantidad de tales unidades o piezas, cuyo precio unitario se convino dentro de cada trabajo a efectuar (terraplenamiento, mampostería, asfaltado, etc.). En la “unidad en el conjunto”, la unicidad no es considerada como una obra independiente; por cuanto el conjunto total de la construcción, así como su valor total, es el que resulta integrado por la suma de unidades o partes”²³.

Finalmente, el Consejo de Estado señala que en los contratos 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”²⁴.*

Con fundamento en todo lo anterior, el contrato de obra a precios unitarios es aquél donde se hace una división de las actividades necesarias para cumplir con

²¹ Tribunal de Arbitraje de Consorcio Villa Hernández y Cía Ltda. contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Laudo de 19 de mayo de 2003.

²² CESAR GÓMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, cit., p. 376.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC5568-2019 de 4 de septiembre de 2019, expediente 68755-31-03-001-2011-00101-01.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2011, expediente 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080).

el resultado querido por el acreedor, se fija una unidad de medida de cada una de las actividades en que fue dividido el alcance contractual y, respecto de cada una de esas divisiones, se le asigna un precio tanto al costo directo como al costo indirecto. Así, al comienzo de la ejecución contractual las partes tienen certeza de los elementos que luego les permitirán construir el valor a pagar pero, en la medida en que no conocen las cantidades reales que deberá ejecutar el contratista para cumplir con el objeto, sino que apenas tienen un estimativo de ellas, no tienen predeterminado un valor preciso que sea la remuneración a que tiene derecho el contratista, lo cual da lugar a que no sea un contrato a precio determinado sino apenas determinable, circunstancia esta que hace que sea el contratante quien asuma el riesgo de las cantidades de obra necesarias para la obtención del resultado.

2.2.4. El sistema de pago pactado en el Contrato celebrado entre las partes

Precisada la diferencia entre el concepto de contrato a precio global y el de contrato a precios unitarios, que es propiamente la materia de la discusión, pasa ahora el Tribunal a examinar el pacto de las partes para determinar cuál de las dos modalidades de determinación del valor a pagar fue el pactado en el Contrato objeto de la controversia, para lo cual hace las siguientes consideraciones:

a. En primer lugar, es preciso hacer notar que en el cuadro denominado “CONDICIONES GENERALES” del Contrato se previó un valor de \$2.343.866.160 y una forma de pago de 12 cuotas mensuales de \$195.322.180 cada una, sin hacer más precisiones, lo cual permitiría sugerir que, en tanto que se fijó un valor total y unos valores mensuales en términos absolutos, el precio fue pactado a precio global y no a precios unitarios.

b. Además, debe tenerse en cuenta que en la cláusula cuarta “FORMA DE PAGO” se pactó que el valor del contrato se pagaría mediante “Doce (12) cuotas mensuales de CIENTO NOVENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS VEINTIDOS MIL CIENTO OCHENTA PESOS (\$195.322.180.00) M/cte, IVA del 19% incluido sobre el AIU del 11%, cada una, no incluye retenciones”, con lo cual, al señalarse un valor fijo mensual que multiplicado por las doce cuotas da el valor total señalado en la cláusula tercera y en las “CONDICIONES GENERALES”, permitiría entender que se trata de un precio global.

c. No obstante, frente a esa primera impresión, es preciso destacar que en la cláusula tercera se pactó lo siguiente:

“TERCERA. VALOR DEL CONTRATO. El presente contrato es por la modalidad de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste. El valor de este contrato, para efectos fiscales, es de DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL CIENTO SESENTA PESOS (\$2.343.866.160) IVA del 19% incluido sobre el AIU del 11%. No incluye retenciones.

PARÁGRAFO PRIMERO. Previo al inicio de los trabajos se realizará un levantamiento topográfico detallado conjunto entre las comisiones del CONTRATISTA y el CONTRATANTE, a efectos de definir la superficie inicial sobre la cual se realizarán los cálculos de avance de obra.

PARÁGRAFO SEGUNDO. El valor total proviene de multiplicar los precios unitarios aprobados por las cantidades de obra a ejecutar, incluyendo AIU y costos de financiación de acuerdo con la siguiente tabla y la oferta económica C.E. 2715 del 07 de mayo de 2018 presentada por el Contratista:...”

A continuación de lo anterior, como parte de la misma cláusula tercera, existe un cuadro que contiene tres ítems unitarios, junto con su descripción, unidad de medida, cantidad, valor unitario valor total, además de un AIU y un IVA, el cual coincide con el de la oferta de INGEREDES.

De acuerdo con la anterior estipulación, para el Tribunal es claro que las partes manifestaron inequívocamente que su voluntad fue que no existiera un precio fijo por la obra a ejecutar por parte de INGEREDES, sino que el precio al cual se remuneraría la obra ejecutada dependería de la sumatoria de las cantidades de ítems unitarios realmente ejecutados por sus precios unitarios, añadiendo el AIU (costo indirecto) y el IVA correspondiente.

d. En relación con las anteriores estipulaciones, en criterio del Tribunal, lo señalado tanto en las “CONDICIONES GENERALES” como en la cláusula cuarta “FORMA DE PAGO”, es apenas el valor estimado total y mensual a pagar por parte de CGR DOÑA JUANA y no un precio global por las actividades contractuales. Esta conclusión resulta del hecho de que, además de que en la cláusula tercera expresamente se hace referencia a unos precios unitarios, en dicha estipulación se dejó claro que el valor total se fijó solamente “*para efectos fiscales*”, lo cual hace que lo pactado sea simplemente un valor estimado y no un valor total global del contrato, interpretación que se extiende también al valor de las cuotas mensuales señalado en la cláusula cuarta “FORMA DE PAGO”, lo cual es, además, ratificado por los antecedentes contractuales, como se analizará más adelante.

Corroborando lo anterior, el hecho de que en la cláusula cuarta se hubieran señalado ítems, unidades y valor unitario, esto es, los elementos legalmente exigibles para que exista un contrato a precios unitarios, lo cual hace que tanto las cantidades como el valor total indicados en el cuadro de la cláusula cuarta también deban ser entendidos como cantidades y valor estimados, pues lo cierto es que al ser un contrato a precios unitarios, las cantidades y los valores totales dependen de la ejecución real y no de una predeterminación absoluta al comienzo de la relación contractual, como en efecto ocurre en el precio global.

e. Ahora bien, a pesar de que tanto el texto expreso del Contrato como la interpretación sistemática llevan a la conclusión de que se trata de un contrato a precios unitarios, teniendo en cuenta lo alegado por INGEREDES, deben analizarse los antecedentes que dieron lugar a la celebración del Contrato a fin de establecer si de ellos resulta una conclusión diferente, para lo cual el Tribunal considera:

- En los Términos de Referencia elaborados por CGR DOÑA JUANA se indicó: **(i)** en el punto “3. ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y CANTIDADES DE OBRA ESTIMADAS” que se presentaban “*las cantidades estimadas de materiales a excavar*” y, específicamente, en la tabla 1 se señalaron unas “*cantidades de obra estimadas*”; **(ii)** en el punto “6. FORMA DE PAGO” que “*las mediciones de las cantidades a pagar en los ítems anteriores serán con base en los metros cúbicos (m³) medidos por la comisión de topografía de CGR, de acuerdo con los niveles y pendientes indicados en los planos de diseño*”, y **(iii)** en el mismo punto “6. FORMA DE PAGO” que “*el valor de las obras deberá ser financiado por el Contratista y se pagará en 12 cuotas mensuales iguales a partir del mes de Julio de 2018*”.

Los anteriores puntos revelan que desde los Términos de Referencia el Contrato se concibió bajo el sistema de precios unitarios, pues esa es la única razón que explica que se presentaran cantidades estimadas y que se previera la necesidad

de hacer mediciones de cantidades de obra reales para la remuneración del contratista. Además, el hecho de que se hubiera pactado como forma de pago un valor de doce cuotas iguales no desdibuja el hecho de que se hubiera concebido el Contrato bajo el sistema de precios unitarios, pues no debe olvidarse que los precios unitarios hacen referencia a la forma de determinación del valor a pagar por la ejecución de la obra y no propiamente a una forma de pago, que en este caso se previó bajo mensualidades, lo cual puede darse tanto en un contrato a precio global como en uno a precios unitarios.

- El carácter de precios unitarios del sistema de pago pactado se corrobora con la “COTIZACIÓN DE OBRAS” o propuesta presentada por INGEREDES. En efecto, en dicho documento se presenta un cuadro económico que contiene tres ítems unitarios, junto con su descripción, unidad de medida, cantidad, valor unitario valor total, además de un AIU y un IVA, esto es, se presenta un cuadro con los elementos que idealmente se requieren para un contrato de obra a precios unitarios.

Así mismo, respecto de la propuesta presentada por INGEREDES, debe hacerse notar que en la nota 13 se expresa lo siguiente: “*Se liquida de acuerdo a las cantidades realmente ejecutas con el precio pactado por unidad*”. Es decir, que expresamente en la oferta presentada se expresa que no se está haciendo un ofrecimiento de un precio fijo, sino que el valor a pagar se liquida de acuerdo con las cantidades reales aplicando los precios ofrecidos, esto es, que se aplica la liquidación propia de un contrato a precios unitarios.

- Ahora bien, INGEREDES ha sostenido que lo expresado en la nota 12 de su propuesta, en el sentido de que “*los precios indicados en la oferta son válidos únicamente para la adjudicación total del alcance. En caso de asignaciones parciales, INGEREDES S.A.S. se reserva el derecho de reajustar dichos precios*”, constituye una razón para entender que no se trata de un contrato a precios unitarios sino de un contrato a precio global.

Al respecto, advierte el Tribunal, de una parte, que lo expuesto en la citada nota, bajo el entendimiento que pretende darle INGEREDES, sería contradictorio con el resto de su propia oferta y con el texto del Contrato finalmente celebrado, lo cual permite rechazar la propuesta de interpretación presentada. Pero, además, dicha interpretación no se acompasa con el texto de la nota, pues en ella INGEREDES simplemente se reserva el derecho al reajuste de los precios unitarios, situación bien distinta a considerar que se trata de un contrato a precio global.

Además, encuentra el Tribunal que la interpretación presentada ahora contradice la posición asumida en el desarrollo de la relación contractual, motivo adicional para no acoger la interpretación propuesta de la nota 12. En efecto, cuando se determinó que el volumen de tierra que se removió fue inferior al previsto, en correo de 14 de septiembre de 2018 [folio 88 del archivo de pruebas aportadas con la demanda], INGEREDES reconoció que debía facturar un menor valor al precio estimado, lo cual debe entenderse como un reconocimiento de que se trata de un contrato a precios unitarios y no a precio global. Así se expresó INGEREDES: “*2. Se realizó Logística para 225.000 metros cúbicos que fue lo que nos entregaron, pero finalmente se ejecutó el 67%, ósea (sic) se facturará mucho menos de lo invertido, sin utilidad*”.

f. Finalmente, destaca el Tribunal que en el Otrosí No. 1 las partes se limitaron a extender el plazo de ejecución contractual y advirtieron, de una parte, que dicha prórroga “*no genera modificación del valor del contrato*” y, de otra, que las

demás estipulaciones del Contrato se mantienen sin cambios, lo cual incluye, como es obvio, la cláusula tercera analizada antes.

g. De acuerdo con lo anterior, no cabe duda de que la intención de las partes y la voluntad expresamente declarada son coincidentes en el sentido de que el sistema de pago por la ejecución de la obra encargada a INGEREDES serían los precios unitarios y no un precio global, lo cual lleva a concluir que efectivamente no se pactó un precio global y que, por lo tanto, CGR DOÑA JUANA no debía necesariamente pagar un valor de \$2.343.866.160 con mensualidades de \$195.322.180 cada una, sino que INGEREDES tendría derecho a que se le remunerara el valor de las cantidades efectivamente ejecutadas multiplicada por los precios unitarios pactados, pudiendo ese valor ser superior o inferior a los \$2.343.866.160 estimados.

2.2.5. Conclusión

Con fundamento en todo lo anterior, como conclusión del presente capítulo, respecto de la relación contractual existente entre INGEREDES y CGR DOÑA JUANA, puede expresarse: **(i)** se trata de una relación enteramente regida por el derecho privado, sin que sean relevantes ni los principios constitucionales de la función administrativa ni mucho menos el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; **(ii)** se trata de un contrato de obra civil, y **(iii)** se trata de un contrato pactado bajo el sistema de precios unitarios.

3. ANÁLISIS SOBRE EL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: Si existió un incumplimiento contractual por parte de CGR Doña Juana que causare un perjuicio a Ingeredes (Análisis de las Pretensiones Principales Primera y Segunda y Excepciones 2, 3 y 5).

3.1. Las posiciones de las partes.

3.1.1. Posición de la Convocante:

En la demanda, INGEREDES solicita que se declare que CGR DOÑA JUANA incumplió el Contrato y le generó un perjuicio, por las siguientes razones:

- En cuanto a los elementos de la responsabilidad contractual, sostiene: **(i)** que está probada la existencia del Contrato CGR-DJ-140-2018; **(ii)** que CGR DOÑA JUANA tenía la obligación de pagar a INGEREDES la suma de \$2.343.866.160, que es el precio global pactado, y **(iii)** que CGR DOÑA JUANA únicamente pagó a INGEREDES la suma \$1.500.205.140, con lo cual incumplió el Contrato y le causó un perjuicio a la Convocante.
- De otra parte, afirma que INGEREDES sí cumplió con sus obligaciones contractuales. En ese sentido, sostiene que si bien no cumplió en la fecha inicialmente prevista (18 de julio de 2018), mediante Otrosí 1, dicha fecha se modificó por circunstancias externas y se amplió el plazo hasta agosto de 2018, fecha en la cual se entregaron las obras contratadas. En consecuencia, considera que cualquier retraso que hubiera podido existir no debe considerarse como un incumplimiento de INGEREDES.

A su vez, en el pronunciamiento a las excepciones la convocante planteó:

- En relación con la “*excepción de contrato no cumplido*”, en primer lugar, considera que con esta excepción CGR DOÑA JUANA admitió que incumplió sus obligaciones contractuales. Además, considera que no existió

incumplimiento de INGEREDES porque: **(i)** no es cierto que no haya habido una revisión final del proyecto, pues en el expediente obra prueba de que el representante legal de INGEREDES remitió el informe final y CGR DOÑA JUANA en la contestación no desconoce o tacha de falso el documento que da cuenta de la revisión final del proyecto; **(ii)** no existe incumplimiento en el plazo porque si bien el plazo del contrato se extendió, esto se debió a circunstancias ajenas a la voluntad del contratista y la prórroga fue aceptada mediante Otrosí 1, y **(iii)** el jefe de compras de CGR DOÑA JUANA felicitó a INGEREDES y expuso una evaluación del 93% de satisfacción, seguido de una invitación a seguir con ese nivel de excelencia

- En relación con la *“excepción de culpa exclusiva de la convocante - nadie puede alegar su propia negligencia”*, sostiene que: **(i)** no existió una suspensión unilateral de la obra por INGEREDES, sino que se finalizó la adecuación de la zona de biosólidos delimitada, lo que implica el cumplimiento de la prestación a cargo de la contratista; **(ii)** al no ser posible extraer del área delimitada el volumen estimado, la contratista pretendía nuevas extracciones en áreas diferentes, situación descartada por INGEREDES, evidenciando que no existe una estrategia para un mayor cobro, y **(iii)** en cuanto a que INGEREDES fue quien estructuró la oferta, considera que la oferta fue elaborada con diligencia y no se evidencia comportamiento culposo alguno.
- En relación con la *“excepción de buena fe por parte de CGR Doña Juana”*, expresa que ella no requiere de un pronunciamiento y aclara que no extingue, modifica o impide la prosperidad de las pretensiones.

Finalmente, en los alegatos de conclusión, INGEREDES planteó:

- Se satisfacen los requisitos sustanciales para la procedencia de la acción de incumplimiento contractual, así: **(i)** la existencia del contrato, pues este fue allegado con la demanda; **(ii)** la existencia de una parte cumplida o allanada a cumplir, pues INGEREDES realizó el movimiento de tierras contratado en la zona indicada en los Términos de Referencia y conforme a los diseños entregados por CGR DOÑA JUANA, de lo cual dan cuenta el acta de recibo de obra y los testimonios de María Fernanda Valencia, Omar Leonardo Ortiz Mora, Lobsang Alfonso Tabares y Michael Díaz Gómez, y **(iii)** la existencia de un incumplimiento de las obligaciones a cargo de la contraparte, pues se evidencia un cumplimiento defectuoso de la prestación al haberse pagado solo una parte de la remuneración pactada, lo cual resulta de que el contrato se pactó como un negocio a precio global y no se pagó la totalidad del valor pactado.
- En relación con el sistema de pago pactado, precisa que si bien la cláusula 3 dispone que el precio pactado se cancelará bajo la modalidad de precios unitarios fijos, se debe tener en cuenta que existe una incongruencia entre el aspecto técnico y la minuta contractual que se concreta en que el objeto del contrato no suponía el movimiento de una cantidad determinada de metros cúbicos, pero se incluye una cláusula dirigida a disponer el pago a través de la multiplicación de cantidades por valores unitarios. Además, sostiene que no es coherente hacer una interpretación literal del contrato, pues esta no es acorde a la propuesta de INGEREDES ni a la realidad del negocio celebrado, sino que debe hacerse una interpretación sistemática del mismo, de donde resulta su carácter de precio global.

3.1.2. Posición de la Convocada:

En la contestación de la demanda, CGR DOÑA JUANA presentó las siguientes excepciones:

- *Contrato no cumplido por Ingeredes*: sostiene que la Convocante entregó una propuesta de trabajo y económica bajo unos términos que luego desconoció e incumplió, por lo cual no es posible que alegue incumplimiento por parte de CGR DOÑA JUANA. Sin perjuicio de ello, ésta cumplió con su obligación contractual de pago por valor de \$1.500.205.140, según el sistema de pago acordado entre las partes y de conformidad con el acuerdo de pago de 29 de octubre de 2019.
- *Culpa exclusiva de la convocante - Nadie puede alegar su propia negligencia*: sostiene que **(i)** la Convocante pretende equivocadamente aprovechar su propio incumplimiento -consistente en la suspensión unilateral de la obra- para obtener el reconocimiento de un supuesto desequilibrio en el Contrato derivado de un incumplimiento inexistente de CGR DOÑA JUANA, y **(ii)** la Convocante elaboró la propuesta económica sobre la cual se celebró el Contrato y, en consecuencia, no le es dable alegar que existió un desequilibrio de un contrato que se basa en sus propios cálculos económicos, todo lo cual implica que INGEREDES pretende alegar su propia culpa para alegar un incumplimiento y, con ello, obtener el reconocimiento de supuestos desequilibrios y el pago de obras que no ejecutó.
- *Buena fe por parte de CGR Doña Juana*: sostiene, de manera simple, que sus actuaciones siempre han sido de buena fe, lo cual se evidencia en los pagos realizados a la convocante y la suscripción del otrosí ampliando el plazo del Contrato.

A su vez, en los alegatos de conclusión, CGR DOÑA JUANA expuso los siguientes argumentos:

- De conformidad con lo establecido tanto en la invitación como en el Contrato, el valor de la obra sería pagado por CGR DOÑA JUANA bajo la fórmula de precios unitarios sin fórmula de reajuste, teniendo en cuenta el volumen de tierra realmente movido.
- Está probado que CGR DOÑA JUANA cumplió con la obligación de pago del Contrato conforme al sistema pactado, lo cual resulta de: **(i)** la declaración de parte del representante legal de INGEREDES y del testimonio de María Fernanda Valencia Álvarez, y **(ii)** el acuerdo de pago de 29 de octubre de 2018, en el que las partes convinieron la forma de pago del valor del contrato.
- No existen saldos a favor de INGEREDES y a cargo de CGR DOÑA JUANA, por lo que esta cumplió con su obligación contractual, esto es, el pago de los servicios prestados por el contratista.
- En todo caso, existió un incumplimiento por parte de INGEREDES, pues los Términos de Referencia preveían un plazo de 30 días para la ejecución de la obra, pero en la Propuesta de INGEREDES se ofrecen 10 días adicionales, oferta con base en la cual se suscribió el Contrato. Dicho plazo resultaba suficiente para mover 225.000 metros cúbicos de tierra, no obstante lo cual, INGEREDES en la ejecución del Contrato se demoró más del plazo previsto y únicamente entregó 145.000 metros cúbicos.

3.2. Consideraciones del Tribunal.

Para resolver las pretensiones analizadas en el marco del presente problema jurídico, es necesario determinar si en el caso concreto se configuran los elementos de la responsabilidad contractual por parte de CGR DOÑA JUANA, para lo cual el Tribunal hará primero una presentación de tales elementos y luego determinará si ellos se configuran en el caso concreto.

3.2.1. Los elementos de la responsabilidad contractual

En términos generales, la responsabilidad contractual en el derecho público y privado se estructura bajo la existencia de los siguientes elementos básicos: **(i)** la existencia de un contrato; **(ii)** el incumplimiento de una obligación derivada del contrato; **(iii)** la existencia de un daño sufrido por una de las partes del contrato, y **(iv)** la relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento.

En concordancia con lo anterior, la doctrina de derecho privado ha afirmado que *“los requisitos esenciales de la responsabilidad contractual están constituidos por: incumplimiento de una obligación asumida por el deudor; que dicho incumplimiento le sea imputable a dicho deudor, es decir, que se haya debido a su culpa o a su dolo y que tal incumplimiento le haya generado un daño al acreedor”*²⁵.

Sobre estos elementos, con base en *“el Título 12 del Libro Cuarto del Código Civil, que regula lo atinente al efecto de las obligaciones”*, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

*“Trátase aquí, según puede establecerse, de un proceso de responsabilidad civil contractual, razón por la cual el acogimiento de la acción depende de la demostración, en primer término, de la celebración por las partes del contrato a que se refiere la misma y, en segundo lugar, de los elementos que son propios a aquella, a saber: el incumplimiento de la convención por la persona a quien se demanda; la producción para el actor de un daño cierto y real; y, finalmente, que entre uno y otro de tales elementos medie un nexo de causalidad, es decir, que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado”*²⁶.

Por su parte, la doctrina chilena, con base en normas similares a las de nuestro Código Civil, ha expresado que *“los elementos distintivos de la responsabilidad”* contractual son los siguientes:

*“En primer lugar, es necesaria la existencia de una obligación de carácter contractual, esto es, nacida de un contrato. En segundo lugar, que el deudor no realice la conducta convenida del modo que está consagrado en el contrato. En tercer lugar, que la inejecución de la conducta debida esté acompañada de un reproche subjetivo u objetivo al obligado en los términos descritos en la ley. En cuarto lugar, que la omisión de la conducta debida cause daño al acreedor. En quinto y último lugar, que entre el incumplimiento (inejecución de la conducta debida) y el daño exista una relación de causalidad”*²⁷.

²⁵ JORGE SUESCÚN MELO, *Derecho privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. 1, 2ª ed., Bogotá, Legis y Universidad de los Andes, 2003, p. 260.

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 9 de marzo de 2001, expediente 5.659.

²⁷ PABLO RODRÍGUEZ GREZ, *Responsabilidad contractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 27. En el mismo sentido, GASTÓN SALINAS UGARTE, *Responsabilidad civil contractual*, t. I, Santiago de Chile, Abeledo-Perrot y Thomson Reuters, 2011, pp. 231-235.

En sentido similar, en un laudo arbitral se expresa lo siguiente:

“Entratándose, según lo dicho, de un caso de responsabilidad contractual, no existe discusión en cuanto a los elementos que la conforman, pues unánimemente se admite que se requiere del incumplimiento de una obligación asumida por el deudor, que dicho incumplimiento le sea imputable a este, es decir, que se haya originado en su culpa o en su dolo y que tal incumplimiento le haya generado un daño al acreedor. A estos ingredientes debe agregarse el de la mora del deudor, si la obligación incumplida es positiva, tal como lo disponen los artículos 1608 y 1615 del Código Civil”²⁸.

De acuerdo con las anteriores posiciones jurisprudenciales y doctrinales, los elementos de la responsabilidad contractual que utilizará el Tribunal para la solución de la controversia son los siguientes: **(i)** la existencia de una obligación contractual; **(ii)** el incumplimiento culposo o doloso de dicha obligación contractual; **(iii)** la existencia de un perjuicio o menoscabo en su derecho a la prestación, y **(iv)** la relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento.

3.2.2. Análisis del caso concreto

Como se explicó, para la prosperidad de las pretensiones analizadas es necesario que se verifique la concurrencia de los elementos de la responsabilidad contractual expuestos. Por ello, procede ahora el Tribunal a analizar si dichos elementos se configuran en el caso concreto de acuerdo con las pruebas recaudadas, para lo cual hace las siguientes consideraciones, con la advertencia de que previamente se definirá la existencia del Contrato objeto de la controversia, por constituir una de las pretensiones de la demanda:

En relación con el punto previo mencionado, advierte el Tribunal que en el caso está probada la existencia del contrato de obra suscrito entre CGR DOÑA JUANA e INGEREDES. En efecto, obra en el expediente copia del “CONTRATO DE OBRA” N° CGR-DJ-140-2018” celebrado el 11 de mayo de 2018 [folios 28 a 41 del archivo de pruebas aportadas con la demanda], por lo cual se declarará que prospera la primera pretensión principal de la demanda.

En relación con los elementos enunciados como necesarios para la configuración de la responsabilidad, el tribunal hace las siguientes consideraciones:

(i) La existencia de una obligación contractual

Respecto de este primer elemento de la responsabilidad contractual, recuerda el Tribunal que la obligación contractual que demanda como incumplida INGEREDES se concreta en el pago del precio global presuntamente pactado. En efecto, sostiene la Convocante que, en virtud de lo pactado en el Contrato, CGR DOÑA JUANA se comprometió a pagar la suma global de \$2.343.866.160.

Para el Tribunal, es claro que en la cláusula tercera del Contrato se pactó que su valor sería de \$2.343.866.160, lo cual, en principio, permitiría encontrar probada la existencia del primer elemento de la responsabilidad contractual. Sin embargo, como lo explicó el Tribunal en el punto 2.2.4 de estas consideraciones, dicho valor indicado en la cláusula tercera no es el monto de la remuneración a

²⁸ Tribunal de Arbitraje de Vesna Zorka Mimica Mimica contra Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – Fiduagraria S.A. Laudo de 28 de noviembre de 2001. Con las mismas palabras se expresa el Tribunal de Arbitraje de Monómeros Colombo Venzolanos S.A. contra Lloyds Trust S.A. (antes Fiduciaria Anglo S.A. – Fiduango S.A). Laudo de 20 de febrero de 2003 y el Tribunal de Arbitraje de Fiduciaria Cafetera S.A. -Fiducafé S.A. contra Inmobiliaria e Inversiones Quijano Rueda Hermanos Ltda. Laudo de 9 de mayo de 2003.

la que realmente tiene derecho INGEREDES por la ejecución de la obra encomendada. En efecto, como se explicó, dado que el sistema de pago pactado corresponde a la modalidad de precios unitarios, dicho valor corresponde simplemente a la suma estimada de la obra y no al verdadero valor a pagar por CGR DOÑA JUANA, el cual dependía de las cantidades de obra ejecutadas multiplicada por los precios unitarios y adicionado el AIU y el IVA correspondientes.

De acuerdo con lo anterior, no es cierto que exista una obligación contractual a cargo de CGR DOÑA JUANA de pagar, como valor global del Contrato, la suma indicada en la cláusula tercera del Contrato, esto es, no es cierto que exista la obligación contractual alegada como incumplida por parte de INGEREDES, con lo cual, concluye el Tribunal, no se verifica ni siquiera el primer elemento de la responsabilidad contractual, motivo que resultaría suficiente para no analizar los demás elementos.

Sin embargo, observa el Tribunal que, de acuerdo con las cláusulas tercera y cuarta del Contrato y como se explicó en detalle en el punto 2 de estas consideraciones, existe a cargo de CGR DOÑA JUANA la obligación de remuneración de acuerdo con las cantidades de obra efectivamente ejecutadas por parte de INGEREDES, teniendo en cuenta los precios unitarios y el AIU pactado.

En ese orden de ideas, el análisis del segundo elemento de la responsabilidad contractual, esto es, del incumplimiento o no de las obligaciones contractuales por parte de CGR DOÑA JUANA se hará en relación con la obligación de remuneración indicada.

(ii) El incumplimiento culposo o doloso de la obligación contractual

En relación con el segundo elemento de la responsabilidad contractual, debe el Tribunal determinar si el valor efectivamente pagado por CGR DOÑA JUANA corresponde al resultante de la multiplicación de las cantidades de obra ejecutadas por la Convocante por los valores unitarios pactados, adicionando el AIU y el IVA, conforme a las reglas señaladas en la cláusula tercera del Contrato.

Al respecto, el Tribunal encuentra que están probados los siguientes hechos:

- Conforme al corte final de obra presentado por CGR DOÑA JUANA [folios 105 a 108 del archivo de pruebas aportadas con la demanda] y al correo electrónico de 25 de septiembre de 2018 suscrito por el ingeniero residente de INGEREDES [folios 122 a 125 del archivo de pruebas aportadas con la demanda], **(i)** de una parte, para cumplir con el objeto del contrato, INGEREDES hizo una cantidad real de movimiento de tierra correspondiente a 148.302 m³ y no a 225.371 m³, que era la cantidad inicialmente estimada, y **(ii)** de otra, el valor causado en función de las cantidades de obra y los precios unitarios causados más el AIU y el IVA, asciende a la suma de \$1.334.357.450, que es el valor que corresponde a las cantidades realmente ejecutadas y no a las simplemente proyectadas.
- En cumplimiento de lo pactado en la cláusula tercera del Contrato, dicha suma debía ser adicionada por un costo de financiación correspondiente a una tasa de 1.85% mensual, de tal manera que los mencionados \$1.334.357.450 se convierten en \$1.500.205.140, lo cual es reconocido por CGR DOÑA JUANA en la respuesta al hecho décimo sexto de la demanda y es corroborado con lo acordado en el documento denominado “ACUERDO DE PAGO N° <CGR-DJ-024-2018>”, -que obra dentro de la carpeta de pruebas

aportadas con la contestación de la demanda-, en donde CGR Doña Juana se comprometió a pagar a INGEREDES la suma indicada “*por concepto del saldo del corte de obra entre el 8 de junio de 2018 y el 6 de septiembre de 2018*”.

- De acuerdo con lo expresado en el hecho décimo sexto de la demanda y la respuesta a tal hecho, donde las partes manifiestan estar de acuerdo con tal circunstancia; el documento denominado “ACUERDO DE PAGO N° <CGR-DJ-024-2018>” -que obra dentro de la carpeta de pruebas aportadas con la contestación de la demanda-, y los 10 comprobantes de egreso por valor de \$125.017.095 y el comprobante de egreso por valor \$250.034.190, los cuales corresponden a las cuotas pactadas en el Acuerdo de Pago indicado -documentos que obran dentro de la carpeta de pruebas aportadas con la contestación de la demanda-, la remuneración pagada por CGR DOÑA JUANA a INGEREDES asciende a la suma de \$1.500.205.140.

Con base en los anteriores hechos probados, concluye el Tribunal, de una parte, que INGEREDES cumplió con el objeto del contrato, pero para ello debió mover una menor cantidad de tierra a la inicialmente estimada en los Términos de Referencia y en el Contrato y, de otra, que CGR DOÑA JUANA pagó el valor pactado por las cantidades de obra realmente ejecutadas por INGEREDES, lo cual significa que efectivamente cumplió con la obligación de remuneración al Demandante, de acuerdo con el sistema de precios unitarios pactado en la cláusula tercera del Contrato. Es decir, que no existe un incumplimiento de la obligación de pago de la remuneración, con lo cual no se verifica el segundo elemento de la responsabilidad contractual.

(iii) La existencia de un perjuicio o menoscabo en su derecho a la prestación, y

(iv) La relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento.

Conforme a la conclusión de los puntos (i) y (ii) anteriores, considera el Tribunal que no es necesario hacer el estudio de ninguno de los demás elementos de la responsabilidad contractual y que, por el contrario, con lo expuesto basta para concluir que la pretensión segunda principal no tiene vocación de prosperidad.

3.2.3. Análisis de las excepciones planteadas por CGR Doña Juana

Advierte el Tribunal que los razonamientos contenidos en las excepciones 2, 3 y 5 presentadas en la contestación de la demanda no se relacionan realmente con las razones por las cuales se negará la pretensión segunda principal, de tal manera que el Tribunal no encuentra en dichas excepciones fundamento ni motivaciones que sustenten la desestimación de la pretensión indicada.

En efecto, **(i)** de una parte, no se trata de que no haya incumplimiento de CGR DOÑA JUANA por haber un incumplimiento previo de parte de INGEREDES, por lo cual no se puede declarar probada la “*excepción de contrato no cumplido*”; **(ii)** de otra, tampoco se trata de que exista una conducta culposa de INGEREDES que le haya impedido recibir la remuneración, de tal manera que tampoco es posible declarar probada la excepción de “*culpa exclusiva de la convocante - nadie puede alegar su propia negligencia*”, y **(iii)** finalmente, no se discute la lealtad o rectitud de la conducta de la Convocada, sino la existencia de la obligación alegada por la Convocante, por lo cual no se declarará probada la excepción de “*buena fe por parte de CGR Doña Juana*”.

Por último, destaca el Tribunal que si bien durante el periodo probatorio se hizo referencia al tema, y CGR Doña Juana planteó en el alegato de conclusión que se trataba de un contrato a precios unitarios y no de un contrato a precio global, conclusión que comparte el Tribunal, dicho argumento no forma parte de ninguna de las excepciones planteadas y, por lo mismo, no permite que ellas prosperen.

3.2.4. Referencia especial a las pruebas recaudadas diferentes de las documentales

Por último, precisa el Tribunal que, como se desprende del análisis realizado para resolver este punto, lo que debía definirse era, en primer lugar, la interpretación exclusivamente en derecho de lo pactado para efectos de determinar la existencia o no de la obligación, para lo cual ha sido relevante solamente el análisis de los documentos precontractuales y lo pactado en el Contrato objeto de la controversia, junto con algunos documentos producidos durante la ejecución del Contrato, todo ello de acuerdo con la ley y la jurisprudencia.

De otra parte, en relación con el cumplimiento de la obligación de pago en los términos en que fue interpretada, advierte el Tribunal que se trataba de la comprobación de unos hechos que se extraen básicamente de soportes documentales, como los analizados atrás.

En ese orden de ideas, en la medida en que los testimonios recaudados son útiles para demostrar hechos y no interpretaciones jurídicas, además de que todos los testigos fueron personas no versadas en los temas jurídicos, dichos testimonios han sido irrelevantes para resolver el presente problema jurídico.

Por lo mismo, advierte el Tribunal que si bien es cierto que en audiencia de 27 de mayo de 2021 (Acta 13) INGEREDES tachó el testimonio de Juan Manuel Zúñiga Peláez, en la medida en que dicho testimonio no ha sido relevante para adoptar la decisión, no es necesario hacer un análisis de la citada tacha ni adoptar decisión al respecto, en los términos del artículo 211 del Código General del Proceso.

En relación con las declaraciones de parte, encuentra el Tribunal que ellas no ofrecen elementos adicionales que constituyan una confesión o que puedan alterar las conclusiones obtenidas del análisis de los documentos relevantes indicados en las consideraciones realizadas para adoptar la decisión.

Por último, advierte el Tribunal que el objeto del dictamen pericial presentado fue el de soportar las pretensiones relacionadas con la supuesta ruptura del equilibrio económico del Contrato objeto del presente trámite arbitral, por lo cual dicha prueba tampoco es relevante para resolver el presente problema jurídico y, por ello, no será objeto de estudio de fondo.

3.2.5. Conclusión

Con fundamento en todo lo anterior, el Tribunal: **(i)** declarará probada la pretensión primera principal de la demanda; **(ii)** negará la pretensión segunda principal de la demanda, y **(iii)** negará las excepciones denominadas “2. Excepción de contrato no cumplido”, “3. Culpa exclusiva de la convocante - nadie puede alegar su propia negligencia” y “5. Buena fe por parte de CGR Doña Juana”.

4. ANÁLISIS SOBRE EL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: Si se produjo la ruptura del equilibrio económico del Contrato como consecuencia de un evento de imprevisión (Análisis de las Pretensiones subsidiarias Primera y Segunda y Excepciones 1 y 4)

4.1. Las posiciones de las partes.

4.1.1. Posición de la Convocante:

Frente a este problema jurídico, en la demanda, INGEREDES expuso:

- Los elementos de la teoría de la imprevisión concurren en el presente caso, así: **(i)** hay un contrato de ejecución sucesiva; **(ii)** hubo circunstancias extraordinarias representadas en las condiciones climáticas que generaron condiciones de inseguridad e inutilizaron la maquinaria; fue necesaria la realización de una llave intermedia que no se había contemplado inicialmente en la obra, y se produjo una emergencia por los movimientos de basura en un lugar que no debían realizarse, y **(iii)** existe una excesiva onerosidad pues INGEREDES debió doblar esfuerzos de horarios, maquinaria y personal.

Posteriormente, en el pronunciamiento frente a las excepciones, la Convocante planteó:

- Frente a la excepción de inexistencia de hechos de fuerza mayor: afirma que existieron circunstancias extraordinarias e imprevisibles que afectaron el desarrollo del Contrato, así:
 - La pluviosidad: los niveles reales de pluviosidad que se presentaron resultaron imprevisibles en tanto que no se trató de lluvias propias de la época invernal de la zona, sino de una lluvia con la capacidad de frenar la continuidad de la obra. Además, la trayectoria empresarial de INGEREDES no le permite prever la existencia de un volumen de lluvias de la magnitud del que sufrió el proyecto;
 - La llave de anclaje adicional no estaba en el contrato inicial, sino que se planteó en el desarrollo del contrato y que, aunque INGEREDES la aceptó, esto no le resta el carácter de extraordinaria.
 - La indebida estimación de los metros cúbicos por remover: no se logró extraer la cantidad prevista en los Términos de Referencia y en el Contrato por el indebido cálculo de CGR DOÑA JUANA, situación que amerita la revisión del valor unitario, pues no es lo mismo proponer un valor unitario para 225.371 mt³ (volumen estimado), que para 148.302 (volumen efectivamente removido).
- Frente a la excepción de inexistencia de desequilibrio contractual: si bien es cierto que el negocio se discutió en igualdad de condiciones y que INGEREDES consideró todos los factores en la formulación de su propuesta, también lo es que desde la propuesta se anunció que en caso de resultar menor la cantidad de obra, se reservaba el derecho a modificar el valor unitario del metro cúbico. Así, la remuneración pagada no se ajusta a los precios de mercado y generó importantes pérdidas para INGEREDES.

Finalmente, en los alegatos de conclusión, INGEREDES expuso:

- La procedencia de la revisión del Contrato en el marco de la teoría de la imprevisión depende de **(i)** la presencia de un contrato de ejecución sucesiva;

(ii) la ocurrencia acontecimientos imprevistos que modifican gravemente las condiciones del negocio, y **(iii)** la excesiva onerosidad en cabeza de la parte a cargo del cumplimiento de la prestación.

- Respecto al primer elemento, considera que el Contrato cuenta con un carácter diferido.
- Frente al segundo elemento, señala que las causas que repercutieron de forma directa sobre el balance contractual y que implicaron la asunción de costos adicionales por parte del contratista se pueden resumir en: **(i)** condiciones climáticas que generaron condiciones de inseguridad al personal, al punto que debió suspenderse actividades durante 10 turnos completos, que inutilizaron la maquinaria contratada; **(ii)** la realización de una llave intermedia que no se había contemplado inicialmente en la obra, y **(iii)** la emergencia por los movimientos de basura en un lugar que no debía realizarse, lo que impuso presión al contratista para entregar la obra finalizada.
- Como complemento del análisis del segundo elemento, afirma que existe un evento sobreviniente que modifica de forma más grave el balance contractual consistente en que el volumen efectivamente extractado disminuyó en un 40% frente al proyectado, circunstancia que considera resultaba imprevisible para el contratista, lo cual ocurrió por un error de cálculo de CGR DOÑA JUANA. Dicha circunstancia generó una grave afectación al precio que se había pactado por el valor unitario del metro cúbico.
- Finalmente, en cuanto al tercer elemento, considera que no hace falta desgastarse en la demostración del elemento de la excesiva onerosidad, pues más allá de las pruebas documentales presentadas, basta con escuchar que la empresa únicamente ha recibido pérdidas.

4.1.2. Posición de la Convocada:

Frente este tema, en la contestación de la demanda, CGR DOÑA JUANA presentó las siguientes excepciones:

- *Inexistencia de eventos o hechos de fuerza mayor que imposibilitara a Ingeredes cumplir con sus obligaciones:* como sustento de esta excepción expresó: **(i)** INGEREDES es una empresa reconocida en el sector de construcción, por lo que no es admisible que alegue lluvias como un hecho de fuerza mayor; **(ii)** INGEREDES conocía la estación del año en la que se encontraba la obra, por lo que esto debía estar incluido en la propuesta, y **(iii)**, si bien es cierto que llovió, no hay prueba de lluvias de tal magnitud como huracanes, tormentas, terremotos, etc.
- *Inexistencia de desequilibrio contractual:* sostiene que **(i)** en un plano de igualdad, las partes discutieron y negociaron los términos del contrato celebrado; **(ii)** el valor de la obra se ajusta a los precios del mercado, y **(iii)** el plazo inicialmente convenido es acorde a las cantidades de tierra que debía mover INGEREDES.

Posteriormente, en los alegatos de conclusión CGR DOÑA JUANA expresó:

- No existen en la demanda soportes contables que permitan entrever que el contrato se encontraba inmerso en un desbalance y que le generó un perjuicio económico. No existe un peritaje contable y financiero que soporte las alegaciones y pretensiones de la convocante.

- Inexistencia de hechos de fuerza mayor o irresistibles – lluvias, rocas, estado de las vías: INGEREDES, de una parte, se obligó a ejecutar su objeto en un plazo determinado e independiente de las condiciones climáticas y, de otra, declaró que conocía y que había estudiado las especificaciones, planos, diseños, sitio y lugar del servicio, por lo cual no puede alegar dificultades físicas de ejecución de la obra como un hecho imprevisto. Además, no aparecen probados en el proceso los eventos de fuerza mayor alegados, ni su carácter de irresistible, así como tampoco los perjuicios solicitados. Los testimonios contradicen lo expuesto en la demanda y revelan que los retrasos y mayores costos se debieron al incumplimiento del contratista en disponibilidad de maquinaria, equipos y la programación de turnos.
- Inexistencia de retardos o gastos adicionales por la construcción de una llave de anclaje intermedia: la llave de anclaje adicional construida tuvo lugar en la propuesta que CGR DOÑA JUANA realizó y que fue aceptada por INGEREDES.
- Inexistencia de compensación con propuestas de trabajos en áreas aledañas al polígono del contrato de obra: la propuesta de adecuar una zona aledaña al polígono fijado en el Contrato no constituía una compensación por la cantidad de tierra que el Contratista dejó de remover. Se trató simplemente de una invitación a diversos contratistas a presentar una propuesta, pero INGEREDES decidió no presentar cotización.
- Inexistencia de emergencias en el relleno por movimientos de basura: no existe prueba alguna de este evento y, en caso de que hubiese ocurrido, se hubiese dado una emergencia sanitaria en Bogotá. Así, no es procedente que el demandante alegue que encontró residuos de basura o lixiviados durante la ejecución del Contrato y que ello sea un hecho imprevisible, pues en la formación del contrato quedó claro que la obra sería en una zona de disposición de residuos que operó entre 1988 a 1995.
- No se acreditó la existencia de nexo causal entre los hechos que plantea como causa del daño y el supuesto resultado lesivo.

4.2. Consideraciones del Tribunal.

Antes de proceder al análisis de fondo del problema jurídico planteado, advierte el Tribunal que, si bien la primera pretensión subsidiaria forma parte de este, sobre ella no hay lugar a realizar aquí un análisis por parte del Tribunal, en la medida en que es idéntica a la primera pretensión principal, la cual, como se explicó, el Tribunal encontró probada, no siendo necesario, en consecuencia, un nuevo análisis separado sobre la primera pretensión subsidiaria. De esta manera, en la parte resolutive, el Tribunal decidirá que no hay lugar a pronunciamiento sobre la Primera Pretensión subsidiaria de la demanda.

Precisado lo anterior, considera el Tribunal que dado que las pretensiones que debe resolver en el marco del presente problema jurídico se encaminan a que se declare la existencia de un “*desequilibrio injustificado*” y que, como consecuencia de ello, se proceda a hacer la “*revisión del contrato*” a fin de que se logre el “*restablecimiento del equilibrio contractual*”, para efectos de resolver de fondo, debe primero hacerse un estudio de la aplicación del principio del equilibrio económico en el derecho privado y, en especial, de la teoría de la imprevisión, para con base en ello proceder al análisis específico tanto de las pretensiones incoadas como de las excepciones presentadas.

4.2.1. La aplicación del principio del equilibrio económico en el derecho privado

El punto de partida de los contratos sometidos a las reglas del derecho privado se basa en los principios de la *lex contractus* y del *pacta sunt servanda*, en virtud de los cuales los contratos son una ley para las partes, quienes, en consecuencia, se encuentran obligadas a ejecutar las obligaciones contractuales en los estrictos términos y condiciones pactados, sin que en principio pueda alegarse circunstancia fáctica alguna tendiente a variar el contenido obligacional pactado.

Dichos principios se encuentran recogidos positivamente por el artículo 1602 del Código Civil, conforme al cual, *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. Así, los contratos celebrados conforme a las reglas del ordenamiento jurídico tienen para las partes que lo celebran la misma fuerza obligatoria que tiene la ley y, por lo tanto, deben ser ejecutados conforme a lo pactado, a menos que las propias partes expresen su consentimiento en el sentido de modificar su contenido o de dejarlos sin efectos.

La consecuencia de la aplicación de dichos principios de la *lex contractus* y del *pacta sunt servanda* en las relaciones contractuales regidas por el derecho privado suponen, en principio, el rechazo general de la utilización de la figura del equilibrio económico del contrato en el sentido de que dicha figura permite el ajuste del contenido de las prestaciones como consecuencia de hechos imprevistos y posteriores a la ejecución del contrato.

Sin embargo, ese rechazo de la aplicación de la figura del equilibrio económico no resulta absoluto, pues lo cierto es que, desde tiempo atrás, con base en la necesidad de mantener la conmutatividad en las relaciones contractuales, tanto la jurisprudencia como la doctrina han venido reconociendo la existencia de diversas figuras que limitan la aplicación absoluta de los principios de la *lex contractus* y del *pacta sunt servanda*, figuras entre las cuales se destacan, especialmente, la lesión enorme y la teoría de la imprevisión, sin perjuicio de que se reconozcan otras aplicaciones específicas.

En ese sentido, la doctrina ha expresado:

“Muy variadas son las causas que podrían explicar un resultado contractual financieramente desequilibrado, y no todas pueden evaluarse con los mismos criterios. Algunas veces la ruptura se presenta concomitante al acuerdo de voluntades; otras, ocurren con posterioridad a él; en ocasiones el desequilibrio es imputable al comportamiento mismo de las partes; en otras, a condiciones económicas ajenas al control de los contratantes. Es necesario, en consecuencia, identificar con precisión el factor desencadenante de la ruptura para establecer con acierto sus consecuencias.

En general cabe diferenciar dos grandes orígenes de la ruptura del equilibrio financiero contractual: el primero, endógeno, está en los contenidos contractuales, en el alcance mismo las declaraciones de voluntad; el segundo, exógeno, radica en circunstancias diversas del acuerdo en sentido estricto, que se refieren ora a la ejecución o cumplimiento del contrato, ora a variables económicas ajenas al control de las partes.

Dicho con otras palabras; en algunas oportunidades el equilibrio contractual se destruye desde el momento mismo de la celebración del contrato, por razón de su propio contenido (causa endógena). En esta causa de ruptura son los términos y condiciones pactados los que, sea de manera ostensible u oculta, pero desde el perfeccionamiento del acuerdo, descartan el equilibrio financiero. En estos casos el desequilibrio se produce a priori, con independencia de cualquier consideración adicional relativa a la ejecución misma del acuerdo. En sentido estricto más que una ruptura del equilibrio se está en presencia de un equilibrio que nunca se produjo. Específicamente hablando, considero impositivos del surgimiento del equilibrio financiero: la lesión enorme (desequilibrio ostensible) y los vicios reprobatorios en contratos de ejecución instantánea (desequilibrio oculto).

Por el contrario, hay casos en los que si bien el contrato se conviene formalmente hablando en función de equivalencia prestacional, el equilibrio se rompe a posteriori, por razones de variada índole (causa exógena al acuerdo de voluntades). En esta tipología a su turno pueden identificarse dos grandes vertientes: la primera tiene que ver con desajustes relacionados con la ejecución o cumplimiento del contrato que llevan a que las partes no alcancen, en términos de equivalencia prestacional, la satisfacción de las necesidades económicas, jurídicas o sociales que motivaron su celebración. Aquí me refiero: 1) al incumplimiento general de los contratos; 2) a la evicción del objeto que puede sufrir el adquirente, y 3) muy excepcionalmente a vicios que con posterioridad a la celebración de los contratos de ejecución sucesiva pueden llegar a tener las cosas objeto de ellos. La segunda se refiere a cambios en las circunstancias en las que las partes prestaron su consentimiento que ocasionan excesiva onerosidad sobreviniente. Esta causa de ruptura del equilibrio es en la que se origina la que conocemos como teoría de imprevisión contractual”²⁹.

Por su parte, sobre los factores que desencadenan la aplicación del principio del equilibrio económico en los contratos sometidos al derecho privado, en una decisión arbitral se expresó lo siguiente:

“En el campo de derecho privado se hace referencia al equilibrio económico como equivalencia entre los objetos debidos y, para ello, se cuenta con figuras como la vileza del precio, la lesión enorme, la imprevisión, cuando llega a ocurrir la ruptura negocial, con sus propios correctivos, pero no tiene cabida el rompimiento del equilibrio económico como instrumento de revisar o ajustar precios, porque esta figura está reservada al derecho administrativo, en virtud del principio de equilibrio financiero del contrato estatal como obligación de la administración. En cierta medida, con la imprevisión se atienden las circunstancias excepcionales que inciden en la equivalencia y equilibrio de los valores prestacionales y de las estipulaciones contractuales, si se satisfacen los presupuestos del artículo 868 del Código de Comercio”³⁰.

De acuerdo con lo anterior, es claro que no existe unanimidad sobre cuáles son los factores que desencadenan la aplicación del principio del equilibrio económico en los contratos sometidos a las normas de derecho privado. Sin

²⁹ SERGIO MUÑOZ LAVERDE, “Equilibrio financiero en los contratos privados. Concepto, formas de ruptura y mecanismos de reparación”, en *Modernización de las obligaciones y los contratos*, Bogotá, Temis y Universidad de los Andes, 2015, pp. 8 y 9.

³⁰ Tribunal de Arbitraje de Total Inversión Inmobiliaria Ltda. contra The Chase Manhattan Bank. Laudo de 21 de noviembre de 2001.

embargo, es claro que, al menos, la lesión enorme y la teoría de la imprevisión son dos de las expresiones concretas del citado principio.

De dichas expresiones, en el caso concreto interesa únicamente la teoría de la imprevisión, pues fue la invocada por la Convocante y alrededor de la cual giró toda la discusión en desarrollo de este proceso, por lo cual pasa el Tribunal a hacer una presentación general de esta causa de ruptura del equilibrio económico del contrato.

4.2.2. La ruptura del equilibrio económico del contrato en aplicación de la teoría de la imprevisión en el derecho privado

a. En el derecho colombiano, antes de la expedición del Código de Comercio, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia reconoció la aplicación de la teoría de la imprevisión sin la necesidad de un texto expreso que previera su utilización en los contratos regidos por el derecho privado³¹. Sin embargo, esa falta de consagración positiva fue suplida por el artículo 868 del Código de Comercio, conforme al cual:

“Artículo 868. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la anterior norma constituye el “*fundamento positivo que explícitamente alude al principio general del derecho conocido como teoría de la imprevisión*”³² y contiene el marco normativo para la aplicación de esa figura.

b. En cuanto a los requisitos específicos para la aplicación de la teoría de la imprevisión, la doctrina ha dicho que, con base en la norma transcrita, es necesario que se acredite: **(i)** que se trate de un contrato no aleatorio de ejecución sucesiva, periódica o diferida; **(ii)** que se produzca una excesiva onerosidad en la prestación de futuro cumplimiento de una de las partes, y **(iii)** que esa excesiva onerosidad sea consecuencia de circunstancias extraordinarias, imprevistas y posteriores al contrato³³.

A su vez, en una decisión arbitral se expresó:

“La “teoría de la imprevisión” consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, aplicada también en los negocios civiles y estatales,

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 29 de octubre de 1936, XLIV, n.1918-1919, p. 455; 9 de diciembre de 1936, XLIV, n.1918-1919, p. 789, y 23 de mayo de 1938, XLVI, n.1936, p. 523.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC 10113-2014 de 31 de julio de 2014, expediente 68001-31-03-005-2003-00366-01.

³³ JAVIER BONIVENTO JIMÉNEZ, “Algunas reflexiones en torno a la teoría de la imprevisión en el derecho contractual privado colombiano”, en *Estudios de derecho privado. Liber amicorum en homenaje a César Gómez Estrada*, t., Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, pp. 108 y ss.

*supone un contrato existente, válido, de prestaciones correlativas y ejecución sucesiva, la ruptura del equilibrio por la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles y sobrevenidas a su celebración y la excesiva onerosidad de la prestación de futuro cumplimiento para una de las partes*³⁴.

Así mismo, en otra decisión arbitral se dijo:

*“En todo caso, el reconocimiento judicial de la teoría de la imprevisión se encuentra sujeto a la demostración de los requisitos legales previstos en el artículo 868 del Código de Comercio, a saber: que se trate de contrato conmutativo de ejecución sucesiva; que se produzca una excesiva onerosidad en la prestación de futuro cumplimiento de una de las partes; y que la excesiva onerosidad sea consecuencia de circunstancias extraordinarias, imprevisibles y posteriores al contrato*³⁵.

Igualmente, precisó un tribunal de arbitraje:

*“El artículo 868 del Código de Comercio evidencia los requisitos que la parte que aduce la imprevisión en un contrato debe demostrar en aras de alcanzar un pronunciamiento judicial favorable: a) que se trate de contrato conmutativo de ejecución sucesiva o periódica; b) Que produzca una excesiva onerosidad en la prestación futura a cumplirse por alguna de las partes; c) Que ocurran circunstancias extraordinarias e imprevisibles posteriores a la celebración del contrato*³⁶.

Del contenido expreso del artículo 868 transcrito atrás, así como de las posiciones expuestas, resulta claro que para la procedencia de la utilización de la teoría de la imprevisión es necesario que se acrediten los siguientes requisitos: **(i)** que se trata de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida; **(ii)** que se trate de un contrato oneroso y conmutativo; **(iii)** que ocurra una circunstancia posterior a la celebración del contrato; **(iv)** que dicha circunstancia sea extraordinaria, imprevista o imprevisible, y **(v)** que dicha circunstancia altere o agrave de manera notoria una prestación de futuro cumplimiento haciéndola excesivamente onerosa.

c. En relación con los anteriores requisitos, en el caso concreto el Tribunal considera necesario hacer hincapié en el expresado por el artículo 868 en el sentido de que los hechos perturbadores deben afectar o agravar la ejecución de *“la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes”*. Lo anterior implica que una de las características que singulariza la aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos de derecho privado consiste en que ella sólo puede aplicarse respecto de prestaciones contractuales que aún no hayan sido ejecutadas y que, por el contrario, se encuentren pendientes de ser cumplidas. De esta manera, la revisión del contrato no puede darse sobre prestaciones contractuales que ya hubieran sido ejecutadas por el contratista al momento de la presentación de la demanda.

Esta característica ha sido reconocida de vieja data por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al señalar que la teoría de la imprevisión *“no puede aplicarse sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos, porque*

³⁴ Tribunal de Arbitraje de Casa Editorial El Tiempo contra Comisión Nacional de Televisión. Laudo de 19 de agosto de 2003.

³⁵ Tribunal de Arbitraje de Total Inversión Inmobiliaria Ltda. contra The Chase Manhattan Bank. Laudo de 21 de noviembre de 2001.

³⁶ Tribunal de Arbitraje de Consorcio Cosacol-Hanover contra Empresa Colombia de Petróleos -Ecopetrol y Empresa Colombiana de Gas -Ecogas. Laudo de 28 de agosto de 2002.

entonces el acto jurídico ya no existe, de suerte que por más que pudiera ampliársela no se podría llegar a la revisión del contrato por ministerio de la justicia, puesto que la idea sólo se inspira en la idea del equilibrio contractual³⁷. En el mismo sentido, en una sentencia más reciente y ya en vigencia del artículo 868 del Código de Comercio, expresó la jurisprudencia civil:

*“A contrariedad, la revisión del contrato ex artículo 868 del Código de Comercio, es el medio dispensado por el legislador al desequilibrio económico adquirido o lesión sobrevenida (laesio superveniens) por circunstancias posteriores, distantia temporis después de su celebración, durante su ejecución y antes de su terminación (qui habent tractum successivum). **Bien se advierte del factum normativo, que la revisión versa sobre “la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes”, esto es, no cumplida ni extinguida. La vigencia del contrato y la pendencia de la prestación, conforman condiciones ineludibles.** Menester el vigor del contrato, y que la obligación no sea exigible, haya cumplido, ejecutado o agotado. Distinto es que, para establecer la onerosidad de la prestación de futuro cumplimiento, deba valorarse completo, pleno e íntegro el contrato y en su conjunto prestacional, tanto cuanto más que, lo excesivo o el desequilibrio prestacional no deriva de una prestación aislada, sino del complejo tejido contractual, según la prudente, juiciosa o razonable ponderación por el juzgador del marco fáctico de circunstancias concreto y los elementos de convicción, atendiendo la equidad y justicia. La revisión por imprevisión, es inadmisiblesi la prestación, no obstante la excesiva onerosidad se cumplió, lo cual salvo protesta, reserva o acto contrario, denota aceptación, tolerancia o modificación por conducta concluyente de la parte afectada. Aún, satisfecha con reserva o protesta, al extinguirse definitivamente, clara es su improcedencia, por versar sobre la prestación cuyo cumplimiento posterior sobreviene oneroso en exceso, y predicarse de la relación vigente ad futurum. Empero, por cuanto la imprevisión supone tanto el vigor del contrato como de la prestación de cumplimiento futuro, y no faculta a la parte afectada para incumplir la obligación, ni encarna elemento extraño o causa de imposibilidad obligatoria, en oportunidades, la revisión para corregir el desequilibrio, o en su caso, terminar el contrato, se frustra ante el cumplimiento o la terminación del contrato, en tanto obligada la parte a cumplir, el cumplimiento extingue la prestación, y extinguida por sustracción de materia, resulta entonces impertinente la revisión bajo la regla consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, juzga la Sala que reclamada la revisión antes y hecho reserva expresa la parte afectada al instante de cumplir la prestación excesiva o desequilibrada, no debe soportarla y tiene derecho a obtener el reajuste, desde luego, no a través de la imprevisión, sino de las otras vías consagradas por el ordenamiento jurídico, pues lo contrario equivaldría a patrocinar una situación manifiestamente injusta, inequitativa y lesiva de la justicia contractual.*

*Por consiguiente, **ejecutado, terminado o concluido el contrato y extinguida por su cumplimiento la prestación, nada hay por revisar para reajustar, restablecer o terminar. Por esta inteligencia, a más de la imposibilidad lógica y práctica de revisar para corregir o terminar lo que no ya existe, los efectos cumplidos, producidos o consumados en situación de “excesiva onerosidad”, no admiten reclamación ni reparación por esta vía***

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, sentencia de 22 de julio de 1959.

(cas. civ. sentencias de 29 de octubre de 1936, XLIV, p. 437 ss; 23 de mayo de 1938, XLVI, p. 544; 23 de junio de 2000, exp. 5475), tanto cuanto más que ello equivale a volver sobre lo extinguido con quebranto de la certeza y seguridad del tráfico jurídico”³⁸ [Subrayas y negrillas fuera del texto].

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia negó un cargo de casación que acusaba de error de derecho a una sentencia que consideró que no era posible dar aplicación a la teoría de la imprevisión respecto de prestaciones ya ejecutadas y de contratos concluidos. Para fundamentar esa decisión, expresó la Corte:

“4. Imperioso resultaba hacer las acotaciones y la remembranza de los precedentes trasuntados, porque se dolió con persistencia el recurrente, por el hecho de desechar el Tribunal la aplicación de la figura en estudio, que a la postre reclamó como una presunta interpretación errónea, al amparo de que, como lo destacó el ad quem, ‘al analizar los requisitos para la prosperidad de la revisión contractual por la ocurrencia de los hechos extraordinarios e imprevistos, advirtió que uno de ellos consistía en que los contratos que pidió la demanda revisar debían encontrarse ‘en curso de ejecución’, y no ya cumplidos, olvidando como se evidenció, que ha sido posición reiterada, invariable y constante de la Sala, que ejecutado, terminado o concluido el contrato y extinguida por su observancia la prestación, nada hay por revisar, reajustar, restablecer o terminar.

Obsérvese que el segundo y tercer incisos de la norma mercantil en cuestión, señalan que el Juzgador examinará las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; o dispondrá la terminación del negocio jurídico, además de advertir que tal regla no aplica a los pactos de ejecución instantánea.

*Así, sin requerirse mayores elucubraciones, lo cierto es que conforme a las reglas de elucidación contenidas en los artículos 27 y siguientes del Código Civil colombiano, **la institución en estudio opera para contratos que se hallen en curso, puesto que solo así podrá el Juez ordenar su revisión o terminación.** Esa y no otra, es la razón, también, para que dicha figura no pueda aplicarse en tratándose de acuerdos de ejecución instantánea, por no poder, naturalmente, prolongarse en el tiempo, debido a que su nacimiento y finalización suelen confundirse en un mismo momento.*

Es, además, simplemente, un asunto que impone los dictados de la lógica, puesto que resulta imposible, explorar para corregir o terminar lo que ya no existe, debido a que ‘los efectos cumplidos, producidos o consumados en situación de excesiva onerosidad, no admiten reclamación ni reparación por esta vía’. (Cas. Civ. sentencias de 29 de octubre de 1936, XLIV, p. 437 ss; 23 de mayo de 1938, XLVI, p. 544; 23 de junio de 2000, exp. 5475). Interpretación diversa, dicho sea de paso, socavaría la certeza y seguridad del tráfico jurídico, dado que dejaría en una situación de indefinición los contratos que se reputen finalizados”³⁹ [Subrayas y negrillas fuera del texto].

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 21 de febrero de 2012, expediente 11001-3103-040-2006-00537-01.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC 10113-2014 de 31 de julio de 2014, expediente 68001-31-03-005-2003-00366-01.

De acuerdo con lo anterior, para la Corte Suprema de Justicia -posición que comparte este Tribunal- es claro que el texto expreso del artículo 868 del Código de Comercio limita la aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos que se encuentran en ejecución y se extiende únicamente a las prestaciones que están pendientes de ser cumplidas, de tal manera que no puede aplicarse respecto de obligaciones ya ejecutadas por la parte que hace la reclamación. Lo anterior se justifica en que, si los poderes del juez en el marco de la teoría de la imprevisión se concretan en revisar el contrato u ordenar su terminación, dichos poderes solo tiene sentido usarlos cuando el correspondiente contrato se encuentra en ejecución.

Dicha conclusión es igualmente compartida por diversas decisiones arbitrales reiteradas. En ese sentido, puede hacerse mención a un laudo arbitral que expresamente consideró que, por razones de seguridad jurídica, para que se aplique la teoría de la imprevisión la prestación debe estar pendiente de ser ejecutada. Expresó lo siguiente en su momento el tribunal arbitral:

*“En este orden de ideas se precisa que la parte de la relación obligatoria susceptible de revisión es aquella que se encuentre pendiente de ejecución, de manera que para que proceda la aplicación de la teoría de la imprevisión, es menester que la obligación —cuyo cumplimiento, a raíz del acaecimiento de circunstancias extraordinarias e inesperadas, se hubiere convertido en excesivamente oneroso— no sea exigible aún, ni haya sido cumplida por el deudor. En otras palabras, **la prestación en cuestión debe estar pendiente de ejecución, por encontrarse aún dentro de los términos de su cumplimiento.***

*Con esto se busca mantener la seguridad jurídica, toda vez que en el supuesto en que se pudiera alegar la imprevisión después de haber sido cumplida la obligación, se produciría inevitablemente un clima de inseguridad al conservarse el vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor con posterioridad a la extinción de la obligación. **La teoría de la imprevisión pretende evitar exorbitantes cargas para las partes en obligaciones no cumplidas y no la revisión de obligaciones ya ejecutadas buscando su reparación**⁴⁰ [Subrayas y negrillas fuera del texto].*

Igualmente, en otra decisión arbitral, con base en el contenido expreso del artículo 868 del Código de Comercio se dijo:

“f) Las prestaciones que se reajustan deben estar pendientes de cumplimiento.

*Como se expresa claramente en la norma del Código de Comercio citada arriba, **el reajuste o la terminación del contrato solamente opera en relación con las “prestaciones de futuro cumplimiento”** es decir que **respecto de las obligaciones ya cumplidas no es posible predicar el reajuste por entender que el contratista asumió la excesiva onerosidad.***

En este punto hay diferencia radical entre el régimen de los contratos públicos y el de los contratos privados, pues los primeros admiten el restablecimiento del equilibrio contractual aún después de cumplidos, y

⁴⁰ Tribunal de Arbitraje de Empresa de Energía Eléctrica de Boyacá S.A. ESP contra Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. ESP. Laudo de 21 de octubre de 2004.

*los segundos solo en relación con las obligaciones pendientes de cumplir*⁴¹ [Subrayas y negrillas fuera del texto].

En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina. Así, por ejemplo, Fernando Hinestrosa considera que no es posible aplicar la teoría de la imprevisión a un contrato o a una prestación ya ejecutada, pues en ese caso, además de que quedó acreditado que la parte del contrato logró sortear las dificultades, la obligación se extinguió por pago, de tal manera que no hay materia sobre la cual opere una revisión. Expresó el citado doctrinante:

“Se alega el cambio del piso económico del contrato para justificar retardo o incumplimiento, al mismo tiempo que para facilitar la satisfacción justa del acreedor, de donde se concluye que quien ya pagó, logró sortear las dificultades que se le oponían y, por lo mismo, no cuenta con razones valederas para volver sobre hechos cumplidos.

*La alteración de la base negocial influye sobre el contrato: es una vicisitud de él que habilita al deudor para, respetándolo, obtener su adecuación; se dirige en primer término a revisar las cláusula y, en últimas, a poner fin a efectos suyos, de modo que si la demanda de reajuste o terminación se introduce luego de ejecutada la prestación devenida más onerosa, ya no existe sujeta materia para la actividad judicial, pues no hay contrato que cambiar, u obligación que reajustar, pues todo concluyó por cumplimiento-pago. Y si el cumplimiento fue parcial, la revisión solo podría aceptarse por el remanente aún insoluto*⁴².

En igual sentido, otra doctrina considera que, una vez ejecutada una prestación, no es posible invocar la aplicación de la teoría de la imprevisión porque, de una parte, existe una tácita aceptación de la mayor onerosidad y, de otra, la obligación no puede ser revisada ya que se extinguió por pago. Ha dicho la doctrina:

*“Según lo expuesto, cuando acontecimientos extraordinarios e imprevistos tornan excesivamente onerosa la prestación futura a cargo de una de las partes de un contrato de duración, la ley le permite a ese deudor pedir su revisión judicial. Si en vez de seguir esa conducta, para evitar tener que cumplir una obligación tan gravosa, resulta que el obligado efectúa y asume el pago de la prestación afectada por una excesiva onerosidad, tal comportamiento podría desencadenarle consecuencias desfavorables en uno de dos sentidos: (i) cerrándole la posibilidad de accionar por la tácita ratificación del contrato que esa conducta deja traslucir, o si se quiere, en razón de la situación de conformidad o tolerancia de la onerosidad sobreviniente que denota la actitud del deudor de cumplir la prestación con posterioridad a los hechos alteradores del equilibrio contractual; o (ii) la imposibilidad de en lo que se refiere a esas prestaciones cumplidas, de exigir y obtener su restitución o modificación, pues, de una parte, ya se encuentran extinguidas por pago -no cabría revisar prestaciones inexistentes-, y de la otra, al momento de la demanda de revisión, ya no se trataría de prestaciones de futuro cumplimiento”*⁴³.

⁴¹ Tribunal de Arbitraje de Dragados Hidráulicos Ltda. contra Concesionaria Tibitoc S.A. ESP. Laudo, 15 de julio de 2002.

⁴² FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I., De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico, vol. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 523.

⁴³ JAVIER BONIVENTO JIMÉNEZ, “Algunas reflexiones en torno a la teoría de la imprevisión en el derecho contractual privado colombiano”, cit., pp. 134-135.

Finalmente, otra doctrina se expresa en el mismo sentido al señalar:

“g) La excesiva onerosidad sólo cabe para prestaciones pendientes de cumplimiento.

Esta exigencia, que fue señalada por la jurisprudencia colombiana en los casos de los años 30 y que el artículo 868 impone al hablar de ‘prestaciones de futuro cumplimiento’ no está expresamente contemplada en el artículo 6.2.2 de los Principios de Unidroit, pero sí en la explicación oficial. ‘En razón de su naturaleza, la excesiva onerosidad sólo será relevante respecto de prestaciones que todavía no han sido cumplidas. Una vez que una parte ha cumplido, ya no tiene derecho a alegar un incremento fundamental en el costo de su prestación, o una disminución sustancial del valor de su prestación ocasionadas por un cambio de circunstancias posteriores cumplimiento’.

¿Por qué se exige que el contrato esté todavía en ejecución? ¿Por qué pierde el derecho a la revisión del contratista que a pesar de encontrar excesivamente oneroso seguir cumpliendo el contrato, persevera en él y lo termina? La razón bajo los Principios de Unidroit tiene que ver con la finalidad de la teoría de la imprevisión y está muy bien explicada al contrastar esta figura con la fuerza mayor.

‘...hay situaciones de hecho que pueden considerarse al mismo tiempo como casos de excesiva generosidad y de fuerza mayor. En este caso, le corresponde a la parte perjudicada por los sucesos extraordinarios decidir cuál de los recursos invocar. Si alega la fuerza mayor podría ser excusa de cumplir. Sin embargo, si invoca la excesiva onerosidad, en principio lo hará con el propósito de renegociar los elementos del contrato y mantenerlo en vigor, aunque adaptando las cláusulas del contrato a las circunstancias’.

En esto los Principios de Unidroit difieren de la ley colombiana. Ésta considera que la diferencia entre fuerza mayor y excesiva onerosidad es el grado de dificultad: imposibilidad de cumplir en el primer caso y dificultad extrema en el segundo. Por lo tanto, las dos figuras no pueden coexistir. En cambio, los Principios de Unidroit consideran que los dos casos son iguales -impedimento fuera del control del deudor que no era razonable haber previsto o haber superado- pero los remedios son distintos según se busca la terminación o la revisión del contrato. Esta distinción explica por qué para que se pueda alegar la excesiva onerosidad es necesario que la prestación esté pendiente de ejecución”⁴⁴.

d. Con fundamento en todo lo anterior, concluye el Tribunal que cuando el artículo 868 del Código de Comercio señala que los hechos perturbadores deben afectar o agravar la ejecución de “la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes”, ello implica que la teoría de la imprevisión sólo puede ser invocada y aplicada respecto de prestaciones contractuales que aún no hayan sido ejecutadas por la parte que alega la mayor onerosidad. De esa manera, si la parte que solicita la revisión del contrato, al momento de presentación de la demanda, ha ejecutado la prestación correspondiente, no es posible que el juez proceda a dicha revisión, pues lo cierto es que en tanto la obligación se extinguió por pago, ya no existe una prestación sobre la cual proceder a hacer la revisión.

⁴⁴ JUAN CARO NIETO, “La imprevisión: una teoría que se plantea pero no se aplica”, en *Estudios de derecho privado. Liber amicorum en homenaje a César Gómez Estrada*, t., Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, pp. 267-268.

4.2.3. Análisis de los elementos de la teoría de la imprevisión en el caso concreto

a. Con base en el anterior marco, para el análisis del caso concreto, el Tribunal precisa que no cabe duda que el Contrato objeto del presente trámite arbitral es un contrato conmutativo y de ejecución sucesivo -como lo son, por definición, los contratos de obra civil-, por lo cual procedería el análisis de la configuración de los elementos propios de la teoría de la imprevisión.

b. Sin embargo, observa el Tribunal que en la demanda no se está solicitando que se revisen obligaciones de futuro cumplimiento sino, por el contrario, que se revise el valor de la remuneración de obligaciones ya ejecutadas, lo cual desborda la técnica de la imprevisión en el derecho privado e impide, con ello, que pueda producirse la prosperidad de las pretensiones subsidiarias. La anterior conclusión resulta de los siguientes elementos probatorios:

- De conformidad con el acta de inicio suscrita entre INGEREDES y CGR DOÑA JUANA [folio 43 del archivo de pruebas aportadas con la demanda], la ejecución del Contrato comenzó el 7 de junio de 2018. Este hecho fue, además, afirmado en la demanda (hecho séptimo) y aceptado como cierto en la contestación de la demanda.
- De acuerdo con **(i)** el corte final de obra presentado por CGR DOÑA JUANA [folios 105 a 108 del archivo de pruebas aportadas con la demanda]; **(ii)** el correo electrónico de 25 de septiembre de 2018 suscrito por el ingeniero residente de Ingeredes [folios 122 a 125 del archivo de pruebas aportadas con la demanda], y **(iii)** el documento denominado “ACUERDO DE PAGO N° <CGR-DJ-024-2018>”, la ejecución del Contrato se extendió hasta el 6 de septiembre de 2018.
- INGEREDES presentó por primera vez una reclamación por mayores costos derivados de los hechos ocurridos durante la ejecución del Contrato el 14 de septiembre de 2018, fecha en la que el gerente de INGEREDES envió correo a CGR DOÑA JUANA, donde luego de conocido el corte de obra enviado el 7 de septiembre de 2021, hace una serie de descargos y entre otros dice *“Finalmente quisiéramos solicitar se nos sea atendida esta justa petición y así poder recuperar dineros invertidos que igual estamos adeudando a corporaciones financieras y a los distintos proveedores de la obra”* [folio 88 del archivo de pruebas aportadas con la demanda]. Es decir, que la primera reclamación fue presentada cuando la ejecución del Contrato ya había finalizado.
- La demanda arbitral fue presentada el 6 de noviembre de 2020.

Como se deduce de lo anterior, está acreditado que tanto la reclamación presentada directamente por INGEREDES a CGR DOÑA JUANA (14 de septiembre de 2018) como la demanda misma (6 de noviembre de 2020) fueron presentadas con posterioridad al 6 de septiembre de 2018, fecha en la cual terminó la ejecución del Contrato.

c. De esta manera, es claro para el Tribunal que las pretensiones subsidiarias de la demanda, en las cuales se invoca la teoría de la imprevisión como fundamento de la solicitud de revisión judicial del Contrato, versan sobre prestaciones que ya habían sido ejecutadas para el momento en que presentó la reclamación de la convocante.

Así las cosas, las pretensiones no versan sobre una “*prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes*” del Contrato, sino que versan sobre prestaciones ya ejecutadas, lo cual, conforme se explicó en detalle antes, impide de entrada la prosperidad de las pretensiones relativas a la ruptura del equilibrio económico del Contrato y a la solicitud de revisión judicial del precio.

En ese sentido, recuerda el Tribunal que la teoría de la imprevisión sólo puede ser invocada y aplicada respecto de prestaciones contractuales que aún no hayan sido ejecutadas por la parte que alega la mayor onerosidad, requisito que se desconoce en la demanda presentada por INGEREDES al pretender que se revise judicialmente el valor pagado por prestaciones que ya fueron ejecutadas, situación esta que conduce a que las pretensiones subsidiarias sean negadas.

d. Ahora bien, para el Tribunal es igualmente importante precisar que la conclusión expuesta sólo tiene sentido en el marco del artículo 868 del Código de Comercio, pues esta norma establece como condición especial para aplicación de la teoría de la imprevisión la de que las pretensiones versen sobre prestaciones de futuro cumplimiento, exigencia que no es aplicable en la teoría de la imprevisión propia del derecho administrativo, esto es, la aplicable a los contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En efecto, con fundamento en los artículos 5-1 y 27 de la Ley 80 de 1993 -los cuales vinieron a reiterar lo que tradicionalmente se había entendido en la contratación administrativa-, la jurisprudencia y la doctrina han considerado que la teoría de la imprevisión propia de los contratos estatales se aplica tanto respecto de obligaciones ya ejecutadas como a las de futuro cumplimiento⁴⁵, situación enteramente distinta a la teoría de la imprevisión aplicable a los contratos de derecho privado, que solo se aplica respecto de prestaciones de futuro cumplimiento.

En ese orden de ideas, si el Contrato objeto de análisis hubiera sido un contrato estatal sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el Tribunal debería haber procedido al estudio de fondo de los requisitos, incluyendo el carácter imprevisible del hecho perturbador y la mayor onerosidad. Pero, dado que se trata de un contrato sometido al derecho privado y que las pretensiones versan sobre obligaciones ya ejecutadas, no es procedente hacer el estudio de fondo de tales elementos de la teoría de la imprevisión, como se explicó en detalle antes.

4.2.4. Análisis de las excepciones planteadas por CGR Doña Juana

Por último, advierte el Tribunal que la razón por la cual se niegan las pretensiones subsidiarias de la demanda no tiene relación con las excepciones planteadas por CGR DOÑA JUANA en su contestación referentes al problema jurídico que se analiza. En efecto, **(i)** no se trata de la *inexistencia de eventos o hechos de fuerza mayor que imposibilitaran a Ingeredes cumplir con sus obligaciones*, pues el motivo por el cual se niegan las pretensiones no tiene que ver con el carácter previsible o no de las lluvias que supuestamente afectaron la ejecución contractual, que es el punto al que se refiere la excepción, y **(ii)** tampoco se trata de la *inexistencia de desequilibrio contractual* en el sentido de que los precios pactados corresponden a valores de mercado.

⁴⁵ Sobre las condiciones para la procedencia de aplicación de la teoría de la imprevisión en el derecho administrativo, con cita de la jurisprudencia y doctrina pertinente, véase a LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *El equilibrio económico en los contratos públicos*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 2021, pp. 146 y ss.

Como quedó analizado, la razón de ser de la decisión del Tribunal atañe al hecho de que las pretensiones de la demanda se refieren a prestaciones que ya fueron ejecutadas y sobre las cuales, en consecuencia, no procede la aplicación de la teoría de la imprevisión en el caso concreto, razonamiento distinto al presentado en las excepciones propuestas por CGR DOÑA JUANA, por lo cual serán negadas tales excepciones.

4.2.5. Referencia especial a los medios probatorios recaudados relacionados con la prueba de los elementos de la teoría de la imprevisión

Frente a la conclusión de este punto, el Tribunal hace notar que obran en el expediente diversas pruebas relacionadas con la ocurrencia de eventuales situaciones imprevistas y con la presunta mayor onerosidad derivada de esas situaciones, a saber: **(i)** las comunicaciones cruzadas entre las partes y otras pruebas documentales; **(ii)** los diversos testimonios practicados; **(iii)** las declaraciones de parte, y **(iv)** el dictamen pericial de Maquirrenta S.A.S. Sin embargo, el Tribunal encuentra que tales pruebas no tienen la potencialidad de incidir o modificar la conclusión expuesta y, por lo mismo, son irrelevantes para el análisis del problema jurídico estudiado en este punto.

En efecto, en la medida en que las mencionadas pruebas tienden a probar la existencia o no de una situación imprevista y de una mayor onerosidad, esto es, tienden a probar elementos de la teoría de la imprevisión distintos al que fue objeto de análisis por parte del Tribunal, ellas son irrelevantes para resolver el problema jurídico planteado. Lo anterior por cuanto, como las pretensiones subsidiarias de la demanda se refieren a la revisión del valor de obligaciones que habían sido ejecutadas para el momento en que se hizo la primera reclamación a CGR DOÑA JUANA y al momento de presentación de la demanda arbitral, ello impide, por sí mismo, como quedó analizado, la aplicación de la teoría de la imprevisión. De esta manera, el análisis de fondo de las pruebas citadas pasa a ser inútil por la existencia de la circunstancia mencionada que impide de manera absoluta la aplicación de la revisión del contrato prevista en el artículo 868 del Código de Comercio y que basta para negar las pretensiones de la demanda.

Por lo mismo, reitera el Tribunal que no hay lugar a analizar de fondo la tacha al testimonio de Juan Manuel Zúñiga Peláez presentada por INGEREDES, en la medida en que dicho testimonio no es relevante para resolver el problema jurídico planteado y, por consiguiente, no será analizado.

Por último, advierte el Tribunal que si bien es cierto que CGR DOÑA JUANA solicitó que se determinara que el dictamen pericial no cumplía con los requisitos legales para tenerse como una prueba válidamente practicada, en la medida en que, como se señaló antes, dicho dictamen resulta irrelevante para la solución del problema jurídico, se abstendrá de pronunciarse de fondo sobre el cuestionamiento planteado por la Convocada.

4.2.6. Conclusión

Con fundamento en todo lo anterior, el Tribunal: **(i)** se abstendrá de pronunciarse de fondo sobre la pretensión primera subsidiaria de la demanda; **(ii)** negará la pretensión segunda subsidiaria de la demanda, y **(iii)** negará las excepciones denominadas “1. *Inexistencia de eventos o hechos de fuerza mayor que imposibilitara a Ingeredes cumplir con sus obligaciones*”, y “4. *Inexistencia de desequilibrio contractual*”.

5. ANÁLISIS SOBRE EL TERCER PROBLEMA JURÍDICO: Si hay lugar a condena de perjuicios y a pago de actualizaciones e intereses a cargo de CGR Doña Juana y a favor de Ingeredes (Análisis de las Pretensiones Tercera y Cuarta Principales, “Pretensión única subsidiaria a la Cuarta Pretensión Condenatoria” y Pretensiones Tercera y Cuarta Subsidiarias).

Como ha quedado establecido en los puntos 3 y 4 de estas consideraciones, las pretensiones declarativas principales y subsidiarias, relativas a la declaración de incumplimiento de CGR DOÑA JUANA y a la existencia de una ruptura del equilibrio económico del contrato, serán rechazadas.

En consecuencia, la pretensión tercera principal y la pretensión tercera subsidiaria, en cuanto buscan que se condene a CGR DOÑA JUANA al pago de los perjuicios por el supuesto incumplimiento contractual y al pago del valor de la revisión del Contrato, deben ser rechazadas en la medida en que las pretensiones de declaratoria de incumplimiento y de ruptura del equilibrio económico fueron negadas.

Por lo mismo, al no existir condena, por sustracción de materia no hay lugar a la actualización del valor del dinero en el tiempo o a la liquidación de intereses a cargo de CGR DOÑA JUANA y a favor de INGEREDES, razón por la cual la pretensión cuarta principal, la “pretensión única subsidiaria a la cuarta pretensión condenatoria” y la pretensión cuarta subsidiaria, también deben ser negadas.

6. ANÁLISIS SOBRE EL CUARTO PROBLEMA JURÍDICO: Si hay lugar al pago de costas y agencias en derecho (Análisis de la Pretensión Quinta Principal y Pretensión Quinta Subsidiaria).

6.1. Las costas del proceso

En relación con los gastos, el artículo 365 del Código General del Proceso dispone:

“Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella (...).”

Con la expedición del Código General del Proceso, la condena en costas no se fundamenta en consideraciones subjetivas acerca de la conducta de las partes, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho correspondan a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra”⁴⁶.

En aplicación del anterior marco legal y jurisprudencial, el Tribunal procederá a la condena en costas sin consideración a la conducta de las partes y teniendo en cuenta lo siguiente: **(i)** de una parte, que se negarán las pretensiones de la demanda respecto de las cuales existió controversia entre ellas, pues si bien prosperará una de las pretensiones de la demanda, sobre dicha pretensión nunca existió controversia entre las partes; **(ii)** de otra, que se negarán la totalidad de las excepciones presentadas en la contestación de la demanda, y **(iii)** que las decisiones centrales de la controversia serán adoptadas por el Tribunal con fundamento en razones jurídicas diferentes de las planteadas por la convocada. Lo anterior implica que, en criterio del Tribunal, realmente ninguna de las partes puede considerarse “vencida en el proceso”, como lo prevé el artículo 365 del Código General del Proceso, ni “condenada” o “derrotada”, como lo califica la Corte Constitucional.

Por ello, el Tribunal condenará a cada una de las partes a asumir la porción de los honorarios y gastos que legalmente les corresponden y que están acreditados dentro del expediente.

En ese sentido, recuerda el Tribunal que los gastos y honorarios decretados en Auto de 17 de febrero de 2021 (Acta No. 5) ascienden a la suma total de \$68.634.640, de los cuales cada una de las partes debía asumir la suma de \$34.067.320. Sin embargo, encuentra el Tribunal que INGEREDES fue quien pagó la totalidad de los gastos y honorarios decretados, por lo cual ordenará a CGR DOÑA JUANA reembolsar a aquella el valor pagado por ésta en su nombre, junto con los correspondientes “intereses de mora a la tasa más alta autorizada”, de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012⁴⁷, y el artículo 884 del Código de Comercio, según el cual el interés moratorio más alto permitido corresponde a una vez y medio el interés corriente bancario que, a su vez, certifica la Superintendencia Financiera⁴⁸. Ahora bien, como la Superintendencia certifica la tasa efectiva anual de interés corriente bancario, para efectos financieros, en la liquidación de intereses esta tasa será convertida en tasa nominal anual y mensual.

Así, encuentra el Tribunal que INGEREDES pagó la porción de honorarios y gastos a cargo de CGR DOÑA JUANA el 10 de marzo de 2021, de tal manera que a la fecha de este Laudo Arbitral se han causado intereses conforme a la siguiente tabla:

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-157 de 2013.

⁴⁷ “Si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, aquella podrá hacerlo por esta dentro de los cinco (5) días siguientes. Si no se produjere el reembolso, la acreedora podrá demandar su pago por la vía ejecutiva ante la justicia ordinaria. (...) De no mediar ejecución, las expensas pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para lo que hubiere lugar. A cargo de la parte incumplida, se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada, desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que cancele la totalidad de las sumas debidas”.

⁴⁸ Las tasas de interés corriente bancario pueden ser consultadas en la siguiente dirección electrónica: <https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile3510&downloadname=interes.xls>

CAPITAL						\$ 34.067.320
Periodo	Interés Bancario Corriente (E.A.)	Interés de Mora: 1.5 veces Interés Bancario Corriente (E.A.)	Interés de Mora Nominal Anual %	Interés de Mora Nominal Mensual %	Número de días	Valor Intereses de Mora COP\$
mar-2021	17,41%	26,12%	23,4281661253%	1,952347177%	21	465.578,65
abr-2021	17,31%	25,97%	23,3068388040%	1,942236567%	30	661.667,95
may-2021	17,22%	25,83%	23,1975309275%	1,933127577%	31	658.564,76
jun-2021	17,21%	25,82%	23,1853789728%	1,932114914%	30	658.219,77
jul-2021	17,18%	25,77%	23,1489151387%	1,929076262%	31	657.184,58
ago-2021	17,24%	25,86%	23,2218308537%	1,935152571%	31	659.254,62
sep-2021	17,19%	25,79%	23,1610710787%	1,930089257%	30	657.529,68
oct-2021	17,08%	25,62%	23,0272825914%	1,918940216%	28	610.149,40
Total Intereses hasta la fecha del Laudo:						\$ 5.028.149

Advierte el Tribunal que la anterior liquidación de intereses deberá actualizarse hasta el momento del pago efectivo de la obligación.

En consecuencia, CGR DOÑA JUANA deberá reembolsar y pagar a INGEREDES las siguientes sumas:

- Por concepto de capital: TREINTA Y CUATRO MILLONES SESENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS (\$34.067.320).
- Por concepto de intereses de mora: CINCO MILLONES VEINTIOCHO MIL CIENTO CUARENTA Y NUEVE PESOS (\$5.028.149), liquidados hasta la fecha del laudo.
- Para un total de TREINTA NUEVE MILLONES NOVENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$39.095.469), hasta la fecha del laudo.

6.2. Las agencias en derecho

De otra parte, en relación con las agencias en derecho, el numeral 4 del artículo 366 del Código General del Proceso señala:

“4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

Frente a la anterior norma, leída en el contexto completo del artículo 366, advierte el Tribunal que, como lo concluyó a propósito de las costas, en el presente caso realmente ninguna de las partes puede considerarse vencida o derrotada en el proceso, por lo cual no condenará a ninguna de ellas al pago de agencias en derecho.

6.3. Conclusión

En consecuencia, a título de costas CGR DOÑA JUANA debe pagar a INGEREDES las siguientes sumas de dinero:

- Por concepto de capital: TREINTA Y CUATRO MILLONES SESENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS (\$34.067.320).
- Por concepto de intereses de mora: CINCO MILLONES VEINTIOCHO MIL CIENTO CUARENTA Y NUEVE PESOS (\$5.028.149), liquidados hasta la fecha del laudo.
- Para un total de TREINTA NUEVE MILLONES NOVENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$39.095.469), hasta la fecha del laudo.

7. ANÁLISIS DE LA PROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LAS SANCIONES RELACIONADAS CON EL JURAMENTO ESTIMATORIO

Por último, el Tribunal determinará si en el presente caso hay lugar o no a aplicar las sanciones consagradas en el Código General del Proceso relacionadas con el juramento estimatorio, para lo cual hace las siguientes consideraciones:

a. En primer lugar, debe recordarse que el artículo 206 del Código General del Proceso dispone que *“quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos”*

b. Ahora bien, en el mismo artículo 206 se establecen sanciones para ciertos casos en los que el monto de la estimación supera el monto de la condena o cuando no hay condena por falta de demostración del perjuicio, de la siguiente forma:

“<Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada. (...)”

PARÁGRAFO. <Parágrafo modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

De acuerdo con la anterior disposición proceden sanciones en dos eventos: **(i)** el exceso en la estimación de los perjuicios frente a lo que resulte probado y **(ii)** la

falta total de prueba en relación con los mismos. Por tratarse de sanciones, la interpretación es restrictiva y no procede su aplicación en otros supuestos.

c. En la subsanación de la demanda, INGEREDES señala que *“bajo juramento, estimo razonadamente que las pretensiones de la demanda derivadas del incumplimiento contractual causado por CGR DOÑA JUANA S.A. ESP en contra de INGEREDES S.A.S., calculadas al momento de la presentación de la demanda, ascienden a: mil noventa millones seiscientos catorce mil seiscientos ochenta y uno (\$1.090.614.681)”*.

Para soportar estos montos, la parte convocante se apoyó en los documentos aportados con la demanda, entre ellos, los Términos de Referencia, la Propuesta y el Contrato -unidos a una interpretación particular de los mismos- y en el dictamen pericial con referencia *“Análisis de mercado para actividades de movimiento de tierra”*, elaborado por Maquirrenta S.A.S.

d. Al contestar la demanda, CGR DOÑA JUANA no hizo manifestación alguna sobre el juramento estimatorio, lo cual da lugar a que, en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso, se tendría por probado el monto de las pretensiones.

e. En el marco de esos antecedentes, advierte el Tribunal que cuando la Corte Constitucional analizó la exequibilidad del artículo 206 del Código General del Proceso, señaló que la sanción en ella consagrada *“no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado”*⁴⁹.

Precisó la Corte: *“Si la carga de la prueba no se satisface por el obrar descuidado, negligente y ligero de la parte sobre la cual recae, valga decir, por su obrar culpable, al punto de que en el proceso no se logra establecer ni la existencia ni la cuantía de los perjuicios, aunque sea posible que sí hayan existido en la realidad, de esta situación deben seguirse consecuencias para la parte responsable”, pero “si la carga de la prueba no se satisface pese al obrar diligente y esmerado de la parte sobre la cual recae, valga decir, por circunstancias o razones ajenas a su voluntad y que no dependen de ella, como puede ser la ocurrencia de alguna de las contingencias a las que están sometidos los medios de prueba, es necesario hacer otro tipo de consideración”, para lo cual debe tomarse en cuenta si la contingencia a que está sujeto el medio de prueba existía antes de iniciar el proceso y era conocida por la parte.*

Agregó la Corte que cuando se está *“ante un fenómeno que escapa al control de la parte o a su voluntad, y que puede ocurrir a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado. En este escenario hipotético la sanción prevista en la norma demandada sí resulta desproporcionada y, por tanto, vulnera el principio de buena fe y los derechos a acceder a la administración de justicia y a un debido proceso, pues castiga a una persona por un resultado en cuya causación no media culpa alguna de su parte. Dado que esta interpretación de la norma es posible, la Corte emitirá una sentencia condicionada”*.

En otras palabras, para la prosperidad de la sanción no basta con que se nieguen las pretensiones indemnizatorias, sino que adicionalmente se requiere que se evidencie un actuar negligente del demandante, pues en nuestro sistema no cabe la responsabilidad objetiva.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-157 de 2013.

f. Bajo el anterior marco, observa el Tribunal que la Convocante efectuó una estimación y pretendió demostrarla con los documentos contractuales aportados con la demanda y con el dictamen pericial elaborado por Maquirrenta S.A.S., esto es, desarrolló un esfuerzo probatorio por acreditar el monto reclamado. Sin embargo, como ha quedado plasmado en los acápites anteriores de esta providencia, no todas las pretensiones de la Demanda prosperaron y, especialmente, no prosperaron aquellas relacionadas con las reclamaciones económicas, pero la negativa de las pretensiones indemnizatorias de INGEREDES por parte del Tribunal obedeció a razones que son esencialmente jurídicas y no de falta de prueba de los perjuicios, de tal manera que su negativa no está atada a una negligencia probatoria.

Por lo anterior, considera el Tribunal que no procede la aplicación de la sanción prevista por el artículo 206 del Código General del Proceso.

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal convocado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá por la sociedad **INGEREDES S.A.S.** para dirimir en derecho sus controversias con la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. - CGR DOÑA JUANA S.A. E.S.P.**, administrando justicia por habilitación de las Partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Declarar no probadas ninguna de las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada, por las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo: Declarar la existencia de un contrato de obra suscrito el 11 de mayo de 2018 entre las sociedades **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** e **INGEREDES S.A.S.**; en ese sentido, prospera la Primera Pretensión Principal de la demanda, en los términos precisados en la parte motiva, por lo cual no hay lugar a pronunciamiento sobre la Primera Pretensión subsidiaria de la demanda que contiene la misma petición.

Tercero: Negar todas las demás pretensiones principales y subsidiarias de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

Cuarto: Condenar a **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** a pagar a **INGEREDES S.A.S.**, a la ejecutoria de este Laudo, y por concepto de costas la siguientes sumas:

- Por concepto de capital: **TREINTA Y CUATRO MILLONES SESENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS (\$34.067.320).**
- Por concepto de intereses de mora: **CINCO MILLONES VEINTIOCHO MIL CIENTO CUARENTA Y NUEVE PESOS (\$5.028.149)**, liquidados hasta la fecha del laudo.
- Para un total de **TREINTA NUEVE MILLONES NOVENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$39.095.469)** hasta la fecha del laudo.

Los intereses de mora deberán ser liquidados hasta la fecha en que se produzca el pago, según lo indicado en la parte motiva.

Quinto: Declarar que en este proceso arbitral no hay lugar a imponer las sanciones a que se refiere el artículo 206 del Código General del Proceso.

Sexto: Declarar causado el saldo de los honorarios del Árbitro y del Secretario, por lo que se realizarán los pagos correspondientes, incluido el de la contribución arbitral en los términos legales.

Séptimo: Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley con destino a cada una de las Partes.

Octavo: Ordenar la remisión de copia de este Laudo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Noveno: Ordenar que, en su oportunidad, se devuelva, para su archivo, el expediente contentivo de este proceso arbitral al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (artículo 47 de la Ley 1563 de 2012).

Notifíquese y Cúmplase.


LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ,
Árbitro

El suscrito Secretario deja constancia que por autorización del señor Árbitro se ha impuesto su firma escaneada en este Laudo Arbitral, según lo permite el artículo 11 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020.


P. ORLANDO GARAVITO VALENCIA
Secretario Tribunal

TABLA DE CONTENIDO

I.	ANTECEDENTES PROCESALES.....	1
1.	LOS SUJETOS PROCESALES	1
1.1.	PARTE CONVOCANTE	1
1.2.	PARTE CONVOCADA.....	1
2.	EL CONTRATO ORIGEN DE LAS CONTROVERSIAS	2
3.	EL PACTO ARBITRAL	2
4.	EL TRÁMITE DEL PROCESO	2
5.	LA DEMANDA ARBITRAL Y SU CONTESTACIÓN.....	4
5.1.	LA DEMANDA ARBITRAL	4
5.2.	FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LA DEMANDA.....	5
5.3.	CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y EXCEPCIONES INTERPUESTAS.....	8
5.4.	RÉPLICA A LAS EXCEPCIONES	8
6.	PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE.....	8
7.	PRUEBAS SOLICITADAS Y DECRETADAS Y SU PRÁCTICA.....	8
7.1.	DECRETO DE LAS PRUEBAS SOLICITADAS	8
7.2.	DESARROLLO DE LA ETAPA PROBATORIA.....	11
8.	AUDIENCIA DE ALEGACIONES	12
9.	DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR	12
10.	PRESUPUESTOS PROCESALES.....	13
10.1.	LA CAPACIDAD DE LOS SUJETOS PROCESALES.....	13
10.2.	JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA	13
II.	CONSIDERACIONES	14
1.	LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE DEBE RESOLVER EL TRIBUNAL.....	14
2.	ANÁLISIS PREVIO COMÚN A LOS DIVERSOS PROBLEMAS JURÍDICOS: LA NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO OBJETO DE LA CONTROVERSIA	14
2.1.	POSICIONES DE LAS PARTES.....	14
2.2.	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	15
2.2.1.	EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONTRATO.....	15
2.2.2.	LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES.....	17
2.2.3.	LOS DIFERENTES SISTEMAS DE PAGO EN LOS CONTRATOS DE OBRA.....	19
2.2.4.	EL SISTEMA DE PAGO PACTADO EN EL CONTRATO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES.....	22
2.2.5.	CONCLUSIÓN	25
3.	ANÁLISIS SOBRE EL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: SI EXISTIÓ UN INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DE CGR DOÑA JUANA QUE CAUSARE UN PERJUICIO A INGEREDES (ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES PRINCIPALES PRIMERA Y SEGUNDA Y EXCEPCIONES 2, 3 Y 5).....	25
3.1.	LAS POSICIONES DE LAS PARTES	25
3.1.1.	POSICIÓN DE LA CONVOCANTE:.....	25
3.1.2.	POSICIÓN DE LA CONVOCADA:.....	27
3.2.	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	28
3.2.1.	LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	28
3.2.2.	ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.....	29
3.2.3.	ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS POR CGR DOÑA JUANA.....	31
3.2.4.	REFERENCIA ESPECIAL A LAS PRUEBAS RECAUDADAS DIFERENTES DE LAS DOCUMENTALES.....	32
3.2.5.	CONCLUSIÓN	32
4.	ANÁLISIS SOBRE EL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: SI SE PRODUJO LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO COMO CONSECUENCIA DE UN EVENTO DE IMPREVISIÓN (ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS PRIMERA Y SEGUNDA Y EXCEPCIONES 1 Y 4).....	33
4.1.	LAS POSICIONES DE LAS PARTES	33
4.1.1.	POSICIÓN DE LA CONVOCANTE:.....	33
4.1.2.	POSICIÓN DE LA CONVOCADA:.....	34
4.2.	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	35
4.2.1.	LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN EL DERECHO PRIVADO.....	36
4.2.2.	LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO EN APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO PRIVADO	38
4.2.3.	ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL CASO CONCRETO	45
4.2.4.	ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS POR CGR DOÑA JUANA.....	46
4.2.5.	REFERENCIA ESPECIAL A LOS MEDIOS PROBATORIOS RECAUDADOS RELACIONADOS CON LA PRUEBA DE LOS ELEMENTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN	47
4.2.6.	CONCLUSIÓN	47
5.	ANÁLISIS SOBRE EL TERCER PROBLEMA JURÍDICO: SI HAY LUGAR A CONDENA DE PERJUICIOS Y A PAGO DE ACTUALIZACIONES E INTERESES A CARGO DE CGR DOÑA JUANA Y A FAVOR DE INGEREDES (ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES TERCERA Y CUARTA PRINCIPALES, “PRETENSIÓN ÚNICA SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRETENSIÓN CONDENATORIA” Y PRETENSIONES TERCERA Y CUARTA SUBSIDIARIAS).....	48
6.	ANÁLISIS SOBRE EL CUARTO PROBLEMA JURÍDICO: SI HAY LUGAR AL PAGO DE COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO (ANÁLISIS DE LA PRETENSIÓN QUINTA PRINCIPAL Y PRETENSIÓN QUINTA SUBSIDIARIA).....	48
6.1.	LAS COSTAS DEL PROCESO	48
6.2.	LAS AGENCIAS EN DERECHO.....	50
6.3.	CONCLUSIÓN	51
7.	ANÁLISIS DE LA PROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LAS SANCIONES RELACIONADAS CON EL JURAMENTO ESTIMATORIO.....	51
III.	PARTE RESOLUTIVA.....	53