

Tribunal de Arbitramento

Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte - IDRDR

v.

Reforestación y Parques S.A.

Noviembre 14 de 2003

Bogotá, Distrito Capital, catorce (14) de noviembre de dos mil tres (2003).

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el tribunal de arbitramento integrado por los árbitros Patricia Mier Barros, presidente, Luis Guillermo Dávila Vinueza, y Mauricio Fajardo Gómez, y con la secretaría de Fernando Pabón Santander, a dictar el laudo que pone fin a este trámite y que resuelve las diferencias contractuales surgidas entre el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, parte convocante, y Reforestación y Parques S.A., parte convocada.

El presente laudo se profiere en derecho y con el voto unánime de los árbitros integrantes del tribunal en referencia.

A. Antecedentes del proceso.

I. Conformación del arbitraje y desarrollo del trámite preliminar.

1. En Bogotá, D.C., el 22 de junio de 1994, el Instituto para la Recreación y el Deporte, en adelante, la convocante o el IDRDR, y Reforestación y Parques, en adelante, la convocada o el contratista, celebraron el contrato 136 de 1994, en adelante, el contrato.

2. En la cláusula décima del acuerdo modificatorio 5 del contrato, suscrito por las partes, que obra a folio 38 del cuaderno de pruebas 1, se estipuló lo siguiente:

“Cláusula décima: modificar la cláusula décima octava del contrato de arrendamiento, la cual en su totalidad y para todos los efectos quedará así: mecanismos de solución de controversias contractuales: las partes contratantes dirimirán sus controversias contractuales agotando el siguiente procedimiento: toda controversia relativa al presente contrato que no pueda ser resuelta por las partes en forma amigable dentro de un término de treinta (30) días, se someterá a la decisión de un tribunal de arbitramento integrado por tres (3) árbitros designados uno (1) por el arrendatario, uno (1) por el instituto y uno (1) por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. El tribunal sesionará en la sede del citado centro en Santafé de Bogotá, D.C. se sujetará a las reglas y tarifas del mencionado centro y sus decisiones serán en derecho”.

3. El 28 de junio de 2002, con fundamento en la cláusula transcrita, el IDRDR mediante apoderado judicial designado para el efecto, solicitó la convocatoria del tribunal de arbitramento pactado, con el objeto de que se hicieran las declaraciones y condenas que se transcriben posteriormente.

4. El 5 de julio de 2002, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá admitió la solicitud de convocatoria arbitral y corrió traslado a reforestación y parques, en los términos del artículo 428 del Código de Procedimiento Civil.

5. El 27 de agosto de 2002, la convocada, mediante apoderado judicial designado para el efecto, presentó escrito de contestación de la demanda en el que se pronunció sobre las pretensiones de la parte actora, aceptó unos hechos y negó otros de los relatados por la parte actora. De igual manera, propuso las excepciones y medios de defensa que denominó: “La demandada adquirió la obligación de invertir la suma de \$ 42.000.000 para los fines previstos en el contrato 136 de 1994” y “Reforestación y Parques S.A. acreditó inversiones en el parque El Salitre por una suma superior a los 42.000 millones de pesos”.

6. El 3 de septiembre de 2002, el apoderado de la parte convocante presentó escrito en el que se pronunció sobre la

contestación de la demanda.

7. Las partes fueron citadas por el director (E) del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá a la audiencia de conciliación del 17 de septiembre de 2002, y al no existir ánimo alguno de avenimiento entre las partes, dicho centro dio por agotada la etapa conciliatoria prevista por la ley.

8. El 1º de octubre de 2002, el apoderado de la parte convocante presentó escrito de reforma de la demanda, el cual fue admitido por el Centro de Arbitraje y Conciliación. De dicho escrito se corrió traslado a la parte convocada, quien no hizo pronunciamiento alguno al respecto.

9. De conformidad con el acta elaborada por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, que obra a folios 84 y 85 del cuaderno principal 1, las partes convinieron el sistema de nombramiento de los árbitros y los nombres de quienes lo integrarían.

II. Síntesis de las cuestiones objeto de controversia

1. Hechos en que se fundamenta la demanda.

Los hechos de la demanda se sintetizan de la siguiente manera:

1.1. El 22 de junio de 1994 las partes suscribieron el contrato 136 de 1994 cuyo objeto es la entrega por parte del IDR D al contratista, a título de arrendamiento, de los juegos y atracciones mecánicas y no mecánicas, parqueaderos, entre otros, que se encuentran en el parque El Salitre, con el fin de ofrecer recreación masiva a la comunidad.

1.2. Entre las modificaciones introducidas al contrato se destaca la que consta en el acta 5 de 25 de agosto de 1998, por la cual, entre otros aspectos, se transformó la cláusula segunda del contrato y se indicó que el valor anual del mismo sería la suma equivalente al 4% de los ingresos brutos operacionales obtenidos por el arrendatario en la explotación de los bienes, servicios y demás actividades del parque.

1.3. Señala la convocante que en la misma modificación se indicó que "... la inversión a que se refiere esta acta modificatoria, se hará de conformidad con el plan maestro y cronograma de trabajo que presentará el arrendatario dentro de los ciento ochenta días (sic) (180) días siguientes a la fecha de la firma de esta acta, que hará parte integral de la misma y que en todo caso contemplará la obligación por parte del arrendatario de invertir la cantidad de 42.000.000 (sic) (cuarenta y dos mil millones de pesos colombianos) en el término de 29 (veintinueve) meses contados a partir de la firma de la presente acta".

1.4. Señala la demanda que en desarrollo de esa obligación el contratista presentó un cronograma de trabajo que contempló un presupuesto de cincuenta y un mil quinientos setenta millones quinientos ochenta y cinco mil diez pesos (\$ 51.570.585.010), para realizar la inversión estipulada, circunstancia "que fue consentida por el IDR D".

1.5. El 1º de septiembre de 2000 el contratista manifestó al IDR D los inconvenientes que tenía en el trámite y obtención de las licencias y permisos para el zoológico y el delfinario, razón por la cual solicitó se modificaran los plazos fijados en el plan maestro.

1.6. Apunta la demanda que el IDR D aceptó dicha solicitud, pero bajo ciertas condiciones.

1.7. Agrega la demanda que en varias oportunidades el contratista fue requerido para que adelantara las obras relativas al auditorio y definiera lo relativo al delfinario y al zoológico.

1.8. Señala la convocante que el 22 de diciembre de 2000 mediante Resolución 0663 de 2000 se sancionó al contratista en razón a que los plazos del cronograma de trabajo para las obras del delfinario, zoológico y auditorio habían vencido.

1.9. Agrega la demanda que las partes acordaron que en caso de que se negaran las licencias correspondientes al zoológico y al delfinario, el contratista "debía destinar el presupuesto correspondiente a esas atracciones en la ejecución de otras obras, cumpliendo el compromiso de invertir lo que contractualmente correspondía, conforme

con la pretensión primera”.

1.10. Agrega la convocante que para la fecha de presentación de la demanda, no se habían definido las obras para reemplazar el delfinario y el zoológico ni el dinero que se destinaría para ello.

1.11. Apunta la demanda que el 14 de junio de 2002 la sociedad Pérez Arciniegas y Cía. Ltda., interventora del contrato, conceptuó que para esa fecha no se había invertido la suma contenida en el presupuesto ofrecido por el contratista en desarrollo del acta de modificación 5.

1.12. Agrega la convocante que existe una controversia entre las partes “debido a dos conceptos que no han sido incluidos dentro de la evaluación efectuada y que podrían equivaler a un 45% del presupuesto inicial, estos son, unos contratos de leasing y un contrato de compraventa de acciones por valor de aproximadamente 7.800 millones de pesos”.

1.13. Anota la convocante que entre las partes se dio inicio a un proceso de arreglo directo, que se agotó sin que se llegara entre ellas a ningún tipo de acuerdo.

2. Las pretensiones de la demanda.

La convocante solicitó originalmente en la solicitud de convocatoria, que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“Primero. Que el honorable tribunal de arbitramento declare cuánto es el valor de la inversión a que está obligada la sociedad reforestación, esto es, la suma de cuarenta y dos mil millones de pesos (\$ 42'000.000.000) o la suma de cincuenta y un mil millones quinientos setenta mil quinientos ochenta y cinco mil pesos (51'570.585.000), de conformidad con lo establecido en el contrato 136 de 1994, sus actas modificatorias y demás documentos contractuales.

Segundo. De acuerdo con lo mencionado en el numeral anterior, que el honorable tribunal de arbitramento declare si la sociedad reforestación ha realizado las inversiones a que está obligado.

Tercero. Que si no se ha realizado la inversión en los términos del contrato 136 de 1994, sus actas modificatorias y demás documentos contractuales, se le ordene a la sociedad reforestación el cumplimiento de la misma reemplazando las atracciones que correspondían al delfinario, zoológico y auditorio.

Cuarta. Que se condene a la sociedad reforestación, a pagar las costas y agencias en derecho, con base en la información de que disponga el tribunal”.

Mediante escrito presentado el 1º de octubre de 2002, que obra a folios 99 a 101 del cuaderno principal 1, la convocante reformó las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

“Primero. Que el honorable tribunal de arbitramento declare cuanto es el valor de la inversión a que está obligada la Sociedad Reforestación y Parques, esto es, la suma de cuarenta y dos mil millones de pesos (\$ 42.000.000) (sic) o la suma de cincuenta y un mil millones quinientos setenta mil quinientos ochenta y cinco mil pesos (\$ 51.570.585.000) de conformidad con lo establecido en el contrato 136 de 1994, sus actas modificatorias y demás documentos contractuales.

Pretensiones subsidiarias. En caso que el honorable tribunal de arbitramento se encuentre impedido para declarar cuanto es el valor de la inversión a que está obligada la Sociedad Reforestación y Parques, presentamos las siguientes pretensiones subsidiarias.

Primera pretensión subsidiaria de la primera pretensión. Que el honorable tribunal de arbitramento, declare que la Sociedad Reforestación y Parques, está obligada a invertir cincuenta y un mil millones quinientos setenta mil quinientos ochenta y cinco mil pesos (\$ 51.570.585), (sic) en los terrenos objeto del contrato de arrendamiento, de conformidad con lo estipulado en el contrato 136 de 1994, sus actas modificatorias y demás documentos contractuales.

Segunda pretensión subsidiaria de la primera pretensión. Que el honorable tribunal de arbitramento, declare que la Sociedad Reforestación y Parques, está obligada a invertir cuarenta y dos mil millones de pesos (\$ 42.000.000), (sic) en los terrenos objeto del contrato de arrendamiento, de conformidad con lo estipulado en el contrato 136 de 1994, sus actas modificatorias y demás documentos contractuales.

Segundo. Que de acuerdo con el numeral anterior, el honorable tribunal de arbitramento declare si la Sociedad Reforestación y Parques ha realizado la inversión a que está obligada.

Pretensiones subsidiarias. En caso que el honorable tribunal de arbitramento se encuentre impedido para declarar si la Sociedad Reforestación y Parques ha realizado la inversión a la que está obligada, presentamos las siguientes pretensiones subsidiarias.

Primera pretensión subsidiaria de la segunda pretensión. Que de acuerdo con la primera pretensión, el honorable tribunal de arbitramento declare que la Sociedad Reforestación y Parques no ha cumplido con la obligación de invertir cincuenta y un mil millones quinientos setenta mil quinientos ochenta y cinco mil pesos (51.570.585.000), en los terrenos objeto del contrato de arrendamiento, de conformidad con lo establecido en el contrato 136 de 1994, sus actas modificatorias y demás documentos contractuales.

Segunda pretensión subsidiaria de la segunda pretensión. Que de acuerdo con la primera pretensión, el honorable tribunal de arbitramento declare que la Sociedad Reforestación y Parques no ha cumplido con la obligación de invertir cuarenta y dos mil millones de pesos (\$ 42.000.000.000), (sic) los terrenos objeto del contrato de arrendamiento, de conformidad con lo establecido en el contrato 136 de 1994, sus actas modificatorias y demás documentos contractuales.

Tercero. Que si la Sociedad Reforestación y Parques, no ha realizado la inversión en los terrenos objeto del contrato de arrendamiento, en los términos del contrato 136 de 1994, sus actas modificatorias y demás documentos contractuales, se le ordene el cumplimiento inmediato de dicha obligación, reemplazando las atracciones que correspondían al delfinario y al zoológico, así como la construcción del auditorio, hasta completar el valor de las inversiones a que se encuentra obligada.

Cuarto. Que se condene a la Sociedad Reforestación y Parques, a pagar las costas y agencias en derecho, con base en la información que disponga el honorable tribunal”.

3. La contestación de la demanda.

El 27 de agosto de 2002, la convocada, mediante apoderado judicial designado para el efecto, presentó escrito de contestación de la demanda en el que se pronunció sobre las pretensiones de la parte actora, aceptó unos hechos y negó otro de los relatados por la parte actora. De igual manera, propuso las excepciones y medios de defensa que denominó: “La demandada adquirió la obligación de invertir la suma de \$ 42.000.000 para los fines previstos en el contrato 136 de 1994” y “Reforestación y Parques S.A. acreditó inversiones en el parque El Salitre por una suma superior a los 42.000 millones de pesos”.

III. Desarrollo del trámite arbitral

1. Instalación.

El 7 de noviembre de 2002 tuvo lugar la audiencia de instalación del tribunal de arbitramento, el cual fue legalmente constituido. Los emolumentos fijados en el acta de instalación fueron oportunamente cancelados por ambas partes en las proporciones señaladas por la ley.

El 13 de marzo de 2003 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, diligencia en la que, entre otras decisiones, el tribunal asumió competencia y decretó las pruebas del proceso mediante autos que se encuentran ejecutoriados.

2. Pruebas.

Mediante auto de 13 de marzo de 2003, el tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, las cuales fueron practicadas en su totalidad, salvo la inspección judicial solicitada por la convocante y los oficios 01 y 02

solicitados por la convocada, de cuya práctica y respuestas, respectivamente, los apoderados de la partes desistieron en audiencia de 4 de agosto de 2003, conforme obra en el acta correspondiente (fl. 204 del cdno. ppal. 1).

El 27 de marzo de 2003 el tribunal recibió la declaración testimonial de Tatiana Esperanza Munévar Barreto.

El 28 de marzo de 2003, se recibieron las declaraciones de Alonso Pérez Arciniégas y Adriana Camelo Jiménez y se designaron como peritos contables a las doctoras Nancy Mantilla Valdivieso y Gloria Zady Correa Palacio, quienes tomaron posesión el 31 de marzo de 2003. El mismo 28 de marzo de 2003, en forma oficiosa, el tribunal decretó el testimonio de Felipe Ardila así como la práctica de un dictamen financiero, para el cual fueron designados los doctores Miguel Montes Swanson y Eduardo Afanador Iriarte, quienes tomaron posesión el 31 de marzo de 2003.

El 31 de marzo de 2003, se recibieron las declaraciones de Bernardo Ramírez Ramírez, Ramón Ernesto Restrepo Pineda, Claudia Lucía Saldarriaga y Luz Vilma Guevara Cruz.

El 8 de abril de 2003, se practicaron los testimonios de José Felipe Ardila Vásquez y Alicia María de Jesús Naranjo Uribe.

El 20 de junio de 2003, se corrió traslado a las partes de los dictámenes periciales financiero y contable rendidos por los expertos designados.

El 16 de julio de 2003, se decretaron las aclaraciones y complementaciones solicitadas por las partes a los dictámenes periciales.

El 29 de julio de 2003, se corrió traslado a las partes de los escritos de aclaraciones y complementaciones a los dictámenes periciales presentados por los peritos.

El 4 de agosto de 2003, el tribunal declaró cerrado el período probatorio y citó a las partes y a sus apoderados a audiencia de conciliación.

El 29 de agosto de 2003 se dio inicio a la audiencia de conciliación, la cual fue suspendida en atención a la solicitud conjunta de las partes.

El 19 de septiembre de 2003 tuvo lugar la continuación de dicha diligencia, y al no existir ánimo de avenimiento alguno entre las partes, se dio por fracasada la audiencia de conciliación.

3. Alegatos de conclusión.

Una vez concluido el período probatorio, practicadas todas las pruebas decretadas por el tribunal y fracasada la audiencia de conciliación, el 24 de septiembre del año en curso se surtió audiencia en la cual ambas partes efectuaron sus alegaciones finales de las cuales presentaron los correspondientes resúmenes que obran en el expediente.

En este orden de ideas, resultando que la relación procesal existente en el presente caso se ha configurado regularmente y que en su desarrollo no se incurrió en defecto alguno que, en cuanto tenga virtualidad legal para invalidar lo actuado y no aparezca saneado, imponga darle aplicación al artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, es de rigor decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes y en orden a hacerlo son pertinentes las siguientes,

B. Consideraciones.

I. Cuestiones previas.

1. Competencia del tribunal.

La competencia de este tribunal fue ampliamente analizada en la primera audiencia de trámite, por tratarse de un

requisito de viabilidad del proceso, sin el cual se hubiera hecho imposible su acceso y, en consecuencia, la decisión arbitral que hoy define las controversias materia del litigio.

Sin embargo, en este momento procesal de culminación del arbitraje, el tribunal desea enfatizar en los aspectos que, en principio tuvo en cuenta para asumir competencia.

La cláusula compromisoria se pactó por las partes contractuales con la plena observancia de los requerimientos legales para obtener el efecto de sustraer de la jurisdicción estatal y someter a la decisión de un tribunal de arbitramento “toda controversia relativa al presente contrato que no pueda ser resuelta por las partes en forma amigable dentro del término de treinta (30) días”.

En la debida oportunidad, estudió el tribunal el contenido y alcances de las pretensiones y la oposición a su prosperidad que las partes formularon en sus escritos de demanda y de contestación respectivamente, y concluyó que ellas corresponden a la materia definida en la cláusula compromisoria, y de la cual deriva la competencia este tribunal para asumir su conocimiento.

En el presente caso, las partes no propusieron a este tribunal cuestionamiento alguno sobre la legalidad de actos administrativos o conflictos que impliquen pronunciamiento sobre bienes jurídicos no transigibles que, por lo mismo, resultaren ajenos por voluntad legislativa, a la justicia arbitral. Encuentra entonces el tribunal que las pretensiones que le han sido propuestas en la demanda buscan su pronunciamiento sobre los efectos patrimoniales de la definición que solicita la convocante respecto del alcance de las obligaciones de inversión asumidas por la convocada bajo el contrato estatal 136 de 1994. Por tanto el tribunal debe concluir que los supuestos de las pretensiones de la demanda, son de naturaleza eminentemente transigible y por lo mismo no involucran pedimento alguno en relación con temas sobre los cuales la ley inhiba el pronunciamiento arbitral.

Así las cosas, y considerando que las pretensiones y las razones de la defensa de las partes en su demanda y contestación están directamente relacionadas con la ejecución del contrato estatal 136 de 1994, que todas ellas son de contenido patrimonial, que versan sobre aspectos de desarrollo del mismo cuyos extremos y el modo de su cumplimiento se encuentran en discusión por los contratantes quienes fundamentan su petición o rechazo en hechos de ejecución contractual, y que ninguna de las solicitudes de las partes participa de concepto o materia sustraído por la ley a la jurisdicción arbitral, este tribunal asumió competencia para conocer de la controversia surgida entre las partes, con ocasión de la ejecución del referido negocio jurídico, competencia que hoy ratifica al proferir el laudo arbitral que pondrá fin al proceso.

2. Manifestación de allanamiento de la parte convocada.

En su escrito de alegatos de conclusión (vd. fl. 096 del cdno. ppal. 2), la parte convocada manifestó que se allanaba “íntegramente” a la segunda pretensión subsidiaria de la primera pretensión, en virtud de la cual la convocante solicita que se declare que el contratista está obligado a invertir la suma de \$ 42.000.000.000 por estipulación del contrato; señaló el apoderado de la convocada en la respectiva audiencia y así lo hizo constar en su escrito que, en tanto dicha pretensión coincide con la posición fijada por el contratista, solicita al tribunal acceder a dicha súplica de la demanda.

Corresponde en este punto, determinar si la manifestación de allanamiento de la convocada se ajusta a los términos de la ley procesal y, en consecuencia, puede producir los efectos que determina el estatuto procesal.

El artículo 93 del Código de Procedimiento Civil establece que en la contestación de la demanda o en cualquier momento anterior a la sentencia de primera instancia, el demandado podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda reconociendo sus fundamentos de hecho. En tal caso, si el juez acepta el allanamiento, dictará sentencia de conformidad con la petición del demandado.

Sin embargo el artículo 94 *ibídem* señala los casos en que el allanamiento es ineficaz, norma que por vía de doctrina ha sido interpretada como la disposición que consagra los requisitos de eficacia del allanamiento.

El numeral 5º del artículo 94 del Código de Procedimiento Civil señala que el allanamiento será ineficaz “cuando se haga por medio de apoderado y este carezca de facultad para confesar”. De suerte que, de la norma en estudio se

colige que para que el allanamiento del demandado sea eficaz, en el evento en que sea hecho por conducto de apoderado judicial, este debe tener facultad para confesar.

De conformidad con el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil la facultad de confesar no es de aquellas que se entiendan conferidas por quien otorga el poder, sino que debe estar expresa, es decir debe hacerse constar en forma clara en el acto o documento por el cual se confiera el poder.

Así las cosas, encuentra el tribunal que en la medida en que la manifestación de allanamiento de la que se ocupa esta providencia no provino directamente de la parte convocada sino que fue hecha por su apoderado judicial, resulta necesario verificar el poder con el que este actuó, en orden a determinar si cumple con el requisito de eficacia consagrado en el numeral 5° del artículo 94 citado.

En el memorial poder presentado por la parte convocada al contestar la demanda —documento que obra a folios 61 y 62 del cuaderno principal 10— no le fue conferida al apoderado la facultad de confesar, razón por la cual el tribunal no puede presumirla, ni entenderla conferida, sino que debe concluir que el apoderado carece de poder para confesar.

En ese orden de ideas, visto como queda que la manifestación de allanamiento no cumple con uno de los requisitos para su eficacia, como es la facultad para confesar por el apoderado que la haga, la cual no se presume sino que debe otorgarse en forma expresa, el tribunal encuentra que dicho allanamiento no se aviene con la norma legal y por lo tanto adolece de ineficacia.

Desde otra perspectiva, y por si la consideración procesal que antecede no bastara, la manifestación de allanamiento consignada por el apoderado de la convocada en los alegatos de conclusión se refiere únicamente a la segunda pretensión subsidiaria de la primera pretensión, esto es que dicho allanamiento está condicionado al hecho de que no prospere la primera pretensión principal de la demanda. Este allanamiento sometido a la condición que no se despache favorablemente una pretensión principal, es una circunstancia que no está prevista por el artículo 93 del Código de Procedimiento Civil, disposición que consagra el allanamiento “a las pretensiones de la demanda”, es decir en forma expresa, pura y simple.

En consecuencia, el allanamiento manifestado por el apoderado de la convocada en sus alegatos de conclusión no solamente es ineficaz a la luz del ordenamiento procesal, sino que al no referirse en forma directa a las pretensiones (principales) de la demanda, y estar sometido al condicionamiento de que no prospere una súplica principal, no cumple con las condiciones legales para reconocerle los efectos procesales pertinentes y por lo tanto es *inane*.

3. Excepciones.

Bajo el título de “medios de defensa y fundamentos de derecho”, la convocada opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, las siguientes “excepciones”:

1. La demandada adquirió la obligación de invertir la suma de \$ 42.000.000 para los fines previstos en el contrato 136 de 1994.
2. Reforestación y Parques S.A. acreditó inversiones en el parque El Salitre por una suma superior a los 42.000 millones de pesos.

Toda vez que tanto la denominación de los medios de defensa que opone la convocada a la prosperidad de la demanda, como los hechos en que estos se fundamentan, refieren al fondo de la controversia, el tribunal decidirá las excepciones propuestas con fundamento en el estudio que realiza en este laudo para definir las diferencias sometidas a su pronunciamiento. De esta manera, a los efectos de esta providencia, las consideraciones que realice el tribunal en relación con las pretensiones de la demanda que dio inicio a este proceso, deberán entenderse como los fundamentos de la decisión que adopte respecto de las denominadas por la convocada como “medios de defensa y fundamentos de derecho”.

II. Consideraciones del tribunal sobre las pretensiones declarativas

1. La controversia.

La controversia que ha convocado a las partes a este proceso arbitral, surge de la ejecución de un contrato nominado por ellas como “contrato de arrendamiento 136 de 1994”, respecto del cual las partes discrepan en torno al monto de la obligación de inversión a cargo del contratista, cifra que la convocante estima en la suma de \$ 51.570.585.000.

A esta pretensión la convocada opone el cumplimiento de su obligación de inversión, que entiende limitada a la suma de \$ 42.000 millones de pesos, de conformidad con las estipulaciones contractuales y los pactos vigentes entre las partes respecto de los alcances de esta obligación adquirida por el contratista bajo el contrato, y más concretamente, al suscribir la denominada “acta modificatoria 5”, de cuyo contenido el tribunal realiza un extenso análisis más adelante a los efectos de dirimir la controversia que le ha sido propuesta.

2. La naturaleza del contrato 136 de 1994.

Encuentra el tribunal que el contrato celebrado entre las partes procesales es un contrato estatal. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993 (num. 1º, lit. a), los establecimientos públicos “son entidades estatales”, a los efectos de la aplicación del estatuto contractual, y el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, es un establecimiento público descentralizado del orden distrital, creado mediante el Acuerdo 4 del 8 de febrero de 1978, con las siguientes funciones:

1. “Formular políticas para el desarrollo masivo del deporte y la recreación en el Distrito Especial, con el fin de contribuir al mejoramiento físico y mental de sus habitantes, especialmente de la juventud.
2. Coordinar con otras instituciones oficiales o privadas, dedicadas a estas materias, el planeamiento y ejecución de sus programas.
3. Participar en la financiación y organización de competencias y certámenes nacionales e internacionales con sede en Bogotá.

4. Adquirir y enajenar a cualquier título los bienes muebles o inmuebles cuando lo requiera para el cumplimiento de sus fines.

5. Administrar los escenarios deportivos de modo que dentro de criterios de esparcimiento para los ciudadanos, permitan ingresos en taquillas para atender el mantenimiento y mejoramiento de los mismos.

6. Administrar, directa o indirectamente la Plaza de Toros de Santamaría, fomentando la presentación de espectáculos taurinos y culturales y promover la formación de nuevos exponentes nacionales o artísticos.

7. En general, celebrar toda clase de negocios jurídicos, de administración, disposición, gravamen o compromiso de sus bienes o rentas, dentro de la órbita de sus funciones.

8. En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 7º, 8º, 9º y 10 del Acuerdo 5 de 1973, administrar la función recreativa para los bosques de la zona oriental de la ciudad.

9. Las demás que le asigne el Concejo Distrital”.

De conformidad con el acto de creación y la naturaleza jurídica de la convocante, “sus actos estarán sometidos a las normas del derecho público”⁽¹⁾, y por la misma razón, los contratos que celebre se ceñirán a los estatutos públicos que regulan la actividad contractual del Estado⁽²⁾.

El estatuto contractual de la administración pública vigente⁽³⁾ —art. 32— tipifica como contratos estatales “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)”.

De otra parte, el artículo 40 del citado estatuto, permite a las entidades estatales celebrar “los contratos y acuerdos

que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales”. En tal virtud, de conformidad con la norma en cita, los entes públicos podrán incluir en sus contratos “las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración”.

Igualmente, al tenor del artículo 13 del mismo estatuto, las entidades estatales, en su actividad contractual, se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, con excepción de las materias que se encuentren particularmente reguladas en la ley especial.

En conclusión, dentro de este marco general, es claro que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, autoriza a las entidades estatales la celebración de “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones” previstos en el derecho privado (códigos Civil y de Comercio), en disposiciones especiales o aquellos derivados de la autonomía de la voluntad”. A estos actos jurídicos la ley confiere la denominación de “contratos estatales”, sujetos a los principios y finalidades por ella señalados, sin perjuicio de la autorización con la que cuentan los entes públicos contratantes, de incluir en los contratos que celebren todas aquellas cláusulas permitidas por la ley en la contratación entre particulares.

Sobre el principio de la autonomía de la voluntad, que regenta la actividad contractual pública, ha dicho la Corte Suprema de Justicia⁽⁴⁾:

“En virtud del principio de la autonomía de la voluntad privada les está permitido a los particulares crear, modificar o extinguir obligaciones mediante actos jurídicos de carácter unilateral, bilateral o plurilateral (...).

La sola existencia de la voluntad no es suficiente para producir efectos en derecho. Es necesario que dicha voluntad se presente bajo la forma de una manifestación externa, la cual puede ser interpretada, con base en las reglas de la hermenéutica jurídica. Estas reglas, en general, buscan no solo hacer prevalecer la intención de los contratantes, sino la realización de principios superiores como la buena fe, la eficacia, la equidad y el equilibrio de las prestaciones en la ejecución de los contratos”.

Por la normativa reseñada y su interpretación jurisprudencial que acoge el tribunal, se concluye que en materia de pactos generadores de derechos y obligaciones, a las entidades estatales les está permitido en sus contratos, acordar cualquier tipo de compromisos y de remuneración lícita, típica o atípica, en los mismos términos autorizados a los particulares por el derecho privado.

En este marco conceptual, encuentra el tribunal que si bien el contenido obligacional del contrato 136/94 y el modo como las partes pactaron la remuneración del contratista, responde más a la noción que de “concesión para la explotación de un bien público” han desarrollado la ley, la doctrina y la jurisprudencia, ningún obstáculo jurídico se opone a la viabilidad de los convenios lícitamente celebrados por las partes y ningún vicio en torno a la nominación del contrato realizada por ellas encuentra el tribunal, de cara a la validez de sus estipulaciones y la derivada fuerza vinculante de los pactos en él consignados.

Por otra parte, ninguna pretensión se somete al pronunciamiento de este tribunal en punto a una determinada tipología contractual como determinante de la controversia que dio lugar a este proceso. Por el contrario, no ha surgido durante el trámite arbitral discusión alguna entre las partes procesales en torno a la ubicación del contrato en una determinada tipología o a los efectos que de la misma se derivaren, y mucho menos encuentran que tal nominación sea determinante de los alcances de las obligaciones cuyo incumplimiento deprecian de este tribunal.

Es por ello, que si bien el tribunal encuentra que el entramado obligacional del contrato 136 de 1994 tipifica el convenio como un contrato de concesión de explotación de bien público⁽⁵⁾, ningún pronunciamiento hará en este laudo sobre las consecuencias jurídicas de tal definición, toda vez que ninguna incidencia tiene tal ubicación contractual en la solución de las diferencias surgidas entre las partes en razón del cumplimiento de compromisos expresos, determinados y específicos en el contrato, regulados por ellas en el modo en que habrían de cumplirse y en cuya concepción y alcances ninguna relevancia tiene la tipología del contrato que les dio nacimiento. Lo cierto es que el contrato 136 de 1994 es un contrato estatal, celebrado por las partes para el cumplimiento de una

finalidad de interés público y en desarrollo de las funciones que expresamente atribuyó al instituto su acto de creación; su objeto, pues, responde al cumplimiento de los fines del Estado, circunstancia que en sí misma predica la licitud del pacto, cualquiera que sea la nominación —técnica o antitécnica— que en la autonomía de su voluntad le hayan dado las partes, y es esta la realidad jurídica que en forma clara e indiscutible encuentra el tribunal en este proceso.

Además, no es exótico ni extraño que en un contrato estatal —como en cualquier otro convenio público o privado— confluyan elementos típicos de diversos negocios jurídicos; en estos casos se está en presencia de contratos híbridos o complejos que encontrarán el régimen jurídico de las contraprestaciones en ellos pactadas, según la preponderancia que de unas u otras obligaciones hubieren realizado las partes, atendiendo a su naturaleza, alcances y cometidos. Esta convergencia, en tratándose de controversias sometidas a la definición judicial, tendrá importancia en tanto de ella surja el conflicto que da lugar al proceso o de su establecimiento dependa la solución de las diferencias. Y ante esta disyuntiva o necesidad no se encuentra este tribunal a fin de decidir en derecho las pretensiones sometidas a su conocimiento. De esta situación, múltiples son los ejemplos doctrinarios y jurisprudenciales; en efecto, el Consejo de Estado, ante casos similares, ha dejado establecido⁽⁶⁾:

“La naturaleza del contrato:

El contrato de “arrendamiento” del predio ejido a que se refiere la documentación adjunta (a fls. 3 y ss. del cdno. ppal.) es un contrato administrativo y no de derecho privado de la administración, celebrado el 16 de septiembre de 1970; el que por múltiples prórrogas expresas y tácitas estaba vigente a la fecha en que se expidió la resolución de caducidad 806 de 11 de agosto de 1988 (confirmada por la 876 de 31 siguiente).

Es un contrato administrativo en razón de la naturaleza del arrendamiento, predio ejido o ejidal, que no tiene el carácter de bien fiscal sino que, por expreso mandato de la ley es un bien de uso público o común del municipio (L. 41/48, art. 11 en armonía con el D. 1333/86, art. 169 o Código de Régimen Municipal), imprescriptible, aunque ser enajenable, - en los términos de la Ley 41 de 1948 antecitada.

La naturaleza del bien dado en tenencia por el municipio hace que este contrato, que no deja de ser de arrendamiento por referirse a un bien de uso público y no fiscal, pueda calificarse más técnicamente como administrativo de concesión de explotación de un bien público del Estado. Contrato en el cual, por ser administrado *strictu sensu*, se entendía pactada la cláusula de caducidad, en los términos de los artículos 48 y 53 del Decreto 150 de 1976, vigentes cuando se celebró. En este punto la especial naturaleza del objeto contractual impuso la existencia de dicha cláusula, la que en principio, no se da en los contratos de arrendamiento de bienes fiscales. Se observa que las antecitadas normas en el Decreto 222 de 1983, vigente cuando se produjeron las prórrogas.

Mediante el contrato aludido el municipio de Ambalema dio en explotación un bien de uso público al señor Eleuterio León Reyes. Al hacerlo el municipio no concedió el derecho a su explotación en interés exclusivo del beneficiario, como sucede en los contratos de tenencia del derecho privado, sino que lo hizo para garantizar que su explotación se llevara a cabo en las mejores condiciones y con respecto a los intereses colectivos, todo con miras a poderlo utilizar fácilmente en el futuro para los fines de la ley de ejidos, o sea para el fomento y la ejecución de planes de vivienda”.

Por lo anterior, para resolver las pretensiones que le han sido propuestas, el tribunal estará al contenido mismo de los pactos expuestos de las partes, consignados en los documentos contractuales y a la normativa que gobierna la contratación estatal, sin detenerse, porque nada le ha sido requerido en ese sentido, en la tipología del contrato 136 de 1994 nominado por las partes como de “arrendamiento”.

En cuanto hace al régimen jurídico del objeto pactado, el tribunal, a más del referido estatuto contractual de la administración pública, tendrá en consideración las normas propias del servicio involucrado y esencialmente, la finalidad de la contratación consistente, de conformidad con el reconocimiento expreso que se consigna en el documento contractual, en la “recreación masiva a la comunidad”⁽⁷⁾.

Ubicado el contrato 136 de 1994 dentro de la categoría jurídica de contrato estatal, procede el tribunal a estudiar la

viabilidad de las pretensiones que le han sido propuestas.

3. El convenio celebrado.

Toda vez que, las pretensiones de la demanda que dio inicio al proceso, buscan la declaración judicial del alcance de una obligación contractual, debe el tribunal, en primer término, aprehender el estudio del convenio en cuestión, de sus antecedentes y contenido de las obligaciones pactadas, con el fin de evacuarlas.

Resulta imperativo para el tribunal detenerse en el estudio de la realidad contractual a fin de determinar, los alcances de la obligación de “inversión”, frente a cuyos efectos ha surgido la controversia que tiene enfrentadas a las partes.

3.1. El objeto del contrato.

El 22 de junio de 1994, las partes suscribieron el contrato 136 de 1994 que han dado en nominar de “arrendamiento”, cuyo objeto, al tenor de la cláusula primera del documento que lo contiene, consistió en:

“El instituto entrega a título de arrendamiento, todos los juegos, atracciones mecánicas y no mecánicas, parqueaderos y demás instalaciones complementarias para la correcta ejecución del presente contrato que están ubicados en el parque El Salitre de la ciudad de Bogotá Distrito Capital, **con el fin de ofrecer recreación masiva a la comunidad.** Los bienes dados en arrendamiento se describen a continuación: 1. una (1) sombrilla mecánica, un (1) avión mecánico, una (1) montaña rusa, una (1) oruga mecánica, un (1) mini tren, una (1) rueda panorámica, un (1) pulpo mecánico, un (1) juego de motos mecánicas, dos (2) lanchas mecánicas, un (1) casino senior, una (1) rueda centrífuga, dos (2) carruseles mecánicos, un (1) transporte aéreo, un (1) juego de tazas de té, y demás atracciones mecánicas o máquinas que se encuentren dentro del parque y que se relacionarán en el acta de entrega que hace parte del presente contrato. Los bienes antes mencionados se encuentran en el inmueble denominado parque El Salitre, ubicado entre la avenida 68 y carrera 60 y las calles 63 y 64, en un lote cuyos linderos son los siguientes: (...). Parágrafo 1º: el instituto **garantiza al arrendatario la exclusividad de la explotación económica de los bienes y servicios del parque**, por lo tanto, nadie no autorizado por el arrendatario, podrá instalar juegos y atracciones, suministrar alimentos, realizar ventas y en general prestar cualquier tipo de servicios dentro del parque. Parágrafo 2º: el instituto le confiere el derecho al arrendatario de usar otras áreas del parque, con fundamento en este contrato de arrendamiento, para construir, instalar y adaptar nuevos juegos, atracciones mecánicas, equipos e instalaciones complementarias (cafeterías, baños, parqueaderos, etc.) con el fin de mejorar la prestación de los servicios de recreación y atención a los usuarios del parque”.

De conformidad con la estipulación en cita, es claro para el tribunal que el objeto del contrato se contrae al “arrendamiento” de bienes muebles, las atracciones mecánicas, ubicadas en un bien inmueble precisamente identificado, determinado y definido, los terrenos del parque El Salitre, con un destino o finalidad específica, ofrecer recreación masiva a la comunidad. La utilización de una mayor o menor área de los terrenos del parque estaría determinada por la necesidad de “construir, instalar y adaptar nuevos juegos, atracciones mecánicas, equipos e instalaciones complementarias”, siempre con miras al cumplimiento de los fines de la contratación, esto es, “mejorar la prestación de los servicios de recreación y atención a los usuarios del parque”.

3.2. La contraprestación pactada.

Bajo el concepto de “valor y forma de pago” pactaron las partes, en la cláusula segunda del contrato 136 de 1994:

“El valor real del contrato será el resultante de multiplicar los porcentajes a que se refiere esta cláusula por los ingresos brutos obtenidos por la sociedad en la explotación total de los bienes, servicios y demás actividades recreativas, al igual que cualquier otro ingreso que se produzca en el parque El salitre, incluidos los que se llegaren a construir e instalar durante la ejecución del presente contrato, los cuales se invertirán en la recuperación y mantenimiento del parque conmemorativo Simón Bolívar, a través de la Fundación Ecoparque Simón Bolívar así: a) Durante el primer y segundo año el cuatro por ciento (4%); b) Durante el tercer año de vigencia de este contrato de este contrato el cinco por ciento (5%); c) Durante el cuarto año el seis por ciento (6%); d) Durante el quinto año de vigencia de este contrato el siete por ciento (7%); e) Durante el sexto año de vigencia de este contrato el ocho por ciento (8%); f) Durante el séptimo año de vigencia de este contrato el nueve por ciento (9%); g) Del octavo

año en adelante hasta el vencimiento del contrato el diez por ciento (10%). Parágrafo primero: la inversión a que se refiere esta cláusula se hará de conformidad con el cronograma de trabajo que para tal fin convengan las partes. Parágrafo segundo: las sumas a que se refiere esta cláusula son las únicas a que se obliga a pagar el arrendatario al instituto como contraprestación a este contrato”.

Remarca el tribunal que al momento de celebrar el contrato, las partes determinaron el pacto remuneratorio con fundamento únicamente en los ingresos brutos percibidos por el contratista en desarrollo del contrato, derivados de la explotación económica de los bienes dados en arrendamiento. Ninguna obligación de inversión se atribuyó al contratista como referente obligado de su remuneración; por el contrario fueron explícitas las partes al prever que las sumas aquí establecidas, calculadas en términos de porcentajes de los ingresos que percibiera el contratista en desarrollo del contrato, serían “las únicas a que se obliga a pagar el arrendatario al instituto como contraprestación a este contrato”.

3.3. La entrega del inmueble.

En la cláusula quinta previeron las partes que “la entrega del inmueble al arrendatario se realizará dentro de los veinte días (20) siguientes a la firma del presente contrato, mediante la suscripción de la respectiva acta de entrega. Parágrafo: en dicha acta de entrega se dejará constancia del estado en que se encuentran los **muebles, equipos de dotación, las atracciones mecánicas, accesorios y demás bienes que se encuentren en el parque**” (destaca el tribunal).

Encuentra el tribunal que si bien el contrato versó sobre el arrendamiento de bienes muebles (las atracciones mecánicas), es claro que su entrega por la entidad contratante al contratista, a los efectos de hacer posible la ejecución del objeto pactado, debía producirse con la entrega del bien inmueble en el que las mismas se encontraban ubicadas, y del cual no podían retirarse, habida cuenta de la finalidad de la contratación: la recreación masiva a la comunidad debía prestarse en el inmueble en el que las atracciones mecánicas destinadas a ese propósito se encontraban ubicadas; fue este el fin expreso consignado por las partes en el contrato y fue este el móvil determinante de la celebración del negocio jurídico en estudio. No podía pues producirse lo uno sin lo otro; o dicho de otro modo, no podía darse cumplimiento a la entrega de los bienes objeto del arrendamiento sin que en forma concomitante se entregara igualmente el inmueble en el que las mismas se encontraban instaladas.

Aún más, como en seguida lo analiza el tribunal, el cumplimiento de las obligaciones de las partes está referido a un preciso espacio material: El parque El Salitre, cuyos linderos constituyen el límite espacial de la actividad que debían desplegar las partes en el cumplimiento del objeto pactado.

3.4. Los derechos y deberes de las partes.

En cuanto a los derechos y deberes de las partes contratantes, ellas de manera general, primero, determinaron que “constituyen derechos y deberes generales del instituto para efectos de este contrato los contenidos en el artículo cuarto de la Ley 80 de 1993”, y del arrendatario “los contenidos en el artículo 5º de la Ley 80 de 1993”. Y expresamente, de modo particular, se atribuyeron las siguientes:

3.4.1. Obligaciones del arrendatario.

- Asumir, por su cuenta y riesgo, de acuerdo a las modalidades de contrato de arrendamiento, el manejo, cuidado y conservación de los bienes dados en arrendamiento que se encuentran en las instalaciones del parque El Salitre.
- Instalar durante los cuatro primeros años, las atracciones mecánicas, descritas en el literal b) de la cláusula séptima del contrato.
- Asumió el “arrendatario” la obligación contractual expresa de realizar una “inversión mínima” de mil quinientos millones de pesos (\$ 1.500'000.000), correspondiente con la obligación de instalación de atracciones mecánicas durante los primeros 4 años de ejecución contractual.
- El arrendatario tiene derecho “a reajustar los precios de las atracciones mecánicas, a los servicios que preste en el parque, hasta el total del índice de precios al consumidor”. Para aumentos superiores al IPC, el arrendatario debía

contar con la autorización expresa del instituto; y en el evento de nuevas atracciones no previstas, las partes debían acordar las tarifas correspondientes.

- Contratar, bajo su responsabilidad, el personal requerido para el funcionamiento del parque.
- Responder por todos los daños y perjuicios derivados de su negligencia, descuido o dolo que en desarrollo de la prestación del servicio, se causen al parque, sus instalaciones o terceros.
- Mantener en buen estado de conservación y limpieza las instalaciones del parque, incluidos andenes, zonas verdes y cerramiento.
- Responder porque los servicios que se presten en el parque sean adecuados y eficaces, según sus características, dotación, equipos e instalaciones, y exigir el cumplimiento de estas condiciones a sus subcontratistas.
- Pagar los servicios públicos y el alumbrado público.
- Conservar y mantener en buen estado el parque, al igual que los bienes y elementos que lo conforman y responder por los daños que se causen a los mismos.
- Contratar, bajo su responsabilidad, la seguridad del parque.
- Permitir el libre acceso del público en general al parque El Salitre, pudiendo cobrar por el uso de las instalaciones mecánicas y por los servicios que preste, sin permiso o autorización previa del distrito o del instituto.
- Realizar las mejoras útiles necesarias, previa información a la dirección del instituto.
- Cumplir con las normas distritales relativas a salubridad, aseo y control de precios.
- No variar el uso y destinación del parque, de conformidad con el objeto de su creación.
- Prestar el servicio de las atracciones mecánicas como mínimo sábados, domingos y festivos.
- Respetar los contratos existentes, los cuales serían cedidos al arrendatario.
- Presentar anualmente al instituto los balances contables.
- Contratar los servicios de una firma de auditoría externa, seleccionada por el instituto, a cuyo cargo estaría la supervisión del cumplimiento y ejecución de este contrato en lo relacionado con la cláusula segunda (“valor y forma de pago”).
- Permitir al instituto el ingreso a las instalaciones administrativas, en las que funcionan sus oficinas.

3.4.2 Obligaciones del instituto.

- Suministrar oportunamente al arrendatario la información que este requiera.
- Respetar y garantizar el disfrute y utilización del parque durante el plazo del contrato.
- Informar oportunamente al arrendatario sobre posibles anomalías que se presenten en el cumplimiento del contrato o en la prestación del servicio, a fin de que el arrendatario rinda las explicaciones procedentes o adopte los correctivos necesarios.
- Mantener en el parque el servicio de policía.
- Permitir al arrendatario el cobro de tarifas por los servicios especiales que se presten en el parque.

3.5. El pacto de cláusulas exorbitantes (cláusula décima cuarta).

Llama la atención del tribunal la inclusión en este contrato, nominado por las partes, como de “arrendamiento”, de

las cláusulas exorbitantes, inclusión que de conformidad con la Ley 80 de 1993, está prohibida para este tipo de contrato estatal. En efecto, el parágrafo del artículo 14 del estatuto contractual es perentorio al excluir la posibilidad de “pacto” de este tipo de cláusulas en los contratos estatales de arrendamiento. En relación con este punto, ningún análisis subsiguiente hará el tribunal, limitándose a remarcar que tal estipulación es típica y natural de un contrato de concesión al tenor de lo preceptuado en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993⁽⁸⁾, pero es extraña y violatoria de prohibición legal expresa, si se trata de un típico contrato de arrendamiento, puesto que sabido es que de conformidad con el artículo 16 del Código Civil, “no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”.

3.6. La “restitución”.

Igualmente, en la cláusula vigésima segunda del contrato, las partes previeron la restitución de “los bienes objeto del contrato” al vencimiento del plazo pactado, en los siguientes términos:

“Restitución. Cumplido el término de duración del presente contrato, el arrendatario se obliga para con el instituto a restituir los bienes objeto del contrato, incluidos (sic) las obras que se llegaren a construir. Parágrafo. Dentro de los tres (3) días siguientes a la terminación del contrato se levantará acta en la que conste el estado y relación de todos los bienes”.

Encuentra el tribunal que las partes, al celebrar el contrato, tuvieron certeza sobre el contenido y alcances de la restitución que habría de producirse a su terminación, referida esta obligación del arrendatario a la totalidad de “los bienes” objeto del “arrendamiento”, así como a la totalidad de las obras civiles que en desarrollo del convenio, construyera el contratista.

En efecto, además de la estipulación que viene de citarse previeron las partes en la cláusula octava relativa a las mejoras que podría implementar el arrendatario:

“Mejoras. El arrendatario queda autorizado a realizar toda clase de mejora, necesarias y útiles para el parque El Salitre. Por lo tanto, está facultado para construir las obras e instalar los equipos que se requieran **para incrementar la utilización ciudadana del parque y mejorar las condiciones generales de recreación masiva y deservicios a los usuarios, sin que sea necesario permiso o autorización previa. Las obras civiles que construya el arrendatario, una vez terminado el contrato, pasarán a ser propiedad del instituto**” (resalta el tribunal).

Y en el literal o) de la cláusula séptima, se dispuso, como una obligación del arrendatario, “a la terminación del contrato restituir los bienes dados en arrendamiento. Los inmuebles que la sociedad haya construido en el parque se entregarán también al instituto sin contraprestación alguna. Las demás instalaciones, mejoras, atracciones mecánicas construidas o instaladas por la sociedad, esta las podrá retirar o negociar su precio de entrega al instituto. De común acuerdo, las partes podrán convenir el retiro de alguna de las atracciones mecánicas existentes para ser instaladas en otros parques administrados por el instituto”.

De esta manera, pactaron las partes en el contrato la “restitución” sin contraprestación a cargo del contratista, de la totalidad de los bienes dados en arrendamiento, esto es, de las atracciones mecánicas de propiedad del instituto objeto del mismo, así como de las obras (inmuebles) construidas por la sociedad para la instalación de otras atracciones o en general, para el adecuado cumplimiento del contrato. La restitución en la forma pactada no operaría respecto de otras atracciones instaladas por el contratista, las cuales, si bien podrían ser implantadas en el parque a los efectos de su explotación económica, permanecerían de propiedad del contratista hasta la terminación del contrato.

De las estipulaciones contractuales reseñadas, encuentra el tribunal:

El “arrendamiento” recae sobre **“ todos los juegos, atracciones mecánicas y no mecánicas, parqueaderos y demás instalaciones complementarias para la correcta ejecución del presente contrato que están ubicados en el parque El Salitre de la ciudad de Bogotá Distrito Capital, con el fin de ofrecer recreación masiva a la comunidad”** (cláusula primera. objeto. Destaca el tribunal).

Sin embargo, ningún goce directo se confiere al arrendatario sobre los bienes objeto del “arrendamiento” y ninguna destinación distinta a la prevista en el acto de creación del instituto, podrá darles el contratista. En últimas, en virtud del contrato, el instituto concede a la sociedad Reforestación y Parques S.A. el derecho de explotar un bien público de uso público, en las condiciones y términos previstos por la ley para dicha explotación, y por ese derecho se pacta la remuneración prevista en la cláusula segunda del contrato 136 de 1994, la cual es calculada como un porcentaje de los ingresos brutos que en desarrollo del objeto pactado (la explotación económica de los bienes) obtenga el contratista⁽⁹⁾.

No se trata entonces, de un típico contrato de arrendamiento; las mutuas prestaciones de las partes en este contrato evidencian, sin duda alguna, el móvil determinante de su celebración: por la parte pública, asegurar la adecuada prestación de un servicio de fomento a su cargo, a voces del Decreto 2537 de 1993, y por el contratista privado, la explotación económica de un bien público, de uso público, con miras a la obtención de la utilidad derivada. Y sabido es que en la interpretación de los contratos, manda el legislador⁽¹⁰⁾ que “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

De esta manera, es claro para el tribunal, que la calificación dada por las partes al contrato, no obliga al juez ni tal manifestación tiene en sí misma la potestad de determinar el régimen jurídico del convenio. No pueden las partes de un contrato, por la calificación subjetiva de ellas, trocar un negocio jurídico en otro que no se compadece con el contenido prestacional de sus mutuas obligaciones ni con las finalidades que cada una de ellas persiguió con su celebración. La nominación del contrato que hagan los contratantes, es pues, cuestión adjetiva y por lo mismo, a su contenido sustancial habrá de acudir el fallador para la determinación de su régimen jurídico.

Concluye entonces el tribunal en este punto, que el contrato celebrado por las partes es un contrato atípico, en el que confluyen elementos propios, típicos y naturales de los contratos de concesión de explotación de bienes públicos, de concesión de servicio público y de arrendamiento, siendo prevalentes en su contenido obligacional, las características tipificantes del contrato de concesión, sin que por ello, pueda ubicarse de manera definitiva, como se ha visto, en esa determinada tipología contractual.

Serán entonces la naturaleza de las obligaciones contenidas en el contrato y el modo como las partes expresamente entendieron su cumplimiento, los elementos determinantes de la decisión que adopta el tribunal en este laudo, sin que a tales efectos incidan en su juicio conceptos o nociones referidos a un determinado tipo contractual.

4. Del modo como las partes dieron cumplimiento a sus obligaciones bajo el contrato.

Con base en el marco de referencia legal y conceptual establecido, pasa el tribunal a estudiar la interpretación que cada una de las partes dio al contenido y alcance de los compromisos asumidos por ellas en punto a las inversiones a cargo del contratista con destino al cumplimiento del objeto del contrato, y al modo como entendieron debían ejecutarse esas obligaciones.

En consecuencia, el tribunal estudiará los desarrollos de la contratación a fin de establecer los extremos obligacionales y definir, en ese marco, las pretensiones que le han sido propuestas, en punto al cumplimiento de las partes de sus mutuas obligaciones, a los compromisos derivados de la naturaleza jurídica del contrato y a aquellos que naturalmente surgen de su objeto.

4.1. La ejecución del contrato.

Obran en el expediente los documentos que contienen las sucesivas modificaciones del contrato 136/94, en total siete, suscritas por las partes con el fin de adecuar las estipulaciones iniciales a los desarrollos del convenio y a las necesidades derivadas del servicio, así:

i. El 30 de mayo de 1995, las partes suscribieron el otrosí 1 al contrato 136/94, mediante el cual convinieron, entre otras, las siguientes modificaciones al convenio:

- Fijar hasta el 22 de diciembre de 1995 el plazo máximo para la ejecución de las obligaciones asumidas por el contratista en el literal b) de la cláusula séptima del contrato, cuyo cumplimiento estaba previsto para los dos primeros años del contrato.

- El contratista se comprometió a instalar unas atracciones y unas instalaciones sanitarias adicionales⁽¹¹⁾.
 - La obligación de inversión del contratista se aumentó en los siguientes términos: “a) Inversión total a 22 de diciembre de 1995, la suma de dos mil millones de pesos (\$ 2.000’000.000). b) Inversión total a 22 de junio de 1999, la suma de cuatro mil quinientos millones de pesos (\$ 4.500’000.000)”.
- ii. El 21 de diciembre de 1995, las partes suscribieron el “acta de modificación al contrato 136 de 1994”. En este documento se amplió hasta el 22 de mayo de 1996 el plazo para el cumplimiento de la obligación asumida por el contratista en punto a la entrega de las instalaciones pactadas en la cláusula segunda del otrosí de mayo 30/95.
- En este mismo documento se aumentó la obligación de inversión del contratista en \$ 750’000.000, de manera tal que la inversión total a su cargo, a junio 22 de 2000, debía ascender a la suma de \$ 5.250’000.000.
- Finalmente, la sociedad contratista se obligó, con la suscripción de este otrosí, a “prestar el servicio de las atracciones en forma gratuita a niños de menores recursos matriculados en escuelas y colegios del distrito por 24 días al año”, de conformidad con el cronograma que a tales efectos le presentara el instituto.
- iii. El 5 de mayo de 1997, las partes suscribieron el “acta de modificación 2”. Destaca el tribunal de este documento, las siguientes previsiones:
- En las consideraciones de las partes, expresamente reconocen que el objeto del contrato de arrendamiento 136/94 “es el arrendamiento en forma exclusiva de todos los juegos, atracciones mecánicas y no mecánicas, parqueaderos y demás instalaciones complementarias para la correcta ejecución del objeto del contrato, ubicadas en el parque El Salitre de la ciudad de Santafé de Bogotá”⁽¹²⁾.
 - Previo reconocimiento que es función del instituto “ofrecer recreación a los habitantes de Santafé de Bogotá”, el arrendatario asumió la obligación de prestar gratuitamente el servicio de las atracciones mecánicas a un total de 5000 niños en el año de 1997 y de 12.000 niños en el año de 1998, de conformidad con el cronograma que a tales efectos le presentara el instituto⁽¹³⁾.
- iv. El 7 de noviembre de 1997, las partes suscribieron el “acta de modificación 3”. Mediante este documento, se asignó el control y vigilancia del contrato de arrendamiento 136/94 a la jefe de división de parques del instituto.
- v. Mediante “acta de modificación 4”, las partes modificaron la cláusula primera del contrato 136/94.
- vi. El 25 de agosto de 1998, las partes suscribieron la denominada “acta modificatoria 5”. En torno al cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes con la suscripción de este documento se ha generado, de manera esencial y exclusiva, la controversia que ocupa la atención de este tribunal, razón por la cual, en capítulo siguiente se destacan los acuerdos fundamentales del mismo, a fin de precisar su contenido y alcance frente a las pretensiones que le han sido propuestas, análisis que será determinante de la decisión que se adopta en este laudo.
- vii. El 1° de septiembre de 1998, las partes suscribieron el documento denominado por ellas como “acta aclaratoria 1 del acta modificatoria 5 del contrato de arrendamiento 136 de 1994”. Entre otras estipulaciones, en este documento, el instituto y la sociedad convocada aclararon imprecisiones del acta modificatoria 5 y modificaron las cláusulas décima primera y décima cuarta de la misma, relativas a su perfeccionamiento y ejecución, así como al domicilio contractual.

4.2. El acta modificatoria 5.

Es claro para el tribunal que la controversia surgida entre las partes encuentra su génesis en el modo en que cada una de ellas interpreta el alcance de sus mutuas obligaciones pactadas en la denominada “acta modificatoria 5” y en su posterior ejecución. Frente a los compromisos asumidos por la convocada en este documento, impetra la convocante de este tribunal, la definición del monto de la obligación de inversión contraída por aquella en determinadas atracciones a ser instaladas y/o construidas en el parque El Salitre.

Por ello, el tribunal, a los efectos de este laudo, se concentrará en el estudio del citado documento contractual y en los desarrollos de sus estipulaciones a fin de definir las diferencias que dieron lugar a la convocatoria de este

tribunal.

Tomando en consideración los antecedentes de la contratación, la situación actual de ejecución del contrato, y las necesidades del servicio involucrado, el 25 de agosto de 1998, las partes celebraron el acuerdo que dieron en llamar “acta modificatoria 5”.

De las consideraciones determinantes de las partes para la celebración de este acuerdo, destaca el tribunal, por su importancia en la definición de la controversia, las siguientes:

- El reconocimiento expreso del cumplimiento del “arrendatario” de las inversiones a que se obligó desde la celebración del contrato, de conformidad con lo previsto en las cláusulas primera (par. segundo) y octava del documento que lo contiene.
- Confirman las partes en este acuerdo, “Que es obligación del Instituto Distrital de Recreación y Deporte masificar y fomentar la creación de espacios que faciliten la recreación como hábito de salud y mejoramiento de la calidad de vida y el bienestar social, contribuyendo así al desarrollo de la educación familiar, escolar y extraescolar de la niñez y de la juventud para que utilicen el tiempo libre y la recreación como elementos fundamentales en su proceso de formación integral, tanto en lo personal como en lo comunitario”.
- Al analizar la situación del contrato, encontraron las partes la necesidad de una mayor inversión del contratista, con lo cual debía revisarse en forma correlativa “el esquema de pago pactado en el contrato de arrendamiento”. De esta manera, convinieron en modificar el porcentaje sobre los ingresos brutos del contratista, pactado como precio del contrato para cada año, fijándolo en un 4% fijo de los ingresos brutos operacionales, sin que ello implicara “detrimento patrimonial para el instituto”. En todo caso, el contratista se obligaba a realizar un pago que “nunca podrá ser inferior a la cantidad de ochocientos millones de pesos colombianos (\$ 800'000.000) anuales, contado a partir del año dos mil uno (2001), o de la fecha de adecuación total de las atracciones, lo que ocurra primero, base que aumentará cada año de acuerdo con el índice de precios al consumidor (IPC) o aquel que lo sustituya”.
- En este documento las partes hicieron sendas declaraciones en relación con los aspectos que determinaron la necesidad de suscribir el acuerdo.
- Así, el instituto reconoció expresamente el cumplimiento estricto del contratista de los términos del contrato; igualmente, la entidad contratante expresamente manifestó su deseo de “celebrar la presente acta modificatoria a fin de estimular la inversión en bienes materia del contrato de arrendamiento que quedarán ubicados en el parque El Salitre y asegurar la creación de un centro de esparcimiento para la recreación masiva en los términos previstos en el Decreto 2537 de 1993 respetando el espíritu original del contrato que busca especialmente ofrecer recreación masiva a la comunidad y a través de lo consagrado en esta acta se mantienen, mejoran y se apoya la masificación de la recreación en la capital, actualizando y modernizando las opciones de una concepción original del parque de hace veinticinco años a una actual forma de esparcimiento que consulta las necesidades y el avance actual e los programas de recreación”.
- Igualmente, consideró, admitió y declaró el instituto “que es posible desarrollar el planteamiento presentado, cuyo plan maestro será presentado dentro de los ciento ochenta (180) días siguientes a la firma de la presente acta por el arrendatario y que hará parte de la presente por no estar restringido por reservas o vetos **ecológicos o de cualquier otro tipo, siempre y cuando se ajusten al plan maestro del Parque Metropolitano Simón Bolívar o a las modificaciones de este solicitadas por el arrendatario y aceptadas por las autoridades y cuente previamente con las licencias que expide el Departamento Administrativo de Planeación Distrital y el comité director del parque y de cualquier otro permiso necesario**” (destaca el tribunal).
- Por su parte, el contratista declaró expresamente su voluntad y deseo de suscribir el acta modificatoria del contrato 136/94 “con el fin de contribuir al mejoramiento de las atracciones recibidas en arrendamiento y de los servicios complementarios”, de conformidad con sus obligaciones bajo el contrato, especialmente las consignadas en las cláusulas primera (par. 2º) y octava.

De otro lado, fueron acuerdos expuestos de las partes en este documento respecto de los cuales se ha planteado la controversia que este tribunal define:

- Modificar la cláusula segunda del contrato 136 de 1994⁽¹⁴⁾, en los siguientes términos:

“Cláusula primera. Modificar la cláusula segunda del contrato de arrendamiento 136/94, la cual en su totalidad y para todos los efectos legales quedará así: valor y forma de pago. El valor real anual del contrato será la suma equivalente al cuatro por ciento (4%) de los ingresos brutos operacionales obtenidos por el arrendatario en la explotación total de los bienes, servicios y demás actividades operacionales que se desarrollen en el parque El Salitre a partir del 1 de enero del año 2001 o de la fecha de adecuación total de las atracciones (lo que ocurra primero). Parágrafo 1°. El valor anual que corresponde a la atracción denominada zoológico podrá ser la suma equivalente al cuatro por ciento (4%) de los ingresos brutos operacionales obtenidos por el arrendatario en la explotación total de este bien o el número de boletos de acceso a la atracción denominada zoológico equivalentes al dicho porcentaje al precio normal de taquilla, a juicio del instituto. Parágrafo 2°. En todo caso, el valor real anual del contrato, nunca será inferior a la cantidad de Col\$ 800'000.000 (ochocientos millones de pesos colombianos 00/100) anuales, a partir del primero (1°) de enero del año 2001 o de la fecha de adecuación total de las atracciones (concluidas las obras de que trata la inversión de la presente acta modificatoria) lo que ocurra primero, base que aumentará cada año de acuerdo con el índice de precios al consumidor o el que lo sustituya. Parágrafo 3°. Mientras se llega el primero (1°) de enero del año 2001 o se adecuan totalmente las atracciones (lo que ocurra primero), se aplicarán las tarifas actualmente pactadas en el contrato de arrendamiento, pero en todo caso, dicho pago nunca será inferior a la cantidad de Col\$ 500'000.000 (quinientos millones de pesos colombianos 00/100) por los veintinueve (29) meses o se pagará de manera proporcional si la adecuación total de las atracciones ocurre primero. Parágrafo 4°. Las cantidades a pagar por el arrendatario al instituto serán canceladas mensualmente dentro de los cinco (5) días siguientes en la tesorería de la entidad. Parágrafo 5°. Las sumas a que se refiere esta cláusula son las únicas que se obliga a pagar el arrendatario al instituto como canon de arrendamiento, sin perjuicio de lo establecido en la cláusula 3, literal q) de la presente acta modificatoria”.

- Modificar la cláusula séptima del contrato 136 de 1994⁽¹⁵⁾, en punto a las obligaciones del contratista, así:

“Cláusula tercera. Modificar los literales b), c), f), h), i), j), k), ll), m), o), p), q) r) y u), eliminar el literal t) e incluir los literales v) y w) de la cláusula séptima del contrato de arrendamiento, los cuales quedarán así: obligaciones del arrendatario. b) El arrendatario **se obliga a efectuar la inversión de que trata la presente acta modificatoria** dentro del parque El Salitre **para** construir una atracción denominada zoológico, una atracción denominada delfinario, adecuar los parqueaderos, adecuar o rediseñar la actual concha acústica para lo menos 20.000 espectadores, con la obligación de colocar silletería individual para mínimo 5.000 espectadores, hacerle una revisión total a las atracciones mecánicas existentes, dadas en arrendamiento, reemplazando, previa autorización del instituto aquellas que generen riesgos para los usuarios o las que presenten alto grado de obsolescencia, caso en el cual el estudio técnico deberá estar debidamente justificado y su cambio signifique el mejoramiento de las condiciones de recreación, siendo de mejor calidad, instalar y adaptar juegos mecánicos y no mecánicos, juegos de feria, juegos acuáticos, comercios, restaurantes y cafeterías, máquinas eléctricas, electrónicas (con excepción de máquinas electrónicas tragamonedas, juegos de video y juegos de azar), juegos de habilidad, realización de ferias, carnavales, exposiciones recreativas y todo lo relacionado con parques de entretenimiento. En otras áreas del parque El Salitre se podrán efectuar entre otras actividades: espectáculos, conciertos, espectáculos de animales, peces y mamíferos marinos entrenados o no que atiendan las necesidades de diversión del público en general, y también se podrán realizar obras e instalaciones de equipos complementarios (en cafeterías, baños, parqueaderos, etc.), todo lo anterior, siempre y cuando sea relacionado con parques de entretenimiento con el fin de mejorar la prestación de los servicios de recreación y atención a los usuarios del parque. Parágrafo 1°. La inversión a que se refiere esta acta modificatoria, se hará de conformidad con el plan maestro y cronograma de trabajo que presentará el arrendatario dentro de los ciento ochenta (180) días siguientes a la fecha de la firma de esta acta, que hará parte integral de la misma y que en todo caso, contemplará la obligación por parte del arrendatario de invertir la cantidad de \$ 42.000'000.000 (cuarenta y dos mil millones de pesos colombianos) en el término de veintinueve (29) meses contados a partir de la firma de la presente acta. Parágrafo 2°. El arrendatario deberá obtener de las autoridades competentes las autorizaciones necesarias para presentar cualquier espectáculo en los términos de las leyes aplicables, cuando a ello hubiere lugar. De igual manera, los permisos para efectuar obras civiles. Parágrafo 3°. (...) c) Tarifas. El arrendatario presentará a el instituto el valor de las tarifas para cada atracción o servicio. Anualmente el arrendatario tendrá derecho a reajustar los precios máximos de las atracciones mecánicas, de los servicios que preste en el parque hasta el total del índice de precios al consumidor (IPC). Para incrementos superiores al índice

de precios al consumidor (IPC) el arrendatario, deberá informar al instituto con diez (10) días de antelación al cobro de la tarifa (...). ll) El arrendatario se obliga a permitir el libre acceso del público en general al parque El Salitre, pudiendo cobrar por el acceso a las unidades de entretenimiento, cuyo acceso por sí mismo constituye una atracción con motivo de los servicios que se ofrezcan, tales como los que se presenten en las atracciones denominadas zoológico, delfinario, parque de diversiones, parque acuático, anfiteatro o por el uso de las atracciones mecánicas, no mecánicas, etc., y en general por los servicios que se presten. m) Realizar las mejoras útiles que a juicio del arrendatario sean necesarias. Parágrafo. Para la realización de mejoras, consideradas como importantes, adicionales a las previstas en el plan maestro que presente el arrendatario, este informará previamente al instituto para obtener autorización, el cual no negará sin razón fundada la autorización solicitada. o) A la terminación del contrato, restituir los bienes dados en arrendamiento, exceptuando los que hubieran llegado al fin de su vida útil por el uso y hubieren sido dados de baja, de acuerdo con las normas legales aplicables. Parágrafo 1°. Las construcciones que el arrendatario haya realizado en el parque el Salitre para acomodar los bienes materia del arrendamiento se entregarán también al instituto sin contraprestación alguna. Al término del contrato de arrendamiento y sus prórrogas si las hubiere, el arrendatario podrá retirar las demás instalaciones, mejoras, atracciones construidas o instaladas por él, o negociar su precio de entrega al instituto. De común acuerdo, las partes podrán convenir el retiro de alguna de las atracciones mecánicas existentes, para ser instaladas en otros parques administrados por el instituto. Parágrafo 2°. Cuando se retire alguna o algunas de las atracciones existentes, estas deberán sustituirse como mínimo por una o unas de valor equivalente, las cuales al finalizar el presente contrato no podrán ser retiradas del parque. (...). Parágrafo. Una vez determinado este valor, el arrendatario se compromete para con el instituto a ejecutar las obras que reemplazarán las existentes bajo las especificaciones técnicas y en las áreas que indique el instituto, o a girar los recursos junto con sus intereses de conformidad con las instrucciones que el instituto le imparta (...)."

Observa el tribunal en este punto que las inversiones a que se obligó el contratista al suscribir el acta modificatoria 5 bajo análisis, debían ejecutarse de conformidad con un plan maestro elaborado por el contratista y aprobado por el instituto, en un plazo de 29 meses, contado a partir del 25 de agosto de 1998, fecha de suscripción de la referida acta.

Los peritos financieros en su dictamen⁽¹⁶⁾, dan cuenta de “una versión de plan maestro remitido por el IDRD, sin que estemos considerándolo como el plan maestro oficial”, único documento puesto a su disposición, toda vez que, según lo manifiestan los mismos peritos, en los archivos de Reforestación y Parques “no reposa una versión del mismo”.

Anota el dictamen financiero que “Dentro de dicho plan maestro no hay una descripción detallada de las atracciones, sino que las mismas están dentro de partidas globales pertenecientes al capítulo titulado “Parque de Diversiones” y “Aquaparque” (...), razón por la cual, precisan los peritos, el dictamen “parte del supuesto de que dichos activos forman parte del plan maestro a que se refiere el acta modificatoria 5, ya que pertenecen al Parque de Diversiones y al Aquaparque”.

Ninguna otra constancia se tiene de la elaboración y desarrollo de un plan maestro adoptado por las partes a los efectos de verificar la ejecución de las inversiones a que se obligó el contratista mediante la suscripción del acta modificatoria 5, y mal puede el tribunal tener por tal, un documento remitido por una sola de las partes (la convocante) y respecto del cual ninguna evidencia existe de aceptación de su contenido por el contratista o siquiera de reconocimiento del mismo como el documento contractual requerido. Por ello, el valor probatorio del denominado “plan maestro” remitido por el IDRD a los señores peritos financieros, estará referido a la información que en él se contiene, relativa a los soportes de las inversiones realizadas por el contratista que encuentren apoyo y correspondencia en las demás pruebas del proceso.

De esta manera, y siendo la existencia del “plan maestro” en los términos pactados, condición expresa prevista por las partes a los fines del cumplimiento del compromiso de inversión del contratista, el tribunal a los efectos de la decisión que adopta en este laudo, se limitará a verificar el cumplimiento de la obligación de inversión referido al monto de la misma, en los términos solicitados en la demanda, sin que en su análisis tenga en cuenta el ajuste a una programación determinada consignada en un “plan maestro”, que si bien fue pactada por las partes como elemento referente de su ejecución, nunca tuvo efectos en el contrato para el propósito para el que fue concebida.

- En cuanto hace a las obligaciones del instituto, dispusieron las partes en la cláusula sexta del documento en cita:

“Modificar los numerales 2º y 5º, eliminar el numeral 4º, y adicionar los numerales 6º, 7º, 8º, 9º, 10 y 11 de la cláusula décima del contrato de arrendamiento, las cuales en su totalidad y para todos los efectos legales quedarán así: obligaciones del instituto. 2) Respetar y garantizar el disfrute y explotación de los bienes dados en arrendamiento dentro del parque, durante los veintidós (22) años y seis (6) meses contados a partir del 25 de julio de 1994, fecha en la cual se realizó el acta de entrega de los bienes arrendados. (...) 5) Permitir al arrendatario respecto de los eventos que se realicen en la Concha Acústica anunciarlos con la debida anticipación si estos no contienen publicidad comercial, de contenerla deberá solicitarse autorización previa al instituto. Se permitirá al arrendatario sin previa autorización del instituto, colocar durante el día del evento y en la Concha Acústica publicidad comercial temporal tales como pendones y globos inflables, que deberán ser retirados a la terminación del mismo. Parágrafo 1º. No está permitido tener patrocinio de bebidas alcohólicas ni cigarrillos. Parágrafo 2º. En el caso de que el instituto no autorice la publicidad comercial se entenderá que no existe por ello detrimento patrimonial para el arrendatario. 6) Permitir al arrendatario el cobro de tarifas sobre los servicios, atracciones, espectáculos, juegos especiales, conciertos y accesos a unidades de entretenimiento, cuyo acceso, por sí mismo constituya una atracción, con motivo de los servicios que se ofrezcan y cualquier otro tipo de entretenimiento, con solamente entrar a la unidad de que se trate, y demás servicios de atracción que se presten en el parque El Salitre así como permitir la venta de alimentos, souvenirs, bebidas no alcohólicas, prendas de vestir y todo lo relacionado con los centros de entretenimiento dentro de dicho parque. 7) Permitir dentro del centro de entretenimiento del parque El Salitre al arrendatario realizar las obras, adecuaciones, instalaciones e inversiones de que trata el literal b) de la cláusula tercera de la presente acta modificatoria, previa la licencia que expide el Departamento Administrativo de Planeación Distrital o cualquier otro permiso necesario. 8) Permitir al arrendatario la promoción de atracciones bajo los parámetros establecidos en el literal w) de la cláusula tercera de la presente acta modificatoria. (...). 11) Autorizar al arrendatario para efectuar las obras e inversiones y adquirir los bienes para cumplir con las obligaciones establecidas en la cláusula séptima del contrato de arrendamiento”.

- En cuanto a “mejoras”, previeron las partes en la cláusula cuarta del acta modificatoria 5:

“Modificar la cláusula octava del contrato de arrendamiento la cual en su totalidad y para todos los efectos legales quedará así: mejoras. El arrendatario queda autorizado para construir las obras e instalar los equipos que se requieran para el mejor funcionamiento de los bienes arrendados, de forma tal que se incremente la utilización ciudadana del parque y se mejoren las condiciones generales de recreación masiva y de servicios a los usuarios, en los términos del Decreto 2537 de 1993. Las obras civiles que construya el arrendatario una vez terminado el contrato pasarán a ser propiedad del instituto”.

Dentro de este marco fáctico, conceptual y normativo, y precisado el contenido del acta modificatoria 5, entra el tribunal a resolver las pretensiones formuladas por la convocante, para lo cual, a más de lo ya analizado en los puntos anteriores, deberá interpretar adecuadamente el contenido de las mismas, a fin de determinar los precisos alcances de los pedimentos que han sido sometidos a su pronunciamiento, como lo ordenan los principios tutelares del ordenamiento procesal.

Tal como lo ha establecido el tribunal en apartes anteriores de este laudo, es claro que la controversia sometida a su definición se encuentra referida únicamente al cumplimiento del compromiso de inversión asumido por el contratista en el acta modificatoria 5 del 28 de agosto de 1998. Dicha premisa se corrobora con en el texto mismo del referido acto jurídico en el cual las partes se declaran en paz y a salvo en relación con las obligaciones surgidas del contrato 136/94 hasta la fecha de suscripción de la mencionada acta 5.

5. Sobre el cumplimiento de la obligación de inversión del contratista.

5.1. ¿Qué puede considerarse “inversión” en los términos del contrato 136 de 1994?

Acoge en este punto el tribunal el dictamen financiero, en cuanto identifica dos conceptos de inversión en el contrato 136/94, así⁽¹⁷⁾:

“a) Inversiones en atracciones, infraestructura y otras identificadas en el contrato y sus modificaciones:

Corresponde a la ejecución del conjunto de obligaciones previstas en el literal b) de la cláusula séptima del contrato de arrendamiento 136/94 suscrito entre el IDR y la firma Reforestación y Parques S.A., a las cuales se encuentra asociado un valor igualmente previsto en el mismo literal b).

b) las inversiones:

Son las inversiones a las que se refiere el literal m) de la cláusula séptima y la cláusula octava del contrato, denominadas mejoras, las cuales no están predeterminadas ni tienen un valor definido”.

De conformidad con el mismo dictamen, el contrato prevé diferentes tipos de inversiones catalogables, según su destino, “en las subcategorías de instalaciones inmobiliaria y maquinaria y equipos destinadas a prestar nuevos servicios de recreación o a soportar los existentes”, pero siempre atadas al cumplimiento del objeto pactado. De esta manera, según se advierte en el dictamen financiero “algunas de estas inversiones son realizadas por el arrendatario en uso de una autorización que le concede el arrendador, autorización que no tiene especificaciones diferentes a que las mismas se destinen a incrementar la utilización del parque por parte de los usuarios y a mejorar las condiciones generales de la recreación masiva, mientras que otras deben realizarse construyendo o suministrando unas atracciones identificadas en literal b) de la cláusula séptima”.

Tal como se dio cuenta en parte anterior de este laudo, si bien la inversión a que se compromete el contratista en el acta modificatoria 5 estaba destinada a la ejecución de unas obras determinadas y a la realización de otras actividades en desarrollo del objeto pactado, ella no se limitaba —como expresamente lo reconoce la convocante en su alegato de conclusión⁽¹⁸⁾— únicamente a la construcción de un delfinario, un zoológico y un auditorio, hasta completar un valor determinado. Por el contrario, encuentra el tribunal que la necesidad de aumentar el monto de la inversión a cargo del contratista, obedeció de manera general a la necesidad correlativa de ampliar actividades e incrementar atracciones relacionadas con parques de entretenimiento, “con el fin de mejorar la prestación de los servicios de recreación y atención a los usuarios del parque” por parte del instituto y a la voluntad manifiesta del contratista de realizar mayores inversiones en el objeto del contrato, con el propósito, lícito por demás, de obtener los correspondientes beneficios económicos.

De esta manera, no podrá el tribunal ni realizar un juicio de cumplimiento del compromiso de inversión del contratista de cara a la ejecución de unas obras específicas, ni ordenar su sustitución por otras que no han sido definidas por las partes en los términos acordados en el acta 5. Ello es así porque el tribunal encuentra establecido en el pacto consignado en la mencionada acta, que el desarrollo de las obras y actividades a las que debía destinarse la inversión, debía sujetarse al acuerdo que en punto a su definición y tiempo de ejecución se concretara en el denominado plan maestro. De la existencia de este último documento, como contenido del acuerdo de las partes en este sentido, no existe evidencia en el expediente, distinta a la referida por los peritos financieros en su dictamen.

Por todo lo anterior, en la medida en que cualquier determinación del tribunal con respecto a las obras cuyo reemplazo o sustitución solicita la parte convocante sería contraria a las estipulaciones del contrato y en especial a la forma como las partes ejecutaron el mismo, en la presente providencia no se determinará en concreto el objeto real sobre el cual debe recaer la inversión que debe ser atendida por la convocada, como se solicita en la pretensión tercera, habida cuenta que las atracciones y las actividades en las que ha de invertirse dicha suma son del resorte exclusivo de las partes.

5.2. La controversia contractual en torno al monto de la obligación de inversión del contratista.

El debate jurídico que se sometió al tribunal tiene en la determinación del monto de la inversión vital punto. En concreto debe resolverse si en virtud del contrato 136 de 1994, sus modificaciones y adiciones el monto de la inversión a que estaba obligado el contratista asciende a la suma de cuarenta y dos mil millones de pesos (\$ 42.000.000.000) o en su lugar a la suma de cincuenta y un mil millones quinientos setenta mil quinientos ochenta y cinco mil pesos (\$ 51.570.585.000).

Con el criterio que se ha expuesto sobre la interpretación que ha de efectuarse de la demanda, entiende el tribunal que la pretensión que enmarca el pronunciamiento sobre este particular, a pesar de estar referida al contrato 136 de

1994, sus actas modificatorias y demás documentos contractuales, se centra en la inversión que nace del acta modificatoria 5 de 1998, lo que traduce, dada la comprensión que tiene el tribunal acerca del carácter no acumulativo de las cifras a invertir por parte del contratista, en que el monto que debe atender la Sociedad Reforestación y Parques S.A., y que el tribunal establecerá es la que se desprende de dicha acta para ser ejecutada a partir de agosto de 1998 y hasta enero de 2001, con prescindencia de las cifras que recogen el pacto inicial con sus adiciones y ajustes hasta el referido momento, esto es, que las cifras que emanan de acuerdos previos, así se hayan materializado después de 1998, no entran a computarse dentro de la inversión convenida en 1998.

El tema propuesto nace en particular del párrafo 1° de la cláusula tercera de la mencionada acta. A ese respecto, resulta pertinente acotar que en virtud de tal estipulación, las partes modificaron, entre otros, el literal b) del contrato 136 y los acuerdos posteriores y que en dicho párrafo se convino en que “La inversión a que se refiere esta acta modificatoria, se hará de conformidad con el plan maestro y cronograma de trabajo que presentará el arrendatario dentro de los ciento ochenta (180) días siguientes a la fecha de la firma de esta acta, que hará parte integral de la misma y que en todo caso contemplará la obligación por parte del arrendatario de invertir la cantidad de \$ 42.000.000.000 (cuarenta y dos mil millones de pesos colombianos) en el término de veintinueve (29) meses contados a partir de la firma de la presente acta”.

Sea lo primero advertir la manera antitécnica en que se acordó la “modificación” del literal b) y que está, de alguna manera, en la génesis del conflicto. Esta aserción se explica si se considera que cuando una estipulación contractual se altera en momentos en que ya se han consolidado sus efectos o al menos parte de ellos, no es dable eliminar lo inicial para ser sustituido por una parte que en estricto sentido se encamina a adicionar lo primigenio. La modificación como sinónimo de reemplazar, entonces, tendría operancia cuando lo inicial llamado a cambiarse no ha producido efecto alguno, mas no cuando ya se ha consolidado, así sea en parte. En este último evento, no puede sustituirse la estipulación por una que reemplace la anterior sino que ha de hacerse de manera que dejando a salvo lo primigenio, comporte la idea de una agregación o adición.

En el asunto *sub examine* no era acertado en 1998 eliminar o sustituir estipulaciones que a esa fecha ya habían producido efectos jurídicos comoquiera que estaban de por medio inversiones, por ejemplo y para citar solo un caso, en el Acuarque, que ya se habían hecho o que estaban en camino.

Precisamente la forma de presentación utilizada condujo, a la postre, a que no hubiera claridad y a que surgieran interpretaciones diversas. Por un lado, la perspectiva de la entidad es que la inversión mínima a cargo del contratista de conformidad con el citado párrafo es de \$ 42.000.000.000 a partir de 1998; suma que, en criterio de la misma entidad, se aumentó a \$ 51.570.585.011 según la propuesta que el contratista presentara en los comités denominados de reforestación y parques.

Para el tribunal, lo discutido en dichos comités no puede tomarse como una modificación contractual sino, por sobre todo, como un simple desarrollo de la estipulación convenida que debía concretarse en la adopción de un plan maestro en el que se consignaran la definición de las obras a emprenderse y el cronograma de su ejecución. Revisado el expediente, el tribunal no encuentra evidencia de la elaboración de dicho plan y mucho menos de su aprobación por la entidad contratante a los fines de adoptarlo y proceder con la ejecución de las obras y actividades según el cronograma allí establecido.

Por su lado, la convocada ha considerado que la inversión a que estaba obligado el contratista es de \$ 42.000.000.000 por la vigencia del contrato, esto es que en criterio de la sociedad contratista la referida cifra debe ser el resultado de la sumatoria de la totalidad de las inversiones a que se obligó desde la celebración del contrato. Adicionalmente considera la convocada que los “presupuestos” presentados en los referidos comités por valores superiores no pueden ser tomados como una modificación, ni siquiera como una oferta, por no concurrir los presupuestos legales para su nacimiento.

Del texto del acta modificatoria 5 de 1998 y demás documentos que en relación con la misma reposan en el expediente⁽¹⁹⁾, concluye el tribunal que para agosto de 1998 el contratista había cumplido a satisfacción con las obligaciones surgidas del contrato 136 de 1994, incluidas las adiciones y/o modificaciones que se realizaron hasta entonces.

Si bien el literal b) de la cláusula séptima del contrato 136 fue modificado en el sentido de sustituir el texto primigenio por uno nuevo, debe considerarse que para entonces las obligaciones del contratista en cuanto a inversiones ya se habían concretado, lo que sugiere que lo pactado en 1998 ha de tomarse como agregación de lo anterior y no como reemplazo. Es decir que el texto contractual en comento agregó una serie de obligaciones que habrían de ser cumplidas durante los 29 meses siguientes a sus suscripción. Así las cosas, en un contexto global habría que señalar que desde la perspectiva del contratista, sus obligaciones incluirían las prestaciones inicialmente pactadas, más las nuevas que con el tiempo se fueron agregando.

Frente a esa realidad que el tribunal encuentra incuestionable, debe, acto seguido, inquirirse acerca de si la cifra que relaciona el párrafo 1º también debe tomarse en un sentido de agregación o lo que es lo mismo de sumatoria y acumulativo, o si ella está exclusivamente pactada para cobijar las nuevas obligaciones que se pactaron en 1998 para ser cumplidas en un lapso de 29 meses (hasta enero de 2001) e independientemente de la “inversión” que al vencimiento de ese término efectúe el contratista dentro de la operación del parque.

Del párrafo en cuestión se desprende que la cifra a la que se refiere tiene fuerza vinculante para el contratista a partir de agosto de 1998 hasta enero de 2001, a efectos de asumir compromisos nuevos que no encajan dentro de obligaciones ya convenidas con antelación. Ello en particular resulta así por lo siguiente:

- El pacto de inversión consignado en el acta modificatoria 5 constituye el compromiso del contratista de incrementar en esa suma las inversiones objeto del contrato.
- El plan maestro concebido en el acta 5 refiere a las actividades y obras que con ocasión de su suscripción debían adelantarse por el contratista. La existencia de este plan y de su aprobación, se reitera, no ha sido acreditada en el expediente.
- A los efectos del cumplimiento del cronograma que debían adoptar las partes para la ejecución de las actividades y trabajos pactadas en el acta 5 ellas estipularon un plazo de 29 meses, término que debía regularse en el plan maestro.

Se agrega a lo dicho que el peritazgo financiero que de oficio decretó el tribunal para que se pronunciara sobre los aspectos meramente técnicos relativos a la inversión, de manera clara así lo indicó. Baste para el efecto, transcribir el siguiente aparte del escrito de aclaraciones correspondiente a la respuesta a la pregunta 1.3 formulada por el convocante:

“En la respuesta bajo el numeral 1.2.2 a la pregunta de los árbitros “definir el concepto de inversión aplicado en este contrato”, los peritos financieros afirmamos lo siguiente con relación al literal b) de la cláusula tercera del acta modificatoria 5 de 1998:

“De esta manera, esta modificación hace referencia a un nuevo conjunto de inversiones (“la inversión de que trata la presente acta”) que son las señaladas en el literal b) modificado y cuyo detalle y cronograma se incluiría en el plan maestro”.

Adicionalmente, en la respuesta bajo el numeral 2.8 del dictamen se afirmó:

“Los montos de las inversiones se han identificado para dos períodos distintos: el primero cubre desde 1994 hasta diciembre 31 de 1998; y el segundo de 1999 hasta diciembre 31 de 2002. Esta diferenciación obedece a los requerimientos que se originaron en el acta modificatoria 5 de 1998, la cual estableció un nuevo valor de inversiones asociadas al plan maestro que debía presentarse en 1999” (pág. 33 del dictamen).

En este sentido, la inversión establecida en el literal b, de que trata el acta modificatoria 5 al contrato de arrendamiento constituye una inversión adicional a los valores contemplados en el contrato inicial y sus actas modificatorias anteriores al acta 5 de 1998”.

Por manera que del texto contractual analizado se infiere que con el acta bajo estudio, las partes agregaron nuevos contenidos obligacionales que en últimas se concretan en la inversión de unas sumas de dinero que ha de sufragar el contratista durante un período de 29 meses, en la forma en que un plan maestro y un cronograma de trabajo lo

establezcan, sin que para el efecto se consideren los recursos invertidos en obligaciones pactadas con antelación a agosto de 1998 ni tampoco las sumas sufragadas con posterioridad a esos 29 meses, esto es, después de enero de 2001, en actividades distintas a las pactadas en la referida acta.

5.3. La oferta de inversión presentada por el contratista.

Tal como lo analizara el tribunal en capítulo anterior de este laudo, el contrato 136/94 es un contrato estatal, y en tal virtud a la normativa que gobierna la actividad contractual pública deberán sujetarse las partes en su ejecución. De esta manera, las modificaciones a los alcances de las obligaciones pactadas en el mismo, deberán realizarse de conformidad con las estipulaciones consignadas por las partes al amparo de la ley en el texto contractual, y en su defecto al tenor de las prescripciones legales que regulen la materia⁽²⁰⁾.

En el caso concreto que se estudia, no existe evidencia de que las partes hubiesen realizado actos jurídicos tendientes a la modificación de los acuerdos válidamente celebrados en el acta modificatoria 5. Por el contrario, surge del acervo probatorio del proceso que, si bien fue objeto de análisis el presupuesto requerido en términos de inversión para la ejecución de las actividades y obras pactadas en el referido documento, ningún acuerdo se produjo en relación con la variación del monto de inversión convenido, cifrado expresamente por las partes en la suma de \$ 42.000.000.000. Y existiendo pacto expreso en esta materia, no podrá el tribunal, so pretexto de interpretar los alcances de la estipulación, violentar la expresa y clara intención de las partes⁽²¹⁾.

Ahora bien, si el punto quisiera mirarse desde la óptica del derecho privado, admitiendo con ello, la remisión que a los estatutos civil y comercial realiza la misma Ley 80 de 1993 (art. 13), deberá concluir el tribunal, que tampoco a la luz del derecho privado se produjo una oferta en debida forma y mucho menos una aceptación de la misma, con capacidad de producir efectos jurídicos vinculantes para las partes.

En efecto, dispone el artículo 845 del Código de Comercio, “la oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario”.

Y de conformidad con lo preceptuado en los artículos 850 y 851 del mismo Estatuto Comercial, para que una oferta de negocio jurídico produzca efectos vinculantes entre las partes, ella debe ser aceptada o rechazada expresamente por su destinatario, por el mismo medio, verbal o escrito, en que fuera formulada.

Por último, si se admitiera que en el caso concreto que analiza el tribunal, si bien no existió —como en efecto no fue acreditado— una aceptación expresa y escrita del instituto de la supuesta oferta formulada por el contratista en relación con el monto de la inversión a que se obligó al suscribir el acta 5, pudo darse una aceptación tácita, considera el tribunal igualmente inadmisibles esta hipótesis, por cuanto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 854 del Código de Comercio para que produzca efectos la “aceptación tácita” de una oferta, deberá manifestarse “por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto”, circunstancia que evidentemente no sucedió en el contrato 136 de 1994, a la luz de las pruebas del proceso.

Tal y como ha sido reiterado en jurisprudencia del Consejo de Estado,

“Los elementos del contrato como acuerdo de voluntades que es, y fuente por excelencia de obligaciones, han sido establecidos doctrinariamente y deben estar debidamente conformados desde su celebración; en efecto los contratos deben ser celebrados por personas capaces, sin vicios del consentimiento (elemento subjetivo), con un contenido específico (elemento objetivo), con una causa lícita (elemento causal) y cumpliendo los requisitos de forma previstos por la ley, según el contrato de que se trate (elemento formal) y en cada contrato, según su objeto, se establecerán los aspectos específicos de cada uno de ellos (plazo, condiciones, contraprestaciones, precio, etc.).

Así las cosas, la prórroga y modificación de un contrato no pueden considerarse propiamente como elementos esenciales de los contratos en general, sino que ellas se referirán a los aspectos pactados por las partes en cada contrato dentro de sus elementos esenciales y concretamente en relación con su elemento objetivo. Así por ejemplo, si en un contrato de compraventa un elemento esencial es el precio de la cosa vendida, su modificación es simplemente eso, el cambio que afecta uno de los elementos esenciales del contrato respectivo. Los elementos

subjetivo, formal y causal no son objeto ni de prórroga, ni de modificación” (C.E., Sec. 4, Sent. 7873, dic. 13/96).

Y en el caso que atañe a este tribunal, no solo no se dieron modificaciones en el contenido del instrumento negocial, que debería efectuarse mediante una modificación contractual, sino que los supuestos cambios en los montos a invertir no quedaron estipulados conforme las características y formalidades requeridas a la hora de celebrar el contrato. Pues, como bien se ha reconocido jurisprudencialmente:

“... para el advenimiento a la vida jurídica de este nuevo documento público —ya no del negocio jurídico que nació por virtud del que se pretende enmendar—, es necesario que concurren todos aquellos que comparecieron en la primera oportunidad, con mayor razón si de contratos o convenciones se trata, pues formadas estas por el acuerdo de voluntades, esto es, *ex voluntate*, es preciso concitarlas nuevamente para que asientan en el nuevo texto. Lo que ha sido otorgado por varios, no puede ser modificado por uno solo de ellos, pues de lo contrario se violaría la potísima regla según la cual, “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (C.C., art. 1602).

(...).

Cuán fácil, entonces, sería burlar su eficacia si el ordenamiento autorizara —o tolerara— su modificación mediante la volición señera de una de sus partes, a contrapelo de lo acaecido para su gestación, a la par que contrariando la célebre y proverbial máxima con sujeción a la cual “las cosas se deshacen —o modifican— como se hacen”, la que en la esfera negocial se identifica, en lo pertinente, con aquella que impera que “las obligaciones de nudo consentimiento se disuelven por una voluntad contraria”, regla otrora prohijada por Ulpiano (*nudi consensus obligatio, contrario consensu dissolvuntur*)” (CSJ, Sent. 5459, jun. 23/2000).

Despejado, entonces, ese interrogante, debe determinar el tribunal si de lo acreditado durante el trámite se desprende que el contratista deba asumir una obligación de invertir una cuantía superior a la expresamente pactada en el acta 5 por la existencia de acuerdos posteriores.

Contrario a lo expresado por la convocante, considera el tribunal que las partes no refirieron a desarrollos convencionales posteriores lo concerniente al monto de la inversión. La cifra de cuarenta y dos mil millones de pesos es expresa, clara y determinada. No existe atisbo alguno de duda acerca de un supuesto carácter estimativo o de valor mínimo que se desprenda de dicha estipulación. Significa lo dicho, que una suma diferente a ella solo puede provenir en cuanto esté acreditado un acuerdo convencional que así lo exprese de manera tajante y evidente.

Las deliberaciones llevadas a cabo en los comités de verificación, seguimiento y de administración técnica y financiera del contrato, no constituyen pactos contractuales autónomos ni estipulaciones con virtud de modificar el contrato celebrado entre las partes. Especialmente se hace referencia al acta de reunión 1 del 19 de enero de 2000, de donde infiere el convocante la intención de las partes de desarrollar el acta modificatoria 5 dentro de comités de obra que sesionan con la intervención de delegados de las dos partes y en donde habría quedado de manera expresa esa intención. Según tal documento, obrante a folios 299 y 300 del cuaderno de pruebas 8, concurren a esa sesión la subdirectora de parques de la convocante⁽²²⁾ y otros funcionarios, así como el representante legal de la sociedad contratista acompañado de dos arquitectos y voceros de la auditoría externa.

Sea lo primero advertir que una cosa es un documento contractual que desarrolla una estipulación por expreso convenio de los contratantes y otra un documento que recoge las deliberaciones de una reunión de trabajo. En este particular caso, lo que se presenta es lo segundo. Y aún contando con la participación de personas naturales con poder de representación de las partes, no puede aceptarse que una determinación que ahí se estudie y que vaya en contra un acuerdo contractual, pueda tener la propiedad de modificar el convenio. Si así se hubiere pactado, los desarrollos convencionales deben al menos revestir las formalidades que el ordenamiento establece.

Ahora bien, ni de la estipulación del acta 5 se deduce la intención de desarrollar lo convenido dentro de este tipo de comités de muy ordinario uso para el manejo del contrato, ni de lo indicado en el acta de reunión 01 emana que se haya convenido un poder que implique cambio o desarrollo de una estipulación convencional, por lo menos en cuanto al monto de la inversión se trata.

Descartado como está la configuración de un acuerdo con poder vinculante que se perfeccione durante unas

sesiones de trabajo de comités dispuestos para otros fines, sobraría el examen de tales actas con los propósitos enunciados. Empero, el tribunal en aras de verificar si dentro de tales reuniones de trabajo, al menos se dieron los elementos que pudieran hacer inferir la clara intención de las partes para adoptar mayores sumas de inversiones a las consignadas en el acta modificatoria 5, se dio a la tarea de examinar los desarrollos de esas reuniones, plasmados en actas que reposan en el expediente. De esa verificación, como ya se indicó líneas atrás, se desprende que no hubo ni siquiera en tales sesiones un convenio que recogiera la voluntad de los concurrentes de efectuar inversiones por sumas superiores a la señalada. Al contrario, se manejan tantas cifras diferentes y por conceptos disímiles que lejos se está de encontrar un verdadero acuerdo con las características de certeza, determinación y precisión que ha de reclamarse para que se confiera una connotación de tal. A veces se alude a \$ 42.000.000.000, en otras se toma ese monto como valor mínimo, en otras se infiere \$ 51.570.585.000, pero no desde 1998 sino incluyendo inversiones anteriores a esa fecha, lo que engendra que no sean equivalentes ni comparables, por lo menos desde sus extremos temporales. Por ello, ninguna certeza aportan al tribunal las actas de verificación aludidas por cuanto en ellas solo se contiene la discusión de las partes en torno a hipotéticos presupuestos de ejecución que nunca alcanzaron fuerza contractual por no haber sido convenidos en la forma dispuesta por la ley y el contrato.

Tampoco la auditoría externa, contratada por el instituto a los efectos de verificar el cumplimiento de los compromisos de inversión del contratista, manejó una cifra única, a tal punto que en el informe final de mayo de 2002 se alude a la vez a los dos presupuestos (cdno. de pbas. 1, fl. 80) o cuando se refiere a la inversión de \$ 51.570.585.000, no lo hace bajo parámetros semejantes al del valor alternativo que las partes han querido darle en el presente proceso sino bajo contenidos diferentes, pues en esta última cifra no solo se incluyen las obligaciones surgidas a partir de 1998 sino otras ejecutadas con anterioridad al acta 5.

En consecuencia, por esta vía tampoco puede concluirse que la cifra de \$ 42.000.000.000 fue sustituida por la de \$ 51.570.585.000. Basta pensar que mientras la primera refleja inversiones a ejecutarse después de agosto de 1998, la segunda abarca las anteriores, lo que de por sí elimina toda idea de sustitución de una por otra.

Además, obra en el expediente prueba documental que llevan al tribunal a concluir que el entendimiento de la entidad en relación con la suma a invertirse como resultado del acta 5 era de \$ 42.000.000.000. En efecto, en comunicación de la directora general del instituto dirigida al contratista, la funcionaria de manera expresa le recuerda que la inversión a efectuar por cuenta de dicha acta es de \$ 42.000.000.000 (Comunicación de sep. 5/2000. cdno. de pbas. 1. Fls. 328 a 330).

Por último, de conformidad con lo pactado en la cláusula sexta del acta modificatoria 5, las obligaciones de inversión asumidas por el contratista debían, a los efectos de su ejecución, contar con la autorización del instituto. En efecto, impuso el numeral 11 de esta estipulación el expediente de la autorización impartida por la entidad contratante al contratista “para efectuar las obras e inversiones y adquirir los bienes para cumplir con las obligaciones establecidas en la cláusula séptima del contrato de arrendamiento” De esta manera, ninguna inversión, y mucho menos una oferta de inversión de recursos en el objeto contractual formulada por el contratista, si este fuera el contenido que quisiera predicarse de la “presentación del presupuesto” a que refiere, no aceptada expresamente por la entidad, podría adquirir fuerza vinculante para las partes contractuales, sin que a tal fin mediara la autorización del ente contratante. De así considerarse, debiera este tribunal concluir que de haberse presentado iguales circunstancias en relación con una propuesta o presentación de presupuesto por el contratista reduciendo el monto de la inversión en los términos pactados en el acta modificatoria 5, tal hecho hubiese tenido igualmente la virtud de modificar el pacto contractual vigente, situación que es inaceptable para el tribunal en los términos de la ley y del contrato.

Por las consideraciones que anteceden, es claro para el tribunal que el compromiso de inversión asumido por el contratista fue convenido en la suma de \$ 42.000.000.000 y así lo dispondrá en la parte resolutive de este laudo.

5.4. El “leasing” como mecanismo de inversión y otras inversiones.

Establecidos los alcances de la obligación de inversión adquirida por el contratista al suscribir el acta modificatoria 5 del contrato 136/94, corresponde a este tribunal definir los conceptos que participen de esta calificación, a los fines de establecer en qué medida se ha dado cumplimiento por el contratista a los compromisos que en esta

materia asumió. A estos efectos, acude el tribunal al contenido mismo de los convenios celebrados por las partes en este sentido y a las pruebas del proceso.

Uno de los aspectos más controvertidos entre las partes, dentro del presente trámite arbitral, se refiere al carácter que tendrían los contratos de ‘leasing financiero’ celebrados por la convocada, cuyo objeto se ha encaminado a asegurar la tenencia e instalación de los bienes, equipos y elementos en el parque El Salitre, en cuanto se discute si los costos, valores y demás obligaciones pecuniarias que en virtud de dichos contratos de ‘leasing financiero’ asumió y se comprometió a pagar la convocada, deben considerarse, o no, como inversión para efectos de la ejecución del tantas veces citado contrato 136/94 y, en particular, de las modificaciones convenidas mediante el acta modificatoria 5 de agosto 25 de 1998.

La controversia acerca de dicho punto se evidencia con el simple examen de las más importantes piezas del expediente, según lo refleja la demanda arbitral en cuyo capítulo de hechos, a la altura del numeral 29, se puntualizó: “29. Que se presenta una controversia entre las partes debido a dos conceptos que no han sido incluidos dentro de la evaluación efectuada y que podrían equivaler a un 45% del presupuesto inicial, estos son, unos contratos de leasing...”, hecho 29 admitido sin reservas por la convocada, en su contestación a la demanda, al manifestar: “Es cierto”.

Adicionalmente la convocada, en su contestación a la demanda arbitral, al exponer sus “medios de defensa y fundamentos de derecho”, después de sostener que ha cumplido con el monto de inversión que se obligó a ejecutar contractualmente —dentro de la cual incluye las sumas correspondientes a los respectivos contratos de ‘leasing’—, precisó que del total de la inversión certificada han sido rechazados tres (3) conceptos que no fueron avalados por la firma auditora de la convocante, entre los cuales aparece, precisamente, el tema de los contratos de leasing, en los siguientes términos:

“2) La controversia que se suscita entre las partes se relaciona, además de lo anterior, con el hecho de considerar si los contratos de leasing internacional contratados por la convocada para financiar las inversiones que se obligó efectuar en el parque El Salitre de Bogotá son o no una inversión, en los términos pactados en la cláusula tercera del acta modificatoria 5 al contrato de arrendamiento 136 de 1994 ...”.

Por su parte la convocante, al presentar la réplica que registró en relación con la contestación de la demanda, manifestó:

“En cuanto a los contratos de leasing, en nuestro sentir no pueden reputarse como inversión, en los términos que fueron pactados en la cláusula tercera del otrosí 5 atrás citado, como quiera que actualmente las atracciones se encuentran en arrendamiento, radicando su titularidad única y exclusivamente en las entidades crediticias.

Solo aceptaríamos tal circunstancia si el juez del contrato determina que los bienes pasarán en cabeza del IDR”.’.

Se impone, en consecuencia, dilucidar si los aludidos contratos de leasing financiero y, particularmente, las sumas y valores que en virtud de los mismos se obligó a cubrir la convocada ante las correspondientes compañías financieras de leasing deben considerarse, o no, como parte de las inversiones que esa misma convocada debía ejecutar en desarrollo de las estipulaciones recogidas en la tantas veces aludida acta modificatoria 5 de agosto 25 de 1998.

Con ese propósito el tribunal estima de la mayor importancia hacer referencia a la naturaleza misma del contrato de leasing financiero, a los elementos que lo integran y a la finalidad que con su celebración se persigue, para cuyo efecto el tribunal hace suyos los pronunciamientos que sobre esas específicas materias efectuó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia de diciembre 13 de 2002⁽²³⁾ cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación:

“A. El contrato de leasing.

El ‘leasing’ —anglicismo recientemente incorporado al castellano, según lo realza la última edición del Diccionario de la Lengua Española—, es una operación originaria de los Estados Unidos de Norteamérica, que se remonta a los años siguientes a la Segunda Guerra Mundial, específicamente, a comienzos de la década de los

cincuenta, prevalentemente como un novísimo modelo de financiación, muy apropiado para adelantar —o apalancar— procesos de reconversión industrial, en cuanto permitía —y permite— el acceso al crédito y, por contera, a bienes de capital o a equipos necesarios para el crecimiento y expansión económica, sin tener que afectar o comprometer, en grado superlativo, el patrimonio del empresario o, en general, del usuario crediticio y, de paso, obtener algunas ventajas de orden fiscal o tributario.

Es este, entonces, un negocio jurídico en virtud del cual, una sociedad autorizada —por la ley— para celebrar ese tipo de operaciones, primigeniamente le concede a otro la tenencia de un determinado bien corporal —mueble o inmueble, no consumible, ni fungible, *lato sensu*, necesariamente productivo—, por cuyo uso y disfrute la entidad contratante recibe un precio pagadero por instalamentos, que sirve, además, al confesado propósito de amortizar la inversión en su momento realizada por ella para la adquisición del respectivo bien, con la particularidad de que al vencimiento del término de duración del contrato, el tomador o usuario, en principio obligado a restituir la cosa, podrá adquirir, *in actus*, la propiedad de la misma, previo desembolso de una suma preestablecida de dinero, inferior —por supuesto— a su costo comercial (valor residual), sin perjuicio de la posibilidad de renovar, *in futuro*, el contrato pertinente, en caso de que así lo acuerden las partes.

(...).

Ahora, cuando esta situación se presenta, es decir, que la sociedad de leasing adquiere —de manos de un tercero— el bien por señalamiento concreto de su cliente, a quien entregará luego su tenencia, con opción de compra al final del contrato, se está en presencia del denominado leasing financiero, (...)."

“(...).

B. Naturaleza jurídica del contrato de leasing

La sola reseña de la convención materia de exégesis, pone de presente que el leasing es un contrato que reviste ciertas particularidades que, *ab initio*, lo hacen diferente de los distintos negocios jurídicos regulados por la ley. Y esa circunstancia conduce a plantear, delantadamente, que a él no se le ha dispensado —en Colombia y en buena parte de la legislación comparada— una regulación normativa propiamente dicha, vale decir suficiente, en lo estructural y en lo nuclear, sin que por tal, en estricto sentido, se pueda tener la contenida en el Decreto 913 de 1993, cuyas previsiones generales en torno al contrato de leasing, que —en un sentido amplio— también denomina “arrendamiento financiero”, tienen como definido propósito delimitar el ámbito de las operaciones que, in concreto, pueden desarrollar las compañías de financiamiento comercial o las sociedades especializadas en leasing (art. 1º).

(...).

Bajo este entendimiento, si el contrato de leasing en Colombia no posee una regulación legal propiamente dicha (suficiencia preceptiva), debe aceptarse, por ende, que no puede ser gobernado exclusiva y delantadamente por las reglas que le son propias a negocios típicos, por afines que estos realmente sean, entre ellos, por vía de ilustración, el arrendamiento; la compraventa con pacto de reserva de dominio; el mutuo. No en vano, la disciplina que corresponde a los negocios atípicos está dada, en primer término, por “las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes, siempre y cuando, claro está, ellas no sean contrarias a disposiciones de orden público”; en segundo lugar, por “las normas generales previstas en el ordenamiento como comunes a todas las obligaciones y contratos, (así) como las originadas en los usos y prácticas sociales” y, finalmente, ahí sí, “mediante un proceso de auto integración, (por) las del contrato típico con el que guarde alguna semejanza relevante” (cas. civ. de oct. 22/2001; exp. 5817), lo que en últimas exige acudir a la analogía, como prototípico mecanismo de expansión del derecho positivo, todo ello, desde luego, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales, como informadores del sistema jurídico.

Ahora bien, a la atipicidad del contrato —entendida rigurosamente como se esbozó—, debe agregarse que el leasing es un negocio jurídico consensual; bilateral —o si se prefiere de prestaciones recíprocas—, en cuanto las dos partes que en él intervienen: la compañía de leasing y el usuario o tomador, se obligan recíprocamente (interdependencia prestacional); de tracto o ejecución sucesiva (negocio de duración), por cuanto las obligaciones

principales —y originarias- que de él emanan: para el contratante, conceder el uso y goce de la cosa y para el contratista, pagar el precio, no se agotan en un solo momento, sino que se desenvuelven y desdoblán a medida que transcurre el tiempo (*tempus in negotio*); oneroso, toda vez que cada una de las partes busca un beneficio económico que, recta vía, se refleja en la obligación asumida por la parte contraria o cocontratante y, finalmente, las más de las veces, merced a la mecánica negocial imperante en la praxis contractual, por adhesión, como quiera que el usuario debe sujetarse, sin posibilidad real de discutirlos, a unas cláusulas previamente establecidas —o fijadas *ex ante*—, con carácter uniforme por la compañía de leasing (condiciones generales dictadas por la entidad predisponente).

No escapa a la Sala que la doctrina nacional e internacional, ha discurrido entre diversas tipologías contractuales, a la hora de precisar cuál es la naturaleza jurídica del leasing, al punto que este, en el plano dogmático, es uno de los tópicos más controversiales de la ciencia mercantil contemporánea. Así, solo por vía de ejemplo, se ha considerado que se trata de un arrendamiento, habida cuenta que, en lo medular, el contratante entrega al usuario la tenencia del bien para su uso y goce, a cambio de un precio; o de un arrendamiento *sui generis*, en la medida en que posee una fuerte naturaleza financiera; o de equipamiento-arriendo, en cuanto reservado —fundamentalmente— para proveer de equipo a la industria y el comercio, entre otras razones; o una compraventa a plazos con reserva de dominio, toda vez que la sociedad de leasing conserva la propiedad del bien que ha adquirido por instrucciones del tomador, quien podrá hacerse a ese derecho al finalizar el contrato; o como un contrato de crédito, pues la compañía financiera, en últimas, adelanta el capital al adquirir el bien escogido por el usuario del equipo. Y, en fin, se ha querido ver en él una suerte de negociación compleja —o articulada—, en el que conviven, de alguna manera, diversos negocios jurídicos: el arrendamiento con la opción de compra —o con una promesa unilateral de venta, precisan algunos-, sobre la base de que el arrendador le concede al locatario el derecho de adquirir el bien arrendado, al terminar el contrato (C.E. Sent. dic. 14/88; exp. 1661); o el contrato de locación con la compraventa, que es una variante de la anterior, en cuanto las partes, al finalizar el arrendamiento, podrían ajustar una venta en la que se imputaría al precio una parte de los cánones previamente percibidos.

(...).

Expresado en términos concisos, en obsequio a la brevedad, es preferible respetar la peculiar arquitectura jurídica del apellidado contrato de leasing, antes de distorsionarlo o eclipsarlo a través del encasillamiento en rígidos compartimentos contractuales típicos, se reitera, facturados con una finalidad histórica enteramente divergente, propia de las necesidades de la época, muy distintas de las que motivaron, varias centurias después, el surgimiento de este lozano acuerdo negocial.

(...).

(...) es necesario tener en cuenta que el leasing, según se analizó, constituye —en lo fundamental— un negocio de intermediación financiera —(*lato sensu*)—...”.

De conformidad con los razonamientos y las explicaciones que se dejan transcritos, cuya claridad y precisión relevan al tribunal de realizar cualquier lucubración o análisis adicional al respecto, se tiene entonces que los contratos de leasing financiero —como los que la convocada celebró en el caso que aquí se estudia—, constituyen, básicamente, “... un negocio de intermediación financiera...”, o, como lo señala la propia Corte Suprema de Justicia “... un novísimo modelo de financiación”, cuestión que coincide plenamente con el dictamen rendido por los peritos financieros Miguel Montes Swanson y Eduardo Afanador Iriarte, para quienes “... el leasing surge como una alternativa para financiar las necesidades de incrementar la capacidad productiva de las empresas que no tienen los fondos propios para el efecto, o que de utilizarlos perderían su capital de trabajo y que no encuentran en las financiaciones tradicionales los mecanismos acorde con sus necesidades”⁽²⁴⁾.

Así las cosas, se tiene entonces que el ‘usuario’ de los contratos de leasing financiero acude a la celebración o utilización de los mismos con iguales o similares propósitos con los que él mismo acudiría a la utilización de créditos o a la celebración de contratos de mutuo en el mercado bancario o financiero, en forma tal que unos y otros negocios simplemente constituyen formas diversas de financiación a las cuales podría acudir —indistintamente y según sus propias conveniencias, circunstancias y necesidades—, el empresario que requiere de recursos de crédito para la ejecución de un determinado proyecto, por manera que no cabe distinguir entre unas

y otras modalidades de financiación al momento de definir o de contabilizar cuáles de esas formas de crédito sí pueden —y cuáles no—, tenerse como inversión en el respectivo proyecto.

Es por ello que el tribunal encuentra razonables las precisiones, las explicaciones y los conceptos rendidos por los expertos financieros en su dictamen pericial, al señalar el leasing internacional como una forma de financiación de las inversiones, al concluir que esa modalidad de contratación constituye una manera válida para financiar una inversión y al dictaminar que en el caso concreto que aquí habrá de fallarse, los bienes objeto de los correspondientes contratos de leasing se pueden considerar una inversión, todo según los siguientes términos:

“Finalmente, en el medio financiero es clara la promoción del leasing internacional como un instrumento de financiación de las inversiones”⁽²⁵⁾.

(...).

Con fundamento en todo lo anterior se puede llegar a las siguientes conclusiones:

1. Los contratos de leasing financiero son una forma válida para financiar la inversión que una empresa necesita para desarrollar su producción.

(...).

4. En nuestro concepto, el leasing es un mecanismo que resulta válido desde el punto de vista financiero para que, en el contexto del proyecto que nos ocupa, Recreación y Parques S.A. financiara las inversiones que debía realizar en las atracciones mecánicas de acuerdo al contrato de arrendamiento 136/94 y sus modificaciones, pues de esta manera el parque podía contar con tales atracciones para la recreación de los bogotanos...”.

5. Es decir, es nuestra opinión que mediante este mecanismo de financiación se pueden conseguir plenamente los objetivos buscados con el proyecto⁽²⁶⁾.

(...).

Dictamen

Los bienes objeto de los contratos de leasing internacional registrados en la contabilidad de Reforestación y Parques S.A., se pueden considerar como inversión para los efectos de acta modificatoria 5 del 25 de agosto de 1998, en lo relacionado con el parque de diversiones y el aquaparque”⁽²⁷⁾.

Como consecuencia de lo expuesto, con apoyo en la naturaleza del contrato, la ley, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y también en el dictamen pericial que obra en el expediente, el cual fue decretado y practicado de manera regular y oportuna por los expertos financieros, y que no fue objetado por las partes, para el tribunal resulta claro que las sumas de dinero a cuyo pago se obligó la convocada en virtud de los contratos de leasing financiero celebrados con el objeto de asegurar la tenencia y el uso de bienes y equipos para el funcionamiento, la operación y la explotación del parque El Salitre, deben tenerse y computarse como inversiones realizadas en desarrollo y para los fines de las estipulaciones consignadas por las partes en el acta 5 de agosto 25 de 1998, modificatoria del contrato 136 de 1994.

A propósito del reparo que la convocante ha efectuado en el sentido de rechazar la celebración de los correspondientes contratos de leasing financiero como una forma de inversión, reparo que gira en torno al derecho real de propiedad de los bienes cuya tenencia aseguró la convocada mediante los aludidos contratos de leasing financiero, al punto de sostener que estaría en disposición de aceptar esos contratos como forma de inversión solo “... si el juez del contrato determina que los bienes pasarán en cabeza del IDRD”, el tribunal estima necesario precisar, de una parte, que la controversia sometida a su conocimiento y decisión, demarcada por las pretensiones de la demanda arbitral que, a su turno delimitan su competencia, en modo alguno incluye aspectos relacionados con la definición acerca del derecho real de dominio de los bienes o equipos instalados por la convocada en el parque El Salitre, cuestión que le impide, por completo, efectuar algún pronunciamiento al respecto.

De otra parte, el tribunal también estima pertinente llamar la atención acerca de la existencia de estipulaciones

contractuales, como el caso de los párrafos de la cláusula tercera de la citada acta modificatoria 5, en virtud de las cuales las partes definieron cuáles bienes deberán permanecer en el parque el Salitre —respecto de los cuales deberá transferirse su propiedad a la convocante—, y cuáles podrán ser retirados por la convocada, para destacar entonces que esas estipulaciones están llamadas a operar, como las mismas partes lo precisaron: “Al término del contrato”, es decir a la finalización o expiración de la vigencia del vínculo contractual, por lo cual resultaría prematuro que el tribunal se aventurara a realizar una definición arbitral acerca de un tema que en la actualidad no constituye materia de controversia entre las partes y respecto del cual no es posible saber si habrá de generar dicha controversia y menos aún anticipar si ambas partes se avendrán a cumplir con dichas obligaciones o si alguna de ellas, o ambas incurrirán en incumplimiento, total o parcial, acerca de lo convenido en esas cláusulas.

De ahí que el tribunal ha de limitarse —como lo impone la ley— en los términos de las pretensiones de la demanda arbitral, a determinar cuál fue el monto de la inversión que se obligó a realizar la convocada según lo acordado en el contrato 136/94 y cuánto de esa inversión ha realizado efectivamente, para cuyo propósito resulta fundamental —como ya se hizo—, determinar si el valor de los correspondientes contratos de leasing financiero deben computarse como inversión, independientemente de las apreciaciones que las partes puedan tener acerca de la persona que pueda o deba ostentar, “Al término del contrato”, la titularidad del derecho real de dominio respecto de los bienes y equipos cuya tenencia e instalación en el parque El Salitre se ha logrado, en la actualidad, a través de la celebración de los referidos contratos de leasing financiero.

Ahora bien, en cuanto se refiere a la prueba de la existencia misma y la cuantía o el valor de los referidos contratos de leasing financiero, el tribunal estima oportuno precisar que si bien en el expediente no se encuentra incorporado, como prueba documental, escrito o texto alguno que corresponda a los referidos contratos de leasing financiero, de aquellos celebrados entre la convocada y la(s) correspondiente(s) compañía(s) de leasing con el objeto de asegurar la tenencia de bienes y equipos para el funcionamiento, la operación y la explotación del parque El Salitre, no puede perderse de vista que, según lo dejó claramente señalado la Corte Suprema de Justicia, a la luz del ordenamiento vigente en Colombia el contrato de leasing financiero responde a la clasificación de los contratos atípicos y, por ende, carece de una específica disciplina normativa que defina sus elementos esenciales o que exija formalidad alguna para su perfeccionamiento, razón por la cual esa alta corporación judicial lo catalogó como “... un negocio jurídico consensual...”. es decir de aquellos que se forman con el simple consentimiento de las partes, sin necesidad de solemnidad de ninguna especie.

De allí, precisamente, que la acreditación de la existencia de esa clase de contratos pueda deducirse de la apreciación conjunta de los diversos medios de prueba con arreglo a la sana crítica, sin que al respecto exista una determinada tarifa legal probatoria, siempre que, claro está, se respeten plenamente el debido proceso y el principio de contradicción, todo de conformidad con los dictados del artículo 187⁽²⁸⁾ del Código de Procedimiento Civil, en cuya virtud en materia probatoria solo los actos o contratos para cuya existencia o validez la ley sustancial exige o prescribe determinadas formalidades o solemnidades deben ser y únicamente pueden ser probados mediante la acreditación o el aporte de esas específicas solemnidades.

Pues bien, la existencia de los aludidos contratos de leasing financiero celebrados por la convocada con el señalado objeto de asegurar la tenencia y utilización de los bienes y equipos requeridos para el funcionamiento, la operación y la explotación del parque El Salitre, en modo alguno ha sido discutida o puesta en duda por la convocante y se encuentra acreditada suficientemente a través de los exámenes y pronunciamientos que sobre los mismos y sus valores realizaron los peritos designados en el curso del presente trámite arbitral.

En efecto, en el dictamen pericial contable rendido por las expertas Nancy Mantilla Valdivieso y Gloria Zady Correa Palacio de manera expresa, como se puede apreciar en las páginas 4 y 7 del dictamen inicial, se hace referencia a “los registros de contabilidad y los documentos que soportan dichos registros” en relación con los libros de la convocada, para determinar el valor de los correspondientes contratos de leasing o ‘arrendamiento financiero’, a propósito de los cuales se señala que tales contratos fueron celebrados con las siguientes compañías:

- Los contratos de leasing internacional, por un valor total de tres millones setecientos noventa y nueve mil cuatrocientos cincuenta dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (U.S. \$ 3’799.450), equivalentes, incluyendo aranceles e IVA, a la suma de once mil ochocientos sesenta y cinco millones de pesos quinientos

treinta y ocho mil seiscientos veintiún pesos (\$ 11.865'538.621), son Equinvest C.V.

- Los contratos de leasing nacional, con Banco de Bogotá por la suma de seiscientos dos millones ciento veintidós mil doscientos diez y nueve pesos (\$ 602'122.219) y con Banco de Occidente por cuantía de doscientos sesenta y dos millones trescientos setenta y un mil ochocientos sesenta y cinco pesos (\$ 262'371.865).

Por su parte, el dictamen financiero, rendido por los expertos Miguel Montes Swanson y Eduardo Afanador Iriarte, en la página 31, detalla los equipos registrados en la contabilidad de la convocada en virtud de los contratos de leasing internacional.

Los elementos probatorios que se dejan reseñados, oportuna y regularmente allegados al expediente, permiten al tribunal concluir acerca de la existencia de los mencionados contratos de leasing financiero, celebrados por la convocada con miras a la ejecución del tantas veces mencionado contrato 136 de 94 y, particularmente, de su acta modificatoria 5 de agosto 25 de 1998.

5.5. La compraventa de acciones.

La convocante adjuntó con su demanda arbitral copia del contrato de compraventa de acciones representativas del capital social de la convocada, contrato a cuya celebración concurrieron, de una parte, en condición de vendedores, diversas personas que para la fecha de mayo 8 de 1998 tenían la condición de accionistas de esa sociedad, de otra parte, la sociedad que adquirió dichas acciones en calidad de compradora y, además, en condición de emisora, la sociedad Reforestación y Parques. Respecto de este contrato de compraventa de acciones, el IDRD sostiene que no debe considerarse para el cómputo de la inversión a que se obligó la convocada en los términos contractuales a los cuales se ha hecho referencia en repetidas oportunidades.

Por su lado la convocada, a propósito de este punto, sostiene que "... si bien el valor de la inversión deriva del contrato de compraventa de acciones celebrado para la adquisición de la atracción denominada "Aquaparque", entre otras atracciones del parque, el monto y el concepto de la inversión, en un todo de acuerdo con el objeto del contrato, deriva del valor de los activos que al momento de la compra de las acciones poseía la sociedad, los cuales se encuentran reflejados en el balance de cierre con corte a 30 de abril de 1998, base para la negociación de tales acciones. De tal manera que, conforme al balance de cierre mencionado, los activos y cargos diferidos de la empresa ascendían a la suma de \$ 6.063.416.133", de lo cual parecería desprenderse que más que invocar dicho contrato de compraventa como fuente directa de la inversión ejecutada en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, lo que pretende es mostrar el valor al cual ascendían sus activos y cargos diferidos, según su balance contable al momento de la celebración del correspondiente contrato de compraventa.

En este punto el tribunal señala que no ha de tener el referido contrato de compraventa de acciones como fuente directa de la inversión a cuya ejecución se obligó contractualmente la convocada y, por tanto, no ha de computar su valor en el monto de la referida inversión, fundamentalmente, por las siguientes razones:

- El contrato de compraventa de acciones representativas del capital social de Reforestación y Parques, según lo evidencia el texto del documento que obra en el expediente (fls. 040 a 056 del cdno. de pbas. 1), al parecer está llamado a generar, para el comprador, la obligación de pagar el precio de las acciones correspondientes y, para los vendedores, la obligación de transferirle a aquel la propiedad de las acciones negociadas, sin que por razón de dicho acuerdo hubieren ingresado dineros al capital social de la emisora y menos que esta hubiere asumido la obligación de destinarlos, a título de inversión, a la ejecución del proyecto correspondiente a la explotación del parque El Salitre.

Tampoco del documento en mención se desprende estipulación alguna en cuya virtud la convocada se hubiere obligado a cubrir en especie, mediante la emisión y entrega de acciones representativas de su capital social, el valor correspondiente a la ejecución de obras o a la adquisición de equipos que pudieren considerarse como inversión en el proyecto del parque El Salitre.

- Los peritajes que se decretaron y practicaron durante el curso del proceso arbitral, esto es la experticia financiera y el dictamen contable, no identificaron en modo alguno el aludido contrato de compraventa de acciones como una de las fuentes de la inversión ejecutada por la convocada en el desarrollo del citado proyecto de explotación del

parque El Salitre.

- Según lo ha establecido el tribunal, la controversia sometida a su definición gira en torno a las obligaciones contractuales de inversión que asumió la convocante mediante el acta modificatoria 5 del 28 de agosto de 1998 y a partir de la misma, exclusivamente, puesto que en todo lo que antecedió ese mismo vínculo contractual, las propias partes manifestaron expresamente, en esa misma acta 5, que la convocada “... ha cumplido estrictamente con los términos del contrato de arrendamiento y en consecuencia no existe causa que pueda originar la terminación anticipada del contrato, ni obligación pendiente incluyendo el pago de las contraprestaciones pactadas”.

Como obligada consecuencia de dicha declaración, la cual se encuentra acompañada de plenos efectos vinculantes para las partes, el tribunal no podría encontrar válida la argumentación encaminada a sostener que el contrato de compraventa de acciones celebrado en mayo 8 de 1998 y, por tanto, con bastante anterioridad a la suscripción del acta modificatoria 5 de agosto 25 de 1998, pueda o deba tenerse como una forma de ejecución y pago de aquellas obligaciones de inversión que la convocada solo vino a contraer meses después y acerca de cuya existencia nada sabía en el momento en que fue suscrito. Adicionalmente nada previeron las partes en el contrato de compraventa de acciones a que se ha venido refiriendo el tribunal en relación con los pactos de inversión que posteriormente se consignarían en la mencionada acta.

Si ello no fuere así, se llegaría al absurdo de considerar entonces que la celebración del contrato de compraventa de acciones de mayo 8 de 1998, en cuanto fuese constitutivo del pago de una obligación de inversión acerca de cuya existencia ninguna certeza podía tenerse para esa fecha, habría tenido por objeto satisfacer o solucionar una prestación que si no se hubiere perfeccionado —como finalmente se perfeccionó en agosto 25 de 1998—, habría caído en el vacío o habría carecido de causa o habría generado una expectativa o, a lo sumo, un derecho incierto de reembolso de una inversión ejecutada pero no pactada con la convocante, nada de lo cual tendría sentido lógico ni consultaría la seguridad jurídica que, muy por el contrario, resulta evidente que con gran celo persiguieron vendedores y comprador, tanto al celebrar su correspondiente contrato de compraventa de acciones como al convenir la forma de pago y entrega de tales acciones.

- El aludido contrato de compraventa de acciones que se incorporó en debida forma al expediente, por lo que refleja su contenido, en modo alguno asciende al valor aproximado de \$ 7.800.000.000 a que hace referencia la convocante, ni al de \$ 6.063.416.133 al que aparentemente alude la convocada.

En cualquier caso, el hecho de que el referido contrato de compraventa de acciones representativas del capital social de la convocada no haya de tenerse como fuente directa de la inversión ejecutada en desarrollo de los compromisos contractuales asumidos para con la convocante mediante el acta modificatoria 5 de agosto de 1998 y que, por ello, el valor de dicho contrato no haya de computarse para el cálculo y la determinación de la inversión ejecutada, no significa que se deban ignorar, por completo, las cifras contables correspondientes a los rubros de activos y cargos diferidos del balance de Reforestación y Parques, guarismos que se tomarán, en cuanto resulta procedente y pertinente, en los términos en que fueron estudiados, analizados y contabilizados en el dictamen pericial contable.

5.6. Las inversiones.

Como se ha explicado en aparte anterior de este laudo, las partes al suscribir el acta modificatoria 5 se declararon en paz y a salvo en relación con sus mutuas obligaciones derivadas del contrato 136 de 1994, hasta la fecha de suscripción del referido documento. En cuanto hace al cumplimiento del contratista, el mismo instituto consignó en la mencionada acta el reconocimiento expreso del cumplimiento del “arrendatario” de las inversiones a que se obligó desde la celebración del contrato, de conformidad con lo previsto en las cláusulas primera (par. segundo) y octava del documento que lo contiene.

De esta expresa declaración concluye el tribunal que la entidad contratante encontró que el contratista se había ajustado a las estipulaciones contractuales en el cumplimiento de sus obligaciones bajo el contrato 136 de 1994, en ellas incluido el compromiso de inversión asumido por él desde la celebración del contrato, según los ajustes y modificaciones realizados por las partes a este respecto en los documentos contractuales suscritos posteriormente; esta circunstancia no ha sido objeto de cuestionamiento alguno por las partes, y tampoco existe en el expediente

elemento, prueba o indicio que suscite duda sobre la veracidad y responsabilidad de este reconocimiento realizado por el instituto. Por ello, el tribunal estará a ella a los efectos de analizar la conducta contractual de las partes frente a la acreditación de cumplimiento de los compromisos de inversión a cargo del contratista en el convenio bajo análisis, para determinar el método utilizado a este fin y establecer, si fuere posible, su aplicación a la ejecución de las inversiones realizadas por el contratista en desarrollo de los pactos consignados en el acta modificatoria 5.

Del análisis realizado por el tribunal en este laudo, debe concluirse que el 25 de agosto de 1998, las partes hicieron un corte contractual, un “borrón y cuenta nueva”, un “reinicio” del contrato. Esta determinación resulta especialmente sensible para este tribunal, toda vez que la controversia que se define en este laudo, como antes ya se dijo, se circunscribe al desenvolvimiento, o mejor, a la ejecución de las obligaciones nacidas del acta modificatoria 5. Sin embargo, encuentra el tribunal que no fue la intención de las partes, ni a ello concurrieron, celebrar un nuevo contrato; la relación contractual regulada, o si se quiere, ajustada o modificada, en el acta 5, es la misma nacida del contrato 136/94 inicialmente celebrado, y por esta razón, aquellas disposiciones que no hubieren sido objeto de modificación en la mencionada acta, conservan su vigencia y fuerza vinculante, en los términos de la ley y del mismo contrato.

En este marco conceptual, y establecido el monto de la obligación de inversión a cargo del contratista, entra el tribunal a analizar si los costos, gastos y erogaciones realizados por él a partir del 25 de agosto de 1998, corresponden al concepto de inversión en el contrato 136 de 1994, en los términos antes expuestos en esta providencia. A tales efectos, acudirá el tribunal en primer lugar al contrato para establecer el modo previsto por las partes para la verificación y acreditación del cumplimiento de los compromisos de inversión asumidos por el contratista y la aplicación práctica que de las estipulaciones contractuales respectivas ellas hicieron durante la ejecución del contrato, a fin de determinar la viabilidad de esta metodología frente al pacto de inversiones consignado en el acta modificatoria 5.

De las pruebas aportadas al expediente, ha podido establecer el tribunal que, con anterioridad al 25 de agosto de 1998, la supervisión y vigilancia de la ejecución de las inversiones a cargo del contratista debió realizarse directamente por el instituto, toda vez que no se encuentra en el expediente prueba alguna que pueda indicar que la misma se hubiera asignado a otra entidad o persona ajena a la institución. No existe evidencia en el expediente que las partes hubieren establecido una metodología de verificación a los efectos de evaluar las inversiones ejecutadas por el contratista; tampoco se encuentra en el expediente siquiera un indicio relacionado con pactos o acuerdos de las partes tendientes a establecer la forma como el contratista debía acreditar las inversiones realizadas.

No obstante lo anterior, reitera el tribunal, las partes se declararon en paz y a salvo al suscribir el acta 5, con lo cual, además de admitir el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones a cargo de contratista hasta esa fecha, también expresamente avalaron la ejecución de las “inversiones” a su cargo. En efecto, manifestaron las partes y así lo consignaron en el texto del acta 5 que “A partir de la celebración del contrato de arrendamiento, el arrendatario ha llevado a cabo inversiones en cumplimiento de lo estipulado en el parágrafo 2º de la cláusula primera y en la cláusula octava del mismo, respecto de los bienes arrendados dentro del parque El Salitre, y a manifestado su interés de invertir cantidades adicionales, con el fin de ofrecer a la comunidad un centro de recreación masiva y sano entretenimiento fomentando la convivencia social y familiar, dentro de los términos autorizados por el Decreto 2537 de 1993”.

De esta manifestación expresa entiende el tribunal que, al no haberse formulado pretensión expresa en este sentido, no se le ha sometido a su decisión controversia alguna en relación con la conducta de las partes con anterioridad al acta 5/98 y por lo mismo se abstendrá de hacerlo. Por ello, a los efectos de establecer la metodología utilizada por las partes para la acreditación, evaluación y aval de las inversiones realizadas, el tribunal analizará el modo como estas actividades se desarrollaron por las partes en relación con los compromisos de esta naturaleza contenidos en el acta 5.

Encuentra el tribunal que al tenor de lo pactado en la cláusula séptima del contrato 136/94, el contratista, entre otras obligaciones, adquirió la de “(s) (...) contratar los servicios de una auditoría externa, de reconocida idoneidad y escogida por el instituto, para que vigile y supervise la ejecución y cumplimiento del presente contrato en lo relacionado con lo previsto en la cláusula segunda del presente contrato”. Y la cláusula segunda “valor y forma de

pago” consignaba precisamente las obligaciones de inversión a cargo del contratista.

En efecto, obra en el expediente el contrato de prestación de servicios suscrito el 29 de diciembre de 1999⁽²⁹⁾ entre la firma Payc Ltda. y el instituto, cuyo objeto, al tenor de su cláusula primera, consistió en la prestación por el contratista de “los servicios profesionales de auditoría externa al contrato de arrendamiento 136 de 1994 y sus actas modificatorias suscrito entre el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte y la sociedad Reforestación y Parques S.A., de conformidad con la invitación pública del Instituto 070 de diciembre de 1999 y a la propuesta presentada por el contratista el 22 de diciembre de 1999, según acta de cierre y apertura de urna, documentos que hacen parte integral del presente contrato”. El pago de la contraprestación pactada se realizaría contra el presupuesto del instituto, según lo dispusieron las cláusulas quinta, vigésima tercera, sexta, vigésima cuarta y vigésima séptima del mismo contrato de prestación de servicios.

Fueron obligaciones especiales del auditor externo asignadas en la cláusula séptima del documento contractual, entre otras, las siguientes:

- Desarrollar una labor administrativa, preventiva y permanente con el fin de que el proyecto se desarrolle con el criterio de costos definidos en el “plan maestro”.
- **Garantizar que la inversión ofrecida se lleve a cabo y que sea consecuente con las obras construidas.**
- Garantizar que las especificaciones establecidas en el “plan maestro” se cumplan.
- Los trabajos del contratista, consistirían, entre otras actividades, en: i) Control de especificaciones utilizadas contra propuestas. ii) Control de cumplimiento técnico del contrato. iii) Verificación de obra ejecutada V/S inversión realizada. iv) Supervisión del cumplimiento del plan maestro y del cronograma de trabajo. v) **Supervisión del cumplimiento del programa de inversión.**
- En desarrollo de sus funciones, el auditor externo debía presentar al instituto informes mensuales, entre otros aspectos, relativos al “control de la inversión del plan maestro”.
- **Las obras que serán objeto de vigilancia de esta auditoría, de conformidad con la cláusula tercera del acta modificatoria 5 de 1998, serán las siguientes: 1) Una atracción denominada zoológico. 2) Una atracción denominada delfinario. 3) Adecuar los parqueaderos. 4) Adecuar o rediseñar la actual concha acústica para por lo menos 20.000 espectadores, con la obligación de colocar silletería individual para mínimo 5.000 espectadores. 5) hacer una revisión total a las atracciones mecánicas existentes dadas en arrendamiento, reemplazando previa autorización del instituto aquellas que generen riesgos para los usuarios o las que presenten alto grado de obsolescencia, caso en el cual el estudio técnico deberá ser debidamente justificado y su cambio signifique el mejoramiento de las condiciones de recreación, siendo de mejor calidad. 6) Instalar y adaptar juegos mecánicos y no mecánicos. 7) Juegos de feria. 8) Juegos acuáticos. 9) Restaurantes, comercios y cafeterías. 10) Máquinas eléctricas, electrónicas (con excepción de máquinas electrónicas, tragamonedas, juegos de video y juegos de azar). 11) Juegos de habilidad, realización de ferias, carnavales, exposiciones recreativas y todo lo relacionado con parques de entretenimiento, baños, parqueaderos, etc. 13) Deberá disponer del equipo y herramientas necesarias e indispensables, en cada caso, para la prestación del servicio. (...)**” (destaca el tribunal).

Llama la atención del tribunal que solo hasta diciembre de 1999 se hubiere dado cumplimiento a la obligación de contratar la auditoría, prestación que requería de la acción conjunta de las partes, en los términos pactados en el contrato. Además no se entiende la razón por la cual el contrato fue celebrado por el instituto y pagado el precio pactado con el presupuesto de la entidad, cuando, al tenor de lo pactado en el contrato 136/94 era esta una obligación expresa a cargo del contratista.

Lo que sí es evidente para el tribunal es que la auditoría externa se contrató solo para el control y vigilancia de las inversiones pactadas en el acta 5. De los informes rendidos por esta auditoría en los que constan las verificaciones adelantadas por la misma en punto al cumplimiento del contratista, se tiene que la metodología adoptada por la firma Payc Ltda. a estos efectos fue la de contabilidad de caja, que es la contabilidad que llevan las entidades del Estado, esto es, aquella que “solo considera como ingreso del período las ventas y los servicios prestados al

contado, y como gastos y costos, los desembolsos realmente efectuados por la empresa”⁽³⁰⁾, contra la contabilidad de causación que es aquella que “entiende causado un ingreso cuando nace el derecho a exigir su pago, aunque no se haya hecho efectivo el cobro. Se entiende realizado un gasto cuando nace la obligación de pagarlo independientemente de cuando se pague”⁽³¹⁾.

Ninguna discriminación o análisis de la naturaleza del costo o gasto incurrido por el contratista a los efectos de calificar su correspondencia con el concepto contractual de inversión realizó la auditoría que se limitó a tener por tales las erogaciones efectivamente realizadas por el contratista en la ejecución del contrato, entendiendo por tales las erogaciones y costos en que incurrió la sociedad en la finalidad del contrato o en actividades conexas y complementarias relacionadas con el objeto o realizadas con el propósito de cumplirlo.

En este punto el tribunal encuentra que si esta fue la metodología adoptada por las partes para la acreditación, evaluación y aval de los compromisos de inversión asumidos por el contratista en el acta 5, práctica que no ha sido objeto de cuestionamiento en este proceso, y muy por el contrario ha sido refrendada por ellas a lo largo del debate probatorio, y habida cuenta que la controversia que se define en este laudo se circunscribe solo a la ejecución de dichas inversiones, ninguna razón encuentra el tribunal para acudir a otros métodos o medios a fin de determinar el monto de la inversión realizada por el contratista y establecer las sumas que de cara a esta cuantía aún le reste por cumplir.

En efecto, de las pruebas recaudas en este proceso surge para el tribunal el modo como esta firma dio cumplimiento a sus obligaciones de auditoría, circunstancia que no ha sido objeto de debate en este contrato. De la acreditación de cumplimiento de la inversión a cargo del contratista, establece el informe final de la firma auditora de mayo de 2002, mediante el cual “Payc Ltda. entrega el resultado final de la auditoría de inversión efectuada al arrendatario”⁽³²⁾:

“4. Presupuesto y control.

4.1. Presupuesto del proyecto.

Basados en los datos consignados en el acta modificatoria 5, el arrendatario debe invertir en el proyecto la suma de \$ 42.000'000.000. La revisión efectuada por Payc Ltda. estableció una suma “Evaluada”⁽³³⁾ de \$ 38.219'317.343; de este valor fue posible avalar \$ 16.238'728 por comprobantes de egreso⁽³⁴⁾. Cada uno de los valores aprobados está incluido en un cuadro correspondiente al mes en el cual se produjo el egreso e imputado según el presupuesto proyectado efectuado por Reforestación y Parques y avalado en su momento por el IDR, por un valor de \$ 51.570.585.010.

Es conveniente aclarar que está pendiente el concepto jurídico del IDR respecto a la aceptación o no de los contratos de leasing de juegos mecánicos y del Cici Acuarque, rubros que equivalen al 47.5% del presupuesto inicial”.

En el método adoptado, atendiendo la naturaleza jurídica del contratista que es una sociedad anónima, utilizará el tribunal la contabilidad de causación, como lo ordena el Decreto 2649 de 1993 (estatuto contable)⁽³⁵⁾, en concordancia con la ley comercial colombiana. Por ello no podrá el tribunal, porque las partes no lo hicieron y ninguna competencia le asiste a este efecto, modificar las prácticas adoptadas y mutuamente aceptadas por ellas para el establecimiento de las inversiones realizadas por el contratista.

Por lo anterior, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1622 del Código Civil Colombiano, y acogiendo en este punto el dictamen pericial contable, el tribunal definirá la pretensión segunda de la demanda.

El tribunal acoge el monto de la inversión que el dictamen contable estableció para el período comprendido entre el 25 de agosto de 1998 y el 24 de enero de 2001, con las precisiones que siguen.

Para efectos de la inversión que debe definirse, se parte del cuadro denominado “Inversión en Construcción”, incluido en la respuesta 1.4 a pregunta formulada por la convocante⁽³⁶⁾, en el escrito de aclaraciones. Según ese cuadro, el monto de la inversión asciende a \$ 32.304.709.048, en valores de enero de 2001. El tribunal encuentra que esa suma debe disminuirse en un valor de \$ 19.188.240 por cuanto se trata de gastos de registros de marcas y

patentes⁽³⁷⁾, que constituyen gastos en los que incurre el contratista con independencia del objeto del contrato y por lo mismo no pueden considerarse como inversión en el concepto contractual antes explicado⁽³⁸⁾, lo cual arroja un valor de \$ 32.285.520.808.

Encuentra el tribunal que esa cifra debe ser aumentada en el valor correspondiente a los costos aduaneros y la diferencia en cambio (TRM) de los contratos de leasing internacional⁽³⁹⁾, los que no obstante haberse registrado en julio y noviembre de 2001, son gastos asociados a la inversión de leasing cuya causación ocurrió por concepto y dentro del rango de la inversión que según el tribunal debe considerarse para efectos de este proceso.

Según el anexo 1 del dictamen contable, relativo a la inversión realizada en construcción del Parque Salitre Mágico, esos costos ascienden a \$ 3.613.436.651⁽⁴⁰⁾. Sin embargo, debe reducirse una suma equivalente a \$ 229.537.259, correspondiente a dos contratos con Leasing Bogotá y uno con Leasing Occidente cuyo registro es posterior a enero de 2001.

Una vez realizadas tales operaciones, el monto total que el tribunal encuentra como inversión ejecutada es de \$ 35.669.420.200. En consecuencia, a los efectos de la pretensión segunda de la demanda, el tribunal descontará esta suma de la cifra de \$ 42.000.000.000 —monto reconocido como compromiso de inversión a cargo del contratista— para un resultado de \$ 6.330.579.800 a enero de 2001, cifra que corresponde a la inversión que le resta por ejecutar a la convocada.

III. Costas

Con fundamento en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil y en consideración a que han prosperado parcialmente las pretensiones de la demanda y que se reconocerá parcialmente fundamento a una de las excepciones de la contestación de la demanda, el tribunal se abstiene de condenar en costas en el presente trámite.

C. Decisión.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las diferencias contractuales entre el Instituto para la Recreación y el Deporte y Reforestación y Parques, habilitado debidamente por dichas partes, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Declarar que Reforestación y Parques se obligó a invertir la suma de cuarenta y dos mil millones de pesos (\$ 42.000.000.000) de conformidad con lo establecido en el contrato 136 de 1994, sus actas modificatorias y demás documentos contractuales, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Declarar que Reforestación y Parques no ha realizado la inversión a la que está obligada, por cuanto para la fecha de esta providencia ha invertido la suma de treinta y cinco mil seiscientos sesenta y nueve millones cuatrocientos veinte mil doscientos pesos (\$ 35.669.420.200) en virtud del contrato 136 de 1994, sus actas modificatorias y demás documentos contractuales, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. No acceder a la pretensión tercera de la demanda en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto. Reconocer parcialmente fundamento a la excepción denominada “La demandada adquirió la obligación de invertir la suma de \$ 42.000.000 para los fines previstos en el contrato 136 de 1994” propuesta por Reforestación y Parques, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

Quinto. No reconocer fundamento a las demás excepciones propuestas por Reforestación y Parques.

Sexto. De conformidad con las razones expuestas en el capítulo correspondiente, no hay condena en costas.

Séptimo. Ordenar que por secretaría se expidan copias auténticas de este laudo arbitral con destino a las partes, al Ministerio Público y que se envíe copia de la misma providencia a la Cámara de Comercio de Bogotá, para sus

archivos.

Octavo. En firme esta providencia, protocolícese el expediente por la presidente en una notaría del Círculo de Bogotá, D.C.

Esta providencia queda notificada en audiencia.

Bogotá, D.C. catorce (14) de noviembre de dos mil tres (2003).

*Patricia Mier Barros, Presidente—Luis Guillermo Dávila Vinuesa, árbitro—Mauricio Fajardo Gómez, árbitro.
Fernando Pabón Santander, Secretario.*
