

Laudo Arbitral

Distrito Capital de Santafé de Bogotá, Secretaría de Obras Públicas, “SOP”,

v.

El Consorcio Colombiano Argentino CON.COL.AR.

integrado por sociedades Consultoría Óscar G. Grimaux y Asociados SAT, y Citeco Consultora S.A.

Octubre 30 de 2000

Agotado el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el tribunal de arbitramento a dictar el laudo que finaliza el proceso arbitral seguido de una parte por el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, Secretaría de Obras Públicas, “SOP”, (en adelante el distrito capital, la actora o la convocante) y de otra por el Consorcio Colombiano-Argentino CON.COL.AR, integrado por las sociedades Consultoría Óscar G. Grimaux y Asociados SAT, y Citeco Consultora S.A., (en adelante el consorcio, el contratista, CON.COL.AR, la demandada o la convocada).

1. Antecedentes

1.1. El pacto arbitral

El Distrito Capital de Santafé de Bogotá (hoy Bogotá, D.C.), Secretaría de Obras Públicas, “SOP”, y el Consorcio Colombiano Argentino “CON.COL.AR”, (conformado por las sociedades Consultoría Óscar G. Grimaux y Asociados SAT, y Citeco Consultora S.A.), suscribieron, el 21 de noviembre de 1997, el contrato 493, de consultoría para la realización de labores de interventoría para el programa de recuperación y mantenimiento de la malla vial del Distrito Capital de Santafé de Bogotá. En el mencionado contrato las partes acordaron:

Cláusula 22: Multas

En caso de incumplimiento de las obligaciones a su cargo, el interventor autoriza expresamente a la SOP para descontar de los saldos a su favor el valor de las multas a que se haga acreedor, en los siguientes casos:

1. Por mora o incumplimiento injustificado de las obligaciones referentes a la constitución, ampliación o prórroga de la garantía única de cumplimiento, se causará una multa diaria por cada día de mora en el cumplimiento equivalente al dos por diez mil (0.02%) del valor estimado del contrato.
2. Por mora o incumplimiento injustificado de las obligaciones referentes a la oportuna disponibilidad del personal mínimo requerido conforme a este contrato, se causará una multa diaria por cada día de mora en el cumplimiento equivalente al cinco por diez mil (0.05%) del valor estimado del contrato.
3. Por mora o incumplimiento injustificado de las obligaciones previstas en las actividades y procedimientos de interventoría, se causará una multa diaria por cada día de mora equivalente al cinco por diez mil (0.05%) del valor estimado del contrato.
4. Por mora o incumplimiento injustificado de las obligaciones de vigilancia y supervisión previstas en la cláusula lo del presente contrato, se causará una multa diaria por cada día de mora equivalente al cinco por diez mil (0.05%) del valor estimado del contrato.
5. Por no presentar oportunamente los documentos, informes, respuestas, comunicaciones y demás requerimientos previstos en este contrato o en el contrato de obra, ya sea frente al contratista o al supervisor de este contrato, se causará una multa diaria por cada día de mora equivalente al dos por diez mil (0.02%) del valor estimado del contrato. Si la demora frente a un requerimiento del contratista implica, de acuerdo con lo previsto en el contrato de obra, la presunción del sentido de la respuesta de cualquier manera, la multa corresponderá al cinco por diez mil (0.05%) del valor estimado del contrato, sin perjuicio de la responsabilidad del interventor frente a la SOP por los perjuicios que la respuesta presunta haya podido acarrearle.

6. Cuando una determinada obra o actividad ejecutada por el contratista haya sido recibida a satisfacción o aceptada por el interventor, y se comprobare que la misma no cumple con las especificaciones previstas en el contrato de obra, dentro de los márgenes de tolerancia aceptados por dichas especificaciones, el interventor se hará acreedor a una multa equivalente al diez por ciento (10%) del valor pagado por la SOP por dichas obras o actividades. Esto sin perjuicio del requerimiento que se hará al contratista para que corrija los defectos y sin perjuicio de la responsabilidad del interventor por los perjuicios que hubiera podido sufrir la SOP.

Para los efectos de este numeral, si el interventor hubiere advertido el incumplimiento de las especificaciones por parte del contratista, durante el término de ejecución del contrato de obra, y si así mismo hubiere requerido al contratista para que dentro de un plazo máximo de quince (15) días hábiles procediera a efectuar la reparación correspondiente, remitiendo a su vez, copia del requerimiento a la SOP, y si por último el contratista hubiese reparado dentro de dicho término la falla respectiva o proveído a la SOP de garantías suficientes para asegurar que dicha falla se corregiría, el interventor se eximirá de la aplicación de la multa a que se refiere este numeral.

En ningún caso el valor total de las multas causadas podrá exceder el diez por ciento (10%) del valor estimado del contrato.

Cláusula 23: Procedimiento para la aplicación de multas

1. La SOP informará al interventor por escrito sobre la procedencia de la multa, su valor y las razones que la acarrearán, según lo previsto en la cláusula anterior de este contrato.
2. Si no hubiere objeción por escrito, por parte del interventor, respecto de la procedencia de la multa, o respecto de su tasación o cuantificación, dirigida a la SOP, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al día en que se le haya informado lo previsto en el numeral anterior, la SOP procederá a descontarla de las sumas adeudadas al interventor o a cobrarla contra la garantía única de cumplimiento o a iniciar la cobranza respectiva, inclusive por la vía ejecutiva, para lo cual las partes expresamente pactan que este contrato, conjuntamente con la comunicación de la multa, prestará mérito ejecutivo.
3. Si hubiere objeción por parte del interventor en los términos señalados en el numeral anterior, las partes acudirán directamente al tribunal de arbitramento o a los mecanismos de solución de controversias para aspectos técnicos —si se tratare de un punto de carácter técnico—, previstos en la cláusula 36 del contrato. En este caso, la SOP no efectuará descuento alguno pero se entenderá que de resultar vencido el interventor, este quedará obligado a cancelar el valor de la multa más el valor de los intereses moratorios sobre la suma correspondiente, a la tasa más alta admisible por la ley para el cobro de intereses, intereses moratorios que se causarán desde el momento en que se hubiere presentado el hecho o la circunstancia que causó la multa, hasta la fecha de su pago. En todo caso, la parte que resultare vencida con arreglo a dichos mecanismos, correrá con las costas correspondientes.
4. La obligación de pagar las multas previstas en la cláusula anterior es una obligación condicional sujeta únicamente a la ocurrencia de los supuestos fácticos enunciados. Por lo tanto, su causación no requerirá de declaratoria especial alguna por parte de la SOP. Si los hechos que generaron la aplicación de las multas son el resultado de fuerza mayor o caso fortuito, no se generarán las multas previstas en este contrato.
5. En aplicación de la figura de la compensación, el valor de las multas se descontará de cualquier suma que la SOP le adeude al interventor.

Cláusula 36: Solución de controversias contractuales y cláusula compromisoria

36.1. Las partes podrán acudir a los mecanismos de conciliación, amigable composición y transacción, para la solución de las controversias contractuales surgidas en virtud de la ejecución del presente contrato. Igualmente, en los casos expresamente señalados en este contrato y en los demás cuando las partes lo acuerden, las diferencias de carácter exclusivamente técnico se someterán al criterio de un organismo consultivo del gobierno, en los términos del inciso segundo del artículo 67 de la Ley 80 de 1993. Los gastos que ocasione la participación del cuerpo consultivo serán asumidos por la parte que resulte vencida.

36.2. Cualquier divergencia que surja entre las partes como ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de

este contrato, que no sea posible solucionar amigablemente o para la cual este contrato no prevea mecanismos de solución distintos, serán dirimidas por un tribunal de arbitramento de conformidad con las siguientes reglas:

- i. El arbitraje será institucional. Las partes acuerdan designar para el efecto al centro de arbitraje y conciliación mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- ii. El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros designados por la Cámara de Comercio de Bogotá.
- iii. Los árbitros decidirán en derecho.
- iv. El tribunal se regirá por lo previsto en esta cláusula y por las disposiciones del Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991 y el Decreto 2651 de 1991, o por las normas que los adicionen, modifiquen o reemplacen.
- v. En la medida en que las normas legales así lo exijan, las disputas relacionadas con la aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral e interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas a arbitramento.

36.3. La aplicación de los procedimientos de solución de controversias a que se refiere esta cláusula no afectarán la ejecución del contrato de obra, el cual se continuará ejecutando conforme a sus cláusulas.

36.4. La intervención de amigables componedores, peritos, cuerpos consultivos, o del tribunal de arbitramento, no suspenderá la ejecución del contrato de interventoría, salvo aquellos aspectos cuya ejecución dependa necesariamente de la solución de la controversia.

Las cláusulas contractuales que se han transcrito constituyen el acuerdo de voluntades que, en los términos de los artículos 116 de la Constitución Nacional y 13, numeral 3°, de la Ley 270 de 1996 (estatutaria de la administración de justicia), habilitan al presente tribunal de arbitramento para conocer de las diferencias que han sido planteadas por las partes en los términos que a continuación se analizan.

1.2. El tribunal de arbitramento

El día 15 de abril de 1998 el Distrito Capital de Santafé, de Bogotá, Secretaría de Obras Públicas por conducto de apoderado especial, solicitó la convocatoria de este tribunal al centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y presentó su demanda con el lleno de los requisitos formales; además, presentó reforma de la demanda el día 28 de mayo de 1998. De estos documentos se corrió traslado a la parte demandada. El consorcio demandado CON.COL.AR contestó oportunamente la demanda y su reforma y propuso excepciones previas y de fondo. Una vez corrido el traslado de las excepciones de fondo el apoderado de la convocante solicitó que, de conformidad con los artículos 429 del Código de Procedimiento Civil y 16 del Decreto 2651 de 1991, se decretaran las pruebas por él solicitada en el escrito de fecha 16 de junio de 1998. Aparece igualmente en el expediente un escrito de fecha 10 de agosto de 1998 presentado por la apoderada del demandado en el sentido de modificar la solicitud de pruebas que obran en la contestación de la demanda y además presentó en escrito separado, el día 1° de junio de 1998, excepciones previas. Una vez corrido el traslado de las mismas a la parte convocante esta respondió en escrito de fecha 24 de junio siguiente. Igualmente aparece en el expediente la solicitud conjunta de suspensión del proceso, presentado ante el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el día 22 de junio de 1999.

El 23 de agosto de 1999 se recibió vía fax en la secretaria del tribunal, un escrito de solicitud de pruebas remitido por la parte convocada.

Instalado el tribunal, previa consignación hecha por las partes de lo que a cada una de ellas correspondía, se efectuó la primera audiencia de trámite el día 13 de septiembre del año de 1999.

En la primera audiencia de trámite, el tribunal examinó el pacto arbitral así como las pretensiones de la demanda y las excepciones previas propuestas por la demandada, declaró su propia competencia para conocer de las diferencias sometidas a su decisión y el 21 de septiembre de 1999 decretó las pruebas solicitadas por las partes y denegó las que consideró improcedentes.

De otra parte, como la convocada había interpuesto excepciones previas con anterioridad a la vigencia de la Ley 446 de 1998 el tribunal, con fundamento en el artículo 699 del Código de Procedimiento Civil, consideró pertinente analizarlas y pronunciarse sobre ellas. De esta manera, por medio de auto número 3, proferido durante la primera audiencia de trámite, y como conclusión del análisis mencionado, procedió a rechazarlas basándose para ello en las motivaciones expuestas en el acta 2.

Teniendo en cuenta: a) que la primera audiencia de trámite tuvo lugar el 13 de septiembre de 1999 y finalizó el 21 de septiembre del mismo año con el decreto de pruebas; b) que el tribunal, con fundamento en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993 ordenó una prórroga del término de duración del proceso por tres (3) meses, mediante decisión que obra en el acta 15 del 7 de abril de 2000, decisión esta contra la cual las partes no interpusieron recurso alguno y que fue motivada por la necesidad del tribunal de arbitramento de ordenar un dictamen pericial que lo ilustrara sobre determinados aspectos técnicos cuya claridad ha sido necesaria para la elaboración del presente laudo, y c) que las partes de común acuerdo solicitaron una primera suspensión del proceso arbitral desde el 15 de diciembre de 1999 hasta el 18 de enero de 2000 y otra desde el 7 de junio de 2000 hasta el 20 de junio del mismo año, ambas fechas inclusive, del 21 de junio hasta el 7 de julio y por último desde el 10 de agosto de 2000 hasta el 2 de octubre del mismo año, ambas fechas inclusive, se encuentra en tiempo el tribunal para producir su decisión.

1.3. Las pruebas

Como ya se expresó, por medio de auto proferido durante la primera audiencia de trámite fueron decretadas las pruebas que entonces consideró pertinentes el tribunal, las cuales fueron practicadas y tenidas en cuenta así:

Pruebas documentales

En su valor legal se tuvieron como pruebas los documentos aportados por las partes con la demanda, relacionados en los numerales 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.7 y 1.13 del acápite de pruebas de la demanda y los aportados con la contestación de la demanda, con el escrito que descurre traslado de la reforma de la demanda y con las que adicionó la parte demandada en el escrito que aparece visible a folios 121 del cuaderno principal.

Pruebas pedidas por el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, Secretaría de Obras Públicas, SOP:

De conformidad con el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil inciso 2º, comparecieron al reconocimiento del contenido y firma de los documentos señalados en los numerales 1.6, 1.9 y 1.10, los señores Santiago Henao Pérez y Antonio Enrique Bermúdez, pruebas que se practicaron en la sede del tribunal. El 19 de octubre de 1999 el representante legal de la sociedad CON.COL.AR, Leonidas Narváez compareció a rendir la declaración de parte durante la cual aportó los siguientes documentos:

1. Carta de mayo 11/99, asunto contrato 493 de 1997, identificado GMU-3600-218.
2. Carta de mayo 20/99, referencia SO oficio FMU-3600-218 recibido el 12 de mayo/99, identificado CCA-IDU-ST-410 /99.
3. Carta de mayo 28/99, referencia su carta CCA-IDU-ST-410/99 radicada IDU 28117, identificada GMU-3600-298.
4. Carta de junio 11/99, referencia prórroga del contrato SOP 493 de 1997, identificada STCO-6300-212.

Prueba testimonial

Compareció a rendir testimonio el señor Santiago Henao Pérez, el día 19 de octubre de 1999, quien aportó los siguientes documentos:

Carta del 13 de febrero de 1998 identificada CCA-IDU-ST-041/98

Carta del 13 de febrero de 1998 identificada CCA-IDU-ST-042/98

Por último se ordenó librar oficio a la (*) Superintendencia Bancaria, respecto de la tabla de intereses de plazo y

moratorios.

Pruebas solicitadas por CON.COL.AR

Prueba testimonial

Comparecieron a rendir testimonio las siguientes personas:

El señor Mauricio Bustamante el día 19 de octubre de 1999 y en la misma fecha rindieron declaración los señores Carlos Alberto Torres y Santiago Rivadeneira.

El día 20 de octubre comparecieron a rendir testimonio los señores Francisco de Paula Pérez quien una vez finalizada su declaración aportó los siguientes documentos:

1. Carta de mayo 21 de 1998.
2. Copia del Decreto 626 del 15 de julio de 1998.
3. Cuadro comparativo del numeral 2.15 del anexo 1º del contrato de interventoría y del anexo 3 del contrato de obra, elaborado y firmado por el declarante.
4. Una síntesis de las reuniones realizadas antes de la vinculación del señor Francisco de Paula Pérez a CON.COL.AR.

En esta misma fecha comparecieron en calidad de testigos los señores Javier Hernando Flechas Parra y José Fernando Botero Calderón.

El 21 de octubre de 1999 comparecieron a rendir testimonio las siguientes personas: los doctores Jorge Gabriel Taboada Hoyos, Andrés Camargo Ardila, Antonio Bermúdez Cajale este último quien además fue citado para el reconocimiento del contenido y firma del documento identificado con el número UMC-5200-0202 del 26 de enero de 1998 del IDU y cuyo ejemplar se encuentra visible a folio 79 del cuaderno de pruebas 1.

Pruebas a las que renunciaron las partes

El 8 de noviembre de 1999 las partes de común acuerdo desistieron del testimonio de Diana Marcela Calderón como de la prueba en cuanto al reconocimiento del contenido y firma de los documentos relacionados en el numeral 1.9 del acápite de pruebas de la demanda e igualmente desistieron de la prueba testimonial de Arturo García Cetino. Por último, y ante la inasistencia del señor Rafael Rodríguez quien había sido citado en la misma fecha a rendir testimonio se desistió de la practica de esta prueba testimonial, lo que fue coadyuvado por la parte demandante.

Oficios

Se ordenó librar los siguientes oficios:

1. A la Secretaría de Obras Públicas.
2. Al Instituto de Desarrollo Urbano.
3. A la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, Distrito Capital.

Pruebas que se decretaron de oficio

Agotada la práctica de las pruebas mencionadas y teniendo en cuenta, como ya se ha expresado, que para proferir el laudo era necesario decretar de oficio un dictamen pericial que lo ilustrara sobre ciertos aspectos técnicos y que al mismo tiempo se sometiera al debido debate por las partes, antes de cerrar el período probatorio, el día 3 de diciembre de 1999 el tribunal informó a las partes sobre tal necesidad y procedió a tomar la mencionada decisión de conformidad con el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil. El 22 de febrero de 2000, mediante auto 11

el tribunal, previo el estudio de las hojas de vida enviadas por las partes, designó al ingeniero doctor Óscar Torres Gómez como perito, quien se posesionó el 25 de febrero de 2000. El perito contestó las preguntas que le formuló el tribunal en esta misma audiencia y las propuestas por los apoderados de las partes. El 23 de marzo de 2000 se recibió en la secretaría el dictamen pericial presentado por el ingeniero Óscar Torres Gómez, del cual se corrió traslado a las partes por el término legal de tres (3) días y el 29 de marzo el apoderado de la parte convocante solicitó se aclarara y complementara el dictamen pericial. Igualmente el 5 de abril de 2000 la apoderada de la parte convocada presentó solicitud de aclaración y complementación del dictamen. El 7 de abril de 2000 mediante auto 15 el tribunal accedió a la solicitud de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial presentadas por los apoderados de las partes y de oficio ordenó que el perito complementara la pregunta 1 y diera respuesta a la 2 de las formuladas de oficio por el tribunal. El día 15 de mayo de 2000 mediante auto 17 se ordenó correr traslado de las aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial presentadas por el perito el 11 de mayo de 2000. Dentro del traslado la apoderada de la parte demandada presentó un escrito el 18 de mayo de 2000 mediante el cual objetó parcialmente el dictamen pericial rendido por el ingeniero Óscar Torres, por error grave, solicitando como prueba que el mismo perito como experto en la materia, o el que el tribunal designara para tal efecto, determinara, en el término de cinco (5) días que fue el tiempo transcurrido entre el 26 de noviembre —fecha en que según el IDU se aprobó la garantía única de cumplimiento— y el 1º de diciembre que fue la fecha del inicio de las obras, las condiciones iniciales exigidas en el numeral 2.15.3, a partir de los aforos de la ETB aducidos al expediente al resolver las aclaraciones y complementaciones del dictamen que se objeta. El día 26 de mayo de 2000 el tribunal resolvió que la prueba solicitada para demostrar el error grave que imputa CON.COL.AR, al dictamen rendido por el ingeniero Óscar Torres no era necesaria, pues consideró que eran suficientes los elementos de juicio que obran en el expediente para su análisis y decisión por parte del tribunal.

1.4. Audiencia de conciliación dentro del trámite arbitral

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 6º del Decreto 2651 de 1991, se citó a las partes a una audiencia de conciliación dentro del proceso arbitral, la cual tuvo lugar el 8 de agosto de 2000 con la presencia del señor agente del Ministerio Público y culminó sin que aquellas hubiesen llegado a algún acuerdo.

1.5. Ámbito del laudo arbitral

Como en el texto de convocatoria y en el escrito de demanda el Distrito Capital afirma que a él comparece como coadyuvante el Instituto de Desarrollo Urbano, “IDU”, es necesario recordar que en la primera audiencia de trámite este tribunal negó la mencionada coadyuvancia, por lo cual los efectos del presente laudo arbitral solo se extenderán al Distrito Capital de Bogotá y al consorcio CON.COL.AR. Partes estas que, por lo demás, son las únicas que intervienen en el contrato de consultoría 493 de 1997 y que por consiguiente han suscrito el compromiso del cual, de manera inmediata, deriva su jurisdicción este tribunal.

Igualmente, como el Distrito Capital de Bogotá reformó la demanda en el sentido de aclarar que ella se dirige, de manera solidaria, a los dos integrantes del mencionado Consorcio Colombiano Argentino CON.COL.AR, a saber Consultora Óscar G. Grimaux SAT, y Citeco Consultora S.A., con fundamento en los artículos 48 del Código de Procedimiento Civil y 22 de la Ley 80 de 1993, al tiempo que la convocada, al descorrer el traslado de la mencionada reforma de la demanda demostró obrar en nombre de las dos compañías mencionadas, debe entenderse que, al carecer de personalidad jurídica independiente el consorcio CON.COL.AR, los pronunciamientos que en este laudo se hagan y se refieran a él, hacen relación a sus integrantes Consultora Óscar G. Grimaux y Asociados SAT, y Citeco Consultora S.A., de manera solidaria, en concordancia con el numeral 1º del artículo 7º de la Ley 80 de 1993 y de acuerdo con la solicitud del apoderado de la actora que obra a folio 46 del cuaderno principal 1 y que a la letra expresa:

“Me permito reformar la demanda del proceso arbitral de la referencia, en el sentido de establecer, aclarar y precisar que la parte demandada de la misma la constituyen las sociedades extranjeras Consultora Óscar G. Grimaux y Asociados Sociedad Anónima Técnica y Citeco Consultora S.A., sociedades que son demandadas en forma solidaria, que conforman el Consorcio Colombiano Argentino (CON.COL.AR.) ...”.

Solidaridad que además del origen legal mencionado, fue pactada por Consultoría Óscar G. Grimaux y Asociados SAT, y Citeco Consultora S.A., en documento que obra a folios 451 y siguientes del cuaderno de pruebas número

1 y que no fue discutida por la parte demandada.

1.6. Pretensiones y excepciones

Las pretensiones de la parte convocante, contenidas íntegramente en el texto de la demanda toda vez que la reforma que se presentó a la misma no alteró el *petitum* en ella contenido, son las que a continuación se transcriben.

Primera. Que se declare que el Consorcio Colombiano Argentino CON.COL.AR, incurrió en conductas que tipifican las causales de multas previstas en los numerales 2º y 5º de la cláusula 22 del contrato 493 del 21 de noviembre de 1997, por las razones que se presentan en esta demanda, y por consiguiente, que se declare que se han cumplido y verificado las condiciones suspensivas que hacen exigible la obligación de pagar las respectivas multas de acuerdo con lo establecido en el numeral 4º de la cláusula 23 del mismo contrato, y que se ordene al mencionado consorcio su pago, o subsidiariamente, que el tribunal establezca la procedencia de multas a cargo del Consorcio Colombiano Argentino CON.COL.AR, en desarrollo del contrato 493 de 1997, como consecuencia de los hechos constitutivos de multa a los cuales se refiere esta demanda, y que las aplique y ordene su pago.

Segunda. Que se declare que el valor de las multas que se han tipificado asciende a la suma de quinientos catorce millones ochocientos mil pesos (\$ 514.800.000) a la fecha en que el interventor fue requerido por la SOP para su pago, más lo que corresponda a los días que transcurran posteriormente a ese requerimiento, durante los cuales continúe vigente el incumplimiento del interventor, o en subsidio, que se declare que el valor de las multas que se han tipificado asciende a la suma que corresponda a la cuantificación que realice el tribunal de arbitramento, de acuerdo con los parámetros contenidos en el contrato 493 de 1997.

Tercera. Que se condene al Consorcio Colombiano Argentino CON.COL.AR, a pagar el valor de las multas causadas de conformidad con lo previsto en las cláusulas 22 y 23 del contrato 493 de 1997.

Cuarta. Que se condene al Consorcio Colombiano Argentino CON.COL.AR, a pagar intereses moratorios sobre el valor de la multa que corresponda a cada uno de los días durante los cuales se han presentado los respectivos incumplimientos, a la tasa más alta permitida por la ley para el cobro de intereses, desde el momento en que acaecieron los supuestos fácticos que tipifican las causales de multas referidas en la primera petición de esta demanda, hasta la fecha del pago correspondiente, todo con sujeción a lo prescrito en la cláusula 23 del contrato 493 de 1997.

Quinta. Que se condene al Consorcio Colombiano Argentino CON.COL.AR a pagar las costas correspondientes al presente proceso arbitral, conforme a lo dispuesto en la parte final del numeral 3º de la cláusula 23 del contrato 493 de 1997 y en la cláusula compromisoria prevista en la cláusula 36 del mismo.

Por su parte, la demandada, en escrito separado de la contestación de la demanda, como ya se ha dicho interpuso las excepciones previas de ineptitud de la demanda por no comprender a todos los litisconsortes necesarios; ineptitud de la demanda por indebida representación del Instituto de Desarrollo Urbano de Santafé de Bogotá, e inexistencia del demandante. Como ya se expresó, las mencionadas excepciones previas fueron rechazadas por auto 3, el 13 de septiembre de 1999. Como excepciones de fondo, en el texto de la contestación de la demanda se formularon las siguientes: caso fortuito, fuerza mayor o hecho de un tercero; abuso del derecho; nulidad absoluta o ineficacia de la cláusula de multas; desproporción de la sanción impuesta e inexigibilidad de otra conducta. En el escrito de contestación al escrito de reforma de la demanda no se propusieron excepciones.

1.7. Hechos y omisiones que fundamentan la controversia

Como fundamento de las pretensiones y excepciones ya expuestas las partes formularon diversos hechos y omisiones que en síntesis se exponen a continuación:

1.7.1. Resumen de lo alegado por la convocante

1.7.1.1. En el escrito de convocatoria y en la demanda

- En nombre y representación del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, la Secretaría de Obras Públicas abrió el concurso público SOP 001/97 para contratar la interventoría para las obras de “recuperación y mantenimiento de los corredores principales, las vías secundarias y las vías colectoras de la malla vial de Santafé de Bogotá”; dicho concurso fue adjudicado mediante Resolución 4034 de 18 de noviembre de 1997 al Consorcio Colombiano Argentino CON.COL.AR a que ya se ha hecho referencia. Como resultado de esta adjudicación, el 21 de noviembre de 1997 el Distrito Capital y el consorcio suscribieron el contrato 493, cuyo objeto era ya la mencionada interventoría y entre cuyas cláusulas aparece la compromisoria que ya ha sido transcrita en esta providencia y la cláusula 23 que regula el trámite de imposición de multas.

- El contrato 493 de 1997 “entró en ejecución el día 26 de noviembre de 1997, día en que la Secretaría de Obras Públicas expresamente aprobó la garantía única de cumplimiento, lo cual fue reconocido por las partes el 28 de noviembre de 1997 cuando se suscribió el acta 001 de iniciación de interventoría”. A partir de entonces se configuraron diversas situaciones que de acuerdo con el contrato daban lugar a la imposición de multas, por lo cual se inició el trámite contractual para tal efecto; en consecuencia, el 18 de febrero de 1998 la convocante, conjuntamente con el Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, remitió al consorcio la comunicación SG-0100-0068, por medio de la cual le informaba sobre la configuración de varias causales de multa, con sujeción al procedimiento contenido en la ya mencionada cláusula 23 del contrato. Por su parte el consorcio, mediante oficio de 24 de febrero del mismo año, “objeto expresamente la tipificación de las causales de multas y su tasación”.

De acuerdo con la cláusula 22 del contrato, la objeción del interventor obligaba a las partes a acudir al tribunal de arbitramento en los siguientes términos:

“en dicho caso se establece que la entidad no efectuará descuento alguno, por entenderse que ante la falta de acuerdo entre las partes la procedencia de la multa tendría que ser declarada por el juez del contrato, pero —de acuerdo con lo prescrito en la parte pertinente del mismo— se entenderá que de resultar vencida la interventoría, esta quedará obligada a cancelar el valor de la multa que corresponda a su incumplimiento, más el valor de los intereses, intereses moratorios que se causarán desde el momento en que se hubiere presentado el hecho o la circunstancia que causó la multa, hasta la fecha de su pago” (pág. 6 de la demanda) (negrilla fuera de texto).

- Como hechos y omisiones determinantes de la tipificación de las multas cuya declaratoria se solicita a este tribunal de arbitramento, la demanda enuncia y desarrolla los siguientes: incumplimiento de la obligación de mantener una plantilla mínima de personal, por no haber incorporado un subdirector de tráfico; incumplimiento de la obligación de rendir informes mensuales e incumplimiento de la obligación de presentar informes diarios y semanales.

- A su vez, la demanda sustenta el incumplimiento de la obligación de mantener una plantilla mínima de personal en los siguientes términos: a) De acuerdo con los términos de referencia del concurso de méritos que culminó con la celebración del contrato de interventoría a que ya se ha hecho referencia, así como con su propio texto, era obligación del contratista mantener una plantilla de personal, conformada con un número mínimo de personas que se discriminó, según su dedicación, formación y experiencia, en los documentos que se integraron en los mencionados términos de referencia; entre las personas que debía incluir esta plantilla mínima de personal estaba un subdirector de tráfico que debía cumplir una disponibilidad de tiempo completo; b) en su propuesta CON.COL.AR se comprometió a vincular al ingeniero Santiago Henao Pérez, profesional que había suscrito la correspondiente carta de compromiso que se adjuntó a la propuesta. La información contenida en las propuestas atinente a la plantilla mínima de personal, de acuerdo con los términos de referencia del concurso era uno de los elementos que se tendrían en cuenta para admitir las propuestas que se presentaran al mismo; c) El ingeniero Santiago Henao Pérez nunca se vinculó a CON.COL.AR; al contrario, mediante comunicación que dirigiera este profesional al consorcio, manifestó su intención de no aceptar a este último “ninguna vinculación a cualquier título” (pág. 13 de la demanda); d) Mediante oficio SG-0100-0068 de 18 de febrero el IDU y la SOP comunicaron al consorcio que consideraban incumplida la obligación de vincular el subdirector de tráfico y fijaron un plazo de cinco días para que el contratista cumpliera con esta obligación, y e) De acuerdo con los documentos integrantes del contrato, en caso de que el personal que había sido aceptado por el distrito al adjudicar la propuesta debiera ser reemplazado, debía surtir ante la entidad contratante un trámite de aprobación, aprobación que hasta la fecha de la presentación de la demanda no se había dado por cuanto el profesional propuesto por CON.COL.AR., no

cumplía los requisitos exigidos por el distrito. Al respecto se lee a folios 12 y 13 de la demanda:

“De acuerdo con lo anterior, se desprende que, en caso de no contar con algunos de los profesionales presentados en la propuesta para integrar la plantilla mínima, caso del doctor Henao, quien nunca desempeñó la función que según la propuesta le correspondía, CON.COL.AR tenía la obligación de reemplazar dicho profesional por otro que cumpliera las condiciones obligatorias establecidas tanto en los términos de referencia, como en la propuesta y en contrato de interventoría”.

“No obstante lo anterior, tampoco existió persona alguna que reemplazare a Santiago Henao en el cumplimiento de sus funciones. Debe precisarse sin embargo que CON.COL.AR, por medio de la comunicación CCA-IDU-ST-049-98 solicitó al IDU la aprobación de la sustitución de dicho ingeniero por el ingeniero Rafael Eduardo Rodríguez Zambrano en ejercicio de lo previsto en el numeral 1.1, de la Sección 1ª del anexo 8º de los términos de referencia. En respuesta a la anterior solicitud, el IDU mediante comunicación SG-0100-087 suscrita el 26 de febrero del presente año, no aceptó dicho reemplazo habida cuenta que el post grado que acreditó el ingeniero Rodríguez no correspondió con el de especialización en tráfico o investigación operacional exigido de conformidad con el numeral 1.4 del anexo 8 de los términos de referencia. En efecto, los post grados que acreditó el señor Rodríguez en su hoja de vida que consta en la comunicación de CON.COL.AR 003053 del 17 de febrero de 1998, corresponden a “Highway Construction y others ... mientras que la simple constatación de los documentos aportados en esta demanda como pruebas permite verificar que los requisitos exigidos para el caso del subdirector de tráfico son —como es obvio— un post grado en tráfico o investigaciones operacionales”.

“Así mismo, por medio del documento CCA-IDU-ST-080-98 CON.COL.AR complementó la hoja de vida del ingeniero Rodríguez, pero dicha sustitución no fue aprobada por el IDU toda vez que del análisis de la información complementaria, no se verificó el cumplimiento de las condiciones exigidas en el anexo 8 de los términos de referencia, condiciones que ya se mencionaron. Por último, por medio de la comunicación CCA-IDU-ST-108-98 de CON.COL.AR, radicada en el IDU el día 10 de marzo, la interventoría propuso dos personas para el cargo de subdirector de tráfico e incluyó igualmente sus respectivas hojas de vida. Al respecto, debe señalarse que las dos personas propuestas, los ingenieros Francisco de Paula Pérez e Iván Caro Plazas, no cumplen con los requisitos señalados en el numeral 1.4., del anexo 8 de los términos de referencia teniendo en cuenta que los post grados que acreditan no corresponden con el de especialización en tráfico o investigación operacional”.

“En suma, CON.COL.AR nunca cumplió con la obligación de tener un subdirector de tráfico que estuviese preparado y disponible a partir de la fecha de iniciación de la fase I del contrato de interventoría, fecha en la cual debía estar conformada la plantilla mínima de personal de acuerdo con lo anteriormente expuesto, y fecha se recuerda, empezaba con la firma del acta de iniciación de labores, esto es el día 1º de diciembre de 1997, por cuanto como anteriormente se comprobó, la actividad del ingeniero Santiago Henao se limitó a asistir a una reunión en el IDU por primera vez el día 10 de febrero de 1998. Tampoco cumplió CON.COL.AR con ...

(FALTARON PÁGINAS 17 Y 18)

- Respecto de los informes de tránsito diarios y semanales, el demandante resalta el doble propósito que el Distrito Capital perseguía respecto de los mismos, propósito que en su opinión además quedó plasmado en los términos de referencia que luego entraron a formar parte del contrato 493 a que se viene haciendo mención: además de contar con indicadores sobre el impacto de las obras de recuperación de la malla vial sobre el tráfico de la ciudad, la administración pretendía mejorar su información sobre el comportamiento vehicular y “determinar estadísticamente las variaciones en la velocidad, los volúmenes vehiculares, por tramo, los tiempos de viaje, los tiempos de recorrido y de demora que puedan ocasionar otros factores del sistema diferentes a las obras de recuperación de la malla vial ” (pág. 77 del alegato de conclusiones). Para estos efectos existían en la ciudad estudios realizados con anterioridad a la celebración del contrato de interventoría que el contratista hubiese podido emplear para cumplir con esta obligación, considerada por el Distrito como de “altísima utilidad”. Dado que los informes debieron comenzar a presentarse a partir del día 2 de diciembre de 1997, el término del incumplimiento a la fecha de presentación de los alegatos de conclusión fue de 795 días.

- Se afirma por la demandante que hasta la fecha de presentación de los alegatos de conclusión no se había impuesto multa alguna al contratista, circunstancia que debe, en opinión de la demandante, ser tenida en cuenta por

el tribunal para la tasación de las multas.

1.7.2. Por la convocada

1.7.2.1. En el escrito de contestación

La demandada acepta los hechos relacionados en la demanda con relación a la apertura del concurso público SOP001/97 —respecto de los cuales solo aclara los nombres de las sociedades que conformaron el consorcio—, la suscripción del contrato 493 de 1997, el contenido de las cláusulas compromisorias —36.2—; 3; 7; 10.1. numeral 3º; 22, numerales 2, 3 y 5; 23 y 44 literal c; pactadas en el mismo, así como los anexos 1 y 8 de los términos de referencia. También acepta como cierta la relación de los documentos que se incluyeron en la propuesta, en cuanto a la plantilla mínima de personal.

Al contrario, la convocada expresa no estar de acuerdo con algunas de las interpretaciones que la convocante hace en los hechos de la demanda sobre las cláusulas contractuales ya referidas —asunto sobre el cual volverá más adelante este tribunal—, y hace las siguientes aclaraciones sobre los hechos expuestos en la demanda:

- La aprobación definitiva de la garantía única de cumplimiento nunca fue comunicada al consorcio;
- La suscripción del acta 1 de iniciación de interventoría “por obvias razones fue una formalidad que no podía “*per se*” desencadenar el inicio de labores de una empresa extranjera sin domicilio en Colombia y que cinco días hábiles antes suscribió un contrato” (pág. 4º de la contestación);
- Respecto de la cláusula compromisoria afirma que el IDU adhirió a ella por virtud de la función de coordinación y administración del contrato 493/97, función que le fue atribuida por el alcalde por virtud del Decreto Distrital 980 de 1994, así como por virtud del convenio interadministrativo SOP-IDU, suscrito el 14 de noviembre de 1997. Según la convocada, además, de estas funciones los funcionarios del IDU “han derivado con anuencia del señor alcalde capacidad para decidir en inclusive de dar órdenes directas que alteran lo contratado” (pág. 5 de la contestación); de estas circunstancias deriva además la contestación de la demanda la conclusión de que el IDU debe comparecer al proceso como parte;
- Respecto de las afirmaciones de los hechos de la demanda sobre la manera como la convocante dio cumplimiento a los procedimientos previstos en el contrato en relación con las multas, afirma (pág. 6 del escrito de contestación) que dichos procedimientos fueron impuestos “como una más de las condiciones para participar en el concurso”, y agrega (también en la pág. 6 de la contestación):

“... los demandantes al resolver las objeciones modificaron la tipificación de la causal y respecto de esta modificación no solo no se indicó la posibilidad de objetar, sino que no obstante reconocer que los hechos no habían ocurrido como fueron presentados por ellos mismos e inclusive aceptar la imposibilidad de cumplimiento de ciertas obligaciones en los términos pactados, arbitraria y caprichosamente continuaron con el trámite, todo lo cual constituye no solo una violación de los artículos 29 y 83 de la Carta Política sino un abuso del derecho y un incumplimiento del contrato”.

- La contestación de la demanda sustenta la afirmación de que ha habido mala fe contractual y abuso del derecho por parte de la convocante en todo lo relacionado con las multas objeto del presente trámite arbitral, en los hechos que se transcriben a continuación (pág. 7º del escrito de contestación):

“El contrato se suscribió con compañías extranjeras sin domicilio en Colombia el 21 de noviembre de 1997, la aprobación definitiva de la garantía única nunca se comunicó a CON.COL.AR, aunque el 28 de noviembre (viernes) se entregó para una corrección y ese mismo día, aparece firmada el acta de inicio en la que se afirma que el lunes inmediatamente siguiente, es decir después de dos (2) días no laborables, (1º de diciembre) se iniciarán las obras y las labores de interventoría”.

“CON.COL.AR, no obstante, lo apretado de los calendarios impuestos, dispuso lo necesario para que las labores que debían atenderse por el subdirector de tráfico se cumplieran, en forma continua y eficiente, independientemente de que se hubieran establecido o no los vínculos de trabajo o de prestación de servicios con

quienes suscribieron las cartas de compromiso, especialmente por razón de la época en que se dio inicio a las obras y por la falta de planeación con que se dispuso sobre la coordinación del contrato de obra y el de interventoría mismo”.

- En cuanto concierne a la vinculación del ingeniero Henao Pérez, se lee en el escrito de contestación de la demanda (págs. 8 y 9):

“... el señor Henao firmó un compromiso según el cual adjudicada la licitación a CON.COL.AR, adquiriría la obligación de atender esas funciones; por ello, en diciembre el señor Henao fue contactado para iniciar sus labores. Sin embargo, como la obra se estaba iniciando CON.COL.AR, en desarrollo de la autonomía administrativa y técnica que le otorga el contrato en la cláusula 31 no encontró inconveniente en que partiera de vacaciones y se pactaran las condiciones de su vinculación a su regreso. Lo que solo hasta febrero conoció CON.COL.AR era que el señor Henao tenía dificultades para comprender el alcance del compromiso adquirido”.

Igualmente se acepta como cierta la participación del ingeniero Henao Pérez en la reunión de 10 de febrero de 1998 a la cual se hizo referencia en el escrito de demanda y se expresa que “fue su primera intervención ante el IDU, no obstante su no vinculación desde el mes de diciembre, no obedeció (sic) a conductas imputables a CON.COL.AR. (sic)”;

- Los hechos de la demanda relacionados con el reemplazo del ingeniero Henao Pérez son objeto de los siguientes comentarios: a) el 17 de febrero el consorcio presentó el nombre de un nuevo ingeniero y solo hasta el 26 del mismo mes el IDU le señaló que este profesional no cumplía con las exigencias del contrato; b) en cuanto al envío de otras hojas de vida, afirma que se atiene a lo probado en el proceso; c) se vinculó al señor Pérez “en los únicos términos en que él aceptó poder atender su compromiso, y d) “...el IDU no ha cumplido con la aprobación del personal que se propuso para reemplazar al ingeniero Henao Pérez dentro de plazos adecuados; ni siquiera se había pronunciado, a la fecha de contestar la demanda, sobre la vinculación del ingeniero Francisco de Paula Pérez.

- Respecto del informe mensual correspondiente al primer mes de ejecución del contrato, se alega por la demandante que para esa fecha no se habían recibido los documentos necesarios para la elaboración del mencionado informe, por no ser exigibles para el constructor, dado que no existía coordinación entre los informes que debían presentar este último y el interventor pues los respectivos cronogramas no concordaban. Esta circunstancia dio lugar a que Velnec —firma encargada de la verificación del contrato de interventoría por encargo del IDU—, señalara que debían implementarse una serie de modificaciones (no precisa sobre qué aspectos debían ellas recaer), con el fin de hacer posible la presentación de los informes.

- En cuanto hace a los informes diarios y comparativo semanal que se reclaman por la convocante, la demandada afirma que ellos suponían la preparación, con quince días de antelación a la ejecución del contrato, de un informe básico donde “se consignarían mediciones de la situación del tránsito en los puntos exigidos, antes de que se iniciaran las obras”, informe que no se pudo preparar por cuanto “el contrato se suscribió el 21 de noviembre, la garantía, en el mejor de los casos se aprobó el 28 de noviembre y ese mismo día se suscribió el acta de inicio”. (pág. 12 del escrito de contestación)

1.7.2.2. En el alegato de conclusiones

Respecto de los hechos que dieron lugar al presente proceso la demandada se expresa en los términos que a continuación se exponen de manera sintética:

- CON.COL.AR no incurrió en las conductas que ni en las omisiones que se le imputan como causantes de las multas cuya declaración se pretende en este proceso porque: a) la plantilla mínima de personal nunca estuvo incompleta por razones imputables al consorcio; b) la presentación del primer informe mensual no fue incompleta ni se retardó por razones imputables al contratista, sino a la falta de coordinación entre los informes que debían rendirse en el contrato de obra y los del interventor, así como a la falta de colaboración de la administración distrital, y c) los informes de tráfico no pudieron presentarse por falta de colaboración de la misma administración y por razón de los plazos mismos del contrato;

- En cuanto concierne a la plantilla mínima de personal, la demandada destaca, como fundamento de su

afirmación, la participación del ingeniero Henao Pérez en reuniones relacionadas con la ejecución del contrato y en la suscripción, por su parte y en calidad de subdirector de tráfico del consorcio, de varios documentos técnicos. Todo lo cual la lleva a reiterar que este cargo fue proveído en los términos del compromiso que se había contraído al presentar la propuesta, para concluir que la carta de 13 de febrero de 1998, por medio de la cual el mencionado ingeniero manifestó a CON.COL.AR su no vinculación, ha de interpretarse como una renuncia;

También en lo concerniente con el cumplimiento de la obligación de mantener la plantilla mínima de personal, el alegato de conclusiones de la demandada hace hincapié en la circunstancia de que una vez recibió la comunicación de 18 de febrero de 1998, por medio de la cual el Distrito le hacía saber que debía reemplazar al ingeniero Henao, CON.COL.AR se apresuró a proponer otros nombres a la administración, todo ello con arreglo a las normas contractuales. Cuando la administración se pronunció al respecto y rechazó el nombre del profesional que había sido sometido a su consideración, la demandada propuso dos nombres respecto de los cuales no hubo nunca una aceptación expresa del distrito, pese a que uno de los integrantes de la mencionada propuesta ha desempeñado el cargo con pleno conocimiento de la secretaria de tránsito y del IDU;

- Respecto del primer informe mensual, la demandada hace énfasis en el desfase de los cronogramas del contrato de obra y del de interventoría, circunstancia que hacía imposible entregar un informe adecuado a las finalidades del contrato. Resalta que con posterioridad la administración ajustó los plazos de entrega de los mencionados informes, haciendo eco de una recomendación de la firma que tenía a su cargo la vigilancia del contrato de interventoría;

- Finalmente, respecto de los informes de tránsito la demandada vuelve a hacer énfasis en la circunstancia de que el contrato de intervención de la malla vial de Bogotá se comenzó a ejecutar con anterioridad al de interventoría, lo que hizo imposible la ejecución del informe de condiciones iniciales, indispensable para el cumplimiento de los objetivos que se perseguían con los informes diarios. Además, hace énfasis en cómo desde el primer momento, cuando advirtió la imposibilidad de cumplir con esta obligación el consorcio propuso la modificación de esta parte del contrato y se refiere a la propuesta que se formuló en el sentido de reemplazar estos informes por otros que sí ofrecieran alguna utilidad a la entidad contratante. Por último se refiere al escrito de 7 de mayo donde recoge las mencionadas ofertas, oficio que no fue respondido por medio diferente del de la demanda que ha dado lugar al presente proceso;

1.8. Fundamentos de derecho invocados por las partes

1.8.1. Normas invocadas

En sus escritos de convocatoria y de demanda, la actora invoca las siguientes normas como fundamento de sus pretensiones: Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991; Decreto 2651 de 1991; Ley 192 de 1995; Ley 377 de 1997, artículos 3° a 5°, 14, 23 a 26, 28, 32 y 70 de la Ley 80 de 1993; Código Civil, artículos 1530 y siguientes, 1592 y siguientes, 1502, 1602 y 1603; artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, además de las normas contractuales.

El consorcio soporta su defensa en las siguientes normas: Constitución Nacional: artículos 4°, 6°, 29, 83, 90 y 209; Ley 80 de 1993, en especial los artículos 3°, 4°, 5° (num. 3), 14 (num. 2), 26, 27, 40, 41, 44, 50, 53, 54, 59, 68 y 74; Código Civil, títulos I (en especial los arts. 1498, 1499, 1501, 1502, 1505, 1508 a 1510, 1516, 1519 y 1523), IV (en especial los arts. 1530 y 1537), V (en especial el art. 1553) y XII (en especial los arts. 1603, 1604, 1608, num.. 3, 1609 y 1610); Código de Procedimiento Civil, en especial los artículos 53 y siguientes, 97 y 390 y Decreto 850 del alcalde mayor de Bogotá.

1.8.1.1. Los argumentos

En síntesis, la convocante estructura su posición, en el escrito de demanda, de la siguiente manera:

- Hace énfasis en la conducta precontractual del consorcio y en el conocimiento que tuvo de las obligaciones que iba a contraer, entre las cuales aparecían, de manera clara, aquellas que se alegan como incumplidas en el escrito de demanda. Igualmente se refiere a la forma como el mismo consorcio aceptó, al presentar su propuesta, las mencionadas obligaciones.

- Se extiende en el texto de las cláusulas del contrato 493 de 1997, especialmente en cuanto concierne a aquellas que consagran el procedimiento de imposición de las multas (23) y a la que consagra las conductas u omisiones que dan lugar a esta sanción contractual.

Por su parte la demandada, en el escrito de contestación se opone a las pretensiones primera principal y primera subsidiaria, segunda principal, cuarta y quinta, al tiempo que expresa que las otras pretensiones del distrito no están llamadas a prosperar; finalmente, invoca como excepciones de fondo las ya mencionadas en este laudo: caso fortuito, fuerza mayor o hecho de un tercero; abuso del derecho, nulidad absoluta o ineficacia parcial de la cláusula de multas, desproporción de la sanción impuesta e inexigibilidad de otra conducta, las cuales desarrolla de la siguiente manera:

- Afirma que “la falta de vinculación del señor Henao” no es imputable a CON.COL.AR, quien por el contrario fue una víctima de la circunstancia de que el mencionado ingeniero no concretara su vinculación en cumplimiento de la carta de compromiso que había suscrito durante para la presentación de la oferta; todo ello constituye, a juicio de la demandada, caso fortuito, fuerza mayor o hecho de un tercero;

- De otra parte, hay mala fe del Distrito, también en opinión de la demandada al pretender sancionar “a compañías extranjeras, sin domicilio en Colombia, por no haber formado una empresa en dos días no laborables, por no haber entregado en un plazo determinado un informe mensual que se prepara con base en otros informes procedentes del contratista constructor que está obligado a la entrega después del vencimiento de ese plazo a entregar unos informes diarios comparativos sin la base sobre la cual se debe hacer comparación. La mala fe así expuesta se liga en la contestación de la demanda al concepto de abuso del derecho;

- Se alega la nulidad absoluta o ineficacia parcial de la cláusula de multas, al cual se refiere no solo en el capítulo de excepciones sino en el aparte donde expresa la posición del consorcio frente a las pretensiones de la demanda. Por ser asunto de especial importancia se transcriben los apartes pertinentes:

“...el siguiente aparte de la cláusula 22 debe ser declarado nulo o ineficaz por abuso del derecho, desviación de poder, violación del derecho a la defensa y violación del principio de legalidad”.

“(...)”.

“Mediante esta cláusula, el Distrito Capital de Santafé de Bogotá - SOP, en forma falaciosa pretende mantener en cabeza de la administración una potestad exorbitante en virtud del (sic) cual sus decisiones en materia de multas gozaban de la fuerza ejecutoria y ejecutiva propia en inherente de los actos administrativos, poder del que fueron despojadas las entidades estatales a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993”.

“Pretende, igualmente, la existencia de un título ejecutivo porque así lo desea la voluntad de quien se declara acreedor e, igualmente, que la prueba de la ocurrencia de los supuestos fácticos de la responsabilidad del contratista no es necesario probarlos”.

“Sumado a este aberrante acervo de abusos del poder, pretende en contradicción con la ley, crear por contrato un silencio administrativo positivo en su favor, con violación absoluta del derecho de defensa y, por último y, además de lo anterior, ignora normas de tal precisión como el numeral 5° del artículo 390 del Código de Procedimiento Civil que indica que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas...”. (págs. 3 y 4 del escrito de contestación a la demanda).

“(...)”.

“En efecto, tal como se señaló al tratar el punto en el capítulo de la contestación a las pretensiones, la SOP, incluyó en el contrato 493 de 1997 el texto transcrito del cual se desprendería que la comunicación de esta dependencia al contratista indicándole sobre un incumplimiento, si este no objeta, es suficiente para fijar la exigibilidad del pago de las multas, cuyo monto igualmente determina la SOP”.

“Este pacto, al igual que el de otorgar al silencio del contratista una obligación de pago con fuerza vinculante ejecutoria y ejecutiva, son nulos por violatorios del principio de legalidad, pues no existe norma legal que haya

autorizado a la administración para la imposición de multas contractuales por medio de decisiones con fuerza ejecutoria y ejecutiva, no para crear en su favor silencios con fuerza vinculante para el pago de dichas multas, ni para el cobro ejecutivo de multas contractuales ni para requerir judicialmente, ni para pactar respecto de las costas procesales”.

“El artículo 1519 es claro en señalar la nulidad de pacto contra norma de derecho público” (págs. 15 y 16 del escrito de contestación de la demanda).

En la oportunidad procesal para alegar de conclusiones el demandante analiza los argumentos expuestos por la demandada, ahonda en los conceptos que se contienen en la contestación de la demanda, los analiza a la luz de la doctrina y la jurisprudencia y concluye que ninguno de ellos está llamado a prosperar.

Por su parte, el consorcio, en la misma oportunidad procesal reitera, ampliándolas, las razones de su defensa, a las cuales agrega la solicitud de que el tribunal de arbitramento se declare incompetente, al tiempo que profundiza en la naturaleza de las multas que se controvierten en el presente proceso y en el contrato 493 de 1997, como contrato de adhesión. También se afirma que el distrito capital no dio cumplimiento cabal al procedimiento de que trata la cláusula 23 del contrato de interventoría. Como fundamento de la incompetencia del tribunal analiza la posición del honorable Consejo de Estado sobre la imposibilidad de que los jueces arbitrales se pronuncien sobre la legalidad de actos administrativos; para este efecto trae a colación las sentencias proferidas por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esa corporación el 23 de febrero y el 8 de junio de este año, en los procesos radicados con los números 16394 y 16973. De estos argumentos del alegato de conclusiones de la demandada se destacan, por tener especial relevancia para la decisión los siguientes:

- En el presente proceso se debate, en el fondo, la legalidad de un acto administrativo que fue aquel por medio del cual en realidad se impusieron las multas al consorcio;
- La objeción sobre la pretensión de la demanda que recae sobre intereses moratorios causados sobre el valor de la multa y que trae a colación doctrina sobre el carácter indemnizatorio de aquellos, al tiempo que se expresa que ellos solo pueden recaer sobre obligaciones “ciertas, claras, expresas y exigibles en dinero” (pág. 9 del alegato de conclusiones), argumentación que se relaciona con el análisis que en la misma etapa procesal se hace sobre el presente trámite arbitral como de conocimiento y de las pretensiones de la demanda como declarativas constitutivas;
- El análisis de la naturaleza del contrato 493 de 1997, para llegar a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión de tracto sucesivo, del género de consultoría, de la especie de la interventoría, circunstancia de la cual se deriva como principal consecuencia que las obligaciones principales hacen relación directa con esta actividad, mientras las demás adquieren la calidad de obligaciones accesorias. La primera de estas características cobra para la demandada especial importancia en cuanto concierne a la interpretación de las cláusulas 22 y 23 del contrato, respecto de las cuales se lee en el documento que se analiza: (págs. 20 y 21)

“De otra parte, en lo que hace a las cláusulas que determinan obligaciones accesorias, debe el tribunal tener en cuenta que no es viable por la simple estipulación contractual convertirlas en principales e inherentes a la substancia del contrato y por lo tanto, respecto de ellas, corresponde analizar su validez legal y la aplicación de los criterios de equidad a que se refiere la Corte, pues es obvio que en lo que hace a las cláusulas 22 y 23 se trata de aquellas que el adherente acepta, pero no se detiene a pensar en sus consecuencias si se aplicaran a la letra, entre otras razones, porque las falacias jurídicas que subyacen en las mismas con frecuencia escapan al conocimiento de quien ha de ejecutar el contrato”.

“La claridad de este punto se trae a estos alegatos de conclusión, porque el tribunal debe decidir sobre el cumplimiento de una serie de previsiones contractuales y considerar en qué casos, por tratarse de ambigüedades, contradicciones u oscuridades del texto, habrá lugar a interpretación a favor del adherente que no concurrió a redactar el clausulado y sufre las consecuencias de la omisión de explicaciones que han debido incluirse por el estipulante; en que casos, la claridad es total y en qué casos esta claridad no existe, asunto que resulta relevante para juzgar sobre las multas y los intereses moratorios, así como, qué cláusulas no obstante estar estipuladas, contradicen normas imperativas; igualmente, cómo debe interpretarse un contrato que contradice principios

irrefutables del derecho de las obligaciones o de los contratos y cuál ha sido la conducta de las partes durante la ejecución del contrato”.

- El énfasis en la mala fe de la entidad contratante tanto en la etapa precontractual como en la ejecución del contrato y en el abuso del derecho que constituye no solo la presentación de la demanda que ha dado origen a este proceso, sino el pretender que ciertas obligaciones contractuales se cumplieran dentro de términos especialmente estrechos, habida consideración del carácter extranjero de las firmas que integran el consorcio.

1.9. La objeción por error grave al dictamen del perito ingeniero Óscar Torres

Respecto del dictamen pericial decretado de oficio por el tribunal y rendido por el experto ingeniero Óscar Torres, CON.COL.AR lo objetó parcialmente por error grave en escrito del 18 de mayo del presente año, después de solicitar varias aclaraciones y complementaciones. Como el artículo 238 numeral 6° del Código de Procedimiento Civil dispone que la objeción a un dictamen pericial por error grave se decidirá en la sentencia, procede el tribunal al análisis de esta cuestión, con la anotación de que el error grave implica una grave discrepancia entre el entendimiento y la cosa, y no una simple diferencia de apreciaciones.

La parte demandada, en su escrito de objeciones sustenta su posición en los siguientes términos:

1. Comenta, en síntesis, que el perito, con error grave, no respondió en forma completa la pregunta 1 del tribunal, que dice: “Describir las metodologías posibles para llevar a cabo esta clase de informes con ilustración de los requerimientos de personal y de infraestructura que, de acuerdo con las condiciones tanto del contrato de interventoría 493 de 1997 (suscrito por las partes en este proceso) como del contrato de obra pública 462 de 1997 (suscrito entre la Secretaría de Obras Públicas y la firma Ingenieros Civiles Asociados Sociedad Anónima de Capital Variable) ha debido emplear CON.COL.AR, según cada una de las metodologías posibles” y que no respondió lo suficiente para tener claridad sobre dichas metodologías para realizar las labores consignadas en el anexo 1 del contrato.

Sin embargo, con el título de metodologías posibles para llevar a cabo los informes diarios y semanales, el perito dio respuesta mencionando que una de las obligaciones de CON.COL.AR era contar con un subdirector de tráfico, como lo ofreció en su propuesta, y del personal auxiliar para el control del manejo del tráfico así como de un profesional especializado en semaforización y un número suficiente de supervisores de campo y aforadores, acordes con el plan de aforos.

En consecuencia, esta objeción no tiene cabida.

2. Agrega la objetante que el perito se refiere al componente del personal dispuesto para cargos de carácter directivo, pero no de manera específica para cumplir con las labores definidas en el numeral 2.15 del anexo 1 de los términos de referencia que forman parte del contrato, lo que constituye un error grave pues presenta sus apreciaciones sobre la forma de la obligación de los requerimientos exigidos para dicha plantilla mínima, tema del cual nada se solicitó al perito.

Al imputarle esta falta de claridad, la objetante solicitó precisión al perito con base en el contrato y adujo que en su respuesta incurrió en error grave por haber utilizado objetos diferentes para rendir el dictamen o haber ignorado el texto que lo conforma pues el perito menciona que se requieren estudios de distribución direccional por sentido, parámetros de semaforización, coordinación de semáforos, porcentaje de giros a derecha y a izquierda, capacidad de niveles de servicio y longitud de colas, pues todo lo anterior no está exigido al interventor en el contrato correspondiente.

Sin embargo, se observa que en el anexo 1 numerales 2.15.3 aparecen en detalle las mediciones continua y periódicas de velocidad y volumen de tráfico y el perito responde que tal anexo fue utilizado para dar respuesta exhaustiva a lo planteado por el tribunal y por la objetante.

Por tanto, no existe error grave al respecto.

3. Nuevamente le imputa error grave al dictamen pues se solicitó al perito aclarar si para el estudio exigido se

requerían estaciones, a lo cual contestó que para determinar las condiciones iniciales del tráfico es indispensable disponer de estaciones maestras. Se quiere hacer consistir el error en que tales estaciones no forman parte de las obligaciones del interventor pues su obligación al respecto se reduce a realizar mediciones en horas precisas, antes del inicio de las obras y comparar esas mediciones iniciales con las posteriores a tal inicio y remitir ese cotejo.

El perito respondió, que según el número 11 del cuestionario inicial de CON.COL.AR se mencionó que los ajustes más utilizados son transformar un aforo de cierto número de horas del día en la extrapolación del equivalente de 24 horas y que lo anterior confirma la exigencia de determinar las condiciones iniciales del tráfico como lo pide el parágrafo 3° del numeral 2.15.3, y que, para ello, la interventoría siempre puede tener a su disposición la información secundaria.

Se concluye que no existe error grave en esta apreciación.

4. Se le pidió al perito que conceptuara si para la elaboración de los informes de la interventoría se tuvo en cuenta la circunstancia de que las obras previstas en el contrato 462 de 1997 hubieren sido anteriores a la ejecución del contrato de interventoría 493, a lo cual contestó que si bien lo deseable es tener previamente las condiciones de tráfico, ello no obsta para que en cualquier momento se puedan retomar tales circunstancias y elaborar planes de manejo integral del tráfico que minimicen los impactos adversos a los usuarios y, a solicitud de CON.COL.AR., manifestó que la responsabilidad de dichos planes constituye una obligación del contratista de la obra con la verificación, acuerdo y aprobación de la interventoría.

El error grave que se le imputa se hace consistir en haber utilizado un texto o contrato que no forma parte del expediente, como lo es el contrato de obra, el cual la objetante transcribe en lo pertinente para concluir que la obligación de la interventoría era vigilar y revisar el cumplimiento de los planes de manejo, señalización y desvíos por parte de la Constructora ICA, pero no el acuerdo y aprobación de los planes de manejo del tráfico.

Se recuerda que el perito puede acudir, como en este caso acudió, a fuentes informativas que no obren en el expediente, lo cual excluye el error de hecho imputado sobre el particular.

5. Respecto de la pregunta B de CON.COL.AR, el perito considera que ya le dio respuesta en el cuestionario inicial, apreciación que CON.COL.AR objeta por error grave por considerar que no ha habido respuesta precisa sobre lo de la pregunta en comentario.

Pero en cierto modo se trata de apoyar la respuesta en una anterior, cuestión que no implica la existencia de error grave.

6. Al solicitar el tribunal en su pregunta 6° cuánto tiempo requiere el montaje de la infraestructura profesional, administrativa y operativa necesaria para llevar a cabo los informes a que se refiere el presente dictamen, responde el perito que el organigrama referente al personal técnico de ingeniería de tráfico y sus auxiliares se debe tener listo para implementarlo a la iniciación del contrato y la contratación y organización de la logística de los aforos puede tomar un plazo al rededor de dos semanas, a lo cual CON.COL.AR pide cómo sería el contenido de esos informes diarios si la contratación del personal se toma dos semanas y el diseño de los formularios de aforos se cumple en una semana, a lo que el perito responde que el diseño de unos formularios de aforo es una labor que toma pocas horas cuando se tiene experiencia en hacerlos.

CON.COL.AR le imputa error grave pues la contradicción no permite llevar al tribunal el conocimiento claro sobre el tiempo que se requería para adelantar las labores exigidas en el anexo 1 numeral 2.15.3, pues el perito habla que el diseño del formulario de aforos se cumple en la segunda semana y que su elaboración toma pocas horas.

Se observa que son cosas distintas el diseño de la información diaria a partir de la segunda semana y la circunstancia de que su elaboración requiera pocas horas, luego el error imputado no es admisible.

7. Respecto de la pregunta C relativa a cuál será el contenido de los informes diarios y semanales según el cronograma respectivo si la determinación de las condiciones iniciales ocurre solamente en la cuarta semana contada a partir del inicio del contrato, a lo cual responde el perito que se debe consignar la información diaria y

semanal relacionada con la velocidad del tráfico, los volúmenes vehiculares, los tiempos de recorrido y las variables que dan una idea general del comportamiento global del tráfico en la ciudad y sus variaciones diarias y semanales.

CON.COL.AR., le imputa a lo anterior error grave pues se consagra el desacierto de manifestar que sin la información no se puedan remitir informes que necesariamente deban producirse con base en ella y que como la realización de los conteos se realiza a partir de la tercera semana y solo hasta ese momento se podría contar con la información diaria y semanal que debe ser reportada de acuerdo con el numeral 2.15.3, no es posible presentar informes con anterioridad a la toma de información de campo.

Pero como el perito menciona que debe consignarse la información diaria y semanal obtenida por la interventoría, se va conformando desde ese momento una idea general del comportamiento global del tránsito en la ciudad, luego el error grave es inexistente.

8. Hace referencia a la pregunta 5 del apoderado de la SOP que consiste en si la medición de las causas de reparo establecidas en el número 2° del numeral 2.15 del anexo 1 en las horas pico de la mañana es un mecanismo útil para que la administración distrital pueda discriminar las fuentes de las perturbaciones de tráfico de la ciudad en dichas horas e introducir correctivos a las mismas.

El perito responde que esas mediciones de las causas de las demoras pueden servir de una manera aproximada para introducir correctivos, de manera que la forma cuantitativa es la única conocida que permita establecer prioridades y garantizar que las decisiones no se tomen por simples apariencias sino por hechos que puedan ser medidos y replicables.

Sobre este mismo tema CON.COL.AR manifiesta que ofreció realizar otras mediciones para evaluar el impacto de las obras y si lo anterior es un mecanismo útil, a lo cual el perito respondió que no se entiende que CON.COL.AR debiera cuantificar los beneficios que las obras reportan a los usuarios pues este es un proceso que corresponde a la etapa previa de planeación y que debió ser adelantado por la entidad contratante.

CON.COL.AR objeta el dictamen porque el perito se abstuvo de responder lo preguntado y omitió el análisis del documento que obra en el expediente y que fue sometido a su experticio.

En realidad, no aparece que el perito se hubiera abstenido de responder lo preguntado, como se desprende de la parte final de su concepto sobre este particular, luego la objeción al respecto no está llamada a prosperar.

9. CON.COL.AR pregunta cuál es el objetivo o finalidad, desde el punto de vista de ingeniería de tránsito, del estudio a que hace referencia el numeral 2.15 del contrato 493 de 1997, a lo cual respondió el perito que el objetivo de dicho estudio es investigar los diversos factores y limitaciones de los vehículos y los usuarios, de los orígenes y destino de los desplazamientos, de la capacidad y los niveles de servicio y del funcionamiento de las intersecciones y de la accidentalidad para, de acuerdo con los resultados obtenidos, proponer las medidas pertinentes que minimicen los impactos negativos a los usuarios de la red, mediante un plan de manejo de tráfico, señalización y desvíos y que esta medición objetiva solicitada en los términos de referencia es parte de las obligaciones del interventor.

CON.COL.AR objeta el peritaje por error grave consistente en haber utilizado un contrato diferente y omitir el análisis del sometido a su conocimiento para rendir el experticio.

Se recuerda que el perito puede acudir a fuentes de información que no figuren en el expediente, como lo relativo a la praxis de la ingeniería de tránsito y, por tanto, no existe el grave error de hecho que en este aspecto se le imputa.

10. Se pregunta al perito si, de acuerdo con el anexo 3 numeral 1.5 del pliego de condiciones que forma parte del contrato 462 de 1997, se configura una obligación del contratista de obra en el sentido de investigar los orígenes y destinos de los desplazamientos, la capacidad y los niveles de servicio, el funcionamiento de las intersecciones y la accidentalidad, y si es responsabilidad suya la concepción, elaboración, evaluación y retroalimentación de todas las medidas para minimizar los impactos negativos de las obras, a lo cual el experto manifestó que de la lectura de dicho documento se desprende que es obligación de dicho contratista y que tal labor será supervisada, vigilada,

aprobada y presentada conjuntamente con la interventoría.

Nuevamente se le imputa error grave que consiste en abstenerse de responder lo preguntado y haber omitido el análisis del documento que obra en el expediente y que fue sometido a su experticio, error que no tiene cabida pues la respuesta que se analiza es clara y pertinente.

Conclusión del tribunal sobre la objeción al dictamen pericial

Por todo lo anterior debe declararse en la sentencia que no prosperan las objeciones por error grave formuladas por la convocada al peritaje del ingeniero Óscar Torres Gómez, por demás prestigioso profesional y experto en la materia.

2. Consideraciones previas del tribunal

Antes de iniciar el análisis de los hechos y de las pretensiones objeto del presente proceso arbitral, el tribunal considera necesario, dadas las manifestaciones de la convocada en el alegato de conclusiones, volver a pronunciarse sobre su propia competencia y sobre el trámite que siguió la actora en la etapa prejudicial del trámite de multas.

2.1. Requisitos de procedibilidad

2.1.1. La jurisdicción del tribunal en el presente proceso

Con fundamento en reciente jurisprudencia del honorable Consejo de Estado la convocada afirma que la potestad de imponer multas en los contratos estatales es una potestad exorbitante de la administración lo que significa su carácter no transigible y por lo tanto ajeno a la órbita de los tribunales de arbitramento. Resalta esta afirmación de la convocada, expuesta en su alegato de conclusiones, con sus expresiones sobre el tema en el escrito de contestación de la demanda, donde se manifiesta que las cláusulas sobre multas traducen claramente la atribución ilegal de potestades unilaterales a la entidad contratante, en un asunto en el cual la Ley 80 de 1993 las abolió. Refuerza su posición la apoderada del consorcio con el argumento, ya mencionado, de que en el fondo se debate en el presente proceso la legalidad de un acto administrativo, asunto vedado al conocimiento de los jueces arbitrales. Al respecto procede, pues, este tribunal a hacer las siguientes consideraciones:

- Es evidente que la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado ha aclarado cualquier duda sobre el carácter no transigible de la legalidad de los actos administrativos y sobre la consecuente imposibilidad constitucional y legal de que la justicia arbitral se pronuncie sobre ella. Tal ha sido la conclusión de sucesivas decisiones de la sección tercera de la sala de lo contencioso administrativo de esa corporación y la conclusión también de las providencias de 23 de febrero y 8 de junio de este año, en las cuales basa su posición la convocada.

No obstante, es claro que en el asunto presente no existe ningún acto administrativo cuya legalidad haya sido sometida al conocimiento de este tribunal. No obra en el expediente manifestación alguna de voluntad unilateral de la administración que imponga al consorcio multa de cualquier naturaleza, a pesar de que desde cuando la contratante puso en conocimiento del consorcio, por medio de oficio de 18 de febrero de 1998, que en su opinión se habían dado los supuestos de hecho que se debaten en este proceso como causantes de multa, este último interpuso recursos contra el mencionado oficio y manifestó que en él se contenía un acto administrativo. De otra parte, es claro que las cláusulas contractuales no mencionan en parte alguna que la entidad estatal deba proferir acto administrativo alguno para imponer las multas; al contrario, se expresa en el contrato que cuando haya objeción del contratista sobre la causación de la multa, es la autoridad judicial (juez arbitral en este caso), quien deberá definir si se ha causado y en qué cuantía la mencionada sanción.

Así del análisis de los documentos que obran en el expediente, resulta claro al tribunal que en el presente proceso no se debate la legalidad de acto administrativo alguno, como lo pretende la demandada.

- Ahora bien, puede afirmarse, y de hecho se afirma en el alegato de conclusiones del consorcio, que deferir a un tribunal de arbitramento la imposición de las multas contractuales en el contexto normativo de la Ley 80 de 1993 significa extraer del ámbito del juez natural de la administración la valoración de potestades propias del poder

público y darles el carácter de transigibles, en abierta violación con el ordenamiento jurídico. Esta afirmación, además, cobra especial impacto si se la analiza a la luz, como lo hace la demandada en su alegato de conclusiones, de la sentencia ya mencionada de 23 de febrero de 2000, por medio de la cual se declaró la nulidad del laudo proferido en el proceso arbitral seguido por Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá contra el consorcio Hispano Alemán.

Esta posición de la demandada, no obstante su innegable impacto inicial, pierde contundencia si se tienen en consideración los siguientes elementos adicionales de estudio:

— El mencionado fallo del Consejo de Estado ha sido proferido a propósito de un contrato administrativo suscrito durante la vigencia del Decreto 222 de 1983(sic);

— Durante la vigencia del Decreto 222 de 1993(sic) la imposición de multas por parte de la administración era una clara potestad exorbitante, por disposición expresa del mencionado estatuto contractual. Potestad que fue abolida por la Ley 80 de 1993, que solo conservó para las entidades estatales las facultades excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilaterales, además de la de declarar la caducidad del contrato;

— De manera que a partir de la entrada en vigencia del actual estatuto de contratación, se abrió para las entidades estatales la posibilidad de pactar las multas en los mismos términos en que ello es posible para los particulares, quienes, lo que es evidente a la luz de las normas del Código Civil y del Código de Comercio, pueden hacerlo tal como lo hicieron las partes en el contrato 493 de 1997, objeto de este análisis. Pacto que, además, concuerda con la reiterada jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que reconoció claramente esta circunstancia en fallos proferidos todos dentro del marco normativo de la Ley 80 de 1993. Inclusive las providencias en las cuales se fundamenta la demandada para solicitar que el tribunal se declare incompetente en este asunto son claras en admitir que las multas tengan un origen contractual como lo tienen en el asunto materia del presente litigio. Así se lee, por ejemplo, en auto de 4 de junio de 1998 (C.P. Ricardo Hoyos Duque), cuya doctrina fue objeto de reiteración en el de 6 de agosto del 1998 que también cita el consorcio:

“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 (C.C. art. 1592 y C. Co. art. 867), que por expresa remisión del artículo 13 del estatuto contractual es la fuente primaria de la regulación del contrato estatal”.

“En efecto, de acuerdo con la primera de estas disposiciones pueden establecer las partes de un contrato obligaciones con cláusula penal, definida por la ley como “aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal” y el artículo 867 del Código de Comercio por su parte expresa: “Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse...”.

“De estas dos previsiones se desprende que es perfectamente lícito y ello no comporta ninguna exorbitancia, que las partes en un contrato y con miras a asegurar la cabal ejecución del mismo 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 premiar al deudor (negrilla fuera del original)”.

— Ahora bien, en varios asuntos donde la estipulación contractual de la multa no ha indicado el procedimiento para su imposición (entre los cuales se encuentran las dos providencias que se han citado) la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha encontrado válido que la administración aplique la sanción de manera directa en lugar de dirigirse al juez del contrato para estos efectos; esta posición jurisprudencial descansa en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo cuyo texto se transcribe para mayor claridad conceptual:

“Salvo norma expresa en contrario, los actos que quedan en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento...”.

— No siendo pues, una potestad exorbitante la que entraña la cláusula de multas en un contrato estatal, las partes

pueden convenir que sea el juez quien decida si hay lugar a la sanción, pero en caso de silencio, se entiende que la entidad contratante puede hacer uso de sus potestades unilaterales por medio de actos administrativos que se someten en todo al debido proceso administrativo.

• De lo anterior concluye este tribunal de arbitramento que no existe impedimento constitucional o legal para reiterar su competencia con el fin de conocer de las pretensiones de la demanda, tal como lo analizó en la primera audiencia de trámite. También considera el tribunal que es competente para conocer de las excepciones propuestas por la convocada, salvo en cuanto concierne a la de nulidad de la cláusula de multas, por las razones que se analizarán más adelante en este laudo.

2.1.2. Cumplimiento de los trámites contractuales en materia de multas

Dado que la cláusula del contrato 493 de 1997, exige el cumplimiento de un trámite previo a la imposición de multas por parte del tribunal de arbitramento, procede a analizar si en el presente caso las partes dieron cumplimiento al mismo, toda vez que se trata de un requisito de procedibilidad que, en caso de haber sido inadecuadamente cumplido podría afectar la competencia del juez arbitral. Asunto al que, por lo demás, se refirió la apoderada de la demandada en su escrito de contestación visible en la página 6 cuando, frente al hecho sexto de la demanda, expreso:

“No es cierto, como se probará en el proceso, no obstante tratarse de un procedimiento que forma parte del contrato cuyo texto se impuso como una más de las condiciones que debía aceptarse para participar en el concurso, los demandantes al resolver las objeciones modificaron la tipificación de la causal y respecto de esta modificación no solo no se indicó la posibilidad de objetar, sino que no obstante reconocer que los hechos no habían transcurrido como fueron presentados por ellos mismos e inclusive aceptar la imposibilidad de cumplimiento de ciertas obligaciones en los términos pactados, arbitraria y caprichosamente continuaron el trámite...”.

Como consecuencia del análisis de las pruebas documentales que obran en el expediente encuentra el tribunal que el Distrito dio cumplimiento a los trámites a su cargo, previstos en la mencionada cláusula 23 del contrato 493 de 1997, en cuanto concierne a los siguientes hechos referidos en la demanda y consagrados en el mencionado acuerdo de voluntades como constitutivos de incumplimientos generadores de multas: no haber vinculado a un subdirector de tránsito en los términos pactados; no haber presentado oportunamente el primer informe mensual y no haber presentado los informes diarios de tránsito.

En efecto por medio de oficio de 18 de febrero de 1998 (cdno. 1 de pruebas, fls. 71 y ss.) el demandante puso en conocimiento del consorcio, la configuración de los siguientes hechos constitutivos de incumplimiento contractual:

- a) No haber vinculado al ingeniero propuesto en la oferta para desempeñar el cargo de subdirector de tráfico;
- b) Haber presentado inicialmente de manera incompleta el primer informe mensual y solo haberlo presentado de manera completa en forma tardía, y
- c) Haber omitido la presentación del informe diario de tránsito a que se refiere el numeral 4° de la sección 2.15.3 del anexo 1 de los términos de referencia.

Respecto del incumplimiento de la obligación de integrar la planilla mínima de personal, el IDU manifestó al contratista que disponía de cinco días para vincular un profesional que cumpliera con los requisitos pactados.

La mencionada comunicación del IDU fue respondida por el consorcio a través de escrito fecha el 24 de febrero de 1998 que obra a folios 54 y siguientes del cuaderno principal, por medio del cual el consorcio dijo estar interponiendo un recurso y que el oficio de 18 de febrero de 1998 era en realidad un acto administrativo.

Finalmente, por medio de comunicación de 16 de marzo de 1998 el IDU dio respuesta a las objeciones del contratista e hizo énfasis en que su manifestación del 18 de marzo carecía de los elementos constitutivos de un acto administrativo unilateral. Adicionalmente reiteró su posición de que se habían configurado las causales generadoras de las siguientes multas:

- a) La prevista en el numeral 2° de la cláusula 22 del contrato de interventoría, es decir, la concerniente al mantenimiento de la plantilla mínima de personal;
- b) La prevista en los numerales 4° y 6° de la sección 2.1.5.3 del anexo 1° de los términos de referencia, y
- c) El incumplimiento de la cláusula 14 del contrato, que consagra la obligación de presentar informes mensuales.

Ahora bien, respecto del incumplimiento de presentación de informes semanales de tránsito, encuentra el tribunal que si bien este se menciona en correspondencia interna que se cruzaron las autoridades distritales previamente al 18 de febrero de 1998, en la que se dirigió al contratista en esta fecha se omitió cualquier mención a este evento, razón por la cual el debate que se exige en el contrato no se dio respecto de esta circunstancia. Esta situación motiva al tribunal a abstenerse de cualquier pronunciamiento sobre la presentación o no presentación de los informes semanales que se expresan en la demanda como uno de los motivos que justifican las multas cuya declaración se solicita en la demanda.

En conclusión, los anteriores documentos indican claramente cómo se dan, para efectos del presente trámite arbitral los supuestos que exige el contrato de interventoría para que este tribunal ejerza su competencia respecto de las causales de multa contempladas en los numerales 2 y 5 de la cláusula 22, que constituyen el objeto de la demanda, salvo en cuanto concierne a los informes semanales de tránsito.

2.2. Consideraciones generales sobre el marco teórico del conflicto

Aun cuando no constituyen pretensiones y excepciones sobre las cuales deba pronunciarse el tribunal, en el presente proceso se han hecho manifestaciones reiteradas, sobre todo por parte de la demandada, en el sentido de que cualquier decisión que se adopte se haga con expresión clara sobre asuntos tales como la condición de contrato por adhesión que tiene el 493 de 1997 para el consorcio, condición que debe regir, respecto de las cláusulas accesorias, para efectos de interpretación del contrato; igualmente se destaca, de la posición de la defensa, la constante referencia a la condición de extranjeras de las empresas integrantes del consorcio, condición que las situó en situación especialmente desfavorable para cumplir con ciertas obligaciones contractuales dentro de los plazos previstos para la primera etapa de ejecución. Por esta razón, y porque es necesario para la comprensión de este laudo en cuanto concierne a las pretensiones y excepciones en concreto, se considera necesario hacer las siguientes consideraciones generales, previas al análisis de las cuestiones planteadas por las partes en los escritos de demanda y de contestación:

- Para el tribunal no resultan aceptables las reiteradas manifestaciones de la demandada en el sentido de que las cláusulas contractuales deben ser interpretadas con estricta sujeción a las reglas de los contratos por adhesión, y menos las manifestaciones sobre la conducta abusiva y la mala fe del Distrito Capital, quien en opinión de la convocada le impuso una serie de obligaciones de imposible cumplimiento, como la de conformar una empresa en un tiempo mínimo y la obligó a aceptar una regulación contractual sobre multas contraria a derecho y por completo ambigua. Al respecto considera el tribunal que el consorcio tuvo amplias posibilidades durante el período precontractual de discutir las condiciones del concurso en que se proponía participar y que demostró la capacidad suficiente para poder responder por la ejecución del contrato en caso de ser llamado a contratar; capacidad que por lo demás fue elemento determinante de la adjudicación.
- De otra parte, si bien los contratos estatales no ofrecen las mismas posibilidades de negociación que la generalidad de los contratos que se suscriben entre los particulares, no puede predicarse respecto de ellos la condición de contratos por adhesión. En primer lugar porque en la etapa concursal se ofreció a los eventuales proponentes la posibilidad de debatir las dudas que tuvieran sobre el negocio jurídico respecto del cual versarían sus ofertas; así se consagró en los términos de referencia del concurso que culminó con la suscripción del contrato 493 de 1998, según obra a folios 191 y siguientes del cuaderno 1 de pruebas. Y en segundo lugar, porque nadie obligaba a CON.COL.AR a participar en un concurso cuyas condiciones consideraba inaceptables; al respecto es necesario recordar que la minuta del contrato formaba parte del pliego del concurso, con lo cual dispuso el contratista de elementos necesarios para conocer si estaba en condiciones de aceptar las condiciones que se contenían allí. Al fin y al cabo no existía ninguna situación de carácter objetivo que obligara o forzara al contratista a la celebración de un contrato como el que se analiza; él surgió de una decisión empresarial y no de una

imposición legal o de un imperativo del mercado.

- Pero aun si se aceptara que el contrato 493 de 1997 obedece a la categoría más pura de los contratos por adhesión, los llamados por la doctrina contratos de condiciones uniformes, es necesario resaltar, para efectos de interpretación de las cláusulas contractuales, que el requisito de inteligibilidad de las condiciones previstas por el estipulante no obedece a un patrón general, sino que debe tener en consideración al destinatario de la estipulación. Para estos efectos considera pertinente el tribunal citar al profesor Luis Díez-Picazo y Ponce de León cuando afirma:

“No es discutible el requisito de la asequibilidad de la redacción de las condiciones generales. Se trata, como es obvio, de poder alcanzar la comprensión. La protección de los adherentes exige que estos puedan comprender estas reglas que pueden vincularles. No es admisible que tengan una redacción incomprensible para personas del nivel cultural que a los adherentes se supone. No puede establecerse una redacción que solo puedan comprender los expertos en derecho” [\(1\)](#)

Como aparece en los antecedentes del contrato 493 de 1997, los términos de referencia en él contenidos estaban dirigidos a un universo de posibles interesados de un alto nivel técnico y con experiencia en la celebración de contratos de interventoría como el que constituye objeto del presente análisis.

De esta manera, considera el tribunal que no puede deducirse, como lo afirma la demandada (por ejemplo en las expresiones contenidas en la pág. 20 del alegato de conclusiones del consorcio), que la entidad estatal hubiese obrado de mala fe. Es más, el esfuerzo por el mejor entendimiento y comprensión del contrato 493 de 1997 se confirma con la lectura de su cláusula primera la cual precisa el significado de muchos términos como “fuerza mayor”, “caso fortuito”, etc, en los cuales se circunscriben los conceptos que pudieran prestarse a interpretaciones equívocas.

De ahí que en aquellos casos en que sea imperativo para el tribunal realizar, a lo largo de este laudo, la interpretación de cláusulas que ofrezcan alguna duda en su aplicación, deba entenderse que se ha dejado de lado la consideración de que ha habido mala fe de la entidad estatal contratante.

- Uno de los elementos que determinaron la adjudicación del contrato de interventoría 493 de 1997 fue la capacidad para su ejecución que demostró CON.COL.AR. Al respecto debe recordarse, para los fines de este proceso, que la capacidad de contratación, así como el cumplimiento de los requisitos concernientes a la plantilla mínima de personal eran requisitos de admisibilidad de las propuestas, dentro de una primera etapa del proceso de selección que culminó con la celebración del mencionado contrato de interventoría. Todo ello obra en los términos de referencia del correspondiente concurso de méritos que reposan en el cuaderno de pruebas número 1. Por esta razón no resultan de recibo para el tribunal los argumentos expuestos por la demandada, en el sentido de que era violatorio del principio de colaboración de las partes en el contrato, el que el distrito capital hubiese insistido en el cumplimiento oportuno de las obligaciones contractuales que se han ventilado en el presente proceso.

2.3. Consideraciones puntuales del tribunal sobre las pretensiones

Con base en los anteriores razonamientos legales, doctrinarios y jurisprudenciales sobre los temas en que se fundamentan las principales controversias sometidas al tribunal, procede este a decidir las para despachar luego las excepciones de mérito a que hubiere lugar.

Primera pretensión

Se formula en términos de una principal y otra subsidiaria; por tal razón entra el tribunal a analizar la primera parte, que se considera pretensión primera principal, y solo si ella no prospera, entrará a analizar la que se formula como subsidiaria. Aun cuando resulte reiterativo, para efectos de la mejor comprensión de este laudo, se vuelve a transcribir, tal como ha sido plasmada en la demanda:

“Que se declare que el Consorcio Colombiano Argentino CON.COL.AR incurrió en conductas que tipifican las causales de multas previstas en los numerales 2 y 5 de la cláusula 22 del contrato 493 del 21 de noviembre de 1997, por las razones que se presentan en esta demanda, y por consiguiente, que se declare que se han cumplido y

verificado las condiciones suspensivas que hacen exigible la obligación de pagar las respectivas multas de acuerdo con lo establecido en el numeral 4° de la cláusula 23 del mismo contrato, y que se ordene al mencionado consorcio su pago, o subsidiariamente, que el tribunal establezca la procedencia de multas a cargo del Consorcio Colombiano Argentino CON.COL.AR, en desarrollo del contrato 493 de 1997, como consecuencia de los hechos constitutivos de multa a los cuales se refiere esta demanda, y que las aplique y ordene su pago”.

Dado que esta primera pretensión solicita que se declare que se han cumplido y verificado las condiciones suspensivas que hace exigibles las multas de acuerdo con la cláusula 23 del contrato 493 de 1997, “por las razones que se presentan en esta demanda”, se hace necesario determinar cuáles son tales motivos y en qué forma se presentan en la demanda. Así, en primer lugar se observa, al analizar la demanda, que las obligaciones de CON.COL.AR, sobre las cuales versa aquella pueden dividirse en dos aspectos generales: a) las relativas a la plantilla mínima de personal, y b) las que se refieren a los informes diarios, semanales y mensuales.

A. Las obligaciones de CON.COL.AR relativas a la plantilla, su trayectoria y sus consecuencias

1. En estas consideraciones nos referiremos a lo relativo a la plantilla mínima de personal, con la advertencia de que su obligación proviene tanto del contrato 493 como de los términos de referencia que constituyen un anexo a dicho contrato según la cláusula 44 literal c) del mismo, y que señalaron en su numeral 4.6 el deber de asumir la obligación de mantener una plantilla mínima de personal, lo que se expresó en la siguiente manera:

“4.6. Plantilla mínima de personal. El proponente asumirá la obligación de mantener una plantilla mínima de personal de acuerdo con lo dispuesto para tal efecto en el contrato de interventoría. Los requisitos en cuanto al número de personas, su formación académica y experiencia, y su dedicación, están establecidos en el anexo 8 de estos términos de referencia y son de obligatorio cumplimiento para quien suscriba el contrato de interventoría. En todo caso, al presentar la propuesta el proponente deberá informar el nombre, la identificación, la formación, la experiencia, y el grado de dedicación de determinados integrantes de la plantilla mínima de personal a la que se refiere este numeral, conjuntamente con las hojas de vida correspondientes, acompañadas de declaraciones suscritas por las personas presentadas, donde estas acepten que formarán parte de la plantilla mínima de personal antes mencionada, con el grado de dedicación indicado en la misma. Para efectos de lo previsto en este párrafo, se diligenciará el formato que obra como anexo 9 de estos términos de referencia el cual hará parte del contrato de interventoría, por lo cual la utilización del personal al cual se refiere este anexo en las labores de interventoría contratadas, con el grado de dedicación informado será de obligatorio cumplimiento para quien suscriba el contrato de interventoría. Dicha información será calificada, con la metodología establecida en el numeral 5.3.3.4 de estos términos de referencia, para efectos de seleccionar el proponente ganador en este concurso. Se aclara que las obligaciones establecidas al respecto de plantilla mínima de personal en estos términos de referencia y sus anexos, no eximen al interventor de su obligación de mantener una plantilla de personal que cuente con el número de personas que resulte necesario, con la dedicación, la formación y la experiencia que sea requerida, para asegurar el adecuado cumplimiento de sus obligaciones contenidas en el contrato de interventoría”.

1.1. De acuerdo con la demanda, sus pretensiones al respecto pueden condensarse y referirse a las obligaciones de la interventoría de establecer una plantilla mínima de personal de conformidad con el contrato, con los pertinentes términos de referencia, especialmente los de su anexo 8 y la obligación específica de incorporar en dicha plantilla mínima a un subdirector de tráfico que reúna las condiciones señaladas puntualmente en el contrato y sus anexos.

1.2. Para el tribunal, no obstante la descripción discriminada que se hace en la demanda, las referidas obligaciones de CON.COL.AR se engarzan para conformar básicamente una sola, compuesta por varias especificaciones particulares que no la dividen, so pena de llegar a romper la unidad de este aparte del contrato, no sin advertir que el principal reparo de la SOP (hoy el IDU), se centraliza en la falta de uno de los integrantes específicos y principales de la citada plantilla.

1.3. Aduce la demandante, en síntesis, que la interventoría a cargo de CON.COL.AR incumplió la obligación de conformar oportunamente la citada plantilla, y que, por tanto, incurrió en la multa pactada y prevista en el contrato.

2. Específicamente CON.COL.AR se obligó a incorporar un subdirector de tráfico de acuerdo con el contrato y sus anexos, que preveían que debía ser “ingeniero con título de especialización en tráfico o investigación operacional.

Especialización, maestría o doctorado, de una duración no inferior a un período académico de un año expedido por una entidad de educación superior, con experiencia profesional de 10 años o más en proyectos de ingeniería civil y de ellos al menos 5 años en la dirección de proyectos de tráfico y/o señalización urbanos” (cdno. 1 de pruebas, fl. 465) y al efecto indicó y designó al señor Santiago Henao Pérez, en el bien entendido de que debía comprometerse a una disponibilidad de tiempo completo.

2.1. Al respecto, esta obligación de CON.COL.AR nunca se llevó a cabo ni fue cumplida, siendo exigible desde el día 1° de diciembre de 1997, fecha del acta de iniciación de labores, situación que subsistió, según lo relata la demanda, hasta el 6 de abril de 1998, o sea durante 103 días hábiles.

2.2. Como se verá más adelante, CON.COL.AR presentó, casi después de dos o tres meses de iniciados los trabajos, un candidato para remplazar al ingeniero Henao, que no cumplió con los requisitos mínimos pactados en el contrato, razón por la cual el IDU, quien ya había reclamado a CON.COL.AR por la falta de tal subdirector de tráfico, puso de presente el incumplimiento de la interventoría (cdno. 1 de pruebas, fl. 64).

2.3. Del expediente aparece que el ingeniero Henao Pérez, inclusive según su propia versión, nunca prestó sus servicios a CON.COL.AR como subdirector de tráfico y que el candidato inicialmente presentado para remplazarlo nunca fue aceptado por el IDU (cdno. 1 de pruebas, fls. 66 y ss.)

3. Debe advertirse que la obligación de CON.COL.AR sobre plantilla mínima de personal tiene la modalidad de que su cumplimiento debe ser total y que la falta de cualquiera de sus integrantes produce la violación total de la obligación en comentario. O sea, en el presente caso, la falta del subdirector de tráfico implica incumplimiento total de la obligación sobre plantilla mínima.

3.1. Es importante anotar que todo lo anterior está confirmado por el mismo Santiago Henao Pérez en su carta dirigida a CON.COL.AR el 13 de febrero de 1998 (cdno. de pruebas 1, fls. 66 y 67), en la cual, en resumen, expresa su determinación de “no aceptar a ustedes ninguna vinculación, a cualquier título” en el mencionado contrato de interventoría. Igualmente reafirma todo lo anterior en la declaración testimonial que rindió ante este tribunal (cdno. ppal. 2, fls. 475 y ss.).

3.2. Por añadidura en el dictamen del perito ingeniero Óscar Torres aparece en el cronograma de actividades relacionadas con ingeniería de tránsito, en donde figura que la contratación de personal técnico es una actividad que debe comenzar a cumplirse desde el primer día de actividades, o sea desde la fecha de iniciación de las obras, lo cual no fue cumplido por CON.COL.AR, en lo que respecta al subdirector de tráfico, pese a que esa misma firma había propuesto al ingeniero Santiago Henao Pérez para desempeñar tal función, conforme aparece en la relación de personal directivo visible a folio 568 cuaderno de pruebas 2, en el primer anexo del escrito de aclaraciones del perito.

4. Debe recordarse que en materia de obligaciones contractuales bilaterales, establecida la existencia del contrato, como sucede en este caso, la sola afirmación de quien considera que su contraparte no ha cumplido, trasladada a este la carga de la prueba del cumplimiento y, de no presentarla, como ocurre en el caso de autos, quedará establecido en forma concreta el incumplimiento suyo, con todas las consecuencias legales (C.C., arts. 1546, 1602, 1603 y 1757). Prueba esta que pese a las afirmaciones de la demandada, no obra en el expediente. Al contrario, las propias afirmaciones de la demanda indican que la pretendida vinculación del ingeniero Henao Pérez, así fuera admisible la afirmación de que entre él y el consorcio existía una relación jurídica que le imponía a él la obligación de prestar sus servicios en los términos del contrato, muestra que ella no se pudo haber dado desde el primer día de la ejecución del contrato, por la simple razón de que, como se lee en los escritos de demanda y en el alegato de conclusiones del consorcio, este último admitió, según su versión, que le había permitido al ingeniero Henao irse de vacaciones y, según la declaración del mencionado profesional, que obra a folio 478 del cuaderno principal 2, él regresó de su descanso de fin de año el 10 de enero de 1998.

4.1. Una de tales consecuencias está prevista en el mismo contrato, que consagra en el numeral 2° de su cláusula 22 una multa diaria (entiéndese hábil) por cada día de mora en el cumplimiento, equivalente al cinco por diez mil (0.05%) del valor estimado del contrato, cuya cuantía es de \$ 11.000.000, luego el valor diario de la multa es de \$ 5.500.000, que computados con los 80 días hábiles de mora en el cumplimiento, o sea del 1° de diciembre de 1997

al 8 de marzo de 1998, arrojan la cifra de \$ 440.000.000. A pesar de que en la demanda se propusieron como días de incumplimiento de esta obligación 103, en su alegato de conclusión el apoderado del distrito reduce este término a 80, guiándose por la fecha de vinculación del ingeniero Francisco de Paula Pérez como subdirector de tráfico aceptado, según el mismo escrito, por la demandante para desempeñar el cargo. Adicionalmente, del material probatorio y de la conducta contractual de las partes (según obra en las declaraciones de los testigos que fueron llamados al proceso), es claro para el tribunal que el período de incumplimiento de esta obligación es de 80 días hábiles comprendidos entre el 1° de diciembre de 1997 y el 8 de marzo de 1998.

4.2. No sobra mencionar que como el valor máximo de la suma de las multas, cualesquiera que ellas fueren, no puede exceder el 10% del valor total del contrato, porcentaje que monta a \$ 100.000.000, la que se ha estructurado está por debajo de dicho tope y, por tanto, tiene asidero legal.

5. CON.COL.AR considera, como justificación de su incumplimiento, que depende de hechos y conductas que jurídicamente se pueden considerar como casos fortuitos o hechos de tercero que la exoneran de responsabilidad por la demora en la ejecución de ciertas obligaciones.

5.1. Sobre el particular se observa que, según lo aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, el caso fortuito se distingue entre externo o interno, esto es que no tengan ninguna relación con el obligado o que emane directa o indirectamente de este, situación esta última que no es exonerante de responsabilidad.

5.2. Por tanto, como CON.COL.AR era la obligada a tener desde la iniciación de la obra un subdirector de tráfico de las características ya anotadas, no cabe considerar que la ausencia de dicho funcionario fuera ajena a las responsabilidades de la entidad que debía haberlo incluido en su plantilla mínima de personal, o sea se trataría, en el mejor de los casos, de un evento fortuito interno que no la exonera de su responsabilidad contractual.

5.3. Debe recordarse que expresamente CON.COL.AR se obligó a incorporar un subdirector de tráfico que debía ser “ingeniero con título de especialización en tráfico o investigación operacional. Especialización, maestría o doctorado, de una duración no inferior a un período académico de un año expedido por una entidad de educación superior con experiencia profesional de 10 años o más en proyectos de ingeniería civil y de ellos al menos 5 años en la dirección de proyectos de tráfico y/o señalización urbanos” (cdno. de pruebas 1, fl. 365).

5.4. Otra característica legal de la fuerza mayor o del caso fortuito es que sean impredecibles e irresistibles, circunstancias que obviamente no se dan en el tema que se está analizando pues para CON.COL.AR no podía ser fuera de todo supuesto, que los integrantes de su plantilla no tuvieran las condiciones para desempeñar el cargo respectivo, y que tal actitud o falta de calificaciones exigidas contractualmente no pudieran ni conocerse ni enmendarse en su oportunidad.

5.5. Y, en cuanto se aduce por CON.COL.AR que se trata del “hecho de un tercero”, esta distinción tampoco es aceptable pues las personas que, como el ingeniero Santiago Henao, debían formar parte de la plantilla mínima de personal y por ende de las importantes actividades de dicha firma, no son terceros ni completamente ajenos a ella, ni su eventual negligencia exonera a la entidad que se había comprometido y obligado a emplearlos en la forma pactada pues, en realidad, tales personas integrantes de dicha plantilla mínima de personal prevista en el contrato conforman parte del mismo y su ausencia en la plantilla obligatoria, repercute en forma directa en la obligación de CON.COL.AR de mantenerla desde un inicio con expresa inclusión del mencionado ingeniero subdirector de tráfico.

Se trata de un caso evidente de responsabilidad directa de una persona por los hechos u omisiones propias. En efecto, CON.COL.AR no desarrolló la diligencia necesaria para subsanar la ausencia del subdirector de tráfico que ella misma había escogido, lo que implica un agravante a su incumplimiento y responsabilidad. En este mismo sentido el tribunal acoge lo expresado por la demandante cuando, a folios 31 y 32 de su alegato de conclusiones, manifiesta:

“Pero aun si así fuera, es claro que al consorcio sí le era exigible otra conducta; una conducta que, de haber sido observada por el consorcio, habría evitado su incumplimiento”.

“En efecto, una actuación diligente del consorcio hubiera sido la de informar desde un principio al ingeniero

Henao sobre la dedicación de tiempo completo que se exigía en los términos de referencia del concurso SOP 001/97 para el cargo de subdirector de tráfico”.

“En caso de que el ingeniero Henao hubiera aceptado un compromiso en esas condiciones, contactarlo en los días inmediatamente siguientes a la adjudicación del contrato, para concretar, en ese mismo momento, las condiciones de su vinculación como subdirector de tráfico de la interventoría”.

“Si así lo hubiera hecho, el consorcio hubiera conocido, incluso desde antes de iniciar la ejecución del contrato de interventoría, que no contaba con el profesional que había propuesto para ocupar ese cargo. Ello habría permitido presentar a la consideración del IDU las hojas de vida del posible reemplazo del ingeniero Santiago Henao, de tal manera que su falta se habría subsanado, muy probablemente, a los pocos días de haber iniciado la ejecución del contrato” (se resalta).

Además, del acervo probatorio resulta evidente que no existe más prueba de la vinculación real del ingeniero Henao al consorcio que el dicho de la parte. Como lo expresa el ingeniero Narváez, representante legal de CON.COL.AR en la actualidad, no existe en los archivos de esa entidad ningún documento donde conste que efectivamente el mencionado profesional fue vinculado de manera estable para integrar la plantilla mínima de personal en los términos previstos en el contrato.

5.6. Aun incurriendo en redundancia, se anota que en el caso de la ineptitud del tardío posible reemplazo del ausente subdirector de tráfico, sugerido por CON.COL.AR el ingeniero Rafael Rodríguez es esta quien ha debido exigir y verificar su adecuada calificación para desempeñar dicho cargo, todo lo cual estaba estipulado en el contrato y sus respectivos anexos, de manera que no existe disculpa válida para justificar el incumplimiento de CON.COL.AR.

6. CON.COL.AR aduce en su defensa que para la iniciación de los trabajos a su cargo consignada en el acta respectiva y la aprobación de la garantía, apenas le dieron dos días para tal real iniciación, que debía cumplirse a partir del 1° de diciembre de 1997.

6.1. Pero, aun siendo esto así, tales fechas de iniciación no fueron compulsivas sino producto de acuerdo entre las partes, pues dicha acta (cdno. de pruebas 1, fls. 105 y 106) aparece suscrita por ambas, luego CON.COL.AR ha debido prever desde el momento de estampar su firma que quedaba sometida a las obligaciones consecuentes a la iniciación de la obra, máxime si el contrato fue materia de detenidos estudios, ofertas y adjudicación entre las partes, razón por la cual sus mutuas obligaciones quedaron concebidas en términos claros y perentorios. Por tanto no es de recibo esta excusa de CON.COL.AR.

7. Como consecuencia de lo anterior, este tribunal condenará a la demandada a pagar al Distrito Capital de Bogotá - SOP, la suma de cuatrocientos treinta y tres millones seiscientos diecinueve mil doscientos diecinueve pesos (\$ 440.000.000) (sic) M/cte., correspondientes a una demora de 80 días en cumplimiento de esta obligación.

Vr. contrato	% Multa por día	Nº días de incumplimiento	Valor multa
11.000.000.000	0.50%	80	440.000.000

B. Aspectos relacionados con la presentación de los informes diarios y mensuales a que se refiere la demanda en el presente proceso

La primera pretensión solicita también se declare la ocurrencia de las conductas que tipifican las multas previstas en el numeral 5° de la cláusula 22 del contrato 493 del 21 de noviembre de 1997, por las razones expuestas en la demanda.

En los hechos de la demanda se discriminan, respecto de la obligación que consagra el numeral 5° de la mencionada cláusula 22 del contrato de interventoría el incumplimiento del contratista en la presentación del primer informe mensual (num. 8.1.1. de la demanda) y el incumplimiento de la obligación de presentar un informe diario y uno semanal de tráfico, obligaciones estas consagradas en los numerales 4° y 6° de la sección 2.15.3 del

anexo 1 de los términos de referencia (num. 8.2.1. de la demanda).

La mencionada discriminación que hace la demanda sobre los informes no entregados o entregados de manera extemporánea por el contratista, se refleja en la tasación de la multa que la actora hace, por una parte, para el informe previsto en la cláusula 14 del contrato y por otra para los informes a los que se refiere el anexo 1 de los términos de referencia, respecto de los cuales presenta la tasación como si se tratara de un solo informe.

La defensa se expresó respecto a cada uno de los informes mencionados en términos que el tribunal se permite resumir a continuación:

- Respecto del primer informe mensual que se presentó inicialmente de manera incompleta y luego, ya vencido el plazo correspondiente, con el lleno de los requisitos contractuales, insiste en que el desfase que existía en los cronogramas del contrato objeto de interventoría y de este último, impedía allegar la información necesaria para suministrar la información requerida de manera que fuera verdaderamente útil. Resalta que posteriormente la administración hizo eco de la solicitud de modificación de esos plazos y reformuló los términos para su presentación.
- En cuanto concierne a los informes de tránsito, manifiesta la demandada que su presentación se tornó en jurídica y técnicamente imposible en la medida en que la celebración y el inicio de la ejecución del contrato de obra de manera anticipada en relación con la celebración y ejecución del de interventoría impidieron el cumplimiento de un requisito fundamental, desde el punto de vista estadístico, para que los mencionados estudios se ajustaran a lo previsto en el contrato y fueran verdaderamente útiles a la administración; en efecto, según la demandada el haber iniciado las intervenciones con anterioridad al inicio del contrato de interventoría impidió la determinación de la situación base que debía servir de elemento de comparación para la elaboración de los informes de tránsito.

En su alegato de conclusiones, además, la demandada hace énfasis en que de acuerdo con los documentos del contrato la información que debía dar lugar a la determinación de la situación base debía ser recolectada directamente en el campo y no podía tener origen en fuentes diferentes.

Dada la inutilidad de elaborar los informes diarios sin contar con la información relativa a la situación base, el consorcio ofreció devolver al Distrito el valor que en la propuesta le había asignado a este ítem.

- La necesaria coordinación entre los contratos de interventoría y el de obra pública sobre la cual hace énfasis la demandada tiene amplia relación con el argumento sobre el cual se lee en los alegatos de conclusiones de CON.COL.AR, a folio 22:

“Lo anterior implica que si bien no es viable aplicar las reglas de los contratos accesorios al contrato de interventoría, su conexidad con el contrato de obra es evidente y en el presente caso relevante”.

“Evidentemente, en el marco de la relación contractual “*sub examine*” surge la necesidad de caracterizar la relación existente entre el contrato de obra y el de interventoría, pues se trata de contratos independientes en lo que se refiere a la relación bilateral entre el interventor y la entidad contratante y entre esta y el contratista de obra, pero necesariamente conexos en lo que se refiere a las obligaciones del interventor, a quien se confían la vigilancia y control del cumplimiento del contrato, pues la atención de algunas de ellas estaba necesariamente determinada, por las que a su vez se habían impuesto al constructor en su contrato”.

“En el caso presente, esta conexidad adquiere especial relevancia, pues se examina el cumplimiento de varios tipos de obligaciones; una de ellas, —la de mantener un subdirector de tráfico en su plantilla mínima de personal, propia de la interventoría— y que se pactó para ser cumplida de acuerdo con las diferentes fases del contrato de obra; la segunda, la relativa a la entrega del informe mensual completo, como se señala en la demanda, por cumplirse dentro de los ocho (8) días siguientes al vencimiento de cada mes de ejecución del contrato, exigible en tanto y en cuanto se hubiere exigido en el contrato de obra allegar en el mismo plazo la información relacionada con el avance de obra, que es uno de los informes que debe incorporarse al informe mensual; y la tercera, relativa a los informes diarios de tráfico, exigible si la entidad hubiera dispuesto lo necesario para que el contratista de obra iniciara las obras únicamente cuando hubieran transcurrido quince días a partir del inicio de la ejecución del contrato de interventoría”.

En cuanto a los argumentos anteriores, así como de todo lo expuesto por las partes en sus escritos de demanda, contestación y alegación, considera el tribunal, con base en las pruebas allegadas al proceso:

- Respecto del informe mensual, encuentra el tribunal que era jurídicamente viable su presentación dentro de los plazos pactados inicialmente en el contrato; toda vez que para la entidad contratante no era indispensable que la información en él incluida correspondiera a un momento preciso de la ejecución del contrato de obra. Así se desprende del texto del contrato de interventoría y de la declaración del doctor Mauricio Bustamante Pérez, que obra a folio 499 del cuaderno principal número 2 y que expresa, respecto de los mencionados informes mensuales de interventoría, tal como fueron previstos en el contrato:

“Por supuesto, el informe mensual de interventoría es un requisito formal establecido en los pliegos y en el contrato para que la administración pueda hacer un seguimiento formal del desarrollo de las obras y del desarrollo de la interventoría, prácticamente esa periodicidad se consideró adecuada para tener un informe estricto sobre el seguimiento del contrato, ya que 3 informes de interventoría deberían unirse para formar el trimestre a partir del cual se evaluaba el constructor, entonces, tener informes intermedios era bastante ilustrativo sobre el avance de las obras para que la administración pudiera tomar durante el plazo del trimestre las determinaciones que considerara convenientes en relación con el desarrollo mismo del contrato, esa es básicamente la filosofía de ese informe”.

La circunstancia de que luego se modificaron los términos de entrega no puede interpretarse como el reconocimiento de que la entrega del primer informe mensual fuera jurídicamente imposible; para el tribunal es claro que con ello se pretendió dar mayor eficacia a la gestión del interventor sin que esta conducta significara el reconocimiento de que la información que se debía suministrar en los términos inicialmente pactados fuera inútil o imposible de obtener.

- Respecto de los informes semanales a que se refiere el numeral 6° de la sección 2.15.3, del anexo 1 de los términos de referencia, recuerda el tribunal que por no haber sido objeto del trámite previsto en la cláusula 23 del contrato de interventora 493 de 1997, no se pronunciará sobre ellos. No obstante, en este punto encuentra conveniente el tribunal reiterar que si bien se incluyen en el texto de la demanda, en el punto 8.2.1 la omisión en la presentación de estos documentos, ella, para efectos de la petición que se hace por este motivo, no se distingue de la no presentación de los informes diarios.

- Finalmente, sobre los informes diarios de que trata el numeral 4° de la sección 2.15.3 del anexo 1 de los términos de referencia del ya mencionado contrato de interventoría, encuentra el tribunal que ninguna disposición contractual había dispuesto que se elaborara el informe contentivo de la situación base para las mediciones del impacto de la intervención de la malla vial sobre el tráfico de la ciudad, con una anterioridad de quince días respecto del inicio de las obras. Al contrario, el pliego de condiciones (cdno. de pruebas 1, fls. 243 y ss.) es claro en que el informe de las condiciones iniciales del contrato debía elaborarse en las primeras dos semanas de ejecución del contrato de interventoría, condiciones iniciales que, por lo demás, no condicionan jurídicamente la elaboración de los informes diarios de tránsito.

Adicionalmente no existe disposición contractual alguna que determine que el informe de las condiciones iniciales haya debido elaborarse con datos de primera mano. De esta manera, concluye el tribunal que la pretendida imposibilidad jurídica de elaborar los informes diarios a que se refieren los términos del concurso que dio lugar a la celebración del contrato de interventoría no existe, como lo pretende la demandante.

De otra parte, con el fin de aclarar lo concerniente a la supuesta imposibilidad técnica para elaborar los informes diarios, y proceder a redactar el presente laudo, recuerda el tribunal que se decretó el dictamen pericial que obra en el expediente, donde consta que si bien el informe de la situación base no era indispensable para la elaboración de los informes diarios y que el contratista había podido emplear información secundaria disponible, de ser ello necesario, para cumplir con esta obligación contractual.

También, recuerda el Tribunal de Arbitramento que no es jurídicamente dado al deudor de una obligación determinar si su cumplimiento es o no útil al acreedor como lo planteó en oficio de 7 de mayo de 1998 (cdno. de pruebas 5, fl. 2097). Y más aun cuando, como ha ocurrido en la ejecución del contrato 493 de 1997, el Distrito fue claro en la necesidad de obtener los ya mencionados informes (así consta, por ejemplo, en oficio de ene. 26/98 que

obra a fl. 79, cdno. 1 de pruebas y del memorando interno de feb. 3/98 que obra a fl. 68, cdno. 1 de pruebas). Finalmente, recuerda el tribunal que según lo prescribe el artículo 1599 del Código Civil, “habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”.

Por las razones anteriores este tribunal considera que se han tipificado las conductas constitutivas de las causales de multas consagradas en los numerales 2º y 5º de la cláusula 22 del contrato de interventora 493 del 21 de noviembre de 1997, por no haber vinculado al subdirector de tráfico y por el incumplimiento de presentar los informes mensual y diario a que se refiere la cláusula 14 del contrato y el numeral 4º de la sección 2.15.3, del anexo 1 de los términos de referencia que forma parte del mismo contrato. Como consecuencia de ello declarará que se han cumplido las condiciones suspensivas que hacen exigible la obligación de pagar las respectivas multas de acuerdo a lo establecido en el numeral 4º de la cláusula 23 del mismo contrato, y se condenará al consorcio a pagar el monto de las mismas así:

Respecto del informe mensual

Vr. contrato	% Multa por día	Nº días de incumplimiento	Valor multa
11.000.000.000	0.02%	11	24.200.000

Respecto de los informes diarios a que se refiere el numeral 2.15 del anexo 1 de los términos de referencia:

Vr. contrato	% Multa por día	Nº días de incumplimiento	Valor multa
11.000.000.000	0.02%	857	1.885.400.000

Como consecuencia de lo anterior, el tribunal se abstiene de pronunciarse sobre la petición primera subsidiaria.

Pretensión segunda

Como la primera, se formula en forma de una pretensión principal y otra subsidiaria que se transcriben a continuación para mayor claridad conceptual:

Pretensión principal

“Que se declare que el valor de las multas que se han tipificado asciende a la suma de quinientos catorce millones ochocientos mil pesos (\$ 514.800.000) a la fecha en que el interventor fue requerido por la SOP para su pago, más lo que corresponda a los días que transcurran posteriormente a ese requerimiento, durante los cuales continúe vigente el incumplimiento del interventor, ...”.

A esta pretensión se opone la contestación de la demanda con el argumento de que al no haber lugar a la sanción, ella no puede cuantificarse y porque “declarar la prosperidad de la pretensión aceptando que ocurrió un “requerimiento” implicaría aceptar que el Distrito Capital de Santafé de Bogotá - SOP y el IDU cuentan con facultades para “requerir” a sus contratistas con fuerza vinculante de naturaleza judicial, pues solo así una vez cumplido dicho requerimiento, el contratista deudor queda constituido en mora de pagar”.

Frente a estos argumentos y a los de la demanda, ya analizados, manifiesta el tribunal las siguientes consideraciones:

1. Ha quedado claro que los supuestos previstos para la imposición de las multas han ocurrido en los términos consignados en los considerandos de la primera pretensión; de ahí que proceda entrar a estudiar si la sanción contractual cuya declaración se solicita en la demanda procede o no, en los términos de esta pretensión segunda

principal.

2. De acuerdo con el numeral 4° de la cláusula 23 del contrato de interventoría, la obligación de pagar las multas “es una obligación condicional sujeta únicamente a la ocurrencia de los supuestos fácticos enunciados. Por lo tanto, su causación no requerirá de declaratoria especial alguna por parte de la SOP”. Esta previsión, efectivamente, hace que cualquier requerimiento de la entidad estatal sea inocuo frente a la causación de la multa. Además, en virtud de lo previsto en la misma cláusula 23 del contrato, en caso de objeción por parte del interventor sobre la procedencia de la multa, o sobre su tasación o cuantificación, como ocurre en el asunto materia de este debate, corresponde al juez arbitral hacer las correspondientes declaraciones y condenas.

3. De modo que la cláusula 23 del contrato no prevé que haya requerimiento alguno de la administración, ni las comunicaciones que obran en el expediente obedezcan a ese concepto, sino, como ha quedado dicho, a la manifestación de la entidad estatal prevista en el numeral 1° de la misma cláusula 23 del contrato.

4. Finalmente, si se acepta la solicitud de la demanda contenida en la segunda pretensión principal el tribunal estaría haciendo una declaración que podría ser contraria al artículo 22 del mencionado contrato 493 de 1997, en cuanto él señala un límite a la imposición de las multas, las cuales no podrán exceder el diez por ciento (10%) del valor estimado del contrato, es decir de la suma de mil cien millones de pesos. (\$ 1.100.000.000).

De otra parte, aclara el tribunal que como la cláusula 23 del contrato de interventoría, en su numeral 4° señala que “la obligación de pagar las multas previstas en la cláusula anterior es una obligación condicional sujeta únicamente a la ocurrencia de los supuestos fácticos enunciados ...”. Esta circunstancia le impone desechar la segunda pretensión en cuanto principal y acoger la segunda que se presenta como subsidiaria. En efecto, de acuerdo con las disposiciones contractuales, acceder a la segunda pretensión principal equivaldría a supeditar la cuantificación de las multas al requerimiento del acreedor y contrariar el enfoque de la disposición contractual transcrita.

Como conclusión de lo expuesto, la pretensión segunda formulada como principal no prospera y procede el tribunal a analizar la segunda subsidiaria:

Pretensión subsidiaria

Se transcribe por las mismas razones que motivaron la transcripción de la principal:

“... o en subsidio que se declare que el valor de las multas que se han tipificado asciende a la suma que corresponda a la cuantificación que realice (sic) el Tribunal de Arbitramento, de acuerdo con los parámetros contenidos en el contrato 493 de 1997”.

Respecto de esta pretensión se lee en el escrito de contestación de la demanda:

“CON.COL.AR no se opone, pues, en efecto, es el tribunal quien debe determinar si el contratista incurrió en conductas que lo hacen responsable por el incumplimiento y así concluye debe señalar cuál es el monto a cuyo pago estaría obligado CON.COL.AR, en desarrollo de lo legalmente pactado en el contrato. No obstante llama la atención sobre el hecho de que lo que se tipifica no son las multas sino las conductas y sobre el hecho de que no todo lo pactado en la cláusula es legal”.

Como se expresó en las consideraciones referentes a la primera pretensión que ha prosperado, el monto de las multas causadas ascienden a las siguientes sumas:

• Por razón de la obligación de mantener la plantilla mínima de personal, cuatrocientos cuarenta millones de pesos (\$ 440.000.000), resultado de aplicar el porcentaje previsto en el numeral 2° de la cláusula 22 del contrato de interventoría a cada uno de los días hábiles de retardo, a partir del 1° de diciembre de 1997, fecha de iniciación de la ejecución del contrato, así:

Vr. contrato	% Multa por día	N° días de incumplimiento	Valor multa
11.000.000.000	0.050%	80	440.000.000

• Por razón del incumplimiento en la presentación de los informes diarios de tránsito, la suma de un mil ochocientos cuarenta y tres millones seiscientos mil pesos (\$ 1.885.400.000), fruto de aplicar el dos por diez mil (0.02%) previsto en el numeral 5° la cláusula 22 del contrato de interventoría a partir del día 2 de diciembre de 2000, así:

Vr. contrato	% Multa por día	Nº días de incumplimiento	Valor multa
11.000.000.000	0.02%	857	1.885.400.000

• Por razón del retardo en la presentación del primer informe mensual de obra, la suma de veinticuatro millones doscientos mil (\$ 24.200.000) pesos, fruto de aplicar el dos por diez mil (0.02%) previsto en el numeral 5° del contrato de interventoría, a partir del día 12 de enero de 1998 así:

Vr. contrato	% Multa por día	Nº días de incumplimiento	Valor multa
11.000.000.000	0.02%	11	24.200.000

Como sumadas las cantidades anteriores, que ascienden a 2.349.600.000, se supera el monto máximo que pueden alcanzar las multas en el contrato de interventoría, y teniendo en cuenta que el Distrito Capital, en su alegato de conclusiones informó al tribunal que no se han impuesto multas adicionales al contratista, este declarará que las multas que se han tipificado ascienden, por virtud de lo dispuesto en la cláusula 22 del contrato de interventoría ya mencionado, a la suma de un mil cien millones de pesos (\$ 1.100.000.000), M/cte.

Finalmente, frente a las inquietudes terminológicas que plantea la demanda sobre la forma como se ha redactado la pretensión, no encuentra este tribunal que la confusión en que incurre la convocante entre “tipificación de la multa” y “tipificación de conducta sancionada” constituya un inconveniente jurídico que pueda enervar su capacidad de decisión. En primer término, la imprecisión terminológica sobre la cual se llama la atención en el escrito de contestación no hace impreciso ni vago el texto de la pretensión pero aun si el alcance de esta inexactitud cubriera de un manto de duda lo que se solicita del tribunal, este recuerda que la jurisprudencia ha sido reiterativa en cuanto a los poderes de interpretación de la demanda que tienen quienes ejercen función judicial, poderes cuyo ejercicio no es opcional sino obligatorio, en aras de la prevalencia de lo sustancial del proceso frente a lo puramente formal, principio este consagrado en el artículo 228 de la Constitución. Para estos efectos baste recordar los siguientes pronunciamientos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia: sentencia de 20 de agosto de 1981, con ponencia del magistrado Alberto Ospina Botero; sentencia de 21 de enero de 2000, con ponencia del magistrado Nicolás Bechara Simancas; sentencia de 17 de abril de 1998, con ponencia del magistrado Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Pretensión tercera

Se expresa en la demanda en los siguientes términos:

“Que se condene al Consorcio Colombiano Argentino “CON.COL.AR”, a pagar el valor de las multas causadas de conformidad con lo previsto en las cláusulas 22 y 23 del contrato 493 de 1997”.

La demandada expresa en su escrito de contestación que no se opone a esta pretensión, en caso de prosperar la configuración de las conductas causantes de las multas objeto de este proceso; no obstante, hace énfasis en la condición de multas de apremio que tienen las consagradas en los artículos 22 y 23 del contrato 493 de 1997.

Hecho el análisis de esta pretensión, encuentra el tribunal que ella es una consecuencia lógica de las declaraciones y condenas que se han hecho al resolver las pretensiones primera y segunda. No obstante, como la cláusula 23 del contrato de interventoría 493 de 1997 se refiere expresamente a los “intereses de mora” que habrá de pagar el contratista cuyas objeciones a la causación de las multas no prosperen en el Tribunal de Arbitramento allí previsto,

tema que constituye objeto de otra de las pretensiones de la demanda, la cuarta, y que por tanto será considerada aparte, este laudo condenará a los integrantes del Consorcio Colombiano Argentino CON.COL.AR a pagar el valor de las multas a que se refieren las consideraciones y condenas hechas por aquel en relación con las peticiones segunda y tercera de la demanda, en los términos previstos en las cláusulas 22 y 23 del contrato 493 de 1997, salvo en cuanto concierne a los intereses moratorios a que se refiere el numeral 3° de la mencionada cláusula 23 del contrato suscrito por las partes en el presente trámite arbitral, tema que se analizará más a espacio al estudiar en concreto la siguiente pretensión.

Pretensión cuarta

Se formula en la demanda en los siguientes términos:

“Que se condene al Consorcio Colombiano Argentino “CON.COL.AR” a pagar intereses moratorios sobre el valor de la multa que corresponda a cada uno de los días durante los cuales se han presentado los respectivos incumplimientos, a la tasa más alta permitida por la ley para el cobro de intereses, desde el momento en que acaecieron los supuestos fácticos que tipifican las causales de multas referidas en la primera petición de esta demanda, hasta la fecha del pago correspondiente, todo con sujeción a lo prescrito en la cláusula 23 del contrato 493 de 1997”.

La demandada se opone a esta pretensión, en primer término, con el argumento de la nulidad de la parte correspondiente de la cláusula 23 del contrato de interventoría y en segundo, con los que se transcriben a continuación:

“Mediante esta cláusula, el Distrito Capital de Santafé de Bogotá - SOP en forma falaciosa pretende mantener en cabeza de la administración una potestad exorbitante en virtud del (sic) sus decisiones en materia de multas gozaban de la fuerza ejecutoria y ejecutiva propia e inherente de los actos administrativos, poder del que fueron despojadas las entidades estatales a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993”.

“Pretende, igualmente, la existencia de un título ejecutivo porque así lo desea la voluntad de quien se declara acreedor e igualmente, que la prueba de la ocurrencia de los supuestos fácticos de la responsabilidad del contratista no es necesario probarlos”.

“Sumado a este aberrante acervo de abusos del poder, pretende en contradicción con la ley, crear por contrato un silencio administrativo positivo en su favor, con violación absoluta del derecho de defensa ...” (págs. 3 y 4 de la contestación de la demanda).

Además en su alegato de conclusiones se extiende sobre la naturaleza que tienen las multas como multas de apremio en el contrato de interventoría y desarrolla este concepto con fundamento en la doctrina. Igualmente, hace énfasis en el carácter desproporcionado de la sanción, la cual, en su opinión, es absolutamente vulneratoria de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, razón por la cual solicita la aplicación del artículo 1601 del Código Civil.

Aun cuando en su alegato de conclusiones la convocante no hace un análisis separado de la justificación de los intereses que se pretenden en esta parte de la demanda, sino que los da por causados en caso de que prosperen las pretensiones primera, segunda y tercera, es conveniente tener en cuenta los siguientes argumentos que se leen en el mencionado escrito, a folio 13:

“En el caso que nos ocupa, las partes, en la cláusula 22 del contrato de interventoría se pusieron de acuerdo, de manera anticipada, en unas sumas de dinero que tendría derecho a reclamar la administración en el caso en que el consorcio incumpliera con sus obligaciones pactadas en el contrato de interventoría; ello no implica que el consorcio, con el pago de dicha pena, quede liberado del cumplimiento de la obligación principal. Para llegar a esta conclusión basta con revisar el inciso final de la mencionada cláusula 22 del contrato de interventoría:”

“(…)”.

“2. Según lo expresa el doctor Guillermo Ospina Fernández “el acreedor de la pena para hacerla efectiva, solo

necesita acreditar judicialmente la existencia de la obligación principal y de la cláusula (se refiere a la cláusula penal), y la infracción de la primera, cuando esta es negativa, o la mora del deudor si es positiva””.

“3. La existencia de la obligación principal se encuentra suficientemente probada, como se señaló en el numeral 1A anterior. Igualmente la existencia de la cláusula 22 del contrato de interventoría ...”.

En cuanto a la proporcionalidad de la sanción, también en los alegatos de conclusión de la convocante se lee, en la página 46, “finalmente, para proteger la proporcionalidad de la aplicación de las multas se previó, desde el contrato de interventoría, que las multas nunca podrían pasar del 10% del valor estimado del contrato”.

De los argumentos expuestos, así como del análisis integral de los distintos escritos que han presentado las partes a lo largo del proceso y del estudio del contrato de interventoría, considera el tribunal:

1. Por las razones carecer de jurisdicción, como se expresará más detenidamente al analizar las excepciones de fondo de la demandante, el tribunal no se pronunciará sobre la solicitud de nulidad que hace la demandada respecto de la normativa contractual que regula los intereses moratorios a que se refiere la cláusula 23 del contrato de interventoría.
2. No comparte el tribunal los argumentos del consorcio sobre las potestades exorbitantes de la administración que se consagran en el ordinal 3° de la mencionada cláusula 23 del contrato. En efecto, dado que el procedimiento previsto en esta cláusula es eminentemente contractual y que requiere de la intervención del juez del contrato (en este caso de un Tribunal de Arbitramento), que declare la ocurrencia de los supuestos fácticos que soportan las multas y que cuantifique el monto de las mismas, encuentra el tribunal que esta afirmación carece de toda justificación.
3. No obstante lo anterior, sí surgen para el tribunal serias dudas sobre la naturaleza de los intereses de mora que se consagran en el mencionado numeral 3° de la cláusula 23 del contrato de interventoría, sobre todo al intentar una interpretación sistemática y armónica de todo el contrato. Particularmente para efectos de determinar si los intereses que se reclaman en este aparte de la demanda han de considerarse cubiertos por el tope máximo del diez por ciento del valor estimado del contrato, según se lee en la cláusula 22 tantas veces mencionada. Para estos efectos analizará la naturaleza de las multas impuestas al decidir las pretensiones anteriores y luego verificará el sentido de lo que en la mencionada disposición contractual significa la expresión “intereses moratorios sobre la suma correspondiente”, elementos estos que se consideran necesarios para definir lo concerniente a la petición en estudio:

3.1. Naturaleza de las multas impuestas al contratista

• El análisis sistemático de las penas en caso de retardo o incumplimiento de obligaciones contractuales que acordaron las partes en el contrato 493 de 1997 permite ver que se trata de una estructura compleja que comprende las siguientes herramientas:

a) Según la cláusula 7ª:

“El cumplimiento de los requerimientos mínimos en cuanto al personal del interventor y las pruebas y controles establecidos en las actividades y procedimientos de interventoría, durante cada mes calendario, será requisito necesario para que el interventor pueda presentar para su trámite y pago, las actas mensuales de pago por servicios de interventoría. Para estos efectos, en dichas actas el interventor dejará expresa constancia de que tales obligaciones se han cumplido”;

b) La cláusula 8ª, sobre intereses moratorios, cuyo texto se transcribe para mayor claridad conceptual:

“Para todos los casos de mora en las obligaciones de pago entre la SOP y el interventor, se aplicará la tasa de interés bancario corriente certificada por la (*) Superintendencia Bancaria, más la mitad de dicha tasa sobre los valores de capital debidos, sin que dicha tasa pueda superar la tasa máxima permitida por la ley colombiana. Para tal efecto, se utilizará la tasa certificada vigente para el día siguiente al día del vencimiento del plazo para el pago originalmente pactado”.

“Salvo estipulación en contrario, el plazo de pago establecido para cualquier obligación dineraria que se genere entre las partes, como resultado de lo establecido en este contrato, será de veinte (20) días hábiles. Vencido este plazo, o el plazo diferente a este que aparezca expresamente estipulado en otra cláusula de este contrato, se causarán los intereses de mora establecidos en esta cláusula”;

c) La cláusula 14, en su inciso final, donde se prevé:

“La no presentación de los informes mensuales a que se refiere esta cláusula o la deficiencia en su contenido, serán causa suficiente para que la SOP retenga el pago de las actas mensuales de pago por servicios de interventoría, hasta que el interventor corrija a satisfacción de la SOP la deficiencia que haya sido advertida y comunicada por escrito por la SOP al interventor . Lo anterior sin perjuicio de las demás multas, sanciones y responsabilidades que le quepan al interventor por su incumplimiento, de conformidad con este contrato y con la ley”;

d) La cláusula 15, en su inciso final, que establece efectos similares a los que se han transcrito para la no presentación del informe final:

“El pago de la última acta mensual de pago por servicios de interventoría quedará sujeto a la aprobación por parte de la SOP del informe final a que se refiere esta cláusula. Lo anterior sin perjuicio de las demás multas, sanciones y responsabilidades que le quepan al interventor por su incumplimiento, de conformidad con este contrato y con la ley”;

e) La cláusula 20, sobre caducidad administrativa;

f) La cláusula 21, penal pecuniaria, cuyo texto se transcribe:

“En caso de declaratoria de caducidad, se impondrá al interventor una sanción equivalente al 10% del valor estimado del contrato, la cual se hará efectiva sin perjuicio de las multas causadas a cargo del interventor”;

g) La cláusula 22, ya mencionada, sobre multas, la cual se transcribe en lo pertinente, para mayor claridad conceptual:

“En caso de incumplimiento de las obligaciones a su cargo, el interventor autoriza expresamente a la SOP para descontar de los saldos a su favor el valor de las multas a que se haga acreedor, en los siguientes casos:

1. ...

2. Por mora o incumplimiento injustificado de las obligaciones referentes a la oportuna disponibilidad del personal mínimo requerido conforme a este contrato, se causará una multa diaria por cada día de mora en el cumplimiento equivalente al cinco por diez mil (0.05%) del valor estimado del contrato.

3. ...

4. ...

5. Por no presentar oportunamente los documentos, informes, respuestas, comunicaciones y demás requerimientos previstos en este contrato o en el contrato de obra, ya sea frente al contratista o al supervisor de este contrato, se causará una multa diaria por cada día de mora equivalente al dos por diez mil (0.02%) del valor estimado del contrato. Si la demora frente a un requerimiento del contratista implica, de acuerdo con lo previsto en el contrato de obra, la presunción del sentido de la respuesta de cualquier manera, la multa corresponderá al cinco por diez mil (0.05%) del valor estimado del contrato, sin perjuicio de la responsabilidad del interventor frente a la SOP por los perjuicios que la respuesta presunta haya podido acarrearle.

6. Cuando una determinada obra o actividad ejecutada por el contratista haya sido recibida a satisfacción o aceptada por el interventor, y se comprobare que la misma no cumple con las especificaciones previstas en el contrato de obra, dentro de los márgenes de tolerancia aceptados por dichas especificaciones, el interventor se hará acreedor a una multa equivalente al diez por ciento (10%) del valor pagado por la SOP por dichas obras o actividades. Esto sin perjuicio del requerimiento que se hará al contratista para que corrija los defectos y sin

perjuicio de la responsabilidad del interventor por los perjuicios que hubiera podido sufrir la SOP.

Para los efectos de este numeral, si el interventor hubiere advertido el incumplimiento de las especificaciones por parte del contratista, durante el término de ejecución del contrato de obra, y así mismo hubiere requerido al contratista para que dentro de un plazo máximo de quince (15) días hábiles procediera a efectuar la reparación correspondiente, remitiendo a su vez, copia del requerimiento a la SOP, y si por último el contratista hubiese reparado dentro de dicho término la falla respectiva o proveído a la SOP de garantías suficientes para asegurar que dicha falla se corregirá, el interventor se eximirá de la aplicación de la multa a que se refiere este numeral.

En ningún caso el valor total de las multas causadas podrá exceder del diez por ciento (10%) del valor estimado del contrato.

El pago o deducción de las multas no exonerará al interventor del cumplimiento de sus obligaciones bajo este contrato;

h) La cláusula 23, que señala el procedimiento para la aplicación de multas, cuyo texto, a pesar de haber sido transcrito en otros apartes de este laudo, se considera necesario reiterarlo:

“La SOP, una vez considere que se ha configurado un evento que genere la aplicación de multas, procederá de la siguiente manera:

1. La SOP informará al interventor por escrito sobre la procedencia de la multa, su valor y las razones que la acarrearán, según lo previsto en la cláusula anterior de este contrato.

2. Si no hubiere objeción por escrito, por parte del interventor, respecto de la procedencia de la multa, o respecto de su tasación o cuantificación, dirigida a la SOP, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al día en que se le haya informado lo previsto en el numeral anterior, la SOP procederá a descontarla de las sumas adeudadas al interventor o a cobrarla contra la garantía única de cumplimiento o a iniciar la cobranza respectiva, inclusive por la vía ejecutiva, para lo cual las partes expresamente pactan que este contrato, conjuntamente con la comunicación de la multa, prestará mérito ejecutivo.

3. Si hubiere objeción por parte del interventor en los términos señalados en el numeral anterior, las partes acudirán directamente al Tribunal de Arbitramento o a los mecanismos de solución de controversias para aspectos técnicos —si se tratare de un punto de carácter técnico—, previstos en la cláusula 36 del contrato. En este caso, la SOP no efectuará descuento alguno pero se entenderá que de resultar vencido el interventor, este quedará obligado a cancelar el valor de la multa más el valor de los intereses moratorios sobre la suma correspondiente, a la tasa más alta admisible por la ley para el cobro de intereses, intereses moratorios que se causarán desde el momento en que se hubiere presentado el hecho o la circunstancia que causó la multa, hasta la fecha de su pago. En todo caso, la parte que resultare vencida con arreglo a dichos mecanismos, correrá con las costas correspondientes.

4. La obligación de pagar las multas previstas en la cláusula anterior es una obligación condicional sujeta únicamente a la ocurrencia de los supuestos fácticos enunciados. Por lo tanto, su causación no requerirá de declaratoria especial alguna por parte de la SOP. Si los hechos que generaron la aplicación de las multas son el resultado de fuerza mayor o caso fortuito, no se generarán las multas previstas en este contrato.

5. En aplicación de la figura de la compensación, el valor de las multas se descontará de cualquier suma que la SOP le adeude al interventor;

i) La cláusula 29, que consagra la responsabilidad del interventor así:

“En los términos del artículo 53 de la Ley 80 de 1993, además de las sanciones penales a que hubiera lugar, el interventor será civilmente responsable frente a la SOP de los perjuicios originados por el deficiente desempeño de sus funciones y obligaciones previstas en este contrato, sin que ello exima de responsabilidad que por el mismo concepto pueda corresponder al contratista al ejecutar la obra”.

• De acuerdo con lo estipulado en las cláusulas transcritas, existe en el contrato un sistema de penalización que

corresponde al previsto como excepcional en el artículo 1564 del Código Civil, en virtud del cual se puede pactar que la pena se cause por el simple retardo y que por esta estipulación no se entienda extinguida la obligación principal; además, para el caso de la declaratoria de caducidad, operará la cláusula penal consagrada en la cláusula 21 que se hará efectiva “sin perjuicio de las multas causadas a cargo del interventor”.

Igualmente es importante tener presente que en algunos supuestos de multa, como ocurre en el concerniente a los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación de presentar oportunamente los documentos, informes y demás documentos a que se refiere el numeral 5° de la cláusula 22, se prevé que la multa se causa sin perjuicio de la “responsabilidad del interventor frente a la SOP por los perjuicios que la respuesta presunta haya podido acarrearle”.

Finalmente, el inciso final de la cláusula 22 establece que “el pago o deducción de las multas no exonerará al interventor del cumplimiento de sus obligaciones” y la cláusula 29 señala que el interventor será civilmente responsable frente a la SOP “de los perjuicios originados por el deficiente desempeño de sus funciones y obligaciones previstas en este contrato”.

Todo ello lleva a concluir que el fin perseguido por las multas es el de apremiar al contratista para que dé cumplimiento a las obligaciones precisamente señaladas en la cláusula 22 y que por tanto estas no pueden asimilarse a penas reparatorias o resarcitorias, como lo ha expresado de manera ya reiterada la Sala de Casación Civil de la honorable Corte Suprema de Justicia, en doctrina cuyo núcleo principal se transcribe:

“Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato” ⁽²⁾.

De lo expuesto pues, resulta claro para el tribunal que las multas pactadas en la cláusula 22 del contrato 493 de 1997 son multas de apremio y por lo tanto los intereses moratorios que se estipulan en el numeral 3° de la cláusula 23 del mismo contrato se refieren al pago de la sanción y no hacen relación a la reparación del daño que pudiese haber sufrido la SOP por los retardos o incumplimientos que se castigan por medio de ellas. Esta circunstancia, entonces, lleva al tribunal a entender que los intereses moratorios que se reclaman en esta pretensión cuarta están conceptualmente ligados a las multas respecto de las cuales obra la limitante del diez por ciento (10%) del valor estimado del contrato.

3.2. Naturaleza de los intereses moratorios pactados en la cláusula 23

Ahora bien, como en el presente caso se trata de una multa contractual, y ante cualquier duda respecto del “pago completo” que pudiera suscitarse por razón del entendimiento que viene dando el tribunal a los intereses de mora que se analizan, se considera necesario hacer las siguientes precisiones:

El numeral 3° de la cláusula 23 del contrato de interventoría prevé la mora que de manera específica allí se regula, únicamente para el caso en que el interventor objete el escrito donde la entidad estatal le informa sobre el acaecimiento de un retardo o de un incumplimiento generador de cualquiera de las multas estipuladas en la cláusula 22 del mismo documento y las partes acudan al Tribunal de Arbitramento o a los mecanismos de solución de controversias para aspectos técnicos.

Por tanto, como la objeción que puede referirse, según las propias regulaciones convencionales, a la procedencia de la multa, o respecto de su tasación es evidente que la obligación de pagar la sanción de apremio no cobra certeza sino en uno de los siguientes supuestos: a) cuando el órgano encargado de dirimir el conflicto establece que sí procede la multa o define la cuantía de la misma; o b) cuando el contratista se allana con posterioridad a su objeción y a la iniciación y ejecución del mecanismo de solución de conflicto, ninguna disposición contractual se lo impide, a satisfacer la multa de acuerdo con la óptica de la administración; o b) (sic) cuando a pesar de estar en marcha el mecanismo de solución de conflictos las partes llegan a un acuerdo sobre la procedencia y monto de la sanción.

Dentro del panorama contractual mencionado, resulta necesario entonces analizar si en realidad puede considerarse que los intereses estipulados en el mencionado numeral 3º de la cláusula 23 son “moratorios” o simplemente constituyen una agravación de la pena cuya imposición se pretende y que se establece como consecuencia de no haberse procedido al descuento del valor de la multa, de las sumas que el Distrito adeude al interventor, por haber este objetado el escrito por medio del cual se le pone en conocimiento la ocurrencia de una multa.

De acuerdo con lo establecido en los artículos 1608, 1613, 1617 del Código Civil, la mora en las obligaciones dinerarias, y la de pagar una multa de apremio lo es, está ligada al retardo o al incumplimiento en el pago de una obligación. Y únicamente puede hablarse de retardo o de incumplimiento cuando el pago de una obligación cuando aquellos solo son imputables al deudor, quien de alguna manera se sitúa en un plano de ilegitimidad que genera para el acreedor un perjuicio. Estas circunstancias imponen al tribunal entender que, al ser legítima para el interventor la opción de objetar la apreciación de un hecho generador de multa y de la cuantía de la misma que hace la administración, no incurre en mora si da lugar al cumplimiento del trámite consagrado en el numeral 3º de la cláusula 23 del contrato.

De otra parte, como la redacción del numeral 4º de la cláusula 23 del contrato de interventoría enfoca la obligación de pagar las multas contractuales como “obligaciones condicionales” sujetas “únicamente a la ocurrencia de los supuestos fácticos enunciados”, lo que daría lugar a interpretar el sistema sancionatorio del contrato, como lo hace la demandada, como un mecanismo ideado por la administración para enriquecerse, debe el tribunal hacer una serie de consideraciones al respecto.

Es evidente que la consagración de un sistema de multas como mecanismo para allegar recursos al erario público repugna al régimen de contratación estatal y a los fines previstos por él, así como a la lógica de todo contrato, que obedece a una dinámica de cumplimiento y no a la contraria —de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso—, como podría deducirse de una primera aproximación al problema en este proceso.

En efecto, dado el carácter accesorio de la pena, su finalidad es permitir que la obligación principal se cumpla y no hacer del incumplimiento de la primera un objetivo propio del contrato. Esta circunstancia ha llevado a muchos autores, como lo señala la profesora Ana María Sans Viola en su estudio sobre la cláusula penal en el Código Civil, a criticar cualquier confusión de la obligación de pagar las multas con una obligación condicional. Al respecto se lee en la mencionada obra:

“Como acabamos de ver ha sido frecuente en la doctrina pensar que la cláusula penal da lugar a una obligación condicional en el sentido de considerar a la obligación penal sujeta a condición suspensiva consistente en el hecho futuro e incierto del incumplimiento de la obligación garantizada”.

“(…)”.

“La jurisprudencia, por su parte, distingue perfectamente las dos figuras en la sentencia del Tribunal Superior, de 21 de marzo de 1950, recordando el régimen de la condición potestativa en el Código Civil: “si bien la pena convencional sea una modalidad de la promesa condicionada, se distingue legalmente de la condición, no solo en sus efectos, sino también y, principalmente, por su naturaleza, pues mientras en la obligación condicional existe una sola obligación cuyo cumplimiento depende de un suceso incierto, independiente de la voluntad del deudor, pues en otro caso sería nula aquella —arts. 1.113 a 1.55 (sic) del C.C.—, en la obligación con cláusula penal hay dos obligaciones: la que constituye la pena dependiente del incumplimiento de la principal y esta, cuyo incumplimiento puede depender de la voluntad del deudor sin anular, sino por el contrario, producir la eficacia de

la pena ...”” (3).

Las consideraciones doctrinarias anteriores ligadas a la normativa del Código Civil colombiano que se contiene principalmente en los artículos 1593 y 1594, impide al intérprete considerar el mecanismo de multas que se contiene en el contrato de interventoría, como un mecanismo automático de generación de recursos que surge por el retardo o el incumplimiento de las obligaciones principales del contrato, cuando el contratista hace uso de su legítimo derecho de objetar las apreciaciones que sobre generación de sanciones de apremio haga la entidad contratante.

Por las anteriores consideraciones, los llamados intereses moratorios a que se hace alusión en la pretensión de la demanda son en realidad una agravación de la sanción y están involucrados en el límite del diez por ciento (10%) del valor estimado del contrato que consagra la cláusula 22 del mismo, por lo cual esta pretensión no podrá prosperar.

Pretensión quinta

Se expresa en la demanda en los siguientes términos:

“Que se condene al Consorcio Colombiano Argentino, CON.COL.AR a pagar las costas correspondientes al presente proceso conforme a lo dispuesto en la parte final del numeral 3° de la cláusula 23 del contrato 493 de 1997 y en la cláusula compromisoria prevista en la cláusula 36 del mismo”.

A esta pretensión se opone la demandada por considerar que las disposiciones contractuales que se mencionan en esta pretensión constituyen un negocio jurídico sobre el cual no es lícito el acuerdo de voluntades, por razón de lo ordenado en los artículos 392 del Código de Procedimiento Civil y 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998.

Para resolver esta pretensión el tribunal ha confrontado el texto de las disposiciones contractuales que se mencionan en ella con el ordenamiento jurídico vigente y no encuentra contradicción alguna con los textos legales a que se refiere la convocada, por lo cual, teniendo en cuenta que no han prosperado la totalidad de las pretensiones de la demanda, no puede hablarse de parte vencida, de acuerdo con el numeral 5° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se abstendrá de condenar en costas a las partes.

2.4. Consideraciones del tribunal sobre las excepciones de fondo

Teniendo en cuenta que las pretensiones primera principal, segunda principal, tercera y quinta de la demanda han prosperado, procede el tribunal a analizar las excepciones propuestas por la convocada:

2.4.1. Nulidad absoluta o ineficacia parcial de la cláusula de multas

El acápite transcrito y desarrollado en los folios 15 y 16 del escrito de contestación a la demanda contiene la formulación de dos excepciones distintas: la de la nulidad de la cláusula de multas y la de su ineficacia; no obstante, la fundamentación no explica la razón de la segunda y centra la primera en la violación del ordenamiento jurídico, particularmente del principio de legalidad. En el capítulo I de su alegato de conclusiones manifiesta: “se debe declarar la nulidad parcial de la cláusula 22 del contrato 493 de 1997 por abuso del derecho, desviación de poder, violación del derecho a la defensa y violación del principio de legalidad” (pág. 3).

En cuanto hace relación con la ineficacia parcial de la cláusula 22 del contrato, debe recordar el tribunal que esta institución no está prevista en el régimen de los contratos estatales, como sí puede estarlo en cierta clase de negocios mercantiles. De ahí que carezca el tribunal de fundamento jurídico alguno para acceder a la petición de la convocada en este punto.

De otra parte, la nulidad absoluta de los contratos estatales, en los términos del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, no es susceptible de saneamiento por ratificación, independientemente de cuál sea la causal que la genere. Al no ser saneable, la nulidad absoluta de los contratos administrativos está fuera de la libre disposición de las partes y no puede, por consiguiente, ser objeto de la jurisdicción arbitral. En efecto, la ley estatutaria de la administración

de justicia (270/96), en su artículo 13, ordinal 3º, limita el ámbito de ejercicio de la función judicial por particulares a asuntos que puedan ser materia de transacción. Por estas razones, el presente tribunal se abstendrá de conocer de la excepción de nulidad absoluta propuesta por la demandada en el presente trámite arbitral.

2.4.2. Caso fortuito, fuerza mayor y el hecho de un tercero

El artículo 64 del Código Civil, subrogado por el artículo 1º de la Ley 95 de 1980 señala lo siguiente:

“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

La jurisprudencia y la doctrina han desarrollado este tema *in extenso* y entre otras interpretaciones han precisado que lo que diferencia el caso fortuito de la fuerza mayor, es que en el primer evento se trata de una imposibilidad desencadenada por la naturaleza, como una inundación, un terremoto, etc., y en el segundo, cuando la imposibilidad deriva del hecho de un hombre, como en los actos de autoridad. Además ambas instituciones son causales de exoneración de responsabilidad.

Así mismo, se ha señalado que para que haya caso fortuito o fuerza mayor se requiere la concurrencia de tres elementos esenciales: la imprevisibilidad, la irresistibilidad y la insuperabilidad. El primero consiste en que el hecho que se invoca como fortuito o de fuerza mayor no se derive de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. El segundo se tiene cuando el suceso escapa de las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible de preverlo. En otras palabras, la irresistibilidad radica en que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara.

Por lo anterior, si el hecho o suceso que se aduce o imputa es imprevisible pero se le puede resistir, no se configura el caso fortuito ni la fuerza mayor, como tampoco se presenta cuando a pesar de ser irresistible pudo preverse.

Se reitera, que cuando el acontecimiento que se imputa es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador que parezca, no configura caso fortuito ni fuerza mayor.

En tercer lugar, estos fenómenos deben ser insuperables, es decir, que deben hacer imposible el cumplimiento de la obligación objetivamente considerada y no relativamente a las condiciones y circunstancias del obligado. Así las cosas, la ausencia de uno de sus elementos elimina la estructuración de las figuras jurídicas *sub examine*.

Otra de las causales que exime de responsabilidad a las partes dentro de un vínculo jurídico, es el denominado hecho de un tercero, el cual como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil (sent., oct./92) “tiene que ser causa exclusiva del daño (incumplimiento)”, ya que solo en ese evento se puede endilgar toda la responsabilidad a esa tercera persona que obró por fuera de la esfera jurídica de los directamente obligados.

Sin este requisito, no es posible alegar esta causal de exoneración de responsabilidad.

a) La apoderada de CON.COL.AR fundamentó la excepción denominada caso fortuito, fuerza mayor o hecho de un tercero con base en los siguientes argumentos:

— Que la no vinculación del ingeniero Henao como subdirector de tráfico no ocurrió por causa imputable al demandado.

— Que nunca CON.COL.AR tuvo razones para dudar de la buena fe del ingeniero, ni de la inconsistencia al firmar la carta de compromiso.

— Que la falta de intención de vincularse del ingeniero nunca fue conocida por el demandado y que por ende es una víctima de un caso fortuito;

b) Respecto de la excepción de inexigibilidad de otra conducta en relación con la vinculación del ingeniero Henao afirmó:

En efecto, del acervo probatorio examinado se puede colegir que a pesar de que el ingeniero Santiago Henao, suscribió un acta de compromiso que fue presentada por el demandado a la entidad estatal, con el fin de que le fuera adjudicado el contrato de interventoría *sub lite*. No era su intención dedicarse de tiempo completo a la subdirección de tráfico (anexo 10 de la demanda visible a fl. 40-C1) y esto por cuanto CON.COL.AR nunca le comunicó dicha situación, o al menos nunca acreditó que lo hubiera hecho.

Por lo anterior, no se configura la imprevisibilidad, la irresistibilidad y la insuperabilidad que, como se explicó, son requisitos esenciales para que se configure el caso fortuito o la fuerza mayor. *Contrario sensu*, en el caso *sub iudice*, era natural que el demandado previera que al comunicarle las verdaderas condiciones del cargo para el cual se había designado al ingeniero Henao, este manifestara ya una respuesta afirmativa o negativa, por cuanto nunca se le había informado con anterioridad el tiempo exclusivo que debía dedicar a la tarea que le habían asignado.

En otras palabras, el demandado ha debido prever una de las dos respuestas por parte del ingeniero y consecuentemente debió prepararse para resistir el posible incumplimiento con una negativa como la que se presentó, y tener los candidatos necesarios, que cumplieran con todos los requisitos exigidos para el cargo de subdirector de tráfico con el objeto de que la entidad estatal aprobara el reemplazo del ingeniero Henao, de conformidad con lo establecido en el contrato.

Sin embargo no lo hizo así, y en virtud de ello no se dan los requisitos para que se estructuren el caso fortuito o la fuerza mayor alegados, y en consecuencia se encuentra probado el incumplimiento del contrato al no haber incorporado a la plantilla de personal uno de los miembros del nivel directivo como lo era el subdirector de tráfico.

Respecto de la causal de exoneración por el hecho de un tercero, tampoco existen elementos para su configuración, por cuanto el incumplimiento del contrato de interventoría como queda visto, no fue generado exclusivamente por el ingeniero Santiago Henao, ya que fue el contratista quien debió desde un principio comunicar al ingeniero las condiciones y requerimientos que exigía el cargo de subdirector de tráfico, omisión con la cual comprometió su responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas al celebrar el contrato con el IDU, por tanto ha debido nombrarse de inmediato nuevo subdirector de tráfico.

Además, se reitera, CON.COL.AR debió prever la provisión de todos los cargos exigidos en el anexo 8 del contrato y no solamente la del subdirector de tráfico, ya que si esta era una de las obligaciones principales dentro de la primera fase de ejecución de la interventora, era su deber contar con el personal suficiente para contrarrestar cualquier eventualidad y evitar cualquier clase de incumplimiento.

En todo caso, es necesario recordar que quien pretenda alegar el hecho de un tercero como factor exonerante de responsabilidad o un caso fortuito o una fuerza mayor, deberá probarlo por cuanto sobre él recae la carga de la prueba y, como en este caso no fueron acreditados los presupuestos necesarios para su configuración, no hay lugar a declarar su prosperidad.

Y, en cuanto se aduce por CON.COL.AR que se trata del “hecho de un tercero”, esta distinción tampoco es aceptable pues las personas que, como el ingeniero Santiago Henao, debían formar parte de la plantilla mínima de personal y por ende de las importantes actividades de dicha firma, no son terceros ni completamente ajenos a ella, ni su eventual no aceptación o negligencia exonera a la entidad que se había comprometido y obligado a emplearlos en la forma pactada pues, en realidad, tales personas integrantes de dicha plantilla mínima de personal prevista en el contrato conforman parte del mismo y su ausencia en la plantilla obligatoria, repercute en forma directa en la obligación de CON.COL.AR de mantenerla desde un inicio con expresa inclusión del mencionado ingeniero subdirector de tráfico.

Se trata de un caso evidente de responsabilidad de una persona por los hechos u omisiones de un dependiente suyo.

2.4.2. Abuso del derecho

La contratista sustenta el primer supuesto de abuso del derecho por parte de la administración distrital, en que le exigieron tener formada una empresa en poco tiempo, explícitamente por no haber formado una empresa en dos días laborables y sin domicilio en Colombia.

De acuerdo con la legislación pertinente los proponentes en cualquier proceso pre contractual como el que se surtió para la celebración del contrato 493 de 1997, tenían que saber y para ello se comprometieron a tener el personal necesario y mínimo como requisito conocido de antemano y cuya condición fue determinante para la adjudicación del contrato. Además es claro que el hecho de que se trate de una entidad extranjera, no justifica, por sí mismo un trato distinto, más aun cuando es por todos conocido el principio constitucional que obliga a darle un trato de igualdad a las empresas extranjeras frente a las nacionales.

Por consiguiente no existe abuso del derecho por parte de la administración, sino por lo contrario el uso legítimo que esta hizo al exigir justamente el cumplimiento de una obligación preestablecida y claramente conocida y aceptada por CON.COL.AR.

El segundo supuesto que aduce la contratista como causal de abuso del derecho consiste en el reclamo de la administración por no haber entregado aquel, en un plazo determinado, un informe mensual que se debía preparar con base en otros informes procedentes del constructor que está obligado a la entrega después del vencimiento de ese plazo y a entregar unos informes diarios comparativos sin la base sobre la cual se debe hacer la comparación.

Como se analizó en la parte correspondiente a las pretensiones de la demanda y como obra en el dictamen pericial, no existía ninguna imposibilidad ni jurídica ni técnica para la presentación de estos informes. Tampoco encuentra el tribunal que la administración al pretender hacer efectiva la multa prevista en el contrato incurra en mala fe o en abuso del derecho, toda vez que, como se desprende claramente de los términos de referencia que aceptó el contratista y del dictamen pericial que obra en el expediente era jurídica y técnicamente posible que el contratista diera cumplimiento a esta obligación, por tanto, al pretender la imposición de esta multa el Distrito está haciendo uso de un derecho legítimo.

2.3.4. Desproporción de la sanción impuesta

Se centra por parte de la contratista en el siguiente argumento:

“Se ha tasado la multa por la totalidad, cuando lo que se pretende sancionar es la vinculación parcial de un ingeniero, que como se probará, incumplió un compromiso que el tribunal, en lo que hace al incumplimiento del contrato, debería valorar como un caso fortuito o como el hecho de un tercero que el afectado, CON.COL.AR, no estaba en posibilidades de evitar”.

Se aclara en primer lugar que no se está frente a una sanción ya impuesta, sino que, por lo contrario, lo que se solicita es que se imponga en los términos pactados por las partes y reitera el tribunal que la obligación de mantener un subdirector de tráfico es parte integrante de la plantilla mínima de personal y su falta implica la violación de toda esta obligación, luego la multa en esta circunstancia es la estipulada en el contrato, ampliamente conocido y aceptado por CON.COL.AR, sin haber hecho reparo alguno al respecto.

2.4.6. Inexigibilidad de otra conducta, por tratarse de una obligación de imposible cumplimiento

Argumenta la apoderada de la parte demandada que el incumplimiento de CON.COL.AR en los plazos previstos en el contrato para la entrega de los informes mensuales de interventoría obedece a una imposibilidad absoluta de dar cumplimiento a la obligación en dichos plazos.

Según afirma la defensora, para la elaboración y presentación de los informes mensuales de interventoría es requisito indispensable contar con las actas mensuales de obra; y que los plazos en los cuales se elaboran dichas actas mensuales de obra son distintos y más amplios que los establecidos para la elaboración de los informes mensuales de interventoría.

Esa diferencia en los plazos, afirma la defensora, haría imposible el cumplimiento puntual de la obligación por parte del interventor, razón por la cual no le es exigible una conducta diferente a la que efectivamente observó.

Como se dijo al analizar cada una de las pretensiones y como aparece probado en el proceso, CON.COL.AR siempre se encontró en situaciones jurídica y técnicamente posibles para haber cumplido con las obligaciones cuyo incumplimiento ha sido sometido al conocimiento del presente tribunal, de donde se concluye que tampoco

prospera esta excepción.

Como conclusión, debe declararse que no prosperan las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada.

4. Parte resolutive

Resolución

En mérito de lo expuesto el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

1. No prosperan las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada.
2. No prospera la objeción por error grave formulada al dictamen pericial decretado de oficio por el tribunal.
3. En cuanto a la primera pretensión de la demanda se declara que el Consorcio Colombo Argentino, CON.COL.AR, incurrió en las conductas que tipifican las causales de multa previstas en los numerales 2° y 5° de la cláusula 22 del contrato 493 del 21 de noviembre de 1997.
4. Declarar que el valor de las multas que se han tipificado, asciende a la suma de un mil cien millones de pesos (\$ 1.100.000.000).
5. Condenar en forma solidaria al Consorcio Colombo Argentino integrado por las sociedades Consultoría Óscar G. Grimaux y Asociados SAT, y Citeco Consultora S.A., a pagar al Distrito Capital de Santafé de Bogotá, Secretaría de Obras Públicas, SOP, la suma de un mil cien millones de pesos (\$ 1.100.000.000). De conformidad con lo previsto en las cláusulas 22 y 23 del contrato 449 de 1997 salvo en lo que concierne a los intereses de que trata la pretensión cuarta.
6. Declarar que no prospera la pretensión cuarta de la demanda.
7. Sin costas a cargo de las partes.
8. Con cargo al rubro de gastos, protocolícese el expediente en una notaría pública del Círculo de Santafé de Bogotá, una vez ejecutoriado el presente laudo.

Notifíquese y cúmplase.

El laudo anterior quedó notificado en audiencia a los apoderados de las partes y la secretaría hizo entrega de copia auténtica del mismo a cada uno de ellos.

El tribunal fijó la fecha del próximo 10 de noviembre de 2000 a las 2:00 p.m. para celebrar la audiencia en que se decidirá sobre las solicitudes de adición, aclaración o corrección, en caso de que se presenten.

No habiendo más asuntos que tratar el tribunal dio por concluida la audiencia y para constancia se firma el acta por quienes en ella intervinieron.
