

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

**CONSTRUCTORA AMCO LTDA., ALFREDO MUÑOZ CONSTRUCCIONES S.A.,
UNIÓN TEMPORAL A. MUÑOZ, ASESORÍAS Y REPRESENTACIONES PRADILLA
LTDA., UNIÓN TEMPORAL OPERACIÓN BODEGA POPULAR CORABASTOS Y
SCHMEDLING ASOCIADOS Y CIA. LTDA.**

Parte demandante

c.

CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A. – CORABASTOS

Parte demandada

LAUDO ARBITRAL

Guillermo Gamba Posada (Presidente)
Samuel Chalela Ortiz
Bertha Lucía Ramírez de Páez

Anne Marie Mürrle Rojas
Secretaria

Bogotá D.C., 26 de julio de 2021

TABLA DE CONTENIDO

I.	CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES	6
A.	LA CONTROVERSIA OBJETO DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL	6
1.	Proceso ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y su remisión al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.....	6
2.	Las demandas acumuladas.....	7
a.	Las Directivas de Gerencia 022 de 16 de noviembre de 2001 y 068 de 23 de abril de 2002	7
b.	Las Directivas de Gerencia 103 de 7 de octubre de 2002 y 119 y 121 de 27 de diciembre de 2002.	9
B.	LAS PARTES DEL PROCESO	11
1.	Parte convocante.....	11
2.	Parte convocada.....	12
3.	La intervención de Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales dentro del proceso ...	12
C.	EL PACTO ARBITRAL	14
D.	LAS PRETENSIONES DE LAS DEMANDAS	14
1.	Las pretensiones de la demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (la demanda principal).....	14
2.	Las pretensiones de las demandas acumuladas.....	15
a.	Las pretensiones relacionadas con la validez de la Multa 1 impuesta por CORABASTOS a las sociedades integrantes de la Unión Temporal A. Muñoz por \$4.226.695.892	15
b.	Las pretensiones de la demanda relacionadas con la validez de la Multa 2 impuesta por CORABASTOS a las sociedades integrantes de las Uniones Temporales A. Muñoz y Operación Bodega Popular CORABASTOS, por \$1.047.623.800.	17
c.	Las pretensiones de la demanda de reconvencción.	18
E.	TRÁMITE INICIAL	19
1.	Instalación del Tribunal, admisión y traslado de la demanda	19
2.	Contestaciones de las demandas, excepciones y traslado de las mismas.....	20
a.	Contestación de la demanda principal	20
b.	Contestación de la demanda de la Multa 1	22
c.	Contestación de la demanda de la Multa 2	23
d.	Contestación de la demanda de reconvencción	24
3.	Audiencia de conciliación.....	25
4.	Honorarios y gastos del proceso	25
F.	PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE	26
G.	LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS POR ESTE TRIBUNAL	26

1.	Pruebas documentales.....	26
2.	Exhibición de documentos.....	26
3.	Interrogatorios de parte.....	27
4.	Testimonios	27
H.	ALEGACIONES DE LAS PARTES.....	27
I.	RESUMEN DE LOS ALEGATOS DE LAS PARTES Y DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	28
1.	Liquidación unilateral del Contrato por parte de Corabastos.....	28
a.	Alegatos de la parte demandante	28
b.	Alegatos de la demandada	38
c.	Alegatos del Ministerio Público	44
2.	La imposición de multas por parte de Corabastos	48
a.	Alegatos de la parte demandante	48
b.	Alegatos de la demandada	54
c.	Alegatos del Ministerio Público	59
J.	TÉRMINO DEL PROCESO.....	60
K.	LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL	61
L.	EL CONTRATO DE CONCESIÓN 047 DE 1997 MATERIA DE LA PRESENTE CONTROVERSI Y LOS DOCUMENTOS QUE LO INTEGRAN	61
1.	Las partes.....	61
2.	El objeto.....	62
3.	La duración del Contrato de Concesión.....	62
4.	La remuneración del contratista.....	63
5.	La vigilancia del contrato	64
6.	La cesión del contrato.....	64
7.	Las multas previstas en el Contrato 047-97.....	64
8.	El reconocimiento de la inversión realizada por terminación anticipada del Contrato	65
9.	La liquidación del Contrato y el plazo para efectuarla.....	66
10.	Los documentos del Contrato de Concesión.....	66
11.	El flujo de caja del proyecto	67
12.	El flujo de caja ampliado hasta junio de 2002.	67
M.	LA CONSTITUCIÓN DE LA UNIÓN TEMPORAL OPERACIÓN BODEGA POPULAR CORABASTOS, LA CESIÓN DE LA ETAPA DE OPERACIÓN DEL CONTRATO 047 – 97 A ÉSTA Y SU ACEPTACIÓN POR CORABASTOS	67
N.	EL ACTA DE ENTREGA A CORABASTOS DE LA BODEGA POPULAR Y LAS ACTAS DE FINALIZACIÓN DE LA ETAPA DE OPERACIÓN DEL CONTRATO	69
O.	LAS DEMANDAS ARBITRALES ANTERIORES DE LA UNIÓN TEMPORAL OPERACIÓN BODEGA POPULAR CORABASTOS CONTRA CORABASTOS	70

1.	La primera demanda	70
2.	La segunda demanda.....	70
II.	CAPÍTULO SEGUNDO: DESARROLLO DEL PROCESO ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA CONTRA LAS DIRECTIVAS DE GERENCIA 107 Y 107 A DE 30 DE OCTUBRE DE 2002 CON OCASIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN 047 DE 1997.	71
A.	LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS EN EL PROCESO	71
1.	Las pruebas documentales	72
a.	Las decisiones del Tribunal I	72
2.	Las pruebas periciales.....	73
a.	El dictamen pericial rendido en el Tribunal I y su ampliación y complementación	73
b.	El dictamen rendido por la contadora Elizabeth Fajardo Velásquez ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y su ampliación.	73
(i)	La objeción al dictamen pericial rendido por la contadora Elizabeth Fajardo Velásquez.	73
B.	LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y OTRAS ACTUACIONES DE LAS PARTES EN EL PROCESO	74
C.	LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA.....	74
D.	LISTADO DE LOS DICTÁMENES PERICIALES QUE OBRAN DENTRO DEL PRESENTE PROCESO.....	75
III.	CAPÍTULO TERCERO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	75
A.	CONSIDERACIONES PRELIMINARES	75
B.	LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE IMPOSICIÓN DE MULTAS	76
C.	LA POSICIÓN DE CORABASTOS RESPECTO DEL DEBATE PROBATORIO Y LA ACUMULACIÓN DE PROCESOS.....	79
D.	LAS EXCEPCIONES DE LA CONVOCADA FRENTE A LAS MULTAS 1 Y 2	84
1.	La competencia de Corabastos para imponer multas.....	85
a.	El marco normativo y jurisprudencial aplicable al pacto de imposición de multas en contratos estatales y su evolución.	85
(i)	Primer hito: Decreto 222 de 1983.	85
(ii)	Segundo hito: Ley 80 de 1993.	87
(iii)	Tercer hito: Ley 1150 de 2007.	94
b.	El caso concreto. La ilegalidad de las Directivas de Gerencia de Corabastos	96
2.	Corabastos no violó los artículos 887 y 894 del Código de Comercio, ni el artículo 1602 del Código Civil, si se tiene en cuenta lo establecido en el artículo 890 del Código Civil	100
3.	La violación de los artículos 6 de la Constitución Política y 24 numeral 8 de la Ley 80 de 1993	110

4.	Corabastos no les generó perjuicios a las convocantes como consecuencia de la imposición de las multas, pues no hay prueba de ello y no han pagado las multas	110
5.	Fuerza ejecutoria de los actos administrativos sancionatorios de CORABASTOS	111
6.	Inexistencia de falsa motivación de la Directiva de Gerencia 022	113
7.	Corabastos no violó los artículos 66 y 73 del CCA, pues aceptó la cesión del Contrato que suscribió la Unión Temporal A Muñoz con la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos, no obstante, la cedente de forma expresa se obligó a responder por el cumplimiento del Contrato por parte de la cesionaria	117
8.	Inexistencia de desviación de poder, pues Corabastos al expedir los actos administrativos que se impugnan tuvo en cuenta que la Unión Temporal A. Muñoz se hizo responsable del cumplimiento del Contrato No. 047-97 por parte de la Unión Temporal Bodega Popular Corabastos	117
9.	La liquidación de la multa que se impuso está acorde con lo pactado en el Contrato	120
10.	Corabastos requirió en diversas oportunidades a las convocantes para que dieran cumplimiento a la obligación de recaudo de los dineros de la administración de la bodega, razón por la que no se violó el derecho de defensa	122
11.	La concesionaria incumplió con la obligación prevista en el literal b del numeral 3 del párrafo primero de la cláusula primera del Contrato de Concesión no. 047 de 1997, pues no recaudó en debida forma los dineros obtenidos por la administración de la bodega.	124
12.	La expedición del laudo arbitral en el que se condenó a Corabastos no exonera a la concesionaria de dar cumplimiento a sus obligaciones, ni le quita a la entidad pública la facultad para sancionarla	124
13.	CORABASTOS permitió a las convocantes que se pronunciaron respecto de los hechos que dieron origen a la Multa 2, no obstante, estas no se pusieron en situación de cumplimiento, por lo que las Directivas demandadas no se expedieron de forma irregular.	127
14.	“Corabastos no desconoció lo que se pactó en el párrafo primero de la cláusula sexta del contrato, pues es claro que las contratistas no remitieron en debida forma los estados financieros.”	130
15.	La multa no fue desproporcionada, atendió lo que pactaron las convocantes con la convocada en la cláusula décima novena del contrato	132
16.	CORABASTOS no violó el artículo 893 del Código de Comercio, puesto que le informó a la Unión Temporal A. Muñoz el incumplimiento en el que incurrió la cesionaria	135
E.	LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y SUS EXCEPCIONES	136
F.	LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL	138
	(i) La liquidación bilateral	140
	(ii) La liquidación judicial	141
	(iii) La liquidación unilateral	142
G.	LAS RESOLUCIONES EXPEDIDAS POR CORABASTOS PARA LIQUIDAR UNILATERALMENTE EL CONTRATO	143
1.	La Directiva de Gerencia 107 de 30 de octubre de 2002	143
2.	La Directiva de Gerencia 107 A de 30 de octubre de 2002	146
3.	La Directiva de Gerencia 122 de 27 de diciembre de 2002	146

4.	Las Directivas de Gerencia 123 de 2002 y 124 de 27 de diciembre de 2002.....	147
H.	ANÁLISIS DE LA LEGALIDAD DE LAS RESOLUCIONES DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO 047-97 EMITIDAS POR CORABASTOS	148
I.	LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO 047 DE 1997 POR PARTE DEL TRIBUNAL	151
1.	La objeción al dictamen pericial rendido ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por la perito Elizabeth Fajardo Velázquez.....	151
2.	Las condiciones financieras de la concesión.....	153
a.	La tasa interna de retorno, TIR	155
b.	Los dos flujos de caja del proyecto.	156
c.	Los ingresos de la concesionaria según el flujo de caja ampliado del proyecto	156
	(i) El aporte anual de garantía	156
	(ii) Los ingresos por facturación a los usuarios de la bodega	160
3.	Liquidación del contrato	170
J.	LA PRETENSIÓN DE PERJUICIOS E INTERESES DE MORA SOBRE LAS SUMAS ADEUDADAS POR CORABASTOS	171
K.	LA SOLICITUD DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA DEL CONTRATO 047-97 FORMULADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO.....	176
L.	COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO	178
1.	Costas correspondientes a la demanda inicial.....	179
2.	Costas correspondientes a las demandas acumuladas	180
3.	Agencias en derecho	180
IV.	CAPÍTULO CUARTO: DECISIÓN	181

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., 26 de julio de 2021

I. CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES

A. LA CONTROVERSIA OBJETO DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL

1. Proceso ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y su remisión al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

1. Mediante escrito presentado el 25 de septiembre de 2002 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera¹, las sociedades Constructora AMCO Ltda., en ejecución del acuerdo de restructuración, antes Alfredo Muñoz y Cía. Ltda., y Alfredo Muñoz Construcciones S.A., en liquidación, integrantes de la Unión Temporal A. Muñoz, las sociedades Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda., y Schmedling Asociados y Cia. Ltda., integrantes de la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos (en adelante las demandantes o convocantes o la parte demandante), a través de apoderado, formularon demanda contra la Corporación de Abastos de Bogotá S.A. Corabastos (en adelante, CORABASTOS, la demandada o la convocada), con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de liquidación unilateral del contrato de concesión 047-97 celebrado entre las partes aquí mencionadas.
2. Por auto de 24 de agosto de 2018², el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la falta de jurisdicción para conocer del proceso debido a la existencia de una cláusula compromisoria dentro del citado acuerdo de voluntades.
3. En la mencionada providencia el Tribunal Administrativo mantuvo la validez de todo lo actuado y ordenó “[r]emitir el expediente al Centro de Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá para lo de su competencia (...)”.
4. El 22 de octubre de 2018 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca remitió el expediente de la referencia al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
5. El 24 de octubre de 2018, el expediente fue radicado ante dicho Centro.

¹ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 1, folios 6 – 30.

² Trámite 113367-5058, Cuaderno Principal 1, folios 339 – 347.

6. El 1º de febrero de 2019 se recibió el pago de los gastos iniciales de la radicación del proceso arbitral³.

2. Las demandas acumuladas

7. Posteriormente, el 20 de mayo de 2020, el apoderado de la parte demandante presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación dos solicitudes de acumulación de demandas al trámite iniciado ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y continuado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

8. Las demandas cuya acumulación se solicitó, versan sobre la validez de los actos administrativos mediante los cuales CORABASTOS impuso a la Unión Temporal A. Muñoz una multa de \$4.226.695.892 (en adelante la Multa 1) por el supuesto incumplimiento de determinadas obligaciones del contrato de concesión No. 047-97 y otra a las Uniones Temporales A. Muñoz y Operación Bodega Popular CORABASTOS, de \$1.047.623.800 (en adelante la Multa 2), por el supuesto desconocimiento de otras.

- a. Las Directivas de Gerencia 022 de 16 de noviembre de 2001 y 068 de 23 de abril de 2002

9. La Multa 1 fue impuesta a la Unión Temporal A. Muñoz mediante Directiva de Gerencia 022 de 16 de noviembre de 2001 y notificada el siguiente 29 de noviembre.⁴ Dicho acto administrativo fue recurrido por la afectada el 6 de diciembre siguiente⁵ argumentando esa Unión Temporal, entre otras cosas, la inexistencia de su carácter de concesionaria por haber cedido el contrato en su etapa de operación a la Unión Temporal Operación Bodega Popular CORBASTOS, cesión ésta aceptada por la demandada y reconocida por ella en varios actos, con lo cual la entidad estatal desconoció el artículo 1602 del Código Civil; violación del debido proceso en la imposición de la multa al no tener la afectada oportunidad de conocer y controvertir la decisión, pues CORABASTOS no le informó de las presuntas irregularidades origen de la sanción y la impuso de plano; inexistencia del supuesto incumplimiento atribuido a la Unión Temporal e indebida liquidación de la multa pues ésta tiene una función compulsiva o de apremio y no una función resarcitoria.

10. El acto administrativo en cuestión fue finalmente confirmado el 23 de abril de 2002 mediante Directiva de Gerencia 068.⁶

- II. En el considerando 2.1⁷ de la última Directiva citada, se lee: “[q]ue la Unión Temporal A. Muñoz – Alfredo Muñoz y Cía. Ltda. No (sic) tiene la calidad de concesionario del contrato de

³ Trámite 113367-5058, Cuaderno Principal 1, folios 348 – 349.

⁴ Trámite 113367-5058, Cuaderno de Pruebas 8, folio 1368 y ss.

⁵ Trámite 113367-5058, Cuaderno de Pruebas 8, folio 1374 y ss.

⁶ Trámite 113367-5058, Cuaderno de Pruebas 8, folio 1384 y ss.

⁷ Trámite 113367-5058, Cuaderno de Pruebas 8, folio 1384.

Concesión No. 047 – 97, en virtud de la cesión del mencionado contrato en su etapa de operación, a favor de la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos (...)”,

12. En el considerando 4º de la misma,⁸ la convocada afirma: *“Que la cesión del contrato de concesión y su aceptación por Corabastos fueron legalmente acordados (sic) y que la sola voluntad de una de las partes en este caso la Corporación de Abastos de Bogotá Corabastos, puede dejarlas sin efectos.”*
13. A continuación (considerando 5) dice:⁹ *“Que la aceptación de la cesión por parte de Corabastos, es un acto administrativo que goza de la presunción de legalidad y produce efectos jurídicos mientras no sea anulado por la jurisdicción competente.”*
14. El considerando 6¹⁰ expresa: *“Que el Gerente General de Corabastos no tiene competencia para imponer sanciones a cualquier persona por el eventual incumplimiento del contrato de concesión 047 – 97, sino que dicha facultad solo puede ser ejercida frente al concesionario, facultad que solamente ostenta la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos.”*
15. Los numerales 3º y 4º¹¹ de la Directiva 068 exponen las razones por las cuales, en sentir de la convocada, no le asiste razón a la Unión Temporal recurrente en sus reclamos contra la multa y explican el actuar de la entidad estatal frente a su imposición. Entre las motivaciones, ese acto administrativo enuncia las siguientes:

*“[A]l incumplir la cesionaria el contrato en su etapa de operación, automáticamente la Unión Temporal A. Muñoz se hizo acreedora a la sanción establecida en la Cláusula Décimo Novena (numeral 3.3).”*¹²

“[P]ara imponer la multa al responsable del incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato de concesión No. 047 – 97, se efectuaron requerimientos tanto al concesionario Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos como al cedente Unión Temporal A. Muñoz” (4.3),¹³ enumerados allí mismo.

16. No hubo desconocimiento del debido proceso, pues a la Unión Temporal sancionada *“(…) se le respetó su derecho de defensa para lo cual se le notificó personalmente el acto administrativo mediante el que se impuso la sanción y dentro del término éste (sic) ejerció el derecho de contradicción por medio del recurso que ahora se resuelve”* (4.4).¹⁴

⁸ Trámite 113367-5058, Cuaderno de Pruebas 8, folio 1385.

⁹ Trámite 113367-5058, Cuaderno de Pruebas 8, folio 1385.

¹⁰ Trámite 113367-5058, Cuaderno de Pruebas 8, folio 1385.

¹¹ Trámite 113367-5058, Cuaderno de Pruebas 8, folios 1385 – 1387.

¹² Trámite 113367-5058, Cuaderno de Pruebas 8, folios 1386.

¹³ Trámite 113367-5058, Cuaderno de Pruebas 8, folio 1387.

¹⁴ Trámite 113367-5058, Cuaderno de Pruebas 8, folios 1387.

17. La afectada acudió a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para solicitar la nulidad de la Directiva de Gerencia 022 y finalmente, en la segunda instancia del correspondiente proceso, el Consejo de Estado, mediante providencia de fecha 22 de julio de 2015¹⁵ confirmada por auto del 13 de julio de 2016, declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia y dio un plazo de 6 meses a la parte actora para promover el proceso arbitral hoy en manos de este Tribunal.
- b. Las Directivas de Gerencia 103 de 7 de octubre de 2002 y 119 y 121 de 27 de diciembre de 2002.
18. La Multa 2 le fue impuesta a las convocantes el 7 de octubre de 2002¹⁶ mediante Directiva de Gerencia 103, por el incumplimiento de la obligación de entregar los estados financieros de la concesión según los parámetros establecidos en la cláusula 6ª del contrato.
19. Previamente, el 27 de septiembre de 2002, CORABASTOS había dirigido a los representantes legales de las dos Uniones Temporales la comunicación No. 005960¹⁷ a través del interventor del contrato, poniéndoles de presente un posible incumplimiento de las obligaciones adquiridas en la etapa de operación del contrato, originado presuntamente en la falta de presentación, en dicha etapa, de estados financieros adecuados acordes con las exigencias contractualmente establecidas, esto es, dentro de los 20 días siguientes al corte mensual, suscritos por el revisor fiscal y que reflejaran la situación financiera de los recursos aplicados con los correspondientes soportes¹⁸.
20. La Directiva 103 resolvió, entre otros asuntos:¹⁹

“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que los contratistas UNIÓN TEMPORAL A. MUÑOZ en su calidad de cedente y a (sic) la UNIÓN TEMPORAL OPERACIÓN BODEGA POPULAR en su calidad de cesionario, HAN INCURRIDO EN INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL REFERENTE A LOS ESTADOS FINANCIEROS CONSAGRADA EN LA CLÁUSULA SEXTA DEL CONTRATO NO. 047 DE 997, DE CONFORMIDAD CON LO CONSIGNADO EN LA PARTE MOTIVA DEL PRESENTE ACTO ADMINISTRATIVO.

“ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer a los CONTRATISTAS UNIÓN TEMPORAL A MUÑOZ Y A LA UNIÓN TEMPORAL BODEGA POPULAR CORABASTOS, por su incumplimiento en cuanto a los Estados Financieros de la etapa operativa, en calidad de multa, la suma de UN MIL CUARENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS VEINTITRÉS MIL OCHOCIENTOS

¹⁵ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 1, folio 301 y ss.

¹⁶ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 8, folio 1411 y ss.

¹⁷ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 2.

¹⁸ Ver demanda Multa 2, hecho 13, Trámite 113367-5053, y ver contestación de la demanda Multa 2, Trámite 5053, Cuaderno Principal 1, folio 142.

¹⁹ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 8, folio 1415.

PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.047.623.800.00) M/CTE de acuerdo con la cláusula Novena del Contrato no. 047 de 1997 en concordancia con el artículo 59 de la ley 80 de 1993.”

21. Las consideraciones de la Directiva se refieren a múltiples incumplimientos relacionados con asuntos tributarios, de seguridad social y la entrega de estados financieros. En cuanto a los dos primeros, la entidad estatal se abstiene de imponer multas por el incumplimiento de tales obligaciones estimando que dichos asuntos no son de su competencia (artículos quinto y sexto de su parte resolutoria. No obstante, sí se pronuncia frente a la obligación de entrega de estados financieros -obligación sobre la cual recae la multa- refiriéndose a ella en los siguientes términos:²⁰

“Que la Corporación, (sic) manifestó a los contratistas su requerimiento por presunto incumplimiento en lo referente a los Estados Financieros, según lo establecido en el párrafo primero de la cláusula sexta, relacionada con la obligación del CONCESIONARIO, en cuanto a observar para la etapa de operación, la de reflejar en forma adecuada la situación financiera del proyecto en los estados financieros, debidamente suscritos por el Revisor Fiscal. Esta obligación ha sido incumplida por el concesionario, por cuanto no ha provisto a la Corporación de Abastos para la etapa de operación de adecuados Estados Financieros, los cuales deben estar debidamente suscritos por el Revisor Fiscal, y reflejar en forma adecuada la situación financiera, en cuanto al origen y aplicación de los recursos acompañados de los soportes respectivos, dentro de los veinte (20) días siguientes al corte de cada mes durante la duración de la relación contractual.”

22. La Directiva 103 fue notificada a los representantes de las Uniones Temporales mediante edicto, el 22 de octubre de 2002.²¹
23. Las sociedades Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling y Asociados & Cía. Ltda., así como la Unión Temporal Operación Bodega Popular interpusieron recurso de reposición contra dicho acto administrativo²² arguyendo: i) carencia de la facultad de imponer la multa de forma unilateral y por acto administrativo por parte del gerente de CORABASTOS; ii) Si tuviera tal facultad, ella estaría limitada temporalmente. (iii) Extemporaneidad de la sanción por haber sido impuesta con posterioridad vencimiento del término de ejecución del contrato; iv) inexistencia de la obligación que sirve de fundamento de la sanción; v) expedición irregular de los actos en violación del debido proceso; vi) la estipulación contractual sobre multas es nula e ineficaz, y vii) el monto de la sanción es desproporcionado y excede los límites contractuales.²³
24. En la misma fecha los miembros de la Unión Temporal A. Muñoz igualmente recurrieron la citada Directiva invocando las mismas razones expuestas en el recurso de la Unión Temporal

²⁰ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 8, folio 1414.

²¹ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 8, folio 1426.

²² Folio 1417 (impreso) C.P.8

²³ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 8, Folios 1417-1425.

Operación Bodega Popular, e invocaron, además, i) la cesación de cualquier responsabilidad de su parte en tanto no fueron informados oportunamente del incumplimiento de la concesionaria (artículo 893 del Código de Comercio), ii) la responsabilidad subsidiaria y no solidaria de la Unión Temporal y sus integrantes, razón por la cual la sanción debió imponérseles si la concesionaria no pagaba, iii) la inaplicabilidad del artículo 31 de la Ley 80 de 1993 pues la responsabilidad subsidiaria de las recurrentes es patrimonial.²⁴

25. Las Directivas de Gerencia 119 y 121 del 27 de diciembre de 2002,²⁵ resolvieron los recursos de reposición interpuestos por las Uniones Temporales Bodega Popular y A. Muñoz respectivamente, confirmando lo resuelto en la 103. Aquéllas fueron notificadas por edicto a las recurrentes el 14 de enero de 2003.
26. El 26 mayo del 2003 las Uniones Temporales presentaron demanda de nulidad ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca contra las Directivas 103, 119 y 121.²⁶ En el curso de ese proceso, el 9 de mayo de 2007, esa Corporación declaró la nulidad de las Directivas demandadas, providencia contra la cual el apoderado de CORABASTOS interpuso recurso de apelación.
27. En sede de apelación, el Consejo de Estado declaró, el 14 de agosto de 2014²⁷, la nulidad de todo lo actuado en el proceso por falta de jurisdicción y competencia en razón de la existencia de la cláusula compromisoria del contrato y ordenó remitir el expediente al Centro de Arbitraje. El 12 de febrero de 2016, las partes interpusieron recurso de súplica el cual fue resuelto confirmando el auto suplicado.²⁸
28. En auto contenido en el Acta 5²⁹ de fecha 20 de diciembre de 2019, el Tribunal Arbitral decretó la acumulación de las demandas contentivas de las pretensiones relacionadas con la validez de la Directiva de Gerencia 022 expedida el 16 de noviembre de 2001 (“Multa 1”) y con la validez de la Directiva de Gerencia 103 expedida el 7 de octubre de 2002. (“Multa 2”).

B. LAS PARTES DEL PROCESO

1. Parte convocante

29. La parte convocante está integrada así:

²⁴ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 8, folios 1428 a 1439.

²⁵ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 8, folios 1443 a 1470 y 1473 a 1503.

²⁶ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 1, folio 283.

²⁷ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 1, folio 283 y ss.

²⁸ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 1, folio 295.

²⁹ Trámite 113367-5058, Cuaderno Principal 1, folios 511 a 525.

- (a) Por la sociedad Constructora AMCO Ltda. en ejecución del acuerdo de restructuración (antes Alfredo Muñoz y Cía. Ltda.), constituida por escritura pública No. 7423 otorgada el 27 de octubre de 1973 en la Notaría Primera de Bogotá.
- (b) Por la sociedad Alfredo Muñoz Construcciones S.A., en liquidación, constituida por escritura pública No. 262, otorgada el 15 de abril de 1991 en la Notaría 40 de Bogotá.
- (c) Por la Unión Temporal A. Muñoz, conformada por las anteriores.
- (d) Por la sociedad Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda., constituida por escritura pública No. 2152, otorgada el 3 de junio de 1988 en la Notaría Séptima de Bogotá.
- (e) Por la sociedad Schmedling Asociados y Cia. Ltda., constituida por escritura pública No. 678, otorgada el 11 de abril de 1990 en la Notaría Veinticuatro de Bogotá.
- (f) Por la Unión Temporal Operación Bodega Popular CORABASTOS, conformada por las dos anteriores.

2. Parte convocada

- 30. Es la Corporación de Abastos de Bogotá S.A., CORABASTOS sociedad de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Agricultura, constituida mediante escritura pública No. 4222 otorgada el 5 de agosto de 1970 en la Notaría Cuarta del Círculo de Bogotá, con NIT. 860.028.093- 7 y Matrícula Mercantil No. 015681 de la Cámara de Comercio de Bogotá, representada legalmente por el señor Mauricio Arturo Parra Parra.

3. La intervención de Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales dentro del proceso

- 31. El 16 de septiembre de 2004³⁰, Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales, como coadyuvante de la parte demandante pidió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de las Directivas de Gerencia No. 107 y 107A por las cuales se liquidó unilateralmente el contrato 047 de 1997 y de las Directivas 122, 123 y 124 confirmatorias de las primeras.
- 32. Adicionalmente, solicitó declarar a CORABASTOS responsable de todos los perjuicios irrogados a las demandantes y a la aseguradora, derivados del incumplimiento del contrato, así como una nueva liquidación del mencionado acuerdo de voluntades y como pretensión consecuencial, condenar a CORABASTOS al pago de las sumas resultantes en favor de las demandantes y la aseguradora, debidamente indexadas.

³⁰ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 1, folios 121 a133.

33. Por auto del 27 de enero de 2005³¹, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca calificó la participación de Seguros Cóndor en el proceso como la de un litisconsorte necesario por activa y ordenó su citación en tal calidad.
34. En cumplimiento de la providencia anterior, dicha compañía presentó el 21 de octubre de 2005,³² un escrito con las mismas pretensiones, pero ahora como litisconsorte.
35. Finalmente, obra en el expediente el escrito de renuncia al poder otorgado por Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales en Liquidación a la doctora Bety Sulay Hormiga Correa, radicado el 29 de enero de 2014.³³
36. La actuación surtida por este Tribunal de Arbitraje en relación con Seguros Cóndor S.A.
37. En audiencia del 11 de marzo de 2021 (Acta 29) el Tribunal profirió un auto en los siguientes términos:

“En vista de que mediante auto de fecha 27 de enero de 2005 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que obra a folio 93 del Cuaderno Principal número 1 del expediente se ordenó citar como litisconsorte necesario por activa a la Compañía de Seguros Cóndor, el Tribunal ordena oficiar, por secretaría, a la Superintendencia Financiera para que certifique el estado en el que se encuentra la liquidación de la mencionada aseguradora.”
38. De acuerdo con lo ordenado por el Tribunal, el 12 de marzo de 2021 se envió un oficio a la Superintendencia Financiera.
39. Dicha entidad, a través de oficio de fecha 15 de marzo de 2021, respondió que Seguros Cóndor *“fue objeto de liquidación forzosa administrativa por parte de esta Superintendencia, según Resolución No. 2211 del 5 de diciembre de 2013, fecha en la cual pasó a vigilancia del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras ‘Fogafin’”* y en consecuencia, dio traslado del oficio a esa entidad.
40. El 7 de abril de 2021, Fogafin respondió el oficio remitido por la Superintendencia Financiera y certificó, entre otras cosas, la terminación de la existencia legal de Cóndor el 4 de mayo de 2016 según consta en la Resolución 269 de esa fecha, expedida por el entonces liquidador. En la misma comunicación agregó *“En la actualidad dicha entidad se encuentra extinta y no puede ser sujeto de derechos ni obligaciones.”*

³¹ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 1, folio 93.

³² Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 1, folio 113.

³³ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 1, folio 274.

41. Dicha respuesta se puso en conocimiento de las partes y el Ministerio Público durante cinco días, por auto del 16 de marzo de 2021 (Acta 30), sin manifestación alguna al respecto de las primeras y del segundo.
42. De acuerdo con la respuesta de Fogafin, dada la extinción de su personería jurídica, no hay lugar a citar a la otrora litisconsorte al presente proceso arbitral.

C. EL PACTO ARBITRAL

43. La cláusula compromisoria base de la convocatoria de este Tribunal se encuentra pactada en el contrato de concesión No. 047 de 1997, en los siguientes términos: “(...) *VIGESIMA SEXTA. CLAUSULA COMPROMISORIA: Las diferencias que se susciten en relación con el contrato, distintas a las de carácter eminentemente técnico, serán sometidas a árbitros colombianos, dos (2) de los cuales serán designados uno (1) por cada una de las partes y el tercero por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá. Se fallará siempre en derecho y el domicilio del tribunal será Santafé de Bogotá. En todo caso habrá lugar al recurso de anulación previsto en la ley*”.

D. LAS PRETENSIONES DE LAS DEMANDAS

1. Las pretensiones de la demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (la demanda principal).

44. La demanda principal presentada el 25 de septiembre de 2002 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera³⁴ fue admitida mediante auto de 3 de diciembre de 2003.³⁵ Sus pretensiones declarativas y condenatorias son las siguientes:
 - (a) *“Que son nulas las Directivas de Gerencia 107 y 107 A del 30 de octubre de 2002, mediante las cuales (...) ‘CORABASTOS’ liquidó unilateralmente el contrato de Concesión No. 047-97 y 122 y 124 del 27 de diciembre del mismo año, que resolvieron los recursos de reposición contra las primeras.*
 - (b) *“Que (...) ‘CORABASTOS’ es civilmente responsable de todos los perjuicios morales y materiales causados a las sociedades CONSTRUCTORA AMCO LTDA., antes Alfredo Muñoz y Cía. Ltda. y a ALFREDO MUÑOZ CONSTRUCCIONES S.A. integrantes de la UNIÓN TEMPORAL A. MUÑOZ y a ASESORÍAS Y REPRESENTACIONES PRADILLA LTDA. y a SCHMEDLING ASOCIADOS Y CÍA. LTDA., integrantes de la UNIÓN*

³⁴ Trámite 113367-5053, Cuaderno principal 1, folios 6 a 30.

³⁵ Trámite 113367-5053, Cuaderno principal 1, folios 34 a 40.

TEMPORAL OPERACIÓN BODEGA POPULAR CORABASTOS por la expedición de las Directivas de Gerencia números 107, 107 A, 122 y 124 de 2002.

- (c) *“Que, como consecuencia de la nulidad solicitada, se practique una nueva liquidación del Contrato de Concesión No.047-97 que se ajuste a las estipulaciones contractuales y a las normas que regulan la materia.-*
- (d) *“Que, como consecuencia de las declaraciones solicitadas, se condene a (...) ‘CORABASTOS’ a pagar a las sociedades ASESORÍAS Y REPRESENTACIONES PRADILLA LTDA. y a SCHMEDLING ASOCIADOS Y CIA. LTDA. integrantes de la UNIÓN TEMPORAL OPERACIÓN BODEGA POPULAR ‘CORABASTOS’, cesionaria del Contrato de Concesión No.047-97, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que así lo disponga, las sumas que resulten a su cargo de la liquidación del contrato más sus intereses moratorios, liquidados de conformidad con lo previsto en el numeral 8 del Artículo 4° de la Ley 80 de 1993 y en el Artículo 1° del Decreto 679 de 1994, desde las fechas en que se hayan hecho exigibles y hasta aquella que se señale en la sentencia para su pago.*
- (e) *“Que se condene a (...) ‘CORABASTOS’ al pago de las costas del proceso”.*

2. Las pretensiones de las demandas acumuladas

- a Las pretensiones relacionadas con la validez de la Multa 1 impuesta por CORABASTOS a las sociedades integrantes de la Unión Temporal A. Muñoz por \$4.226.695.892

45. La demanda relativa a la Multa 1 fue presentada el 20 de mayo de 2019³⁶ y admitida mediante auto contenido en el Acta No. 5³⁷. Las pretensiones formuladas en la demanda son las siguientes:

“PRINCIPALES:

“PRIMERA. – Que son nulos la Directiva de Gerencia No. 022 expedida por el Gerente General de (...) ‘CORABASTOS’ el día 16 de noviembre de 2001, mediante la cual se impuso al “... CONCESIONARIO UNIÓN TEMPORAL A. MUÑOZ – ALFREDO MUÑOZ Y CIA. LTDA. ...” una multa por la suma de Cuatro mil doscientos veintiséis millones seiscientos noventa y cinco mil ochocientos noventa y dos pesos (\$4.226.695.892) por haber incurrido en incumplimiento durante la etapa de operación del Contrato de Concesión 047-97, así como el acto presunto originado en el silencio administrativo negativo ocurrido por no haberse decidido

³⁶ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 2, folios 4 a 44.

³⁷ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 1, folios 511 a 525.

dentro del término señalado por el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo, el recurso de reposición interpuesto por las actoras contra la citada Directiva de Gerencia.

“SEGUNDA. – *Que como consecuencia de la nulidad se declare que las sociedades CONSTRUCTORA AMCO LTDA EN EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN antes Alfredo Muñoz y Cia. Ltda. y ALFREDO MUÑOZ CONSTRUCCIONES S.A. integrantes de la UNIÓN TEMPORAL A. MUÑOZ, no están obligadas a pagar la multa impuesta mediante los actos acusados.*

“TERCERA. – *Que (...) ‘CORABASTOS’ es civilmente responsable de todos los perjuicios morales y materiales causados a las sociedades CONSTRUCTORA AMCO LTDA EN EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN antes Alfredo Muñoz y Cia. Ltda. y ALFREDO MUÑOZ CONSTRUCCIONES S.A., integrantes de la UNIÓN TEMPORAL A. MUÑOZ con la expedición de la Directiva de Gerencia No. 022 de 2001.*

“CUARTA. – *Que, como consecuencia de la anterior declaración y a título de reparación del daño ocasionado, se condene a ‘CORABASTOS’ a pagar a las sociedades actoras CONSTRUCTORA AMCO LTDA EN EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN antes Alfredo Muñoz y Cia. Ltda. y ALFREDO MUÑOZ CONSTRUCCIONES S.A., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, el valor de los perjuicios mencionados en la declaración Tercera anterior, debidamente actualizados a la fecha en que se efectúe el pago.*

“QUINTA. – *Que, se condene, a (...) . ‘CORABASTOS’ al pago de las costas del proceso.*

“SUBSIDIARIAS:

A. *“Que la Directiva de Gerencia No. 022 expedida por (...) ‘CORABASTOS’ el día 16 de noviembre de 2001, mediante la cual se impuso al “... CONCESIONARIO UNIÓN TEMPORAL A. MUÑOZ – ALFREDO MUÑOZ Y CIA. LTDA. ...” una multa por la suma de Cuatro mil doscientos veintiséis millones seiscientos noventa y cinco mil ochocientos noventa y dos pesos (\$4.226.695.892) por haber incurrido en incumplimiento durante la etapa de operación del Contrato de Concesión 047-97, así como el acto presunto originado en el silencio administrativo negativo ocurrido por no haberse decidido dentro del término señalado por el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo, el recurso de reposición interpuesto por las actoras contra la citada Directiva de Gerencia, perdieron fuerza ejecutoria.*

B. *“Que, como consecuencia de la pérdida de fuerza ejecutoria de los citados actos administrativos se declare que las sociedades CONSTRUCTORA AMCO LTDA EN EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN antes Alfredo Muñoz y Cia. Ltda. y ALFREDO MUÑOZ CONSTRUCCIONES S.A. integrantes de la UNIÓN TEMPORAL A. MUÑOZ, no están obligados a pagar la multa impuesta mediante los actos acusados.*

C. *“Que, se condene, a (...) ‘CORABASTOS’ al pago de las costas del proceso.”*

- a. Las pretensiones de la demanda relacionadas con la validez de la Multa 2 impuesta por CORABASTOS a las sociedades integrantes de las Uniones Temporales A. Muñoz y Operación Bodega Popular CORABASTOS, por \$1.047.623.800.

46. La demanda relativa a la Multa 2 fue presentada el 20 de mayo de 2019³⁸ y admitida mediante auto contenido en el Acta No. 5.³⁹ Las pretensiones formuladas en la demanda son las siguientes:

“PRINCIPALES:

“PRIMERA. – Que son nulas las Directivas de Gerencia números 103 del 7 de octubre de 2002, mediante la cual (...) ‘CORABASTOS’ impuso a la UNIÓN TEMPORAL A. MUÑOZ y a la UNIÓN TEMPORAL OPERACIÓN BODEGA POPULAR CORABASTOS, una multa por la suma de Un mil cuarenta y siete millones seiscientos veintitrés mil ochocientos pesos (\$1.047.623.800), por incumplimiento en cuanto a los estados financieros de la etapa operativa de acuerdo con la Cláusula Décima Novena del Contrato No. 047 de 1997 y 119 y 121 del 27 de diciembre del mismo año por medio de las cuales se confirmó dicha sanción.

“SEGUNDA. – Que como consecuencia de la nulidad solicitada se declare que las sociedades CONSTRUCTORA AMCO LTDA EN EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN antes Alfredo Muñoz y Cia. Ltda. y ALFREDO MUÑOZ CONSTRUCCIONES S.A., la UNIÓN TEMPORAL A. MUÑOZ integrada por las mismas, las sociedades ASESORÍAS Y REPRESENTACIONES PRADILLA LTDA. y SCHMEDLING ASOCIADOS Y CIA. LTDA. y la UNIÓN TEMPORAL OPERACIÓN BODEGA POPULAR CORABASTOS, integrada por las dos últimas, no están obligadas a pagar la multa impuesta mediante los actos acusados.

“TERCERA. – Que (...) ‘CORABASTOS’ es civilmente responsable de todos los perjuicios morales y materiales causados a las sociedades CONSTRUCTORA AMCO LTDA EN EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN antes Alfredo Muñoz y Cia. Ltda. y ALFREDO MUÑOZ CONSTRUCCIONES S.A. integrantes de la UNIÓN TEMPORAL A. MUÑOZ y a las sociedades ASESORÍAS Y REPRESENTACIONES PRADILLA LTDA. y SCHMEDLING ASOCIADOS Y CIA. LTDA., integrantes de la UNIÓN TEMPORAL OPERACIÓN BODEGA POPULAR CORABASTOS, con la expedición de las Directivas de Gerencia números 103, 119 y 121 de 2002.

“CUARTA. – Que, como consecuencia de la anterior declaración y a título de reparación del daño ocasionado, se condene a (...) ‘CORABASTOS’ a pagar a las sociedades actoras CONSTRUCTORA AMCO LTDA EN EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN antes Alfredo Muñoz y Cia. Ltda., ALFREDO MUÑOZ

³⁸ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 2, folios 135 a 168.

³⁹ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 1, folios 511 a 525.

CONSTRUCCIONES S.A., ASESORÍAS Y REPRESENTACIONES PRADILLA LTDA. y SCHMEDLING ASOCIADOS Y CIA. LTDA., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la providencia que así lo disponga, el valor de los perjuicios mencionados en la declaración Tercera anterior, debidamente actualizados a la fecha en que se efectúe el pago.

“QUINTA. – Que, se condene a (...) ‘CORABASTOS’ al pago de las costas del proceso.

“SUBSIDIARIAS:

A. . “Que las Directivas de Gerencia números 103 del 7 de octubre de 2002, mediante la cual (...) “CORABASTOS” impuso a la UNIÓN TEMPORAL A. MUÑOZ y a la UNIÓN TEMPORAL OPERACIÓN BODEGA POPULAR CORABASTOS, una multa por la suma de Un mil cuarenta y siete millones seiscientos veintitrés mil ochocientos pesos (\$1.047.623.800), por incumplimiento en cuanto a los estados financieros de la etapa operativa de acuerdo con la Cláusula Décima Novena del Contrato No. 047 de 1997 y 119 y 121 del 27 de diciembre del mismo año por medio de las cuales se confirmó dicha sanción, perdieron fuerza ejecutoria.

B. “Que, como consecuencia de la pérdida de fuerza ejecutoria de los citados actos administrativos se declare que las sociedades CONSTRUCTORA AMCO LTDA EN EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN antes Alfredo Muñoz y Cia. Ltda. y ALFREDO MUÑOZ CONSTRUCCIONES S.A., la UNIÓN TEMPORAL A. MUÑOZ integrada por las mismas, las sociedades ASESORÍAS Y REPRESENTACIONES PRADILLA LTDA. y SCHMEDLING ASOCIADOS Y CIA. LTDA. y la UNIÓN TEMPORAL OPERACIÓN BODEGA POPULAR CORABASTOS, integrada por las dos últimas, no están obligadas a pagar la multa impuesta mediante los actos acusados.

C. “Que, se condene a (...) ‘CORABASTOS’ al pago de las costas del proceso.”

a Las pretensiones de la demanda de reconvención.

47. La demanda de reconvención fue presentada el 17 de enero de 2020⁴⁰ y admitida mediante auto contenido en el Acta No. 6.⁴¹ Las pretensiones allí formuladas son las siguientes:

“Primera: (...) [Q]ue en la liquidación que se efectúe del contrato, se tengan en cuenta las sumas que la Constructora Amco Ltda. En ejecución del acuerdo de reestructuración, Alfredo Muñoz Construcciones SA en Liquidación, Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y/o Schmedling Asociados y Cia Ltda., le adeuden a Corabastos y se realicen las compensaciones correspondientes.

“Segunda: En caso de que el Tribunal considere que el valor de las multas que Corabastos les impuso a las sociedades relacionadas en la pretensión primera, a través de la Directiva No.

⁴⁰ Trámite 5053, Cuaderno Principal 1, folio 158 y ss.

⁴¹ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 3, numeral 4°, folios 14 y 15.

022 de 2001 y su confirmatoria y 103 de 2002 y su confirmatoria, fue desproporcionada, le solicito tasarla nuevamente y tener en cuenta dicho ajuste en el acta de liquidación del contrato.

“Tercera: Que se condene a las sociedades relacionadas en la pretensión primera al pago de las costas y agencias en derecho”.

E. TRÁMITE INICIAL

1. Instalación del Tribunal, admisión y traslado de la demanda

48. El 8 de febrero de 2019, el Centro de Arbitraje y Conciliación citó a las partes a reunión de designación de árbitros para el 21 de febrero del mismo año. Ante la no comparecencia de ninguna de ellas, se fijó nueva fecha para el martes 12 de marzo de 2019⁴².
49. El 12 de marzo de 2019, los apoderados de las partes designaron a los doctores María Carolina Rodríguez Ruiz y Roberto Guillermo Gamba Posada, como árbitros principales y a los doctores Samuel Chalela Ortiz y Pablo Felipe Robledo, como árbitros suplentes. Adicionalmente, acordaron designar al tercer árbitro por sorteo⁴³.
50. El 17 de mayo, una vez finalizada la etapa de integración, se corrió traslado a las partes de las aceptaciones de los doctores Samuel Chalela Ortiz, Roberto Guillermo Gamba Posada y Camilo Calderón Rivera, árbitro sorteado⁴⁴.
51. El 27 de junio de 2019 se inició a la audiencia de instalación del Tribunal. Durante ella, el doctor Camilo Calderón Rivera presentó su renuncia, procediéndose entonces a la reintegración del Tribunal Arbitral⁴⁵.
52. El 2 de julio de 2019, el Centro de Conciliación notificó al árbitro suplente, doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, su designación⁴⁶.
53. El 4 de julio de 2019, la doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez aceptó su nombramiento⁴⁷. De él se corrió traslado a las partes el 24 de julio de 2019⁴⁸.

⁴² Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 1, folios 350 – 359.

⁴³ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 1, folio 395.

⁴⁴ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 1, folios 424 – 428.

⁴⁵ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 1, folios 453 – 455.

⁴⁶ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 1, folios 473 – 476.

⁴⁷ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 1, folios 477 – 478.

⁴⁸ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 1, folios 479 – 488.

54. El 19 de septiembre de 2019 se continuó la audiencia de instalación del Tribunal, éste se declaró legítimamente instalado, se ratificó como presidente del Tribunal al árbitro Roberto Guillermo Gamba Posada y se designó como secretaria a la doctora Anne Marie Mürrle Rojas⁴⁹.

2. Contestaciones de las demandas, excepciones y traslado de las mismas.

a Contestación de la demanda principal

55. El 13 de diciembre de 2004, el apoderado de CORABASTOS contestó la demanda principal ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca,⁵⁰ se opuso a las pretensiones formuladas, se refirió a los argumentos contenidos en ella para desvirtuarlos, pidió prueba pero no formuló excepciones.
56. Entre los argumentos de la contestación menciona los siguientes: las Directivas de Gerencia 107, 107A 122 y 124 “*se profirieron mediante procedimientos legalmente establecidos, bajo el amparo de la Constitución Política, la Ley y las disposiciones del Estatuto de Contratación Administrativa, motivo por el cual se deben mantener incólumes*”; y por estar ajustadas a derecho, no procede su nulidad, ni las reclamaciones derivadas de ellas.
57. Se opone a “*la reparación de un daño moral, que además de no estar causado; mucho menos está demostrado y probado por la parte actora a quien le corresponde no solo alegarlo sino sustentarlo con pruebas sumarias.*”
58. Se opone a una nueva liquidación porque “*los actos impugnados se ajustaron a derecho (...)*”
59. Niega la infracción de las normas constitucionales citadas en la demanda como violadas, y señala: “*(...) la administración de Corabastos al proceder a la liquidación del contrato 047 de 1997, cumplió con todas las etapas previas a la expedición de dichos actos, en especial, observando el debido proceso, con el cumplimiento de las comunicaciones y notificaciones de rigor.*”
60. Reconoce como probada la cesión del contrato de concesión y hace énfasis en la constancia de su texto en el sentido de no haberse liberado al cedente de su responsabilidad por el cumplimiento del contrato.
61. Respecto de las sanciones impuestas, el apoderado de CORABASTOS destaca, refiriéndose al contrato: “[e]l concesionario autoriza a descontar y tomar el valor de las multas de que tratan los párrafos anteriores, en primera instancia, de cualquier suma que le adeude por alguna compensación a su favor, sin perjuicio que éste las haga efectivas conforme a la Ley. (...)” y de tal estipulación concluye: “*independientemente de las cesiones que [la concesionaria] haya*

⁴⁹ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 1, folios 503 – 509.

⁵⁰ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 1, folios 71 – 86.

hecho dentro del referido contrato, no lo liberan (sic) de la responsabilidad del cumplimiento del contrato.”

62. En punto de la falta de competencia alegada en la demanda, CORABASTOS defiende su facultada de liquidar el contrato de acuerdo con lo previsto en la Ley 80 de 1993, pues tal norma *“y sus decretos reglamentarios prevalecen por encima de la convocatoria de los Tribunales de Arbitramento”* y por tanto, la decisión arbitral *“es subsidiaria.”*
63. En cuanto a la expedición irregular atribuida a CORABASTOS, afirma: *“todos los mecanismos que precedieron la liquidación del contrato 047/97, se ajustaron a las comunicaciones y notificaciones previstas en el C.C.A., en la Ley 80 y en la Constitución Política.”*
64. Según la contestación de la demanda, CORABASTOS *“convocó a los representantes legales de la Unión Temporal Operación Bodega Popular CORABASTOS para el día 18 de octubre a las 10 a.m. en las instalaciones de la entidad, con el fin de practicar la diligencia de liquidación bilateral del contrato de concesión 047/97, no haciéndose presente a la diligencia convocada, motivo por el cual la administración procedió a suscribir constancia y posteriormente en cumplimiento de las normas procesales sobre notificación, mediante edicto de fecha 22 de octubre de 2002.”*
65. Con relación a la desviación de poder alegada en la demanda, para CORABASTOS *“la parte actora no prueba en qué consiste”* y reitera haber observado las normas regulatorias de la liquidación del contrato.
66. Acerca del desconocimiento de las estipulaciones contractuales, manifiesta haber respetado todas las condiciones contenidas en el contrato y afirma que los argumentos formulados a este respecto *“fueron debatidos y resueltos en las Directivas impugnadas (...)”*
67. Rechaza el *“balance etapa operación a junio 30 de 2002 con base en el flujo de caja”* pues la parte actora *“invoca un dictamen pericial previsto en un laudo arbitral, que no debe tenerse como prueba, por tal motivo, los factores de ‘Ingresos y Egresos’ no son ciertos y mucho menos confiables.”*
68. En relación con el desconocimiento del laudo arbitral proferido el 12 de diciembre de 2001, según la convocada, *“independientemente del laudo alegado, la administración de Corabastos debe liquidar el contrato citado, y así lo hizo. No se encuentra ninguna razón de peso para que dicho laudo impida la liquidación, o viceversa, la liquidación desconozca el referido laudo.”*
69. En cuanto a la improcedencia de la inclusión de multas en la liquidación, expresa CORABASTOS: *“estas multas ya han sido objeto de demandas, como se prueba en el Hecho No. 21. Pero igualmente no se prueba cuál es su incidencia directa que afecte la liquidación prevista en las Directivas acá impugnadas; esta simple descripción no ataca los actos de liquidación razón por los que (sic) se han de mantener en firme”*

a Contestación de la demanda de la Multa 1

70. El 30 de enero de 2020, el apoderado de CORABASTOS contestó la demanda arbitral referente a la Multa 1⁵¹ y propuso las siguientes excepciones de mérito:

1. *CORABASTOS era competente para multar a la demandada.*
2. *CORABASTOS no violó los artículos 887 y 894 del Código de Comercio, ni el artículo 1602 del Código Civil, si se tiene en cuenta lo establecido en el artículo 890 del Código Civil.*
3. *CORABASTOS no violó los artículos 66 y 73 del CCA, pues aceptó la cesión del contrato que suscribió la Unión Temporal A Muñoz con la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos, no obstante, la cedente de forma expresa se obligó a responder por el cumplimiento del contrato por parte de la cesionaria.*
4. *CORABASTOS no violó los artículos 6 de la Constitución Política y 24 numeral 8 de la Ley 80 de 1993, pues le impuso la multa a quien aceptó hacerse responsable del cumplimiento del contrato, es decir, Unión Temporal A. Muñoz.*
5. *“Inexistencia de falsa motivación.”*
6. *“Inexistencia de desviación de poder, pues CORABASTOS al expedir los actos administrativos que se impugnan tuvo en cuenta que la Unión Temporal A. Muñoz se hizo responsable del cumplimiento del contrato No. 047-97 por parte de la Unión Temporal Bodega Popular Corabastos.*
7. *“CORABASTOS requirió en diversas oportunidades a las convocantes para que dieran cumplimiento a la obligación de recaudo de los dineros de la administración de la bodega, razón por la que no se violó el derecho de defensa.”*
8. *La concesionaria “incumplió con la obligación prevista en el literal b del numeral 3 del párrafo primero de la cláusula primera del contrato de concesión No. 047 de 1997, pues no recaudó en debida forma los dineros obtenidos por la administración de la bodega.”*
9. *“La liquidación de la multa que se impuso está acorde con lo pactado en el contrato.”*
10. *“Los actos administrativos tienen fuerza ejecutoria, pues a través de la liquidación unilateral del contrato, que incluía lo resuelto en los actos administrativos que se impugnan, se realizaron los actos correspondientes para ejecutarlos.”*

⁵⁴ Trámite 5053, Cuaderno Principal 1, folio 138 y ss.

11. *“CORABASTOS no le (sic) generó perjuicios a las convocantes como consecuencia de la imposición de la multa, pues no hay prueba de ello y no han pagado las multas.”*

12. *El laudo arbitral que condenó a CORABASTOS, no exonera a la concesionaria de dar cumplimiento a sus obligaciones, ni le quita a la entidad pública la facultad para sancionarla.*

71. El 17 de marzo de 2020 se corrió traslado de las excepciones de mérito por medio de auto contenido en el Acta No. 7,⁵² por un término de 5 días.
72. La parte convocante recorrió el traslado oportunamente y, en relación con las excepciones formuladas en la contestación a la demanda correspondiente a las Directivas de Gerencia 103 y 119 y 121, solicitó como prueba oficiar al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, solicitando la remisión del expediente correspondiente al proceso 2003-01098 radicado en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y enviado al citado Centro de Arbitraje.⁵³

a Contestación de la demanda de la Multa 2

73. El 30 de enero de 2020, el apoderado de CORABASTOS contestó la demanda arbitral referente a la Multa 2, y propuso como excepciones de mérito las siguientes⁵⁴:

“Excepciones de mérito:

1. CORABASTOS era competente para multar a la demandada a través de la Directiva No. 103 de 2002, razón por la cual no incurrió en desviación de poder.

2. CORABASTOS *“permitió a las convocantes que se pronunciaran respecto de los hechos que dieron origen a la multa, no obstante, estas no se pusieron en situación de cumplimiento, por lo que las Directivas demandadas no se expidieron de forma irregular.*

3. *“CORABASTOS no desconoció lo que se pactó en el párrafo primero de la cláusula sexta del contrato, pues es claro que las contratistas no remitieron en debida forma los estados financieros.”*

4. La multa no fue desproporcionada, atendió lo que pactaron las convocantes con la convocada en la cláusula décima novena del contrato.

5. *“CORABASTOS no violó el artículo 893 del Código de Comercio, puesto que le informó a la Unión Temporal A. Muñoz el incumplimiento en el que incurrió la cesionaria.*

⁵² Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 2, numeral 3, folios 228 – 229.

⁵³ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 3, numeral 14, folio 40.

⁵⁴ Trámite 5053, Cuaderno Principal 1, folio 138 y ss.

6. *“Los actos administrativos tienen fuerza ejecutoria, pues a través de la liquidación unilateral del contrato, que incluía lo resuelto en los actos administrativos que se impugnan, se realizaron los actos correspondientes para ejecutarlos.*
7. *“CORABASTOS no le (sic) generó perjuicios a las convocantes como consecuencia de la imposición de la multa, pues no hay prueba de ello y no han pagado las multas.*
8. *“La expedición del laudo arbitral en el que se condenó a CORABASTOS no exonera a la concesionaria de dar cumplimiento a sus obligaciones, ni le quita a la entidad pública la facultad para sancionarla.”*
74. El día diecisiete (17) de marzo de 2020 se corrió traslado de las excepciones de mérito por medio de auto contenido en el Acta 7,⁵⁵ por un término de 5 días.
75. Dentro del término de traslado de las excepciones formuladas en la contestación a la demanda correspondiente a la Directiva de Gerencia 022 del 16 de noviembre de 2001 y del acto presunto originado en el silencio administrativo negativo, el apoderado de la parte convocante solicitó como prueba oficiar al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, solicitando la remisión del expediente correspondiente al proceso 2002-00719 que cursó en la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual había sido enviado al citado Centro el día 3 de agosto de 2016.⁵⁶

a Contestación de la demanda de reconvencción

76. El 9 de marzo de 2020, el apoderado de las convocantes presentó su contestación a la demanda de reconvencción y propuso como excepciones de mérito las siguientes⁵⁷:
1. *“Inexistencia de obligación alguna a cargo de las demandadas en reconvencción que pueda ser objeto de compensación.”*
2. *“Pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos mediante los cuales se impusieron a las demandadas en reconvencción las multas cuyo valor se pretende compensar.”*
77. El 17 de marzo de 2020 se corrió traslado de las excepciones en auto contenido en el Acta 7⁵⁸, por un término de 5 días.
78. Sin embargo, por medio del Acta No. 9 de 26 de marzo de 2020⁵⁹, el Tribunal decretó la suspensión del proceso desde el 27 de marzo hasta el 13 de abril, ambas fechas incluidas.

⁵⁵ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 2, numeral 3, folios 228 – 229.

⁵⁶ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 3, numeral 14, folio 41.

⁵⁷ Trámite 5053, Cuaderno Principal 1, folio 160 y ss.

⁵⁸ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 2, numeral 3, folios 228 – 229.

⁵⁹ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 2, numeral 6, folios 235 – 237.

79. Luego, el 20 de abril de 2020 en Acta No. 10⁶⁰, se amplió la fecha de la suspensión del proceso y se volvió a correr traslado a la parte convocada de las excepciones formuladas frente a la demanda de reconvención por un término de 5 días.
80. La parte convocada recorrió el traslado el 27 de abril de 2020.⁶¹

3. Audiencia de conciliación

81. El 28 de abril de 2020 se surtió la audiencia de conciliación prevista en la ley respecto de las demandas admitidas en la audiencia del 20 de diciembre de 2019 (Acta No. 5). Ante la imposibilidad de un acuerdo conciliatorio, el Tribunal ordenó continuar con el trámite del proceso⁶².

4. Honorarios y gastos del proceso

82. El 19 de septiembre de 2019, por medio de auto contenido en el Acta No. 2⁶³ el Tribunal Arbitral advirtió: *“En vista de que en auto del 24 de agosto de 2018, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ordenó ‘Remitir el expediente al Centro de Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá’ señalando que ‘lo actuado conserva validez’, corresponde en este punto del trámite fijar los gastos y honorarios del Tribunal (...)”*.
83. Por lo tanto, el Tribunal procedió a fijar los gastos del trámite y los honorarios de los árbitros y de la secretaria, con respecto al proceso de la demanda principal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 y 26 de la Ley 1563 de 2012 y el Decreto 1829 de 2013, sumas canceladas oportunamente por las dos partes.
84. El 28 de abril de 2020, por medio de auto contenido en el Acta No. 11⁶⁴, el Tribunal fijó los gastos del trámite y los honorarios de los árbitros y la secretaria, con respecto a las demandas correspondientes a las Multas 1 y 2. Éstos fueron pagados en su totalidad por la parte demandante, pues la demandada no consignó dentro del término legal el porcentaje a su cargo⁶⁵.

⁶⁰ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 3, numeral 8, folios 22 – 25.

⁶¹ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 3, numeral 1, folios 1 – 7.

⁶² Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 3, numeral 9, folios 26 – 34.

⁶³ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 1, folio 507.

⁶⁴ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 3, numeral 9, folios 26 – 34.

⁶⁵ Trámite 113367-5053, Cuaderno principal 3, numeral 18, folio 46.

F. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

85. El 20 de diciembre de 2019 se dio inicio a la primera audiencia de trámite de la demanda principal (Acta 5),⁶⁶ en ella el Tribunal se declaró competente y en la misma audiencia admitió las demandas contra las Multas 1 y 2 y decretó la acumulación de las mismas en los términos de la solicitud de las demandantes.
86. El 14 de agosto de 2020 se dio inicio a la primera audiencia de trámite de los procesos acumulados⁶⁷ y el Tribunal se declaró competente respecto de ellos, dispuso la continuación del trámite y procedió a resolver sobre las pruebas pedidas por las partes.

G. LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS POR ESTE TRIBUNAL

1. Pruebas documentales

87. Se tuvieron en cuenta todas las pruebas documentales aportadas por las partes con los diferentes escritos, así como las obrantes en el expediente remitido por el Consejo de Estado.
88. Adicionalmente se libró un oficio al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá pidiendo el envío, con destino a este trámite, de los documentos recibidos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2. Exhibición de documentos

89. Se decretó la exhibición de los siguientes documentos:
- (a) Estados financieros presentados por la concesionaria a CORABASTOS en la etapa de diseño y construcción.
 - (b) Correspondencia cruzada entre CORABASTOS y las Uniones Temporales A. Muñoz y Operación Bodega Popular Corabastos.
 - (c) Documentación cruzada entre la concesionaria y los arrendatarios para el recaudo de los dineros correspondientes a la administración de la bodega.
90. Los documentos objeto de la exhibición en manos de las demandantes, fueron enviados por correo electrónico a la secretaría del Tribunal y puestos a disposición del apoderado de la parte demandada desde la audiencia del 28 de agosto de 2020 (Acta 20) hasta el 14 de septiembre de 2020, fecha en la cual se dio por concluida la exhibición (Acta 21).

⁶⁶ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 1, folios 511 y ss.

⁶⁷ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 3, numeral 20, folios 48 - 75.

3. Interrogatorios de parte

91. El interrogatorio del señor Miguel Ignacio Castro Covelli, Representante Legal de las sociedades Constructora Amco Ltda. en ejecución del acuerdo de restructuración y Alfredo Muñoz Construcciones S.A. en liquidación, así como el interrogatorio del señor Germán Pradilla Méndez, Representante legal de Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. en liquidación, fueron recibidos en diligencia del 24 de agosto de 2020 (Acta 18).
92. En esa misma audiencia, el apoderado de la demandada desistió del interrogatorio de parte del señor Alejandro Francisco Schmedling Escobar, citado como Representante Legal de Schmedling Asociados y Cia. Ltda. en Liquidación.

4. Testimonios

93. Se decretaron los testimonios del señor Nelson Darío Ramírez Rojas, jefe de la oficina jurídica de CORABASTOS, practicado el 14 de septiembre de 2020 (Acta 21), y el del señor Uriel Gutiérrez, ex Secretario General y Jurídico de esa entidad, llevado a cabo el 28 de septiembre de 2020 (Acta 22).
94. El apoderado de CORABASTOS, mediante escrito de fecha 27 de agosto de 2020, desistió del testimonio de los señores César López Bernal y Juan David Pachón, desistimiento aceptado por el Tribunal mediante auto del 28 de agosto de 2020 (Acta 20).
95. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 218 del Código General del Proceso, el Tribunal prescindió de las declaraciones de los señores José Ignacio Flórez Zambrano y Freddy Castro Victoria, mediante auto de fecha 28 de septiembre de 2020 (Acta 22).

H. ALEGACIONES DE LAS PARTES

96. En cuanto al proceso relativo a la demanda principal, las demandantes alegaron de conclusión frente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de noviembre de 2008⁶⁸ y la demandada hizo lo propio el 20 de noviembre del mismo año⁶⁹.
97. Por otra parte, los alegatos verbales de las partes y el representante del Ministerio Público, en cuanto a los procesos acumulados, se presentaron en audiencia del 26 de noviembre de 2020 (Acta 26) y los escritos correspondientes fueron entregados a continuación e incorporados al expediente.

⁶⁸ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 1, folios 209 – 230.

⁶⁹ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 1, folios 231 – 238.

98. Adicionalmente, el Tribunal fijó el día 11 de marzo de 2021 (Acta 29), para la presentación de nuevos alegatos de conclusión respecto de la demanda inicial.

I. RESUMEN DE LOS ALEGATOS DE LAS PARTES Y DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. Liquidación unilateral del Contrato por parte de Corabastos

a. Alegatos de la parte demandante

99. La parte demandante solicita al Tribunal declarar la nulidad de las Directivas Nos. 107 y 107 A del 30 de octubre de 2002, mediante las cuales Corabastos liquidó unilateralmente el Contrato, y de las Directivas Nos. 122 y 124 del 27 de diciembre de 2002, proferidas para resolver los recursos de reposición interpuestos contras las primeras.
100. Acusa esta parte a los actos administrativos impugnados de: (i) violar normas superiores; (ii) haberse expedido irregularmente; (iii) haberse proferido con desviación de poder; (iii) desconocer estipulaciones contractuales, y (vi) desconocer un laudo arbitral proferido el 12 de diciembre de 2001.
101. Primero, en relación con la violación de normas superiores, sostiene que la expedición de la Directiva No. 107 fue contraria a los artículos 3, 28, 34, 35 y 50 del Código Contencioso Administrativo, los artículos 24, numeral 2, 61 y 77 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 29 de la Constitución Política. Según la parte demandante, estas disposiciones hacen efectivos los derechos de defensa y contradicción como garantías del debido proceso, y son de obligatorio cumplimiento en todas las actuaciones contractuales de las entidades públicas.
102. Según esta parte, CORABASTOS no se ajustó a lo dispuesto en dichas normas, pues (i) expidió la Directiva 107 antes de la expiración del término para la liquidación bilateral del contrato cuyo vencimiento, conforme al acuerdo de la partes, ocurrió el 31 de octubre de 2002; (ii) no intentó, buscó o propuso fórmula alguna para llegar a un acuerdo sobre la liquidación antes de expedir la Directiva 107; (iii) no dio cumplimiento a lo establecido en el párrafo primero de la cláusula 23 del contrato, y (iv) expidió la Directiva 107 *“con fundamento en uno o más estudios contratados directamente por Corabastos y realizados por terceros sin intervención del Concesionario, privando así a este último de toda oportunidad para debatir o al menos conocer en forma oportuna sus conclusiones.”*⁷⁰
103. Las parte convocante específicamente se muestra inconforme con la fecha de entrega a ésta, del estudio financiero, económico, contable y jurídico base de la liquidación del contrato, pues fue solicitado por CORABASTOS el 20 de septiembre de 2002 y entregado por su autor a

⁷⁰ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 27.

aquella el mismo día de la expedición de la Directiva 107⁷¹. En esas condiciones, -dice- la concesionaria no pudo conocer ni controvertir los fundamentos y conclusiones de la liquidación con anterioridad a su expedición. Además, las fechas de contratación y entrega de dicho estudio evidencian la carencia de objeto de la reunión citada por CORABASTOS para el 18 de octubre de 2002, supuestamente para discutir los términos de la liquidación, pues para entonces la convocada ya había contratado la elaboración del trabajo de liquidación, pero no lo había recibido.

104. En segundo lugar, de acuerdo con la misma parte, en la liquidación unilateral del contrato, CORABASTOS pretirió el principio de “*normatividad de los actos jurídicos*” al desconocer “*varias estipulaciones del mismo, violando así por falta de aplicación el citado Artículo 1602 del Código Civil.*”⁷² La causal la desarrolla en un acápite independiente, denominado “*desconocimiento de las estipulaciones contractuales*”, examinado más adelante.
105. Tercero, alega la violación de los artículos 185 del Código de Procedimiento Civil y 57 y 267 del Código Contencioso Administrativo por CORABASTOS, toda vez que “*la liquidación unilateral desconoció varias de las conclusiones del [dictamen pericial practicado dentro del proceso arbitral que culminó mediante laudo del 12 de diciembre de 2001] cuando, de conformidad con lo previsto por el Artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, dicha experticia está llamada a producir plenos efectos dentro del procedimiento administrativo de liquidación.*”⁷³
106. En un acápite independiente, denominado “*desconocimiento del laudo arbitral proferido el 12 de diciembre de 2001*” las convocantes señalan varios vicios de la liquidación unilateral, pues Corabastos:

“- No acogió los valores de los ingresos, gastos y pasivos que para 1998 y el período comprendido entre el 1 ° de Enero de 1999 y el 31 de Mayo de 2001 determinaron los peritos sino que involucro (sic) nuevos ingresos y rechazo (sic) gastos y pasivos aceptados en el dictamen.

“- Desconoció la existencia del ‘flujo de caja ampliado a Junio del 2002’ que obra como Anexo 14 A de las ‘Ampliaciones y Complementaciones al dictamen pericial’ que fue elaborado por las peritos a solicitud del Concesionario y no fue objetado por Corabastos.

⁷¹ La parte Demandante hace referencia al “Acta de Finalización” del Contrato No. 026/2002 entre Corabastos y el señor Aparicio Trujillo Padilla. (Trámite 113367-5053 Cuaderno de Pruebas 14, Numeral 14, folio 281).

⁷² Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 29.

⁷³ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, págs. 29-30.

“- Asume para efectos de la liquidación y de la determinación de la rentabilidad de la inversión del Concesionario que este la realizo en el mes de Diciembre de 1998, cuando en el dictamen se establecen con exactitud las fechas respectivas (De Junio a Septiembre de 1998).”⁷⁴

107. Cuarto, denuncia la falta de aplicación por CORABASTOS, del artículo 174 del Código Contencioso Administrativo, relativo a la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas, pues el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato *“desconoció los alcances y conclusiones del Laudo Arbitral proferido el 12 de Diciembre de 2011 y confirmado por el H. Consejo de Estado mediante sentencia del 22 de Agosto de 2002”⁷⁵.*

108. Esta causal también es materia de análisis en un acápite independiente, denominado *“el desconocimiento del laudo arbitral proferido el 12 de diciembre de 2001”*, así:

“- Al tratar el tema relacionado con las facturas que le presento (sic) el Concesionario por valor de las sumas no pagadas por los arrendatarios durante los últimos trece (13) meses de ejecución del Contrato, manifiesta Corabastos en el acto acusado: ‘Que las facturas mensuales por concepto de saldos insolutos de ingresos no percibidos y representados por el Concesionario, la Corporación los desestima con base en los resultados de la presente liquidación’ con lo cual deja sin valor y efecto la decisión que tomó el Tribunal en el sentido de que Corabastos debe pagar al contratista las sumas no cubiertas por los arrendatarios de la Bodega Popular.

“- Contrariando la obligatoriedad que el Tribunal de Arbitramento le reconoció al ‘flujo de caja’ y a sus componentes, Corabastos lo modifico (sic) excluyendo rubros que formaban parte del mismo (impuesto, AU de operación, etc) y alterando el rendimiento que dicho flujo reconocía al Concesionario.

“- Olvido (sic) Corabastos que el Tribunal al examinar la estructura económica del Contrato, concluyo (sic) que los ingresos de la concesión debían atender los gastos, la rentabilidad del contratista y la recuperación del capital invertido y término (sic) en el acto recurrido, liquidando unos rendimientos \$ 441.977.866.17 que representan una rentabilidad aproximada del 6.3 % para un período de 46 meses.

“- Insiste Corabastos sobre el supuesto desequilibrio económico que se presentó en su contra en relación con el Contrato No. 04 7-97 tema que planteo (sic) el Tribunal mediante la interposición de la respectiva excepción que fue declarada no probada y sobre la cual como es obvio, no se puede volver.”⁷⁶

109. Quinto, acusa a CORABASTOS de violar los artículos 48 y 64 del Código Contencioso Administrativo —relativos a la notificación y firmeza de los actos administrativos como

⁷⁴ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 43.

⁷⁵ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 30.

⁷⁶ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 44.

requisito de su eficacia y oponibilidad—, pues en la liquidación unilateral incluyó como obligaciones a cargo de las convocantes las correspondientes a las multas impuestas mediante dos Directivas de Gerencia que no les fueron previamente notificadas. Específicamente, la Unión Temporal Operación Bodega Popular y sus integrantes niegan haber sido notificadas de la Directiva 022 y afirman haberlo sido de la Directiva 103 cuando ya se habían expedido las Directivas 107 y 107 A.

110. Sexto, alega la violación de los artículos 15, 27 y 103 del Decreto 111 de 1996, pues *“las multas impuestas en desarrollo de un contrato estatal deben pagarse a favor del erario público y, por lo tanto, no pueden ser incluidas en la liquidación como una obligación a favor de la entidad contratante.”*⁷⁷
111. Séptimo, estima violado el artículo 893 del Código de Comercio, pues CORABASTOS vinculó a la Unión Temporal A. Muñoz, conformada por las sociedades AMCO Ltda. y Alfredo Muñoz Construcciones S.A., a los actos acusados, sin cumplir los requisitos exigidos por la ley para comprometer su responsabilidad frente a obligaciones supuestamente incumplidas por la concesionaria, y origen de las sumas a cargo de ésta en la liquidación unilateral. Así mismo, dice, de ser procedente la extensión de los efectos de la liquidación a la Unión Temporal A. Muñoz, su vinculación sería subsidiaria y no solidaria como se afirma en los actos acusados.
112. Octavo y último, considera el desconocimiento de las normas civiles y comerciales anteriormente mencionadas como una violación, por falta de aplicación, del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, a cuyas voces los contratos de las entidades públicas se registrarán *“(…) por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.”*
113. En relación con la segunda causal de nulidad alegada —la expedición irregular de los actos de liquidación unilateral del contrato—, la parte demandante reitera lo alegado en punto del incumplimiento de la cláusula 23, parágrafo primero del contrato, a cuyas voces CORABASTOS debía remitir la liquidación a la concesionaria antes de su expedición y dejar transcurrir 30 días calendario. Al incumplir esta obligación, sostienen las convocantes, la convocada las privó de la posibilidad de conocer y debatir los fundamentos de la liquidación.
114. Respecto de la tercera causal a saber, la desviación de poder en la liquidación del contrato, considera configurada la nulidad alegada *“cuando los móviles o fines que tiene en cuenta la autoridad administrativa que lo expide son diferentes del interés público propio de todas las actuaciones del Estado o a pesar de tener como fin ese interés público, el fin perseguido es diferente del previsto en la norma que atribuye la competencia...”*⁷⁸. En este caso, dice, *“lo que motivó al funcionario a imponer multas por cifras absurdas e infracciones inexistentes, incluirlas en una liquidación no siendo oponibles al Concesionario y en fin liquidar el contrato desconociendo disposiciones legales y contractuales no fue propiamente el interés público,*

⁷⁷ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 31.

⁷⁸ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 33.

sino la clara intención de desconocer y evadir el cumplimiento del Laudo Arbitral proferido en contra de Corabastos y confirmado por el H. Consejo de Estado.”⁷⁹

115. Respecto de la cuarta causal, “desconocimiento de las estipulaciones contractuales”, sostiene: *“la legalidad [de los actos acusados] debe examinarse igualmente a la luz de las estipulaciones del Contrato No. 047-97, pues la violación de estas últimas afecta [su] validez.”⁸⁰* En particular, las convocantes hacen referencia a las cláusulas 3º, 4º, 21 y 23 del contrato, a los numerales 1.2.2.13, 2.2.6, 3.1.2.3, 3.6.2 y 3.6.3 de los Pliegos, y a los Anexos No. 1 (“Reglamento para la Operación”), numeral 1.1.6., ordinal G, y No. 10 (“Flujo de Caja”) de los pliegos de condiciones, disposiciones presuntamente desconocidas en la liquidación.

116. Según la parte demandante, las siguientes determinaciones en relación con los “ingresos” en el acápite de la liquidación unilateral denominado “Balance Etapa de Operación a Junio 30 de 2002 con base en el Flujo de Caja” son contrarias a las estipulaciones contractuales:

“- La suma correspondiente a los denominados ‘Recaudos’ no es \$ 2.501.660.246 sino \$ 2.514.070.374 como la señala la perito Fajardo Velásquez en la respuesta a la pregunta 3.2 que le formulo la parte actora.

“- La suma de \$ 66.040.946 que, supuestamente se origina en unos mayores ingresos resultantes de la auditoria ‘Junio 1 º de 2001 a Junio 30 de 2002’ es inaceptable, pues se soporta en el ‘Anexo 8’ que se limita a transcribir unas cifras sin explicación o justificación alguna.

“- El pago realizado por Corabastos por ‘Garantía Sobre Arriendos’ no ascendió a \$ 446.530.013 sino a \$426.530.013 como lo señala la perito Fajardo Velásquez en la respuesta a la pregunta 3.2 que le formulo (sic) la parte actora.

“- De acuerdo con lo anterior, los denominados ‘Ingresos Recaudos’ ascienden a \$ 2.940.600.387 y no a \$ 3.014.231.205 como se indica en el acto acusado.

“- La suma denominada ‘Aporte en pagos varios Corabastos’ por valor de \$ 1.501.922.951.89 que corresponde al saldo insoluto y en mora a cargo de Corabastos por concepto de repago no puede incluirse dentro de los ingresos por la sencilla razón de no haber sido pagada y, en consecuencia, el rubro ‘Repago Total’ (Garantía Corabastos) quedaría reducido a \$ 8.396.442.373 como lo estableció la perito Fajardo Velásquez en la respuesta l. que le formulo (sic) la parte actora.

“- El denominado ‘Ingreso adicional pagos Corabastos’ por valor de \$ 126.258.959.50 que aparentemente resulta de restarle al valor de los supuestos pagos realizados por Corabastos (\$1.526.447.034 pagina 43 de la liquidación) el valor del saldo insoluto del repago (\$1.50 l.

⁷⁹ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 34.

⁸⁰ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 34.

922. 952) la diferencia entre el saldo insoluto del repago (\$1.501.922.952) y sumarle al resultado (\$24.524.082) la suma de \$101.734.876 que supuestamente corresponde a rendimientos del fideicomiso no puede incluirse dentro de los ingresos por las siguientes razones:

“- El valor de \$1.526.447.034 no es cierto como se explica en el ordinal A.2 siguiente y, adicionalmente correspondería, de ser cierto, a un egreso que no puede dar origen a un ingreso del flujo de caja.

“- Los rendimientos del fideicomiso que opero (sic) durante la etapa de diseños y construcción de ser ciertos, pues no aparece prueba alguna sobre el particular no pueden incluirse, pues como se observa en el denominado ‘Balance Etapas Diseño y Construcción’ los mismos fueron absorbidos por los egresos de dicha etapa y, adicionalmente porque no tienen su origen ni en la facturación por arriendos, servicios y administración que son los únicos ingresos que de acuerdo con el contrato pueden ser tenidas en cuenta como se dejó señalado en el numeral 5. anterior.

“- Así las cosas, la suma a que ascendería el denominado ‘Total Ingresos Concesión’ no es de \$ 13.038.855.489.53 como se indica en la liquidación sino de \$ 11.337.042.561 como lo determino la perito en la respuesta a la pregunta 3.2 que le formulo la parte actora.”⁸¹

117. En relación con los “egresos” registrados en el acápite denominado “Balance Etapa de Operación a Junio 30 de 2002 con base en el Flujo de Caja” de la liquidación unilateral, dice haberse desconocido rubros de gastos causados, incluidos en el flujo de caja. En particular, señala:

(a) CORABASTOS “resolvió modificar unilateralmente el flujo, reemplazando los mencionados rubros [se refiere a los rubros de personal administrativo y al A.U. de operación] por uno que denominó ‘Comisión Administración’ 6.57% sobre ingresos estimados.”⁸²

(b) La liquidación no incluye el gasto correspondiente a “teléfonos” aunque en el listado de las supuestas cuentas pendientes de pago a cargo de la concesionaria, CORABASTOS incluyó la suma de \$30.822.306,86 por concepto de servicio telefónico; y “al contratista nunca se le informo (sic) ni así lo dispone el contrato en parte alguna que solo se le reconocería el valor del servicio telefónico pagado por Corabastos.”⁸³

(c) La tesis adoptada por CORABASTOS en la liquidación según la cual para determinar la utilidad solo se deben deducir de los ingresos los gastos efectivamente pagados por la concesionaria es errada, pues “los gastos ‘pendientes de pago’ son erogaciones en que

⁸¹ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, págs. 36-37.

⁸² Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 37.

⁸³ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 38.

también ha incurrido el Concesionario.”⁸⁴ Además, adoptar la tesis de CORABASTOS implica aceptar que dicha entidad se beneficie de su propio incumplimiento, pues fue ella quien “coloc[ó] al Concesionario en imposibilidad de atender en debida forma los gastos generados por la operación de la Bodega”⁸⁵.

- (d) La cuantía de los gastos debe corresponder a las cifras contenidas en el dictamen pericial rendido dentro del proceso arbitral del Tribunal I, cuyas conclusiones han sido verificadas y avaladas por el dictamen de la perito Elizabeth Fajardo Velásquez dentro del proceso 2003-02108. Según la parte demandante, con fundamento en dicho dictamen y en el de la perito Fajardo Velásquez, se tiene:

“- Que el valor de los gastos en que incurrió el Concesionario durante la ejecución del contrato y que deben ser tenidos en cuenta para la liquidación, no ascienden a la suma de \$ 3.304.684.285.14 como se señala en la liquidación sino a \$ 4.348.628.651 o a \$ 5.142.819.165 si se incluyen los correspondientes al ICA y al IVA por pagar como lo estableció la perito Fajardo Velásquez en la respuesta a la pregunta 3.3 que le formulo (sic) la parte actora y su correspondiente aclaración.

“- Que de acuerdo con el flujo de caja, el valor del AU operación, correspondiente (sic) al veinte por ciento (20%) de los gastos, porcentaje que en el caso concreto asciende a la suma de \$ 869.725.730 o a \$ 1.028.563.833 (si en los gastos se incluyen las sumas correspondientes ICA y al IVA por pagar) como lo estableció la perito en la respuesta a la pregunta 3.4 que le formulo (sic) la parte actora y su correspondiente aclaración.”⁸⁶

- (e) Del rubro “Servicios y otros conceptos pagados por Corabastos”, discriminado en el Anexo 3, debe excluirse la suma de \$ 93.912.242 por concepto de seguros, pues (i) “el Concesionario cumplió con sus obligaciones sobre el particular como consta en el acta de entrega y su adición”⁸⁷, (ii) CORABASTOS no presentó soporte o comprobante alguno sobre dicha partida, y (iii) ésta tampoco consta en el dictamen rendido dentro del proceso arbitral ni en el de la perito Fajardo Velásquez.” Así mismo, afirma, debe rechazarse la partida por \$ 661.965.655 por concepto de impuesto predial, “pues del valor de este gravamen solo se le puede imputar al Concesionario la suma de \$ 121.672.981 como lo estableció la perito Fajardo Velásquez en la respuesta a la pregunta 3.1 que le formulo (sic) la parte actora.” Así, la suma de los servicios y el predial pagados por Corabastos es de \$890.869.881, “como lo estableció la perito Fajardo Velásquez en el numeral 2.3.2 de la aclaración a su dictamen”.⁸⁸

⁸⁴ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 38.

⁸⁵ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 38.

⁸⁶ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, págs. 39 – 40.

⁸⁷ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 40.

⁸⁸ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág.

118. En relación con el acápite denominado “*Resultados Flujo de Caja del Proyecto*”, incluido dentro del “*Balance Etapa de Operación a Junio 30 de 2002 con base en el Flujo de Caja*”, la parte demandante observa: “*de acuerdo con dicho flujo, el capital invertido por el Concesionario debe irse amortizando a lo largo de la etapa de operación y (...) el rendimiento o TIR del contratista, fue acordado en el veintinueve por ciento (29%) efectivo anual y no puede ser modificado en forma unilateral por la entidad contratante como ocurre en la liquidación recurrida.*”⁸⁹

119. Por último, en relación con el acápite denominado “*Liquidación Final*”, la parte demandante sostiene:

(a) De presentarse un “*superávit*” de ingresos, su valor debe ser repartido entre los contratantes por partes iguales. La liquidación unilateral de CORABASTOS viola el contrato, pues le adjudica a dicha entidad la totalidad del supuesto superávit.

(b) La partida denominada “*Cuentas por Cobrar Sección VI*” por valor de \$ 382.297.534, merece las siguientes observaciones:

“- *De acuerdo con el inventario físico de que da cuenta el Acta de Recibo, los únicos elementos faltantes o en mal estado de la Bodega Popular eran unos bombillos (página 4) por lo tanto, no se puede incluir la partida de \$ 57.935.000 por concepto de ‘arreglos pendientes’ sobre la cual además no se entregó al Concesionario soporte alguno.*

“- *Como se hizo constar en la Adición al Acta No. 01, ‘ durante todo el proceso de la operación, la contabilidad fue llevada a través de un sistema de Outsourcing razón por la cual no es propietario del software requerido para presentar la opción de contabilidad ’ (página 2), por lo tanto, no puede incluirse la partida por valor de \$ 26.500.000 sobre la cual además tampoco se presentó soporte o comprobante alguno.*

“- *Las licencias de Office si (sic) fueron entregadas por el Concesionario como consta al final de la página 1 de la Adición al Acta No. 01 y por lo tanto, no puede incluirse la partida por valor de \$ 4.721.283 sobre la cual tampoco se presentó comprobante alguno.*

“- *De acuerdo con la página 46 del Acta No. 1, solo uno de los computadores entregados requería reparación, por lo tanto, no puede incluirse la partida por valor de \$ 2.430.200, la cual tampoco fue soportada.*”⁹⁰

⁸⁹ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 40.

⁹⁰ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 41 (subrayado en el original).

- (c) No hay soporte para incluir en la liquidación las sumas correspondientes a las denominadas “Cuentas por cobrar entrega etapa de Construcción” por valor de \$ 289.700.525,33.
- (d) “La condena que le fue impuesta a Corabastos en el Laudo Arbitral por concepto de garantía de ingresos no puede ser incorporada en la liquidación, pues en la fecha de esta última aún no se había pagado suma alguna por dicho concepto y menos como una suma a favor de Corabastos”⁹¹.
- (e) No es procedente la inclusión de las multas impuestas por CORABASTOS mediante las Directivas Nos. 22 y 103 en la liquidación. La validez de dichas multas está sometida a la decisión de este Tribunal.
120. Además, advierte, la suma de \$ 1.598.293.936 no corresponde a una “multa”, como se le califica en la liquidación, sino a “una condena por indemnización de perjuicios que le fue impuesta a Corabastos por haber incurrido en mora en el pago de su aporte durante la etapa de diseño y construcción.”⁹² Por lo tanto, “se trata de dineros completamente ajenos a la etapa de operación y al flujo de caja que no deben ser incorporados a la liquidación, entre otras razones porque su origen no es ni puede ser esta última sino el laudo arbitral.”⁹³
121. Analizadas las causales de nulidad de la liquidación unilateral del contrato, pasa la parte demandante a comentar la liquidación realizada por la perito Elizabeth Fajardo Velásquez en el marco del proceso 2003-02108. En primer término, considera correcta la experticia, “[p]artiendo de la base de que la liquidación debe realizarse con base en cortes anuales (salvo para el último período que fue de seis (6) meses) y aplicando el principio de que los ingresos de la concesión deben ser destinados en primer lugar a la atención de los gastos originados en la operación de la Bodega Popular luego el pago del rendimiento garantizado al Concesionario sobre su inversión y, finalmente a la recuperación de esta última”⁹⁴. A continuación, se refiere a los cálculos de la perito y expone su criterio cuando el dictamen considera dos hipótesis para la liquidación:
- (a) En cuanto a los gastos correspondientes al ICA y el IVA por pagar, insiste en su inclusión como gastos de la concesionaria “porque los mismos se causaron y porque así lo acordaron las partes como se desprende del flujo de caja contractual que incluye expresamente dichos rubros.”⁹⁵

⁹¹ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 41.

⁹² Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 42.

⁹³ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 42.

⁹⁴ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 46.

⁹⁵ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 47.

- (b) En cuanto a las dos hipótesis planteadas en respuesta a la pregunta 3.6 formulada a la perito y su correspondiente aclaración, argumenta:

“En cualquiera de las dos hipótesis anteriores de la suma que resulte de la liquidación a favor del concesionario deberá descontarse el valor que por concepto del déficit de ingresos y en cumplimiento del laudo de fecha 12 de Diciembre de 2001 pago (sic) Corabastos es decir la suma de \$5.699.408.919, pago que no tuvo en cuenta la perito Fajardo Velasquez porque a la fecha de elaboración del dictamen no se había realizado.

“Sobre el saldo que resulte a favor del concesionario deberá ordenarse el pago de intereses liquidados a la tasa del interés bancario corriente desde la fecha de terminación del contrato (30 de Junio de 2002) hasta la fecha del laudo de conformidad con lo estipulado en la cláusula Vigésima Tercera del contrato.

“En subsidio del reconocimiento de los intereses acordados en el contrato la convocada deberá ser condenada a pagar la suma que resulte a su cargo debidamente actualizada con base en el índice de precios al consumidor IPC desde la fecha de la terminación del contrato (30 de junio de 2002) y hasta la fecha del laudo.”⁹⁶

122. En relación con la objeción por error grave formulada por Corabastos contra el dictamen de la perito Fajardo Velásquez, la parte demandante niega la existencia del pleito pendiente alegado por CORABASTOS, pues en el proceso arbitral iniciado el 1º de octubre de 2002 no se formuló pretensión alguna respecto de la nulidad de los actos administrativos de liquidación del contrato, y en cualquier caso, advierte, tal circunstancia no sería causal para establecer la existencia de un error grave en el dictamen.
123. Luego refuta la existencia de *“varios dictámenes sobre los mismos puntos lo cual implicaría una violación de lo dispuesto por el Artículo 239 del Código de Procedimiento Civil.”⁹⁷* Al respecto señala:

“- Los dictámenes existentes se han rendido en distintos procesos: los dos arbitramentos que se han tramitado entre las partes y el radicado bajo el número 2003-02108.

“- Los dictámenes han tenido por objeto puntos distintos: el practicado en el primer proceso arbitral tenía por finalidad la determinación de las sumas a cargo de Corabastos por concepto del déficit de ingresos por el periodo comprendido entre el 1 º de Enero de 1999 y el 31 de Mayo de 2001; el practicado en el segundo proceso arbitral la determinación del citado déficit por el período entre el 1 º de Junio de 2001 y el 30 de Junio de 2002 y; el practicado dentro del presente proceso la liquidación del contrato.

⁹⁶ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, págs. 48 – 49.

⁹⁷ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 50.

*“- La remisión hecha por la perito Fajardo Velásquez al dictamen rendido dentro del primer proceso arbitral en lo relacionado con los ingresos y gastos de la concesión en el período comprendido entre el 1 ° de Enero de 1999 y el 3 de Mayo de 2001 es válida y procedente en los términos del Artículo 185 del Código de Procedimiento Civil.”*⁹⁸

124. En consecuencia, solicita tener por no probada la objeción al dictamen de la perito Fajardo Velásquez.
125. Por último, la parte demandante señala: *“tendiendo en cuenta...que de acuerdo con la estructura económica del contrato el concesionario tenía derecho a recibir la totalidad de los ingresos previstos en el denominado ‘flujo de caja’ y Corabastos la obligación de pagárselos y que partiendo de dicha premisa fue que el Tribunal de Arbitramento que se menciona en el Antecedente 12 de este escrito liquido (sic) parcialmente y con corte al 31 de Mayo de 2001 el contrato[,] lo procedente ahora es determinar si el contratista percibió los ingresos a que tenía derecho.”*⁹⁹
126. Para esa parte, las pruebas llevan a varias conclusiones detalladas en las páginas 52 a 58 del alegato de conclusión en relación con los ingresos proyectados para la concesionaria de acuerdo con el flujo de caja contractual, frente a los efectivamente recibidos.
127. Con base en este ejercicio concluye; *“el resultado de la liquidación es la existencia de un ‘déficit de ingresos’.”*¹⁰⁰ Por lo tanto,

“...Corabastos deberá ser condenada a pagar, sobre el saldo a su cargo los intereses sobre el mismo liquidados a la tasa del interés bancario corriente desde la fecha de terminación del contrato (30 de Junio de 2002) hasta la fecha del laudo de conformidad con lo estipulado en la cláusula Vigésima Tercera del contrato.

*“En subsidio del reconocimiento de los intereses acordados en el contrato la convocada deberá ser condenada a pagar la suma que resulte a su cargo debidamente actualizada con base en el índice de precios al consumidor IPC desde la fecha de la terminación del contrato (30 de junio de 2002) y hasta la fecha del laudo.”*¹⁰¹

b. Alegatos de la demandada

128. En sus alegatos de conclusión ante este Tribunal Arbitral, la demandada solicita desestimar las pretensiones de la demanda;¹⁰² y en los presentados al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en su oportunidad había pedido la confirmación de los actos impugnados, esto

⁹⁸ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 50.

⁹⁹ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 51.

¹⁰⁰ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 58.

¹⁰¹ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 58.

¹⁰² Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 8, Alegatos de conclusión, pág. 25.

es, las Directivas Nos. 107, 107 A, 122 y 124 y en su defecto el rechazo de las pretensiones de la demanda.

129. Preliminarmente, observa que la manera como se ha adelantado este proceso “[ha] generado afectación al ejercicio del derecho de defensa.”¹⁰³ En este sentido, le reconoce al Tribunal Arbitral haber acertado al abrir integralmente un nuevo debate probatorio respecto de los procesos referentes a las multas, pero considera un error no haber procedido de la misma manera respecto del proceso referente a la liquidación del Contrato. Según la demandada,

“[S]i bien era claro que por las regulaciones del C.G. P. en su Art. 138 lo actuado conservaba su validez, vgr la demanda y su contestación, por lo cual no era necesario que se repitieran, la regulación en materia de pruebas se mantuvo idéntica a la que existía para el C.de P.C.

“Entenderlo de una manera diferente ha debido generar una imposibilidad para acumular las demandas, pues no es posible escindir el trámite en un aspecto definitivo como es el régimen probatorio, en un proceso que funde dos demandas, que han de correr la misma suerte.”¹⁰⁴

130. Luego concluye: “habiéndole dado un curso diferente al tema probatorio, los procesos acumulados no siguieron el mismo procedimiento”¹⁰⁵, situación contraria a lo previsto en el artículo 88, numeral 3, del Código General del Proceso en relación con la acumulación de pretensiones.

131. Hechas las anteriores observaciones, pasa a pronunciarse sobre los argumentos de las demandantes sobre la nulidad de las Directivas mediante las cuales la demandada liquidó unilateralmente el Contrato.

132. En primer lugar, controvierte el argumento sobre la falta de competencia para proferir la Directiva No. 107, pues “su legalidad se encontraba condicionada a la decisión de un tribunal arbitral que se convocó el 13 de abril de 2000, para dirimir las controversias entre ella y las sociedades Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados y Cía. Ltda.”¹⁰⁶ Según la entidad estatal, ella sí era competente para proferir la Directiva 107, pues el mencionado tribunal arbitral no tenía competencia para pronunciarse “respecto de la legalidad de los actos administrativos que se profirieran en ejercicio de la facultad legal que se establece en el artículo 60 de la ley 80 de 1993.”¹⁰⁷

133. Además, señala: (i) en la demanda sometida al conocimiento del Tribunal 1 no se discutió la facultad del Gerente de CORABASTOS para expedir la Directiva 107, ni se cuestionó su

¹⁰³ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 1.

¹⁰⁴ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 3.

¹⁰⁵ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 4.

¹⁰⁶ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 5.

¹⁰⁷ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 5 (notas de pie de página omitidas).

legalidad, (ii) la entidad estatal fue notificada de la demanda arbitral después de haber proferido la Directiva 107, y (iii) en cualquier caso, las demandantes debieron haber impugnado la competencia de la entidad estatal para proferir la Directiva No. 107 en ese trámite arbitral, “y no ahora, cuando ya cursó el proceso y la Directiva se encuentra ejecutoriada.”¹⁰⁸

134. En segundo lugar, se opone a los argumentos de la parte demandante, según los cuales Corabastos violó los artículos 3, 28, 34, 35 y 50 del Código Contencioso Administrativo, los artículos 24, numeral 2, 61 y 77 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 29 de la Constitución Política. Al respecto, afirma haber citado oportunamente a las convocantes a una reunión para liquidar bilateralmente el contrato y, conforme a lo dispuesto en la cláusula 23 del mismo, efectuó la liquidación unilateral cuando aquéllas no se presentaron a la reunión programada. En el expediente -señala- se encuentra la evidencia del envío de la citación a la reunión y de la inasistencia de las demandantes¹⁰⁹.
135. Itera el cumplimiento de CORABASTOS a lo previsto en el párrafo primero de la cláusula 23 del contrato, pues dicha disposición la autoriza para liquidar unilateralmente el contrato si no se llega a un acuerdo sobre el contenido de la liquidación, situación materializada en el caso presente por la inasistencia de las demandantes a la reunión citada para efectuar la liquidación bilateral.
136. También afirma que el hecho de haber efectuado la liquidación del contrato con base en estudios encargados directamente por ella y realizados por terceros sin intervención de la concesionaria, no le eliminó a las demandantes la oportunidad de pronunciarse sobre los mismos tras la notificación de la Directiva No. 107. En este contexto -dice-, en el recurso de reposición contra dicha Directiva, las propias demandantes manifiestan haber recibido los documentos de sustento de la liquidación unilateral el 25 de noviembre de 2002 y en cualquier caso, esos documentos estuvieron a disposición de ellas en las instalaciones de Corabastos tras la expedición de la Directiva. Por último, advierte: “no se puede afirmar que no se tuvo acceso a los documentos en los que se sustentó la liquidación del contrato, cuando los demandantes decidieron no presentarse a la reunión en la que se pretendía liquidar bilateralmente el contrato, renunciando a la oportunidad de discutir sus conclusiones.”¹¹⁰
137. En cuanto a la supuesta violación del artículo 1602 del Código Civil, insiste en haber respetado “todas y cada una de las estipulaciones que se establecieron en el contrato”¹¹¹ y en la inexistencia de tal violación.
138. Sobre el alegado desconocimiento de los artículos 185 del Código de Procedimiento Civil y los artículos 57, 174 y 267 del Código Contencioso Administrativo por no haber tenido en

¹⁰⁸ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 6.

¹⁰⁹ La demandada hace referencia a las páginas 45, 48 y 49 del archivo denominado “02. 113367-5053 pruebas No 2 FOLIO 1-69.PDF”.

¹¹⁰ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, págs. 10 – 11.

¹¹¹ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 11.

cuenta CORABASTOS las conclusiones del dictamen practicado en el trámite arbitral convocado el 13 de abril de 2000, no considera a la entidad estatal “obligada a acoger las conclusiones o análisis que en él se expusieron”,¹¹² pues solo está obligada “a acoger y cumplir lo que resolvió el tribunal arbitral en el laudo del 12 de diciembre de 2001, lo que en efecto hizo.”¹¹³ Para la convocada, lo resuelto por el Tribunal I en el numeral cuarto de la parte resolutive del laudo quedó consignado en la liquidación final bajo los rubros “MAS PAGO LAUDO ARBITRAL GARANTIA INGRESOS” y “MULTAS”, “AL CONTRATANTE”, “LAUDO ARBITRAL”, como se puede constatar en la Directiva 107.

139. Respecto de la alegada violación de los artículos 48 y 64 del Código Contencioso Administrativo, manifiesta: “mediante oficio No. 006277 del 9 de octubre de 2002 enviado por correo certificado el 11 de octubre, se le notificó al representante legal de la Unión Temporal Bodega Popular Corabastos, la Directiva de Gerencia No. 103”,¹¹⁴ y así queda claro que dicha Directiva se notificó con anterioridad a la Directiva 107, fechada el 30 de octubre de 2002.
140. En cuanto a la supuesta violación de los artículos 15, 27 y 103 del Decreto 111 de 1996 por haber ordenado la consignación del valor de las multas impuestas mediante las Directivas 022 y 103 a Corabastos y no a la Nación, sostiene estar facultada “para cobrar a su favor las multas que le impuso al contratista a través de las Directivas No. 22 y 103 e incluirlas en la liquidación del contrato, pues así lo habilitó el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 y la cláusula décima novena del contrato.”¹¹⁵
141. En relación con la supuesta inoponibilidad de las Directivas Nos. 22 y 103 a la Unión Temporal A. Muñoz por no haberse cumplido lo dispuesto en el artículo 893 del Código de Comercio, la demandada sostiene haber satisfecho “los requisitos que se establecen en dicho artículo, pues a pesar de que el contrato se había cedido, se entendió que el interlocutor de las dos uniones temporales era la misma persona, es decir, el señor Alfredo Muñoz, quien habló siempre frente a la entidad contratante en esa condición.”¹¹⁶ Lo anterior -dice- quedó consignado en el testimonio del señor Uriel Gutiérrez, ex Secretario General de Corabastos.
142. Finalmente, niega haber violado el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 por haber incumplido las leyes civiles y comerciales citadas en la demanda, pues CORABASTOS “liquidó el contrato dando cumplimiento al procedimiento establecido en el mismo.”¹¹⁷

¹¹² Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 11.

¹¹³ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 11.

¹¹⁴ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, págs. 13 – 14.

¹¹⁵ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 15.

¹¹⁶ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 16.

¹¹⁷ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 17.

143. En tercer lugar, se opone al cargo separado de “*incompetencia*” formulado por las convocantes, remitiéndose a los argumentos expuestos en relación con la supuesta violación de normas superiores de orden constitucional.
144. En cuarto lugar, rechaza el cargo separado de “*expedición irregular*” remitiéndose a los argumentos expuestos con ocasión de la supuesta violación de los artículos 3, 28, 34, 35 y 50 del Código Contencioso Administrativo, los artículos 24, numeral 2, 61 y 77 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 29 de la Constitución Política.
145. En quinto lugar, se opone al cargo de “*desviación del poder*” Afirma: “*Evidentemente la motivación de Corabastos al proferir la Directiva No. 107 y en ella incluir las multas que se impusieron al contratista mediante las Directivas No. 22 y 103 no fue desconocer el laudo arbitral, sino ser consecuente con lo que se había resuelto en dichos actos administrativos y con la conducta de los contratistas (...) [y] honrar lo establecido en la cláusula décima tercera y vigésima novena del contrato.*”¹¹⁸
146. En sexto lugar, no acepta haber desconocido las estipulaciones contractuales en la liquidación unilateral. En primer término, contrario a lo afirmado por las demandantes, en su opinión la cláusula 23 del contrato no establece la periodicidad aplicable al balance financiero para liquidar el acuerdo de voluntades y en cualquier caso, la periodicidad establecida por CORABASTOS en la Directiva 107 no le ha generado afectación económica alguna a las convocantes y por ende, su reparo en ese sentido carece de “*razonabilidad práctica*”¹¹⁹.
147. Los reproches de las demandantes frente a algunos montos registrados en el componente de “*ingresos*” del acápite de la liquidación unilateral denominado “*Balance Etapa de Operación a Junio 30 de 2002 con base en el Flujo de Caja*”, le merecen a la demandada los siguientes cometarios:

“[E]n relación con el reproche que se realiza frente al monto correspondiente al rubro “AJUSTE RECAUDOS AUDITORIA JUNIO 1 DE 2011 A JUNIO 30 DE 2002” por valor de \$66.040.946, debo manifestar que el mismo se originó en la diferencia encontrada entre los valores reportados y los valores reales obtenidos de los saldos de las cuentas corrientes, ante el incumplimiento en proveer la información de meses anteriores a enero de 1998 y mayo de 2011 por parte del concesionario.

“Igualmente, en relación con la afirmación que se efectúa en la demanda relacionada con los recaudos que se incluyeron en la Directiva No. 107, debo manifestar que los mismos son correctos de acuerdo a lo que dictaminó la perito Elizabeth Fajardo. En efecto, en la página 63 de dicho dictamen, la perito señaló que los ingresos recibidos por concepto de arriendo,

¹¹⁸ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 18 – 19.

¹¹⁹ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 20.

servicios y administración ascienden a la suma de \$2.514.070.374, no a la suma de \$2.494.031.763 a la que hizo referencia el apoderado de las convocantes.

“Por otra parte,(...) la cifra que se incluyó en la Directiva correspondiente a la garantía de arriendos es correcta, pues así lo señaló la perito Fajardo. En efecto, en dicho dictamen la perito señaló que el valor que Corabastos pagó por ese concepto, ascendió a la suma de \$446.530.13, es decir, el mismo valor que aparece en el balance de la etapa de operación bajo el título “PAGO CORABASTOS GARANTÍA SOBRE ARRIENDOS”.

“En lo que tiene que ver con los \$1.501.922.951,89 que se encuentran en el componente de “INGRESOS” de la Directiva No. 107, no se encontró prueba de que ello corresponda al saldo insoluto del repago.

“Es importante señalar además, que el rubro que se incluyó en el Balance Etapa Operación a Junio 30 de 2002 como “INGRESO ADICIONAL PAGOS CORABASTOS” corresponde a los rendimientos del fideicomiso, que están en los estados financieros provistos mensualmente por la Fiduciaria Pacífico. Estos ingresos, son ingresos adicionales del contratista que se deben incluir en la liquidación, pues para extraer la rentabilidad real obtenida deben sumarse la totalidad de los ingresos que en ejecución del contrato éste obtuvo.”¹²⁰

148. Respecto de los reparos de las demandantes frente a los “egresos” registrados en el acápite denominado “Balance Etapa de Operación a Junio 30 de 2002 con base en el Flujo de Caja” de la liquidación unilateral, señala:

“[L]os gastos correspondientes al personal administrativo y el AU de operación no se reconocen, ya que dichos conceptos son atribuibles a una construcción y no a la operación de la Bodega Popular. Estos conceptos se pagan en el mercado como un porcentaje del valor total a recaudar. Debo señalar que si se reconocieran estos conceptos, podría configurarse un detrimento al patrimonio público. De la misma forma, Corabastos no aceptó los impuestos correspondientes a renta e ICA, pues estos no son aplicables a las uniones temporales.”¹²¹

149. En relación con el acápite denominado “Resultados Flujo de Caja del Proyecto”, incluido dentro del “Balance Etapa de Operación a Junio 30 de 2002 con base en el Flujo de Caja”, haciendo referencia al dictamen de Nancy Mantilla Valdivieso y Clara María Cárdenas Mejía en el trámite arbitral iniciado el 13 de abril de 2000, sostiene: “la TIR real del proyecto no fue la que expresó el concesionario en su propuesta, pues a la misma no se le había descontado el efecto de la inflación.”¹²² En este contexto, explica, la TIR “fue actualizada por Corabastos con base en la diferencia que existe entre los datos de la inflación proyectada en el flujo de caja y los datos de la inflación real durante la ejecución del contrato” y “teniendo en cuenta

¹²⁰ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 20-21 (notas de pie de página omitidas).

¹²¹ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 21.

¹²² Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 22.

que la tasa de inflación se redujo en su ejecución, la tasa que mantiene el equilibrio económico del contrato es la que fijó Corabastos.”¹²³ Lo anterior -argumenta- fue explicado en la Directiva 122 confirmatoria de la liquidación unilateral del contrato.

150. En cuanto a los reproches de las demandantes al acápite denominado “*Liquidación Final*”, la demandada sostiene:

(a) “[E]n la liquidación del contrato se deben incluir todas las obligaciones que se generaron entre las partes en su ejecución y que estén pendientes de pago” y, por lo tanto, “no es procedente afirmar que en la liquidación no se deben incluir las multas que Corabastos le impuso a las convocantes o las condenas que mediante laudo del 12 de diciembre de 2001 se le impusieron a Corabastos, pues dichos valores se generaron como consecuencia de la ejecución del contrato.”¹²⁴

(b) “[N]o le asiste razón al apoderado cuando sostiene que la condena que le fue impuesta a Corabastos en el laudo arbitral por concepto de garantía de ingresos no podía ser incorporada en la liquidación como una suma a favor de la Corporación, pues en el momento en el que se profirió la Directiva No. 107, el laudo arbitral estaba pendiente de una aclaración e interposición de recurso de súplica.”¹²⁵ En este contexto, explica, mientras no hubiera certeza de las sumas a cargo de CORABASTOS según el laudo arbitral, correspondía incluir los \$ 6.403.176.056 como superávit a favor de la entidad; y previendo una condena al pago de dicha suma, restarla en la misma liquidación, anulándola.

151. Por último, afirma no encontrar pruebas en el expediente de perjuicio alguno sufrido por las demandantes como consecuencia de la liquidación unilateral del contrato como para exigir a CORABASTOS el pago de monto alguno por ese rubro.

c. Alegatos del Ministerio Público

152. El Ministerio Público solicita al Tribunal (i) declarar la nulidad de las Directivas 107, 107 A, 122 y 124; (ii) “acceder a realizar una nueva liquidación contractual del contrato 047-97”, y (i) declarar prósperas “las pretensiones de condena en los montos que se demuestren.”¹²⁶

153. En primer lugar, según el Ministerio Público, CORABASTOS “podía proferir los actos acusados que dispusieron y confirmaron la liquidación del contrato de concesión 047-97 a pesar de tramitarse paralelamente una demanda arbitral.”¹²⁷ En este sentido, para el Ministerio Público, el trámite arbitral iniciado el 1º de octubre de 2002 por Asesorías y

¹²³ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 21.

¹²⁴ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 24.

¹²⁵ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 24.

¹²⁶ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 10, Concepto del Ministerio Público pág. 45.

¹²⁷ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 10, Concepto del Ministerio Público pág. 10.

Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados y Cía. Ltda. contra la entidad estatal pretendía la declaratoria de incumplimiento de esta última por no haber pagado el saldo insoluto de determinadas sumas de dinero, pero las pretensiones planteadas en este trámite arbitral están encaminadas a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de liquidación unilateral del contrato. Por lo tanto, concluye, no es aceptable argumentar la improcedencia de liquidar el contrato por tramitarse simultáneamente otra demanda arbitral.”¹²⁸

154. En segundo lugar, el Ministerio Público sostiene que en la etapa de liquidación del contrato se desconoció el debido proceso administrativo contractual. En primer lugar porque de conformidad con el término contractualmente pactado, la liquidación de común acuerdo debía realizarse dentro de los tres meses siguientes a su finalización y las comunicaciones cruzadas entre las partes respecto de la posible ampliación de dicho plazo no culminaron en una prórroga. Considera incorrecta la tesis de CORABASTOS según la cual la liquidación de común acuerdo podía llevarse a cabo dentro de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato conforme al artículo 60 de la Ley 80 de 1993, pues dicho plazo solo se aplica cuando las partes no han pactado un término distinto y extemporánea la convocatoria de la demandada a una reunión el 18 de octubre de 2002 para liquidar bilateralmente el contrato, pues para ese entonces se había vencido el plazo pactado de tres meses para la liquidación de común acuerdo.
155. Además, destaca la falta de comunicación en debida forma de la diligencia de liquidación contractual alegada por las demandantes, afirmación no estudiada ni desvirtuada por CORABASTOS al resolver los recursos de reposición en contra del acto de liquidación unilateral. Tampoco encuentra prueba acreditativa de la comunicación enviada por la entidad estatal a la Unión Temporal Bodega Popular CORABASTOS – o a sus integrantes– citándola para la diligencia de liquidación contractual o de haber sido recibida materialmente, pues tan solo obra copia de una guía de mensajería de la empresa DEPRISA - dicho sea de paso ilegible- respecto de la fecha de envío; y frente al destinatario, solo contiene el nombre “*ALFREDO MUÑOZ ROA*” con dirección Carrera 14 No 86 A – 76.”¹²⁹
156. En este punto, el Ministerio Público cita decisiones del Consejo de Estado sobre las condiciones fijadas en de los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 para la procedencia de la liquidación unilateral del contrato a cuyas voces la entidad pública debe acreditar que “*el contratista recibió efectivamente tal convocatoria o notificación o que, en su defecto, se agotaron todos los medios posibles para hacerle entrega material al contratista de la referida convocatoria y que este se negó a recibirla, pues la sola constancia de envió resulta insuficiente para demostrar que fue el contratista, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, quien se negó a*

¹²⁸ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 10, Concepto del Ministerio Público pág. 12 (cursivas en el original).

¹²⁹ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 10, Concepto del Ministerio Público pág. 18 (notas al pie de página omitidas).

participar del procedimiento administrativo de liquidación.”¹³⁰ Siendo así, el Ministerio Público descarta la tesis de la demandada sobre la procedencia de la liquidación unilateral por inasistencia de la contratista a la liquidación bilateral.

157. En tercer lugar, señala: “[l]o resuelto en el laudo arbitral del 12 de diciembre de 2001, trascendía a la liquidación del contrato de concesión 047-97, al imponerse condenas a CORABASTOS por (a) el incumplimiento por pago tardío de los aportes a cargo de Corabastos en la etapa de construcción, así como por los perjuicios derivados del mismo y (b) por los incumplimientos relativos al no recibo por el contratista de los ingresos de la concesión en el lapso comprendido de enero de 1999 a junio de 2001, previstos en su flujo de caja proyectado.”¹³¹ Sobre este punto, de acuerdo con el Ministerio Público, en el laudo del 12 de diciembre de 2001 se abordaron entre otros aspectos (i) la estructura económica del contrato; (ii) el incumplimiento por el pago tardío de los aportes a cargo de CORABASTOS y los perjuicios causados, y (iii) los incumplimientos relativos al no recibo por el contratista de los ingresos de la concesión previstos en su flujo, y a continuación pasa a citar *in extenso* algunos acápite de dicho laudo.
158. En cuarto lugar, advierte: “[l]os actos administrativos acusados – que liquidaron y confirmaron la liquidación del contrato 047-97- adolecen de causales de nulidad porque si bien, en la liquidación contractual era dable incluir las multas impuestas al concesionario, no lo es menos que, se evidencia falsa motivación por desconocimiento de cláusulas contractuales y la aplicación errada del Laudo Arbitral proferido el 12 de diciembre de 2001.”¹³²
159. Citando al Consejo de Estado, describe la falsa motivación como “(...) un cargo que ataca el elemento causal del acto administrativo, por atribuir la Administración una calificación errada a los motivos de hecho o de derecho que dan lugar a su expedición.”¹³³ Luego, el Ministerio Público considera a la convocada incurso en “hechos fundantes de causales de nulidad” al liquidar el contrato.
- (a) Primero, porque al tomar como base de la ecuación contractual para la liquidación del contrato el denominado “flujo de caja de lo ejecutado”, en vez del flujo de caja proyectado en la oferta por la concesionaria y aprobado por CORABASTOS, la demandada desatendió lo pactado en las cláusulas 3º y 4º del contrato y aplicó erróneamente la cláusula 23, solo prevista para la terminación anormal del mismo y no para cuando termina por vencimiento del plazo contractual, como sucedió en este caso. El Ministerio Público fundamenta su posición en las cláusulas 3º y 4º —referidas al valor del contrato y la remuneración—, en lo indicado en los pliegos de condiciones acerca de

¹³⁰ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 10, Concepto del Ministerio Público págs. 20-21, citando a: Consejo de Estado, Sección Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 3 de octubre de 2012, Rad. 23400, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Actor: Hernán Guzmán Chacón.

¹³¹ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 10, Concepto del Ministerio Público págs. 21-22.

¹³² Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 10, Concepto del Ministerio Público pág. 29.

¹³³ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 10, Concepto del Ministerio Público pág. 31 (énfasis eliminado).

la recuperación de la inversión, en lo afirmado en la aclaración del dictamen pericial,¹³⁴ y en lo establecido en ciertos apartes del laudo arbitral del 12 de diciembre de 2001 relativos a la estructura económica del contrato.

Además, advierte que al utilizar el “*flujo de caja de lo ejecutado*” en la liquidación del contrato, CORABASTOS desconoció la condena impuesta en el laudo del 12 de diciembre de 2001 por sus “*incumplimientos relativos al no recibo por el Contratista, (sic) de los ingresos de la concesión previstos en su flujo, en el periodo comprendido de enero de 1999 a Junio de 2001, en cuyo contexto, dicho sea de paso se utilizó el flujo de caja proyectado para ese periodo*”¹³⁵.

- (b) Segundo, porque al liquidar el contrato, la entidad estatal aplicó erróneamente lo ordenado en el laudo arbitral del 12 de diciembre de 2001. En este sentido, explica, por una parte, la condena impuesta a CORABASTOS por \$6.403.176.058 “*comprendía la diferencia de ingresos entre los ingresos operacionales proyectados y los ingresos recibidos por el concesionario equivalente a \$ 5.699.408.919 y su actualización conforme al IPC a noviembre 30 de 2001, por valor de \$ 703.767.137, luego no resultaba dable en la liquidación contractual, la inclusión de este último valor.*”¹³⁶

Y, por la otra, la suma de \$1.598.293.935 corresponde a una condena derivada del incumplimiento por el pago tardío de los aportes a cargo de la convocada en la etapa de construcción; y los perjuicios causados, y tampoco correspondía la inclusión de los perjuicios causados en la liquidación.

160. Por último, sostiene, en principio, corresponde incluir las multas impuestas por la entidad contratante en la liquidación. Entonces “*resultaba dable atendiendo la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados que se hubiera incluido las multas impuestas al Concesionario mediante las Directivas de Gerencia 22 del 16 de noviembre de 2001 y 103 de 7 de octubre de 2002.*”¹³⁷ Sin embargo, para efectos de la liquidación arbitral del contrato, solicita tener en cuenta la falta de competencia de CORABASTOS para expedir las Directivas 022 y 103 mediante las cuales impuso las multas en cuestión y decretar su nulidad.

¹³⁴ Al referirse al dictamen pericial, el Ministerio Público cita el siguiente documento: “Aclaración dictamen pericial CUADERNO DE PRUEBAS No 9 – OFICIO REMISORIO DEL TRIBUNAL, Fol. 23”. Véase, Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 10, Concepto del Ministerio Público págs. 36-37, nota de pie de página 25.

¹³⁵ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 10, Concepto del Ministerio Público, pág. 42 (énfasis eliminado).

¹³⁶ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 10, Concepto del Ministerio Público pág. 44.

¹³⁷ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 10, Concepto del Ministerio Público págs. 44-45.

2. La imposición de multas por parte de Corabastos

a Alegatos de la parte demandante

161. Las convocantes solicitan al Tribunal “*resolver favorablemente las pretensiones de las demandas principales acumuladas, negar las de la demanda de reconvenición y condenar a la convocada al pago de las costas de este proceso.*”¹³⁸
162. En primer lugar, sostienen que las Directivas 022 y 103 adolecen de nulidad por incompetencia en los términos de los artículos 84 del Código Contencioso Administrativo y 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Específicamente, no encuentran a CORABASTOS habilitada según la Ley 80 de 1993 para imponer y hacer efectivas las multas de manera unilateral y directa; tampoco en el párrafo transitorio del artículo 17 de la ley 1150 de 2007, pues las multas fueron impuestas con anterioridad a la vigencia de ésta y en todo caso, desconocen la competencia *ratione temporis* de la convocada para imponer la Multa 2, pues ello ocurrió después del vencimiento del término de ejecución del contrato.
163. En relación con el primer punto, anota, el contrato fue celebrado una vez expedida la Ley 80 de 1993, la cual, a diferencia del Decreto-Ley 222 de 1983 anteriormente en vigencia, no se ocupa de la imposición de multas por parte de las entidades públicas.
164. Lo anterior -expresa- generó una discusión sobre la facultad de esas entidades para pactar multas y hacerlas efectivas directamente, sin intervención judicial. Aunque la posición del Consejo de Estado cambió en el tiempo, a partir de 2005, dicha Corporación adoptó una posición definitiva manifestada en los siguientes términos: “*en virtud del principio de legalidad que rige los poderes exorbitantes[,] la Administración carecía de competencia para pactar multas en el contrato como clausulas (sic) excepcionales al derecho común y para imponerlas unilateralmente porque la ley 80 no establecía dicha facultad*”¹³⁹.
165. En relación con el segundo punto -explica- el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 “*revivió*” la facultad de las entidades públicas de imponer multas y hacerlas efectivas de manera directa y, en un párrafo transitorio, le otorgó efectos retrospectivos a la norma. Sin embargo, para el Consejo de Estado, “*si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que estas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, estas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley.*”¹⁴⁰

¹³⁸ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 5, Alegatos de conclusión, pág. 62.

¹³⁹ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 16.

¹⁴⁰ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 22, citando a: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de julio de 2008, Exp. 21574, C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

166. Para esta parte, de lo anterior se desprende la falta de competencia material de CORABASTOS para expedir las Directivas 022 y 103 y de ella se deriva “*necesariamente la nulidad absoluta, por objeto ilícito*, [en los términos de los artículos 1509 y 1741 del Código Civil y 899 del Código de Comercio] *de la clausula (sic) Decima (sic) Novena del Contrato de Concesión No. 047-97 por violar normas imperativas de derecho publico (sic) como son los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución.*”¹⁴¹
167. En relación con el tercer punto, reafirma la naturaleza compulsiva, no indemnizatoria de las multas, teniendo en cuenta que la facultad para imponerlas está limitada al tiempo de ejecución del contrato, pues más tarde no puede producir el efecto de apremio atribuido por la ley. Según las demandantes, “*la imposición de una sanción con posterioridad a [la] fecha [de terminación del plazo del contrato] es extemporánea y configura una incompetencia ‘ratione temporis’.*”¹⁴²
168. En segundo lugar, resalta (i) el carácter subsidiario y no solidario de la responsabilidad de las sociedades integrantes de la Unión Temporal A. Muñoz, cedente del contrato, frente al eventual incumplimiento de las sociedades cesionarias, y (ii) la imposibilidad de CORABASTOS de exigir a la Unión Temporal A. Muñoz, y a sus miembros, el pago de las multas impuestas mediante los actos acusados, pues “*no se cumplió la condición de la que dependía el nacimiento de dicha obligación*”¹⁴³, a saber, que la convocada les informara de los supuestos incumplimientos de las cesionarias dentro de los 10 días siguientes a su ocurrencia, según lo dispone el artículo 893 del Código de Comercio.
169. En relación con la Multa 1, -dice la parte demandante- el supuesto incumplimiento motivo de su imposición se produjo en el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 1999 y el 16 de noviembre de 2001. Sin embargo, la única comunicación de CORABASTOS a la Unión Temporal A. Muñoz desde el inicio de la etapa de operación hasta la fecha de la Multa 1 (16 de noviembre de 2011), fue la de citación a notificarse de la respectiva Directiva de Gerencia. Dicha Directiva -dice- no menciona la cesión del contrato ni incluye a las cesionarias y solamente impone la sanción directamente a las cedentes.
170. En relación con la Multa 2, afirma que el supuesto incumplimiento origen de su imposición se produjo entre el 20 de febrero de 1999 y el 20 de julio de 2002. Sin embargo, CORABASTOS solo le envió dos comunicaciones a la Unión Temporal A. Muñoz dentro de este periodo (una del 15 de abril de 2002 y otra del 25 de septiembre de 2002),¹⁴⁴ y en ninguna de ellas mencionó un incumplimiento específico y cierto de las obligaciones de la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos. Además, “*desconoció el carácter subsidiario de la*

¹⁴¹ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 24.

¹⁴² Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 24.

¹⁴³ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 29.

¹⁴⁴ Estas dos comunicaciones, y la respuesta del Concesionario a la segunda, se ubican en el expediente, así: Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 2, Numeral 2, Folio 43 y Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 16, Exhibición, Correspondencia Entre Las Partes, Numeral 73.

responsabilidad asumida por las cedentes y las incluyó en el respectivo acto sancionatorio como deudoras solidarias de las cesionarias de la obligación de pagar la sanción.”¹⁴⁵

171. En tercer lugar, para esa parte, al no haber incluido la convocada a la Unión Temporal Operación Bodega Popular CORABASTOS ni a sus sociedades integrantes como sujetos pasivos de la sanción impuesta en la Directiva No. 22 y, por ende, al no haberles notificado dicho acto administrativo, éste no produce efecto alguno respecto de dicha Unión Temporal y de las sociedades participantes en ella. Lo anterior en virtud del artículo 48 del Código Contencioso Administrativo, norma vigente cuando se expidió la Directiva 022.
172. En cuarto lugar, la parte convocante alega la inexistencia de los incumplimientos fundamento de la imposición de las multas. Su obligación de recaudar los dineros obtenidos por la administración de la Bodega Popular, prevista en el numeral 3 b) del párrafo primero de la cláusula 1º del contrato, materia de la Multa 1 -sostiene- consiste en “*cobrar y percibir o recibir los dineros (...) pagados por los respectivos arrendatarios*”¹⁴⁶, obligación que cumplió, y no en recaudar “*los dineros que de acuerdo al flujo de caja contractual debían pagar dichos arrendatarios*”,¹⁴⁷ como pretende CORABASTOS, pues ello implicaría trasladar a la concesionaria la obligación de cubrir el déficit, posición contraria a lo previsto en la cláusula 4ª del Contrato, a cuyo tenor, quien debe responder por el incumplimiento de los arrendatarios es la convocada. A esta conclusión también llegó el Tribunal I al condenar a la entidad estatal a pagar un valor “*...por concepto del saldo insoluto de las sumas que de acuerdo con el flujo de caja contractual debía recibir el concesionario...*”¹⁴⁸.
173. En cuanto a los demás incumplimientos mencionados en la Directiva 022, (i) niega estar contractualmente obligada a adelantar acciones judiciales contra los arrendatarios de la Bodega Popular o estar jurídicamente facultada para hacerlo, pues no era parte de los contratos de arrendamiento, y (ii) afirma haber informado periódicamente a CORABASTOS del estado del recaudo como consta en varias comunicaciones.¹⁴⁹ Por último, se refiere al laudo del Tribunal I, el cual no encontró incumplida dicha obligación de recaudo y le reprocha a CORABASTOS haber emitido la Directiva 022 sin esperar la decisión de ese cuerpo arbitral y más aún, haberla confirmado después de la emisión de aquél, razón suficiente para que el presente Tribunal declare la nulidad de las Directivas 022 y 068.
174. Respecto de la Multa 2, controvierte la existencia de la obligación cuyo incumplimiento dio lugar a la sanción: remitir a CORABASTOS los estados financieros de la concesionaria de

¹⁴⁵ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 29.

¹⁴⁶ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, págs. 30-31 (énfasis en el original).

¹⁴⁷ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 31 (énfasis en el original).

¹⁴⁸ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 32, citando el numeral 4 a) del laudo arbitral del tribunal convocado el 13 de abril de 2000.

¹⁴⁹ La parte Demandante hace referencia expresa a las comunicaciones de fechas 2, 19, 22 y 25 de febrero, 11 y 25 de marzo, 7 de abril, 18 de junio y 9 de agosto de 1999 (Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 2, Folios 24 a 44 y 122 a 128), y a las comunicaciones de fechas 4 y 30 de marzo, 18 y 19 de mayo, y 9 de julio (Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 2, Folios 129 a 131).

manera mensual. El párrafo primero de la cláusula 6° del contrato, invocado por la demandada como fundamento de dicha obligación se refiere a los estados financieros del fideicomiso para el manejo de los fondos del contrato, no a los de la Unión Temporal. Efectivamente, durante los 42 meses de la etapa de operación, la entidad estatal solamente le solicitó a aquélla remitir sus estados financieros en una ocasión. Por último, alega, si en gracia de discusión la parte actora aceptara extender la obligación del párrafo primero de la cláusula 6° a los estados financieros de la concesionaria, su alcance no sería el señalado en la Directiva 022, pues dicha disposición no establece una periodicidad mensual para la entrega. Así las cosas, debe concluirse que las integrantes de la Unión Temporal le dieron cumplimiento a la obligación, pues presentaron sus estados financieros correspondientes a los ejercicios de los años 1999, 2000, 2001 y enero a junio de 2002.

175. En quinto lugar, acusa a CORABASTOS de expedir las directivas mediante las cuales impuso las multas en violación de las siguientes normas superiores:

- (a) Los artículos 6, 121, 122 de la Constitución Política y el artículo 24, numeral 8 de la Ley 80 de 1993, relativos a la extralimitación de funciones, por no estar legalmente habilitada para imponer unilateralmente la Multa 1 y la Multa 2.
- (b) Los artículos 887, 893 y 894 del Código de Comercio y los artículos 1536, 1541 y 1542 del Código Civil, sobre los efectos de la cesión de los contratos, por (i) no haber incluido a las sociedades cesionarias como sujetos pasivos de la Multa 1 y (ii) no haber notificado a las sociedades cedentes de los supuestos incumplimiento de las cesionarias en los términos del artículo 893 del Código de Comercio.
- (c) El artículo 1602 del Código Civil, pues “*al imponer las sanciones de que dan cuenta los actos acusados, [CORABASTOS] desconoció las causas y limitaciones que sobre el particular establece el Contrato...*”¹⁵⁰.
- (d) Los artículos 3, 28, 34, 35 y 50 del CCA, 24, numeral 2, y 77 de la Ley 80 de 1993, y 29 de la Constitución Política, referentes al debido proceso en materia administrativa, pues la convocada no le envió a la concesionaria (y, en el caso de la Multa 1, a la Unión Temporal A. Muñoz, y/o a las sociedades que la integran) aviso, advertencia o comunicación alguna informándole del supuesto incumplimiento o requiriéndola para subsanarlo. En relación con la Multa 2, destaca:

“Corabastos omitió durante tres años y medio hacer a las convocantes cualquier requerimiento sobre la supuesta obligación relacionada con los estados financieros, les pidió una explicación sobre el particular tres meses después de terminado el contrato y, al sexto día hábil siguiente le (sic) impuso una sanción (...) invocando como fundamento

¹⁵⁰ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 42.

*las conclusiones de una supuesta auditoría que nunca les fue puesta en conocimiento ni tuvieron oportunidad de contradecir (...)*¹⁵¹

- (e) El artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, sobre el principio de contradicción en materia de pruebas trasladadas, y el artículo 29 de la Constitución Política, relativo al debido proceso, porque tres de las pruebas invocadas por CORABASTOS para fundamentar su decisión de imponer la Multa 1, (i) no fueron puestas en conocimiento de la Unión Temporal A. Muñoz ni de sus integrantes con anterioridad a la expedición del acto acusado y tampoco les fueron entregadas a las citadas sociedades al momento de la notificación del acto acusado; (ii) se refieren a otros documentos desconocidos por dichas sociedades, y/o (iii) se refieren a pruebas practicadas sin audiencia de éstas, en un trámite arbitral del cual no fueron parte y por consiguiente, no pueden oponérseles y trasladárseles a la actuación administrativa ahora bajo examen de este Tribunal.¹⁵²
 - (f) El artículo 13 de la Ley 80 de 1993, sobre la normatividad aplicable a los contratos estatales, por haber desconocido una serie de normas civiles y comerciales al expedir los actos impugnados.
176. En sexto lugar, considera nulos los actos administrativos impugnados por haberse expedido de manera irregular. En este punto, se remite a su afirmación en relación con la violación de los artículos 3, 28, 34, 35 y 50 del Código Contencioso Administrativo, pues *“Corabastos expidió los actos acusado sin haberle dado previo cumplimiento al procedimiento [aplicable a todas las actuaciones administrativas conforme a las normas citadas] mencionado anteriormente, imponiendo así de plano una sanción y privando a las afectadas de la posibilidad de conocer y debatir sus fundamentos.”*¹⁵³
177. En séptimo lugar, también considera nulos los actos impugnados por haberse expedido ellos con desviación de poder, causal cuya configuración se da *“cuando los móviles o fines que tiene en cuenta la autoridad administrativa que lo expide son diferentes del interés público propio de todas las actuaciones del Estado...”*¹⁵⁴. Según la parte demandante:

“Cuando un funcionario público actuando por fuera de su competencia, impone unas sanciones sin que exista un incumplimiento que le sirva de fundamento, desconociendo el derecho de defensa del sancionado, excediendo las limitaciones que sobre el particular establece el contrato y cuantificándola en un valor lesivo que no guarda la más mínima proporción con la supuesta infracción, forzoso es concluir que está actuando motivado por una finalidad ajena al interés público, pues nadie puede incurrir en tantos errores e

¹⁵¹ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 44.

¹⁵² Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, págs. 45-47.

¹⁵³ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 48.

¹⁵⁴ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 48, citando una sentencia del 3 de julio de 1981 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

incongruencias por simple ignorancia o desconocimiento de las normas, principios y estipulaciones contractuales que regulan la materia.”¹⁵⁵

178. Luego llama la atención sobre el valor total de las multas incluido como obligación a cargo de la concesionaria en la liquidación unilateral, y afirma que el propósito de CORABASTOS al imponerlas fue contrarrestar las condenas impuestas en su contra en el laudo arbitral del 12 de diciembre de 2001.

179. En octavo lugar, encuentra la Directiva 022 viciada por falsa o errónea motivación, causada, según ella, por la inexistencia de motivos (falsa motivación) o por su errada apreciación por parte del funcionario (errónea motivación). En este sentido, acusa de falsas las afirmaciones contenidas en los considerandos 8 a 13 de la Directiva 022 en tanto se refieren, bien a obligaciones inexistentes, por haber cedido la Unión Temporal A. Muñoz el contrato, bien a hechos falsos o imprecisos.¹⁵⁶

180. En noveno lugar, alega la indebida liquidación de la Multa 1 y señala:

“Dado el carácter de apremio que tienen las multas y la redacción de la estipulación contractual transcrita, es claro que para sancionar el eventual incumplimiento de un mes debe tomarse como base el promedio diario de recaudo del periodo mensual inmediatamente anterior, así por ejemplo si se trata de sancionar un incumplimiento ocurrido en febrero de 1999, la multa se debe liquidar con fundamento en el recaudo promedio diario de Enero del mismo año, el de Marzo con el recaudo de febrero, etc.”¹⁵⁷

181. “[L]a posibilidad de imponer multas por incumplimientos ocurridos durante un mes dado - concluye-, se agota al expirar el mes inmediatamente siguiente”, pues de lo contrario se llega a situaciones absurdas como la del caso presente, “en el cual la entidad contratante una vez transcurridos un mil treinta y seis (1036) días de la ejecución de la etapa de operación ‘descubre’ que el concesionario ha venido incumpliendo del contrato desde hace 1006 días” y, además, termina imponiendo una multa por un valor “superior a la suma que de acuerdo con el flujo de caja contractual ha debido recibir el concesionario por concepto de arrendamientos durante el periodo que cubre la multa.”¹⁵⁸

182. En décimo lugar, pasa a referirse a la extralimitación y desproporción de la Multa 2 en los siguientes términos:

“[L]a multa recurrida excede el tope señalado en el contrato en la no despreciable suma de Un mil cinco millones quinientos veintiséis mil cincuenta y cuatro pesos (\$1.005'526.054), no guarda proporción alguna con la supuesta infracción que se le imputa al concesionario y, por

¹⁵⁵ Alega Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, págs. 48-49.

¹⁵⁶ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, págs. 50-51.

¹⁵⁷ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 52.

¹⁵⁸ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 53.

ello, en el evento poco probable de que no sea revocada deberá reducirse al menos al máximo permitido por el contrato, es decir, a la suma de Cuarenta y dos millones noventa y siete mil setecientos cuarenta y seis pesos (\$42'097.746) de conformidad con lo previsto por los Artículos 867 del Código de Comercio y 1596 del Código Civil."¹⁵⁹

183. Por último, alega la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos sancionatorios, según los términos de los artículos 66 del Código Contencioso Administrativo y 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues “[e]n los dieciséis años transcurridos desde que los actos acusado quedaron en firme[,] Corabastos no ha adelantado o iniciado gestión alguna tendiente a obtener su cumplimiento”¹⁶⁰.
184. En relación con el argumento de la demandada según el cual “al incluir las multas 1 y 2 en la liquidación unilateral del contrato y compensar su valor con las obligaciones a cargo de la entidad contratante [Corabastos] realizo (sic) las gestiones necesarias para ejecutar los actos administrativos acusados”¹⁶¹, la parte demandante acepta como cierta esta tesis si la inclusión de las multas en la liquidación fuese jurídicamente procedente, mas no lo es, porque las sociedades legitimadas para ser parte del acto de liquidación (las integrantes de la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos) no fueron notificadas de las Directivas sancionatorias en lo absoluto (Multas 1) o no lo fueron antes de la expedición de la liquidación unilateral (Multas 2).
185. Respecto de la solicitud de compensación de las sumas a favor de CORABASTOS, resultantes de la eventual liquidación del contrato, incluida en la demanda de reconvención, la parte demandante advierte; “en el evento de que se considere válido (sic) el acto administrativo que impuso la ‘Multa 1’ [..] el valor de esta última no podría compensarse con la suma que resulte de la liquidación del contrato a favor de las sociedades integrantes de la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos,”¹⁶² pues esas sociedades no tienen la calidad de deudoras de dicha multa. Lo anterior porque (i) CORABASTOS no las incluyó como sujetos pasivos de la Multa 1 en la Directiva 022; (ii) no existe disposición legal o contractual alguna que las obligue al pago de la Multa 1, y (iii) Corabastos no les notificó la citada Directiva, y por tanto, ésta no produce efectos respecto de las afectadas.

a Alegatos de la demandada

186. La parte demandada solicita al Tribunal “que se garantice la presunción de legalidad de las Directivas demandadas, la cual no encuentra razón para ser desvirtuada, y se abstenga de declarar su nulidad.”¹⁶³

¹⁵⁹ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 57.

¹⁶⁰ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 58.

¹⁶¹ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 58.

¹⁶² Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 9, Alegatos de conclusión, pág. 61.

¹⁶³ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, pág. 36.

187. En primer término, expresa su preocupación por no haber permitido el Tribunal abrir un espacio para el debate procesal de la demanda contra la liquidación del contrato y sí lo hubiese hecho respecto de las relativas a las Directivas 022 y 103, pues, según ella, eso “*genera una desarticulación que afecta el cabal ejercicio del derecho de defensa.*”¹⁶⁴ En ese contexto, advierte: “*otorgarle un valor excluyente a la totalidad de las diligencias practicadas en el proceso que abrió este trámite, es decir aquel que involucra las Directivas 107 y 107 A de la liquidación del contrato, sin permitir volver sobre algunas de ellas, como por ejemplo los alegatos de conclusión, está considerado como una causal de nulidad por el Código General del Proceso, en el numeral 7 del Artículo 133*”¹⁶⁵.
188. En segundo lugar, se refiere a la sentencia del 13 de octubre de 2005, en cuanto declaró de oficio la nulidad de la cláusula 19 del contrato y, a solicitud de parte, la de la Directiva 022. Sobre el particular, estima errada la interpretación de la Ley 80 de 1993 efectuada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al considerar que esa norma no previó la facultad de la entidad contratante para imponer multas. Apoyándose en el salvamento de voto de uno de los miembros de la sala de decisión: (i) encuentra la facultad de la entidad estatal para imponer multas en vigencia de la Ley 80 de 1993, derivada de los artículos 26, numeral 5, y 4, numeral 2 de dicha ley, ajustada a derecho; (ii) sostiene que descartar la existencia de esa facultad por el solo hecho de no aparecer expresamente en la Ley 80 implica desconocer el deber de los juzgadores de hacer un análisis estructural de ésta para encontrar sus finalidades y alcances; (iii) reitera la facultad de las partes de incluir la cláusula 19 del Contrato en ejercicio de la autonomía de la voluntad; (iv) cuestiona al Tribunal Administrativo por no tener en cuenta el precedente jurisprudencial vigente cuando se expidió la Directiva 022, según el cual la administración era competente para imponer multas pactadas en un contrato estatal sin necesidad de acudir al juez del contrato; (v) argumenta que, en cualquier caso, la sentencia de 2005 del Consejo de Estado sobre el cambio de la postura jurisprudencial recién anotada no cuestionó la posibilidad de pactar cláusulas de multas, sino la forma de ejecutarlas; y (vi) encuentra en el párrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 la facultad de las entidades estatales de imponer directamente las multas pactadas en los contratos celebrados antes de la expedición de esa ley.
189. Además -destaca- en el proceso que dio origen a la sentencia del 13 de octubre de 2005, la parte demandante no solicitó la nulidad de la cláusula 19 del contrato, pues fue el juez quien la declaró de oficio. Según la demandada, “*la causal de nulidad absoluta a la que hizo referencia el Tribunal Administrativo en esa oportunidad no es aplicable en el presente caso, pues no existe disposición expresa en la ley o en la Constitución que le impida a las partes del contrato pactar una cláusula de multas.*”¹⁶⁶ Apoya esta postura en el artículo 1602 del Código Civil, aplicable a los contratos estatales en virtud del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en los efectos

¹⁶⁴ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, pág. 2.

¹⁶⁵ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, pág. 2.

¹⁶⁶ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, pág. 14.

retroactivos del artículo 17 de la ley 1150 de 2007 y en la posición adoptada por el Consejo de Estado sobre el punto en las sentencias proferidas entre 1998 y 2002.

190. En tercer lugar, presenta los siguientes argumentos de defensa comunes frente a las Directivas 022 y 103: (i) *“Corabastos no le (sic) generó perjuicios a las convocantes como consecuencia de la imposición de las multas, pues no hay prueba de ello y éstas no han sido pagadas”*¹⁶⁷ y (ii) dichos actos administrativos no han perdido fuerza ejecutoria, pues al haberse incluido en la liquidación del contrato, *“las multas fueron efectivamente ejecutadas por vía de compensación”*¹⁶⁸
191. En cuarto lugar, se pronuncia sobre la Directiva 022, mediante la cual CORABASTOS impuso la Multa 1. Primero, niega haber violado la normatividad civil y comercial al imponerla a la Unión Temporal A. Muñoz (cedente) y no a la Unión Temporal Bodega Popular (cesionaria), pues conforme a la cláusula 3º del contrato de cesión y en concordancia con el artículo 890 del Código de Comercio, la Unión Temporal A. Muñoz, como cedente, se obligó expresa e inequívocamente a responder por el incumplimiento de la Unión Temporal Bodega Popular, como cesionaria.
192. Segundo, tampoco acepta haber violado el derecho de defensa de las convocantes frente a la Multa 1, pues CORABASTOS *“si (sic) requirió en diversas oportunidades al concesionario para que diera cumplimiento a sus obligaciones”*¹⁶⁹ en materia de recaudo de cánones. Luego hace referencia expresa a cuatro comunicaciones del expediente (de 22 de septiembre, 7 y 11 de octubre de 1999, y 5 de julio de 2000)¹⁷⁰ y al testimonio del señor Uriel Augusto Gutiérrez, ex Secretario General de Corabastos, quien manifestó que CORABASTOS había notificado al concesionario del incumplimiento presentado y le solicitó las explicaciones de rigor¹⁷¹.
193. Además, llama la atención sobre la evidencia documental del expediente, pues muestra que la Unión Temporal A. Muñoz estaba enterada de los problemas de recaudo motivo de la Multa 1. En particular, se refiere a un acta del 26 de agosto de 1999 suscrita por el representante legal de la Unión Temporal cedente y por el de la cesionaria sobre el recaudo, y a una comunicación del 26 de marzo de 2000 enviada al representante legal de la primera, solicitando la remisión de varios documentos para corroborar los ingresos obtenidos por concepto de arriendos¹⁷².
194. También destaca: *“una vez Corabastos resolvió proferir la Directiva No. 22, se la notificó debidamente al concesionario como se puede constatar en la comunicación que el Secretario*

¹⁶⁷ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, pág. 15.

¹⁶⁸ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, pág. 16.

¹⁶⁹ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, pág. 18.

¹⁷⁰ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, págs. 18-20, notas al pie de página 4.7.

¹⁷¹ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, págs. 20-21.

¹⁷² Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, págs. 21-22.

*General de la Corporación le envió al señor Alfredo Muñoz el 19 de noviembre de 2001*¹⁷³ y recalca el recurso de reposición contra la Directiva 022 presentado por los representantes legales de la Unión Temporal A. Muñoz y la Unión Temporal Bodega Popular CORABASTOS, resuelto mediante la Directiva No. 68.

195. Tercero, la concesionaria incumplió la obligación prevista en el literal b del numeral 3 del párrafo primero de la cláusula 1º del contrato *“pues no recaudó en debida forma los dineros obtenidos por la administración de la bodega”*¹⁷⁴ y, por lo tanto, no se configura la causal de falsa motivación de la Directiva 022.
196. CORABASTOS le exigió a la concesionaria *“procurar el recaudo, realizando las gestiones pertinentes, no que cubriera el déficit dejado por los arrendatarios morosos”*¹⁷⁵ y alega: *“la razón que generó la imposición de la multa fue [por una parte] que el concesionario nunca emitió facturas de cobro o recibos de pago y mucho menos, les hizo seguimiento”*¹⁷⁶ y, por la otra, *“el incumplimiento con su deber de informar periódicamente el estado del recaudo de los cánones de arrendamiento”*¹⁷⁷, ambos incumplimientos plenamente probados en el expediente.
197. Respecto del primer incumplimiento, destaca las siguientes pruebas: (i) comunicación del 16 de noviembre de 2001, del señor Alexander Ríos Arboleda, Subgerente Administrativo y Financiero de CORABASTOS, para el señor Uriel Augusto Gutiérrez Gutiérrez, Secretario General de la misma; (ii) declaración testimonial del señor Uriel Gutiérrez en la audiencia de pruebas del 1 de octubre de 2020; (iii) comunicación del 19 de febrero de 1999, del señor Germán Pradilla Méndez, representante legal de la Unión Temporal Bodega Popular, para el señor José Ignacio Flórez Zambrano, Gerente de CORABASTOS; (iv) comunicación del 2 de febrero de 1999, del señor Germán Pradilla Méndez, representante legal de la Unión Temporal Bodega Popular, para el señor José Ignacio Flórez Zambrano; y (v) declaración testimonial del señor Germán Pradilla Méndez, representante legal de la Unión Temporal Bodega Popular, en la audiencia del 24 de agosto de 2020¹⁷⁸.
198. Respecto del segundo incumplimiento, señala las siguientes pruebas: (i) comunicación del 26 de enero de 2000, de la señora María Cristina Rubio Borbón, Jefe de la División de Contabilidad y Presupuesto de CORABASTOS, para el señor Alfredo Muñoz Roa, representante legal de la Unión Temporal A. Muñoz; (ii) comunicación del 1 de marzo de 2001, de la señora María Cristina Rubio Borbón, para la señora Adriana Quintero, Gerente (E) de la

¹⁷³ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, pág. 22, haciendo referencia a “Comunicación para notificación”, “Anexos memorial descorre traslado”, “03. 113367-5053 CD PRINCIPAL No 3 ANEXOS MEMORIAL DESCORRE TRASLADO FOLIO 47”, “03. MM_PRINCIPAL”, “02.113367-5053”.

¹⁷⁴ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, pág. 22.

¹⁷⁵ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, pág. 25.

¹⁷⁶ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, pág. 25.

¹⁷⁷ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, pág. 26.

¹⁷⁸ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, págs. 23-26.

Unión Temporal; y (iii) comunicación del 17 de julio de 2001, del Subgerente Administrativo y Financiero de CORABASTOS, para el señor Germán Pradilla Méndez, representante legal de la Unión Temporal Bodega Popular¹⁷⁹.

199. Por último, y en relación con los incumplimientos anteriores, solicita tener como prueba la confesión presunta de los hechos objeto del interrogatorio de parte rendido por el señor Miguel Ignacio Castro Covelli como representante legal de la Unión Temporal A. Muñoz en la diligencia de pruebas del 24 de agosto de 2020. Según la demandada, se cumplieron los supuestos establecidos en el artículo 205 del Código General del Proceso para la confesión presunta, pues *“el interrogado no solo desatendió los requerimientos del Tribunal relacionados con dar respuesta al cuestionario sin ayudas de memoria, ni el apoyo de otras personas, sino que se abstuvo de responder preguntas afirmando que no conocía los hechos, no le constaban o no los recordaba”*¹⁸⁰ en contravención de lo dispuesto en el artículo 198 del citado Código.
200. En quinto lugar, se pronuncia sobre la Directiva 103, mediante la cual se impuso la Multa 2. Al respecto primeramente sostiene: *“Corabastos le (sic) permitió a las convocantes que se pronunciaran respecto de los hechos que dieron origen a la multa, no obstante, estas no se pusieron en situación de cumplimiento, por lo que la Directiva demandada no se expidió de forma irregular.”*¹⁸¹
201. Según la demandada, los siguientes documentos evidencian el requerimiento a las demandantes *“para que dieran cumplimiento a la obligación descrita en el párrafo primero de la cláusula sexta del contrato”*¹⁸²: (i) comunicación del 28 de febrero de 2002, identificada con el radicado S.A.F. No. -00061, del Subgerente Administrativo y Financiero de CORABASTOS, para el señor Germán Pradilla Méndez, (ii) comunicación del 9 de abril de 2002, identificada con el radicado No. S.A.F. No. 00117, del Subgerente Administrativo y Financiero de Corabastos, para el señor Germán Pradilla Méndez; (iii) comunicación del 25 de septiembre de 2002, del Subgerente Administrativo y Financiero de CORABASTOS para los representantes legales de las Uniones Temporales; (iv) comunicación del 20 de mayo de 2002, identificada con el radicado S.A.F. No. 001262, y (v) comunicación del 20 de mayo de 2002, identificada con el radicado S.A.F. No. 0156¹⁸³.
202. Además, afirma: *“Corabastos le respetó el derecho de defensa a las uniones temporales, pues les notificó debidamente la Directiva No. 103 y les dio la oportunidad de pronunciarse sobre*

¹⁷⁹ Véase, Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, págs. 26-28.

¹⁸⁰ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, pág. 30.

¹⁸¹ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, pág. 31.

¹⁸² Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, pág. 31.

¹⁸³ Véase, Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, págs. 31-33.

la misma”¹⁸⁴ y que, en efecto, “el concesionario presentó recurso de reposición en contra de la misma, el cual se resolvió mediante Directiva No. 121 de 2002.”¹⁸⁵

203. En segundo lugar, dice: “[e]l concesionario incumplió con la obligación de remitir adecuadamente los estados financieros”¹⁸⁶. En este punto, señala, por una parte, que las demandantes se abstuvieron de exhibir los “[e]stados financieros que el concesionario le presentó a Corabastos en la etapa de diseño y construcción”, según lo ordenado en el auto del 14 de agosto de 2020, situación que, según la demandada, debe ser analizada por el Tribunal de acuerdo con lo previsto en el artículo 267 del Código General del Proceso.
204. Asimismo, afirma que las convocantes (i) no exhibieron la totalidad de la documentación cruzada entre Corabastos y la concesionaria, (ii) tampoco exhibieron la totalidad de la documentación cruzada entre la concesionaria y la fiduciaria, y (iii) se abstuvieron de exhibir la “[d]ocumentación cruzada entre el concesionario y los arrendatarios para el recaudo de los dineros correspondientes a la administración de la bodega”¹⁸⁷. Esto último, “deja sin evidencia las supuestas gestiones que realizó el concesionario frente a los arrendatarios para el cobro de los cánones de arrendamiento y pone al Convocante en la situación del artículo 267 del C. G. del P.”¹⁸⁸
205. Tercero, “Corabastos no desconoció lo que se pactó en el párrafo primero de la cláusula sexta del contrato, pues es claro que las contratistas no remitieron en debida forma los estados financieros”¹⁸⁹. Tanto para la demandada como para las demandantes la mencionada disposición contractual se refiere a los estados financieros del fideicomiso, pero para la primera, tampoco existe prueba de la remisión a CORABASTOS de dichos estados financieros por la concesionaria. Por el contrario, afirma, “lo que sí se evidenció con la documentación que exhibieron las Convocantes, es que la Unión temporal no realizó ninguna gestión con la fiduciaria del contrato para obtener los estados financieros y remitirlos a Corabastos.”¹⁹⁰

a Alegatos del Ministerio Público

206. El Ministerio Público solicita al Tribunal declarar “la nulidad absoluta de la cláusula décimo novena del contrato No 047 de 1997; (ii) (...) la nulidad de los actos administrativos Directivas No 22 de 2001 y 103 de 2002, y de los que, (sic) los confirmaron ficta o expresamente; además, pide: (iii) negar las demás pretensiones de las demandas acumuladas, y en especial lo tocante a perjuicios morales y materiales por no estar acreditados y (iv) desestimar las pretensiones

¹⁸⁴ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, pág. 33.

¹⁸⁵ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, pág. 33.

¹⁸⁶ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, pág. 34.

¹⁸⁷ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, pág. 35.

¹⁸⁸ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, pág. 35.

¹⁸⁹ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, pág. 35.

¹⁹⁰ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 6, Alegatos de conclusión, pág. 36.

de la demanda de reconvencción que dependen directamente del análisis de legalidad favorable de las Directivas de Gerencia 22 de 2001 y 103 de 2002.”¹⁹¹

207. Coincide con las convocantes en la falta de competencia de CORABASTOS para expedir las Directivas 022 y 103, pues en el lapso comprendido entre la derogatoria del Decreto 222 de 1983 y la vigencia de la Ley 1150 de 2007, las entidades públicas no estaban habilitadas para pactar la imposición unilateral de multas en los contratos estatales; y los pronunciamientos en contrario, emitidos por el Consejo de Estado entre 1998 y 2001, no son suficientes para superar la falta de atribución legal expresa para ejercer ese poder sancionatorio y exorbitante.
208. En consecuencia, la cláusula 19 del contrato, en cuanto contempla la facultad la convocada de imponer multas de forma unilateral *“adolece de nulidad absoluta por desconocer los artículos 121 y 122 Constitucionales, lo que de contera afecta la nulidad, por falta de competencia [de las Directivas Nos. 22 y 103.]”¹⁹²*
209. Finalmente, indica que el párrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 se aplica a las multas impuestas con posterioridad a la entrada en vigor de esa ley. No siendo ese el caso, es imposible la aplicación con efecto retrospectivo de la norma señalada.

J. TÉRMINO DEL PROCESO

210. La primera audiencia de trámite del proceso inicial tuvo lugar el 20 de diciembre de 2019, y el término de este proceso se suspendió hasta igualar su trámite con el proceso acumulado.
211. La primera audiencia de trámite del proceso acumulado tuvo lugar el 14 de agosto de 2020.
212. Hasta el momento se han decretado las siguientes suspensiones del proceso acumulado:

Acta No.	Fecha de la audiencia	Desde	Hasta	Días hábiles
19	26 agosto 2020	29 de agosto de 2020	13 de sept. de 2020	11
21	14 sept. 2020	15 de sept. 2020	27 de sept. de 2020	9
22	28 sept. 2020	2 de octubre de 2020	15 de octubre de 2020	9
23	1 oct. 2020	23 de oct. de 2020	17 de nov. de 2020	16
26	26 nov. 2020	9 de dic. de 2020	18 de enero 2021	27
28	9 feb. 2021	10 de feb. de 2021	10 de marzo 2021	21
Total				93

213. De acuerdo con lo previsto en el artículo décimo del Decreto 491 de 2020, el término de los procesos arbitrales es de ocho (8) meses.

¹⁹¹ Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 7, Concepto del Ministerio Público, pág. 21.

¹⁹² Trámite 113367–5053, Cuaderno Principal 4, No. 7, Concepto del Ministerio Público, pág. 19.

214. En tales condiciones, ese término, contado a partir de la primera audiencia de trámite celebrada el 14 de agosto de 2020, vencería el 14 de abril de 2021, y al adicionarle a esa fecha, los noventa y tres (93) días hábiles, durante los cuales se suspendió el proceso, el término del proceso vencería el día treinta y uno (31) de agosto de 2021.

K. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.

215. En virtud de la cláusula compromisoria anteriormente mencionada, este Tribunal de Arbitraje es competente para dirimir el conflicto aquí planteado, pues fue constituido para el efecto en la forma prevista en aquélla.
216. Habida cuenta de la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de darle validez a todo lo actuado dentro del proceso remitido a la justicia arbitral, huelga, de parte de este Tribunal, el examen de los presupuestos procesales, así como cualquier consideración relativa a la caducidad de la acción relativa a las Directivas 107 y 107A, pues tales puntos ya fueron materia de examen por la justicia contencioso administrativa.
217. Las demandas debidamente acumuladas y admitidas por satisfacer los requisitos de ley, por su lado, tienen como partes las mismas de la principal, quienes se encuentran representadas por sus apoderados judiciales reconocidos. Aquéllas versan sobre el mismo contrato de concesión cuya cláusula compromisoria es fuente de la competencia de este Tribunal para conocer de unas y otra. De esa manera, se satisfacen también, los presupuestos procesales previstos en el Código General del Proceso respecto de las primeras.

L. EL CONTRATO DE CONCESIÓN 047 DE 1997 MATERIA DE LA PRESENTE CONTROVERSIA Y LOS DOCUMENTOS QUE LO INTEGRAN.

218. Mediante Directiva de Gerencia No. 092 del 18 de septiembre de 1997¹⁹³ CORABASTOS adjudicó a la Unión Temporal A. Muñoz el contrato de concesión No. 047 de 1997, suscrito por las partes el 25 de septiembre de ese año.¹⁹⁴

1. Las partes.

219. Fueron parte originalmente del contrato las sociedades Alfredo Muñoz y Cía. (ahora AMCO Ltda.) hoy en ejecución de acuerdo de restructuración y Alfredo Muñoz Construcciones S.A., hoy en liquidación, integrantes, como quedó dicho, de la Unión Temporal A. Muñoz como contratista y CORABASTOS como contratante.

¹⁹³ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folio 265.

¹⁹⁴ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folios 265 y ss.

2. El objeto.

220. El objeto del contrato en síntesis (cláusula primera) era:¹⁹⁵

“Realizar por el sistema de concesión, bajo su propio riesgo, la revisión de los estudios y diseños entregados por CORABASTOS, para la bodega, denominada “BODEGA POPULAR”; elaboración de los diseños definitivos, su construcción, explotación, conservación, suministro de equipos, operación técnica y administrativa; elaboración de los estudios y diseños definitivos y construcción de la vía semiperimetral de tráfico de la bodega y estudio, diseño y construcción del sistema de alcantarillado de la Bodega, que se conectará con el colector matriz del sector, de acuerdo con el Plan maestro de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., por el sistema de precio global y plazo fijo para diseño y construcción. (...)”

En la misma cláusula (numeral 3 e del párrafo primero), se fijó la manera como la concesionaria debía recobrar lo invertido a través de la operación y administración de la bodega por el término mencionado en la oferta *“estimado como el necesario para la recuperación total de la inversión con la tasa de retorno requerida (...)”*¹⁹⁶

3. La duración del Contrato de Concesión.

221. El plazo de ejecución pactado fue de 52 meses distribuidos en tres etapas, así: i) Revisión de los estudios y diseños, y elaboración de diseños definitivos. ii) Construcción y iii) Operación, esta última con una duración de 42 meses.

222. El Acta No. 7, de Iniciación de la Etapa de Operación¹⁹⁷ fue suscrita el 15 de octubre de 1998 y en ella se estableció, como fecha de inicio, el 15 de octubre de 1998, pero a continuación, en el mismo documento, las partes aplazaron hasta el 1° de diciembre de 1998 el comienzo de la etapa en razón de las labores de ubicación y acondicionamiento de los arrendatarios, adelantadas por CORABASTOS y dijeron que durante la suspensión *“no se generarán cánones de arrendamiento y demás servicios de administración inherentes a la bodega”*.¹⁹⁸

223. Prorrogaron en consecuencia, la mencionada etapa por 47 días calendario, hasta el 30 de mayo de 2002. Este plazo fue subsiguientemente ampliado en un mes, según consta en la prórroga al contrato No 047-97 del 27 de noviembre de 1998,¹⁹⁹ pues para esa fecha tampoco se habían *“perfeccionado las condiciones para estar en capacidad de desarrollar una apta*

¹⁹⁵ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folio 265 y 266.

¹⁹⁶ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folio 267.

¹⁹⁷ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folio 395 y ss.

¹⁹⁸ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folio 397.

¹⁹⁹ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folio 395.

comercialización en beneficio de los comerciantes.” De esta manera, el contrato expiraba el 30 de junio de 2002.²⁰⁰

4. La remuneración del contratista

224. La cláusula cuarta del contrato señala:²⁰¹

“El pago del valor total del contrato, más los costos relacionados en la propuesta, durante la concesión se hará mediante: El aporte por CORABASTOS que corresponde al cincuenta por ciento (50%) del valor total del Contrato es decir la suma de SIETE MIL DIECISEIS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS CON 22/100 (\$ 7.016.290.899.22) MCTE. El pago del aporte anual de garantía, acorde con el flujo aprobado al CONCESIONARIO y pagado en cuotas trimestrales iguales, dentro de los diez (10) primeros días de cada trimestre siguiente al vencido. La cesión de derechos de recaudo de los dineros generados por el canon de arrendamiento y demás ingresos inherentes a la Administración de acuerdo con el Reglamento Interno de Funcionamiento de CORABASTOS, cobradas a los usuarios de la bodega. PARÁGRAFO PRIMERO: Cada año y a más tardar el día quince (15) de Enero, entre la Interventoría, el CONCESIONARIO y CORABASTOS, se hará una evaluación del flujo con el fin de establecer los montos de GARANTÍA DE CORABASTOS o distribución de utilidades de acuerdo con el Reglamento Interno. PARÁGRAFO SEGUNDO: En el evento de resultar los ingresos, señalados en la presente Cláusula insuficientes, CORABASTOS se compromete a entregarle al CONCESIONARIO anualmente una suma equivalente a la Garantía exigida a CORABASTOS en la propuesta y necesaria para equilibrar, el presupuesto anual (GARANTÍA DE CORABASTOS), y así sucesivamente hasta su recuperación, pero en ningún caso excediendo el plazo máximo de cincuenta y dos (52) meses. La garantía consistirá en la pignoración a favor del CONCESIONARIO de los recursos correspondientes al cobro del rodamiento máximo por el valor correspondiente a la garantía anual aprobada(...)”

225. Acorde con el contrato, el pliego de condiciones establecía los siguientes mecanismos de revisión del flujo de ingresos del contrato y de salvaguardia para la concesionaria:²⁰²

“De común acuerdo entre la interventoría, el Concesionario y CORABASTOS anualmente y a más tardar al día quince de enero, se hará una evaluación del flujo con el fin de establecer los montos de repago o distribución de utilidades de acuerdo con el Reglamento de Operación, según el caso.”

“GARANTÍA:

²⁰⁰ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folio 397.

²⁰¹ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folio 269.

²⁰² Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 3.

“Para salvaguardar al CONCESIONARIO en el evento de resultar los ingresos antes mencionados insuficientes, CORABASTOS S.A. se compromete a retornar al concesionario anualmente una suma equivalente a la necesaria para equilibrar el presupuesto anual, y así sucesivamente hasta su recuperación, pero en ningún caso excediendo el plazo máximo de diez (10) años como se anota en este pliego...”

5. La vigilancia del contrato.

226. La cláusula sexta del acuerdo de voluntades es del siguiente tenor:²⁰³

“VIGILANCIA DEL CONTRATO: (...) PARÁGRAFO PRIMERO: El CONCESIONARIO para las etapas de diseño y construcción, se obliga a entregar al interventor de La CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A. CORABASTOS los estados financieros del fideicomiso debidamente suscritos por Revisor Fiscal, dentro de los veinte (20) días siguientes a su expedición de conformidad con la ley. Los estados financieros deben reflejar en forma adecuada la situación financiera del proyecto en cuanto al origen y aplicación de los recursos y deberán acompañarse de los soportes respectivos. Para la etapa de operación se mantendrá esta obligación, sea a través del fideicomiso o directamente por el CONCESIONARIO.”

6. La cesión del contrato

227. Por su parte, la cláusula décima del contrato preceptúa: *“EL CONCESIONARIO no podrá ceder total o parcialmente el presente contrato sin el previo consentimiento escrito de la CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A. CORABASTOS.”*

7. Las multas previstas en el Contrato 047-97

228. La cláusula décima novena del contrato²⁰⁴ establece diferentes sanciones a cargo de la concesionaria: primeramente, por incumplimiento de *“alguna de las obligaciones previstas desde el perfeccionamiento del contrato hasta la terminación del contrato (...) el (...) 0.01% del valor total del contrato, por cada día calendario de atraso, hasta un máximo de 30 días calendario (...);”* seguidamente, para la etapa de operación por el incumplimiento de *“alguna de las obligaciones contractuales incluidas en el Reglamento de Operación (...), una multa diaria equivalente hasta el promedio diario de recaudo del mes inmediatamente anterior, en proporción a los perjuicios que se causen, y el período de infracción”* y por último, por el incumplimiento de *“otras obligaciones contractuales durante cualquiera de las etapas”,* definidas en el contrato como *“distintas a los plazos indicados para ellas (...), una multa equivalente a los perjuicios que se causen por cada evento y el período de infracción.”*

²⁰³ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folio 270.

²⁰⁴ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folios 274 y 275.

229. Luego estipula: “Los porcentajes establecidos en esta cláusula constituyen el tope máximo aplicable, pero el monto de las multas podrá ser graduable por (...) CORABASTOS conforme a la mayor o menor incidencia del incumplimiento de el CONCESIONARIO en la ejecución del contrato”.

230. Para todas las multas previstas en el acuerdo de voluntades dispone en su parte final:

“EL CONCESIONARIO autoriza a la CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A., CORABASTOS para descontar y tomar el valor de las multas de que tratan los párrafos anteriores, en primera instancia, de cualquier suma que le adeude (sic) por una compensación a su favor, (sic) sin perjuicio que éste (sic) las haga efectivas conforme a la Ley. El pago o la deducción de dichas multas no exonerará a el CONCESIONARIO de su obligación de cumplir el contrato, ni de las demás responsabilidades y obligaciones que emanen de este contrato.”

8. El reconocimiento de la inversión realizada por terminación anticipada del Contrato.

231. La cláusula vigésima primera del contrato contempla su terminación anticipada en diversos casos y expresa en lo pertinente:²⁰⁵

“Cuando por alguna de las circunstancias previstas en este contrato o en la Ley, sea necesario dar por terminado el contrato antes del vencimiento del plazo extintivo del mismo, se establece:
A. Caducado el contrato en cualquier Etapa, (...) CORABASTOS conservará la obligación de pagar el precio de las obras ejecutadas y servicios prestados de acuerdo con las previsiones, calidades y exigencias del contrato, en la forma y términos allí estipulados por lo que los recursos del proyecto continuarán afectados a ese propósito hasta la concurrencia del monto adeudado. B. En caso de terminación del contrato durante la Etapa de Construcción por incumplimiento de (...) CORABASTOS o fuerza mayor o caso fortuito o terminación unilateral (...) CORABASTOS se compromete con el CONCESIONARIO a pagar la inversión realizada hasta el momento de la terminación, actualizando los valores con un índice equivalente a la Tasa Interna de Retorno del Proyecto, determinada en 29% anual, en términos reales después de impuestos, en un plazo máximo de doce (12) meses a partir del establecimiento del hecho, reconociendo durante este período intereses a la tasa bancaria corriente certificada por la Superintendencia Bancaria (...). C. En caso de terminación del contrato durante la Etapa de Operación por incumplimiento de (...) CORABASTOS o fuerza mayor o caso fortuito y antes de que ocurra el pago total de acreencias y la recuperación total del capital invertido por el CONCESIONARIO, así como la rentabilidad garantizada a este capital (...) CORABASTOS se compromete con el CONCESIONARIO a pagar el saldo de las acreencias y el costo financiero. Los dividendos para efectos de reconocer el capital no recuperado, serán calculados de acuerdo con la Tasa Interna de Retorno del inversionista, establecida en el 29%

²⁰⁸ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folio 278.

anual en términos reales después de impuestos, reconociendo durante este período intereses a la tasa bancaria corriente certificada por la Superintendencia Bancaria (...).”

9. La liquidación del Contrato y el plazo para efectuarla.

232. En la cláusula vigésima tercera del contrato se lee:

“LIQUIDACIÓN: Con aplicación del procedimiento y demás requisitos consagrados en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 se procederá a la liquidación del contrato de común acuerdo entre la CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A. CORABASTOS y el CONCESIONARIO dentro de los tres (3) meses siguientes a la finalización del plazo del contrato. Para tal efecto las partes dispondrán la realización de un balance financiero del proyecto para establecer el déficit o superávit de ingresos del periodo de aforo final y un inventario físico de los bienes afectados al mismo, los cuales revertirán a (...) CORABASTOS” sin costo alguno, libre de todo gravamen. (...) En caso de haberse presentado un déficit de ingresos para el último periodo de aforo, (...) CORABASTOS, pagará el monto correspondiente en el término de doce (12) meses reconociendo la tasa de interés bancario (...) PARÁGRAFO PRIMERO: Si no se llegase a un acuerdo sobre el contenido de la liquidación o el CONCESIONARIO no se presenta a suscribir el Acta de Liquidación dentro de los treinta (30) días calendario siguientes al recibo de la misma, o no se presentan las pólizas de garantía correspondientes, la misma será practicada directa y unilateralmente por (...) CORABASTOS y se expedirá mediante acto administrativo susceptible de recurso de reposición (...).”

233. En consonancia con lo allí previsto, el pliego de condiciones del contrato había previamente advertido (numeral 1.7):²⁰⁶

“1.7 PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO: De conformidad con la Ley 80 de 1993, la vigencia del contrato será igual al plazo de la concesión ofrecida por el proponente en su propuesta, adicionado en tres (3) meses, término dentro del cual se efectuará la correspondiente liquidación(...).”

Otro tanto puede apreciarse en la minuta del contrato anexa a dicho pliego, cuya cláusula vigésima tercera²⁰⁷ establecía ese mismo plazo.

10. Los documentos del Contrato de Concesión.

234. La cláusula cuarta del contrato incorpora, dentro de los documentos integrantes del acuerdo de voluntades, “*el flujo aprobado al CONCESIONARIO*: y la trigésima primera²⁰⁸ enuncia los

²⁰⁶ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 3, folio 21.

²⁰⁷ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 3, folio 95.

²⁰⁸ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folio 278.

documentos complementarios del mismo y entre ellos “[e]l pliego de condiciones de la licitación y sus adendos (sic).”

11. El flujo de caja del proyecto.

235. El anexo 10 del pliego de condiciones de la licitación, suministrado por CORABASTOS, contiene el formato del flujo de fondos del proyecto en pesos de 1997, junto con el listado de los diferentes elementos que hacen parte de los ingresos y costos del mismo que debía presentar el proponente.²⁰⁹ Salvo los componentes “*inflación*” estimada para cada año del proyecto, e “*incremento de arriendos*”, fijado en un 25%, ambos preimpresos en el documento, los demás ítems aparecen en blanco para ser diligenciados por el oferente.
236. El flujo de caja elaborado y presentado por la concesionaria siguiendo el formato del anexo 10,²¹⁰ aparece en los folios 28 y 29 del cuaderno de pruebas No. 4.
237. No obstante, la facturación correspondiente al año 1998 no se dio por las razones anotadas en el acápite relativo a la duración del contrato y éste tuvo finalmente, una prórroga de seis meses.
238. La tasa interna de retorno (TIR) incluida en el flujo de caja es del 29%.

12. El flujo de caja ampliado hasta junio de 2002.

239. Si bien ese documento, elaborado a solicitud de las convocantes del Tribunal I por las peritos Nancy Mantilla Valdivieso y Clara María Cárdenas Mejía²¹¹ no hace parte del contrato 047-97, resulta oportuno incluirlo en esta relación, pues viene a reemplazar los ingresos del flujo de caja original provenientes de arrendamientos, administración y servicios - que no se dieron en el año 1998 en razón de las decisiones ya mencionadas acerca de las prórrogas acordadas por las partes - por ingresos de las mismas fuentes, pero generados desde el 1º de enero y hasta el 30 de junio de 2002.

M. LA CONSTITUCIÓN DE LA UNIÓN TEMPORAL OPERACIÓN BODEGA POPULAR CORABASTOS, LA CESIÓN DE LA ETAPA DE OPERACIÓN DEL CONTRATO 047 – 97 A ÉSTA Y SU ACEPTACIÓN POR CORABASTOS.

240. El 23 de septiembre de 1998 las sociedades Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling y Asociados & Cía. Ltda. conformaron la Unión Temporal Operación Bodega

²⁰⁹ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 3, folio 210.

²¹⁰ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folio 280.

²¹¹ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 10, folio 59. Anexo 14 A de las adiciones y complementaciones, p. 1 de 3.

Popular CORABASTOS, cuyo objeto era, entre otros, “ejecutar en forma mancomunada la operación de la Bodega Popular ‘Corabastos’.”²¹²

241. En la cláusula 4ª estipularon:²¹³

242. “De mutuo acuerdo los miembros de la Unión Temporal determinan la distribución de los trabajos de la siguiente manera:

“La sociedad ASESORÍAS Y REPRESENTACIONES PRADILLA LTDA. tendrá una participación del 90% en la Unión Temporal Operación Bodega Popular “Corabastos” y realizará las siguientes actividades:

“(…)

“Recaudar la totalidad de los aportes de la etapa de Operación producto de Contrato de Concesión 047/97 Bodega Popular.”

“La sociedad SCHMEDLING Y ASOCIADOS & CÍA. LTDA. tendrá una participación en la Unión Temporal Operación Bodega Popular “Corabastos” del 10% y realizará las siguientes actividades:

“El manejo administrativo de la etapa de Operación en cuanto a las actividades que tengan relación con la Bodega Popular tales como:

“Celaduría, aseo, mantenimiento rutinario en zonas comunes, facturación y recaudo de cuotas de Administración, recaudo de arrendamientos, pagos de servicios públicos, etc.”

243. El mismo día de la firma de ese acuerdo, concluidas las primeras dos etapas del contrato (diseño y construcción) y previo al inicio de la etapa de operación, la Unión Temporal A. Muñoz cedió a la Unión Temporal Operación Bodega Popular CORABASTOS, a título de compraventa, su posición contractual en esta última etapa del contrato de concesión 047/97.²¹⁴

244. En el acuerdo de cesión las partes pactaron entre otras cosas:

“Primero. Que LA CEDENTE, por medio de este instrumento y de conformidad con los artículos 887 y siguientes del Código de Comercio, cede a título de compraventa y a favor de LA CESIONARIA el Contrato de Concesión No. 047-97 celebrado por la primera con la Corporación de Abastos de Bogotá S.A. “Corabastos el día 25 de septiembre de 1997 en la parte correspondiente a su etapa de operación”

²¹² Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folio 288.

²¹³ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folio 289.

²¹⁴ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folio 297.

(...)

“Tercero. “(...) [Q]ue la CEDENTE de conformidad con lo previsto en el artículo 890 del código de comercio responderá del cumplimiento por parte de la CESIONARIA del contrato cedido.”

245. También en la fecha mencionada la Unión Temporal A. Muñoz remitió a la convocada copia de los contratos de conformación de la nueva Unión Temporal Operación Bodega Popular CORABASTOS y de cesión a ésta de la etapa de operación del contrato. Igualmente solicitó en la comunicación remisoría, la aprobación del segundo, e hizo manifiesta su obligación de continuar “respondiendo por el cumplimiento del contrato cedido.”²¹⁵
246. El 25 de septiembre siguiente CORABASTOS se notificó de la cesión y la aceptó, “dejando constancia que dicha cesión no libera a la cedente de su responsabilidad por el cumplimiento del contrato.”²¹⁶
247. El 1º de enero de 1999 las partes dieron inicio formal a la etapa de operación del contrato mediante la suscripción de la respectiva acta de inicio²¹⁷.

N. EL ACTA DE ENTREGA A CORABASTOS DE LA BODEGA POPULAR Y LAS ACTAS DE FINALIZACIÓN DE LA ETAPA DE OPERACIÓN DEL CONTRATO.

248. Con fecha 2 de julio de 2002 CORABASTOS y la Unión Temporal Operación Bodega Popular suscribieron el “Acta de finalización de la etapa de operación” (Acta No. 1) con el fin de “recibir y entregar los bienes y elementos directamente vinculados con el Objeto del Contrato de Concesión No. 047/97 de conformidad con la cláusula Décima Tercera del citado contrato (...)”²¹⁸. En virtud de dicha entrega se produjo la reversión de la bodega, y de “todos los bienes y elementos directamente vinculados al objeto del contrato los cuales pasan a ser de propiedad de CORABASTOS S.A.”²¹⁹
249. Luego las partes firmaron la “adición al Acta No. 1”²²⁰ para dejar constancia de algunas entregas pendientes.

²¹⁵ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folio 296.

²¹⁶ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folio 301.

²¹⁷ Ibid. Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folio 395. En el Acta No. 7 de iniciación de la etapa de operación del 15 de octubre de 1998, las partes acordaron que el inicio de la etapa de “operación y administración plena de la bodega popular” sería el 1 de diciembre de 1998 y finalizaría el 30 de mayo de 2002; Corabastos solicitó una prórroga en el término de inicio de la etapa de operación, por lo cual, esta finalmente inició el 1 de enero de 1999.

²¹⁸ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folio 303.

²¹⁹ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folio 303.

²²⁰ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 4, folio 366 a 375.

250. El 15 de abril de 2002²²¹ la Unión Temporal Operación Bodega Popular remitió a CORABASTOS los estados financieros de 2001, último año calendario completo de la etapa de operación, y el 16 de septiembre de 2002 los estados financieros finales, vale decir los correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2002²²², fecha contractualmente prevista para la culminación de la etapa de operación.

O. LAS DEMANDAS ARBITRALES ANTERIORES DE LA UNIÓN TEMPORAL OPERACIÓN BODEGA POPULAR CORABASTOS CONTRA CORABASTOS.

1. La primera demanda

251. El 13 de abril de 2000 la Unión Temporal Operación Bodega Popular CORABASTOS inició un proceso arbitral en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá contra CORABASTOS²²³ persiguiendo la declaratoria de incumplimiento de obligaciones de la allí convocada, relacionadas con la remuneración y el saldo a favor de la concesionaria de acuerdo con el flujo de caja, tanto por los arriendos y servicios de la Bodega Popular como por los aportes de garantía a cargo de CORABASTOS (el Tribunal I).
252. Mediante laudo del 12 de diciembre de 2001,²²⁴ corregido y aclarado por auto de fecha del 17 de enero de 2002,²²⁵ el Tribunal I le impuso varias condenas monetarias a la demandada. CORABASTOS interpuso entonces recurso de anulación contra el laudo, el cual fue desestimado mediante providencia del Consejo de Estado de 22 de agosto de 2002.

2. La segunda demanda

253. El 1º de octubre de 2002 las sociedades integrantes de la Unión Temporal Operación Bodega Popular CORABASTOS instauraron otra demanda arbitral ante el mismo centro pidiendo, esta vez, el incumplimiento de la convocada en el pago del recaudo de la Bodega Popular y de los saldos insolutos comprendidos en el periodo del 1 de junio de 2001 al 30 de junio de 2002, así como del saldo impago del Aporte Anual de Garantía" (el Tribunal II).

²²¹ No obstante manifestar la convocada en su contestación a la demanda acumulada No. 2 que dichos estados financieros no cumplían con los requisitos exigidos en las disposiciones contractuales que regularon su entrega, esta parte no discute la fecha en la cual la concesionaria señala haber entregado los aludidos informes, tal como lo manifestó la convocada: "12. Parcialmente cierto. Si bien las contratistas remitieron algunos estados financieros, como se probará en el proceso, los mismos no cumplían los requisitos que exige el parágrafo de la cláusula sexta del contrato (...)"

²²² La Convocada manifestó respecto de la afirmación hecha por la Convocante en el hecho No. 14 de su Demanda: "*Es aparentemente cierto.*"

²²³ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 2, número 7, folios 996 a 1029.

²²⁴ Trámite 5053, Cuaderno de Pruebas 19, folios 204 a 378.

²²⁵ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 2, número 7, folios 1228 a 1247.

254. El 13 de enero de 2006 ese panel arbitral profirió laudo declarándose inhibido para resolver las pretensiones de la demanda, fundado en la sentencia T-481/05 del 11 de mayo de 2005, pues su competencia se enervó al proferir CORABASTOS actos administrativos posteriores a la solicitud de convocatoria de ese tribunal arbitral (liquidación unilateral).²²⁶

II. CAPÍTULO SEGUNDO: DESARROLLO DEL PROCESO ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA CONTRA LAS DIRECTIVAS DE GERENCIA 107 Y 107 A DE 30 DE OCTUBRE DE 2002 CON OCASIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN 047 DE 1997.

255. En los antecedentes de este laudo se hizo mención de la demanda, su contestación, las excepciones formuladas dentro del proceso de nulidad de las Directivas de Gerencia 107 y 107 A y al litisconsorcio necesario por activa decretado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en auto de fecha 27 de enero de 2005²²⁷ de la ya extinta Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A., quien compareció al proceso el 21 de octubre de 2005.²²⁸

A. LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS EN EL PROCESO.

256. De las pruebas pedidas por las actoras se decretaron, entre otras, la documental referida al laudo arbitral pronunciado por el Tribunal I²²⁹ y su confirmación mediante providencia del Consejo de Estado fechada el 22 de agosto de 2002, el dictamen pericial rendido por las expertas Nancy Mantilla Valdivieso y Clara María Cárdenas Mejía dentro de dicho proceso arbitral²³⁰ y la práctica de un dictamen pericial a cargo de la contadora Elizabeth Fajardo Velázquez. No se decretó la práctica de una inspección judicial por tener la misma finalidad de este último dictamen. Igualmente se decretaron todas las pruebas pedidas por CORABASTOS, documentales y testimoniales, aunque algunas de éstas se tuvieron como desistidas por inasistencia de los testigos.²³¹
257. El Tribunal se abstiene de mencionar las pedidas por Seguros Cóndor S.A. por las razones ya consignadas en el Capítulo de antecedentes.

²²⁶ Trámite 113367–5053, Cuaderno de Pruebas 15, folio 4.

²²⁷ Trámite 113367–5053, Cuaderno principal 1, folio 93 y 94.

²²⁸ Trámite 113367–5053, Cuaderno principal 1, folios 113 y ss.

²²⁹ Trámite 113367–5053, Cuaderno principal 1, folios 24 y 127.

²³⁰ Trámite 113367–5053, Cuaderno de pruebas 10.

²³¹ Trámite 113367–5053, Cuaderno principal 1, folio 205.

1. Las pruebas documentales

a. Las decisiones del Tribunal I

258. En cuanto al laudo proferido por el Tribunal I, aportado como prueba al Tribunal Administrativo de Cundinamarca y remitido por esa Corporación al presente proceso, prosperaron las siguientes pretensiones de las convocantes²³²:

- (a) Se declaró que CORABASTOS incumplió el contrato de concesión 047-97.
- (b) Se condenó a CORABASTOS a pagar \$6.403.176.056 por concepto del saldo insoluto a su cargo, de acuerdo con el flujo de caja contractual, por concepto de arriendos servicios y administración de la Bodega Popular desde el 1º de enero de 1999 hasta el 31 de mayo de 2001.²³³
- (c) Se condenó a CORABASTOS a pagar \$1.598.293.035 por el saldo insoluto y sus intereses sobre los aportes cargo de CORABASTOS de conformidad con el contrato y su adición de 28 de mayo de 1998.
- (d) Se condenó a la allí convocada a pagar intereses de mora a la tasa del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo desde la ejecutoria del laudo.
- (e) Se condenó a CORABASTOS a pagarle a las convocantes \$12.375.000 por concepto de honorarios y gastos del Tribunal no reembolsados a éstas, más intereses de mora, desde el 16 de diciembre de 2000, a la tasa más alta permitida por la ley, hasta la fecha de su cancelación.²³⁴

259. Por su parte, fracasaron las relativas a:

- (a) La terminación anticipada del contrato.
- (b) El reconocimiento de los gastos incurridos por la concesionaria con anterioridad al inicio de la etapa de operación del contrato.
- (c) El pago de la suma correspondiente a la recuperación total del capital invertido por la concesionaria y su rentabilidad.
- (d) El reconocimiento de la ganancia, beneficio o provecho dejado de percibir por la concesionaria a raíz del incumplimiento de CORABASTOS.

²³² Trámite 113367-5053. Cuaderno de pruebas 7, folios 1054 y ss.

²³³ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 7, folio 1246.

²³⁴ Ibid.

- (e) El reconocimiento de las sumas a que tiene derecho la concesionaria para mantener el equilibrio del contrato.

2. Las pruebas periciales

a El dictamen pericial rendido en el Tribunal I y su ampliación y complementación²³⁵

260. Fue tenido como prueba por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el dictamen pericial ordenado por el Tribunal I para cuantificar varios puntos entonces objeto de controversia, rendido y luego ampliado y complementado por las peritos Nancy Mantilla Valdivieso y Clara María Cárdenas Mejía. No hay evidencia de objeción alguna al mismo.

261. Por ser parte del expediente remitido por la jurisdicción ordinaria, obra como prueba en el presente proceso.

a El dictamen rendido por la contadora Elizabeth Fajardo Velásquez ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y su ampliación.

262. Esta auxiliar de la justicia rindió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca su dictamen con fecha 9 de abril de 2007,²³⁶ basado en parte, como se expresa en dicho documento, en varios conceptos y cálculos de la pericia rendida por las profesionales Mantilla y Cárdenas ante el Tribunal I.²³⁷

(i) La objeción al dictamen pericial rendido por la contadora Elizabeth Fajardo Velásquez.

263. CORABASTOS objetó el peritaje de la contadora Fajardo por error grave con fundamento en la existencia de un pleito pendiente entre las mismas partes y por los mismos hechos, es decir, el proceso arbitral sometido al conocimiento del Tribunal I y en la existencia del peritaje y sus aclaraciones y complementaciones rendidos ante ese Tribunal, los cuales, según opinión del objetante, “*se constituyen en el primer y único dictamen válido para dirimir el presente conflicto (...).*”²³⁸

264. Arguye también que el dictamen objetado se apoya en el peritaje rendido en el Tribunal I y por ello, aquél resulta secundario e innecesario. Señala también en su objeción: “*la parte actora dentro del contrato de concesión no registró libros, ni llevó una contabilidad oficial (...) como lo exige la ley*” mientras CORABASTOS “*si cumplió estas exigencias dentro de la*

²³⁵ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 10.

²³⁶ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 14, página 18 del dictamen pericial.

²³⁷ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 14, página 6 del dictamen pericial.

²³⁸ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 14, folio 246.

contratación alegada;” y sobre esa base, considera “*un error grave*” el peritazgo pues “*se ampara en una información y contabilidad no oficial*”²³⁹

265. Igualmente califica como error grave las “*cifras y porcentajes desbordados no ajustados a la realidad*”²⁴⁰ contenidos en la experticia de la contadora Fajardo y califica como abismal, citando ejemplos, la diferencia entre éstos y los resultados del peritaje Mantilla - Cárdenas y su ampliación, para descalificar el rendido ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sobre el cual dice que “*no es un peritazgo serio y confiable*”.²⁴¹
266. El objetante aporta como prueba un dictamen pericial rendido por la contadora pública Ana Matilde Cepeda²⁴² el 21 de febrero de 2005 para resolver, a su turno, las objeciones formuladas al dictamen rendido por el perito Miguel Antonio Murcia León²⁴³ dentro del Tribunal II. Uno y otro obraron como prueba dentro del proceso adelantado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y por ende, hacen parte del acervo probatorio del presente trámite arbitral.

B. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y OTRAS ACTUACIONES DE LAS PARTES EN EL PROCESO

267. Según se mencionó antes, tanto las demandantes como la demandada oportunamente alegaron de conclusión dentro de ese proceso, las primeras el 19 de noviembre de 2008²⁴⁴ y la segunda el 20 del mismo mes y año.²⁴⁵ Luego, el 26 de octubre de 2016, la parte demandante pidió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de todo lo actuado en el proceso, por falta de jurisdicción y competencia.²⁴⁶

C. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

268. Finalmente, como arriba se dejó dicho, el 24 de agosto de 2018²⁴⁷ el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió: (i) negar la solicitud de nulidad de todo lo actuado, como lo había pedido la parte actora; (ii) declarar la falta de jurisdicción para conocer del asunto, y (iii) advertir que todo lo actuado conservaba validez.

²³⁹ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 14, folio 246.

²⁴⁰ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 14, folio 246.

²⁴¹ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 14, folio 246.

²⁴² Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 14, folios 249.

²⁴³ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 15, folio 115.

²⁴⁴ Trámite 113367-5053. Cuaderno principal 1, folios 209 y ss.

²⁴⁵ Trámite 113367-5053. Cuaderno principal 1, folios 231 y ss.

²⁴⁶ Trámite 113367-5053. Cuaderno principal 1, folios 277 y ss.

²⁴⁷ Trámite 113367-5053. Cuaderno principal 1, folios 339 y ss.

269. Como resultado de la anterior decisión los representantes legales de las Uniones Temporales A. Muñoz y Operación Bodega Popular convocaron el presente Tribunal de Arbitraje y se dieron las actuaciones enunciadas y explicadas en el Capítulo I, ANTECEDENTES de este laudo.

D. LISTADO DE LOS DICTÁMENES PERICIALES QUE OBRAN DENTRO DEL PRESENTE PROCESO.

270. Para efectos de claridad, el Tribunal relaciona a continuación los dictámenes periciales que obran como prueba:
- (a) El dictamen pericial, no objetado, rendido por las expertas Nancy Mantilla Valdivieso y Clara María Cárdenas Mejía.
 - (b) El practicado por el perito Miguel Antonio Murcia León el 23 de junio de 2004, ante el Tribunal II, objetado por CORABASTOS.
 - (c) La experticia presentada por la perito Ana Matilde Cepeda para resolver las objeciones al dictamen del experto Miguel Antonio Murcia León.
 - (d) El dictamen pericial de la contadora Elizabeth Fajardo Velásquez en el proceso adelantado ante el Tribunal administrativo de Cundinamarca, también objetado por CORABASTOS, respecto del cual la allí demandada no pidió la práctica de una nueva experticia, pues se limitó a aportar el ya mencionado dictamen de la contadora Cepeda.
271. Si bien en el expediente obran los cuatro dictámenes periciales anotados, solo uno, el de la perito Elizabeth Fajardo, fue solicitado, decretado y practicado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso de nulidad de la Directiva 107 y remitido por esa Corporación a este Tribunal. Los demás fueron allegados al trámite como pruebas documentales, al haber sido practicados dentro de los Tribunales I y II.
272. El anterior es, a juicio del Tribunal, el panorama del presente proceso y a su vez, la fuente de las consideraciones y decisiones en adelante formuladas.

III. CAPÍTULO TERCERO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

A. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

273. El particular desenvolvimiento del presente proceso arbitral, no solamente por la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de conservar la vigencia de lo actuado dentro del proceso de nulidad de las Directivas 107 y 107 A hasta la fecha de su remisión a la justicia arbitral, sino por la acumulación de las dos demandas contra las Directivas de Gerencia de

CORABASTOS a través de las cuales esa entidad le impuso igual número de multas a las convocantes, hace necesario estructurar este capítulo del laudo arbitral en un orden específico.

274. Primeramente se hará referencia a la competencia de este Tribunal para conocer de la legalidad de los actos administrativos atacados, luego habrán de examinarse las advertencias de índole procesal consignadas por la demandada ya mencionadas. En seguida, se desatarán las excepciones de la convocada propuestas durante el trámite de los procesos relativos a las Multas 1 y 2, pues tocan aspectos fundamentales de las respectivas Directivas de Gerencia, tales como su validez y sus efectos. Luego, se resolverá sobre la objeción al dictamen de la perito Fajardo Velázquez. Decidido este punto, deberá abordarse la cuestión de la validez de la liquidación unilateral practicada por la convocada, contenida en las Directivas de Gerencia 107 y 107 A, y si fuera del caso, el Tribunal efectuará una nueva liquidación del contrato 047-97. Finalmente, se decidirá lo relativo a la demanda de reconvención.

B. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE IMPOSICIÓN DE MULTAS.

275. Como asunto previo, es relevante traer a colación la postura actual sobre la competencia de la jurisdicción arbitral para conocer de los actos administrativos de imposición de multas con ocasión de la celebración y ejecución de un contrato estatal.
276. A voces del inciso 3 del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, la justicia arbitral puede conocer de controversias derivadas de la *“celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales”*.
277. Sobre este último aspecto, en particular el alcance de la competencia de los árbitros frente a los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, se han asumido diversas posiciones en el ámbito jurisprudencial. Sin embargo, el Consejo de Estado se ha pronunciado reiteradamente, precisando que los árbitros son competentes para conocer de todos los actos administrativos contractuales, salvo aquellos expedidos en ejercicio de las cláusulas excepcionales contenidas taxativamente en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.
278. Al respecto, en providencia del año 2009, la jurisprudencia de esa Corporación adoptó y mantuvo uniforme el criterio aludido. Allí señaló:²⁴⁸

“A partir de lo expuesto y con base en las argumentaciones que aquí se han desarrollado, la Sala modifica la tesis que ha venido sosteniendo jurisprudencialmente para sostener entonces que con excepción de los actos administrativos que sean proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales previstos de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 –

²⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. 11001-03-26-000-2009-00001-00(36252), C.P.: Mauricio Fajardo Gomez, 10 de junio de 2008.

a los cuales la Corte Constitucional circunscribió el condicionamiento del cual hizo pender la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993–, **todos los demás actos administrativos contractuales que expidan las entidades del Estado** –independientemente de que en la concepción de la mayoría de esta Corporación, según ya se explicó ampliamente, esos otros actos administrativos contractuales también puedan considerarse como especies del género de los poderes o cláusulas excepcionales o exorbitantes– **bien pueden ser sometidos al conocimiento de la denominada justicia arbitral en procura de obtener los pronunciamientos a que haya lugar sobre la validez y los efectos de los mismos.**”

“(…)

“Desde esa perspectiva cabe precisar entonces que la diferencia que existe en cuanto al contenido o el alcance de las dos clases o especies de la noción de poderes excepcionales que aquí se han descrito, esto es aquella a la cual hace referencia la Corte Constitucional en su sentencia C-1436 de 2000, por un lado y, por el otro, el concepto al cual de ordinario alude en asuntos de contratación pública la mayoría de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radica en que mientras el Tribunal Constitucional identificó en su condicionamiento de exequibilidad los ‘poderes excepcionales’ con aquellos que consagra exclusivamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, esta Sala, por el contrario, considera que forman parte del género de los “poderes excepcionales” todas aquellas facultades, atribuciones o prerrogativas que autorizan o permiten a las entidades estatales contratantes la adopción de actos administrativos contractuales, incluidos aquellos a los que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 pero sin limitarse a ellos, **por manera que además de las referidas competencias para adoptar decisiones unilaterales vinculantes en virtud de a) la interpretación unilateral; b) la modificación unilateral; c) la terminación unilateral; d) la caducidad administrativa; e) el sometimiento a las leyes nacionales, y f) la reversión, también deben entenderse como parte de los ‘poderes excepcionales’ o ‘exorbitantes’ –pero no para efectos del entendimiento y aplicación de la sentencia C-1436 de 2000–, los demás actos administrativos contractuales como son, por ejemplo, los que imponen multas, de conformidad con las previsiones del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; los que declaran la terminación unilateral del contrato por la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en alguno de los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, según los dictados del artículo 45 del mismo Estatuto de Contratación Estatal; los que corresponden a la liquidación unilateral de los contratos, de conformidad con las previsiones del artículo 61 de la misma Ley 80; los que determinan u ordenan la exigibilidad de las garantías constituidas para amparar diversos riesgos de naturaleza contractual; etc.”(énfasis del Tribunal).**

279. Esa posición fue reiterada en sentencia del año 2012,²⁴⁹ en los siguientes términos:

²⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Rad. 1001-03-26-000-2010-00074-00(39942), Recurso de anulación de laudo arbitral, C.P.: Enrique Gil Botero, 22 de octubre de 2012.

“En este orden, y en esta lógica, la conclusión que parece uniforme en estas líneas es que existen múltiples actos administrativos que pueden dictarse al interior de una relación contractual, y que entre ellos, una parte, los derivados de las potestades exorbitantes de la ley 80 de 1993, no pueden ser juzgados por los tribunales de arbitramento; los demás actos administrativos contractuales sí.”

“(…)

“Para la Sala no cabe duda de que el laudo que se revisa adolece de nulidad, porque se pronunció sobre la validez de un acto administrativo, que incorporaba el ejercicio de poderes exorbitantes: la terminación unilateral del contrato, decisión que sólo puede juzgar la jurisdicción de lo contencioso administrativo.” (énfasis del Tribunal).

280. Asimismo, en el año 2013 el Consejo de Estado profirió una providencia de unificación²⁵⁰ relacionada con la renuncia tácita de la cláusula compromisoria pactada en un contrato estatal, reiterando lo señalado en las sentencias de los años 2009 y 2012 citadas previamente:

“En un pronunciamiento reciente, esta Corporación reiteró lo expuesto en la sentencia del 10 de junio de 2009, en cuanto a que los tribunales de arbitramento pueden conocer de los conflictos derivados de los actos administrativos expedidos con ocasión de la relación contractual, excepto de los proferidos con fundamento en los poderes exorbitantes a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993; al respecto, señaló:

“(…)

“En el presente asunto, el acto administrativo cuestionado por el actor es aquél por medio del cual, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, la Administración declaró la terminación del contrato 488/96 y ordenó su liquidación, con fundamento en la segunda causal del artículo 44 de esa misma Ley, esto es, por haberse celebrado el contrato estatal ‘contra expresa prohibición constitucional o legal’; por consiguiente, es claro que dicho acto administrativo contractual puede ser sometido al examen de árbitros, en tanto no corresponde a alguno de los actos administrativos contractuales que surgen de lo dispuesto en el precitado artículo 14 de la Ley 80 en mención” (énfasis del Tribunal).

281. Recientemente en sentencia del 25 de octubre de 2019, el Consejo de Estado mantuvo la misma posición conceptual así:²⁵¹

“En similar perspectiva, esta Corporación reiteró lo expuesto en la sentencia del 10 de junio de 2009, en cuanto a que los tribunales de arbitramento podían conocer de los conflictos

²⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, Rad. 85001-23-31-000-1998-00135-01(17859), Medio de control: Controversias Contractuales, C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 18 de abril de 2013.

²⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Rad. 25000-23-26-000-2011-01002-01(60304), Marta Nubia Velásquez Rico, 25 de octubre de 2019.

derivados de los actos administrativos expedidos con ocasión de la relación contractual, excepto de los proferidos con fundamento en los poderes exorbitantes contenidos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

“En esta ocasión, siguiendo el derrotero trazado en ocasiones precedentes, la Sala considera que la taxatividad de las cláusulas excepcionales agrupadas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1999 conduce a que su aplicación sea restrictiva y que, en esa virtud, solo se conciben como tales las que allí se enuncian, sin que con ello se pretenda desconocer el carácter de prerrogativas especiales de las demás facultades unilaterales de las que se encuentra investida la Administración por ministerio de la Ley.

“En el orden expuesto, la Sala concluye que la entidad estatal que funge como contratante, en este caso el Ministerio de la Protección Social, se encontraba facultada para liquidar unilateralmente el convenio interadministrativo No. 205 de 2006, no solo por las razones advertidas relativas a la falta de correspondencia de esa decisión con una potestad excepcional, como también por tratarse de una regla general que rige los contratos estatales de tracto sucesivo, frente a la cual, valga anotar, no opera una excepción legal que en este evento la restrinja” (énfasis del Tribunal).

282. Visto lo anterior, es clara la competencia del Tribunal para conocer de la pretensión de nulidad de las Directivas de Gerencia sancionatorias.

C. LA POSICIÓN DE CORABASTOS RESPECTO DEL DEBATE PROBATORIO Y LA ACUMULACIÓN DE PROCESOS.

283. Por considerarlo un tema de importancia para evitar vacíos procesales en la expedición de este laudo, el Tribunal estima necesario transcribir en su integridad las siguientes observaciones de la convocada sobre la forma como se desarrolló el presente proceso arbitral:

Dice CORABASTOS: “...en un mismo proceso que aquí se integró con las demandas de dos procesos provenientes de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, hemos debido actuar bajo dos esquemas procesales diferentes, que han generado afectación al ejercicio del derecho de defensa”.

“Las demandas acumuladas provienen de un proceso, dentro del cual se discutía la legalidad de unas multas impuestas por Corabastos al concesionario Convocante, cuyo trámite original se surtió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, habiendo obtenido allí sentencia, que en trámite de apelación motivó una nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción o competencia de esa jurisdicción, dada la existencia de una cláusula compromisoria.

“Esta decisión fue sustentada en el Artículo 140 del C.de P.C. y trajo como efecto la nulidad de todo lo actuado, ordenándose en la providencia respectiva la remisión del proceso al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su trámite.

“De otra parte y en proceso diferente, se tramitó la impugnación a la Directiva 107 de 2002 que contenía la liquidación del Contrato, el cual cursó igualmente en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

“Sin haber obtenido sentencia y estando en etapa de alegatos de conclusión, dicho proceso fue igualmente enviado por falta de jurisdicción y competencia a la Cámara de Comercio de Bogotá, en esta ocasión en vigencia ya del C.G.P.

“Estando el Tribunal instalado, fue sometida a su decisión por parte del Convocante la solicitud de acumulación, a lo cual se accedió, pero dándole a cada una de ellas un tratamiento y por ende unas oportunidades diferentes.

“El proceso referente a las multas se tramitó íntegramente, desde la demanda misma, abriéndose a un período probatorio en el que las partes pudimos solicitar y aportar las que consideramos oportuno.

“Entendió el Tribunal, adecuadamente a mi juicio, que las actuaciones referidas a la demanda, contestación y otras que se hubieren surtido en el proceso original habían sido declaradas nulas, por lo cual debían repetirse y así se hizo.

“No obstante, llamo la atención en cuanto a que ese régimen, que era el regulado por el C. de P.C., traía en materia de pruebas una advertencia idéntica a la que recogió el C.G.P. que a su letra dice:

“Art. 146 C.P.C. la nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por éste. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto a quienes tuvieron oportunidad de contradecirla ...”

“Estando así regulado el tema de las pruebas, como ya lo dije, este Tribunal abrió integralmente un nuevo debate probatorio.

“Ahora bien, frente a la otra demanda acumulada, esto es, la referente a la liquidación del contrato, se produjo una decisión de suspensión en el punto inmediatamente anterior a la sentencia, que luego se enmendó, abriéndose la posibilidad a los apoderados para que frente a él presentásemos alegatos de conclusión. No obstante, de manera equivocada a mi juicio, frente a este proceso no se abrió un espacio probatorio, pues al parecer el Tribunal entendió que esta posibilidad se encontraba precluida por efectos del trámite que se había surtido originalmente en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

“Considero que el Tribunal erró al no permitirnos un espacio para la práctica de pruebas en lo referente a éste trámite acumulado, pues si bien era claro que por las regulaciones del C.G.P. en su Art. 138 lo actuado conservaba su validez, vgr la demanda y su contestación, por lo cual no era necesario que se repitieran, la regulación en materia de pruebas se mantuvo idéntica a la que existía para el C.de P.C.

“Entenderlo de una manera diferente ha debido generar una imposibilidad para acumular las demandas, pues no es posible escindir el trámite en un aspecto definitivo como es el régimen probatorio, en un proceso que funde dos demandas, que han de correr la misma suerte. Esto se torna en un contrasentido legal y riñe con la premisa fundamental consignada en el numeral 3° del Art. 88 del C. G. P. que establece:

*“**Artículo 88. Acumulación de Pretensiones.** El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurran los siguientes requisitos:*

3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento”

“Es evidente que habiéndole dado un curso diferente al tema probatorio, los procesos acumulados no siguieron el mismo procedimiento.

Sea lo primero advertir que la convocada no propuso en ningún momento incidente de nulidad por alguna decisión del Tribunal en materia probatoria o por cualquier otra causal prevista en el artículo 133 del Código General del Proceso; por el contrario, en tres oportunidades se preguntó a las partes si tenían alguna nulidad para proponer o sanear y éstas manifestaron no tener reparos a lo actuado, y así transcurrió este proceso hasta la audiencia de alegatos de conclusión.

Prueba de lo anterior son las actas 5, de 20 de diciembre de 2019,²⁵² correspondiente a la audiencia dentro de la cual se decretó la acumulación de los procesos, 16, de 14 de agosto de 2020,²⁵³ de la audiencia convocada para decidir sobre la competencia del Tribunal para conocer de las Multas 1 y 2, y el acta 24, de 22 de octubre de 2020,²⁵⁴ fecha de cierre del debate probatorio referente a dichas sanciones. Dentro de esta última, el Tribunal profirió un auto cuya parte pertinente, dice: *“Así mismo, en cumplimiento de la obligación de ejercer control de legalidad, previsto en el artículo 132 del Código General del Proceso, se advierte que en las distintas actuaciones surtidas dentro del presente trámite no se encuentra circunstancia alguna que pueda configurar vicio de nulidad, o cualquier otra irregularidad que pueda afectar el proceso.”*

284. Tampoco le solicitó CORABASTOS a este Tribunal que ejerciera su facultad de decretar pruebas oficiosamente respecto de algún punto de la controversia, ni manifestó echar de menos alguna de trascendencia para decidir sobre la validez de las Directivas de Gerencia de liquidación unilateral del contrato.

²⁵² Trámite 113367-5053, Cuaderno principal 1, folios 511 y ss.

²⁵³ Trámite 113367-5053, Cuaderno principal 3, folio 48.

²⁵⁴ Trámite 113367-5053, Cuaderno principal 3, folios 97 a 100.

285. Debe tenerse en cuenta la gran diferencia entre la decisión adoptada por la jurisdicción contencioso administrativa respecto del proceso correspondiente a la nulidad de las Multas 1 y 2 y la relacionada con el mismo trámite en el evento de la liquidación unilateral. La primera decretó la nulidad de todo lo actuado y concedió un término de seis meses a las demandantes para solicitar la convocatoria de un tribunal de arbitraje, mientras la segunda le dio plena validez a todo lo actuado y ordenó remitir el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá *“para lo de su competencia.”*
286. De acuerdo con lo anterior, el Tribunal no solamente abrió *“integralmente un nuevo debate probatorio”* (énfasis del Tribunal) respecto de las Multas 1 y 2, como afirma la convocada, sino que tramitó un proceso completamente nuevo, pues el Consejo de Estado dejó sin efectos la presentación de la demanda de nulidad contra aquéllas, al punto de otorgar un nuevo término a la parte interesada para a incoar la nueva.
287. Y en ese nuevo proceso, este Tribunal le dio curso a la correspondiente etapa probatoria, como era su deber.
288. En ese orden de ideas, si el Consejo de Estado dispuso la presentación de una nueva demanda, la actora estaba en libertad de modificar sus pretensiones, enunciar otros hechos, pedir otras pruebas, y la demandada en libertad de allanarse o no a lo pedido, contestar de manera diferente los hechos, formular otras excepciones no contempladas previamente y presentar demanda de reconvencción, como en efecto lo hizo.
289. Por otra parte, el expediente recibido por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, referente al proceso de nulidad de las Directivas 107 y 107A, incluía abundante evidencia de naturaleza diversa, decretada y practicada con ejercicio del derecho de contradicción de las partes, y así le fue entregado a este Tribunal para su continuación, con la comparecencia de las partes a través de sus apoderados. Por lo anterior, CORABASTOS no estuvo en desventaja ni debió enfrentar dificultades mayores que, o adicionales a, las de su contraparte o el mismo Tribunal para examinar el acervo probatorio, pues participó en el decreto y práctica de las pruebas ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
290. En efecto, el expediente da cuenta de un ordenado proceso probatorio adelantado por dicha Corporación, con suficientes elementos de juicio para dictar el presente laudo. Una exhaustiva revisión del expediente permitió arribar a esa conclusión y descartar la opción de decretar pruebas de oficio, salvo la relativa a la existencia de la Compañía de Seguros Cóndor.
291. Empero, CORABASTOS lamenta que este Tribunal no hubiera *“permitido”*, respecto de la demanda de nulidad de las Directivas 107 y 107A *“un espacio para la práctica de pruebas en lo referente a éste trámite acumulado pues si bien era claro que por las regulaciones del C.G. P. en su Art. 138 lo actuado conservaba su validez, vgr la demanda y su contestación, por lo cual no era necesario que se repitieran, la regulación en materia de pruebas se mantuvo idéntica a la que existía para el C.de P.C.”*
292. Varias precisiones son necesarias sobre el particular:

- (a) En razón de la advertencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca sobre la validez de todo lo actuado, este Tribunal no encontró procedente retrotraer la actuación a la etapa probatoria, pues esta ya se había surtido.
- (b) Como ya se dejó en claro, se juzgó innecesaria la práctica de pruebas de oficio, facultad ésta de carácter discrecional; y la convocada tampoco le pidió al Tribunal ejercer la facultad oficiosa de decretar alguna. De haberlo hecho, y dependiendo de la pertinencia de lo pedido, era igualmente discrecional del Tribunal acoger o no una solicitud en ese sentido.
- (c) Cuando el artículo 138 del Código General del Proceso confiere a lo actuado plena validez, no exceptúa parte alguna de la actuación judicial y por ende, incluye la etapa probatoria.
293. De otro lado, el alegato de la convocada sugiere que el Tribunal negó a las partes la presentación de nuevos alegatos de conclusión en el proceso principal, y luego enmendó su posición *“abriéndose la posibilidad a los apoderados para que frente a él presentásemos alegatos de conclusión.”*
294. Si se revisa la actuación del Tribunal se podrá observar cómo esa negativa jamás se produjo, y consecuentemente, no hay recurso alguno interpuesto por el eventual rechazo de alguna petición en ese sentido. Contrariamente, en auto de fecha 3 de febrero de 2021, contenido en el Acta 27,²⁵⁵ primera actuación surtida luego de expirado un plazo de suspensión del proceso solicitado hasta el 18 de enero de ese año, se dijo: *“(…) siendo este tribunal de arbitraje un juez diferente de aquél ante quien se presentaron las alegaciones de conclusión en el proceso inicial, el Tribunal resuelve: Fijar como fecha para que se presenten alegatos de conclusión en relación con el proceso inicial y para que el Ministerio Público presente su concepto, sobre el mismo proceso, el día 23 de febrero de 2021 (...).”*
295. La motivación de la providencia tuvo como objetivo precisamente enervar la causal de nulidad del numeral 7 del artículo 133 del Código General del Proceso, a cuyo tenor: *“El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:*
- “7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión (...)*
296. Y efectivamente, el siguiente 9 de febrero, en audiencia no presencial, como consta en el acta 28 de esa fecha, y de acuerdo con una solicitud conjunta de los apoderados de las partes, el Tribunal fijó la presentación de tales escritos para el 11 de marzo de 2021.
297. Finalmente, para CORABASTOS: (i) las partes han *“debido actuar bajo dos esquemas procesales diferentes, que han generado afectación al ejercicio del derecho de defensa”*; (ii)

²⁵⁵ Trámite 113367-5053, Cuaderno principal 4, número 4.

se “ha debido generar una imposibilidad para acumular las demandas, pues no es posible escindir el trámite en un aspecto definitivo como es el régimen probatorio, en un proceso que funde dos demandas, que han de correr la misma suerte.

298. Nada de lo relacionado con los “*esquemas procesales diferentes*” fue objeto de debate en este proceso y mucho menos, materia de recurso o incidente de nulidad. Si la convocada estimaba imposible la acumulación de demandas solicitada por las demandantes, ha debido oponerse a ella y luego pedir la nulidad de lo actuado inmediatamente después del auto que acogió la correspondiente petición; y al no hacer lo segundo, saneó cualquier eventual nulidad, según lo preceptuado por el Código General del Proceso (artículo 136), pues “*la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla.*”
299. Pero en todo caso, aquí no se han presentado “*esquemas procesales diferentes*” ni se ha escindido “*el trámite en un aspecto definitivo como es el régimen probatorio*”. Simplemente se han observado las reglas resultantes de cada una de las decisiones adoptadas por la jurisdicción contencioso administrativa; todo se ha ventilado bajo la cuerda del arbitraje y se han observado las decisiones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado, respetando, en cuanto a la primera, lo actuado en ese proceso y culminándolo por medio de las necesarias determinaciones, hasta llegar al presente laudo; y respecto de las segundas, dando trámite a dos nuevos procesos arbitrales, perfectamente acumulables al proceso arbitral relativo a la liquidación unilateral del contrato 047-97.
300. Es inexistente entonces, el alegado contrasentido legal, pues el artículo 88 del Código General del Proceso, al exigir que todas las pretensiones puedan tramitarse por el mismo procedimiento se refiere precisamente a la arbitrabilidad de toda ellas.
301. Para ilustrar la diferencia, supóngase el caso de dos demandas de una misma parte contra una entidad estatal originadas en un mismo contrato: una de nulidad contra un acto administrativo declaratorio de caducidad y otra contra el de liquidación unilateral del mismo. Evidentemente, las pretensiones de una y otra no pueden acumularse en un mismo procedimiento pues de la primera, por corresponder a una facultad excepcional de la administración debe conocer la jurisdicción contencioso administrativa; la segunda, en cambio, sí puede someterse al procedimiento arbitral cuando así lo han pactado las partes, por no tratarse de una facultad excepcional.
302. En el caso presente, dos demandas contra sendos actos administrativos de imposición de multas y una contra el de liquidación unilateral del contrato estatal pueden, no solo tramitarse bajo el procedimiento arbitral, sino acumularse todas en un solo proceso.

D. LAS EXCEPCIONES DE LA CONVOCADA FRENTE A LAS MULTAS 1 Y 2

303. Hecho ya el recuento del contenido de todas las Directivas de Gerencia sancionatorias, de los argumentos de la parte actora para impetrar su nulidad, y los de la convocada en defensa de las mismas, así como de la posición del Ministerio Público, comienza el Tribunal por decidir las excepciones formuladas contra dichos actos administrativos.

304. Para enervar las pretensiones de nulidad de las Directivas sancionatorias, la convocada propuso las excepciones listadas en los antecedentes de este laudo. Por razones de metodología y coherencia, aquéllas no serán resueltas en el mismo orden planteado en las contestaciones a las demandas y en algunos casos, será menester intercalar las formuladas frente a la demanda de nulidad de la Multa 1 con las propuestas frente a las pretensiones que atacan la validez de la Multa 2. Por otra parte, algunas fueron propuestas como medio de defensa contra las sanciones impuestas tanto por la Directiva 022, como por la Directiva 103 y por ende, lo aquí decidido tendrá efecto respecto de ambas.

1. La competencia de Corabastos para imponer multas.

305. Esta excepción abarca todos los actos administrativos sancionatorios expedidos por la convocada para multar a las demandantes. Por tanto, su éxito o fracaso se verá reflejado en la parte resolutive de este laudo tanto para la Multa 1 como para la 2. Por lo anterior, al decidirla el Tribunal desatará las denominadas “*Mi representada era competente para multar a la demandada a través de la Directiva No. 022 del 16 de noviembre de 2001*” de la Multa 1, y “*Mi representada era competente para multar a la demandada (sic) a través de la Directiva No. 103 de 2002, razón por la cual no incurrió en desviación de poder.*” propuesta frente a la Multa 2.

a. El marco normativo y jurisprudencial aplicable al pacto de imposición de multas en contratos estatales y su evolución.

306. La regulación sobre la competencia de las entidades para imponer multas y la forma como se hacen efectivas en el marco de un contrato estatal no ha sido pacífica, pues tanto la normativa como la jurisprudencia sobre el asunto cambiaron constantemente entre la expedición del Decreto 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

307. Tomando en cuenta esta consideración, se hace necesario un breve recuento de la evolución legal y jurisprudencial de esa prerrogativa, desde la perspectiva de la contratación estatal, en particular, en aquellos contratos regidos por la Ley 80 de 1993. Para ello se abordará el análisis a partir de tres hitos normativos:

(i) Primer hito: Decreto 222 de 1983.

308. La imposición de multas bajo el régimen de contratación pública anterior a la Ley 80 de 1993 tiene origen, como acontece en la regulación actual, en la ocurrencia de un incumplimiento parcial o en la mora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones. Sin embargo, el elemento diferencial de este régimen se encontraba en los artículos 70 y 71 del Decreto 222 de 1983, a cuyo tenor la inclusión de cláusulas de multa, consideradas como medidas coercitivas provisionales,²⁵⁶ era obligatoria en los contratos de naturaleza pública, pues en ese entonces

²⁵⁶ “Durante la vigencia del contrato el incumplimiento parcial, que no haga imposible su ejecución, justificará la

eran estipulaciones comprendidas dentro de las denominadas potestades exorbitantes de la administración²⁵⁷. El texto de los artículos referidos era el siguiente:

“ARTICULO 60. DE LAS CLÁUSULAS QUE FORZOSAMENTE DEBEN CONTENER LOS CONTRATOS. Salvo disposición en contrario, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar. Así mismo en los contratos administrativos y en los de derecho privado de la administración en que se pacte la caducidad, se incluirán como cláusulas obligatorias los principios previstos en el título IV de este estatuto.

“Siempre deberán precisarse el objeto, la cuantía y el plazo para la ejecución completa del contrato.”(énfasis del Tribunal)

“ARTICULO 71. DE LA CLAUSULA SOBRE MULTAS. En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra.

Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto.

“En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula” (énfasis del Tribunal).

309. Siendo exorbitante la cláusula de multas, la entidad pública estaba obligada a incluirla en el contrato y facultada legalmente tanto para imponerla como para hacerla efectiva por sí misma y mediante la expedición de un acto administrativo motivado. Consideradas las multas como una medida de apremio, la jurisprudencia del Consejo de Estado vigente bajo este régimen normativo señaló reiteradamente el límite temporal de su imposición, circunscribiéndolo a la vigencia del contrato, pues su finalidad era sancionar al contratista incumplido para compelerlo a ejecutar los deberes a su cargo.
310. De tiempo atrás la jurisprudencia ha reiterado la necesidad de imponerlas dentro de la vigencia del contrato, pues al hacerlo fuera de ella, se desnaturaliza su función de apremio, como lo ha señalado, el Alto Tribunal Contencioso Administrativo:

multa como medida coercitiva provisional para constreñir su cumplimiento. Pero si ese incumplimiento es de mayor entidad la Administración podrá darlo por terminado en forma anticipada o anormal y podrá exigir las multas vigentes y la cláusula penal pecuniaria, además de ordenar la liquidación del contrato.”. Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. CE-SEC3-EXP1988-N3615. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

²⁵⁷ Cfr: Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 25000-23-26-000-1997-15286-01(28206). C.P: Stella Conto Diaz del Castillo. 20 de febrero de 2014.

“El criterio unívoco de la Corporación ha sido entender que, en vigencia del Decreto ley 222 de 1983, las multas solo se pueden imponer durante la vigencia del contrato, esto es, dentro del plazo de ejecución pactado o acordado por las partes:

‘Las multas que la administración puede imponer a un contratista suyo tienen una finalidad específica: inducir el cumplimiento del contrato. Por eso la doctrina las incluye en las denominadas medidas coercitivas provisionales, por oposición a la medida coercitiva definitiva (caducidad o terminación) que sanciona no ya incumplimientos parciales y salvables, sino incumplimientos graves que muestran que ya el contrato no podrá cumplirse.

‘Este poder exorbitante de imposición de multas tiene un límite temporal obvio: mientras esté vigente el contrato y la medida pueda producir el efecto deseado (el constreñimiento del contratista), ya que la medida no busca sancionar porque sí, sino sancionar para que el contratista que está incumpliendo se sienta compelido a cumplir.

‘La administración impuso, en el caso sub judice, multas por fuera del límite temporal y al hacerlo afectó la medida de incompetencia razione temporis. (...)’²⁵⁸

(ii) Segundo hito: Ley 80 de 1993.

311. El entonces nuevo Estatuto General de la Contratación derogó el Decreto 222 de 1983 e introdujo nuevas reglas en la contratación estatal. En efecto, redujo las denominadas cláusulas excepcionales al derecho común, estableció criterios más exigentes para su aplicación y limitó su obligatoriedad. En particular, el artículo 14,²⁵⁹ al tratar las cláusulas excepcionales, excluyó

²⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. 50001-23-31-000-1994-00569-01(45229). C.P. María Adriana Marín. 19 de marzo de 2020 (notas de pie de página eliminadas).

²⁵⁹ Ley 80 de 1993 “ARTÍCULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según

de su texto las de multas y la penal, consideradas excepcionales o exorbitantes en el régimen anterior.

312. Si bien hay disposiciones dispersas sobre el régimen de multas en la Ley 80 de 1993, dicho estatuto no se refirió expresamente a su naturaleza, y por ello, éstas se entendieron excluidas de la categoría de cláusulas excepcionales y su tratamiento se subsumió dentro del régimen del derecho privado aplicable a la contratación estatal por virtud del artículo 13 de la propia Ley 80.
313. Esa exclusión generó álgidas discusiones en torno a la competencia de las entidades estatales para proferir actos administrativos en los cuales, de forma unilateral, se impusieran e hicieran efectivas multas contractuales. Lo anterior, porque era el elemento de “*excepcionalidad*” o “*exorbitancia*” el que habilitaba a las entidades estatales para imponer por sí mismas sanciones de carácter contractual (habilitación legal). Al no ser clara la naturaleza de esas cláusulas en la Ley 80, la habilitación perdió fundamento, pues al equipararse el Estado a los particulares en las prerrogativas contractuales, salvo por las cláusulas exorbitantes, se impedía el ejercicio de cualquier derecho de forma unilateral.
314. Ante tal indeterminación, la jurisprudencia del Consejo de Estado abordó el asunto desde diversos ángulos sin tener para entonces un criterio de unificación establecido.
315. Para una mayor ilustración, a continuación, se citan algunas providencias de la Sección Tercera, correspondientes a cada una de las posturas adoptadas en el marco de la Ley 80 de 1993:
316. Como primera postura, esa Corporación aceptó los pactos de multas en el contrato estatal siempre y cuando las causas del posible incumplimiento y la imposición de la penalidad fueran sometidas al juez natural del contrato, no decididas las primeras y aplicada la segunda como una facultad propia y unilateral de la misma administración. De esa manera, modificó

lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.

PARÁGRAFO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.”

radicalmente la posición hasta entonces dominante en el régimen del anterior estatuto. Así lo expuso en auto del 20 de febrero de 1997:²⁶⁰

“Adicionalmente la Sala llama la atención en que la Ley 80 de 1993 no consagra ni multas ni cláusula penal pecuniaria, como cláusulas implícitas en el contrato con el alcance de poderes exorbitantes o estipulaciones extraordinarias. Por consiguiente, cuando se pretenda utilizar esas figuras deberán ser expresamente convenidas por las partes y las circunstancias que las estructuren habrán de ser declaradas judicialmente.

“Cuando se alegue infracción a la conducta reprimida por la cláusula penal, deberá ser el juez del contrato quien la declare, porque el poder coactivo de la administración, que le permitía frente a determinados contratos imponer por sí mismo, las sanciones de multas o cláusula penal pecuniaria, establecidas en el decreto 222 de 1983, desapareció por derogatoria expresa que de ese decreto hizo la Ley 80 de 1993, artículo 81, sin que fueran reemplazadas por esta ley.”

317. Posteriormente, en providencia de 4 de junio de 1998, el Consejo de Estado²⁶¹ elaboró en torno a la postura sobre el asunto (segunda posición), señalando que si bien la Ley 80 de 1993 no había incluido las cláusulas de multas dentro de las denominadas excepcionales, el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes cobijaba no solo su pacto, sino también su imposición y efectividad. Además, esta perspectiva estaba respaldada por la autotutela del Estado y la posibilidad de éste de hacer efectivas las sanciones como un modo de proteger los derechos e intereses de los administrados. En otros términos, según esta posición, no obstante haber dejado de ser las cláusulas de multas excepcionales según la Ley 80 por ser propias del derecho privado, esa circunstancia no impedía a la administración imponerlas de forma unilateral. En auto proferido bajo radicado 13988 de 1998, señaló:²⁶²

“Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la cláusula de multas no es excepcional al derecho común y esta muy seguramente fue la razón por la cual la ley 80 de 1993 no la incluyó en el artículo 14. Y no lo es, sencillamente porque aparece prevista en las normas de derecho privado (artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio).

“(…)

“De estas dos previsiones [artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio] se desprende que es perfectamente lícito y ello no comporta ninguna exorbitancia, que las partes de un contrato puedan pactar dentro de sus cláusulas una pena (multa) en caso de inejecución o mora en el cumplimiento de una obligación, como una manera de conminar o apremiar al deudor.

²⁶⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 12669. C.P.: Daniel Suárez Hernández. 20 de febrero de 1997.

²⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. C.P.: Ricardo Hoyos Duque. 4 de junio de 1998.

²⁶² Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 13988. C.P.: Ricardo Hoyos Duque. 4 de junio de 1998.

“(…)

“Definido como está que las multas pueden estipularse en los contratos estatales a manera de sanción ante el incumplimiento del contratista, el punto a considerar es si ese incumplimiento lo debe declarar el juez o si puede hacerlo directa y unilateralmente la administración a través de la expedición de un acto administrativo.

“Para la Sala la administración sí tiene competencia para imponer por sí y ante sí, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el artículo 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos” (énfasis del Tribunal).²⁶³

318. Finalmente, en sentencia del año 2005²⁶⁴ el Consejo de Estado retomó algunos de los criterios previamente acogidos en años anteriores, particularmente recobró para el análisis la preeminencia del principio de legalidad y la equivalencia de las partes en la contratación estatal (salvo la excepcionalidad apoyada exclusivamente en la ley) y estableció una única postura que regiría el asunto hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007.
319. En esa sentencia aceptó la inclusión, en los contratos estatales, de cláusulas de multas, siempre y cuando esos acuerdos no contemplaran el ejercicio de una potestad unilateral, pues en caso de controversia, correspondía única y exclusivamente al juez de contrato -y no a una entidad estatal- valorar y declarar la existencia de los presupuestos de un incumplimiento contractual y la correlativa imposición de la sanción. Así lo señaló la providencia aludida, frecuentemente reiterada:²⁶⁵

“Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.

No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y

²⁶³ En el mismo sentido ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad.: 16756. C.P.: Ricardo Hoyos Duque. 29 de junio de 2000 y Rad. 11001-03-26-000-2000-0004-01(19488). C.P.: Ricardo Hoyos Duque. 20 de junio de 2002.

²⁶⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 25000-23-26-000-1995-01670-01(14579). C.P.: Germán Rodríguez Villamizar. 20 de octubre de 2005.

²⁶⁵ Op. Cit. Consejo de Estado. Rad. 25000-23-26-000-1995-01670-01(14579) (notas de pie de página eliminadas).

comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente”²⁶⁶ (énfasis del Tribunal).

320. En síntesis, salvo el ocasional disenso ya señalado, la posición reiterada del Consejo de Estado bajo el régimen de la Ley 80 de 1993, y hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007, considera válidos los acuerdos relativos a las multas, si no traen consigo la facultad unilateral de la entidad estatal de imponerlas.
321. Además, al tratarse de una estipulación derivada de la legislación civil y comercial -derecho común- la imposición y ejecución de multas, en caso de controversia, debía someterse al conocimiento del juez del contrato, quien a partir de la valoración de los presupuestos de dichas medidas, decidía sobre su procedencia. Naturalmente, ello no impedía a las partes la posibilidad de pactar las multas y pagarlas cuando, respecto de los hechos constitutivos del incumplimiento -así como la cuantía y efectividad de la multa- no hubiere controversia entre ellas.
322. No pierde de vista el Tribunal el fundamento de esta posición jurisprudencial: la prevalencia del principio de legalidad, exigible a los servidores e instituciones públicos por mandato constitucional de conformidad con los artículos 6^o²⁶⁷, 121²⁶⁸ y 122²⁶⁹ de la Carta Política.

²⁶⁶ “Dicha postura fue reiterada posteriormente por la Sección Tercera de esta Corporación al resolver asuntos que tuvieron lugar previamente a la expedición de la Ley 1150 de 2007, la cual mediante el artículo 17 zanjó todas las discusiones relativas a la competencia de las entidades para imponer y exigir unilateralmente las multas contractuales.”. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Rad. 25000-23-26-000-2007-00441-01(38797). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 1 de julio de 2015., p. 19. Las providencias a las que hace referencia la cita anterior se encuentran en el pie de página No. 18 de esta sentencia, el cual se transcribe en su integridad: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de mayo de 2008, Exp. 14.581, Sentencia del 23 de septiembre de 2009, Exp. 24.639, Sentencia del 7 de octubre de 2009, Exp. 17.936, entre otras.” Ver también: Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 25000-23-26-000-1999-00802-01(28204). C.P.: Danilo Rojas Betancourt. 27 de marzo de 2014.; Rad. 25000-23-26-000-1997-05163-02(33793). C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo. 14 de octubre de 2015; Rad. 13001-33-31-004-2005-01088-00(56179), C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 10 de noviembre de 2016; Rad. 25000-23-26-000-2000-00079-02(37322), C.P.: Danilo Rojas Betancourth. 12 de octubre de 2017; Rad.: 25000-23-26-000-2002-00836-01(33684). C.P.: Stella Conto Díaz Castillo. Fecha: 21 de junio de 2018.; Rad.: 05001-23-31-000-2007-00005-01(44210). C.P.: Ramiro Pazos Guerrero. 4 de junio de 2019.

²⁶⁷ Artículo 6. “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”

²⁶⁸ Artículo 121. “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.”

²⁶⁹ Artículo 122. “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (...)”.

323. En efecto, este mandato superior implica para la administración hacer solo lo que le es constitucional y legalmente permitido, más aún si se trata del ejercicio de potestades sancionatorias, por lo cual le son exigibles conductas dirigidas a proteger los intereses de los administrados dentro de los límites del ordenamiento legal.

324. Ese es el entendimiento manifestado en diversas oportunidades por la jurisprudencia administrativa en lo referente a la imposición unilateral de sanciones de naturaleza contractual:

*“Así entonces, se tiene que conforme a lo dispuesto en los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política, las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*²⁷⁰

*“La autonomía de la voluntad no puede soslayar el principio de legalidad, toda disposición contractual debe estar acorde con las normas de orden público, principalmente aquellas relacionadas con la competencia”*²⁷¹

“De lo anterior, se tiene que, si bien las partes pueden convenir sanciones por incumplimiento de ello no se sigue que válidamente convengan la facultad de que una de ellas, para el caso la entidad pública, pueda resolver y ejecutar lo pactado, a su arbitrio, pues ello compromete el orden jurídico, concretamente el principio según el cual los particulares responden ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones en los términos de los artículo 6 y 121 constitucional.

*“El privilegio de autotutela administrativa que figura en el contrato que ocupa la atención de la Sala, es decir, **la capacidad del sujeto contratante para tutelar sus propios intereses en vía declarativa o ejecutiva, sin necesidad de acudir el juez, comporta una competencia funcional que la entidad no adquiere por convención, lo que se traduce necesariamente en la vulneración del principio de legalidad, uno de los pilares y valores fundamentales del Estado de derecho que por lo mismo no se puede soslayar en orden a obtener el cumplimiento contractual**”*.²⁷² (énfasis del Tribunal).

325. En el año 2015, el Consejo de Estado hizo un recuento de las diversas posturas jurisprudenciales adoptadas, derivadas de la transición del Decreto 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993, cuando desapareció el basamento legal para la imposición y ejecución unilaterales de las multas, a pesar del apoyo de la Ley 80 para pactarlas, con base en la autonomía de la voluntad

²⁷⁰ Op. Cit. Consejo de Estado. Rad. 25000-23-26-000-1995-01670-01(14579).

²⁷¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Rad.: 05001-23-31-000-2007-00005-01(44210). C.P.: Ramiro Pazos Guerrero. 4 de junio de 2019.

²⁷² Consejo de Estado. Sección Tercera -Subsección B. Rad. 25000-23-26-000-2002-00836-01(33684). C.P.: Stella Conto Díaz Castillo. 21 de junio de 2018.

también invocada en la contratación estatal (artículo 13 de la Ley 80). El recuento, bastante ilustrativo, se trae a colación como síntesis de lo expuesto anteriormente:²⁷³

“5.1. Primera postura:

“La hipótesis jurisprudencial que puso en duda la existencia de una potestad sancionadora en cabeza de la administración para imponer multas ante el incumplimiento de los contratistas fue la que dio lugar a que se considerara que su imposición sólo era posible por vía judicial, lo que en términos prácticos condujo a que se generara una ruptura en el carácter coercitivo, casi inmediato del que se encontraban revestidas todas las decisiones relativas a las multas.

“Así en un principio, se estimó que aunque fuera posible que las partes pudieran pactar cláusula de multas en los contratos celebrados por la administración, teniendo en cuenta que éstas no habían sido definidas por la Ley 80 de 1993 como verdaderas potestades excepcionales al derecho común, no era posible que las entidades estatales pudieran imponerlas y hacerlas exigibles de forma unilateral, sino que para ello debían acudir al juez del contrato.

“Esta postura se fundó en el principio de legalidad, estimándose que con la expedición de la ley 80 de 1993 lo que realmente quiso el legislador fue romper con la tradición de exorbitancia de la administración pública frente a los contratos estatales, así como también limitar el amplio espectro de acciones de carácter unilateral que se le había otorgado en vigencia de los anteriores estatutos.

“5.2. Segunda postura:

“Conforme a esta postura, se consideró que si bien la Ley 80 de 1993 no había definido las multas como potestades excepcionales al derecho común, la posibilidad de que las partes convinieran su imposición y exigibilidad se encontraba autorizada por normas de derecho privado que regulaban la materia.

“Pero además de que se aceptara la posibilidad de que las partes convinieran la posibilidad de que la administración impusiera multas ante incumplimientos parciales en los que incurriera el contratista, ésta también ostentaba la facultad para hacerlas exigibles de forma unilateral sin necesidad de acudir al juez para ello, facultad que se derivaba del carácter ejecutivo de los actos administrativos según el artículo 64, 77 y 23 del Código Contencioso administrativo y de los artículos 4º ordinal 2º, 22 inciso 5º, 22.1. y 13 de la ley 80 de 1993.

“Así las cosas, la postura a la que se alude se derivaba de facultades ‘implícitas’ otorgadas a la administración, pues se estimaba que para que ésta pudiera imponer y hacer efectivas las multas ante incumplimientos parciales en los que incurrieran los contratistas no se requería

²⁷³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Rad. 25000-23-26-000-2007-00441-01(38797). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 1 de julio de 2015.

de una norma legal que expresamente la autorizara para ello, sino que de la sola interpretación integral de las normas jurídicas contenidas tanto en el Código Contencioso Administrativo, como en la Ley 80 de 1993 y demás normas de derecho privado se podía estructurar un verdadero régimen de multas en los contratos estatales y la competencia de las entidades estatales para imponerlas unilateralmente.

“(…)

“5.3 Tercera postura:

“Con sujeción al principio de legalidad se estimó que si bien las partes sí tenían la posibilidad de convenir multas ante incumplimientos parciales en los que pudiera incurrir el contratista, no era posible que en vigencia de la Ley 80 de 1993 la administración pudiera imponerlas y hacerlas efectivas de forma unilateral ‘por carecer de la atribución legal de una competencia expresa que las habilitara para el ejercicio de ese poder sancionatorio y exorbitante.(…)”
(negrillas del texto)

326. En retrospectiva, y atendiendo a la evolución y unificación de la jurisprudencia, es claro hoy que en vigencia de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales no eran competentes para imponer por sí mismas a sus contratistas las multas pactadas en los contratos estatales.

(iii) Tercer hito: Ley 1150 de 2007.

327. La expedición de la Ley 1150 de 2007 zanjó todas las discusiones generadas a partir de la Ley 80 de 1993 en torno a la competencia de las entidades públicas para imponer y hacer efectivas las multas contractuales. En efecto, el artículo 17²⁷⁴ de la primera otorgó a las entidades estatales la competencia para imponer y hacer exigibles de forma unilateral y a través de acto administrativo motivado las multas pactadas contractualmente. El texto de la disposición señala:

*“Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. **En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del***

²⁷⁴ Vigencia: Según el parágrafo 2° del artículo 33 de la Ley 1150 de 2007 el artículo 17 entraría a regir una vez promulgada la Ley. La fecha de promulgación de la Ley 1150 de 2007 es el 16 de julio de 2007, por lo que las disposiciones sobre multas que establece el citado artículo 17 serán aplicables a partir de esta fecha. El texto del artículo es el que sigue: “**ARTÍCULO 33. VIGENCIA.** La presente ley empieza a regir seis (6) meses después de su promulgación, con excepción del artículo 6o que entrará a regir a los dieciocho (18) meses de su promulgación. **PARÁGRAFO 1o.** En tanto no entre en vigor el artículo 6o de la presente ley las entidades podrán verificar la información de los proponentes a que se refiere el numeral 1 del artículo 5o de la presente ley. **PARÁGRAFO 2o.** Los artículos 9o y 17 entrarán a regir una vez se promulgue la presente ley.”

contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

“Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.”(énfasis del tribunal).

328. Del texto transcrito correspondiente a la Ley 1150 de 2007 se pueden extraer tres elementos fundamentales para entender el cambio en la regulación frente a lo dispuesto anteriormente bajo el Decreto 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993:
- (a) El legislador reiteró la prevalencia de la voluntad de las partes en el pacto de cláusulas de multa, permitiendo a aquéllas decidir si incluían ese tipo de acuerdos en sus contratos en cuanto tuvieran por objeto conminar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones.
 - (b) Se atribuyó a las entidades estatales la posibilidad de imponer y hacer efectivas las multas de forma unilateral mediante acto administrativo motivado, e incluso se les facultó para acudir, entre otros mecanismos para obtener su pago, a la compensación de las sumas adeudadas al contratista, el cobro de garantías y el ejercicio de la jurisdicción coactiva. Esta atribución eliminó el deber impuesto jurisprudencialmente bajo la Ley 80 de 1993 a las entidades estatales de acudir al juez del contrato para imponer y hacer efectivas las multas.
 - (c) El parágrafo transitorio del artículo 17 contiene una regla de aplicación retrospectiva, según la cual, serán válidas las multas impuestas unilateralmente con base en cláusulas contractuales pactadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 1150, siempre y cuando su imposición se produzca con posterioridad a la expedición de la ley. Al respecto, el Consejo de Estado ha aclarado el alcance de esta disposición, así:²⁷⁵

“Finalmente, la Sala precisa que si bien es cierto el parágrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, otorgó de manera retrospectiva facultad a la administración

²⁷⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 12 de agosto de 2013. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez en Laudo arbitral OPAIN vs ANI. Árbitros Arturo Solarte, William Barrera, Sergio Muñoz. 27 de febrero de 2019.

para imponer multas de forma unilateral la Sección Tercera del Consejo de Estado en este último caso ha considerado que: 'El párrafo transitorio transcrito, debe entenderse, en el sentido, de que si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, estas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley.' En consecuencia, del análisis jurisprudencial antes expuesto, la Sala concluye que antes de entrar en vigencia de la Ley 1150 de 2007, se advertía la imposibilidad por parte de la Administración contratante de imponer de manera unilateral multas o cláusula penal o el incumplimiento contractual reservando su imposición al juez del contrato. Además, la jurisprudencia ha sido clara en señalar que la facultad consagrada en el párrafo transitorio del artículo 17 de la referida Ley, se supedita a que la multa sea pactada con anterioridad a su expedición, pero que su imposición se produzca en vigencia de la citada norma, todo ello en cumplimiento del principio de legalidad que rige de manera estricta la facultad sancionatoria estatal (...)"

b. El caso concreto. La ilegalidad de las Directivas de Gerencia de Corabastos

329. A partir de las consideraciones expuestas y los hechos probados en el trámite, el Tribunal concluye:
- (a) El artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, vigente en el momento de imposición de las multas a las Uniones Temporales permite a toda persona “*solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.*”
 - (b) El contrato 047-97 fue suscrito en vigencia de la Ley 80 de 1993 y todas las Directivas de Gerencia por medio de las cuales CORABASTOS impuso las multas a las Uniones Temporales Operación Bodega Popular y A. Muñoz, (16 de noviembre de 2001, 23 de abril de 2002, 7 de octubre de 2002 y 119 y 27 de diciembre de 2002) fueron expedidas bajo ese mismo régimen y para entonces, la convocada carecía de competencia para hacer efectivas las multas.
 - (c) Por otra parte, si bien el párrafo 17 de la Ley 1150 de 2007 estableció una regla de aplicación retrospectiva según la cual cobran validez las multas impuestas unilateralmente por la administración a partir de cláusulas contractuales pactadas con anterioridad a esta ley -pero impuestas con posterioridad a ella- esta disposición no es aplicable al caso presente.

- (d) En efecto, el parágrafo establece dos requisitos: una cláusula sancionatoria previa a la vigencia de la ley, y una penalidad impuesta con posterioridad a ella. A partir de esta precisión, se observa que las multas contenidas en las Directivas de Gerencia sí se contemplaron en una cláusula contractual previa a la expedición de la Ley 1150 de 2007, pero fueron todas impuestas con anterioridad a esta normativa, con lo cual, no se cumple el segundo requisito descrito.
330. En este entendido, ni el marco legal vigente al momento de la expedición de las Directivas de Gerencia ni la jurisprudencia favorecen la legalidad de las Directivas de Gerencia sancionatorias de CORABASTOS.
331. Por consiguiente, el Tribunal declarará en la parte resolutive de este laudo la nulidad de las Directivas de Gerencia 022 de 2001, y de oficio, la de la Directiva 068 de 2002, confirmatoria de la anterior, así como la nulidad de las Directivas de Gerencia 103 del 7 de octubre de 2002 y 119 y 121 del 27 de diciembre del mismo año, ante la falta de competencia funcional de la convocada para proferir dichos actos.
332. No hay lugar a la misma declaración de nulidad, como lo reclama la parte actora, en la primera pretensión de la demanda correspondiente a la Multa 1, respecto del acto presunto originado en el silencio administrativo negativo de CORABASTOS, ocurrido por no haber decidido ésta, dentro del término señalado por el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo, la reposición interpuesta por las actoras contra la Directiva de Gerencia 022, pues, aunque de manera extemporánea, el recurso fue resuelto, desfavorablemente, como ya se dijo, mediante la Directiva de Gerencia 068 tantas veces nombrada, también afectada de nulidad según se declarará en este laudo. De esa suerte, por sustracción de materia, nada hay para decidir sobre el acto presunto.
333. Ahora bien, la falta de competencia ha sido catalogada como el “*vicio más grave de todas las formas de ilegalidad*” a punto de hacer superfluo el examen de otros posibles cargos,²⁷⁶ pues recae sobre un elemento de validez²⁷⁷ del acto administrativo y vulnera normas de orden

²⁷⁶ El Consejo de Estado ha optado por considerar inocuo referirse a otros cargos de nulidad propuestos cuando se encuentra acreditada la nulidad del acto administrativo por falta de competencia, precisamente por tratarse de un vicio grave de ilegalidad del acto. En sentencia 25000-23-26-000-2000-00079-02(37322). C.P. Danilo Rojas Betancourth, del 12 de octubre de 2017, dijo: “*Siendo claro que en el presente caso el Ministerio de Defensa Nacional no tenía competencia legal para imponer una multa a su contratista, resulta procedente la declaratoria de nulidad impetrada en Eelación con ese acto administrativo, sin necesidad de entrar a analizar los demás cargos efectuados en contra de dicha decisión.*” Asimismo, en sentencia 15001-23-31-001-2008-00520-01(50497). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, del 26 de noviembre de 2015, p. 24. la Sala señaló: “*De conformidad con lo anterior, la Sala se referirá únicamente a la causal de falta de competencia, debido a que al encontrar que esta se configura es inocuo pronunciarse de las restantes causales de nulidad del acto administrativo*”.

²⁷⁷ “*La competencia para proferir y ejecutar los actos administrativos constituye un importante sinónimo del concepto jurídico de capacidad, en cuanto aptitud atribuida por la Constitución, la ley o el reglamento a entes públicos o a los particulares para que manifiesten válidamente la voluntad estatal por vía administrativa. Se reconoce doctrinalmente que la capacidad, en tratándose de la teoría del acto administrativo, se traduce en*

público y constitucional rectoras de las actuaciones de la administración, en particular, los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política, disposiciones que establecen el marco de las competencias y funciones de las entidades estatales.

334. Así lo ha señalado en jurisprudencia reiterada el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo.²⁷⁸

“Por otra parte, la Corte Constitucional al referirse a este aspecto de la actuación de las autoridades estatales, ha manifestado que no se trata de una formalidad de la misma, sino de un elemento sustancial, ya que se trata de ‘un presupuesto esencial de validez de los actos que el funcionario cumple, como la capacidad es un requisito de validez de los actos jurídicos de derecho privado.’ Asimilar ese requisito a la forma es incurrir en una confusión inadmisibles, puesto que a ésta sólo puede acceder el sujeto calificado (competente o capaz, según el caso) para verter en ella el contenido que de ese modo cobra significación jurídica.

“De otro lado, la competencia de las autoridades estatales es un aspecto que se encuentra regulado por normas imperativas de ‘orden público’, el cual constituye el ‘Conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras’; así mismo, constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, siendo la incompetencia la regla general, mientras que la competencia es la excepción (...).

“Inclusive, dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina, ha considerado que ‘...por tratarse del cargo de incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (arts. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador’.”

términos de competencia. En ese sentido, será capaz la autoridad que tiene competencia para el ejercicio de un asunto, estando en consecuencia viciado de nulidad el acto proferido por aquellos sujetos que no tenga competencia legalmente atribuida, es decir, que carezcan de capacidad jurídica para la expedición de un acto administrativo. Por lo tanto, es capaz aquella autoridad que ha sido investida legalmente para la elaboración de una decisión administrativa o el ejercicio de una función.

(...)

En este sentido la competencia se torna en un importante presupuesto para la validez del acto administrativo, en la medida que permite a quien ejerce las funciones administrativas actuar dentro de los linderos del principio de legalidad”. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. 2017. p. 323.

²⁷⁸ Cita reiterada en: Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad.: 25000-2326-000-2001-02181-01(20397). C.P.: Danilo Rojas Betancourth. 29 de marzo de 2012; Rad.: 25000-23-26-000-2000-00079-02(37322). C.P.: Danilo Rojas Betancourth Fecha: 12 de octubre de 2017.; Rad. 25000-23-26-000-1997-04170-01(32906)A. C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo. 16 de agosto 2018.

335. En el mismo sentido, en providencia del año 2012, reiterada posteriormente en el año 2016, la Sala también señaló:²⁷⁹

“Así, la competencia constituye un presupuesto esencial para la validez de los actos administrativos²⁸⁰, de manera que, al hallarse afectado el acto por la ausencia de la misma, la nulidad emerge sin que exista posibilidad de ser saneada.

“El vicio por incompetencia es, pues, el más grave que puede afectar la validez de los actos administrativos²⁸¹ y, por tal razón, esta Corporación ha sostenido que, en estos eventos, el juez debe declarar siempre la nulidad del acto administrativo, incluso de manera oficiosa, porque cuando el acto es proferido en tales condiciones vulnera el derecho fundamental al debido proceso²⁸². Tal hipótesis constituye una excepción al principio de la rogación, que rige en materia contencioso - administrativa, pues, en principio, cuando se pretende obtener la declaración de nulidad de actos administrativos, el escrito de demanda debe indicar los fundamentos de derecho de las pretensiones, las normas violadas y el concepto de violación que sustenta la petición de nulidad (numeral 4 del artículo 137 del C.C.A.); pero, la excepción está fundada en la protección del citado derecho fundamental de aplicación inmediata, carácter que le otorga el artículo 85 de la Constitución Política”.

336. Siendo palmaria la falta de competencia de la convocada para expedir los actos demandados bajo el régimen normativo de la Ley 80 de 1993 y considerando ese elemento de suficiente trascendencia y gravedad como para dar lugar -por sí solo- a la declaratoria de nulidad de los mismos, el Tribunal declarará la prosperidad de la pretensión primera, parcialmente, en cuanto no se extiende al acto presunto, según se explica en el párrafo 332 de este laudo, así como la prosperidad de la pretensión segunda de las demandas acumuladas y como consecuencia de esta declaración, no realizará pronunciamiento alguno respecto de las pretensiones subsidiarias primera, segunda y tercera de la demanda correspondiente a la Multa 2 y a, b, y c, de la demanda correspondiente a la Multa 1.
337. En concordancia con lo anterior, las excepciones formuladas por CORABASTOS, reiterando su competencia para multar a la demandada a través de las Directivas No. 022 y 103 de 2002, no se encuentran demostradas y así quedará consignado en la parte resolutive de este laudo.
338. Podría parecer superfluo el examen de cualquier otra excepción relativa a las multas impuestas por CORABASTOS, vistas las consecuencias de la declaratoria de nulidad. No obstante, el Tribunal se ocupará a continuación del análisis de todas las demás excepciones propuestas por

²⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 3 de octubre de 2012, Rad. 26.140. Citada en Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad.: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E). 8 de junio de 2016.

²⁸⁰ Ibid.

²⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de mayo de 1999; Expediente 10.196.

²⁸² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010, Exp. 16.367.

CORABASTOS, aun las conexas con las multas, pues tocan aspectos no necesariamente resueltos al desatarse las atinentes a la competencia.

2. Corabastos no violó los artículos 887 y 894 del Código de Comercio, ni el artículo 1602 del Código Civil, si se tiene en cuenta lo establecido en el artículo 890 del Código Civil.

339. Si bien la excepción cuyo examen se va a emprender fue formulada contra la Directiva 022, su impacto en diversas actuaciones de la convocada es innegable, razón suficiente para decidirla en este momento.
340. Para abordarla es preciso entrar, en detalle, en el acto jurídico de cesión a la Unión Temporal Operación Bodega Popular CORABASTOS del contrato 047-97 en su etapa de operación.
341. El contrato de concesión 047/97,²⁸³ contemplaba tres etapas a saber: 1) etapa de revisión de estudios y diseños y elaboración de diseños definitivos de la obra; 2) etapa de construcción de la bodega, y 3) etapa de operación de la concesión, esta última materia de las disputas entre las partes del mencionado acuerdo de voluntades.
342. Por su parte, la cláusula décima del contrato preceptúa: *“EL CONCESIONARIO no podrá ceder total o parcialmente el presente contrato sin el previo consentimiento escrito de la CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A CORABASTOS.”*
343. El 23 de septiembre de 1998 las sociedades Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling y Asociados & Cía. Ltda. conformaron la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos, cuyo objeto era, entre otros *“ejecutar en forma mancomunada la operación de la Bodega Popular ‘Corabastos’.”*²⁸⁴
344. En la cláusula 4ª de ese acuerdo estipularon entre otras cosas:²⁸⁵ *“De mutuo acuerdo los miembros de la Unión Temporal determinan la distribución de los trabajos de la siguiente manera:*

“La sociedad ASESORÍAS Y REPRESENTACIONES PRADILLA LTDA. tendrá una participación del 90% en la Unión Temporal Operación Bodega Popular “Corabastos” y realizará las siguientes actividades:

“(…)

²⁸³ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 4, folios 265 y ss.

²⁸⁴ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 4, folios 288 y ss.

²⁸⁵ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 4, folio 291.

“A-3. Recaudar la totalidad de los aportes de la etapa de Operación producto de Contrato de Concesión 047/97 Bodega Popular.”

“B) La sociedad SCHMEDLING Y ASOCIADOS & CÍA. LTDA. tendrá una participación en la Unión Temporal Operación Bodega Popular “Corabastos” del 10% y realizará las siguientes actividades:

B-1 El manejo administrativo de la etapa de Operación en cuanto a las actividades que tengan relación con la Bodega Popular tales como:

“Celaduría, aseo, mantenimiento rutinario en zonas comunes, facturación y recaudo de cuotas de Administración, recaudo de arrendamientos, pagos de servicios públicos, etc.”

345. El mismo día de la firma del acuerdo de Unión Temporal Operación Bodega Popular CORABASTOS, la Unión Temporal A. Muñoz cedió a aquélla, a título de compraventa, su posición contractual en la etapa de operación del contrato de concesión 047/97.²⁸⁶
346. También en la fecha mencionada, la Unión Temporal A. Muñoz remitió a la convocada copia de los contratos de conformación de la nueva Unión Temporal Operación Bodega Popular CORABASTOS y de cesión a ésta de la etapa de operación. Igualmente solicitó, en la comunicación remisoria, la aprobación del contrato en cuestión, e hizo manifiesta su obligación de continuar *“respondiendo por el cumplimiento del contrato cedido.”*²⁸⁷
347. El 25 de septiembre siguiente Corabastos se notificó de la cesión y la aceptó, *“dejando constancia que dicha cesión no libera a la cedente de su responsabilidad por el cumplimiento del contrato.”*²⁸⁸
348. Hasta aquí los antecedentes fácticos relativos a la sustitución de una concesionaria por otra. A continuación, se examinarán las normas legales sobre la materia.
349. El artículo 887 del Código de Comercio dispone:

“En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.

²⁸⁶ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 4, folios 297 y ss.

²⁸⁷ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 4, folio 296.

²⁸⁸ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 4, folio 301.

*“La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido.”*²⁸⁹

350. Por su parte, el Artículo 894 del Código de Comercio establece:

“La cesión de un contrato produce efectos entre cedente y cesionario desde que aquella se celebre; pero respecto del contratante cedido y de terceros, sólo produce efectos desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto en el inciso tercero del artículo 888.”

351. A su turno, el artículo 1602 del Código Civil reza: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”*

352. Ahora bien, cuando la convocada alude al artículo 890 del Código Civil, seguramente quiere referirse al 890 del Código de Comercio a cuyas voces “[e]l que cede un contrato se obliga a responder de la existencia y validez del mismo y de sus garantías, pero, salvo estipulación expresa en contrario, no responderá de su cumplimiento por parte del otro contratante y de los garantes.”

353. Sin embargo, la convocada no cita el artículo 893 del Código de Comercio, cuyo texto es el siguiente:

“Si el contratante cedido hace la reserva de no liberar al cedente, al autorizar o aceptar la cesión, o al serle notificada, en el caso de que no la haya consentido previamente, podrá exigir del cedente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla, pero deberá poner el incumplimiento en conocimiento del cedente dentro de los diez días siguientes a la mora del deudor” (énfasis del Tribunal).

354. En cuanto a la cesión del contrato estatal, dos sentencias del Consejo de Estado resultan ilustrativas: La primera²⁹⁰ destaca la extinción de la relación contractual original entre la entidad estatal contratante y su antiguo contratista y el nacimiento de una nueva entre aquélla y el cesionario del contrato. Dice la providencia:

“(…) cualquiera de las partes –contratante o contratista- puede sustituirse por un tercero –llamado cesionario-, quien en adelante será el titular de los derechos y obligaciones que proceden del contrato, ocupando material y jurídicamente la posición que antes tenía el cedente, lo que implica, para éste, la extinción de su relación jurídica, para ser transferida al cesionario, quien en adelante ostentará la calidad de contratista (...).

²⁸⁹ El artículo 41, inciso 3° de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos estatales tienen la calidad de intuitu personae y, en consecuencia, *“una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.”*

²⁹⁰ Consejo De Estado, sentencia de 12 de agosto de 2013, C. P: Enrique Gil Botero.

“(…)

“Lo expuesto significa que la sustitución es -como se mencionó- material y jurídica, esto es, que el cesionario –‘nuevo’ contratista del Estado- ejecuta total o parcialmente el negocio, y responde ante la administración contratante –es decir, la cedida-. En efecto, éste se subroga en los derechos y obligaciones del cedente quien se desvincula del negocio, salvo estipulación en contrario.

“Si el cedido –la entidad estatal- hace la reserva de no liberar al cedente -contratista original-, al autorizar o aceptar la cesión, al serle notificada o al conocer el endoso en el caso de que no la haya consentido previamente mediante una estipulación expresa, puede exigirle a éste el cumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla. Sin embargo, el incumplimiento hay que ponerlo en conocimiento del cedente dentro de los diez días siguientes a la mora del cesionario” (énfasis del Tribunal).

355. La segunda²⁹¹ resalta los efectos de la cesión y en la parte pertinente explica:

*“Del artículo 887 del Código de Comercio se desprende que la cesión de la posición contractual es un contrato en virtud del cual una de las partes de un determinado contrato, ya sea de ejecución sucesiva o instantánea, transfiere a un tercero, total o parcialmente, los derechos y las obligaciones derivados de una relación contractual. Se denomina cedente al sujeto que cede o transfiere en todo o en parte los derechos y las obligaciones derivadas de la relación contractual, cesionario a quién sustituye al cedente en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato y contratante cedido al otro contratante que sigue siendo parte de la relación contractual cedida y que no lo es de la cesión. Ahora, si bien el contrato de cesión produce efectos jurídicos entre el cedente y el cesionario desde el mismo momento de su celebración, frente al contratante cedido y a los terceros sólo los produce a partir de la notificación o aceptación de la cesión. Por esto es que se afirma que un tercero puede ocupar la posición de uno de los contratantes iniciales mediante la denominada ‘cesión de la posición contractual’, o más escuetamente ‘cesión de contrato,’ que consiste fundamentalmente en que **se trasladan al tercero el conjunto de derechos y obligaciones que estaban a favor y a cargo de la parte contractual que es sustituida (...)**” (énfasis del Tribunal).*

356. Es claro para el Tribunal, como lo es para la jurisprudencia, que la sustitución de un contratista por otro solamente configura una relación jurídica entre cedente y cesionario, ajena al contratante cedido, quien ha contraído las obligaciones y adquirido los derechos insertos en el contrato materia de la cesión con antelación a ésta. Pero al notificársela o al aceptarla, el cedido reconoce los efectos de la sustitución del contratista y desde ese momento el acto jurídico le es oponible, como lo dispone el artículo 894 del Código de Comercio. Lo anterior en consonancia

²⁹¹ Consejo de Estado, sentencia de 10 de septiembre de 2014, C. P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

con el artículo 1602 del Código Civil, pues a partir de dicha aceptación, el contrato de cesión se convierte en ley para el cedido.

357. Volviendo al artículo 893 del Estatuto Mercantil, cabe destacar, en primer lugar, la posibilidad de que el contratante cedido no libere al cedente de responsabilidad por la ejecución del contrato y en segundo lugar, el carácter subsidiario de la obligación del contratista sustituido, a quien solo se le podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato “*cuando el cesionario no las cumpla*”, como reza la aludida disposición.
358. No se trata, pues, de una obligación *in solidum* y por ende al acreedor no le es dado exigir “*a cada uno de los deudores (...) el total de la deuda.*”²⁹²
359. Adicionalmente, para hacer efectiva la responsabilidad del cedente en favor del contratante cedido, cuando aquél no ha sido liberado del cumplimiento del contrato, el segundo deberá poner el incumplimiento en conocimiento del primero dentro de los diez días siguientes a la mora del deudor, como lo manda dicha norma.
360. Este último requisito hace evidente la extinción de la primitiva relación contractual y el nacimiento de la nueva entre la entidad estatal y el cesionario, pues si no hubiese fenecido aquélla, ¿cuál es el propósito de notificarle al cedente el incumplimiento?
361. La doctrina no ha sido ajena a este tema. Al ocuparse de los efectos de mantener al cedente como responsable de la ejecución del contrato, el autor Fabricio Mantilla Espinosa expresa en su obra “*La cesión de contrato*”:²⁹³ “*(...) si el contratante cedido no libera al cedente podrá exigirle a éste el cumplimiento de las obligaciones contractuales cuando el cesionario no las cumpla, siempre y cuando le notifique el incumplimiento dentro de los diez días siguientes a la mora. Así, en caso de no liberación del cedente, el contratante cedido pasará a tener dos deudores contractuales – el cesionario y el cedente -, uno principal y otro subsidiario.*”
362. En el mismo sentido, el tratadista Jaime Alberto Arrubla Paucar²⁹⁴ trata al cedente como un obligado subsidiario a quien puede exigirse el cumplimiento de la obligación “*únicamente si el cesionario no cumple, pues no se trata de solidaridad.*”
363. Aplicando al asunto materia de controversia las anteriores consideraciones, el Tribunal encuentra probado lo siguiente:

²⁹² Artículo 1568 del Código Civil.

²⁹³ Los Contratos en el Derecho Privado, compilación a cargo de Fabricio Mantilla Espinosa y Francisco Ternera Barrios, artículo “La cesión de contrato, Universidad del Rosario y Legis Editores, segunda reimpresión, 2009, Bogotá, p. 446.

²⁹⁴ Jaime Alberto Arrubla Paucar, Contratos Mercantiles, Tomo I Biblioteca Jurídica Dike, 5ª edición, 1992, p.151.

- (a) La Unión Temporal A. Muñoz de una parte, y CORABASTOS de la otra, acordaron que la posición contractual de aquélla sería ocupada desde la fecha de aceptación del acto de cesión, por la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos.
- (b) Por lo tanto, a partir de entonces, la concesionaria y única contratista en la etapa de operación del contrato 047/97 fue la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos compuesta por las sociedades Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling y Asociados & Cía. Ltda.
- (c) Indiscutiblemente la convocada requirió en diversas ocasiones tanto a la Unión Temporal originariamente contratista como a su sucesora, antes de imponer la multa a la primera, pero a la hora de establecer la pena por medio de los actos administrativos aquí atacados, procedió exclusivamente contra la Unión Temporal A. Muñoz, haciendo caso omiso de la existencia de la cesionaria.
- (d) Tal proceder equivale a negarle eficacia a la cesión previamente aceptada por el contratante cedido y oponible a él, y desobedece frontalmente la regla de interpretación de los contratos contenida en el artículo 1620 del Código Civil según la cual “[e]l sentido en que una cláusula puede producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”.
- (e) El artículo 1620 citado busca asegurar la prevalencia de la voluntad de las partes y es “*el fundamento del principio de la conservación de los actos jurídicos que, en síntesis, consiste en preferir un tratamiento para tales actos que conduzca a que estos produzcan el máximo de sus efectos, en vez de otro que los redujera a la ineficacia.*”²⁹⁵
- (f) No obstante, se reitera, la Unión Temporal Operación Bodega Popular CORABASTOS, cesionaria y por ende contratista de la concesión, no fue vinculada al acto administrativo de imposición de la multa, dirigido exclusivamente contra la Unión Temporal A. Muñoz, cuya relación con la convocada era la de garante del cumplimiento del contrato 047/97, si la nueva contratista lo incumplía.
- (g) Al aceptar CORABASTOS la sustitución de un contratista por otro para la etapa de operación de la concesión, la entidad estatal se obligó a llamar a la cesionaria -no a la cedente – a responder por su supuesta omisión, pero al mismo tiempo, a respetar su derecho de defensa, sin perjuicio de la ya conocida responsabilidad de la concesionaria original porque a las sociedades integrantes de la Unión Temporal Operación Bodega Popular CORABASTOS les competía responder por las sanciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones contractuales, de acuerdo con, y en la proporción

²⁹⁵ Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, 5ª edición Temis, Bogotá, p. 490.

correspondiente a, su participación en la ejecución del contrato, como lo señala el artículo 7º de la Ley 80 de 1993.

- (h) Palmariamente CORABASTOS trató el compromiso de la cedente como si fuera una obligación contraída solidariamente con la Unión Temporal cesionaria, exigible en su totalidad a una u otra, cuando en verdad se trataba de una obligación subsidiaria, sujeta, según quedó establecido, a la prueba del incumplimiento plenamente acreditado de la cesionaria y a la notificación de esa conducta a la cedente dentro de los diez días siguientes a la mora de la cesionaria; y ninguna de estas dos condiciones se hizo manifiesta o se demostró en este proceso.
- (i) Ese entendimiento condujo a la errónea interpretación del artículo 893 del Código de Comercio de parte de CORABASTOS, pues, contrario a lo afirmado en la Directiva 068, el incumplimiento del contrato de concesión no otorga “*automáticamente*”²⁹⁶ a la entidad estatal el derecho de gravar a la Unión Temporal A. Muñoz con las multas previstas en la Cláusula décima novena del contrato.
- (j) En últimas, la convocada apremió con multas a un tercero, garante de la obligación de la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos, no a su verdadera contraparte en el contrato de concesión 047/97 y pretermitió toda consideración respecto de la posición contractual de la Unión Temporal cesionaria. Ello puede corroborarse con la lectura del acto administrativo por medio del cual se impuso la multa cuyo texto señala “[q]ue el concesionario **UNIÓN TEMPORAL A. MUÑOZ & Cía. Ltda.** se comprometió con el contratista **CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A. CORABASTOS**, al cumplimiento del Objeto del contrato, en los términos y plazos establecidos en el mismo”²⁹⁷, cuando aquélla había dejado de ser concesionaria y se había obligado -como garante- subsidiariamente, en el evento de incumplimiento de la nueva contratista.
- (k) Ese tercero, ajeno al acto administrativo de imposición de la multa, terminó como principal obligado, respondiendo por la sanción, no sin advertir, desde un comienzo, en el acápite 1 de su recurso de reposición contra la Directiva 022: “**LA UNIÓN TEMPORAL A. MUÑOZ – ALFREDO MUÑOZ Y CÍA LTDA. NO TIENE LA CALIDAD DE CONCESIONARIO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 047/97**”²⁹⁸, posición sustentada a continuación en el escrito mencionado.
- (l) Así las cosas, el acto administrativo sancionatorio nunca le fue notificado a la verdadera concesionaria de la etapa de operación, la Unión Temporal Operación Bodega Popular

²⁹⁶ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 8, folio 1386.

²⁹⁷ Trámite 5053. Cuaderno de Pruebas 2, folio 117.

²⁹⁸ Trámite 5053. Cuaderno de Pruebas 2, folio 132.

CORABASTOS la cual no tuvo oportunidad de controvertir, en la vía gubernativa, las pruebas en su contra ni de interponer los recursos de ley.

- (m) Habiendo adquirido la calidad de contratista por virtud de la cesión de la fase de operación del contrato de concesión 047/97, la Unión Temporal Operación Bodega Popular tenía, sin lugar a duda, la condición de verdadera interesada en los resultados de cualquier actuación administrativa adelantada por la convocada con relación al cumplimiento del aludido acuerdo de voluntades en su fase operativa.
- (n) Por supuesto, la sustitución de una concesionaria por otra no liberó a la cedente de responsabilidad por el cumplimiento del contrato; sin embargo, de ello no se desprende la potestad, en cabeza de la entidad contratante, de llamar directa y únicamente a la antigua contratista a responder por las eventuales infracciones de la nueva concesionaria, prescindiendo de la participación de la Unión Temporal presuntamente incumplida.

364. Ahora bien, para sopesar la conducta de la demandada al expedir la Directiva 022 de 2001 es preciso, además, cotejarla con los principios del debido proceso administrativo tal como han sido esbozados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

365. En sentencia T-1263/01²⁹⁹, citando a su turno la sentencia T-550 de 1992, esa Corporación dejó sentado lo siguiente:

“En realidad, lo que debe entenderse por ‘proceso’ administrativo para los efectos del artículo 29 de la Constitución Política, es un conjunto complejo de circunstancias de la administración que le impone la ley para su ordenado funcionamiento, para la seguridad jurídica de los administrados y para la validez de sus propias actuaciones, ya que su inobservancia puede producir sanciones legales de distinto género. Se trata del cumplimiento de la secuencia de los actos de la autoridad administrativa, relacionados entre sí de manera directa o indirecta, y que tienden a un fin, todo de acuerdo con disposición que de ellos realice la ley.”

366. Sobre el debido proceso administrativo expresa la sentencia T-1263/01:

*“El derecho fundamental al debido proceso se consagra constitucionalmente como la garantía que tiene toda persona a un proceso justo y adecuado, esto es, que en el momento en que el Estado pretenda comprometer o privar a alguien de un bien jurídico no puede hacerlo sacrificando o suspendiendo derechos fundamentales. El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda –legítimamente- imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales”.*³⁰⁰

²⁹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-1223 de 29 de noviembre de 2001, M.P: Jaime Córdoba Triviño.

³⁰⁰ Ver entre otras sentencias la T-576 de 1998 y la T-188 de 2001, ambas de la Corte Constitucional.

367. Más adelante sostiene:

“La relación existente entre el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa es inescindible. Las formas propias del juicio que garantizan el derecho a la igualdad al prescribir las normas para que todos, sin excepción, sean juzgados bajo las mismas reglas, tiene en el derecho a la defensa el complemento necesario que le permite al interesado controvertir, aportar o solicitar las pruebas que conduzcan al real esclarecimiento de los hechos sobre los que ha de fundarse la decisión de la autoridad. Conforme a ello, el garantizar que la persona interesada esté debidamente enterada de las decisiones que en particular comprometen sus derechos, es un deber indeclinable de las autoridades. Es mediante el acto de la notificación que la administración cumple con el principio de publicidad y garantiza con ello, que la persona pueda ejercer el derecho a la defensa. En un Estado de derecho no se pueden considerar como válidas las decisiones que se tomen a espaldas de los interesados (...).”

368. Es pues, notoria la falta de aplicación de los principios del debido proceso administrativo, frente a la Unión Temporal Operación Bodega Popular. Basta leer la Directiva 022 de 2001 y su confirmatoria, la 068 de 2002 para comprobar cómo brilla por su ausencia cualquier referencia a la cesionaria. El solo encabezado de la segunda, “[p]or medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la UNIÓN TEMPORAL A. MUÑOZ Y ALFREDO MUÑOZ ROA contra la Directiva No. 022 del 16 de diciembre de 2001 (...)” lo hace evidente.

369. Al desconocer el debido proceso administrativo, la demandada violó de paso, el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, en vigor para la fecha de imposición de las multas.³⁰¹

370. Allí se fijan los principios orientadores de las actuaciones administrativas y entre ellos los de publicidad y contradicción. Según el primero *“las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código y la ley.”* El segundo preceptúa: *“los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir las decisiones de las autoridades por los medios legales.”* *“Estos principios – dice la referida disposición – servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento.”*

371. Claramente el artículo citado convierte en principios rectores del actuar administrativo dos reglas fundamentales del debido proceso mencionadas por la Corte Constitucional en las

³⁰¹ Los incisos segundo y tercero del artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente a partir del 2 de julio de 2012, establecen:

“Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.”

“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.”

sentencias citadas, pero ignoradas por CORABASTOS a la hora de imponer la multa en cuestión.

372. Ahora bien, de conformidad con las disposiciones de la Ley 80 de 1993 sobre uniones temporales y a la luz de las reglas del Código de Comercio atinentes a la cesión de contrato, una vez satisfecho el debido proceso administrativo, si CORABASTOS tenía por incumplido el contrato, y fuera titular de la potestad sancionatoria, estaba obligada a imponer las multas correspondientes atendiendo lo previsto en el artículo 7º, numeral 2 del Estatuto Contractual, vale decir proporcionalmente a la participación de cada sociedad en la Unión Temporal: 90% a la sociedad Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y 10% a la sociedad Schmedling y Asociados & Cía. Ltda., de acuerdo con las obligaciones incumplidas.
373. Una vez en firme la decisión, si las integrantes de la Unión Temporal sancionada no pagaban la multa, operaba la garantía en favor de la entidad estatal en los términos de la comunicación dirigida por ésta a la Unión Temporal cedente, previa la notificación a ésta del incumplimiento de la cesionaria, ello dentro del plazo fijado por la ley.
374. El tema no es de poca monta porque la correcta imposición de las sanciones determinará el derecho del tercero que pague a recobrar lo solventado, pues por ministerio de la ley, éste se subroga en la posición del acreedor (artículo 1668, numeral 3 del Código Civil); con derecho a recuperar una del primariamente obligado, incluso por la vía ejecutiva, lo pagado, si el deudor original voluntariamente no honra su obligación.
375. Si, en gracia de discusión, a eso se llegara, Schmedling y Asociados & Cía. Ltda. respondería por el 10% de la sanción y Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. por el 90% restante, pues no hay solidaridad entre ellos para efectos del cobro de las multas, como lo dispone el artículo 7º de la Ley 80 de 1993.
376. Finalmente huelga el examen del argumento de CORABASTOS en el sentido de haber respetado el debido proceso a la Unión Temporal sancionada, pues no fue a ésta sino a la cesionaria, Unión Temporal Operación Bodega Popular a quien se le desconoció ese derecho fundamental.
377. Súmese a lo anterior lo previsto en los artículos 44 y 48 del antiguo Código Contencioso Administrativo para los actos administrativos de carácter particular, cuya notificación debía ser personal (artículo 44), so pena de no tenerse por efectuada y no producir efectos legales (artículo 48).
378. No habiendo sido notificada la Unión Temporal cesionaria del contrato 047-97 y verdadera destinataria de la sanción, de la multa en cuestión, claramente, respecto de ella, las Directivas de Gerencia 022 y 068 no produjeron efecto alguno.
379. Estas son pues, razones adicionales a la falta de competencia de CORABASTOS, para considerar nula la Directiva de Gerencia 022 de 2001 y para declarar de oficio la nulidad de la 068 de 2002, la segunda confirmatoria de la anterior e infundada la excepción en estudio, como se declarará en la parte resolutive de este laudo.

3. La violación de los artículos 6 de la Constitución Política y 24 numeral 8 de la Ley 80 de 1993

380. En relación con esta excepción el Tribunal considera aplicables las razones recientemente expuestas en el capítulo correspondiente a la excepción “Corabastos no violó los artículo 887 y 894 del Código de Comercio, ni el artículo 1602 del Código Civil, si se tiene en cuenta lo establecido en el artículo 890 del Código Civil”
381. En efecto, al tratar ese tema, el Tribunal recalcó la calidad de mero garante del contrato en cabeza de la Unión Temporal A. Muñoz y no destinataria inicial de la Multa 1. En tales condiciones, la excepción en estudio resulta improcedente, como se expresará en la parte resolutive de este laudo.

4. Corabastos no les generó perjuicios a las convocantes como consecuencia de la imposición de las multas, pues no hay prueba de ello y no han pagado las multas.

382. Evidentemente, aun declarada la nulidad de los actos administrativos sancionatorios expedidos por CORABASTOS respecto del contrato 047-97, no puede descartarse la posibilidad de un daño a las convocadas por el solo hecho de haberse producido las Directivas de Gerencia en cuestión. No alude el Tribunal a eventuales condenas pecuniarias emanadas de la declaratoria de nulidad ya anunciada y sus intereses o actualizaciones, sino a afectaciones de otra índole capaces de impactar económica o moralmente a las convocadas.
383. A ese efecto, ha de comenzarse por indagar cuál es el daño, físico o moral, causado a las convocantes con la imposición de las multas, para así determinar su consecuencia, vale decir, el perjuicio indemnizable, caracterizado, como ha dicho la Corte Suprema de Justicia,³⁰² por

*“(...) ser inequívoco, real y no eventual o hipotético. Es decir, ‘(...) cierto y no puramente conjetural, [por cuanto] (...) no basta afirmarlo, puesto que **es absolutamente imperativo que se acredite procesalmente con los medios de convicción regular y oportunamente decretados y arrimados al plenario (...)**’ (énfasis del Tribunal)”³⁰³*

“En otras palabras, al margen de dejar establecida la autoría y existencia de un hecho injusto, el menoscabo que sufre una persona con ocasión del mismo, sólo podrá ser resarcible siempre y cuando demuestre su certidumbre, ‘porque la culpa, por censurable que sea, no los produce

³⁰² Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 12 de junio de 2018, M.P: Luis Armando Tolosa Villabona.

³⁰³ Providencia citada en la sentencia que se transcribe así: CSJ SC 10297 de 2014.

de suyo³⁰⁴. También debe ser directo, esto es, que el quebranto irrogado se haya originado ‘con ocasión exclusiva del’ [suceso arbitrario]”³⁰⁵.

384. Señala la convocada en su alegato sobre las multas: “en el expediente tampoco existe prueba de que la multa impuesta se hubiera inscrito en el registro de proponentes y que como consecuencia de ello se le hubiera impedido a las convocantes la adjudicación de un contrato. Igualmente, no hay prueba de que la imposición de las multas haya afectado el nombre comercial de las empresas que conforman las uniones temporales.”
385. Al revisar el expediente, el Tribunal no encontró, dentro de las pruebas allegadas o pedidas por las demandantes, elementos de juicio para calcular un perjuicio material o moral generado por la imposición de las multas para así proferir una condena contra CORABASTOS.
386. Esta circunstancia, aunada a la jurisprudencia arriba citada, permite, sin más reflexiones, declarar la prosperidad de la excepción, y en consecuencia, desestimar las pretensiones tercera y cuarta de las demandas acumuladas, como se dejará consignado en la parte resolutive de esta providencia.
387. De otro lado, CORABASTOS no formuló ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca igual excepción frente a la pretensión de la demandante, reseñada en los antecedentes de este laudo, encaminada al reconocimiento de los mismos perjuicios con ocasión de la liquidación unilateral del contrato 047-97, pero sí se opuso, en la contestación a la demanda,³⁰⁶ a la solicitud de reparación de los daños morales por no estar ellos causados ni demostrados.
388. Las mismas razones para declarar la prosperidad de la excepción ahora resuelta habrán de servir para condenar al fracaso la petición aludida -pretensión segunda de la demanda inicial- respecto de toda clase de daño y por tanto, también se hará ese mismo pronunciamiento en la parte resolutive de este laudo.

5. Fuerza ejecutoria de los actos administrativos sancionatorios de CORABASTOS

389. Por supuesto, la declaratoria de nulidad de todos los actos administrativos sancionatorios expedidos por CORABASTOS por falta de competencia para imponerlos y por otras razones expuestas más adelante, poco dejaría para agregar sobre su fuerza ejecutoria.
390. Sin embargo, al margen de las comunicaciones enviadas a la Unión Temporal Operación Bodega Popular o de otras gestiones extrajudiciales realizadas frente a las convocantes para

³⁰⁴ Providencia citada en la sentencia que se transcribe así: CSJ SC G.J. T. LX, pág. 61.

³⁰⁵ Providencia citada en la sentencia que se transcribe así: CSJ SC sentencia de 29 de julio de 1920 (G.J. T. XXVIII, pág. 139 y s.s).

³⁰⁶ Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 1, folios 71 – 86.

obtener el pago de las multas, CORABASTOS en la práctica, tiene por zanjada esta controversia. Ello porque al hacer efectivas las penalidades, compensándolas en la liquidación unilateral del contrato 047-97 (Directivas de Gerencia 107 y 107 A) con lo adeudado a las Uniones Temporales, da por pagadas las referidas sanciones, pues -afirma- la presunción de legalidad de la Directiva 107 ampara el procedimiento aplicado por la demandada. En su alegato de conclusión CORABASTOS lo explica de la siguiente manera: *“Así las cosas, mientras no se declare la nulidad de la Directiva 107 que contiene la liquidación del contrato, las multas fueron efectivamente ejecutadas por vía de compensación.”*

391. Las convocantes rebaten el argumento sosteniendo la improcedencia legal de dicha inclusión y, partiendo de la cesión del contrato 047-97 a la Unión Temporal Operación Bodega Popular aceptada por CORABASTOS, aducen las siguientes razones:
- (a) Cualquier derecho u obligación a favor o a cargo de la concesionaria solo puede beneficiar o gravar a la Unión Temporal Operación Bodega Popular, cesionaria del contrato.
 - (b) La Multa 1 no le es oponible a dicha cesionaria y a sus sociedades integrantes, pues ni una ni otras fueron incluidas como sujetos pasivos de la sanción.
 - (c) La Multa 2 solo fue notificada a las sociedades integrantes de la Unión Temporal Operación Bodega Popular CORABASTOS después de haberse proferido la Directiva de Gerencia de liquidación unilateral del contrato.
 - (d) El artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la época, disponía *“que sin notificación las decisiones administrativas no producen efecto legal alguno”* y por lo tanto, no podía incluirse la Multa 2 en la liquidación unilateral.
392. Ciertamente, como se vio, la Unión Temporal cesionaria del contrato y sus sociedades integrantes fueron completamente ajenas al procedimiento de imposición de la Multa 1 y no fueron notificadas del respectivo acto administrativo sancionatorio. Esa sola circunstancia hace perder todo asidero jurídico a la argumentación de CORABASTOS según la cual la legalidad de la compensación en este caso pende de la validez de la Directiva 107, pues aun si ésta se ajusta a derecho, la convocada estaba impedida para compensar su valor con sumas a su cargo pero a favor de un tercero como lo es en este caso, la Unión Temporal Operación Bodega Popular.
393. De esa suerte, carece de fundamento la excepción en cuanto a la Multa 1, como se dirá en la parte resolutive de este laudo.
394. En lo atinente a la Multa 2, la pretendida compensación no puede ser considerada como un acto tendiente a ejecutar la Directiva 103 por las siguientes razones:
- (a) En primer lugar, evidentemente la falta de competencia de CORABASTOS para proferir esta Directiva y su consecencial nulidad hacen innecesario pronunciarse sobre la fuerza

ejecutoria de este acto administrativo, pues llanamente, al carecer de validez no podría ser ejecutado.

- (b) En segundo lugar, la simultaneidad existente entre la fecha de expedición del acto administrativo de liquidación unilateral (Directiva 107) y el periodo de publicación del edicto de notificación de la Multa 2 (Directiva 103), lleva al Tribunal a considerar sin efecto la ejecución alegada por la convocada, pues la Directiva 103 fue expedida el 7 de octubre de 2002 y ante la imposibilidad de notificarla personalmente, CORABASTOS surtió tal diligencia mediante edicto publicado el 22 de octubre, desfijado el 5 de noviembre del mismo año.
 - (c) Encontrándose el edicto en periodo de publicación, la convocada profirió la Directiva 107 del 30 de octubre de 2002, notificada también por edicto publicado el 12 de noviembre y desfijado el 25 del mismo mes.
 - (d) En este estado de cosas, la convocada pretendió compensar la Multa 2 en la liquidación unilateral; no obstante, la Directiva 103 no se encontraba en firme pues no había sido desfijado su edicto, es decir, no se había notificado a la concesionaria y por ende, ésta no había tenido la oportunidad de conocer el contenido del acto administrativo y menos aún, de interponer los recursos procedentes para así dar firmeza a la decisión. De esa manera, CORABASTOS buscó ejecutar una decisión no ejecutoriada, incluso desconocida para las Uniones Temporales cuando se expidió la Directiva 107 de liquidación unilateral.
395. Por lo anterior, el Tribunal desestima la excepción formulada por la entidad estatal en cuanto a la ejecutoria de la Multa 2 y así lo dirá en la parte resolutive de este laudo.

6. Inexistencia de falsa motivación de la Directiva de Gerencia 022.

396. La acusación de las convocantes sobre la falsa o errónea motivación de la Directiva de Gerencia 022 tiene como sustento los considerandos 8 a 13 de este acto administrativo.³⁰⁷ Naturalmente,

³⁰⁷ Los considerandos 8 a 13 de la Directiva de Gerencia 022 rezan:

8) Al tenor literal del contrato 047-97 le corresponde al contratista: Cláusula Primera 2. recaudar, transportar y proteger los dineros obtenidos por la administración de la bodega.

En la etapa de operación esta ampliamente demostrado que el Concesionario desatendió sus obligaciones como administrador ya que no realizó los RECAUDOS en debida forma, ya que como quedó demostrado en la inspección judicial del 14 de septiembre de 2001, nunca ha emitió facturas de cobro o recibos de pago. De manera informal, recoge unos dineros entregando a cambio recibos que no to son técnicamente, con numeración repetida, en el mejor de los casos, o simplemente les hacia entrega de una consignación del banco Caja Social a los arrendatarios para que estos consignaran. (Copia del acta No. 17 del Tribunal de Arbitramento, que soporta lo dicho, hace parte del presente documento).

9) Que encontramos como causal de consideración el incumplimiento del deber de RECAUDAR los dineros obtenidos por parte del CONCESIONARIO administrador de la bodega Popular por concepto de los pagos de

y antes de abordar el tema, toda motivación contra la Unión Temporal A. Muñoz, sustituida en la etapa de operación del contrato 047-97 por la Unión Temporal Operación Bodega Popular es errada, mas no falsa, pues se asienta sobre una equivocada lectura del artículo 893 del Código de Comercio. En efecto, ya se demostró que aquella, en cuanto cedente, no podía ser la destinataria de la sanción; en otras palabras, no pudo cometer las infracciones a ella atribuidas.

397. En ese sentido, los considerandos 8, 9, 10,11 y 12 de la Directiva de Gerencia 022 adolecen del vicio enunciado por la parte actora. A los anteriores debe sumarse el 13, por cuanto la acusación está dirigida contra quien fue objeto de la multa, independientemente de las comprobaciones -efectuadas o no- por la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de La Nación, mencionadas en el acto administrativo.
398. Ahora bien, se ha entendido por motivo del acto administrativo *“la mención de las circunstancias o de las consideraciones que, según su autor, justifican el contenido del acto.”*³⁰⁸ La jurisprudencia del Consejo de Estado exige una de dos condiciones para la

arrendamientos, el cual asciende a la suma de Ciento veintiseis (sic) millones cuarenta y cuatro mil seiscientos nueve pesos mcte \$126'044.809, según estudio realizado por la Subgerencia Administrativa y Financiera de la Corporación, el cual produjo el monto susceptible (sic) de reclamación por parte de la Corporación y a cargo de el CONCESIONARIO, el cual hace parte del presente documento.

10) Que la presente sanción se establece contando con que el Concesionario incumplió con el deber de informar periódicamente a la Corporación el estado de RECAUDO, ya que ha sido ampliamente demostrado que efectivamente éste, no se efectuó, como que no se realizó facturación alguna y en consecuencia la Interventoría, Subgerencia Administrativa y Financiera, extrajo la presente información del Flujo de Caja pactado para el proyecto.

11) Que de acuerdo con lo estipulado en el contrato 047-97 en lo relativo a multas, de acuerdo al Flujo de Caja, el Concesionario ha debido RECAUDAR en el mes de Octubre (sic) del año 2001, un promedio de ciento veintiseis (sic) millones cuarenta y cuatro mil seiscientos nueve pesos mcte \$126 044.609. En consecuencia, el Concesionario deberá pagar a la Corporación de Abastos de Bogotá S.A. una multa diaria equivalente hasta el promedio diario de recaudo del mes inmediatamente anterior, en proporción a los perjuicios que se causen y el periodo de infracción, (sic) conforme a lo dispuesto en el contrato, Clausula Decima Novena.- Multas por incumplimiento de las Obligaciones contractuales durante la etapa de Operación, (fls 10 y 11) esto es \$4'201.486.97 diarios, del 1 de Febrero de 1.999, fecha en que se inicia su incumplimiento, hasta el día 16 de Noviembre, fecha en que se aplica la presente medida, 1.006 días, (sic) para un total de Cuatro mil docientos veintiseis (sic) millones seiscientos noventa y cinco mil ochocientos noventa y dos pesos mcte. \$4.226'695.892.00.

12) Que la Corporación de Abastos de Bogotá S.A. CORABASTOS no ha sido indiferente a éste incumplimiento ya que en reiteradas oportunidades solicitó del CONCESIONARIO se acreditaran las gestiones de cobro prejurídico y jurídico, sin obtener nada a cambio, ni facturas, ni información, sino la mera manifestación, por parte del Concesionario, de que "los usuarios no han pagado

13) Que el incumplimiento en la etapa de Operación, consistente en el no RECAUDO de los cánones de arrendamiento de los usuarios, ha sido demostrado no solo por la Administración de la Corporación de Abastos de Bogotá S.A. sino por los organismos de Control, a saber, Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República Fiscalía General de la Nación, como puede observarse en los Informes entregados, los cuales reposan en la interventoría del Contrato-Subgerencia Administrativa y Financiera y en la Secretaria General de la Corporación.

³⁰⁸ Stassinopoulos, Michel. El Acto Administrativo, traducción de Francisco Sierra Jaramillo, Publicaciones Jesca, Bogotá, 1981, p.171.

configuración del vicio de falsa motivación “(...) a) *O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.*”³⁰⁹

399. Al margen de la discusión – ya zanjada – acerca de la persona sobre quien debía recaer la sanción, el Tribunal revisará si se dieron las condiciones exigidas por la jurisprudencia para la configuración de la falsa o errónea motivación.
400. Los hechos relacionados con el recaudo de los dineros a los arrendatarios de la Bodega Popular (considerandos 8, 11, 12 y 13³¹⁰) fueron materia de análisis de parte del Tribunal I, cuyo laudo concluyó: ³¹¹ (i) la concesionaria nunca ostentó la calidad de arrendadora ni la de asegurada en los contratos de arrendamiento; (ii) CORABASTOS era quien estudiaba las solicitudes de los arrendatarios; (iii) CORABASTOS pactaba las condiciones el contrato y decidía sobre su cesión, limitaciones éstas que solo le permitían a la Unión Temporal presentar cuentas de cobro o facturas a los arrendatarios. Por consiguiente, no encontró incumplimiento, de parte de la Unión Temporal, de la obligación de recaudar, pues le era imposible iniciar procesos judiciales de cobranza o hacer efectivas las pólizas de garantía en su condición de concesionaria.³¹²
401. Las conclusiones del Tribunal I, convertidas hoy en decisión judicial ejecutoriada, condujeron no solo a exonerar de responsabilidad a las allí convocantes, sino a condenar a CORABASTOS, entre otras cosas, al pago de las sumas faltantes para completar los ingresos proyectados en el flujo de caja del contrato.
402. Este Tribunal comparte los argumentos y conclusiones expuestos en el laudo del Tribunal I, y mal podría desconocerlos, pues además de estar revestidos de la fuerza propia de una decisión judicial inmodificable, la propia CORABASTOS terminó pagando las condenas del mencionado laudo, como lo demuestra el Acta de Acuerdo de Pago de 10 de mayo de 1994.³¹³
403. Pero, además cabe preguntarse si la conducta de la Unión Temporal deudora de la obligación de recaudar las sumas a cargo de los arrendatarios de la bodega se satisfacía con el empleo de los medios necesarios para la realización de la gestión de cobro o si, por el contrario, aquella se comprometió a garantizar el resultado de dicha labor; en pocas palabras, si la obligación es de medio o de resultado.

³⁰⁹ Consejo de Estado Sentencia de 23 de junio de 2011, Exp. 16090, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

³¹⁰ Trámite 5053. Cuaderno de Pruebas 2, folios 1371 y 1372.

³¹¹ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 7, folio 1191 y 1192.

³¹² Recuérdese que dicho laudo fue objeto de un recurso de anulación ante el Consejo de Estado, desestimado mediante providencia del Consejo de Estado de 22 de agosto de 2002.

³¹³ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 11, folios 458f, 458g y 458h, y Trámite 113367-5053, Cuaderno Principal 4, número 08, Alegato Amco, página 18.

404. La respuesta es simple: evidentemente se presentaría un notorio desequilibrio del contrato si se optara por esto último pues fue CORABASTOS quien se obligó a garantizar los ingresos a la concesionaria y no a la inversa.
405. Si a lo anterior se suma la inobservancia del procedimiento sancionatorio fijado en el Código Contencioso Administrativo -escenario jurídicamente señalado a la entidad estatal para exhibir las pruebas relativas a esta infracción-, se hace evidente la falta de respaldo probatorio del acto omisivo imputado a la Unión Temporal sancionada.
406. De esa suerte, los considerandos 8, 9, 11 12 y 13 se basan en hechos no probados dentro de la actuación administrativa adelantada por CORABASTOS para imponer la multa, pues atribuyen a la concesionaria multada facultades inexistentes; y si esas circunstancias hubieran sido tenidas en cuenta, la entidad estatal hoy convocada habría llegado a una decisión sustancialmente diferente.
407. El considerando 10 de la Directiva 022 se refiere al incumplimiento de la Unión Temporal A. Muñoz de su deber de informar periódicamente sobre el estado del recaudo. Al respecto, las convocantes afirman en su alegato de conclusión haber notificado permanentemente a la demandada sobre los ingresos recaudados, como consta en varias comunicaciones. El Tribunal encontró varias cartas de la Unión Temporal Operación Bodega Popular relacionadas con el cumplimiento de esa obligación, entre ellas las fechadas el el 19 de febrero de 1999;³¹⁴ el 4 de marzo de 1999;³¹⁵ el 11 de marzo de 1999;³¹⁶ el 30 de marzo de 1999;³¹⁷ el 7 de abril de 1999;³¹⁸ el 18 de mayo de 1999;³¹⁹ el 19 de Mayo de 1999;³²⁰ el 9 de Julio de 1999;³²¹ el 13 de octubre de 1999;³²² el de 22 de enero de 2002;³²³ el 11 de febrero de 2002;³²⁴ el 14 de marzo de 2002;³²⁵ el 15 de abril de 2002;³²⁶ el 20 de mayo de 2002;³²⁷ el 17 de junio de 2002;³²⁸ el 23 de julio de 2002.³²⁹

³¹⁴ Trámite 5053. Cuaderno de Pruebas 2, folio 28.

³¹⁵ Trámite 5053. Cuaderno de Pruebas 2, folio 129.

³¹⁶ Trámite 5053. Cuaderno de Pruebas 2, folio 38.

³¹⁷ Trámite 5053. Cuaderno de Pruebas 2, folio 130.

³¹⁸ Trámite 5053. Cuaderno de Pruebas 2, folio 122.

³¹⁹ Trámite 5053. Cuaderno de Pruebas 2, folio 131.

³²⁰ Trámite 5053. Cuaderno de Pruebas 2, folio 1.

³²¹ Trámite 5053. Cuaderno de Pruebas 2, folio 2.

³²² Trámite 5053. Cuaderno de Pruebas 2, folio 3.

³²³ Trámite 5053. Cuaderno de Pruebas 2, folio 8.

³²⁴ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 6, folios 714 a 716 (impreso).

³²⁵ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 6, folios 762 a 764.

³²⁶ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 6, folios 806 a 808.

³²⁷ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 6, folios 853a 855.

³²⁸ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 6, folios 902 a 904

³²⁹ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 6, folios 950 a 952.

408. Las comunicaciones enviadas a CORABASTOS sobre la materia no permiten concluir el incumplimiento señalado, y en esas circunstancias, la errónea motivación radica únicamente en la imposibilidad, ya anotada, de exigir a la Unión Temporal A. Muñoz la ejecución de una obligación contractual de la cual se desprendió años atrás, con la aquiescencia de la convocada, no en el desconocimiento del deber de información.
409. Pero por el solo hecho de haber designado CORABASTOS a la Unión Temporal equivocada en la Directiva 022 ya se configura el vicio anotado por las demandantes y por ende la excepción no puede prosperar, como se dejará dicho.

7. Corabastos no violó los artículos 66 y 73 del CCA, pues aceptó la cesión del Contrato que suscribió la Unión Temporal A Muñoz con la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos, no obstante, la cedente de forma expresa se obligó a responder por el cumplimiento del Contrato por parte de la cesionaria.

410. A juicio del Tribunal, los argumentos ya expuestos sobre los efectos de la cesión del contrato, resuelven la excepción ahora examinada.
411. Por otra parte, el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo trata de la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos y el 73 de la revocación de actos administrativos de carácter particular y concreto y de la revocación de actos administrativos producto del silencio administrativo positivo. El primer artículo es materia de la excepción expresamente dirigida a ese punto y al segundo se hizo alusión en otra parte de esta providencia.
412. Como normas violadas del Código Contencioso Administrativo las convocantes citan los artículos 3, 28, 34, 35 y 50, pero ninguno de ellos es materia de una excepción específica de CORABASTOS y por consiguiente, no hacen parte de este título, dedicado a los medios de defensa de la convocada.
413. En cualquier evento, la declaratoria de nulidad de todas las Directivas de Gerencia sancionatorias hace superflua cualquier discusión al respecto y exime al Tribunal de formular otras consideraciones distintas a la de declarar infundada la excepción, como procederá a hacerlo en la parte resolutive de este laudo.

8. Inexistencia de desviación de poder, pues Corabastos al expedir los actos administrativos que se impugnan tuvo en cuenta que la Unión Temporal A. Muñoz se hizo responsable del cumplimiento del Contrato No. 047-97 por parte de la Unión Temporal Bodega Popular Corabastos.

414. Nuevamente es menester una precisión: el cargo de desviación de poder, relativo a la Multa 1, apenas lo insinúan las convocantes sugiriendo una posible intención del representante legal de

CORABASTOS, diferente a la razón invocada en la Directiva de Gerencia 022 para sancionar a la Unión Temporal A. Muñoz. Lo reiteran en su alegato de conclusión así:

“Sobre el punto que se analiza importa observar que, el valor de las multas objetadas [Multas I y 2] asciende a un total de \$5.274’319.692 suma que fue incluida como una obligación a cargo del concesionario en la liquidación unilateral que del Contrato No. 047-97 realizó Corabastos, buscando así neutralizar los efectos del Laudo Arbitral que se menciona en el Antecedente 9. De (sic) este escrito.”

415. La dificultad generalmente asociada con el vicio de desviación de poder radica en determinar los móviles reales del acto, conocidos solo por quien lo expide.
416. Como ha dicho el Consejo de Estado³³⁰ citando la Sentencia 01507 de 2018 de esa misma Corporación:

“La jurisprudencia y la doctrina clasifican las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, generalmente en dos grandes grupos: aquellos casos en que i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario; y, ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías. Ahora bien, por efectos de la presunción de derecho que ampara los actos administrativos, estos se consideran ajustados a derecho mientras no se demuestre lo contrario, de manera que corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Esta Corporación ha hecho énfasis en la dificultad probatoria que representa la apariencia externa de legalidad con que las actuaciones administrativas viciadas de desviación de poder nacen a la vida jurídica, lo que no exime por supuesto al Juzgador de tener las pruebas necesarias ‘que no dejen la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley.’

“Cuando se trata de la desviación de poder por el torcido ejercicio de una facultad discrecional que está en la voluntad del agente que desempeñaba la función, es preciso acreditar comportamientos suyos que lo hayan llevado a un determinado proceder para que quede claramente definida la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo.”

³³⁰ Consejo de Estado, Sentencia 8 de febrero de 2018, Rad. No. 250002342000201201507 01, C. P: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

417. De entrada el Tribunal hará de lado la primera manifestación descrita por la jurisprudencia, equivalente a un acto de extrema mala fe, sin duda ausente en las Directivas de Gerencia, para concentrarse en la segunda. Sobre ese particular, las meras suposiciones de la parte actora ya citadas, no prueban el elemento teleológico esencial para la prosperidad del cargo, pues no obra en autos evidencia alguna acerca del segundo móvil o intención como para declarar probado más allá de “*la más mínima duda*” el cargo de desviación de poder de la demandada.
418. Así las cosas, aunque por motivos diversos a los planteados, la excepción propuesta, en cuanto se refiere a la inexistencia de desviación de poder, debe prosperar frente a la Multa 1, y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.
419. Ahora bien, en lo atinente a la Multa 2, el cargo de desviación de poder alegado por las convocantes, a diferencia de lo expuesto para la Multa 1, se encuentra vinculado principalmente, a la falta de competencia de CORABASTOS para proferir la Directiva demandada (la excepción se denomina textualmente “*Mi representada era competente para multar a la demandada (sic) a través de la Directiva No. 103 de 2002, razón por la cual no incurrió en desviación de poder.*”), circunstancia que derivó, según esta parte, en la vulneración de los artículos 6 de la Constitución Política y 24 numeral 8 de la Ley 80 de 1993, disposiciones referidas a la responsabilidad de los servidores públicos y a la desviación de poder respectivamente.
420. Adicionada a la falta de competencia, las convocantes alegan una desviación de poder en cabeza de la convocada, al “*imponer[r] una sanción sin que exista un incumplimiento que le sirva de fundamento*”, “*desconociendo el derecho de defensa del sancionado*”, y cuantificando la sanción en un valor desproporcionado, tal como a su parecer lo hizo CORABASTOS.³³¹
421. Ésta, por su parte pretendió enervar los cargos de nulidad propuestos insistiendo en su competencia para expedir la Directiva 103, fundada en la Ley 80 de 1993 y deduciendo de su argumentación la ausencia de desviación de poder.
422. Se pregunta entonces el Tribunal si tal como lo enunció la parte actora, la falta de competencia, entre otras causas, derivó en una desviación de poder por parte de la entidad estatal.
423. Al respecto y tal como fue estudiado en apartes previos de este laudo, la convocada carecía de competencia para proferir los actos demandados, por no estar habilitadas las entidades públicas

³³¹ Sobre la alegada desviación de poder de Corabastos, las convocantes manifestaron en su demanda que “*cuando un funcionario público actuando por fuera de su competencia, impone una sanción sin que exista un incumplimiento que le sirva de fundamento, desconociendo el derecho de defensa del sancionado, excediendo las limitaciones que sobre el particular establece el contrato y cuantificándola en un valor lesivo que no guarda la más mínima proporción con la supuesta infracción, forzoso es concluir que está actuando motivado por una finalidad ajena al interés público, pues nadie puede incurrir en tantos errores e incongruencias por simple ignorancia o desconocimiento de las normas, principios y estipulaciones contractuales que regulan la materia.*”, folio 23.

bajo el régimen de la Ley 80 de 1993, para imponer y hacer efectivas de forma unilateral cláusulas de multa a sus contratistas.

424. No obstante, a partir del análisis de las Directivas 103, 119 y 121, el Tribunal tampoco encuentra acreditada la existencia del elemento teleológico de la desviación de poder en cabeza de la entidad convocada -ni en lo referente a la falta de competencia ni frente a las demás causas alegadas- pues la sola insinuación de las convocantes sobre la intención de CORABASTOS de “neutralizar” los efectos del laudo proferido por el Tribunal I, ya descrita, es insuficiente para demostrar la conducta atribuida a la convocada. Así, no obstante existir en la expedición de la Directiva 103 vicios en su legalidad, ello no significa, *per se*, una desviación de poder.
425. En este sentido, por lo expresado, la excepción denominada “*Mi representada era competente para multar a la demandada (sic) a través de la Directiva No. 103 de 2002, razón por la cual no incurrió en desviación de poder*”, no procede; y así se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

9. La liquidación de la multa que se impuso está acorde con lo pactado en el Contrato.

426. En la contestación a la demanda contra la Multa 1, la convocada manifestó haberse ceñido a lo pactado en el contrato 047-97.
427. Como se vio, CORABASTOS impuso dicha sanción: (i) a quien no ostentaba la condición de concesionaria, a sabiendas de esa circunstancia,³³² (ii) basándose en hechos no probados y en ejercicio de atribuciones inexistentes en cabeza de la Unión Temporal operadora de la bodega.
428. Tal proceder riñe con la cláusula décima novena del contrato, pues el sujeto pasivo de las sanciones no puede ser un tercero; ha de ser el contratista a quien se atribuye la infracción. Así las cosas, por ese primer aspecto la multa no se ajusta a lo previsto en la disposición contractual que la regula.
429. Ahora bien, al margen de cualquier consideración acerca del sujeto pasivo sobre quien recayó la sanción, y dirigida la atención del Tribunal únicamente a la facultad de CORABASTOS de sancionar a su concesionaria, es decir, la Unión Temporal Operación Bodega Popular- por no

³³² Recuérdense los considerandos 2.1, 5 y 6 de la Directiva 068: considerando 2.1: “[q]ue la Unión Temporal A. Muñoz – Alfredo Muñoz y Cía. Ltda. No tiene la calidad de concesionario del contrato de Concesión No. 047 – 97, en virtud de la cesión del mencionado contrato en su etapa de operación, a favor de la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos (...)”; considerando 5: “Que la aceptación de la cesión por parte de Corabastos, es un acto administrativo que goza de la presunción de legalidad y produce efectos jurídicos mientras no sea anulado por la jurisdicción competente”; considerando 6 : “Que el Gerente General de Corabastos no tiene competencia para imponer sanciones a cualquier persona por el eventual incumplimiento del contrato de concesión 047 – 97, sino que dicha facultad solo puede ser ejercida frente al concesionario, facultad que solamente ostenta la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos”.

adelantar cobranzas prejudiciales o judiciales contra los arrendatarios de la Bodega, la entidad estatal tampoco se ciñó, como quedó visto, a lo pactado en ese acuerdo de voluntades.

430. Por otra parte, al reseñar la cláusula sobre multas, el Tribunal hizo mención de las sanciones por incumplimiento aplicables a la concesionaria, entre ellas la convenida para la etapa de operación de la bodega, consistente en “*una multa diaria equivalente hasta el promedio diario de recaudo del mes inmediatamente anterior, en proporción a los perjuicios que se causen, y el período de infracción.*”
431. De la redacción anterior – un tanto vaga y confusa, por cierto -, se extraen los siguientes elementos:
 - (a) Una potestad discrecional de CORABASTOS de multar a la concesionaria hasta un determinado límite; en otras palabras, la sanción por cada día de mora en el cumplimiento de las obligaciones propias de esa etapa no debía necesariamente igualar el promedio diario de recaudo del mes anterior y podía ser menor.
 - (b) Una necesaria proporción entre la multa, los perjuicios ocasionados y la duración del incumplimiento.
432. Pero también se transcribió un aparte de dicha cláusula según el cual los porcentajes en ella establecidos constituían el tope de la sanción, sin perjuicio de la facultad de CORABASTOS de graduar su monto “*conforme a la mayor o menor incidencia del incumplimiento de el CONCESIONARIO en la ejecución del contrato*”
433. El valor de la Multa 1 fue de \$4.226.695.892,00 a razón de \$4.201.486,97 diarios, es decir, \$126.044.609,00 mensuales,³³³ por el supuesto incumplimiento de dos obligaciones: (i) la de recaudar los arriendos a cargo de los usuarios de la Bodega Popular durante 1.006 días o dos años y algo más de 9 meses, y (ii) la de informar periódicamente sobre el estado de dicho recaudo.
434. El Tribunal observa cómo, al amparo del contrato, a la Unión Temporal sancionada se le reclamaron \$4.159.472.097,00 (valor de la multa) por no haber recaudado \$4.226.695.891,82. Dicho de otra manera, la sanción equivale a una suma no muy alejada del monto de los arriendos durante los 1006 días de sanción.
435. Tampoco puede dejar de recalcar la falta de diligencia de la convocada al haber apremiado a la concesionaria luego de un período tan extenso, de más de 33 meses, cuando la duración de la etapa de operación era de 42 meses según el contrato y al haber inaplicado cualquier criterio de discrecionalidad y proporcionalidad incluido en la cláusula décima novena de ese acuerdo de voluntades.

³³⁶ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 2, folio 20.

436. Para el Tribunal, una multa similar en cuantía a la suma reclamada como obligación principal deja de ser un apremio; se convierte, a la hora de la verdad, en el resarcimiento de un perjuicio, situación agravada, en el caso presente, por el hecho de permanecer el contratista incumplido con la obligación de satisfacer, en todo caso, la obligación cuyo incumplimiento se le imputa.
437. Palmariamente la multa aplicada no resulta acorde con lo previsto en el contrato y perdió su finalidad, pues “[e]n la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa” (artículo 36 del Código Contencioso Administrativo).
438. Revestir de legalidad la pena impuesta de esa manera conduciría, en la práctica, a convertir a la concesionaria en garante en favor de la entidad estatal, de los ingresos por concepto de arriendos, contradiciendo la esencia misma del esquema de la concesión y por supuesto, el contrato mismo.
439. Desaparecidos esos fundamentos de la multa, solamente sobrevive el alegado incumplimiento de la Unión Temporal de su deber de informar periódicamente sobre el estado del recaudo, tema ya tratado en esta providencia y sobre el cual no son menester más consideraciones.
440. Por ese motivo el Tribunal ha de desestimar la excepción planteada y así lo dirá en la parte resolutive de este laudo.

10. Corabastos requirió en diversas oportunidades a las convocantes para que dieran cumplimiento a la obligación de recaudo de los dineros de la administración de la bodega, razón por la que no se violó el derecho de defensa.

441. La parte actora no niega los requerimientos de parte de CORABASTOS a la Unión Temporal, enumerados, descritos y citados por aquella en su primer alegato de conclusión³³⁴ para que ésta diera cumplimiento a sus obligaciones contractuales.³³⁵
442. En lo tocante con la Multa 1, la Directiva de Gerencia 068,³³⁶ asevera haber preservado el derecho de defensa de la afectada en los siguientes términos: “*Al sancionado se le respetó su*

³³⁴ Comunicación del 22 de septiembre de 1999 solicitando los listados del estado de cartera actualizados y los extractos bancarios, documentos previamente solicitados en diversas oportunidades por ejemplo, a través del comité de interventoría de 25 de agosto de 1999; comunicación del 7 de octubre de 1999 requiriendo a la concesionaria para que remitiera el estado de cartera en mora a septiembre 30 de 1999, discriminado por usuarios, así como los soportes de los servicios pagados por la concesión y recaudados por los usuarios de la Bodega Popular; comunicación del 5 de julio de 2000 solicitando a la concesionaria los soportes de los pagos de arrendamiento hechos por los usuarios; comunicación del 11 de octubre de 1999, solicitando los documentos que acreditaran una gestión de cobro adecuada a los usuarios de la Bodega Popular.

³³⁵ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 2, folio 20.

³³⁶ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 2, folio 20.

derecho a la defensa, para lo cual se le notificó personalmente el acto administrativo mediante el que se impuso la sanción y dentro del término éste ejerció el derecho de contradicción por medio del recurso que ahora se resuelve (...),” argumento reiterado en su correspondiente alegato de conclusión de esta manera: “Ante esta situación, como se evidenciará más adelante, Corabastos resolvió requerir en diversas oportunidades al contratista para que diera cumplimiento a sus obligaciones, no obstante, no lo hizo.”

443. Pero el Tribunal se pregunta si tales requerimientos bastaron para garantizar el derecho de defensa de las Uniones Temporales sancionadas, pues a la luz del artículo 77 de la Ley 80 de 1993: *“En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la Función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.”*
444. Por su parte, el artículo 28 del antiguo Código Contencioso Administrativo expresa: *“Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.*
“En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.”
445. A su vez, el artículo 34 de la misma obra confiere al afectado el derecho de pedir pruebas y allegar informaciones y el 35 exige a las entidades estatales proferir sus decisiones *“[h]abiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones y con base en las pruebas e informes disponibles (...)”*.
446. Hay, además, evidencia testimonial de los requerimientos a la concesionaria, pero aquella parece referirse a las mismas comunicaciones admitidas por la parte actora,³³⁷ no a una actuación administrativa como la descrita en los artículos precedentes, encaminada a sancionar a la Unión Temporal por el desacato de obligaciones contractuales, como lo manda el Código Contencioso Administrativo.
447. En todo caso, no obra dentro del proceso documentación alguna acreditativa del cumplimiento del proceso sancionatorio aquí relacionado y previsto en la ley.
448. Es suficiente lo anterior para declarar infundada la excepción y negar su prosperidad en lo referente a la Multa 1 y así procederá el Tribunal cuando haga las declaraciones y condenas que pongan fin a la presente controversia.

³³⁷ Testimonio del señor Uriel Augusto Gutiérrez: *“Estoy completamente seguro que se le hicieron las solicitudes para que diera las explicaciones pertinentes por escrito y eso puede constar en los archivos de la Corporación de Abastos.”*

11. La concesionaria incumplió con la obligación prevista en el literal b del numeral 3 del párrafo primero de la cláusula primera del Contrato de Concesión no. 047 de 1997, pues no recaudó en debida forma los dineros obtenidos por la administración de la bodega.

449. El anterior argumento fue revisado y considerado por el Tribunal al desatar la excepción de falsa motivación, sin encontrar responsabilidad alguna de la concesionaria por los recaudos de los arriendos en la forma pretendida por CORABASTOS. Por consiguiente, no juzga necesario volver sobre el punto y se atiene a lo decidido en esa ocasión.

450. Tal como ahora se presenta, esta excepción persigue una declaración de incumplimiento atribuible a la concesionaria, no desvirtuar pretensión alguna. Así las cosas, debe tenerse por no demostrada, como quedará consignado en la parte resolutive de este laudo.

12. La expedición del laudo arbitral en el que se condenó a Corabastos no exonera a la concesionaria de dar cumplimiento a sus obligaciones, ni le quita a la entidad pública la facultad para sancionarla.

451. Sea lo primero reiterar, respecto de la Multa 1, que no fue la concesionaria el sujeto pasivo de las sanciones impuestas por CORABASTOS, sino un tercero, ajeno a la relación contractual, el cual, por consiguiente, no tenía obligación alguna frente a la convocada.

452. De otro lado, para este panel arbitral, como para el Tribunal I, la concesionaria nunca ostentó la calidad de arrendadora ni la de asegurada en los contratos de arrendamiento de los usuarios de la Bodega Popular; CORABASTOS era quien estudiaba las solicitudes de arriendo, pactaba las condiciones del respectivo contrato y decidía sobre su cesión, permitiéndole a la Unión Temporal solamente presentar las correspondientes cuentas de cobro o facturas, de donde concluyó la ausencia de incumplimiento de parte de la concesionaria, pues no le obligaba, ni le era posible, iniciar procesos judiciales de cobranza o hacer efectivas las pólizas de garantía.³³⁸

453. Las reflexiones del laudo del Tribunal I sobre este asunto culminan con la siguiente conclusión:

“Teniendo en cuenta dichas condiciones, que limitan ciertamente la posibilidad de un recaudo que comprenda actividades distintas de las de presentar cuentas de cobro o facturas a los arrendatarios, la conducta del concesionario no puede considerarse como constitutiva de incumplimiento de esta obligación contractual de recaudo.”³³⁹

³³⁸ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 7, folios 1191-1192.

³³⁹ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 7, 1192.

454. En consecuencia, dentro de las decisiones del Tribunal I se declaró no probada la excepción de incumplimiento de las obligaciones del concesionario propuesta por CORABASTOS.³⁴⁰
455. Estas razones bastan para desestimar la excepción, únicamente respecto de la Multa 1, como en efecto se declarará en la parte resolutive de esta providencia.
456. En lo relativo a la Multa 2, como ya fue dicho, no es del resorte de este Tribunal pronunciarse sobre la existencia del incumplimiento señalado en la Directiva 103, vale decir, si se presentaron debida y oportunamente los estados financieros de la concesión. Ese debate fue adelantado y decidido en el laudo del Tribunal I.
457. No obstante, sí considera apropiado exponer algunas breves consideraciones en torno a esta defensa de la convocada por cuanto involucra algunas reglas particulares en materia de la excepción de contrato no cumplido en la contratación estatal.
458. Respecto de la aplicación al caso presente, de los artículos 1595³⁴¹ y 1609³⁴² del Código Civil, las partes han expresado posiciones claramente opuestas. De un lado, las convocantes consideran el incumplimiento declarado de CORABASTOS en el laudo arbitral proferido en el año 2001, como un impedimento de parte de ésta para constituir en mora a la concesionaria y e imponerle una sanción contractual. Del otro, para la demandada,³⁴³ el artículo 1609 del Código Civil, solo es aplicable en materia de contratos estatales *“cuando del incumplimiento de la administración se genere una razón de imposibilidad de cumplir las obligaciones por parte del contratista.”*
459. Sobre este asunto, el Tribunal, halla razón al planteamiento esbozado por la convocada, pues efectivamente, la denominada excepción de contrato no cumplido tiene, como se dijo, un alcance diferente en la contratación estatal en comparación con los contratos entre particulares.
460. La jurisprudencia contencioso-administrativa ha reconocido en diversas oportunidades la admisibilidad de esa excepción, propia del derecho privado, en la contratación estatal, pero con un alcance limitado por la naturaleza misma de los acuerdos de voluntades entre un particular y el Estado, así como por el interés público y los fines especiales inmersos en aquéllos. El Consejo de Estado, se refirió a ese medio de defensa así: *“La exceptio non adimpleti contractus, además de estar prevista en el ordenamiento jurídico (art. 1609 del C.C.), es una regla de equidad que orienta los contratos fuente de obligaciones correlativas, aplicable en el*

³⁴⁰ Trámite 113367-5053. Cuaderno de Pruebas 7, folio 1221.

³⁴¹ Código Civil. Artículo 1595. *“Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva. Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse.”*

³⁴² Código Civil. Artículo 1609. *“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”*

³⁴³ Trámite 113367-5053. Cuaderno principal 4, número 2. Contestación a la demanda sobre la multa 2.

ámbito de la contratación estatal por remisión del art. 13 de la ley 80 de 1993. (...) Esa figura permite a la parte contratista no ejecutar su obligación mientras su co-contratante no ejecute la suya.”³⁴⁴

461. En reciente providencia, la Sección Tercera de esa Corporación, refiriéndose a las reglas reiteradas sobre la materia en múltiples providencias señaló:

“Desde entonces se ha aceptado por la jurisprudencia³⁴⁵ que la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en los contratos del Estado se encuentra condicionada a los siguientes supuestos: i) La existencia de un contrato bilateral o sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, lo cual implica que una de las partes se obliga a su prestación a cambio de la prestación que la otra parte le debe satisfacer, regla “do ut des” (te doy para que me des); ii) el no cumplimiento actual de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes; iii) que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, por manera que genere una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista, iv) que ese incumplimiento pueda identificarse como fuente o causa del incumplimiento ante el cual se opone y que ha de justificarse por la configuración de aquel; v) el cumplimiento de sus demás obligaciones por parte de quien la invoca o, al menos, la decisión seria y cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente.”³⁴⁶

462. A partir de las pautas anteriores, la existencia de un incumplimiento de CORABASTOS, tal como fue declarado en el laudo arbitral del año 2001, no eximía a la concesionaria de ejecutar la obligación contenida en la cláusula sexta del contrato. En efecto, el desconocimiento de los compromisos de la entidad estatal frente al Aporte Anual de Garantía y otras obligaciones, ciertamente impactó la ejecución contractual, pero de ninguna manera hizo imposible la entrega de estados financieros.
463. Así mismo, esa conducta omisiva de la convocada no puede identificarse como fuente o causa del quebrantamiento atribuido a la concesionaria, pues la presunta desatención de la obligación motivo de la expedición de la Directiva 103, no se derivó de, ni tuvo por causa directa o indirecta, el incumplimiento de CORABASTOS. Entre uno y otro no hay una correlación determinada ni determinante que permita a las convocantes ampararse bajo la excepción de contrato no cumplido.
464. En razón a todo lo anterior se tiene por demostrada la excepción aquí examinada y ello se dejará señalado en la parte resolutive de esta providencia.

³⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. 05001-23-26-000-1988-4489-01(13415). C.P.: Ricardo Hoyos Duque. 15 de marzo de 2001.

³⁴⁵ [62] Sección Tercera, entre otras, ver sentencias de 19 de septiembre de 2002, Exp.12726; de 15 de marzo de 2001, exp. 13415; del 14 de septiembre de 2000, Exp. 13530; del 17 de octubre de 1995, Exp. 8790; del 21 de febrero de 1992, Exp. 5857 y del 13 de abril de 1999, Exp. 10131.

³⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. 25000-23-26-000-1995-01431-01(21081). C.P.: Hernán Andrade Rincón. 29 de abril de 2015.

13. CORABASTOS permitió a las convocantes que se pronunciaron respecto de los hechos que dieron origen a la Multa 2, no obstante, estas no se pusieron en situación de cumplimiento, por lo que las Directivas demandadas no se expidieron de forma irregular.

465. La aludida expedición irregular de la Directiva 103 surge, según las convocantes, de la expedición del acto acusado sin haberse dado previo cumplimiento al procedimiento contenido en los artículos 3, 28, 34, 35 y 50 del CCA, *“imponiendo de plano una sanción y privando a las afectadas de la posibilidad de conocer y debatir sus fundamentos”*.
466. En la Directiva 103, CORABASTOS manifestó haber remitido a los representantes legales de las Uniones Temporales, a través del interventor del contrato, el 27 de septiembre de 2002, un requerimiento por medio del cual puso de presente unos *“presuntos incumplimientos”* de las obligaciones adquiridas por la concesionaria en la etapa de operación, según los resultados obtenidos en una *“auditoría parcial contratada efectuada a la documentación aportada por el concesionario y verificada por la administración”*³⁴⁷.
467. El requerimiento en cuestión identificado con el No. 5960,³⁴⁸ en efecto contiene una relación de *“presuntos incumplimientos”* de las obligaciones adquiridas por la concesionaria, dentro de los cuales se encuentra el descrito en la Directiva 103 (Cláusula Sexta, Parágrafo Primero). A partir de tales consideraciones, el interventor del contrato requirió a las Uniones Temporales para que dentro de los dos (2) días siguientes al recibo de la comunicación -y *“con carácter urgente”*- informaran sus consideraciones sobre el objeto del mismo con el fin de *“garantizar el debido proceso y el derecho de defensa dentro del proceso liquidatorio, de acuerdo con los artículos 16 y 60 de la Ley 800 de 1993”*.
468. Esta comunicación fue remitida a los representantes legales de ambas Uniones Temporales el día 27 de septiembre de 2002, días antes de la expedición de la varias veces mencionada Directiva 103; y la concesionaria se pronunció sobre ella durante el término de su notificación por edicto mediante comunicación de 23 de octubre de 2002, señalando: ³⁴⁹

“El concesionario presentó la información financiera a 30 de junio de 2002 debidamente suscrita por Revisor Fiscal donde se refleja en forma clara y precisa su situación financiera, indicando en las notas respectivas las políticas y prácticas contables utilizadas en la contabilización del Contrato de Concesión.

“De acuerdo con el parágrafo primero de la Cláusula Sexta del Contrato de Concesión, el Concesionario debe presentar los estados financieros junto con sus soportes dentro de los

³⁴⁷ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 8, folio 1411.

³⁴⁸ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 2, folios 65 – 68.

³⁴⁹ Trámite 113367-5053, exhibición de documentos, correspondencia de las partes, prueba 71.

veinte (20) días siguientes a su expedición y debidamente suscritos por el revisor Fiscal y no mensualmente como se señala en la comunicación que se contesta.”

469. Obran en el expediente algunas comunicaciones en las cuales, con anterioridad a la remisión del requerimiento citado, la convocada solicitó a la concesionaria el envío de información relacionada con asuntos contables y financieros, sin referirse directamente a la infracción de la obligación objeto de la Directiva 103. Dentro de ellas se encuentran las comunicaciones S.A.F. 00081 del 6 de marzo de 2002,³⁵⁰ S.A.F. 00117 del 9 de abril de 2002,³⁵¹ S.A.F. 00122 del 10 de abril de 2002,³⁵² S.A.F. 00126 del 15 de abril de 2002³⁵³ y S.A.F. 346-02 del 26 de septiembre de 2002.³⁵⁴ Igualmente, a modo de solicitud de información, CORABASTOS remitió a la Unión Temporal Operación Bodega la comunicación S.A.F. 00061 del 28 de febrero de 2002³⁵⁵ con referencia al párrafo primero de la cláusula sexta. Sin embargo, la entidad estatal tampoco realizó en ellas pronunciamiento alguno sobre la desatención de dicha obligación contractual o sobre el inicio de alguna actuación administrativa tendiente a imponer una multa por la falta de remisión de información financiera.
470. A partir del anterior recuento se pregunta el Tribunal entonces, si el requerimiento y su contenido, así como el plazo de dos días otorgado a la concesionaria para pronunciarse fueron suficientes para el ejercicio del derecho de defensa de ésta y, por ende, para considerar el acto demandado como ajustado a derecho.
471. Si bien se permitió a la concesionaria pronunciarse sobre los incumplimientos reseñados por la interventoría del contrato en un término de dos días, ese proceder no garantizó su derecho de la primera al debido proceso, como se expone a continuación:
472. En primer lugar, en la prueba documental allegada no consta la remisión del requerimiento a las convocantes con soportes o anexos adicionales para apoyar o fundamentar los incumplimientos concretos expresados en ese entonces por la interventoría. El requerimiento se limitó a señalar: *“analizados los soportes aportados por el Concesionario se evidenció un posible incumplimiento al contrato, por cuanto el CONCESIONARIO no ha provisto a la Corporación de Abastos para la Etapa de Operación de adecuados Estados Financieros”*³⁵⁶. En ese sentido, las Uniones Temporales no contaron con la información necesaria para evaluar los motivos alegados por la interventoría, quien debía poner a su disposición la documentación a partir de la cual identificó las inconsistencias y falencias, así como la falta de periodicidad de la información entregada por la concesionaria. De esa suerte, aunque la infracción se anuncia y se indica el asunto en referencia, no se precisa de manera completa el hecho o la omisión

³⁵⁰ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 2, folio 44.

³⁵¹ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 2, folio 47.

³⁵² Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 2, folio 48.

³⁵³ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 2, folio 43.

³⁵⁴ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 2, folio 42.

³⁵⁵ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 2, folio 56.

³⁵⁶ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 2, folios 65 – 68.

generador de la misma. Por lo anterior, las Uniones Temporales no pudieron ejercer en debida forma su derecho de contradicción (Artículo 3 del Código Contencioso Administrativo) sobre los fundamentos (actos u omisiones) del presunto incumplimiento.

473. Segundo, de conformidad con el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, las entidades públicas debían comunicar a los particulares la existencia y el objeto de las actuaciones oficiosas de la administración, susceptibles de afectarlos directamente. En el requerimiento de la interventoría no se comunicó a la concesionaria la existencia de un proceso en curso cuyo fin fuera multarla. CORABASTOS, a través de la interventoría, solo informó someramente de la existencia de eventuales incumplimientos y al requerir de las Uniones Temporales un pronunciamiento, no indicó la finalidad de dicha actuación, como era su deber, tratándose de la imposición de una sanción contractual. Pocos días después habría de materializarla, a través de un acto administrativo proferido antes de haber sido remitida la comunicación.
474. No pasa por alto el Tribunal la comunicación³⁵⁷ dirigida al representante de la Unión Temporal Operación Bodega Popular, en la cual CORABASTOS manifestó: *“se está adelantando un análisis jurídico respecto de los incumplimientos en que ha incurrido en el desarrollo del contrato motivo de estudio, que ameriten dar aplicación a la Clausura (sic) Décima Novena del mismo”* Sin embargo, esa comunicación data del 8 de febrero de 2002, meses antes de la remisión del requerimiento de la interventoría a las Uniones Temporales, y siendo aún más relevante, no especifica los incumplimientos objeto de estudio.
475. Tercero, llama la atención, además de la brevedad del plazo concedido a las Uniones Temporales para pronunciarse sobre el contenido de la comunicación, el haber sido éste otorgado con el fin de *“garantizar el debido proceso y el legítimo derecho a la defensa dentro del proceso liquidatorio”*, tomando como fundamento normas precisamente referidas a la liquidación del contrato y no al inicio de una actuación administrativa tendiente a imponer una sanción a la concesionaria en los términos de la cláusula décima novena del contrato.
476. Si bien al momento de ser expedida la Directiva 103, el régimen sancionatorio administrativo no contaba con una regulación tan desarrollada como la actual, el derecho público sí contenía disposiciones generales, ignoradas por CORABASTOS al expedir el acto demandado.
477. Por las razones expuestas, el Tribunal declarará la improcedencia de la excepción bajo estudio en la parte resolutive de este laudo

³⁵⁷ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 2, folio 64.

14. “Corabastos no desconoció lo que se pactó en el párrafo primero de la cláusula sexta del contrato, pues es claro que las contratistas no remitieron en debida forma los estados financieros.”

478. La convocada se refirió a esta excepción en su contestación a la demanda, reprochando a las Uniones Temporales la remisión de unos estados financieros inadecuados, pues no reflejaban la situación financiera del contrato, carecían de la firma de un revisor fiscal y de los soportes correspondientes. Con ello -dice la convocada- las demandantes incumplieron la obligación prevista en el párrafo primero de la cláusula sexta del contrato.

479. Por su parte, éstas invocaron la inexistencia de la obligación contractual fundamento de la sanción impuesta a la concesionaria, pues el contrato *“en parte alguna le impone al concesionario la obligación de remitir a Corabastos estados financieros mensuales”*. Para las convocantes, la concesionaria no estaba obligada a *“remitir sus estados financieros, como errónea y extrañamente lo entendió Corabastos, sino (...) los estados financieros del fideicomiso”* previsto en el contrato de concesión.

480. Con el fin de analizar si CORABASTOS desconoció la disposición contractual referida en la excepción propuesta, es necesario remitirse al problema planteado por la parte actora en su demanda. En esencia, éste atañe a la interpretación del párrafo primero de la cláusula sexta del contrato, particularmente al periodo dentro el cual las demandantes debían remitir los estados financieros a la entidad contratante.

481. El citado párrafo señala:

“CLAUSULA SEXTA. VIGILANCIA DEL CONTRATO: (...) PARÁGRAFO PRIMERO: El CONCESIONARIO para las etapas de diseño y construcción, se obliga a entregar al interventor de (...) CORABASTOS los estados financieros del fideicomiso debidamente suscritos por Revisor Fiscal, dentro de los veinte (20) días siguientes a su expedición de conformidad con la ley. Los estados financieros deben reflejar en forma adecuada la situación financiera del proyecto en cuanto al origen y aplicación de los recursos y deberán acompañarse de los soportes respectivos. Para la etapa de operación se mantendrá esta obligación, sea a través del fideicomiso o directamente por el CONCESIONARIO.”

482. Frente a la interpretación de la entidad estatal sobre el contenido de dicha cláusula, es pertinente traer a colación la siguiente tipificación de la interventoría del contrato, en el ya nombrado requerimiento 5960, respecto del incumplimiento de dicha obligación:³⁵⁸ *“el CONCESIONARIO no ha provisto a la Corporación (...) de adecuados estados financieros (...) dentro de los 20 días siguientes al corte de cada mes durante la duración de la relación contractual”*

³⁵⁸ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 2, folios 65 – 68.

483. En un sentido similar, los considerandos de la Directiva 103 imputan el “*presunto incumplimiento en lo referente a los Estados Financieros según lo establecido en el Parágrafo Primero de la Cláusula sexta*”, al hecho de no haber proveído la concesionaria “*a la Corporación de Abastos para la etapa de operación de adecuados Estados Financieros, los cuales deben estar debidamente suscritos por el Revisor Fiscal y reflejar en forma adecuada la situación financiera, en cuanto al origen y aplicación de los recursos acompañados de los soportes respectivos dentro de los veinte (20) días siguientes al corte de cada mes durante la duración de la relación contractual.*”³⁵⁹
484. Consecuente con esa interpretación, la Directiva hoy demandada estimó el incumplimiento de la concesionaria en “*un total de 41 estados financieros no presentados*”, equivalentes a 42 meses de ejecución contractual por no haber remitido ésta los estados financieros “*dentro de los veinte (20) días siguientes al corte de cada mes durante la ejecución contractual*”.
485. Para el Tribunal, la cláusula es clara en señalar la obligación de entregar estados financieros “*dentro de los veinte (20) días siguientes a su expedición de conformidad con la ley*”.
486. Obsérvese cómo en la cláusula citada, las partes adoptaron un parámetro objetivo legal, no uno convencional para definir el alcance de la obligación. La Ley 222 de 1995³⁶⁰ y el Decreto 2649 de 1993³⁶¹, vigentes al momento de expedirse la Directiva 103, establecieron, en materia de estados financieros, como obligación de las sociedades, la de cortar sus cuentas, preparar, emitir y difundir sus estados financieros por lo menos una vez al año, con corte a 31 de diciembre. Así, la remisión de los estados financieros del fideicomiso, debidamente suscritos y con los soportes respectivos, debía efectuarse “*de conformidad con la ley*” por lo menos, en la oportunidad legalmente establecida; y según el contrato, dentro de los veinte días siguientes a su expedición.
487. Para el Tribunal, CORABASTOS desconoció el contenido del parágrafo primero de la cláusula sexta, pues en su texto no se estableció la periodicidad de entrega mensual de los estados financieros reclamada por la entidad contratante, y por consiguiente, dio por configurado el incumplimiento de una obligación no pactada en esos términos.

³⁵⁹ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 8, folio 1413.

³⁶⁰ “*Artículo 34. OBLIGACIÓN DE PREPARAR Y DIFUNDIR ESTADOS FINANCIEROS. A fin de cada ejercicio social y por lo menos una vez al año, el 31 de diciembre, las sociedades deberán cortar sus cuentas y preparar y difundir estados financieros de propósito general, debidamente certificados. Tales estados se difundirán junto con la opinión profesional correspondiente, si ésta existiere. El Gobierno Nacional podrá establecer casos en los cuales, en atención al volumen de los activos o de ingresos sea admisible la preparación y difusión de estados financieros de propósito general abreviados. Las entidades gubernamentales que ejerzan inspección, vigilancia o control, podrán exigir la preparación y difusión de estados financieros de períodos intermedios. Estos estados serán idóneos para todos los efectos, salvo para la distribución de utilidades.*”

³⁶¹ “*ARTICULO 9o. PERIODO. El ente económico debe preparar y difundir periódicamente estados financieros, durante su existencia. Los cortes respectivos deben definirse previamente, de acuerdo con las normas legales y en consideración al ciclo de las operaciones. Por lo menos una vez al año, con corte al 31 de diciembre, el ente económico debe emitir estados financieros de propósito general.*”

488. Todo ello, por añadidura, sin debate previo ni consideración de los planteamientos de la contratista, y sin reconocer, ante el surgimiento de una controversia ordinaria de interpretación -que no unilateral como facultad exorbitante- la competencia atribuida por la Ley 80 de 1993 al juez natural del contrato, no a CORABASTOS.
489. Pero hay un argumento adicional sobre la motivación de la multa. Establecido como quedó el deber de entrega por las convocantes de estados financieros producidos por un tercero (la sociedad fiduciaria), de nuevo cabe preguntarse ¿ la obligación a cargo de la Unión Temporal es de medio o de resultado? El asunto sería pacífico si dicho deber radicara en cabeza de ésta; pero no estándolo, ¿se satisfacía la estipulación contractual si la concesionaria diligentemente solicitaba al tercero la entrega de los estados financieros y hacía sus mejores esfuerzos para ese fin? La respuesta ha de ser afirmativa, pues no estaba en manos de aquélla garantizar el oportuno suministro de dichos estados financieros cuya elaboración estaba a cargo de otro. En tal sentido, la motivación de la multa debió fundarse, no en la supuesta falta de entrega de los estados financieros, sino en la eventual incuria de la sancionada por el poco afán en asegurar el cumplimiento de lo acordado.
490. En otros términos la obligación de la Unión Temporal era de medio, no de resultado y por consiguiente, no podía exigirle CORABASTOS la entrega de esa información financiera, sino la realización de los esfuerzos necesarios y conducentes para la obtención de la misma.
491. Por lo anterior, la excepción en estudio no prospera, como quedará dicho en la parte resolutive de este laudo.

15. La multa no fue desproporcionada, atendió lo que pactaron las convocantes con la convocada en la cláusula décima novena del contrato.

492. En la contestación de la demanda la convocada manifestó haber calculado la Multa 2 de acuerdo con lo estipulado en el contrato, pues la cláusula décima novena la habilitaba para graduar por sí sola el monto de las sanciones, teniendo en cuenta la mayor o menor incidencia de un incumplimiento en la ejecución del contrato.
493. Por su lado, las convocantes insistieron a lo largo del trámite, en los límites contenidos en la citada cláusula para el cálculo de la multa, los cuales, no fueron tenidos en cuenta por CORABASTOS, quien determinó el monto de la multa en un valor superior.
494. El Tribunal transcribe nuevamente la cláusula décima novena del contrato en lo relevante:

“CLAUSULA DECIMA NOVENA. MULTAS: Multas por el incumplimiento de las obligaciones contractuales a partir del perfeccionamiento del contrato. Si el CONCESIONARIO incumple alguna de las obligaciones previstas desde el perfeccionamiento del contrato hasta la terminación del contrato deberá pagar a la CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTA S.A. CORABASTOS a título de multa, el equivalente al cero punto cero uno por ciento (0.01%) del valor total del contrato, por cada día de atraso, hasta un máximo de 30 días calendario, a partir de este plazo se considera que la ejecución del contrato

de encuentra afectada de manera grave y directa. (...) **Multa por incumplimiento de otras obligaciones contractuales durante cualquiera de las etapas**: Si durante cualquiera de las etapas, el CONCESIONARIO incumple alguna de las obligaciones, distintas a los plazos indicados para estas, deberá pagar a La CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A. CORABASTOS una multa equivalente a los perjuicios que se causen por cada evento y el periodo de infracción. Los porcentajes establecidos en esta cláusula constituyen el tope máximo aplicable, pero el monto de las multas podrá ser graduable por la CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A. CORABASTOS conforme a la mayor o menor incidencia del incumplimiento de el CONCESIONARIO en la ejecución del contrato. (...)"

495. De la cláusula se puede extraer lo siguiente:
- (a) Si durante la ejecución del contrato -desde el perfeccionamiento y hasta su terminación- acaecía un incumplimiento de la concesionaria, éste debía sancionarse con el equivalente al 0.01% del valor total del contrato por cada día de atraso y hasta un máximo de treinta días calendario (parte inicial de la cláusula).
 - (b) Para las multas originadas en i) la mora en la observancia de los plazos durante las etapas de diseño y construcción, ii) la ausencia de personal, y iii) el incumplimiento de las obligaciones contractuales durante la etapa de operación (multas contempladas en el texto completo de la estipulación contractual en estudio), las partes acordaron determinados límites para la cuantificación de las sanciones, los cuales no riñen con el tope impuesto en la parte inicial de la cláusula.
 - (c) En cuanto a las multas derivadas del incumplimiento de “*otras obligaciones contractuales*” durante cualesquiera de las etapas, no acordaron un tope máximo, solo se limitaron a imponer a la concesionaria incumplida “*una multa equivalente a los perjuicios que se causen por cada evento y el periodo de infracción*”.
496. En lo referente a la multa de la Directiva 103, CORABASTOS dio aplicación a la denominada “*Multa por incumplimiento de otras obligaciones contractuales durante cualquiera de las etapas*”, en otras palabras y como antes se señaló, aplicó una sanción equivalente a “*los perjuicios que se causen por cada evento y el periodo de infracción*” sin haber establecido fórmula alguna para el cálculo de perjuicios o un límite determinado como en las demás sanciones.
497. No obstante, a renglón seguido, la cláusula establece en la parte final de lo transcrito: “[l]os porcentajes establecidos en esta cláusula constituyen el tope máximo aplicable, pero el monto de las multas podrá ser graduable por (...). CORABASTOS conforme a la mayor o menor incidencia del incumplimiento del CONCESIONARIO en la ejecución del contrato”.
498. En este sentido, el supuesto descrito en la parte inicial de la cláusula es un límite aplicable a las sanciones impuestas por obligaciones incumplidas “*desde el perfeccionamiento (...) hasta la terminación del contrato*”. Así, dicha estipulación se constituye, salvo disposición especial, en un tope (el cero punto cero uno por ciento (0.01%) del valor total del contrato, por cada día

de atraso, hasta un máximo de 30 días calendario) para todas las infracciones acaecidas durante la concesión.

499. Como se vio, el concepto por el cual fue impuesta la Multa 2 a la concesionaria, a diferencia de las demás sanciones mencionadas en la cláusula, no tiene un límite determinado. Tratándose del “*incumplimiento de otras obligaciones contractuales durante cualquiera de las etapas*” del contrato, resulta lógico hacer extensivo el límite del inciso primero de la cláusula décima novena a la cuantificación contenida en la Directiva 103, sin perjuicio de la facultad de CORABASTOS de “*graduar*” el monto de la sanción según la magnitud del daño, siempre y cuando se mantuviera dentro del límite fijado en dicha cláusula.
500. El incumplimiento de la obligación “*referente a los estados financieros consagrada en el clausula sexta del contrato No. 047 de 1997*”, según la demandada, derivó en un perjuicio para ella “*por cuanto no se le permitió evaluar y controlar los impactos económicos de las operaciones ejecutadas por el concesionario en la etapa de operación del contrato*”³⁶². En ese orden de ideas, el monto de la multa impuesta, basada en el presunto perjuicio ocasionado a CORABASTOS, fue calculado en la mencionada Directiva 103 así:

“El flujo neto de cada periodo debió como mínimo garantizar al contratista el capital a amortizar más los intereses correspondientes al mismo durante la duración de la etapa de operación consistente en 42 meses con la tasa interna de retorno TIR esperada del 29%. En este orden de ideas y dado que el valor de la inversión efectuada por el contratista por valor de \$7.106.290.899,22 se determina con base en un plan realmente exigible a un valor de amortización de 42 cuotas iguales, el monto mensual a garantizar sería de \$255.518.000,00.

“Que por lo anterior, se determinan los perjuicios ocasionados a (...) CORABASTOS en un diez por ciento (10%) del valor mensual a garantizar por cada Estado Financiero mensual o presentado debidamente suscrito por el Revisor Fiscal, lo cual traducido en salarios mínimos corresponde a un valor de 82.69 salarios mínimos por mes, para un total de 41 Estados Financieros no presentados, lo cual se cuantifica en un total de 3.390.37 salarios mínimos equivalentes tomando como base el salario mínimo actual de \$309.000,00. Por consiguiente, el total de la multa a imponer corresponde a un valor de Un Mil cuarenta y Siete Millones Seiscientos Veintitrés Mil Ochocientos Pesos Moneda corriente (\$1.047.623.800) m/cte.”

501. A partir de lo anterior, y en lo relativo a la proporcionalidad de la Multa 2, observa el Tribunal:
- (a) Pese a ser la multa un mecanismo conminatorio o de apremio al contratista incumplido, en la estimación realizada por la demandada ésta se cuantificó con la finalidad de resarcirle el perjuicio ocasionado y no con el objeto de apremiar el cumplimiento de la obligación.

³⁶⁴ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 2, folio 43.

- (b) Así mismo, no hay claridad sobre la metodología y los fundamentos y razones del cálculo efectuado por CORABASTOS -o bien sea dicho, de la estimación del perjuicio ocasionado-, para llegar al 10% del valor mensual garantizable por cada estado financiero mensual, pues la argumentación esbozada en la Directiva es insuficiente.
- (c) En este punto, como se señaló previamente, la concesionaria no estaba obligada a presentar los estados financieros mensuales referidos sino, como mínimo, una vez al año, de conformidad con la ley. Consiguientemente, si la infracción hubiese ocurrido, el alegado perjuicio no podía ser calculado tomando como base la no entrega de 41 estados financieros mensuales, sino la falta de los mismos, uno por cada año de la etapa de operación del contrato, aspecto que inevitablemente reduciría el valor de la sanción.
- (d) Adicionalmente, el valor de la Multa 2 fue estimado en \$1.047.623.800 por el incumplimiento de la obligación contractual “referente a los estados financieros consagrada en el clausula sexta del contrato No. 047 de 1997”. El límite del inciso primero de la cláusula en cuestión era del 0.01% del valor total del contrato, por cada día calendario de atraso, hasta un máximo de 30 días calendario; es decir, una suma diaria de \$1.403.258,18, para un total de \$42.097.745,40 por los 30 días previstos en la cláusula.³⁶³

502. Por las razones expuestas, el Tribunal desestimaré la procedencia de la excepción en la parte resolutive de este laudo.

16. CORABASTOS no violó el artículo 893 del Código de Comercio, puesto que le informó a la Unión Temporal A. Muñoz el incumplimiento en el que incurrió la cesionaria.

503. Frente al contenido de esta excepción se tornan relevantes dos asuntos de no poca monta: i) determinar si efectivamente CORABASTOS informó del incumplimiento de la Unión Temporal Operación Bodega Popular a la Unión Temporal A. Muñoz, y ii) si la Unión Temporal A. Muñoz debía ser vinculada al acto demandado, considerando la cesión contractual efectuada a la Unión Temporal Operación Bodega Popular.

504. Frente al primer asunto, a voces del artículo 893 del Código de Comercio, para exigir al cedente su responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones del cesionario cuando éste no las cumpla, deberá el cedido “poner el incumplimiento en conocimiento del cedente dentro de los diez días siguientes a la mora del deudor”.

505. En comunicación dirigida a la Unión Temporal A. Muñoz,³⁶⁴ la convocada reiteró una solicitud de información “administrativa, contable y financiera” elevada a la Unión Temporal

³⁶³ El valor total del contrato era de \$14.032.581.798,44 según la cláusula tercera del mismo.

³⁶⁴ Trámite 113367-5053, Cuaderno de Pruebas 2, folio 43.

Operación Bodega Popular, es decir, puso en conocimiento de la Unión Temporal cedente la existencia de algunas inconsistencias en la información hasta entonces entregada por la Unión Temporal cesionaria, más no, valga recalcar, la existencia de un incumplimiento contractual propiamente dicho.

506. Ahora bien, mediante el requerimiento de la interventoría (No. 5960) como fue reseñado, CORABASTOS informó a las Uniones Temporales de una posible desatención de las obligaciones del contrato, y las requirió para que se pronunciaran sobre el asunto. En este escenario, la convocada no conminó a la Unión Temporal cedente para responder por las deficiencias de la Unión Temporal cesionaria, simplemente le informó de un posible incumplimiento.
507. De lo anterior, en principio podría considerarse a la Unión Temporal A. Muñoz enterada de la infracción atribuida a la concesionaria, una vez realizada la auditoria parcial y remitido el requerimiento de la interventoría. Sin embargo, es imposible corroborar, a partir del acervo probatorio, la fecha del mencionado anuncio para comprobar que éste se hubiera efectuado dentro de los 10 días exigidos por el artículo 893, principalmente porque, como se explicó, existieron inconsistencias en la tipificación y determinación del incumplimiento de la obligación del párrafo primero de la cláusula sexta del contrato sobre la periodicidad de la presentación estados financieros. Por tal motivo, no podía determinarse con certeza ni la infracción imputada, ni el momento desde el cual debía comunicarse ésta a la cedente.
508. En cuanto al segundo asunto, como ya fue expuesto por este Tribunal en el análisis de la excepción correspondiente a la Multa 1, la responsabilidad de la cedente en el evento de un incumplimiento del contrato por la cesionaria, es subsidiaria, no solidaria y depende de la notificación del mismo a la primera, en los términos establecidos en el Estatuto Mercantil.
509. En ese entendido, CORABASTOS debió declarar incumplida a la Unión Temporal Operación Bodega Popular y, una vez en firme la decisión adoptada, si la concesionaria no cumplía con la obligación impuesta en la Directiva de sanción, requerir subsidiariamente a la Unión Temporal cedente para que concurriera a su cumplimiento.
510. Visto lo anterior, encuentra el Tribunal infundada la excepción en estudio y así quedará consignado en la parte resolutive del presente laudo.

E. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y SUS EXCEPCIONES

511. Las pretensiones de la entidad reconviniendo, mencionadas en los antecedentes de esta providencia son:

“Primera: Que en la liquidación del contrato, se tengan en cuenta las sumas que la Constructora Amco Ltda. en Ejecución del Acuerdo de Reestructuración, Alfredo Muñoz Construcciones S.A. en Liquidación, Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y/o Schmedling Asociados y Cía. Ltda., le adeuden a Corabastos y se realicen las compensaciones correspondientes.”

“Segunda: Que, en caso de que el Tribunal considere que el valor de las multas que Corabastos les impuso a las sociedades relacionadas en la pretensión primera, a través de la Directiva No. 022 de 2001 y su confirmatoria y 103 de 2002 y su confirmatoria fue desproporcionada, se tase nuevamente y se tenga en cuenta dicho ajuste en el acta de liquidación del contrato.”

“Tercera: Que se condene a las sociedades relacionadas en la pretensión primera al pago de las costas y agencias en derecho”

512. Por su parte, las reconvenidas propusieron como excepciones las denominadas: (i) *“Inexistencia de obligación alguna a cargo de las demandadas en reconvención que pueda ser objeto de compensación”* y (ii) *“Pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos mediante los cuales se impusieron a las demandadas en reconvención las multas cuyo valor se pretende compensar.”*
513. La primera se funda en la nulidad de las resoluciones por virtud de las cuales CORABASTOS impuso las multas y su consecuente ineficacia como fuente de obligaciones a cargo de las demandadas en reconvención.
514. La segunda se estructura en el hecho de haber transcurrido un término superior al de cinco años establecido en el artículo 61 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, desde que adquirieron firmeza los actos administrativos sancionatorios, hasta el presente, sin haberse adelantado gestión alguna por CORABASTOS, tendiente a exigir su cumplimiento, configurándose de esa manera, la pérdida de fuerza ejecutoria de las decisiones de la administración.
515. En relación con la primera pretensión la demanda de reconvención, el Tribunal ha encontrado acreditado que CORABASTOS pagó la suma de \$890.869.881 por concepto de servicios y de impuesto predial, cuya satisfacción correspondía a la concesionaria, de conformidad con el flujo de caja del proyecto que hace parte del contrato. El pago de esta suma por parte de CORABASTOS fue reconocido expresamente por la convocante en su alegato de conclusión.
516. En este orden de ideas es procedente compensar el mencionado valor con las sumas adeudadas por CORABASTOS, dentro de la liquidación del contrato que llevará a cabo el Tribunal en el acápite siguiente.
517. De acuerdo con lo anterior, la pretensión primera de la demanda de reconvención prospera, y se tiene por no demostrada la excepción formulada como *“Inexistencia de obligación alguna a cargo de las demandadas en reconvención que pueda ser objeto de compensación”* y así será reconocido en la parte resolutive de este laudo.
518. La segunda pretensión de la demanda de reconvención, en cambio, no está llamada a prosperar, sencillamente porque a la luz de las razones ya expuestas, no hay lugar a tasar el valor de multa alguna.

519. En tales condiciones, al encontrarse viciadas de nulidad las Directivas de Gerencia sancionatorias y por sustracción de materia, no hay lugar a efectuar estudio alguno sobre la pérdida de la fuerza ejecutoria alegada ni a examinar tal excepción.
520. Finalmente, todas las peticiones de condena en costas (la de la demanda inicial, la de las acumuladas y la de la reconvencción), serán decididas conjuntamente, en capítulo independiente.

F. LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

521. Todo contrato se liquida cuando el mismo ha terminado en forma normal o anormal.
522. El artículo 1602 del Código Civil determina: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.
523. A su vez el artículo 1625 ibídem preceptúa en lo pertinente:

“MODOS DE EXTINCIÓN. Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

- 1.) Por la solución o pago efectivo.*
- 2.) Por la novación.*
- .) Por la transacción.*
- 4.) Por la remisión.*
- 5°.) Por la compensación.*
- 6°.) Por la confusión.*
- 7°.) Por la pérdida de la cosa que se debe.*
- 8°.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión.*
- 9°.) Por el evento de la condición resolutoria.*
- 10.) Por la prescripción.*

524. Liquidar un contrato en el lenguaje común es ajustar, saldar, pagar el valor de las acreencias y de las deudas del mismo, como también finiquitar los derechos y obligaciones que se desprenden de la fuente contractual³⁶⁵.
525. En estas condiciones, una vez concluido el contrato, las partes deben establecer la manera como cumplieron las obligaciones emanadas de él para así determinar si se encuentran a paz y salvo en relación con su ejecución.
526. Respecto de los contratos estatales, las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad (artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 y artículo 1602 Código Civil), pueden libremente pactar su liquidación, cuando ella no resulte obligatoria, de acuerdo con las normas reseñadas.
527. La Sección Tercera del Consejo de Estado, en múltiples oportunidades se ha pronunciado con respecto a la liquidación del contrato; así en proveído de 20 de septiembre de 2007 sostuvo:³⁶⁶
- “[L]a liquidación del contrato es una actuación administrativa posterior a su terminación normal o anormal, cuyo objeto es el de definir si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de las cuentas y proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, para así dar finiquito y paz y salvo a la relación negocial. Atendiendo la naturaleza y finalidad de la liquidación del contrato, ha sido criterio reiterado de esta Sala que, cuando se realiza la liquidación entre la administración y su contratista, si no se deja salvedad en el acta en relación con reclamaciones que tengan cualquiera de las partes, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de prestaciones surgidas del contrato(...)”*
528. Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil³⁶⁷ ha descrito la liquidación de un contrato estatal como un *“(...) procedimiento por medio del cual, concluido el contrato, las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas derivadas del mismo, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto en relación con su ejecución”*. En términos generales, *“se trata de un trámite que busca determinar el resultado final de los derechos y deberes de las partes”*.
529. En ese orden de ideas, es menester analizar cuál era la oportunidad para liquidar los contratos estatales en la época del contrato materia de la presente controversia. El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, vigente entonces (2002) en lo pertinente preceptuaba:
- “Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.*

³⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2253 de 28 de junio de 2016.

³⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 20 de septiembre de 2007, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Radicado 16370.

³⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 31 de octubre de 2001, Radicado 1365.

“También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar”.

530. En concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil³⁶⁸, una hermenéutica debida de los incisos primero y último transcritos del artículo en mención, desde una perspectiva gramatical y lógica fuerza a concluir que la liquidación es obligatoria en:
- (a) Los contratos de tracto sucesivo, esto es, aquellos cuyas obligaciones se ejecutan de manera periódica o se diferencian en el tiempo o sucesivamente en cuanto se van causando;
 - (b) Aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo (sea por la naturaleza periódica de las prestaciones o por vicisitudes en su ejecución), y
 - (c) Los demás que lo requieran, con fundamento en su naturaleza, objeto y plazo, o por su importancia, su relevancia o por la eventualidad de discrepancias o controversias en torno a su ejecución.
531. Seguidamente, el artículo 61 *ibidem*, entonces vigente, expresaba: *“Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdos sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición.”*
532. La anterior norma no fijaba un plazo para la liquidación unilateral; sin embargo el numeral 10, literal d, del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, al regular la caducidad de las acciones relativas a los contratos sujetos a liquidación, otorgó a las entidades estatales un término de 2 meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes para la liquidación bilateral o, en su defecto del establecido por la ley, para efectuar dicha liquidación unilateral.
533. De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la liquidación de un contrato puede ser bilateral, unilateral o judicial.
- (i) La liquidación bilateral
534. Cuando existe un acuerdo de voluntades la liquidación es bilateral. Las partes son las llamadas a establecer la oportunidad para realizarla, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, tal como lo determina el artículo 60 de la Ley 80 de 1993; y cuando dicha operación se efectúa de común acuerdo entre ellas, la liquidación es bilateral.
535. A falta de estipulación contractual, la ley establece el deber de efectuarla *“a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la*

³⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 6 de agosto de 2003, Exp. 1453.

expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga” (artículo 60 de la ley 80 de 1993).

536. El Consejo de Estado³⁶⁹ ha indicado:

“La liquidación bilateral tiene fundamento en la autodeterminación de intereses y en la concurrencia de voluntades, con el efecto de obligar a las partes a cumplir con lo que en ella se dispone (Código Civil, artículo 1602) desde las perspectivas declarativa y constitutiva antes mencionadas, puesto que las partes, en su condición recíproca de acreedoras y deudoras: (i) declaran o hacen constar la extinción de las obligaciones surgidas del contrato y se liberan de ellas, en virtud del pago o cumplimiento; (ii) asumen nuevas obligaciones que se desprenden de la relación contractual de conformidad con lo dispuesto en las cláusulas correspondientes, o de las vicisitudes que surgieron en su ejecución.

537. Por ello, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha calificado la naturaleza jurídica de la liquidación bilateral del contrato como un negocio jurídico,³⁷⁰ esto es, *“un acto de autonomía dispositivo de intereses jurídicamente relevantes, a cuya creación y determinación de efectos, concurre la voluntad de los intervinientes, en tanto que son quienes propician su existencia y determinan sus consecuencias, en conjunción con el ordenamiento jurídico”³⁷¹(...)”*

(ii) La liquidación judicial

538. De acuerdo con lo expresado por esa misma Corporación, las normas sobre liquidación del contrato contenidas en el Decreto 222 de 1983, el Decreto 01 de 1984 y la Ley 80 de 1993, no establecieron expresamente la posibilidad de demandar la liquidación del contrato por vía judicial; sin embargo, la reforma de la Ley 446 de 1998, sí dio al interesado esa opción cuando la entidad estatal dejaba pasar el término de 2 meses para hacer la liquidación unilateral del contrato. Así quedó establecido en el literal d, numeral 10 del artículo 136 del Código

³⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P.: Álvaro Namen Vargas, Exp. 2253. .

³⁷⁰ Ídem.

³⁷¹ Hinestroza, Fernando, Tratado de las Obligaciones II De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico, Volumen I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 107 “...el negocio jurídico es un acto de autonomía privada jurídicamente relevante; acto de autorregulación de los propios intereses: la ley no delimita totalmente su contenido, señala orientaciones y límites a la actividad dispositiva, indaga sobre su observancia y, no hallando reparo que formular, interpreta el comportamiento, lo ubica dentro del marco de circunstancias en que se realizó y, una vez encasillado dentro de uno de los tipos socialmente reconocidos, le asigna los efectos que mejor correspondan a la determinación particular así alindada y calificada.” Cabe advertir que en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en el Código Civil no hay mención expresa de la categoría del negocio jurídico, pero, sin duda, se trata de una categoría o fuente de las obligaciones cuya recepción del derecho italiano y germano es plenamente aceptada en nuestro medio, máxime cuando el término negocio jurídico además de sus referencias expresas en la jurisprudencia y la doctrina nacional, desde el punto de vista del derecho positivo está incorporado, aunque sin definición alguna, en el Código de Comercio, donde es empleado en el sentido referido, por ejemplo, en algunos artículos relacionados con la representación (832, 833, 836, 838, 842), la oferta (845), el contrato (865) su ineficacia, (898, 899, 900, 901, 902, 903), y en la fiducia (1226).

Contencioso Administrativo modificado por el artículo 44 de la citada Ley 446 de 1998 en los siguientes términos:

“Si la administración no lo liquidare durante los dos meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”

539. El artículo 289, inciso 3 del Decreto Ley 222 de 1983 previó dos formas de liquidación del contrato: por mutuo acuerdo o bilateral, y la unilateral, sin consagrar expresamente la liquidación judicial del contrato regulada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. Esta disposición permitía a las partes solicitar al juez la liquidación, tal como finalmente fue establecido en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo arriba citado.
540. La liquidación judicial ocurre cuando el juez competente profiere, a través del medio de control de controversias contractuales, la correspondiente providencia, si así se le solicita, bien porque no se haya producido la liquidación, bien porque subsistan puntos no liquidados.

(iii) La liquidación unilateral

541. Procede cuando el contratista no se presenta a la liquidación bilateral, o ésta no se logra, o se logra parcialmente. Es una imposición de la administración sobre el contratista, y nunca a la inversa.
542. Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil³⁷² ha indicado:

“No debe perderse de vista que la liquidación del contrato interesa a las partes contratantes y no sólo a la administración, así la ley la haya investido de la potestad de liquidarlo unilateralmente, ya que ello sucede siempre y cuando no se logre un acuerdo con el contratista o cuando éste pese a ser requerido, no comparece a efectuarla conjuntamente con aquélla. Pero esta facultad de la administración (que es supletiva), no libera al contratista de la obligación de participar activamente en esa diligencia, ya que la responsabilidad de liquidar el contrato para definir las prestaciones a cargo de las partes, de extinguir las obligaciones surgidas del contrato y de no dejarlo en un estado de indefinición es mutua, así como lo fue celebrarlo y ejecutarlo; en otras palabras, las partes contratantes no se liberan de las obligaciones del contrato mientras no extingan las obligaciones adquiridas y ello sólo se logra con la liquidación, en aquellas convenciones en las que la ley o las partes la hacen imperativa (...)”

543. El plazo para la liquidación unilateral establecido en el Código Contencioso Administrativo es de carácter perentorio y preclusivo, conforme lo sostuvo la Sala de Consulta y Servicio Civil,

³⁷² Concepto de 31 de octubre de 2001, rad 1365.

en Concepto de 6 de agosto de 2003, criterio acogido por el Consejo de Estado, en los siguientes términos:³⁷³

“[S]i la entidad estatal contratante no efectúa la liquidación unilateral dentro del mencionado término de dos (2) meses, siguientes al vencimiento del plazo acordado o legalmente establecido para la procedencia de la liquidación conjunta, ha de concluirse que aquella pierde su competencia por razón del factor temporal – razione témporis -, puesto que el aludido plazo legal de dos (2) meses es preclusivo en la medida en que la propia ley consagra una consecuencia en relación con su vencimiento, consistente en trasladar dicha competencia al juez del contrato.”

544. En este orden de ideas, la falta de liquidación del contrato estatal configura el incumplimiento de un deber impuesto por la ley a las partes, para dar certeza jurídica del estado de las prestaciones emanadas del mismo, luego de su ejecución.

G. LAS RESOLUCIONES EXPEDIDAS POR CORABASTOS PARA LIQUIDAR UNILATERALMENTE EL CONTRATO

1. La Directiva de Gerencia 107 de 30 de octubre de 2002.

545. A través de la Directiva de Gerencia 107, CORABASTOS liquidó unilateralmente el contrato de concesión No. 047 de 1997.

546. Entre los considerandos con base en los cuales efectuó dicha operación, a continuación se resumen o transcriben los relevantes a juicio del Tribunal:

- Mediante Directiva de Gerencia 092 del 18 de septiembre de 1997, CORABASTOS adjudicó el contrato 047-97 del 25 de septiembre de 1997 a la Unión Temporal A. Muñoz, por un valor de \$14.032.581.798.44, con un plazo de ejecución de 52 meses, término ampliado a 58 meses a solicitud del contratista. Por obras adicionales, su valor se aumentó en \$1.337.537.441.59, para un total de \$15.370.119.640.03.
- El 23 de septiembre de 1998 la Unión Temporal A. Muñoz cedió el citado contrato a favor de la Unión Temporal Operación Bodega Popular CORABASTOS para la ejecución de la etapa de operación.
- Sin embargo, conforme a la cláusula tercera del contrato de cesión, la cedente, Unión Temporal A. Muñoz, respondía del cumplimiento del contrato cedido por parte de la

³⁷³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. n.º 15239.

cesionaria, Unión Temporal Operación Bodega Popular, de acuerdo con el art 890 del Código de Comercio.

- Por una serie de irregularidades de la contratista que afectaron la ejecución del mencionado contrato, la entidad estatal expidió las Directivas de Gerencia sancionatorias 022 del 16 de noviembre del 2001 y 103 del 7 de octubre de 2002, por medio de las cuales le impuso a aquélla multas por incumplimiento, con base en la cláusula décima novena (19) del contrato y en el artículo 59 de la Ley 80 de 1993.
- En ejercicio de la cláusula décima tercera del contrato y el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, el 30 de junio de 2002 la concesionaria pretendió revertir la administración de la Bodega Popular a favor de CORABASTOS a partir de esa fecha *NOTA: CUÁL FECHA?*, actuación precedida de un acta suscrita por las partes, donde fueron consignados los incumplimientos del contratista *“que son objeto de desestimación en la presente acta de acuerdo con el informe de 28 de octubre del año en curso y que obra en los anexos.”*³⁷⁴
- Teniendo en cuenta los incumplimientos del contratista, los trámites procesales y arbitrales y la exposición del patrimonio a su custodia y salvaguarda, y ante la inexistencia de personal calificado en materia financiera, contable y legal, la entidad estatal ordenó las asesorías técnicas pertinentes para coadyuvar a su administración en el proceso liquidatario del mismo.
- En desarrollo de la auditoría y evaluación financiera contratada y avalada por la Interventoría de la convocada, se encontró el incumplimiento de las cláusulas: *“Primera, Objeto del Contrato, Parágrafo Primero, numeral 3, Literal b – e y Parágrafo 3, Cláusula Sexta: Vigilancia del Contrato, Parágrafo Primero, Cláusula Décimo (sic) Tercera: Reversión, Cláusula Vigésima Tercera: Liquidación y Cláusula Quinta: Obligaciones del Concesionario, Numeral 2.”*³⁷⁵
- Si bien las partes acordaron efectuar la liquidación dentro de los 3 meses siguientes a la finalización del plazo del contrato, se encontró apropiada la aplicación del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, por lo cual la liquidación procedía a más tardar antes del vencimiento de los 4 meses siguientes a la finalización del mismo, o a la expedición del acto administrativo que ordenara su terminación, es decir el 31 de octubre de 2002.
- La Gerencia General convocó a los representantes legales de las Uniones Temporales A. Muñoz y Operación Bodega Popular para el 18 de octubre de ese año a las 10:00 am en las instalaciones de CORABASTOS con el fin de practicar la diligencia de liquidación bilateral del contrato, no haciéndose ellos presentes a dicho trámite. Por tal

³⁷⁴ Trámite 113367-5055, Cuaderno de Pruebas 1, folio 9.

³⁷⁵ Trámite 113367-5055, Cuaderno de Pruebas 1, folio 9.

motivo, la demandada suscribió la constancia pertinente y posteriormente, en cumplimiento de las normas procesales sobre notificación, publicó el edicto de 22 de octubre de 2002, para garantizar los principios de la buena fe, la legítima defensa y el debido proceso a los que por referencia necesaria remite el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

- La ausencia de los representantes legales a la diligencia de liquidación bilateral del contrato le otorga a CORABASTOS la facultad de practicarla directa y unilateralmente, adoptando el acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición, de conformidad con el artículo 61 del Estatuto contractual.

547. A continuación, la Directiva 107 procede a exponer los criterios a su entender aplicables al proceso de liquidación. El Tribunal juzga innecesario transcribirlos o reproducir el resto del acto administrativo en vista de las conclusiones adelante expuestas sobre la validez de la citada Directiva.

548. Finalmente, el artículo primero de la parte resolutive de la resolución dispone:

“Liquidar unilateralmente el contrato de concesión no. 047 de 1997 celebrado entre CORABASTOS y la Unión Temporal A. Muñoz y Unión Temporal Operación Bodega Popular CORABASTOS, de conformidad con el artículo 61 de la ley 80 de 1993 y de conformidad con lo expresado en la parte motiva del presente acto administrativo en la siguiente forma:

LIQUIDACIÓN FINAL

SUPERAVIT BALANCE ETAPA DE OPERACIÓN		1.655.700.000
MAS CUENTAS POR COBRAR SECCION VI		382.297.534
MAS PAGO LAUDO ARBITRAL GARANTIA INGRESOS		6.403.176.056
SUPERAVIT TOTAL A FAVOR DE CORABATOS		8.441.173.590
MULTAS		
AL CONTRATISTA		
022 DEL 16 DE NOVIEMBRE 2001		4.226.695.892
103 DEL 7 DE OCTUBRE DE 2002		1.047.000.000
SUBTOTAL AL CONTRATISTA		5.273.695.892
AL CONTRATANTE		
LAUDO ARBITRAL		1.598.293.935
SUBTOTAL AL CONTRATANTE		1.598.293.935

SUBTOTAL MULTAS A FAVOR DE CORABASTOS		3.675.401.957
SALDO TOTAL A FAVOR DE CORABASTOS		12.116.575.546,83
MENOS REINTEGRO PAGO LAUDO ARBITRAL		6.403.176.056
SALDO NETO A FAVOR DE CORABASTOS		5.713.399.490,83

2. La Directiva de Gerencia 107 A de 30 de octubre de 2002

549. Mediante Directiva de Gerencia No. 107 A de 30 de octubre de 2002,³⁷⁶ CORABASTOS, adicionó la Directiva 107 en el sentido de indicar que contra la misma procedía el recurso de reposición, del cual debía hacerse uso por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro los cinco (5) días siguientes a la desfijación del correspondiente edicto; ello con el fin de no vulnerar el debido proceso y el derecho de defensa de las contratistas y la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A.

3. La Directiva de Gerencia 122 de 27 de diciembre de 2002

550. Por medio de la Directiva de Gerencia 122 de 27 de diciembre de 2002,³⁷⁷ CORABASTOS, resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Unión Temporal Operación Bodega Popular contra las Directivas de Gerencia 107 y 107 A del 30 de octubre de 2002.

551. A continuación los argumentos del recurso de la primera y la respuesta de la convocada:

- (a) Esa convocante alega la improcedencia actual de la liquidación, pues el 1º de octubre de 2002 las sociedades Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados y Cía. Ltda., en su calidad de integrantes de la Unión Temporal Operación Bodega Popular, presentaron ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, una demanda en contra de CORABASTOS, la cual fue notificada a ésta con anterioridad al acto recurrido por esa Unión Temporal.

La aquí convocada responde que si bien los recurrentes presentaron solicitud de convocatoria del Tribunal Arbitral el 1º de octubre de 2002, ésta solo fue admitida el 17 de ese mes, ordenándose correr traslado de la misma por el termino de 10 días. Así mismo, dicho Centro resolvió, mediante auto del siguiente 30 de octubre, ordenar la notificación personal de la providencia, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 446

³⁷⁶ Trámite 113367-5055, Cuaderno de Pruebas 1, folio 6.

³⁷⁷ Trámite 113367-5055, Cuaderno de Pruebas 1, folio 34.

de 1998, y no de acuerdo con las disposiciones del régimen civil, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la demandada, por tratarse de una entidad pública.

Finalmente, el Centro de Arbitraje procedió a realizar la notificación mediante aviso radicado en CORABASTOS el 1 de noviembre de 2002, es decir, 2 días después de la expedición de la Directiva de Gerencia 107 del 30 de octubre de 2002. Así las cosas, dicha entidad interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda arbitral de las sociedades Asesorías y Representaciones Ltda. y Schmedling Asociados y Cía. Ltda. el 7 de noviembre de 2002.

Reitera, por último, la procedibilidad legal de la liquidación en cumplimiento de los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y en especial sobre el procedimiento natural de los contratos estatales.

- (b) En cuanto a la expedición irregular del acto recurrido, en opinión de la recurrente, la entidad estatal no se ajustó a los procedimientos del Código Contencioso Administrativo exigidos por expresa disposición del numeral 2 del artículo 24 y el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, del artículo 29 de la Constitución Política y a la cláusula vigésima tercera del contrato, violando el debido proceso.

La convocada afirma haber suscrito las operaciones administrativas denominadas oficios, con el fin de estructurar la situación financiera, administrativa y legal del contrato, en cumplimiento estricto de las cláusulas pactadas y del procedimiento reglado por el Código Contencioso Administrativo, la Ley 80 de 1993 y la Constitución Política y niega haber expedido irregularmente la Directiva 107.

- (c) Para la recurrente, la liquidación unilateral del contrato desconoció las cláusulas tercera, cuarta, vigésima primera, vigésima tercera y los numerales 1.2.2.13 y 3.1.2.3; y numerales 3.6.3; 2.2.6, 3.6.2 de los pliegos de condiciones; el ordinal g del numeral 1.1.6 del Reglamento de Operación (anexo No. 1); los artículos 16 y 40 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 1602 del Código Civil.

4. Las Directivas de Gerencia 123 de 2002 y 124 de 27 de diciembre de 2002

- 552. A través de la Directiva de Gerencia 123 de 2002, CORABASTOS resolvió el recurso de reposición interpuesto por Seguros Cóndor S.A Compañía de Seguros Generales contra las Directivas de Gerencia 107 y 107 A del 30 de octubre de 2002 y a través de la Directiva de Gerencia 124 de 27 de diciembre del mismo año, el interpuesto por la Unión Temporal A. Muñoz, negando lo pedido.

H. ANÁLISIS DE LA LEGALIDAD DE LAS RESOLUCIONES DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO 047-97 EMITIDAS POR CORABASTOS

553. En la cláusula 23 del contrato –nuevamente transcrita a continuación para efectos de claridad– se pactó lo concerniente a la liquidación del contrato en los siguientes términos:

“Con aplicación del procedimiento y demás requisitos consagrados en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 se procederá a la liquidación del contrato de común acuerdo entre (...) CORABASTOS y el CONCESIONARIO dentro de los tres (3) meses siguientes a la finalización del plazo del contrato. Para tal efecto las partes dispondrán la realización de un balance financiero del proyecto para establecer el déficit o superávit de ingresos del periodo de aforo final y un inventario físico de los bienes afectados al mismo, los cuales revertirán en (...) CORABASTOS, sin costo alguno, libre de todo gravamen. El valor de los bienes afectados al proyecto faltantes o en mal estado deberán ser reconocidos a La CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A. a precios comerciales. EL CONCESIONARIO tendrá un plazo de seis (6) meses a partir de la suscripción del Acta de Liquidación para efectuar los correctivos o reconocimientos determinados incluyendo la devolución del superávit final sobre el cual reconocerá intereses a la tasa de interés bancario. En caso de haberse presentado un déficit de ingresos para el último periodo de aforo (...), CORABASTOS, pagará el monto correspondiente en el término de doce (12) meses reconociendo la tasa de interés bancario certificada por la Superintendencia Bancaria. Este pago se cancelará en primera instancia con los recursos de la cuenta de excedentes y en ausencia de fondos se hará con presupuesto. (...) CORABASTOS, igualmente podrá adquirir otros bienes del CONCESIONARIO no afectados directamente al proyecto, que pueden ser necesario para mantener el mantenimiento de las obras revertidas lo cual, se hará a precios comerciales. Los precios comerciales serán determinados por peritos independientes de las partes. PARAGRAFO PRIMERO: Si no se llegase a un acuerdo sobre el contenido de la liquidación o el CONCESIONARIO no se presenta a suscribir el Acta de Liquidación dentro de los treinta (30) días calendario siguientes al recibo de la misma, o no presenta las pólizas de garantía correspondientes, la misma será practicada directa y unilateralmente por (...) CORABASTOS, y se expedirá mediante acto administrativo susceptible de recurso de reposición. PARAGRAFO SEGUNDO: Se procederá también a la liquidación del contrato de conformidad con lo estipulado en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, dentro de los dos (2) meses siguientes a la ocurrencia del evento en los siguientes casos: a) Cuando se haya ejecutoriado la providencia que declaro la caducidad. B) Cuando las partes de por terminado anticipadamente el contrato por mutuo acuerdo, lo cual podrá hacerse en todos los casos en que tal determinación no implique renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de (...) CORABASTOS. C) Cuando se haya ejecutoriado la providencia judicial que lo declare nulo, d) Cuando la autoridad competente lo declare terminando unilateralmente conforme a lo establecido en el contrato y en el Artículo 17 de la Ley 80 de 1993.”

554. De conformidad con esta cláusula, la liquidación bilateral del contrato 047-97 debía realizarse por la demandada dentro de los 3 meses siguientes a la finalización del plazo del contrato. Como éste terminó el 30 de junio de 2002, la entidad estatal podía válidamente convocar a la

Unión Temporal Operación Bodega Popular hasta el 30 de septiembre de 2002. Empero, CORABASTOS citó a las dos Uniones Temporales para el día 18 de octubre de 2002 a fin de discutir los términos de la liquidación bilateral.

555. Tal como lo admite la convocada, ésta aplicó la norma de carácter general, ello es el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 ya citado, el cual establece un término de 4 meses siguientes a la finalización del contrato, para efectuar la liquidación bilateral. Sin embargo, la entidad contratante olvidó el carácter de ley para las partes del contrato 047-97 y desconoció el término de 3 meses siguientes a la finalización de su plazo, expresamente acordado en la cláusula 23 del mismo para efectuar la liquidación bilateral del contrato, es decir, en el lapso comprendido entre el 1º de junio de 2002 y el 30 de septiembre del mismo año.
556. En consecuencia, la citación de la entidad contratante a las Uniones Temporales A. Muñoz y Operación Bodega Popular para efectos de llegar a un acuerdo sobre la liquidación bilateral, fechada el 18 de octubre de 2002, se hizo no solo violando el término establecido en el contrato de concesión 047-97 para ese efecto, sino desconociendo la prevalencia de la norma especial sobre la de carácter general.
557. Ahora bien, respecto a la liquidación unilateral, el párrafo primero de la cláusula 23 del contrato, de obligatorio cumplimiento para los contratantes, preceptúa:
- “PARAGRAFO PRIMERO: Si no se llegase a un acuerdo sobre el contenido de la liquidación o el CONCESIONARIO no se presenta a suscribir el Acta de Liquidación dentro de los treinta (30) días calendario siguientes al recibo de la misma, o no presenta las pólizas de garantía correspondientes, la misma será practicada directa y unilateralmente por La CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A., CORABASTOS, y se expedirá mediante acto administrativo susceptible de recurso de reposición”.*
558. A la luz de este párrafo, para la procedencia de la liquidación unilateral por la entidad contratante era menester, bien un desacuerdo entre las partes sobre los términos de la liquidación bilateral del contrato, bien que la concesionaria no se hubiera presentado a suscribir el acta dentro de los 30 días calendario siguiente a su recibo, para la procedencia de la liquidación unilateral por la entidad contratante.
559. Sin embargo, era imposible para la Unión Temporal dar cumplimiento a esa norma, pues no fue citada dentro de los 3 meses siguientes a la finalización del contrato (1 de julio de 2002 a 30 de septiembre de 2002), y por lo tanto, no podía correr el término establecido en el párrafo primero respecto de la liquidación unilateral.
560. En apoyo a la ilegalidad del la Directiva 107, el Ministerio Público acogió un argumento adicional esgrimido por las demandantes sobre este particular y afirmó: *“[no] existe prueba acreditativa de la comunicación enviada por CORABASTOS a la Unión Temporal Bodega Popular Corabastos – o a las Sociedades que la integran – citándola para la diligencia de liquidación contractual y que dicha comunicación hubiera sido recibida materialmente, tan solo obra copia de una guía de mensajería de la empresa DEPRISA, la que dicho sea de paso*

*no es legible, respecto de la fecha en que, fue enviada y frente al destinatario solo se contiene el nombre “ALFREDO MUÑOZ ROA” con dirección Carrera 14 No 86 A – 76.”*³⁷⁸

561. En este punto, el Ministerio Público cita decisiones del Consejo de Estado respecto de los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, sobre las condiciones para proceder con la liquidación unilateral del contrato. Para ese fin, la entidad pública debe acreditar que *“el contratista recibió efectivamente tal convocatoria o notificación o que, en su defecto, se agotaron todos los medios posibles para hacerle entrega material al contratista de la referida convocatoria y que este se negó a recibirla, pues la sola constancia de envió resulta insuficiente para demostrar que fue el contratista, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, quien se negó a participar del procedimiento administrativo de liquidación.”*³⁷⁹
562. De acuerdo con lo anterior, CORABASTOS profirió la directiva 107 con desconocimiento del derecho de defensa de la concesionaria, por no haber realizado lo necesario para citarla debidamente a la diligencia de liquidación bilateral o, en los términos del Consejo de Estado, por no haber agotado *“todos los medios posibles para hacerle entrega material al contratista de la referida convocatoria”*, pues nada demuestra tales esfuerzos o que la Unión Temporal se hubiera negado a asistir.
563. El artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la fecha de la Directiva 107 y de la diligencia de liquidación unilateral, incluye dentro de los motivos de nulidad de los actos administrativos, haberse expedido éstos *“con desconocimiento del derecho de defensa y audiencia”*, uno y otro pasados por alto en el pretendido proceso liquidatorio del contrato. Al no haber sido debidamente citada, la concesionaria no tuvo la oportunidad de ser oída y por tanto, de defenderse dentro de una actuación administrativa cuya culminación fue imponerle el pago de \$5.713.399.490,83 como resultado de la referida liquidación, violándose de esa manera, el debido proceso administrativo.
564. Ese proceder de la entidad estatal también desconoce el derecho de defensa de las convocadas por otra razón: transcurridos los 3 meses de plazo previsto para la liquidación, aquéllas legítimamente podían tener como precluida la oportunidad para la liquidación tanto bilateral como unilateral del contrato 047-97 y desentenderse de su defensa ante la entidad estatal.
565. Por ese motivo son nulas las Directivas de Gerencia 107 y 107 A, así como las Directivas de Gerencia 123 de 2002 y 124 de 27 de diciembre de 2002 y por ende, prospera la pretensión primera de la demanda inicial, como se expresará en la parte resolutive de este laudo.

³⁷⁸ Concepto del Ministerio Público presentado ante el Tribunal Arbitral el 11 de marzo de 2021, pág. 18 (notas al pie de página omitidas).

³⁷⁹ Concepto del Ministerio Público presentado ante el Tribunal Arbitral el 11 de marzo de 2021, págs. 20-21, citando a: Consejo de Estado, Sección Sección Tercera, subsección A. Sentencia 3 de octubre de 2012, Rad. 23400, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Actor: Hernán Guzmán Chacón.

566. Adicionalmente, al haber ignorado los plazos acordados con la concesionaria para la liquidación del contrato, CORABASTOS ignoró dicho acuerdo de voluntades, desconociendo su carácter de ley para las partes como lo establece el artículo 1602 del Código Civil varias veces citado. Igualmente, omitió aplicar el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 porque según dicha norma, la liquidación de común acuerdo por las partes contratantes procedía “*dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia*”; y el numeral 1.7 del pliego de condiciones de la licitación,³⁸⁰ denominado “*PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO*” expresamente señala un plazo de 3 meses desde la finalización de la concesión para la liquidación del contrato. Así mismo, el Capítulo 6° titulado “*DEL CONTRATO*”³⁸¹, trae anexa, en su numeral 6.3, la minuta³⁸² del hoy contrato 047-97, cuya cláusula vigésima tercera³⁸³ fija el mismo término para esa finalidad.
567. Como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos de liquidación unilateral, el Tribunal deberá practicar una nueva liquidación del contrato, de acuerdo con lo solicitado en la pretensión tercera de la demanda inicial, advirtiendo, desde ahora, que esta operación no incluirá las multas impuestas por CORABASTOS como valor a cargo de las demandantes.

I. LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO 047 DE 1997 POR PARTE DEL TRIBUNAL

568. Como ya se mencionó, dentro del trámite de la demanda inicial instaurada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se solicitó por las demandantes y se decretó como prueba, un dictamen pericial practicado por la señora Elizabeth Fajardo Velázquez. Por cuanto los resultados de dicho medio de prueba pueden incidir sobre la liquidación, si el Tribunal opta por apoyarse en el referido trabajo, es preciso en este momento, resolver la objeción oportunamente formulada respecto de tal experticia por la demandada. En efecto, de prosperar los reproches de esa parte, sería imposible para el Tribunal asentar sus consideraciones respecto de la liquidación del contrato sobre dicha experticia.

1. La objeción al dictamen pericial rendido ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por la perito Elizabeth Fajardo Velázquez.

569. La finalidad del dictamen en cuestión es establecer las condiciones financieras dentro de las cuales debe efectuarse la liquidación del contrato 047-97, en el evento de una declaratoria de nulidad de los actos administrativos mencionados.
570. Por su parte, las objeciones formuladas por CORABASTOS se fundamentan en: (i) la existencia de un pleito pendiente entre las mismas partes y por los mismos hechos, es decir, el

³⁸⁰ Trámite 113367-5063, Cuaderno de pruebas 3, folio 21.

³⁸¹ Trámite 113367-5063, Cuaderno de pruebas 3, folio 74 y ss.

³⁸² Trámite 113367-5063, Cuaderno de pruebas 3, folio 77 y ss. 21.

³⁸³ Trámite 113367-5063, Cuaderno de pruebas 3, folio 95. 21.

proceso arbitral sometido al conocimiento del Tribunal I; (ii) la existencia del trabajo previamente efectuado por las expertas Mantilla y Cárdenas, junto con sus aclaraciones y complementaciones, “*primer y único dictamen válido*”³⁸⁴ (iii) haberse amparado el trabajo objetado “*en una información y contabilidad no oficial*”³⁸⁵ en razón de la falta de libros contables registrados de la Unión Temporal “*como lo exige la ley*”, frente a la contabilidad de CORABASTOS quien “*sí cumplió estas exigencias dentro de la contratación alegada;*” (iv) el carácter secundario e innecesario del peritaje objetado, por apoyarse en la experticia rendida para el Tribunal I, y (v) la diferencia “*abismal*” entre los resultados del peritaje Mantilla - Cárdenas y su ampliación y los del dictamen objetado, conteniendo este último “*cifras y porcentajes desbordados no ajustados a la realidad*”³⁸⁶ por lo cual el rendido ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca “*no es un peritazgo serio y confiable*”.³⁸⁷

571. El objetante no pidió una nueva experticia, pero aportó como prueba un dictamen pericial anteriormente rendido por la contadora pública Ana Matilde Cepeda³⁸⁸ el 21 de febrero de 2005, dentro del Tribunal II.
572. Sea lo primero advertir la improcedencia de las 4 primeras causales invocadas por la entonces demandada, pues ninguna encuadra dentro del concepto de error grave, es decir, aquel “*determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos*” u “*originado en éstas*” (artículo 238 del Código de Procedimiento Civil).
573. En efecto, la existencia de un pleito pendiente es una excepción para enervar alguna pretensión cuando ella se ventila en otro proceso entre las mismas partes, no un elemento constitutivo de un error capaz de afectar la credibilidad de un trabajo encargado a expertos para elucidar determinados aspectos técnicos de una controversia judicial.
574. Por otra parte, la antecedencia de otro trabajo, cuyas conclusiones sirvieron de base para la realización de la experticia objetada, solamente podría prosperar como causal si aquél hubiera sido materia, a su turno, de una objeción próspera, lo que no aconteció en el caso presente.
575. En tercer lugar, la práctica de un peritaje en un proceso no le otorga la calidad de “*secundario*” a otro dictamen pedido y decretado en un proceso arbitral enteramente diferente, para fines distintos al perseguido por la acción judicial adelantada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Uno y otro tienen valor equivalente en las respectivas controversias judiciales dentro de las cuales obran.

³⁸⁴ Trámite 113367-5055, Cuaderno de Pruebas 14, folio 246.

³⁸⁵ Trámite 113367-5055, Cuaderno de Pruebas 14, folio 246.

³⁸⁶ Trámite 113367-5055, Cuaderno de Pruebas 14, folio 246.

³⁸⁷ Trámite 113367-5055, Cuaderno de Pruebas 14, folio 246.

³⁸⁸ Trámite 113367-5055, Cuaderno de Pruebas 14, folio 249 y ss.

576. Para terminar el examen de estas primeras 4 causales, las uniones temporales, como los consorcios previstos en la Ley 80 de 1993 no dan³⁸⁹ “*origen a una persona jurídica distinta de quienes lo integran, por cuanto estos mantienen su personalidad individual, propia e independiente sin perjuicio de que para los efectos de contratación se obre de consuno mediante representante que para el efecto se designe. Sin embargo, la unión de las entidades o personas consorciales no origina un nuevo sujeto del derecho con capacidad jurídica autónoma.*” Por consiguiente, las uniones temporales no están obligadas a inscribirse en el registro mercantil, ni a llevar contabilidad como sí deben hacerlo sus integrantes.
577. Adicionalmente, el argumento esgrimido en relación con la falta de libros de contabilidad registrados de parte de la Unión Temporal, no constituye un señalamiento de error sobre los cálculos de la perito sino un aspecto relativo a la formalidad de las cuentas de la concesionaria y de ninguna manera una falla del dictamen.
578. Se echa de menos, pues, en todas las anteriores causales, el hilo conductor de todo proceso de objeción a un dictamen pericial: el error. Como se acaba de comprobar, ninguna de ellas menciona la equivocación susceptible de convertirse en grave falta de criterio de quien elaboró el trabajo.
579. Por último, atacar una prueba como la pericial porque contiene diferencias “*abismales*” y “*cifras y porcentajes desbordados no ajustados a la realidad*”³⁹⁰ requiere de una demostración -no solamente una afirmación- del “*desbordamiento*” alegado a través de la práctica de un nuevo dictamen encaminado a probar el error alegado, el cual brilla por su ausencia.
580. Las anteriores son razones suficientes para desestimar la objeción de CORABASTOS y darle pleno valor al dictamen de la perito Fajardo.

2. Las condiciones financieras de la concesión

581. La construcción de la Bodega Popular se financiaba mediante el aporte de CORABASTOS del 50% del valor total de la obra, aporte estimado en \$ 7.016.290.899.22 (ver cláusula cuarta del contrato ya transcrita), junto con una contribución adicional de esa entidad por \$1.337.537.841,59 pactada en el otosí de 1º de julio de 1998.³⁹¹ El pago de dicha suma adicional debía efectuarse a más tardar el 14 de octubre de 1998.³⁹² Además, CORABASTOS debía contribuir con un “*Aporte Anual de Garantía*”, acorde con un flujo de caja aprobado a la concesionaria, pagadero en cuotas trimestrales iguales, dentro de los 10 primeros días de

³⁸⁹ Consejo de Estado, Sentencia de 3 de mayo de 1995, C. P: Roberto Suárez Franco, (expediente 684).

³⁹⁰ Trámite 113367-5055, Cuaderno de Pruebas 14, folio 246.

³⁹¹ Dicho otosí aparece mencionado en la Directiva de Gerencia 107 como aporte adicional de CORABASTOS y aparece también en el laudo del Tribunal I (numeral 9 de las consideraciones) y figura también en la demanda ante el Tribunal I, bajo los numerales 12 y 13 de las pruebas documentales aportadas. Trámite 115563-5053 Cuaderno de Pruebas 7, folio 1014.

³⁹² Trámite 115563-5053, Cuaderno de Pruebas 10, Dictamen Pericial Mantilla-Cárdena, pág. 9.

cada trimestre siguiente al vencido y con la cesión de CORABASTOS a la concesionaria, de los derechos de recaudo generados por los cánones de arrendamiento, los servicios públicos y la administración de la bodega, cobrados a los arrendatarios de la misma.

582. La concesionaria corría con el 50% restante antes del aporte adicional de la convocada, vale decir \$ 7.016.290.899.22, haciéndose aquella responsable de *“financiar la inversión requerida por el proyecto de conformidad con su propuesta mediante cualquier instrumento financiero que asegure un adecuado flujo de recursos para cumplir con el programa de ejecución propuesto. Para ello deberá tener en cuenta: sus aportes de capital, los aportes de capital de CORABASTOS, los recursos que se proponga obtener y el flujo de los ingresos por operación y administración de la bodega (...).”*³⁹³

583. Es importante recalcar en este punto la consideración del laudo proferido por el Tribunal I³⁹⁴ en el sentido de que el aporte de CORABASTOS no forma parte de la remuneración de la concesionaria.

584. Ahora bien,³⁹⁵ *“[p]ara que realmente el concesionario recuperara todo lo invertido más la TIR prevista por el mismo contratista en el flujo de ingresos era necesario que:*

“Recibiera todo lo indicado en su flujo de ingresos; y,

“Recibiera la suma pactada como aporte anual de garantía.”

585. El laudo proferido el 12 de diciembre de 2001 por el Tribunal I condenó a CORABASTOS a pagar \$1.598.293.935 por concepto de los saldos adeudados a la concesionaria por capital e intereses de los dos aportes a cargo de aquella (\$7.016.290.899.22 y \$1.337.537.841,59) y a \$6.403.176.056 por los ingresos no recibidos por la Unión Temporal Operación Bodega Popular previstos en flujo de caja aprobado por la convocada.

586. Las sumas anteriormente señaladas más los \$12.375.000 por concepto de honorarios y gastos del Tribunal no reembolsados a las entonces demandantes fueron finalmente pagados con intereses, por CORABASTOS, según lo reconocen las propias convocantes en su alegato de conclusión (numeral 34),³⁹⁶ lo menciona la perito Fajardo Velázquez en su dictamen,³⁹⁷ y consta en el Acta de Acuerdo de Pago de 10 de mayo de 1994, suscrita por la sociedad ROMUZ S. EN C., cesionaria de obligaciones a favor de la Unión Temporal Operación Bodega Popular de una parte, y la entidad estatal de otra.³⁹⁸

³⁹³ Trámite 113367-5055, Cuaderno de Pruebas 3, folio 47.

³⁹⁴ Trámite 113367-5055, Cuaderno de Pruebas 7, folio 1123.

³⁹⁵ Trámite 113367-5055, Cuaderno de Pruebas 7, folio 1125.

³⁹⁶ Trámite 113367-5055, Cuaderno Principal 4, número 08. Alegatos Amco, página 18.

³⁹⁷ Trámite 113367-5055, Cuaderno de Pruebas 14, página 28 del dictamen.

³⁹⁸ Trámite 113367-5055, Cuaderno de Pruebas 11, folios 458f, 458g, y 548h.

587. Así las cosas, la liquidación del contrato 047/97 no debe incluir suma alguna por los conceptos anotados.

a. La tasa interna de retorno, TIR

588. La primera cuestión por elucidar es la de la tasa interna de retorno propuesta por las convocantes en el flujo de caja del proyecto. El tema surge al preguntar las convocantes a los peritos Mantilla y Cárdenas si éste mostraba una TIR del 29% anual fijada en el contrato para la concesionaria.

589. Responden las expertas afirmativamente, pero aclarando que está calculada en términos nominales, es decir, sin descontar el efecto de la inflación. En otras palabras, *“no es una tasa reflejada en términos reales como se pactó en el contrato de concesión No. 047-97”*³⁹⁹ la cual, (...) *“reexpresad como en términos reales es del 10.74% (...).”*⁴⁰⁰

590. Aquí se hace necesaria una precisión: la aseveración precedente tiene pleno valor como estimativo económico y financiero, vale decir, como dictamen en estas materias, pero en lo tocante a la calificación de lo pactado entre las partes, será el Tribunal el encargado de establecer el alcance de las reglas del contrato 047-97 cuando su interpretación y alcance susciten disputas entre aquéllas, como acontece en este caso.

591. La cláusula cuarta del contrato sobre remuneración, ya transcrita, al referirse al pago del aporte anual de garantía establece que éste se efectuará *“acorde con el flujo aprobado al CONCESIONARIO y pagado en cuotas trimestrales iguales, dentro de los diez (10) primeros días de cada trimestre siguiente al vencido”*.

592. Dicho flujo de caja es el documento ya relacionado como Anexo 10 al contrato; y según lo afirman las demandantes en su alegato de conclusión: *“Siguiendo los anteriores lineamientos, la Unión Temporal A. Muñoz presentó su propuesta económica que quedó recogida en el Anexo No. 10 ‘Flujo de Caja’ de los Pliegos que había sido diseñado por Corabastos para el efecto.”*⁴⁰¹

593. Por su lado, el pliego de condiciones de la licitación, parte integrante de la documentación del contrato 047-97, habla de la condición establecida para el concesionario de *“operar la bodega por el término establecido en su oferta, el cual ha estimado como el necesario para la recuperación total de la inversión con la tasa de retorno requerida según su oferta”*,⁴⁰² como también lo hace la cláusula primera del contrato según se dejó dicho al reseñar el Tribunal algunas estipulaciones contractuales.

³⁹⁹ Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 10, folios 3 y 4.

⁴⁰⁰ Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 10, folio 4.

⁴⁰¹ Trámite 113367-5055, Cuaderno principal 4, número 08. Alegatos Amco, página 2.

⁴⁰² Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 7, folio 1133.

594. ¿Cuál fue entonces, la rentabilidad ofrecida por el concesionario y aprobada por CORABASTOS? ¿Pactaron las partes una TIR en términos reales del 29%, o sea luego de descontar la inflación del flujo de caja, o la mencionada en el dictamen equivalente al 10.74%, o 29% nominal?
595. El Tribunal encuentra la siguiente referencia a una TIR del 29% en términos reales, después de impuestos en la cláusula vigésima primera del contrato, en su literal B: “B. *En caso de terminación del contrato durante la Etapa de Construcción por incumplimiento de (...) CORABASTOS o fuerza mayor o caso fortuito o terminación unilateral (...) CORABASTOS se compromete con el CONCESIONARIO a pagar la inversión realizada hasta el momento de la terminación, actualizando los valores con un índice equivalente a la Tasa Interna de Retorno del Proyecto, determinada en 29% anual, en términos reales después de impuestos, en un plazo máximo de doce (12) meses a partir del establecimiento del hecho, reconociendo durante este período intereses a la tasa bancaria corriente certificada por la Superintendencia Bancaria (...)*”. Las demás menciones se limitan a enunciar una TIR, sin precisarla.
596. No obstante, la pretensión de las convocantes, encaminada a obtener una declaratoria de terminación anticipada del contrato, formulada ante el Tribunal I, no prosperó. De esa suerte, no hay fundamento alguno para liquidar dicho acuerdo de voluntades acudiendo a un flujo de caja cuyas proyecciones hubieran contemplado una TIR como la mencionada en la cláusula vigésima primera arriba citada, pues la hipótesis a la cual hace referencia dicha estipulación contractual es la terminación del contrato durante la etapa de construcción, y éste terminó por vencimiento de su plazo, cuando dicha etapa de tiempo atrás había concluido.

b. Los dos flujos de caja del proyecto.

597. Existen dos versiones del flujo de caja: el original (Anexo 10)⁴⁰³ y el ampliado.⁴⁰⁴ La diferencia entre uno y otro radica en el periodo previsto como de duración del contrato, pues el segundo, elaborado por las peritos Mantilla y Cárdenas, se extiende hasta abril de 2002 y excluye todo el movimiento correspondiente al año 1998, en razón de los sucesivos aplazamientos de la etapa de operación del contrato ya relacionados.

c. Los ingresos de la concesionaria según el flujo de caja ampliado del proyecto

(i) El aporte anual de garantía

598. Comienza el Tribunal por puntualizar lo demostrado respecto de los ingresos previstos en el flujo de caja ampliado. En cuanto al aporte anual de garantía, a 31 de diciembre de 2001, la convocada pagó a la Unión Temporal Operación Bodega Popular la suma de \$8.396.442.373 y reconoce deberle a ésta, según certificación remitida por CORABASTOS el 1º de marzo de

⁴⁰³ Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 4, 280.

⁴⁰⁴ Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 10. Anexo 14 A de las adiciones y complementaciones.

2002, \$1.501.922.952.⁴⁰⁵ Dicho documento contiene lo adeudado por la entidad estatal a la concesionaria por concepto de repago (o aporte anual de garantía) hasta el año 2001, como puede apreciarse en el cuadro transcrito más adelante. Para los 4 meses de 2002, el flujo de caja ampliado anticipa un aporte anual de garantía por \$710.500.000, no objetado por la entidad estatal. Por ende, ese repago debe hacer parte de la liquidación del contrato.

599. Ahora bien, la pretensión cuarta del referido libelo reclama el pago de las sumas que resulten a cargo de la convocada en la liquidación del contrato “más sus intereses moratorios, liquidados en la forma prevista y a ellas debe condenar el Tribunal si las encuentra probadas. La certificación expedida por CORABASTOS coincide, en lo relacionado con la deuda por repago (\$1.501.922.952), con la que aparece mencionada en el hecho 10 de la misma. No obstante, este laudo debe guiarse por el petitum de la demanda, si éste se encuentra demostrado.
600. Por esa razón, lo pedido debe abarcar el aporte anual de garantía del año 2002, plenamente acreditado y no comprendido en la certificación expedida por la entidad estatal, pero proyectado en el flujo de caja ampliado⁴⁰⁶ a ese año, por la citada suma de \$710.500.000.
601. A continuación el cuadro elaborado por CORABASTOS, con la fecha de cada pago por aporte anual de garantía hasta el año 2001.

⁴⁰⁵ Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 4, folios 422 a 425.

⁴⁰⁶ Trámite 113367-5055, Cuaderno de Pruebas 10, Anexo 14.

PAGOS REALIZADOS EN EL AÑO 1.998

FECHA	BENEFICIARIO	VALOR	VR. ACUMULADO
21-Sep-98	Aesorias y Representaciones Pradilla	146.995.371	
30-Sep-98	Banco Bogotá	87.500.000	
16-Oct-98	Ana Georgina Matiz y/o Luz Stella Acero	13.500.000	
16-Oct-98	Corfipacifico S.A.	50.000.000	
21-Oct-98	Alfredo Muñoz y Cia Ltda	60.000.000	
29-Oct-98	Corfipacifico S.A.	30.000.000	
30-Oct-98	Corfipacifico S.A.	20.000.000	
05-Nov-98	Alfredo Muñoz y Cia Ltda	30.000.000	
13-Nov-98	Alfredo Muñoz y Cia Ltda	60.000.000	
18-Nov-98	Alfredo Muñoz y Cia Ltda	50.000.000	
23-Nov-98	Alfredo Muñoz y Cia Ltda	20.000.000	
24-Nov-98	Corfipacifico S.A.	70.000.000	
24-Nov-98	Indufinanciera S.A.	30.000.000	
25-Nov-98	Alfredo Muñoz y Cia Ltda	150.000.000	
30-Nov-98	Indufinanciera S.A.	84.312.221	
30-Nov-98	Corfipacifico S.A.	88.687.779	
01-Dic-98	Corfipacifico S.A.	140.000.000	
04-Dic-98	Alfredo Muñoz y Cia Ltda	80.000.000	
04-Dic-98	Ana Georgina Matiz y/o Luz Stella Acero	85.000.000	
16-Dic-98	Ana Georgina Matiz y/o Luz Stella Acero	50.000.000	
16-Dic-98	Corfipacifico S.A.	50.000.000	
18-Dic-98	Ana Georgina Matiz y/o Luz Stella Acero	50.000.000	
18-Dic-98	Corfipacifico S.A.	50.000.000	
29-Dic-98	Banco de Bogotá	87.500.000	
30-Dic-98	Corfipacifico S.A.	60.000.000	
31-Dic-98	Retenciones en la fuente aplicadas	149.501.650	
	TOTAL PAGOS AÑO 1.998		1.792.997.021
PAGOS REALIZADOS EN EL AÑO 1.999			
FECHA	BENEFICIARIO	VALOR	
05-Ene-99	Corfipacifico S.A.	80.000.000	
06-Ene-99	Aesorias y Representaciones Pradilla	45.000.000	
12-Ene-99	Banco de Bogotá	40.000.000	
17-Mar-99	Asesorias y Representaciones Pradilla	97.200.253	

FECHA	BENEFICIARIO	VALOR	VR. ACUMULADO
17-Mar-99	Ana Georgina Matiz	125.256.280	
31-Mar-99	Banco Bogotá	87.500.000	
✓ 05-Abr-99	Caja Agraria	244.126.204	✓
05-Abr-99	Corfipacifico(Fidupacifico FCE Propiedad)	244.612.500	
05-Abr-99	Indufinanciera S.A.	48.673.336	
23-Abr-99	Asesorias y Representaciones Pradilla	136.200.114	
23-Abr-99	Indufinanciera S.A.(Corficolombiana S.A.)	46.289.333	
• 25-May-99	Caja Agraria	136.200.114	✓
✓ 11-Jun-99	Caja Agraria	130.802.484	✓
18-Jun-99	Corfipacifico(Fidupacifico FCE Propiedad)	236.068.750	
30-Jun-99	Banco Bogotá	87.500.000	
01-Jul-99	Indufinanciera S.A.(Corficolombiana S.A.)	43.905.330	
08-Jul-99	Asesorias y Representaciones Pradilla	130.802.484	
09-Jul-99	Indufinanciera S.A.(Corficolombiana S.A.)	10.525.841	
11-Ago-99	Corfipacifico(Fidupacifico FCE Propiedad)	227.525.000	
23-Ago-99	Indufinanciera S.A.	75.000.000	
03-Sep-99	Asesorias y Representaciones Pradilla	125.404.857	
• 03-Sep-99	Caja Agraria	125.404.857	✓
29-Sep-99	Indufinanciera S.A.(Corficolombiana S.A.)	41.521.333	
02-Nov-99	Corfipacifico(Fidupacifico FCE Propiedad)	109.490.625	
02-Dic-99	Asesorias y Representaciones Pradilla	120.007.229	
31-Dic-99	Retenciones en la fuente aplicadas	11.643.923	
	TOTAL PAGOS AÑO 1.999		2.806.660.847
PAGOS REALIZADOS EN EL AÑO 2.000			
FECHA	BENEFICIARIO	VALOR	
01-Ene-00	Indufinanciera S.A.	39.137.333	
✓ 10-Ene-00	Caja Agraria	699.557.494	
13-Feb-00	Corfipacifico(Fidupacifico FCE Propiedad)	210.437.500	
• 21-Mar-00	Caja Agraria Obligación No. 33286	114.609.600	✓
26-Mar-00	Asesorias y Representaciones Pradilla	114.609.600	
01-Abr-00	Indufinanciera S.A.	36.753.333	
13-May-00	Corfipacifico(Fidupacifico FCE Propiedad)	201.893.750	
• 21-Jun-00	Caja Agraria Obligación No. 33286	109.211.971	✓
26-Jun-00	Asesorias y Representaciones Pradilla	109.211.971	
01-Jul-00	Indufinanciera S.A.	34.369.333	
13-Ago-00	Corfipacifico(Fidupacifico FCE Propiedad)	193.350.000	
30-Ago-00	Caceres y Ferro S.A.	145.665.731	
✓ 21-Sep-00	Caja Agraria Obligación No. 33286	103.814.343	✓
26-Sep-00	Asesorias y Representaciones Pradilla	103.814.343	
01-Oct-00	Caceres y Ferro S.A.	15.882.993	
01-Oct-00	Indufinanciera S.A.	31.985.333	
13-Nov-00	Corfipacifico(Fidupacifico FCE Propiedad)	184.806.250	
✓ 21-Dic-00	Caja Agraria Obligación No. 33286	98.416.714	✓
26-Dic-00	Asesorias y Representaciones Pradilla	98.416.714	
31-Dic-00	Retenciones en la fuente aplicadas	13.955.827	
	TOTAL PAGOS AÑO 2.000		2.659.900.133

FECHA	BENEFICIARIO	VALOR	VR. ACUMULADO
PAGOS REALIZADOS EN EL AÑO 2.001			
FECHA DE GIRO	BENEFICIARIO	VALOR	
02-Abr-01	Indufinanciera S.A.	29.601.333	
02-Abr-01	Corfipacifico(Fidupacifico FCE Propiedad)	176.262.500	
02-Abr-01	Asesorías y Representaciones Pradilla	93.019.066	
02-Abr-01	Caja Agraria Obligación No. 33286	93.019.066	/
17-May-01	Indufinanciera S.A.	27.217.337	
17-Jul-01	Corfipacifico(Fidupacifico FCE Propiedad)	167.718.750	
08-Ago-01	Asesorías y Representaciones Pradilla	20.000.000	
16-Ago-01	Asesorías y Representaciones Pradilla	20.000.000	
16-Ago-01	Corfipacifico(Fidupacifico FCE Propiedad)	159.175.000	
15-Ago-01	Caja Agraria Obligación No. 33286	87.621.457	/
23-Ago-01	Asesorías y Representaciones Pradilla	30.000.000	
30-Ago-01	Asesorías y Representaciones Pradilla	17.621.457	
31-Ago-01	Caceres y Ferro S.A.	50.000.000	
14-Sep-01	Caceres y Ferro S.A.	150.448.469	
31-Dic-01	Retenciones en la fuente aplicadas	15.179.937	
TOTAL PAGOS AÑO 2.001			1.136.884.372
VALOR TOTAL REPAGOS			8.396.442.373
VALOR TOTAL DEL REPAGO			9.898.365.325
VALOR REPAGO POR CANCELAR			1.501.922.952

602. A la cantidad insoluta reconocida por la entidad estatal habrán de sumarse, como ya se ha insistido, los \$710.500.000 del 2002, para un total de \$2.212.422.952 a cargo de aquélla.

(ii) Los ingresos por facturación a los usuarios de la bodega

603. La facturación total prevista en el flujo de caja original⁴⁰⁷ como ingreso proveniente de los usuarios de la bodega es de \$10.844.899.073 hasta diciembre de 2001, pero acerca de la misma, las convocantes aclaran: “*Teniendo en cuenta que la etapa de operación se inició el Primero (1°) de enero de 1999 y culminó el Treinta (30) de junio de 2002 (Hecho 1 1) los ingresos por facturación a los usuarios de la bodega por el año 1998 deben reemplazarse por los correspondientes al primer semestre de 2002*”;⁴⁰⁸ y ese fue precisamente el objeto del flujo de caja ampliado del peritaje Mantilla-Cárdenas, como puede comprobarse al revisar el tantas veces mencionado Anexo 14.

⁴⁰⁷ Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 10, folio 20. Anexo 1 al dictamen pericial

⁴⁰⁸ Trámite 113367-5055, Cuaderno principal 4, número 08, Alegato Amco, pág. 23.

604. En efecto, el Anexo 1⁴⁰⁹ al dictamen pericial rendido dentro del Tribunal I muestra los ingresos de 5 meses del año 1998, a razón de \$150.157.620,36 por cada mes, para un total de \$750.788.102.
605. Al restar esta última cantidad de los \$10.844.899.073 previstos en el flujo de caja original, los ingresos del proyecto por arriendos servicios y administración,⁴¹⁰ se reducen a \$10.094.110.971.
606. Por el período de enero a junio de 2002, las demandantes reclaman \$2.569.265.228,⁴¹¹ según el flujo de caja ampliado elaborado por las expertas Mantilla y Cárdenas a solicitud de aquéllas.⁴¹² No obstante, si se lee la pregunta perteneciente al anexo nombrado se observa lo siguiente: inquirió la parte actora acerca de las razones por las cuales las expertas solo incluyeron 4 y no 6 meses (enero a abril de 2002) de ampliación del flujo de caja del proyecto no obstante terminar la etapa de operación en junio de ese año.
607. La respuesta fue:⁴¹³ “[I]a pregunta en referencia solicitaba determinar los ajustes que debían realizarse al flujo de caja contractual, como consecuencia del retraso que se presentó en el inicio de la etapa de operación. Conforme a lo solicitado, hicimos los cálculos respectivos e encontramos que, con base en una ampliación de cuatro (4) meses se lograba conservar la rentabilidad del proyecto, tasa del 20.55% equivalente al 29% nominal, excluyendo los costos financieros y recalculando los impuestos. El flujo de caja ampliado, presentado por el CONCESIONARIO, muestra una rentabilidad del 30% nominal, superior a la tasa ya citada.” En todo caso, a continuación manifiestan:⁴¹⁴ “Para atender lo solicitado, en el Anexo No. 14 A se encuentra el Flujo de Caja ampliado a junio de 2002.”
608. La anterior cita explica la motivación detrás de la elaboración del Anexo 14 A, pero impele al Tribunal a formular una aclaración. El documento marcado como Anexo 10, vale decir el flujo de caja original, tal como fue incorporado al contrato 047-97, constituye el verdadero esquema financiero del proyecto. Allí se encuentran reflejadas las expectativas de la entonces concesionaria, la Unión Temporal A. Muñoz, sobre el devenir de ese acuerdo de voluntades.
609. Al juez no se le ha atribuido la potestad de modificar el contenido de ese documento, pues en términos jurídicos, éste refleja el verdadero equilibrio económico acordado por las partes. Si el mismo contempló los costos financieros expresados en los dos renglones denominados “C.

⁴⁰⁹ Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 10, folio 20. Anexo 1 al dictamen pericial.

⁴¹⁰ Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 10, folio 20. Anexo 1 al dictamen pericial. Dicha suma es el resultado de la sumatoria del total anual que aparece en la última columna del cuadro Anexo No. 1 pregunta I numeral 1, Ingresos por Arrendamientos, Servicios y Administración.

⁴¹¹ Trámite 113367-5055, Cuaderno principal 4, número 08. Alegatos AMCO, página 23.

⁴¹² Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 9. Anexo 14A de las ampliaciones y complementaciones al dictamen pericial, página 1 de 3.

⁴¹³ Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 9. Aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial, pág. 17.

⁴¹⁴ Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 9. Aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial, pág. 17.

FINANCS. EQUITY (CONSTRUCCIÓN)” y “*C. FINANCS. EQUITY (OPERACIÓN)*”⁴¹⁵, los impuestos aplicables, liquidados de determinada forma y los demás gastos en él mencionados, resulta imposible desconocer la naturaleza de ley para las partes conferida por las contratantes al flujo de caja.

610. En términos financieros, “*el flujo de fondos o de caja es el documento básico dentro del modelo financiero (...) el cual es base de la negociación y del contrato celebrado entre las partes, pues éste es el que refleja las proyecciones de ingresos costos e inversión que se manejarán a lo largo del proyecto y del cual resulta la tasa de rentabilidad que se reconoce al inversionista en el contrato que se firma.*”⁴¹⁶
611. En otras palabras, salvo las modificaciones resultantes del querer de CORABASTOS y su concesionaria, el Tribunal debe respetar los parámetros y proyecciones contenidos en dicha proyección, así como la TIR propuesta del 29% nominal, o 10.74% real, sin excluir ninguno de sus renglones, máxime cuando ese proceder asegura la consecución de la meta financiera trazada por la entonces proponente, reflejada en el renglón final del mencionado flujo de caja como 29%,⁴¹⁷ sin cualificaciones de ninguna índole.⁴¹⁸
612. No debe pasarse por alto que, para financiar la inversión, los pliegos de condiciones⁴¹⁹ autorizaban al proponente para buscar “*cualquier instrumento financiero que asegure un adecuado flujo de recursos para cumplir con el programa de ejecución propuesto.*” Para ese fin debía, entre otras cosas, “*tomar en cuenta (...) los créditos que se proponga obtener (...).*”
613. Por otra parte, los sucesivos aplazamientos de la etapa de operación convenidos por las partes sin el correlativo ajuste del flujo de caja sí modificaron de hecho ese documento y exigen la introducción de los cambios necesarios para acomodarlo a esas decisiones a fin de liquidar el contrato.
614. Recuérdese que no obstante haberse suscrito el Acta de Iniciación de la Etapa de Operación⁴²⁰ el 15 de octubre de 1998, las partes de común acuerdo decidieron posponer el comienzo de

⁴¹⁵ Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 4, folio 281.

⁴¹⁶ Trámite 113367-5055, Cuaderno de prueba 9. Ampliaciones y complementaciones al dictamen Mantilla-Cárdenas, pág. 19.

⁴¹⁷ Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 4, folio 280.

⁴¹⁸ No es clara la posición de las convocantes sobre este particular. En uno de los apartes de su alegato de conclusión sostienen “*La TIR, elemento de vital importancia en los contratos de concesión, fue fijada en el caso que nos ocupa en el 29% como consta en el flujo de caja y a su reconocimiento se refieren el numeral 3 e) del Parágrafo Primero de la Cláusula Primera y la Cláusula Vigésima Primera del contrato.*” En otro afirman “*Que el Concesionario tiene derecho a una tasa interna de retorno (TIR) sobre el valor de su inversión que se acordó en el veintinueve por ciento (29%), en términos reales después de impuestos. (Numerales 1.2.2.13 y 3.1.2.3 de los Pliegos y Cláusula Vigésima Primera del Contrato entre otras).*” Trámite 113367-5055, Cuaderno principal 4, número 8. Alegatos de Amco.

⁴¹⁹ Trámite 113367-5055, Cuaderno de prueba 3, folio 47.

⁴²⁰ Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 4, folio 395.

dicha fase primeramente hasta el 1º de diciembre de 1998, luego en un mes más,⁴²¹ y finalmente extender la etapa de operación hasta el 30 de junio de 2002, en razón de las labores de ubicación y acondicionamiento de los arrendatarios adelantadas por CORABASTOS en la bodega a fin de lograr *“las condiciones para estar en capacidad de desarrollar una apta comercialización en beneficio de los comerciantes.”*⁴²² Como es apenas natural, durante las suspensiones, es decir, durante el año 1998, no se generaron los ingresos operativos previstos para ese período.⁴²³

615. El acuerdo en cuestión acarrea las siguientes consecuencias: primeramente, iniciar la etapa de operación el 1º de enero de 1999 implica, por una parte, eliminar del flujo de caja los ingresos por concepto de arrendamientos, servicios y administración para 1998 (\$750.788.102 incluido el IVA) y por otra, reincorporarlos, debidamente ajustados, en el flujo de caja del primer semestre de 2002. Esa última operación por sí sola modifica el equilibrio económico del contrato porque CORABASTOS impuso, en el flujo de caja original, un incremento anual del 25% en los ingresos del proyecto. Al reintroducirse los ingresos de 1998 en el primer semestre de 2002, ese reajuste del 25% no puede hacerse sobre los \$750.788.102 previstos para el primer año de operación, sino sobre los ingresos proyectados para 2001, cuyo monto excede los \$4.000.000.000. Proceder de otra manera sería desconocer los parámetros exigidos por la entidad estatal para el flujo de caja de la concesión.
616. En adición a lo anterior, es imposible prescindir del aporte de garantía para el año 1998, a cargo de CORABASTOS, pues: (i) no hay acuerdo alguno sobre su aplazamiento al posponerse el comienzo de la etapa de operación del contrato y (ii) de los \$1.982.178.770,63 contemplados en el flujo de caja original, CORABASTOS pagó \$1.792.997.021. Dado que el plazo para pagar el aporte de garantía de cada trimestre vence en los primeros 10 días del trimestre siguiente, deben computarse los pagos realizados el 5 de enero de 1999 por \$80.000.000 y el 6 de enero por \$45.000.000 dentro de lo correspondiente a 1998, sin que ello afecte lo proyectado para ese año. La suma total del desembolso por repago para 1998 sería entonces \$1.917.997.021, como puede apreciarse sumando los dos primeros resultados trimestrales (\$234.495.371 + \$1.683.501.650) del cuadro siguiente, el cual refleja, acumulados en la forma prevista en el contrato, los pagos por el concepto aquí nombrado.

⁴²¹ Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 4, folio 424.

⁴²² Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 4, folio 397.

⁴²³ Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 4, folio 397.

Fecha Ingreso / Fecha vencimiento	Valor Recibido	Valor acumulado recibido trimestral hasta la fecha de vencimiento	Fecha Ingreso / Fecha vencimiento	Valor Recibido	Valor acumulado recibido trimestral hasta la fecha de vencimiento
21-sept-98	146.995.371,00		02-nov-99	109.490.625,00	
30-sept-98	87.500.000,00		02-dic-99	120.007.229,00	
10-oct-98		234.495.371,00	31-dic-99	11.643.923,00	
16-oct-98	13.500.000,00		01-ene-00	39.137.333,00	
16-oct-98	50.000.000,00		10-ene-00	699.557.494,00	979.836.604,00
21-oct-98	60.000.000,00		13-feb-00	210.437.500,00	
29-oct-98	30.000.000,00		21-mar-00	114.609.600,00	
30-oct-98	20.000.000,00		26-mar-00	114.609.600,00	
05-nov-98	30.000.000,00		01-abr-00	36.753.333,00	
13-nov-98	60.000.000,00		10-abr-00		476.410.033,00
13-nov-98	50.000.000,00		13-may-00	201.893.750,00	
23-nov-98	20.000.000,00		21-jun-00	109.211.971,00	
24-nov-98	70.000.000,00		26-jun-00	109.211.971,00	
24-nov-98	30.000.000,00		01-jul-00	34.369.333,00	
25-nov-98	150.000.000,00		10-jul-00		454.687.025,00
30-nov-98	84.312.221,00		13-ago-00	193.350.000,00	
30-nov-98	88.687.779,00		30-ago-00	145.665.731,00	
04-dic-98	140.000.000,00		21-sept-00	103.814.343,00	
04-dic-98	80.000.000,00		26-sept-00	103.814.343,00	
04-dic-98	85.000.000,00		01-oct-00	15.882.993,00	
16-dic-98	50.000.000,00		01-oct-00	31.985.333,00	
16-dic-98	50.000.000,00		10-oct-00		594.512.743,00
18-dic-98	50.000.000,00		13-nov-00	184.806.250,00	
18-dic-98	50.000.000,00		21-dic-00	98.416.714,00	
29-dic-98	87.500.000,00		26-dic-00	98.416.714,00	
30-dic-98	60.000.000,00		31-dic-00	13.955.827,00	
31-dic-98	149.501.650,00		10-ene-01		395.595.505,00
05-ene-99	80.000.000,00		02-abr-01	29.601.333,00	
06-ene-99	45.000.000,00		02-abr-01	176.262.500,00	
10-ene-99		1.683.501.650,00	02-abr-01	93.019.066,00	
12-ene-99	40.000.000,00		02-abr-01	93.019.066,00	
17-mar-99	97.200.253,00		10-abr-01		391.901.965,00
17-mar-99	125.258.280,00		17-may-01	27.217.337,00	
20-mar-99	87.500.000,00		01-jul-01	167.718.750,00	
05-abr-99	244.126.204,00		10-jul-01		194.936.087,00
05-abr-99	244.612.500,00		08-ago-01	20.000.000,00	
05-abr-99	48.673.336,00		16-ago-01	20.000.000,00	
10-abr-99		887.370.573,00	16-ago-01	159.175.000,00	
23-abr-99	136.200.114,00		16-ago-01	87.621.457,00	
23-abr-99	46.289.333,00		23-ago-01	30.000.000,00	
25-may-99	136.200.114,00		30-ago-01	17.621.457,00	
10-jun-99		318.689.561,00	31-ago-01	50.000.000,00	
11-jun-99	130.802.484,00		14-sept-01	150.448.469,00	
18-jun-99	236.066.750,00		10-oct-01		534.866.383,00
30-jun-99	87.500.000,00		31-dic-01	15.179.937,00	
01-jul-99	43.905.330,00		10-ene-02		15.179.937,00
09-jul-99	130.802.484,00				
09-jul-99	10.525.841,00				
11-ago-99	227.525.000,00				
23-ago-99	75.000.000,00				
03-sept-99	125.404.857,00				
03-sept-99	125.404.857,00				
27-sept-99	41.521.333,00				
10-oct-99		1.234.458.936,00			
			Total	8.396.442.373,00	8.396.442.373,00

Fuente: Dictamen Elizabeth Fajardo Velásquez

617. Ahora bien, el impuesto causado por dicho aporte ha de pagarse en 1999 y por tanto, debe descontarse del flujo de ese año, no del anterior.
618. Igualmente, como consecuencia del desplazamiento anotado, la amortización de la inversión debe excluirse del flujo de 1998, para comenzarla un año más tarde, pues mal podría hacerla la concesionaria antes de iniciar la etapa de operación.

619. En las condiciones así descritas, salvo un único gasto impuesto en el contrato,⁴²⁴ por sustracción de materia, desaparecen del flujo los costos operativos durante 1998.
620. El acuerdo de aplazamiento no afectó los costos financieros incluidos en el flujo de caja inicial para los años 1998,1999, 2000 y 2001 y, por ende, es innecesario modificarlos en el ampliado. Tampoco se precisa variar los impuestos calculados en el flujo inicial para 2000 y 2001.
621. Naturalmente, dentro de los varios ítems del flujo para el 2002 deben incluirse tanto los ingresos totales del proyecto como los impuestos correlativos. Los primeros se encuentran en el flujo de caja ampliado del dictamen Mantilla – Cárdenas,⁴²⁵ cuyos análisis y conclusiones no fueron objeto de reproche por ninguna de las partes y alcanzaron los \$2.423.932.588,89 durante los 4 primeros meses del año (\$1.713.432.588,89 por arrendamientos, servicios y administración y \$710.500.000 por el aporte de garantía). Los segundos se deben calcular sobre los ingresos y costos incluidos en el flujo de caja ampliado, aplicando una tarifa del 35% y descontarse del flujo del mismo año a fin de liquidar el contrato.
622. Concluido este ejercicio, la TIR resultante es del 29,77% nominal, como se aprecia en el siguiente cuadro:

	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Amortización de inversión						
inversión		7.106.811.051,44	7.106.811.051,44	5.076.293.608,17	3.045.776.164,90	1.015.258.721,63
amortización de inversión		-	- 2.030.517.443,27	- 2.030.517.443,27	- 2.030.517.443,27	- 1.015.258.721,63
numero de meses de operación		-	12	12	12	6
Parámetros						
año del proyecto	0	1	2	3	4	5
tasa de impuestos		35%				35%
Retención en la fuente / ingresos por arrendamientos		-2%	-2%	-2%	-2%	-2%
Costos operacionales / Ingresos totales		-28%	-37%	-38%	-38%	-38%
	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Ingresos proyecto	-	0	2.658.208.319,25	3.310.939.799,06	4.124.962.852,83	1.713.432.588,89
Repago (Garantía Corabastos)	-	1.982.178.770,63	2.626.532.404,04	2.645.944.304,29	2.643.709.845,93	710.500.000,00
Ingresos totales	-	1.982.178.770,63	5.284.740.723,29	5.956.884.103,35	6.768.672.698,76	2.423.932.588,89
Costos fiduciaria	- 34.628.853,74	- 35.534.055,26	-	-	-	-
Costos operacionales	- 34.628.853,74	- 35.534.055,26	- 1.932.617.385,45	- 2.241.836.167,12	- 2.600.529.953,86	- 910.807.508,51
Utilidad operacional	- 34.628.853,74	1.946.644.715,37	3.352.123.337,84	3.715.047.936,23	4.168.142.744,90	1.513.125.080,38
Inversión						
costos construcción	- 6.895.141.893,27	- 6.956.399.600,73	0	0	0	0
costos datacion	-	- 215.000.000,00	0	0	0	0
aportes Corabastos	6.925.770.747,00	181.040.304,44	0	0	0	0
flujo de caja del proyecto antes de impuestos	- 4.000.000,01	- 5.043.714.580,92	3.352.123.337,84	3.715.047.936,23	4.168.142.744,90	1.513.125.080,38
retención en la fuente	-	-	- 48.573.930,00	- 60.501.412,50	- 75.376.205,63	- 31.309.869,15
impuestos	-	-	- 681.325.650,38	- 232.690.405,13	- 462.921.538,58	- 142.943.356,42
Flujo de caja despues de impuestos	- 4.000.000,01	- 5.043.714.580,92	2.622.223.757,46	3.421.856.118,60	3.629.845.000,69	1.338.871.854,82
costos financieros construcción	-	- 181.040.304,44	-	-	-	-
costos financieros operación	-	- 278.104.676,52	- 539.769.275,39	- 343.772.490,49	- 126.423.725,96	-
Flujo del inversionista despues de costos financieros e impuestos	- 4.000.000,01	- 5.502.859.561,88	2.082.454.482,07	3.078.083.628,11	3.503.421.274,73	1.338.871.854,82
flujo del inversionista despues de costos financieros descontado	- 4.000.000,01	- 4.240.566.576,21	1.236.648.943,07	1.408.597.083,19	1.235.475.647,20	363.844.902,76
						29,77%

623. Se podría objetar esa tasa por considerarla fuera de los límites de la oferta de la concesionaria, y del acuerdo de las contratantes. No obstante, ya se dio a conocer la principal razón para adoptarla: la propia voluntad de las partes. Efectivamente, por la suspensión temporal acordada, estando en curso la ejecución del contrato, se produjeron los cambios de hecho en el flujo de caja del proyecto arriba mencionados y en ese proceso, perdieron vigencia algunos de los parámetros originales consignados en ese documento, siendo el primero y más importante

⁴²⁴ El costo fiduciario de \$35.534.055,26, Trámite 113367-5055, Cuaderno de Pruebas 4, folio 280.

⁴²⁵ Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 10, folio 71.

el de los ingresos de la concesión por arrendamientos, servicios y administración, modificándose en consecuencia, la TIR.

624. Por lo expuesto, y en lo referente al flujo de caja ampliado del proyecto, la TIR nominal del 29,77% -la más cercana a las previsiones originalmente acordadas por las partes- se logra en los 4 primeros meses de 2002. Consiguientemente, CORABASTOS no debe pagar a las convocantes los \$2.569.265.228 solicitados por los 6 meses del año 2002, sino las siguientes cantidades: \$710.500.000, valor del aporte de garantía de 2002, suma plenamente demostrada, y \$1.713.432.588,89 por arrendamientos, servicios y administración de enero a abril de ese año, para un total de \$2.423.932.588,89, conforme aparece en el cuadro marcado como Anexo 14 del dictamen Mantilla - Cárdenas.
625. Ahora bien, la parte actora afirma tener derecho, por concepto de ingresos por arrendamientos, servicios y administración de la bodega durante la vida del contrato, a \$12.663.376.199,00; pero al disminuir los ingresos del 2002 a \$2.423.932.588,89, dicha cantidad se reduce a \$12.518.043.559.89.
626. En efecto, al sumar los ingresos del proyecto hasta el año 2001 según aparecen en el alegato de conclusión de las convocantes⁴²⁶ (\$7.687.882.640 entre el 1º de enero de 1999 y el 31 de mayo de 2001 y \$2.406.228.331 entre el 1º de junio y el 31 de diciembre de 2001, éstos coinciden con los del mismo período, estimados, año por año, en el flujo de caja ampliado tantas veces citado (\$10.094.110.971,14).⁴²⁷
627. Si a la anterior cantidad se adicionan los \$1.713.432.588,89 por concepto de arrendamientos, servicio y administración, correspondientes al 2002, se obtienen los \$11.807.543.560.03, base de la liquidación del contrato.
628. En seguida entra el Tribunal a establecer los ingresos efectivamente percibidos por las demandantes para cubrir lo previsto en el flujo de caja ampliado del contrato de concesión. Por la garantía de repago la convocada certifica haber pagado a la Unión Temporal Operación Bodega Popular \$8.396.442.373, suma no sujeta a discusión.
629. La parte actora también reconoce haber recibido de CORABASTOS las cantidades mencionadas a continuación: por el período comprendido entre el 1º de junio y el 31 de diciembre de 2001, \$484.314.276 y por el lapso transcurrido entre el 1º de enero y el 30 de junio de 2002, \$487.812.388, para un total de \$972.126.664. Las cifras anteriores coinciden

⁴²⁶ Trámite 113367-5055, Cuaderno principal 4, número 8. Alegatos AMCO, pág. 53.

⁴²⁷ Observa el Tribunal un error aritmético en el Anexo 14 (flujo de caja ampliado) del dictamen pericial en cuestión. El rubro ingresos del proyecto por los años 1999, 2000 y 2001 suma \$10.094.110.971,14. Si a esa cantidad se adicionan los \$1.713.432.588,89 del 2002, el total asciende a \$11.807.543.560,03, no a los \$10.094.110.971,14 allí señalados como el total.

con los estimativos contenidos en el dictamen de la perito Fajardo Velázquez por cada uno de los meses aquí mencionados.⁴²⁸

630. Reconoce igualmente haber recibido, tal como lo señala el laudo arbitral proferido por el Tribunal I el 12 de diciembre de 2001, por concepto de facturación entre el 1º de enero de 1999 y el 31 de mayo de 2001, la suma de \$1.988.473.721.⁴²⁹
631. Ese mismo laudo condenó a CORABASTOS a pagar a la Unión Temporal Operación Bodega Popular, entre otras sumas, \$5.699.408.919 por concepto de ingresos no recibidos hasta el 31 de mayo de 2001, más una actualización, hasta el 30 de noviembre de 2001, de \$703.767.137, para un total de \$6.403.176.056⁴³⁰.
632. Consta en autos, como ya se manifestó, el Acta de Acuerdo de Pago del 10 de mayo de 1994, suscrita por la sociedad ROMUZ S. EN C., cesionaria de obligaciones a favor de la Unión Temporal Operación Bodega Popular, y CORABASTOS cuyo fin fue convenir la manera de satisfacer las condenas proferidas por el Tribunal I, hecho reconocido en el alegato de conclusión de las convocantes (numeral 34), quienes dan por saldadas todas las deudas originadas en el laudo emitido por ese cuerpo arbitral.
633. Pagadas las condenas contra CORABASTOS hasta el 31 de mayo de 2001 y expirado el contrato en la práctica, el 30 de abril de 2002, falta entonces por reconocer a las convocantes los ingresos por arriendos, servicios y administración entre el 1º de junio de 2001 y el 30 de abril de 2002.
634. Para el año 2001, el flujo de caja original proyectaba ingresos de \$343.746.904,40 mensuales por esos conceptos, para un total de 2.406.228.330,82;⁴³¹ lo pagado durante los 7 meses finales de ese año sumó \$484.314.276;⁴³² por consiguiente, la suma pendiente de pago es de \$1.921.914.054,82 (\$343.746.904,40 x 7 - \$484.314.276).
635. De enero a junio de 2002⁴³³ las convocantes recibieron, como ya se dijo, \$487.812.388 y el flujo de caja ampliado contemplaba ingresos por los mismos conceptos, entre enero y abril del mismo año, de \$1.713.432.588,89, es decir, \$428.358.147,22 mensuales. Así las cosas, CORABASTOS adeuda a la Unión Temporal, por este período y ese concepto, \$1.225.620.200,89.
636. A continuación el Tribunal transcribe el cuadro elaborado por la perito Fajardo Velázquez con la discriminación de lo pagado por CORABASTOS cada mes desde junio hasta diciembre de

⁴²⁸ Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 14, Dictamen pericial, página 40.

⁴²⁹ Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 7, laudo arbitral del Tribunal I, folio 1202.

⁴³⁰ Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 7, folios 1223 y 1232.

⁴³¹ Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 10. Dictamen pericial Mantilla - Cárdenas, folio 3, y Anexo 1.

⁴³² Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 14. Dictamen pericial Fajardo Velázquez, página 40.

⁴³³ Las partes entendían haber celebrado el contrato 047-97 hasta el 30 de junio de 2002.

2001 y desde enero a junio de 2002 y luego el cuadro marcado como Anexo 14 del dictamen Mantilla – Cárdenas con los ingresos por arriendos, servicios y administración de enero a abril de 2002. Dichos ingresos coinciden exactamente con los del cuadro, arriba transcrito para señalar la rentabilidad del 29.77% nominal.

ELIZABETH FAJARDO VELÁSQUEZ- AUXILIAR DE JUSTICIA
PROCESO 2003-2108

PERIODO	VALOR RECIBIDO	VALOR TOTAL
AÑO 2001		
ENERO	52.417.981.00	
FEBRERO	47.826.655.00	
MARZO	63.230.330.00	
ABRIL	58.139.442.00	
MAYO	69.979.881.00	
JUNIO	86.600.876.00	
JULIO	67.944.171.00	
AGOSTO	78.264.035.00	
SEPTIEMBRE	58.578.175.00	
OCTUBRE	72.315.622.00	
NOVIEMBRE	59.386.666.00	
DICIEMBRE	61.224.731.00	
TOTAL		775.908.549.00
AÑO 2002		
ENERO	54.130.520.00	
FEBRERO	57.468.136.00	
MARZO	58.334.755.00	
ABRIL	62.064.059.00	
MAYO	83.252.304.00	
JUNIO	172.562.614.00	
TOTAL		487.812.388.00

Fuente : año 1999-a mayo/ 001: Dictamen Pericial Tribunal de Arbitramento Cámara de Bogotá.

Periodo Junio (2001 a Junio/2002): Libros auxiliares, listado de recaudo diario, extractos de cuentas de bancos caja social, Conavi, Bancafe unión Temporal.

ANEXO No. 14 - Pregunta IV Numeral 5
FLUJO DEL PROYECTO AMPLIADO AL 2002
VALORACION FLUJOS AMPLIACION ETAPA OPERACIÓN

	Ene-02	Feb-02	Mar-02	Abr-02
INFLACION	18%	16%	16%	16%
INDICE	1,88	1,89	1,91	1,93
MES DE OPERACIÓN	1	2	3	4

	Ene-02	Feb-02	Mar-02	Abr-02
UTILIDAD OPERACIONAL	378.281.270	378.281.270	378.281.270	378.281.270
RETENCIÓN EN LA FUENTE	-7.827.467	-7.827.467	-7.827.467	-7.827.467
IMPUESTOS	-163.175.515	-163.175.515	-163.175.515	-163.175.515
FLUJO DESPUES DE IMPUESTOS	207.278.288	207.278.288	207.278.288	207.278.288
APORTE INVERSIONISTA		0	0	0
FLUJO DEL PROYECTO	207.278.288	207.278.288	207.278.288	207.278.288
INDICE: DEFLACTOR DE INFLACION	1,88	1,89	1,91	1,93
FLUJO EN TERMINOS REALES DESPUES DE IMPUESTOS	111.165.031	109.861.842	108.529.788	107.170.299
VALOR PRESENTE A LA FECHA DEL DICTAMEN	May-01			
INDICE A LA FECHA DEL DICTAMEN	1,89			
TIR REAL	20,55%			
VALOR PRESENTE NETO	98.108.614	95.529.337	92.932.454	90.323.148
VALOR EN PESOS DE 1.997				376.893.552
VALOR EN PESOS DE MAYO 31 DE 2.001				638.950.104
TIR REAL	29,00%			
VALOR PRESENTE NETO	93.764.778	90.809.614	87.850.523	84.894.056
VALOR EN PESOS DE 1.997				357.318.971
VALOR EN PESOS DE MAYO 31 DE 2.001				603.859.061
TIR REAL	10,74%			
VALOR PRESENTE NETO	103.836.712	101.791.033	99.717.214	97.618.645
VALOR EN PESOS DE 1.997				402.953.804
VALOR EN PESOS DE MAYO 31 DE 2.001				681.008.491

637. Finalmente, en adición a los \$1.713.432.588,89 de ingresos por arrendamientos, servicios y administración, la convocada debe pagar los \$710.500.000 del aporte de garantía del año 2002, es decir, un total, para ese año, de \$2.423.932.588,89.

3. Liquidación del contrato

638. Resumiendo, CORABASTOS adeuda a la Unión Temporal Operación Bodega Popular las siguientes sumas, sin intereses o reajuste:

Por repago o aporte anual de garantía:	\$2.212.422.952,00
Por arriendos, servicios y administración de 2001:	\$1.921.914.054,82
Por arriendos, servicios y administración de 2002:	\$1.225.620.200,89;
Total:	\$5.359.957.207,71

639. En la liquidación del contrato no puede pasarse por alto la admisión de la parte actora, en su alegato de conclusión, según la cual CORABASTOS pagó pagó por servicios e impuesto predial a cargo de la concesionaria la suma de \$890.869.881⁴³⁴ “*como lo estableció la perito Fajardo Velásquez en el numeral 2.3.2 de la aclaración a su dictamen*”. Se trata de un reconocimiento explícito equivalente a una confesión de las convocantes, y por consiguiente, la mencionada deuda así reconocida, debe tratarse como cualesquiera otros de los pasivos objeto de esta liquidación y ajustarse como lo ordena la Ley 80 de 1993 para ser descontada de las sumas a cargo de la convocada.

J. LA PRETENSIÓN DE PERJUICIOS E INTERESES DE MORA SOBRE LAS SUMAS ADEUDADAS POR CORABASTOS

640. Una vez definidos los componentes de las sumas adeudadas por CORABASTOS a la Unión Temporal Operación Bodega Popular, pasa el Tribunal a analizar la pretensión cuarta de la demanda, mediante la cual las convocantes solicitan condenar a CORABASTOS al pago de intereses moratorios sobre las sumas a su cargo en la liquidación del contrato, así como la pretensión segunda encaminada a que se declare que la demandada es “*civilmente responsable de todos los perjuicios morales y materiales causados*” a las demandantes.

641. En punto de los intereses de mora, la Ley 80 de 1993 consagra en el numeral 8 de su artículo 4, la facultad de las partes de pactar dichos intereses. Asimismo, el inciso segundo de esa disposición establece una regla supletiva ante el silencio de los contratantes respecto de la tasa de interés aplicable. Dice la norma: “[s]in perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil [12% anual] sobre el valor histórico actualizado”. Se trata, según el Consejo de Estado, de un “*interés legal, que en este caso no corresponde al de la ley civil, ni al de la ley comercial, sino al de la ley 80 (...)*”.⁴³⁵

642. Este último concepto lo desarrolla en la actualidad el Artículo 2.2.1.1.2.4.2 del Decreto 1510 de 2013⁴³⁶, a cuyas voces, “[p]ara determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4º, numeral 8 de la Ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1º de enero y el 31 de

⁴³⁴ En el folio 220 del Cuaderno de Pruebas 14, del Trámite 113367-5053, (aclaraciones y complementaciones del dictamen pericial por parte de la perito Elizabeth Fajardo Velásquez) aparecen tres cuadros, con las sumas pagadas por CORABASTOS, entre el 1 de enero 1999 y el 30 de junio de 2002, las cuales debían ser asumidas por la concesionaria, de acuerdo con el flujo de caja que hace parte del contrato, por concepto de por los rubros de agua y energía eléctrica, por valor de \$739.746.830; impuesto predial, por valor de \$121.672.981; servicio telefónico, por valor de \$29.450.070, para un total de \$890.869.881 reconocido en el alegato de conclusión de la parte convocante.

⁴³⁵ Consejo de Estado, sentencia de de junio 23 de 2010, expediente 18.395, C.P: Enrique Gil Botero

⁴³⁶ El artículo 1º del Decreto 679 de 1994 es idéntico al artículo aquí citado del Decreto 1510.

diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos”

643. En el contrato efectivamente se incorporaron algunas circunstancias generadoras de intereses; sin embargo, ninguna de ellas contempla la situación materia de estudio, vale decir, la mora de CORABASTOS en el pago de las diferentes retribuciones acordadas en favor de la concesionaria.
644. Si bien las cláusulas vigésima primera y vigésima tercera del contrato hablan de intereses a la *“tasa bancaria corriente certificada”*, éstos se causan, en primer término, por la terminación anticipada del contrato (cláusula vigésima primera), situación descartada por el Tribunal I, como ya se explicó. En segundo lugar, se ocasionan por la existencia de un superávit o déficit de los ingresos de la concesionaria (vigésima tercera), durante el periodo final del contrato (enero a abril de 2002), no por un incumplimiento de la entidad estatal en el pago de los mismos.
645. Ninguna de las estipulaciones anteriores establece una tasa de mora propiamente dicha, sino intereses remuneratorios causados a partir de la materialización de alguna de las hipótesis consagradas en las disposiciones contractuales citadas.
646. De otro lado, no existe dentro del contrato, una tasa de interés para obligaciones en mora; y ese silencio de las partes, debe suplirse entonces, dando aplicación a la fórmula del artículo 4, numeral 8 de la Ley 80 de 1993.
647. Ahora bien, según se demostró, algunas obligaciones del contrato no fueron cumplidas a cabalidad por la convocada, resultando esa omisión en la existencia de sumas a cargo de ésta, específicamente por concepto del repago o aporte anual de garantía y por arriendos, servicios y administración durante los siete meses del periodo de 2001 no cubierto por el laudo arbitral del Tribunal I, y por los 4 meses de 2002. De este modo, el cálculo de los intereses deberá efectuarse de conformidad con lo ordenado por la Ley 80 de 1993, hasta la fecha de emisión del presente laudo.
648. En su demanda, las integrantes de la Unión Temporal Operación Bodega Popular "CORABASTOS", Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados y Cía. Ltda., piden, condenar a CORABASTOS a pagarles *“las sumas que resulten a su cargo de la liquidación del contrato más sus intereses moratorios, (...) desde las fechas en que se hayan hecho exigibles y hasta aquella que se señale en la sentencia para su pago”*.
649. Ahora bien, según el artículo 1608 del Código Civil, el deudor está en mora, entre otros eventos, *“[c]uando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora; y “[c]uando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.”*

650. En el caso presente, el término estipulado para el recibo de los ingresos por arriendos, servicios y administración de parte de la concesionaria se encuentra en el flujo de caja del contrato, cuya importancia se dejó reseñada líneas atrás.
651. La pregunta 1 del cuestionario sometido por las convocantes a las peritos Mantilla y Cárdenas⁴³⁷ para efectos de su dictamen, buscaba precisamente establecer “[l]os valores mensuales que por concepto de arrendamientos, servicios y administración de la Bodega Popular y cuya sumatoria conforma la facturación mensual a cargo de los arrendatarios de la misma debía percibir el concesionario (...).”
652. Responden las expertas indicando, rubro por rubro, el valor total de dicha facturación mensual, estimación no cuestionada por la convocada, pues dicho cálculo obedece a lo previsto en el flujo de caja del proyecto.
653. De esta suerte, si la obligación de pago de los ingresos por arrendamientos, servicios y administración es mensual, los intereses de la Ley 80 de 1993 también se hacen exigibles mes a mes.
654. Ello impone determinar si la parte convocante demostró, no solo la fecha de pago de cada obligación a cargo de la convocada, sino la cuantía de la misma; y claramente, los cuadros relacionados en el acápite anterior en conjunto con el dictamen Mantilla - Cárdenas demuestran lo uno y lo otro.
655. En este punto, importa hacer la siguiente digresión: el alegato de conclusión de la parte actora difiere de su demanda en cuanto a la fecha de causación de los intereses moratorios. La segunda pide, como ya se explicó, el pago de *“las sumas que resulten a (...) cargo [de CORABASTOS] de la liquidación del contrato más sus intereses moratorios, liquidados de conformidad con lo previsto en el numeral 8 del Artículo 4° de la Ley 80 de 1993 y en el Artículo 1° del Decreto 679 de 1994, desde las fechas en que se hayan hecho exigibles y hasta aquella que se señale en la sentencia para su pago”*.
656. La primera, en cambio, impetra el pago de intereses sobre el saldo a cargo de la demandada, más *“los intereses sobre el mismo liquidados a la tasa del interés bancario corriente desde la fecha de terminación del contrato (30 de Junio de 2002) hasta la fecha del laudo de conformidad con lo estipulado en la cláusula Vigésima Tercera del contrato.”*⁴³⁸
657. El tribunal no vacila en otorgarle prevalencia a la demanda, pues ella traza el derrotero de este y de todo proceso judicial y por tanto, en aras de la congruencia, condenará a lo pedido en ese libelo y se abstiene, por considerarlo innecesario, de formular comentario alguno en torno a la argumentación expuesta en el alegato de conclusión.

⁴³⁷ Trámite 113367-5055, Cuaderno de pruebas 10, Dictamen Mantilla-Cárdenas, pág. 1.

⁴³⁸ Trámite 113367-5055. Cuaderno Principal 4, Nro. 08. Alegato de conclusión de AMCO, pág.58.

658. Volviendo a la liquidación, y como se expresó anteriormente, a las convocantes no les ha sido pagada la totalidad de los ingresos por arriendos, servicios y administración de los últimos 7 meses del año 2001, pues solamente recibieron \$484.314.276 de los \$2.406.228.330,82 previstos en el flujo de caja original, quedando así un remanente a su favor de \$1.921.914.054,82. Tampoco han recibido la totalidad de lo correspondiente a los meses de enero a abril de 2002 y por dicho período se les debe la suma de \$1.225.620.200,89.
659. Los cuadros provenientes de los dictámenes periciales aquí citados permiten calcular, mes por mes, los intereses de las sumas insolutas a cargo de la convocada por los conceptos arriba anotados. Para el año 2001 el flujo de caja original estimaba ingresos mensuales de \$343.746.904. En el primer cuadro aparece el valor de cada pago mensual, de suerte que los intereses se causan sobre las cantidades insolutas necesarias para completar dichos \$343.746.904, desde el mes siguiente a cada pago mensual, teniendo en cuenta los \$484.314.276 recibidos por la concesionaria durante ese año en las fechas señaladas en el cuadro elaborado por la perito Fajardo Velázquez. Igual ejercicio debe hacerse para los 4 meses de 2002, sobre la base de \$428.358.147,22 mensuales de ingresos por arrendamientos, servicios y administración durante ese lapso, considerando también las fechas de los pagos señaladas en el cuadro de la citada perito. Respecto de los pagos efectuados durante los meses de mayo y junio de ese año, éstos se considerarán como un abono a lo debido por tal concepto. Dichos intereses suman, a la fecha de esta providencia, \$13.267.424.585,29.
660. Finalmente, respecto del aporte anual de garantía, constan en la certificación expedida por CORABASTOS y reproducida en acápite anterior, la fecha y los montos pagados, también mes a mes, a la concesionaria por la convocada. Ahora bien ¿cómo calcular los intereses sobre las sumas debidas por ese concepto para cada uno de los 7 meses de 2001 y los 4 de 2002?
661. El contrato exige el pago del aporte anual de garantía *“acorde con el flujo aprobado al CONCESIONARIO (...) en cuotas trimestrales iguales, dentro de los diez (10) primeros días de cada trimestre siguiente al vencido.”* Para el año 2002 el flujo de caja ampliado a 4 meses, o sea un trimestre más un mes, proyecta ese repago en \$710.500.000
662. Respecto del aporte de garantía para los años 1998 a 2001, el flujo de caja estimó un repago de \$9,898.365.324,89 y los pagos relacionados en la certificación de CORABASTOS fueron hechos por ésta a terceros, pero por cuenta de la Unión Temporal. Por consiguiente, el Tribunal debe tomar todos los abonos tal como fueron efectuados durante el período mencionado, los cuales suman \$8.396.442.373. La diferencia entonces, es de \$1.501.922.951,89. Para el 2002, como tantas veces quedó dicho, la convocada debe pagar los \$710.500.000 correspondientes al repago de la fracción de ese año.
663. Obsérvese cómo los pagos listados en la mencionada certificación y efectuados durante el año 2001, no siguieron la metodología estipulada en el contrato (cuotas trimestrales iguales, dentro de los 10 primeros días de cada trimestre siguiente al vencido). Sin embargo, para la determinación de los intereses, el Tribunal debe ceñirse a lo acordado por las partes y liquidarlos como lo previeron las contratantes.

664. Hecho el cálculo de los intereses de la Ley 80 de 1993 en la forma estipulada en el contrato, luego de vencida la obligación a cargo de CORABASTOS, vale decir, mes a mes, éstos suman, hasta la fecha del presente laudo, \$9.173.988.297,97
665. Ahora bien, en relación con los perjuicios materiales reclamados, la jurisprudencia del Consejo de Estado tiene bien establecidas las situaciones generadoras de tales perjuicios en la contratación estatal, y una de ellas es precisamente, *“el incumplimiento de la obligación dineraria principal de la Administración (...)”* pues en tal caso *“se deben reparar integralmente los perjuicios materiales causados mediante el pago del capital actualizado de la deuda, así como de los intereses moratorios, que en este evento, se rigen por el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, los cuales no necesitan prueba porque se presumen. (...)”*⁴³⁹
666. He aquí el razonamiento de esa alta Corporación: “No obstante, otra cosa acontece con la discusión acerca de la compatibilidad o no de condenar al pago del capital actualizado más los intereses moratorios. Al respecto, es bueno recordar la jurisprudencia que existe sobre el particular, la cual varía dependiendo de la tasa de interés que se aplique en cada situación: i) Cuando el capital genera intereses civiles -6% anual- la jurisprudencia de esta Sección ha establecido que es compatible actualizarlo, porque esta tasa no contiene el componente inflacionario. ii) Por el contrario, cuando el capital genera intereses comerciales –una y media veces el bancario corriente- la jurisprudencia ha dispuesto que es incompatible actualizarlo, porque esta tasa contiene el componente inflacionario, de modo que cuando el acreedor recibe estos intereses su capital queda puesto a valor presente. iii) **Finalmente, cuando el capital genera intereses de ley 80, la jurisprudencia dispuso, recientemente, que es compatible ordenar el pago de estos y también condenar por el capital actualizado, porque la ley lo ordena de esa manera.** En estos términos, el tratamiento se parece al de la mora del Código Civil. En tal sentido se expresó: ‘Sin embargo, la Sala aclara en esta oportunidad que si bien al determinarse el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993, se aplica a la suma debida por cada año o fracción de mora el incremento del índice de precios al consumidor del año anterior, para luego sobre ese valor calcular la tasa de interés del 12%, es decir, que esta metodología de suyo comprende la corrección por desvalorización de la moneda para efectos de hallar el monto de los intereses, **ello no resulta incompatible con los mecanismos de ajuste o actualización de precios, dado que por expresa disposición legal conservan plena aplicación, lo cual comporta que jurídicamente resulte viable reconocer igualmente el ajuste monetario del capital debido o indexación de la suma adeudada dentro de la indemnización integral que ordene el juez para resarcir el daño ocasionado al acreedor por el no pago oportuno de la obligación.**’ (...)” (énfasis del Tribunal).⁴⁴⁰

⁴³⁹ Consejo de Estado, sentencia de de junio 23 de 2010, expediente 18.395, M.P: Enrique Gil Botero

⁴⁴⁰ Id.

667. Así las cosas, en atención a la pretensión de perjuicios materiales, este Tribunal incluirá en la liquidación del contrato, la actualización del capital base de la liquidación, en obediencia a la providencia judicial citada.
668. De acuerdo con lo anterior, por ajuste del capital adeudado por CORABASTOS, correspondiente a arrendamientos, servicio y administración, ésta debe pagar \$4.183.639.393,47 hasta el 30 de junio de 2021 y por el aporte de garantía \$2.834.226.760,29.
669. Los mismos criterios en cuanto a intereses moratorios y actualización deben ser aplicados sobre los valores pagados por CORABASTOS, cuya compensación ha reconocido el Tribunal, de manera que en cuanto al impuesto predial y servicios a cargo de la concesionaria por \$890.869.881, ésta deberá pagar intereses moratorios por \$4.199.151.479,60 y por concepto de actualización de capital, \$1.327.056.283,27, para un total de \$6.417.077.643,87.
670. En cuanto a la pretensión de perjuicios morales, no encontró este Tribunal evidencia acreditativa de algún perjuicio de esta índole sufrido por las convocantes con ocasión de la expedición de los actos administrativos de liquidación unilateral del contrato, por lo cual la pretensión segunda de la demanda inicial solamente prosperará parcialmente, según quedará indicado en la parte resolutive de este laudo.
671. De acuerdo con lo anterior, el total neto a cargo de CORABASTOS es de \$28.402.158.600,76, según la relación que se detalla a continuación:

Resumen Liquidación

Diferencia a favor del contratista por arrendamientos, servicios y administración	3.147.534.255,71
Actualización de Diferencia a favor del contratista por arrendamientos, servicios y administración	4.183.639.393,47
Intereses moratorios acumulados por diferencia de arrendamientos, servicios y administración	13.267.424.585,29
Diferencia a favor del contratista por aporte de garantía	2.212.422.951,89
Actualización de Diferencia a favor del contratista por aporte de garantía	2.834.226.760,29
Intereses moratorios acumulados por diferencia de aporte de garantía	9.173.988.297,97
Total	34.819.236.244,63
Servicios Públicos e Impuestos pagados por Corabastos	
Valor a cargo del contratista por servicios publicos e impuestos	890.869.881,00
Actualización de valor a cargo del contratista por servicios publicos e impuestos	1.327.056.283,27
Intereses moratorios acumulados por valor a cargo del contratista por servicios publicos e impuestos	4.199.151.479,60
Total	6.417.077.643,87
Valor Neto	28.402.158.600,76

K. LA SOLICITUD DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA DEL CONTRATO 047-97 FORMULADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO

672. Como fue expuesto en detalle en esta providencia, las multas impuestas por CORABASTOS a las Uniones Temporales A. Muñoz y Operación Bodega Popular CORABASTOS a través de las Directivas de Gerencia No. 022 y 103, adolecen de vicios que afectan su validez y, por ende, serán declaradas nulas por este Tribunal.

673. Adicionalmente, el Ministerio Público ha solicitado al Tribunal la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta de la cláusula de multas, asunto ventilado por las partes en el debate procesal.
674. La administración, como parte del contrato estatal 047-97, pactó con el contratista, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, tales cláusulas, aplicables en el evento de un incumplimiento contractual de este último. Ello, se reitera, resulta admisible conforme al artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en el entendido de que el acuerdo en ese sentido, no conlleva, como también se dejó establecido, la facultad en cabeza de la entidad estatal, de imponer unilateralmente las multas al concesionario, con poder de imperio, facultades éstas nuevamente atribuidas a la administración pública a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007.
675. Así las cosas, la entidad carecía entonces de la competencia mencionada, máxime si mediaba una controversia o disputa respecto de los supuestos de hecho y de derecho, planteada por la concesionaria en ejercicio de su garantía constitucional al debido proceso Y, ante el surgimiento de una controversia entre las partes sobre la eventual causación de las multas pactadas, la entidad contratante debía someter el asunto ante el juez del contrato, ajustándose al principio de legalidad.
676. El Tribunal no encuentra el pacto de la cláusula décima novena del contrato afectado de nulidad, pues dicha estipulación contractual no comprende, por sí sola, la facultad unilateral de la administración para *imponer* multas al contratista. En ese sentido, al surgir circunstancias eventualmente constitutivas de un incumplimiento, aceptadas o no controvertidas por el concesionario, podían ponerse en marcha los mecanismos contractuales previstos por las partes para el *recaudo* de las mismas. Pero en el evento de una controversia, no era la imposición unilateral, sino la remisión del asunto al juez del contrato, el camino para decidir su procedencia con base en el contrato.
677. Llama especialmente la atención del Ministerio Público la sección de la cláusula décima novena, según la cual, CORABASTOS está autorizada por el concesionario “*para descontar y tomar el valor de las multas de que tratan los párrafos anteriores, en primera instancia, de cualquier suma que le adeude por alguna compensación a su favor, sin perjuicio que éste las haga efectivas conforme a la Ley*”. Para ese Ministerio, el apartado en cuestión comprende la existencia de una facultad unilateral de CORABASTOS para imponer multas al concesionario. No obstante, el Tribunal difiere de esta postura por las razones expuestas en seguida.
678. Al momento de la suscripción del contrato, como se ha dicho, las partes se encontraban plenamente habilitadas para pactar cláusulas de multas y establecer los eventos causantes de la sanción, por ejemplo, los motivos de incumplimiento y las fórmulas de tasación de la pena, conforme al artículo 13 de la Ley 80 de 1993, la cual sometió los contratos estatales a las disposiciones comerciales y civiles, incluso en el tema de sanciones, salvo en lo reglado por la propia ley 80. Nada de lo pactado implica la irrogación, de parte de la entidad estatal, de la facultad de imponerle a su contratista, por sí y ante sí, las multas con poder de imperio, máxime cuando esas facultades unilaterales, para la época (antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007), no incluían la de *imponer* las sanciones pactadas.

679. Obsérvese cómo el aparte citado de la cláusula no atribuye a CORABASTOS tal potestad -de naturaleza unilateral y exorbitante, pues entonces, solo el juez competente podía decidir sobre su aplicación-, sino que le ordena proceder “*conforme a la Ley*”. En ese orden de ideas, sujetas a la procedencia de las sanciones, las partes podían previamente convenir los mecanismos de *recaudo* de aquéllas, por ejemplo, los descuentos o retenciones pactados, pues la sola inclusión de los mismos proviene del ejercicio de la autonomía de la voluntad y no conlleva un poder excepcional en cabeza de la entidad estatal.
680. Por supuesto, si el contratista acepta la multa sin mediar controversia con su contratante sobre el hecho causante de la pena y sobre la manera de hacerse efectiva, circunstancia claramente demostrativa del querer de las partes, no se está ante la imposición de la respectiva multa. De otro lado, la estipulación no excluye que, ante la controversia en torno a las circunstancias de hecho o a los pactos contractuales alrededor de la misma, sea el juez del contrato el llamado a decidir sobre el respectivo incumplimiento o sobre las multas aplicables.
681. Por lo expuesto, el Tribunal no declarará la nulidad de la cláusula décima novena del contrato de concesión y por ende esta estipulación conservará su validez.

L. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

682. Tanto la parte demandante como la demandada y demandante en reconvencción han pedido una condena en costas contra su respectiva contraparte, a lo cual procederá el Tribunal a continuación, con fundamento en las siguientes consideraciones:
683. En primer término, de acuerdo con el artículo 365 del Código General del Proceso:

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

“(…)

“5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

“(…)

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

684. Adicionalmente, el Tribunal tendrá en cuenta el párrafo del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, de aplicación preferencial, por tratarse de una norma especial del trámite arbitral, en cuanto dispone:

“PARÁGRAFO. Cuando una parte se encuentre integrada por varios sujetos, no se podrá fraccionar el pago de los honorarios y gastos del tribunal y habrá solidaridad entre sus integrantes respecto de la totalidad del pago que a dicha parte corresponda.”

685. En el presente caso no todas las pretensiones formuladas por la parte actora en los tres procesos tramitados (el inicial y los dos acumulados) resultaron exitosas, pues no se la condenó a los perjuicios materiales y morales por ella reclamados y, de otra parte, se tuvieron por demostradas algunas de las excepciones formuladas por la entidad demandada.
686. Por otra parte, en cuanto a la entidad estatal, prosperó una de las pretensiones de su demanda de reconvencción y otra fue desestimada.
687. Así las cosas, al haber prosperado parcialmente las pretensiones formuladas por la parte demandante y una de las de la demandante en reconvencción, se impondrá una condena parcial a cargo de la demandada, a la luz de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso antes transcrito y se ordenará el pago, por parte de la entidad demandada a favor de las demandantes, del ochenta por ciento (80%) de las sumas listadas a continuación:

1. Costas correspondientes a la demanda inicial

688. En audiencia que tuvo lugar el 19 de septiembre de 2019 se fijaron las siguientes sumas por concepto de honorarios y gastos del proceso:

Concepto	Monto
Honorarios para cada uno de los árbitros (Sin IVA)	\$ 225.000.000
Honorarios para los tres (3) árbitros (Sin IVA)	\$ 675.000.000
Honorarios para el secretario (Sin IVA)	\$ 112.500.000
Gastos de administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Sin IVA)	\$ 112.500.000
Otros gastos	\$ 5.000.000,00
Total (Sin IVA)	\$ 905.000.000

689. Adicionalmente se advirtió sobre el pago del IVA correspondiente a los honorarios de cada árbitro y de la secretaria, e igualmente, sobre los gastos de administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, por \$171.000.000.
690. De acuerdo con lo anterior, las partes pagaron un total de \$1.076.000.000 en proporción del 50% cada una.

691. En este orden de ideas, CORABASTOS será condenado a pagar a las sociedades demandantes Constructora AMCO Ltda. y Alfredo Muñoz Construcciones S.A., además de la cantidad ya pagada, la suma de \$322.800.000.00 para completar al 80% del valor a su cargo por concepto de costas (gastos y honorarios) de la demanda inicial.

2. Costas correspondientes a las demandas acumuladas

692. En audiencia del 28 de abril de 2020 se fijaron como gastos y honorarios de las demandas acumuladas las siguientes sumas:

Concepto	Valor
Honorarios para cada árbitro sin IVA	\$60.000.000.00
Honorarios para la Secretaria del Tribunal sin IVA	\$30.000.000.00
Gastos de administración para el Centro de Arbitraje sin IVA	\$30.000.000.00
Gastos del proceso	\$5.000.000.00
Total de los honorarios y gastos del proceso sin los IVA correspondientes	\$245.000.000.00

693. El IVA sobre los valores fijados como gastos de administración para el Centro de Arbitraje y para los árbitros y la secretaria, asciende a la suma de cuarenta y cinco millones seiscientos mil pesos (\$45.600.000), para un total por concepto de honorarios y gastos del proceso de doscientos noventa millones seiscientos mil pesos (\$290.600.000.00).

694. El total de los gastos y honorarios fue pagado por la parte demandante, según consta en el Acta 15 del 23 de julio de 2020. Sin embargo, el apoderado de las sociedades demandantes envió al Tribunal un escrito el 12 de julio de 2021, acusando recibo del reembolso efectuado por CORABASTOS a las convocantes, equivalente al cincuenta por ciento (50%) a cargo de la entidad estatal.

695. De acuerdo con lo anterior, en la parte resolutive de este laudo, CORABASTOS será condenada a pagar a las sociedades demandantes, Constructora AMCO Ltda. Alfredo Muñoz Construcciones S.A. en Liquidación, Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados y Cía. Ltda. en adición a lo ya reembolsado, la suma de ochenta y siete millones ciento ochenta mil pesos (\$87.180.000.00) correspondiente al treinta por ciento (30%) para completar el ochenta por ciento (80%) del valor de los gastos y honorarios fijados para las demandas acumuladas.

3. Agencias en derecho

696. En el numeral 4 del artículo 366 del Código General del Proceso se dispone:

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.

697. Para efectos de la norma citada, el artículo segundo del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, dispone:

“Criterios. Para la fijación de agencias en derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este Acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites.”

698. También en el párrafo 5° del mismo artículo aparece:

“De conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, en caso de que la demanda prospere parcialmente, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, lo cual, por ende, también cubre a las agencias en derecho.”

699. Adicionalmente, en el artículo cuarto de dicho Acuerdo se dispone:

“Analogía. A los trámites no contemplados en este acuerdo se aplicarán las tarifas establecidas para asuntos similares.”

700. Según el artículo quinto *ibidem*, si en la demanda dentro de un proceso declarativo de única instancia se formulan pretensiones de contenido pecuniario, las agencias en derecho deben fijarse entre el 5% y el 15% del valor reconocido.

701. Teniendo en cuenta los parámetros determinados por el Consejo Superior de la Judicatura en los artículos antes transcritos, se fijan las agencias en derecho en la suma de doscientos sesenta millones de pesos (\$260.000.000,00), cuyo pago deberá efectuar CORABASTOS en su totalidad, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria de este laudo, como se dejará consignado en la parte resolutive de esta providencia.

IV. CAPÍTULO CUARTO: DECISIÓN

702. En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral convocado para dirimir las controversias surgidas entre Constructora AMCO Ltda. en ejecución del acuerdo de restructuración, Alfredo Muñoz S.A. en liquidación, integrantes de la Unión Temporal A. Muñoz; Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda, y Schmedling Asociados y Cía. Ltda., integrantes de la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos, de una parte, y de la otra la Corporación de Abastos de Bogotá S.A. CORABASTOS, administrando justicia, por habilitación de las partes y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar probada la excepción formulada por CORABASTOS en las contestaciones a las demandas relacionadas con las multas 1 y 2 denominada “CORABASTOS NO LES GENERÓ PERJUICIOS A LAS CONVOCANTES COMO CONSECUENCIA DE LA IMPOSICIÓN DE LAS MULTAS PUES NO HAY PRUEBA DE ELLO Y NO HAN PAGADO LAS MULTAS”.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción formulada por CORABASTOS en la contestación a la demanda relacionada con la Multa 1, que denominó “INEXISTENCIA DE DESVIACIÓN DE PODER, PUES CORABASTOS AL EXPEDIR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE SE IMPUGNAN TUVO EN CUENTA QUE LA UNIÓN TEMPORAL A. MUÑOZ SE HIZO RESPONSABLE DEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO No. 047-97 POR PARTE DE LA UNIÓN TEMPORAL BODEGA POPULAR CORABASTOS”.

TERCERO: Declarar probada la excepción formulada por CORABASTOS en la contestación de la demanda relacionada con la Multa 2, titulada “LA EXPEDICIÓN DEL LAUDO ARBITRAL EN EL QUE SE CONDENÓ A CORABASTOS NO EXONERA A LA CONCESIONARIA DE DAR CUMPLIMIENTO A SUS OBLIGACIONES, NI LE QUITA A LA ENTIDAD PÚBLICA LA FACULTAD PARA SANCIONARLA”.

CUARTO: Declarar no probadas las demás excepciones formuladas por CORABASTOS dentro de este trámite.

QUINTO: Acceder parcialmente a la pretensión primera de la demanda acumulada relativa a la Multa 1 y declarar que es nula la Directiva de Gerencia No. 022 expedida por el Gerente General de CORABASTOS, el día 16 de noviembre de 2001, mediante la cual se impuso a la concesionaria Unión Temporal A. Muñoz – Alfredo Muñoz y Cía. Ltda. una multa por la suma de cuatro mil doscientos veintiséis millones seiscientos noventa y cinco mil ochocientos noventa y dos pesos (\$4.226.695.892).

SEXTO: Declarar de oficio la nulidad de la Directiva de Gerencia 068 de 2002 emitida por CORABASTOS, confirmatoria de la Directiva de Gerencia 022 de 2001 expedida por la misma entidad.

SÉPTIMO: Acceder a la pretensión segunda de la demanda acumulada relativa la Multa 1 y declarar que, como consecuencia de la nulidad declarada en el numeral anterior, las sociedades CONSTRUCTORA AMCO LTDA. EN EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN, antes ALFREDO MUÑOZ Y CÍA LTDA. y ALFREDO MUÑOZ CONSTRUCCIONES S.A. integrantes de la UNION TEMPORAL A. MUÑOZ, no están obligadas a pagar la multa impuesta mediante Directiva de Gerencia No. 022.

OCTAVO: Acceder a la pretensión primera de la demanda acumulada relativa a la Multa 2 y declarar la nulidad de la Directiva de Gerencia número 103 del 7 de octubre de 2002, mediante la cual el Gerente General de CORABASTOS impuso a la UNIÓN TEMPORAL A. MUÑOZ y a la UNIÓN TEMPORAL OPERACIÓN BODEGA POPULAR CORABASTOS, una multa

por la suma de un mil cuarenta y siete millones seiscientos veintitrés mil ochocientos pesos (\$1.047.623.800) y la nulidad de las Directivas 119 y 121 del 27 de diciembre del mismo año, por medio de las cuales se confirmó dicha sanción.

NOVENO: Acceder a la pretensión segunda de la demanda acumulada relativa a la Multa 2 y declarar que, como consecuencia de la nulidad decretada en el numeral anterior, las sociedades CONSTRUCTORA AMCO LTDA. EN EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN antes ALFREDO MUÑOZ Y CÍA LTDA. y ALFREDO MUÑOZ CONSTURCCIONES S.A., la UNIÓN TEMPORAL A. MUÑOZ integrada por las mismas, las sociedades ASESORÍAS Y REPRESENTACIONES PRADILLA LTDA. y SCHMEDLING ASOCIADOS Y CIA. LTDA. y la UNIÓN TEMPORAL OPERACIÓN BODEGA POPULAR CORABASTOS, integrada por las dos últimas sociedades, no están obligadas a pagar la multa impuesta mediante los actos acusados.

DÉCIMO: Acceder a la primera pretensión de la demanda inicial y declarar la nulidad de las Directivas de Gerencia números 107 y 107A del 30 de octubre de 2002, mediante las cuales el Gerente General de CORABASTOS liquidó unilateralmente el contrato de concesión 047-97 y la nulidad de las Directivas 122 y 124 del 27 de diciembre del mismo año, por medio de las cuales se resolvieron los recursos de reposición interpuestos contra las primeras.

DÉCIMO PRIMERO: Acceder parcialmente a la pretensión segunda de la demanda inicial en relación con los perjuicios materiales, en los términos de la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO SEGUNDO: Acceder a la tercera pretensión de la demanda inicial y elaborar una nueva liquidación del contrato de concesión No. 047-97.

DÉCIMO TERCERO: Acceder a la pretensión cuarta de la demanda inicial y de acuerdo con la liquidación del Contrato 047-97, elaborada por el Tribunal, ordenar a CORABASTOS que pague a las sociedades ASESORIAS Y REPRESENTACIONES PRADILLA LTDA. Y SCHMEDLING ASOCIADOS Y CIA. LTDA. integrantes de la UNION TEMPORAL OPERACIÓN BODEGA POPULAR “CORABASTOS”, la suma de veintiocho mil cuatrocientos dos millones ciento cincuenta y ocho mil seiscientos pesos con setenta y seis centavos (\$28.402.158.600,76), dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria de este laudo, de acuerdo con las consideraciones contenidas en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO CUARTO: Condenar a CORABASTOS a pagar a las sociedades demandantes CONSTRUCTORA AMCO LTDA. y ALFREDO MUÑOZ CONSTRUCCIONES S.A. EN LIQUIDACIÓN la suma de trescientos veintidós millones ochocientos mil pesos (\$322.800.000.00) por concepto de costas del proceso correspondiente a la demanda inicial y a pagar a las sociedades CONSTRUCTORA AMCO LTDA., ALFREDO MUÑOZ CONSTRUCCIONES S.A. EN LIQUIDACIÓN, ASESORÍAS Y REPRESENTACIONES PRADILLA LTDA, y SCHMEDLING ASOCIADOS Y CÍA. LTDA., la suma de ochenta y siete millones ciento ochenta mil pesos (\$87.180.000.00) por concepto de costas

correspondientes a los procesos respecto de las Multas 1 y 2, adicionalmente, condenar a CORABASTOS a pagar a las sociedades demandantes la suma de doscientos sesenta millones de pesos (\$260.000.000.00) por concepto de agencias en derecho, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de este laudo, de acuerdo con las consideraciones contenidas en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO QUINTO: Negar las demás pretensiones formuladas por la parte demandante dentro de este proceso.

DÉCIMO SEXTO: Acceder a la pretensión primera de la demanda de reconvención y declarar que hay lugar a la compensación a favor de CORABASTOS, por la suma de \$890.869.881 que, con sus correspondientes intereses y ajustes, equivale a \$6.417.077.643,87, cantidad esta última que fue descontada de los valores a cargo de CORABASTOS, dentro de la liquidación que llevó a cabo el Tribunal, en los términos de la parte motiva del presente laudo.

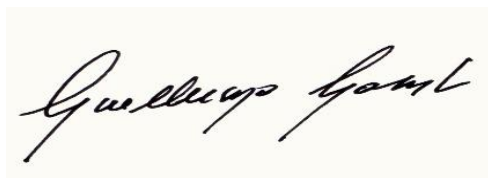
DÉCIMO SEPTIMO: Negar la excepción formulada en la contestación a la demanda de reconvención por CONSTRUCTORA AMCO LTDA. EN EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN y ALFREDO MUÑOZ CONSTRUCCIONES S.A. EN LIQUIDACIÓN, integrantes de la Unión Temporal A. Muñoz, denominada “INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN ALGUNA A CARGO DE LAS DEMANDADAS EN RECONVENCIÓN QUE PUEDA SER OBJETO DE COMPENSACIÓN”.

DÉCIMO OCTAVO: Por sustracción de materia, abstenerse de decidir la excepción formulada frente a la demanda de reconvención, denominada “PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS MEDIANTE LOS CUALES SE IMPUSIERON A LAS DEMANDADAS EN RECONVENCIÓN LAS MULTAS CUYO VALOR SE PRETENDE COMPENSAR”.

DÉCIMO NOVENO: Negar la pretensión segunda de la demanda de reconvención formulada por CORABASTOS.

VIGÉSIMO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012, ordenar el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

703. Este laudo se notifica en audiencia.



GUILLERMO GAMBA POSADA
Presidente



SAMUEL CHALELA ORTIZ
Árbitro



BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ
Árbitro



ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS
Secretaria