

LAUDO ARBITRAL - Definición

A pesar de que prevé el fallo en conciencia como causal de anulación, la Ley 1563 del 2012 no ofrece una definición de esta figura o de la de arbitraje en derecho. Por lo tanto, aunque se trata de una norma derogada precisamente por la citada ley, resulta útil, para meros efectos ilustrativos, auxiliarse por lo indicado por el artículo 1° del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, que describió el arbitraje en derecho como “(...) *aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente*”.

LAUDO ARBITRAL - Fallo en conciencia - Procedencia

Para que se pueda predicar que un laudo fue proferido en conciencia se requiere la comprobación de que los árbitros al resolver dejaron de lado, de manera ostensible, las normas legales que debían aplicar, así como el acervo probatorio obrante en el plenario, basando su decisión exclusivamente en su leal saber y entender, aplicando el sentido común y la verdad sabida y buena fe guardada. Sólo cuando el fallo omite, de manera evidente, el marco jurídico dentro del cual se debe decidir, podrá decirse que se está en presencia de un fallo en conciencia. Pero si el juez o árbitro resuelve fundado en el ordenamiento jurídico, con base en el análisis del material probatorio allegado oportunamente al proceso y de conformidad a las reglas de la sana crítica, ese pronunciamiento será en derecho. En el presente caso, no se produjo un fallo en conciencia en el punto de la excepción de la nulidad del contrato y sus otros sí, pues la decisión se basó tanto en normas legales aplicables al caso como en la valoración del fallador respecto del material probatorio obrante en el proceso, como se pasa a exponer.

NULIDAD DEL CONTRATO - Causales

El Tribunal inició por el análisis del régimen de nulidad de los contratos estatales y explicó que este se encuentra compuesto por las causales previstas en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y las demás del derecho privado que fuesen aplicables por la naturaleza del contrato. Posteriormente, expuso la forma en que se podía producir cada una de las causales y consideró que estas no eran evidentes en el contrato n.º 136 del 2007. Particularmente, se refirió a la argumentación presentada por el IDU respecto de la nulidad que se podría configurar con base en la condena del señor Inocencio Meléndez, quien aceptó en ella haber violado normas para favorecer la escogencia de los adjudicatarios en varios contratos, entre los que se encontraba el 136, para su escogencia en las respectivas licitaciones, así como para su beneficio durante la etapa preconstructiva. En este sentido, hizo suyos, sin agregar nada más, las consideraciones del Ministerio Público en el concepto que rindió durante su trámite procesal.

TRANSCRIPCIÓN DE ARGUMENTOS - Práctica controversial

en el marco de la resolución del recurso extraordinario de anulación, no puede entrar la Sala a evaluar si estas consideraciones son correctas o no, pero lo cierto es que de su lectura queda absolutamente claro que la pretendida ausencia de sustento normativo en la decisión no existe. (...) Aunque en cierta forma puede ser una práctica controversial la manera en que se resolvió el asunto de la nulidad, en cuanto el Tribunal se limitó a hacer suyos los argumentos del Ministerio Público con la simple transcripción in extenso de los mismos, nada puede reprocharse legalmente sobre esto ni contraviene norma alguna aplicable a la administración de justicia. La causal, entonces, no está llamada a prosperar y el recurso de anulación se declarará infundado.

COSTAS - Procesales - Recurso extraordinario de anulación - Procedencia

Como la causal de anulación del laudo arbitral alegada en el recurso no tienen vocación de prosperidad y por lo tanto el mismo se declarará infundado, el recurrente será condenado en costas, de conformidad con lo ordenado en el artículo 109 de la Ley 1563 del 2012 y el Acuerdo 1887 de 2003 del C.S.J. *“por medio del cual se establecen las*

tarifas de agencias en derecho” –arts. 5º y 6º, num. 1.12.2.3.-, fijándose las mismas en la suma equivalente a 5 S.M.L.V.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00083-00(54080)

Actor: CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A.-CONFASE S.A.

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Procede la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a resolver el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral presentado por el IDU contra la sentencia del 10 de febrero del 2015, proferida por un Tribunal de Arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Bogotá para dirimir las controversias contractuales entre esta entidad y la sociedad Confase S.A. en el marco del contrato de obra n.º 136 de 2007.

SÍNTESIS DEL CASO

El IDU solicita que se anule el laudo arbitral del 10 de febrero del 2015 en el que, en síntesis, se declaró su incumplimiento en el marco del contrato de obra n.º 136 de 2007. Para tal efecto, alegó que en el laudo se configuró la causal 7 prevista en el artículo 41 de la Ley 1563 del 2012.

ANTECEDENTES

I. Proceso arbitral

1. El 16 de febrero del 2013, en escrito radicado ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, la sociedad Constructora Bogotá Fase III S.A. presentó solicitud de conformación de tribunal de arbitramento con el objeto de resolver las controversias suscitadas en el marco del contrato de obra n.º 136 del año 2007, cuyo objeto era la ejecución de los trabajos que permitieren la implementación del sistema de Transmilenio en la calle 26 y la carrera 10 de la ciudad de Bogotá. La solicitud presentó las siguientes pretensiones:

A.- *Declarativas.*

1. Pretensiones relacionadas con los Diseños y Obras correspondientes a la Estación Central Conexión operacional de la Troncal Caracas y Calle 26.

1.1. *Que se declare que los diseños, estudios, planos de detalle y en general la información técnica entregada por parte del IDU para la ejecución obra Estación Central Conexión operacional de la Troncal Caracas y Calle 26, eran insuficientes y no viables para la construcción de dicha obra, tal y como se aceptó por parte de la Entidad en el Acta del 11 de marzo de 2009.*

1.2. *Que se declare que el Contratista incurrió en sobrecostos al tener que realizar los nuevos diseños que viabilizaban la construcción de la obra Estación Central Conexión operacional de la Troncal Caracas y Calle 26, debido a las falencias y deficiencias de los diseños entregados por parte el IDU para la ejecución de esta obra.*

1.3. *Que se declare que en el Presupuesto del valor Global de Construcción de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007, con el cual se adelantó el seguimiento del contrato 136 de 2007, no se contemplaron la totalidad de las actividades y/o cantidades de las obras que conforman la estación Central – Conexión Operacional de la Troncal Caracas y Calle 26, tal como quedó construida en el proyecto.*

1.4. *Que se declare que debe reconocérsele al Contratista la diferencia existente entre (i) el valor de las obras de la estación Central Conexión Operacional de la Troncal Caracas y Calle 26 consideradas por el IDU para determinar su Valor Global en el presupuesto oficial de la licitación y (ii) las obras realmente ejecutadas allí por CONFASE S.A. de acuerdo con los nuevos diseños de estas obras.*

2. Pretensiones relacionadas con la Construcción de Pavimentos de la troncal calle 26 y sus bocacalles.

2.1. *Que se declare que el Contratista incurrió en sobrecostos al tener que extender una Capa de Rajón y su respectivo Material de Sello, a lo largo y ancho de la subrasante para la construcción del pavimento de la Troncal Calle 26 y sus bocacalles, tal y como lo reconoció el IDU en el arreglo directo adelantado por esta controversia.*

2.2. *Que se declare que en el Presupuesto del valor Global de Construcción de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007, con el cual se adelantó el seguimiento del Contrato 136 de 2007, no está incluido la totalidad de las cantidades y actividades que implicó extender la Capa de Rajón a todo lo largo y ancho de la subrasante que soporta la estructura del pavimento que la interventoría ordenó construir.*

2.3. Que se declare que la metodología con la que debe liquidarse y reconocerse al contratista los sobrecostos correspondientes a la Capa de Rajón, su Material de Sello y la respectiva Excavación Mecánica, consiste en comparar los volúmenes y precios de las cantidades de obra construidas por el Contratista, con los volúmenes y precios de las cantidades señaladas en estos ítems en el presupuesto de la licitación pública IDU-LP-DG-022-2007.

3. Pretensiones relacionadas con los Diseños y Obras correspondientes al Puente de la Carrera 5 con calle 26. (puente recto)

3.1. Que se declare que el IDU no entregó diseños, estudios, planos de detalle, y en general la información técnica necesaria para la construcción de obras en el puente de la carrera 5 con calle 26.

3.2. Que se declare que debe reconocérsele y pagar al Contratista los costos correspondientes a los diseños del Puente de la carrera 5 con calle 26.

3.3. Que se declare que dentro del Presupuesto del Valor Global de Construcción de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007, con el cual se adelantó el seguimiento del Contrato 136 de 2007, el IDU no previó valor alguno para la construcción de obras en el Puente de la carrera 5 con calle 26.

3.4. Que se declare que la totalidad de las obras ejecutadas por CONFASE S.A. en el Puente de la carrera 5 con calle 26, no se encuentran remuneradas dentro del Valor Global de Construcción del Contrato 136 de 2007.

3.5. Que se declare que deben reconocérsele al Contratista los costos correspondientes a la construcción de las obras de ampliación del puente de la carrera 5 con calle 26.

4. Pretensiones relacionadas con el pavimento de la troncal de la carrera 10ª y sus bocacalles.

4.1. Que se declare que por deficiencias en los diseños entregados por la Entidad, el IDU ordenó el cambio del tipo y estructura del pavimento a construir en las calzadas mixtas y bocacalles de la troncal carrera 10, los que se construyeron en pavimento rígido y no en flexible como lo señalaban los pliegos de condiciones, tal y como lo reconoció el IDU en el arreglo directo adelantado por esta controversia.

4.2. Que se declare que deben reconocérsele al Contratista los sobrecostos causados por el cambio de estructura en pavimentos, equivalentes a la diferencia existente entre (i) el valor previsto para los pavimentos flexibles en el Presupuesto de la licitación que determinó el Valor Global de Construcción, con base en el cual se ha venido adelantando el seguimiento del Contrato 136 de 2007 y (ii) el valor de los pavimentos rígidos realmente construidos por CONFASE S.A. en las calzadas mixtas y bocacalles de la Troncal Carrera 10.

4.3. Que se declare que la metodología con la que deben liquidarse y reconocerse al Contratista los sobrecostos del pavimento construido en las calzadas mixtas y bocacalles de la Troncal Carrera 10, se determina comparando los volúmenes y precios de las cantidades ejecutadas por el Contratista y los volúmenes y precios señalados en el presupuesto oficial de la licitación pública, con base en el cual se ha venido adelantando el seguimiento del Contrato 136 de 2007.

5. Pretensiones relacionadas con la Mayor Permanencia en obra.

5.1. Que se declare que el IDU debe pagar los mayores costos asociados a la mayor permanencia en obra, ocasionadas por causas no imputables al Contratista.

B.- Condenas.

1.1. Que se condene al IDU y TRANSMILENIO S.A. a pagar al CONTRATISTA todos los costos, extracostos o mayores costos, así como los perjuicios pasados, actuales y futuros que resulten de la prosperidad de las pretensiones anteriores y que aparezcan debidamente probados en el proceso.

1.2. Que teniendo en cuenta que los valores del contrato se encuentran pactados a precios del año 2007 de acuerdo con el presupuesto de la Licitación Pública, se solicita se condene al IDU y TRANSMILENIO S.A. a pagar las sumas que resulten a favor del CONTRATISTA, ajustadas de acuerdo con las variaciones del ICCP (sic) certificado por el DANE, conforme con lo señalado en la cláusula 10.2.3. del Contrato de obra de 136 de 2007.

1.3. Que respecto de cualquier suma que resulte en favor del CONTRATISTA, se liquiden los intereses comerciales moratorios acordados por las partes en la cláusula 22 del contrato de obra de 136 de 2007, el cual equivale al DTF +2 puntos o, a la tasa más alta autorizada o, subsidiariamente, los intereses que sean decretados por el Tribunal, en caso de que los mismos procedan.

1.4. Que se condene al IDU y TRANSMILENIO S.A. a pagar todas las costas del proceso y las agencias en derecho.

1.5. Que en caso de que se interponga recurso de anulación contra el eventual laudo arbitral favorable a las pretensiones de esta demanda, se condene IDU y TRANSMILENIO S.A. a pagar los intereses moratorios desde el día siguiente al término establecido en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, esto es, con independencia de la interposición de dicho recurso y de la fecha de ejecutoria de la eventual sentencia favorable que al efecto profiera la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Pretensión subsidiaria a la anterior 1.5.

1.6. Que en caso de que se interponga recurso de anulación contra el eventual laudo arbitral favorable a las pretensiones de esta demanda y se asuma que el término de ejecutoria del laudo sólo se produce con la ejecutoria de la eventual sentencia de anulación de la Sección Tercera del Consejo de Estado que desestime el recurso interpuesto, se condene al IDU y a TRANSMILENIO S.A. al pago de intereses comerciales a partir del día siguiente al previsto en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012 y hasta el día anterior a la ejecutoria de dicha sentencia, en intereses moratorios a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia que rechace el recurso de anulación.

1.1. La solicitud presentó como fundamento fáctico de sus pretensiones las siguientes circunstancias:

Hechos relativos a los antecedentes del contrato

1.1.1. El IDU expidió el 14 de septiembre del 2007 la resolución n.º 4382, mediante la que ordenó la apertura de la licitación pública No. IDU-LP-DG-022-2007, cuyo objeto según el numeral 1.1. del capítulo 1 del pliego de condiciones era la contratación de la ejecución de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la calle 26 y la carrera 10ª en Bogotá para al tránsito del sistema Transmilenio, así como su posterior mantenimiento. De acuerdo con la misma disposición la licitación se adjudicaría por grupos y particularmente el grupo 3 incluiría las siguientes actividades:

Adecuación de la Carrera 10 (Avenida Fernando Mazuera) al Sistema Transmilenio en el Tramo 4 comprendido entre Calle 7 y Calle 26, en Bogotá D.C. y el tramo 6 comprendido entre Calle 26 y Calle 34, en Bogotá D.C. y Adecuación de la Calle 26 (Avenida Jorge Eliecer Gaitán) al sistema Transmilenio en el Tramo 5 comprendido entre Carrera 19 y la Carrera 13, incluye conexión operacional con la Troncal Caracas, en Bogotá D.C. y en el tramo 6 comprendido entre Carrera 13 y Carrera 3 y Carrera 3 entre Calle 26 y Calle 19, en Bogotá D.C.

1.1.2. En el capítulo 4 del pliego se describió el objeto y se definió su alcance. En tal sentido se indicó que el presupuesto y especificaciones del grupo 3 y demás fueron definidos conforme con los diseños elaborados previamente por el consorcio Troncal 10. También se señaló que la ejecución del contrato que se suscribiese tendría por fin la habilitación de los tramos de las troncales de la carrera 10ª y calle 26 para la implementación de Transmilenio. Igualmente, en el literal e del numeral 1.5 del pliego se estableció dentro de los documentos de la licitación los estudios y diseños producto de los contratos de consultoría números 129/05, 132-05, 133/05 y 139-05.

1.1.3. Agregó la parte que con base en tal documentación se impuso, en el numeral 1.9 del pliego, como deber de los proponentes realizar las evaluaciones y estimaciones necesarias para la oferta, sobre la base de un examen cuidadoso de sus características, incluyendo diseños, evaluaciones y verificaciones que fuesen necesarios para la formulación de la propuesta con base en su propia información, con inclusión de los aspectos económicos como costos directos e indirectos para el cumplimiento del objeto del contrato.

1.1.4. El convocante presentó oferta en el referido proceso de selección y por Resolución n.º 06674 del 21 de diciembre del 2007 se le adjudicaron las obras objeto del grupo 3. El 28 de diciembre siguiente se suscribió el contrato correspondiente, n.º 136 del 2007.

1.1.5. Dentro de la parte considerativa del contrato se hizo referencia a un convenio interadministrativo suscrito entre el IDU y Transmilenio para cooperar en la definición de las condiciones de la ejecución de las obras de infraestructura de dicho sistema de transporte. De acuerdo con la convocante, dicho esquema de cooperación tenía las siguientes características:

a) El IDU de manera autónoma llevaría a cabo los procesos de contratación para la ejecución de obras de infraestructura física de las troncales y para la interventoría de las mismas.

b) La coordinación, vigilancia y control de la ejecución de los contratos estaría a cargo del IDU. Esta entidad también haría las modificaciones necesarias a los contratos. El manejo presupuestal, sin embargo, estaría en manos de Transmilenio, que también estaría a cargo de tramitar las disponibilidades presupuestales. Sin embargo, la definición de la necesidad de estas sería del IDU.

c) Los pagos a los contratistas estarían a cargo de Transmilenio, previa orden y visto bueno del IDU.

1.1.6. El plazo del contrato n.º 136 del 2007 fue pactado en 85 meses desde el acta de inicio, con cuatro etapas. Así, para la etapa de preconstrucción se acordaron 4 meses para cada uno de los tramos; para la construcción un plazo estimado de 18 meses en el tramo 4 de la troncal 10 y 21 meses para cada uno de los demás tramos. Finalmente, para la etapa de mantenimiento se pactó un plazo de 60 meses. Por otra parte, el valor total del contrato fue establecido en la suma de \$291 947 648 903.

1.1.7. La cláusula 4.1.1. y siguientes del contrato delimitaron el alcance de la etapa de preconstrucción, en la cual el contratista debería analizar la totalidad de documentos técnicos, legales y administrativos del contrato. Respecto de los estudios, se indicó que si al finalizar esta etapa el particular no se pronunciaba sobre los estudios aportados por el IDU, se entendería que aceptaba su contenido. A continuación, se indicó que el contratista, para asegurar los resultados del contrato, podría ajustar, complementar o modificar los estudios y diseños.

1.1.8. Con el propósito de dar cumplimiento y asegurar el resultado del contrato,

Confase solicitó al IDU hacer entrega de la totalidad de estudios y diseños, a lo cual, el 28 de mayo del 2008, la entidad respondió que esta se llevaría a cabo al momento de la firma del acta de inicio de la etapa de construcción.

1.1.9. Sólo hasta el 17 de junio del 2008 –más de seis meses después de la suscripción del contrato- se levantó el acta de inicio y el IDU entregó seis DVD que presuntamente contenían la totalidad de estudios y diseños. Confase dejó constancia de que recibía los documentos pero debía verificar su contenido. Posteriormente, en por lo menos ocho oportunidades, Confase reclamó al IDU que en los DVD no se hallaban completos los diseños requeridos para ejecutar el proyecto. La parte resaltó la comunicación n.º CBF-01-074-08 del 24 de julio del 2008, en la que advirtió a la entidad que no podía aceptar la responsabilidad de los resultados del proyecto en estas condiciones.

1.1.10. Ante la considerable falta de diseños Confase solicitó realizar una mesa de trabajo con los diseñadores del IDU, la cual tuvo lugar el 19 de agosto del 2008. En ella se concluyó que aún hacían falta muchos diseños y varias inquietudes estaban sin solución y se volvió a dejar constancia de ello en comunicación del 25 de agosto del 2008. Toda esta situación impidió la entrega a tiempo de los productos que debían estar listos un mes antes del comienzo de la etapa constructiva y por tal razón se celebró el otrosí n.º 1 al contrato, en el cual se amplió el plazo para la entrega del cronograma de obra y los diseños exigidos en el apéndice A de aquel. En tal documento se tuvo en consideración de forma expresa que *“para el IDU se ha dificultado el manejo de esta información y en consecuencia la integración de dicha información para la disponibilidad y revisión por parte del Contratista”*.

1.1.11. El nuevo plazo venció el 16 de octubre del 2008 sin que pudieran terminarse los productos para el inicio de la etapa de construcción, razón por la que debió suscribirse un nuevo otrosí al contrato. Para tal efecto se consideró en el documento, ente otras circunstancias, lo siguiente:

a) el volumen de información producida durante los estudios y diseños originales contratados era muy alta, existían faltantes y habían dificultades en la compilación y entrega de estos para revisión de Confase. También había dificultades en la integración de los planes de manejo de tráfico en las troncales de la Fase III de Transmilenio.

b) El contratista revisó los estudios entregados por el IDU y esta entidad no entregaría más estudios.

c) Varias obras importantes pertenecientes al proyecto estaban siendo objeto de revisión por parte del Distrito para tomar decisiones sobre su ejecución. Esto implicaba la realización de desvíos que cambiaban el valor del contrato, el cual se adicionó en la suma de \$17 277 916 706.

d) La complejidad de las obras del contrato, que contemplaba la adecuación de cuatro sectores de las troncales de la Cra 10 y la Cll 26, las cuales manejaban apéndices diferentes en el contrato para cada tramo, implicaban la necesidad de unificar los apéndices A, C, D, E, F y G, de los cuatro tramos, porque se trataban de actividades similares.

1.1.12. En este orden de ideas, el contenido del otrosí, en lo relevante, fue el siguiente:

CLÁUSULA PRIMERA: Modificar el segundo párrafo del numeral 4.1. Etapa de preconstrucción de la Cláusula 4, el cual quedará así: Esta Etapa iniciará desde la fecha de firma del Acta de Inicio por parte del Interventor, el Contratista y el IDU, y terminará al vencimiento del plazo establecido en la Cláusula 3 "Plazo del Contrato". En el evento que las actividades a realizar durante esta etapa no se hayan terminado al vencimiento de su plazo y siempre y cuando sea por razones no imputables al Contratista, éste continuará ejecutando las actividades de ajuste, complementación, adecuación, adaptación y actualización, de los estudios y diseños dentro de la Etapa de Construcción, sin que por ello se considere que se ha extendido la Etapa de preconstrucción.

CLÁUSULA SEGUNDA: Se dará inicio a la Etapa de Construcción dado que se cuenta con la información que así lo permite. Paralelamente, el Contratista deberá ajustar, adecuar, adaptar, complementar y actualizar los estudios y diseños entregados por el IDU durante la etapa de Construcción, el Contratista deberá presentar el cronograma de obra de desvíos y la programación preliminar de las actividades de ajuste, adecuación, adaptación, complementación y actualización de los Estudios y Diseños entregados por el IDU. Al finalizar los primeros tres (3) meses de la Etapa de Construcción el Contratista deberá entregar el ajuste, adecuación, adaptación, complementación y actualización de los Estudios y Diseños entregados por el IDU que puedan ejecutarse dentro de este plazo y el cronograma de obra para el resto de la Etapa de Construcción, así como el informe con el diagnóstico definitivo sobre el alcance y ejecución de la totalidad de los estudios y diseños del proyecto entregados por el IDU, junto con la programación para el ajuste, complementaciones, adaptaciones, adecuaciones y actualizaciones de la parte de éstos que lo requieran. Si el contratista no se pronuncia sobre los estudios y diseños entregados por el IDU, se entiende que los acepta y asume toda la responsabilidad de los resultados de la implantación de los mismos y la ejecución de la obra contratada, con la debida calidad, garantizando la durabilidad, resistencia, estabilidad y funcionalidad de tales obras.

PARÁGRAFO PRIMERO: Para efectos de lo previsto en el presente Otrosí, entiéndase por actualización de los estudios y diseños, las actividades que el Contratista deba ejecutar para diseñar los faltantes de estudios y diseños, o el rediseño de los mismos por justificación técnica demostrado de acuerdo con lo establecido en el numeral 4.1.4.2 "Modificación de los Estudios y Diseños" de la cláusula 4 del Contrato. En el evento de requerirse actualización de los estudios y diseños, en Contratista deberá presentar la cotización con presupuesto desglosado, para aprobación por parte del IDU, y suscripción del correspondiente Otrosí, si a ello hubiere lugar. La mencionada cotización debe contemplar también todos los costos que se generen a cargo del contratista durante el término comprendido entre el 17 de octubre de 2008 y el 19 de enero de 2009, o antes, en el caso de verificarse el cumplimiento de las actividades a ejecutar de conformidad con el presente documento.

En los eventos de actualización a los diseños, los aspectos conceptuales serán aprobados por el IDU y Transmilenio S.A., mientras que los aspectos técnicos serán responsabilidad del Contratista, adquiriendo éste toda la responsabilidad de la construcción de los mismos, y garantizando la debida calidad, durabilidad, resistencia, estabilidad y funcionalidad de tales obras.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Cualquier modificación y/o adaptación y/o complementación y/o actualización y/o ajuste y/o adecuación que el Contratista introduzca a los estudios y diseños, y que requieren aprobación por parte de la SDP, SDM, las Empresas de Servicios Públicos, Transmilenio S.A. y demás Entidades de orden Distrital o nacional, serán tramitados conjuntamente por el Contratista y el IDU, en donde el IDU ejercerá el liderazgo ante las diferente entidades y el Contratista brindará el soporte técnico.

PARÁGRAFO TERCERO: A más tardar el diecinueve (19) de enero de 2009, el Contratista deberá presentar a la Interventoría una programación de Obra detallada, incluyendo el flujo de pagos correspondiente, de acuerdo con lo contemplado en el Apéndice G. La interventoría deberá aprobar la mencionada programación a más tardar a los 5 días calendario después de la entrega de dicho documento. Es responsabilidad del Contratista durante la estructuración de la programación de Obra, la identificación y la cuantificación de las metas físicas, que serán sujeto de verificación por parte de la Interventoría en desarrollo del contrato. La Programación de obra debe contener el programa detallado de cada Subtramo y el avance porcentual de cada una de las metas físicas a ejecutar mensualmente. El cronograma de metas físicas a ejecutar es el principal instrumento de seguimiento y control sobre el avance de la obra y el cumplimiento del avance porcentual de metas físicas propuestas para cada mes. Por lo tanto, servirá de herramienta para la aprobación de los pagos correspondientes.

Aprobada la programación de obra y a partir de esta fecha cada cuatro (4) meses, el Contratista, el IDU y el Interventor revisarían las circunstancias especiales que se hayan presentado en la ejecución de las obras y que afecten la programación de obra o el cronograma de metas físicas; lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en la Cláusula 24, numeral 24.1. Prórroga suspensión por fuerza mayor o caso fortuito.

PARÁGRAFO CUARTO: El Contratista con la presentación de la Programación de Obras estipulada en el presente Otrosí, entregará al Interventor la memoria técnica que contiene la información sobre el balance que éste hizo a los estudios y diseños y deberá relacionar la debida explicación y justificación.

CLÁUSULA TERCERA: Modificar el literal b) de la Cláusula 5. Obligaciones

Principales del Contratista, el cual quedará así: Entregar al IDU a más tardar el diecinueve (19) de enero de 2009, una Programación de Obra detallada y el Flujo de pagos correspondiente, obligándose a su cumplimiento durante las etapas de construcción y mantenimiento.

CLÁUSULA CUARTA: Modificar el literal d) de la cláusula 5 obligaciones Principales del Contratista, el cual quedará así: A más tardar a los tres (3) meses siguientes de la firma del Acta de Inicio de la Etapa de Construcción, el Contratista deberá realizar lo necesario y suficiente en orden a ajustar, adecuar, complementar, adaptar y actualizar, los estudios y diseños que el IDU haya entregado durante la Etapa de Pre construcción y que puedan ejecutarse dentro de este plazo. En consecuencia, finalizado este plazo, si el Contratista no se pronuncia en sentido contrario, se entiende que ha aceptado los estudios y diseños presentados por el IDU y asume toda la responsabilidad de los resultados de la implantación de los mismos y la ejecución de la obra contratada, con la debida calidad, garantizando la durabilidad, resistencia, estabilidad y funcionalidad de tales obras.”

1.1.13. Posteriormente tuvo que celebrarse un nuevo otrosí –n.º 3- en el que se acordó realizar los pagos correspondientes a la actualización de estudios y diseños acordada en el otrosí n.º 2 con cargo al rubro de actividades pagaderas a precios unitarios, que por tratarse de productos de consultoría, no serían objetos de ajuste y sería remunerados siempre y cuando estuvieran autorizados por la Entidad.

1.1.14. En razón a las falencias de los estudios, planos y demás información técnica entregada en la etapa previa o preconstructiva, Confase hizo actualización a estos e incluso diseños nuevos, por lo que algunas obras del proyecto cambiaron o aumentaron desproporcionadamente en las cantidades de la misma, sin que se reconocieran estos factores a precio global de construcción pactada, circunstancia que a su vez causó una mayor permanencia en obra.

1.1.15. En uso de la cláusula 21 del contrato que estableció como una de las formas de solución de controversias el arreglo directo, se intentó éste entre las partes, sin éxito.

Hechos relativos a la Estación central conexión operacional de la troncal Caracas y Calle 26

1.1.16. En el objeto del contrato se incluyó la construcción de la denominada estación central, que se describió como parte del tramo 5 de la troncal de la calle 26. El contrato indicó que la construcción de la estación no sería integral en la primera etapa, por lo cual en lo concerniente al contrato n.º 136 el alcance de esta obra sería la realización de lo necesario para garantizar la integración operacional

entre la Troncal de la Calle 26 y la Caracas, sin construir ninguna placa de entre piso prevista en el diseño inicial, realizando excavaciones sólo para la zona deprimida y, ante la ausencia de la placa de entrepiso, con la construcción de los muros de contención previstos en el diseño inicial revisados y ajustados, inicialmente en cantiliver del orden de 7 metros.

1.1.17. Una vez suscrita el acta de inicio del contrato se entregaron los DVD con los diseños. Concretamente el 4 contenía los estudios y diseños relacionados con la Estación Central, pero estos tenían serias deficiencias, principalmente porque en ellos se evidenciaba que se trataban de documentos para la revisión de la interventoría y en proceso de elaboración.

1.1.18. Resalta Confase que el 24 de julio del 2008 le indicó al interventor Consorcio IML que el estado de los diseños no le permitía responsabilizarse del diseño geométrico del consultor del IDU, por falta de insumos como diseños de pavimento, arquitectónicos y demás, los cuales se requirieron en el mismo escrito. También se indicó que aunque había diseños de muros, vigas y placas, no había planos generales ni memorias de cálculo.

1.1.19. Luego, en comunicación del 1 de agosto del 2008 el contratista informó al interventor que faltaban elementos de los diseños de pavimentos para retornos, accesos, conectantes y bocacalles, situación que impedía la revisión y evaluación de diseños de pavimentos para la conexión operacional de la troncal Calle 26 con la Caracas en la Estación central.

1.1.20. El 8 de agosto Confase recibió por intermedio del interventor comunicación del IDU en el que la entidad señaló que no era pertinente hacer ajustes o complementaciones a los diseños entregados hasta que no realizara la revisión con el consultor que los hizo. Posteriormente, el 29 de agosto siguiente, el interventor respondió que no se contaba con diseño de pavimento para retornos, accesos, conectantes y bocacalles de la calle 26, incluyendo la Estación central.

1.1.21. Por otra parte, el 22 de agosto del 2008 Confase indicó al IDU que los planos en planta entregados por la entidad eran tan imprecisos y confusos que resultaban inútiles. Esto implicaba que en lo concerniente al contrato n.º 136 era inviable la ubicación de la obra en el terreno destinado a la Estación Central. Con posterioridad la coordinadora del contrato pidió la devolución de los estudios, los cuales se

enviaron por Confase sin haber podido revisarlos técnicamente, lo cual fue respaldado por el interventor el 12 de septiembre del 2008. La inconformidad fue reiterada en varios oficios.

1.1.22. En octubre del 2008 el IDU aceptó la existencia de los faltantes e indicó que varios aspectos del proyecto estaba en reconsideración. Tal circunstancia quedó evidenciada en el oficio n.º 2 del 16 de octubre del 2008, en el cual también señaló que no se entregarían más diseños y definió un nuevo término para actualizar los estudios y diseños por parte del contratista.

1.1.23. En el acta n.º 2 del 19 de noviembre del 2008 se acordó que se haría el modo de solución de controversias previsto en el contrato para definir si los diseños de la troncal calle 26, incluyendo la Estación central eran objeto de actualización pagadera a Confase. En consecuencia el 4 de marzo del 2009 el contratista sometió a consideración del IDU los criterios técnicos de la actualización de los tramos 5 y 6 de la calle 26, sin incluir los de la estación, en cuanto la entidad aún no definía que haría allí.

1.1.24. Luego se hizo una mesa de trabajo del 11 de marzo del 2009 en la que se definió la lista de obras que serían actualizadas, entre las cuales se incluyeron los accesos y la conexión de la Estación Central. El 28 de marzo siguiente el IDU aceptó la propuesta técnica y advirtió que el contratista debía elaborar informe sobre las razones de la necesidad de hacer nuevos diseños en la calle 26 entre la Caracas y la carrera 3ª.

1.1.25. El 3 de abril del 2009 Confase presentó nueva versión de la memoria técnica con la justificación de la actualización de los diseños de la calle 26 y la estación y entregó los nuevos diseños, aunque sin los de la Estación Central dado que el IDU aún no definía lo que haría allí. El 7 de mayo del 2009 el contratista presentó al IDU en informe técnico estructural de la actualización de los diseños de los tramos 5 y 6 de la calle 26, con la advertencia de que esto no estaba incluido en la actualización, complementación y/o adecuación acordadas previamente. Además, le señaló con claridad que era necesaria la actualización completa del proyecto de la Estación Central.

1.1.26. Para octubre del 2009 aún no se definía la situación de la Estación central, por lo que en comunicaciones del 9 de septiembre y 20 de octubre buscó

pronunciamiento del IDU al respecto. En la última fecha la entidad respondió que la Empresa de Renovación Urbana estaba gestionando la compra de los predios necesarios para adelantar las obras de la estación, pero hasta que eso no pasara, este elemento del proyecto seguía suspendido. En efecto, el interventor solicitó a Confase, el 22 de diciembre siguiente, determinar cuáles predios debían ser adquiridos por la ERU.

1.1.27. El 3 de marzo del 2010 el IDU solicitó a Confase los productos de diseño para la conexión operacional entre la Caracas y la calle 26 en el sector de la Estación, en cuanto el alcance de la obra se había definido desde marzo. En junio y julio del 2010 Confase envió algunos productos de evaluación económica, pero los diseños estaban en actualización.

1.1.28. Finalmente, el 29 de julio y 29 de noviembre del 2010 Confase S.A. envió al IDU la actualización del diseño geotécnico y estructural de la conexión operacional de la Estación Central. Sin embargo, en comunicación del 23 de agosto del 2010, el interventor dijo que no debía hacerse reconocimiento económico –el cual, de acuerdo con la demanda ascendía a \$315 545 782-, en los siguientes términos:

El contratista debió revisar toda la documentación entregada por el IDU, bien sea medio magnético y/o medio físico sin importar su estado de aprobación, razón por la cual, el análisis de la información correspondiente a los Estudios y Diseños adelantado por el Contratista debió incluir absolutamente toda la información entregada por el IDU desde la firma del Acta Inicio del Contrato de Obra 136 de 2007.

Hechos relacionados con las obras

1.1.29. El pliego de condiciones del proceso de selección estableció una suma global como remuneración de las obras de construcción del proyecto, el cual fue modificado en el adendo 3 de acuerdo con las cantidades de obra y precios unitarios discriminados de acuerdo con las obras a desarrollar en el grupo 3. Igualmente, el adendo 6 modificó el presupuesto oficial estimado para el grupo 3 y estableció nuevos valores totales presupuestados para las partidas de valor total global, pago de obras a precios unitarios y ajustes, pero no dio un nuevo presupuesto desglosado ni publicó las modificaciones de precios y cantidades hechas al presupuesto oficial estimado que se publicó en el anexo 3.

1.1.30. Ya suscrito el contrato el contratista y el interventor solicitaron al IDU

desglosar el presupuesto de acuerdo al adendo 6 al pliego, lo cual la entidad hizo el 25 de noviembre del 2008, documento con el que se controló la ejecución. Resalta el convocante que en la ya citada acta n.º 1 del 11 de marzo del 2009, el IDU aceptó que este presupuesto dejó por fuera varios ítems prioritarios para el éxito de las obras del proyecto y el contratista debía hacer una actualización de los costos reales.

1.1.31. A pesar de lo anterior el IDU negó el reconocimiento del valor de las obras efectivamente ejecutadas por Confase, alegando que todas las estructuras, incluyendo las de la Estación central, estaba incluidas en el precio global de las obras. El arreglo directo fracasó tras nueve meses de negociaciones. El valor adeudado sería de \$6 103 798 759.

Hechos relacionados con los pavimentos de la troncal 26 y sus bocacalles

1.1.32. Desde el principio el IDU previó en el pliego de condiciones la necesidad de incluir una capa de rajón y su respectivo sello, con espesor total de 30 cm, en la estructura del pavimento rígido de la calle 26, únicamente en aquellos sitios donde la excavación llegara a la subrasante natural.

1.1.33. Sin embargo, en el marco del ya reiterado incumplimiento de la entidad respecto de los estudios entregados, faltaron los diseños de pavimento de para retornos, accesos, conectantes y bocacalles a lo largo del Corredor mencionado.

1.1.34. Posteriormente, el 24 de septiembre del 2008, Consafe hizo varias recomendaciones, las cuales incluyeron en el caso de la calle 26 y la carrera 3ª la utilización de una capa de rajón de 30 centímetros en áreas donde la subrasante fuese blanda, con un menor espesor en función de la calidad del suelo de subrasante que realmente se encontrara. La recomendación se hizo en repetidas ocasiones.

1.1.35. Sin embargo, el 20 de octubre el interventor argumentó estar en desacuerdo con la metodología sugerida por el contratista y consideró que los estudios hechos para determinar las zonas donde debería hacerse el refuerzo de rajón debería ser hecho por el contratista sin reconocimiento económico alguno.

1.1.36. En otra comunicación de la misma fecha, manifestó el interventor que la

capa de rajón debía ser construida por Confase a todo lo largo y ancho de la subrasante. Argumentó que esto era necesario para cumplir con el K o la medida de resistencia estructural de los pavimentos, apreciación que, de acuerdo con la convocatoria, era equivocada, pues se cumplía con el K en donde quiera que la subrasante superara el CBR de 3% establecido como límite.

1.1.37. Aunque en ocasiones posteriores el demandante reiteró su oposición a la aplicación del rajón en la cantidad y forma arriba señalada, esto se terminó haciendo sin reconocimiento económico y sin que pudiese llegarse a un acuerdo en la etapa de arreglo directo. En total se debería el valor de 9 130m³ de rajón –eran 10 360m³ previstos y fueron aplicados 19 490m³- así como 27 845m³ de excavaciones, para una suma de \$2 337 879 406.

Hechos relativos al diseño y obra del puente de la carrera 5 con calle 26

1.1.38. El contrato incluyó como parte de las estructuras viales a construir en el proyecto un puente vehicular recto en la carrera 5ª, la ampliación de la calle 26, el reforzamiento y ampliación al lado norte para un nuevo carril sobre la calle 26 y un conectante curvo en la carrera 5ª, con reforzamiento y ampliación del lado norte para nuevo carril. Sin embargo, con relación al puente de la carrera 5a, se evidenció que sólo se entregaron por parte del IDU un plano de vista en planta y 7 de cortes, pero ninguno incluía el diseño del reforzamiento estructural, ni la ampliación del puente. De hecho, a la luz de los planos esquemáticos entregados por la entidad la ampliación de la calle 26 prevista para la construcción de un nuevo carril en su costado norte no requería la ampliación del puente.

1.1.39. A causa de esto en el Otrosí n.º 2 del 16 de octubre del 2008 se incluyó la necesidad de la actualización y complementación de los estudios, con el reconocimiento de tal actividad al contratista.

1.1.40. Durante la etapa de preconstrucción, Confase evidenció en repetidas oportunidades tales falencias, haciendo énfasis en la falta de análisis sobre la estabilidad de las laderas y taludes. Se advirtió en tal sentido que no se podía aceptar proyecto alguno que implicara cortes en el tramo correspondiente al desarrollo de la calle 26 entre las abscisas K12+850 y K13+650 sin que hubieran estudios de amenaza, vulnerabilidad y riesgo y obras de estabilización, ya que incluso la DPAE había catalogado la zona de amenaza. En consecuencia, en acta

n.º 1 del 11 de marzo del 2009 se acordó la actualización del diseño.

1.1.41. El 7 de mayo del 2009, el IDU aprobó los valores de las actualizaciones, salvo la de del puente de la 5ª, porque para determinar su conformación definitiva se requería establecer el nuevo diseño geométrico de la calle 26 que elaboraría el contratista, dado que el puente atravesaría esa vía.

1.1.42. Confase hizo los nuevos diseños geométricos de la 26 teniendo en cuenta las zonas de amenaza y por lo tanto la alineación de la vía cambió en el sentido de que el carril adicional ya no quedo en el costado norte, con problemas, sino en el sur. Por esto, era necesario que se redefinieran las obras para el reforzamiento estructural y la ampliación del puente de la 5ª. Se comunicó, entonces, al IDU, que debería ampliarse el puente en el costado sur, que no estaba previsto inicialmente. La entidad aceptó la modificación, pero la tuvo como una actualización al diseño, sin tener en cuenta que en realidad ningún diseño había sido entregado para ejecutar la ampliación de este puente.

1.1.43. En varias oportunidades Confase pidió que se tuviera en cuenta esta circunstancia, hasta que el 11 de febrero del 2011 el interventor expresamente señaló que esto debía tenerse por una actualización, aunque contradictoriamente el 17 de mayo del 2011 lo consideró como un ajuste y no una actualización. No se pudo llegar a un acuerdo directo y la suma adeudada por este concepto, a precios del 2007, unitarios previstos en el contrato, era de \$74 829 000.

1.1.44. Derivado de los cambios en los diseños del puente recto de la 5ª sobre la 26, se produjeron obras adicionales para ejecutar el diseño como finalmente quedó. Aunque se requirió el pago de la entidad, no sucedió y no se pudo alcanzar una fórmula de arreglo directo. En general, alega la parte demandante que ni la licitación, ni el contrato 136 del 2007 previó valor alguno por las obras ejecutadas por Confase en el puente, por lo que se adeuda a contratista la suma de \$731 581 738, según los precios del 2007.

Hechos relacionados con las obras de pavimentos de la troncal carrera 10ª y sus bocacalles

1.1.45. El IDU estableció que el pavimento para los carriles mixtos de la carrera 10ª debían construirse en pavimento flexible, con un periodo de diseño de 20 años. Sin

embargo, los diseños finalmente entregados por el IDU, elaborados por otro consultor, no cumplían con este tiempo de duración, sino de apenas diez, lo cual se puso en conocimiento de la entidad no solo por parte de Confase sino del interventor. Tampoco existían diseños para las bocacalles de la 10ª.

1.1.46. El 2 de diciembre del 2008 el interventor le indicó a Confase que por instrucción del IDU las calzadas mixtas debían construirse en pavimento rígido, con respeto a las condiciones establecidas de duración. En varias oportunidades Confase indicó que debía tomarse en consideración la magnitud de los trabajos, así como que realmente las labores no constituían un ajuste al diseño sino nuevos diseños. Sin embargo estas posiciones fueron desestimadas por el IDU y la interventoría en reunión del 19 de noviembre del 2008.

1.1.47. La parte demandante agregó que los diseños que finalmente fueron entregados por el IDU no garantizaban un adecuado comportamiento por los 20 años, porque presentaba un alto riesgo de deformación. El 9 de marzo Confase entregó la solución técnica requerida, y el 2 y 4 de abril siguientes rindió aclaraciones solicitadas por la interventoría. Esta aprobó la fórmula de trabajo el 20 de abril del 2009; sin embargo, el 16 de junio del 2009 la entidad pública notificó, mediante la interventoría, que debía reemplazarse una capa de 15 cm de MTC prevista en la fórmula complementada por una de base granular, lo cual se obedeció el 31 de julio de 2009 por parte del contratista.

1.1.48. El 3 de septiembre de 2009 el IDU se pronunció oficialmente sobre el diseño entregado por Confase para los pavimentos de la carrera 10ª, considerando que se trataba de una revisión y ajuste enmarcada en las responsabilidades del contratista. En el mismo sentido, anunció que no revisaría la afectación del balance económico del contrato por esta causa.

1.1.49. Aunque en varias oportunidades Confase puso de presente la imposibilidad de desarrollar el proyecto con los diseños entregados por el IDU, y a pesar de que se hizo un intento de arreglo directo entre las partes, no fue posible llegar a una fórmula de acuerdo, pues aunque en esta ocasión la entidad estatal aceptó que debía hacerse una valoración adicional, no concordaron en la forma en que esta se realizaría. Básicamente, lo propuesto por el IDU fue que se hiciera por diferencia de áreas efectivamente pavimentadas, mientras que Confase sostuvo que debería reconocerse la diferencia entre los volúmenes establecidos en el valor global para

los pavimentos flexibles y los efectivamente construidos en pavimento rígido por el contratista.

1.1.50. En sentir del contratista la diferencia entre el pavimento flexible previsto y el valor del pavimento rígido finalmente construido asciende a una suma de \$ 3 769 980 690.

Hechos relacionados con la mayor permanencia en obra

1.1.51. La cláusula 3 del contrato estableció tres etapas para el desarrollo del proyecto: 4 meses para la etapa de preconstrucción, 49 meses para la construcción y 60 meses para la etapa de mantenimiento.

1.1.52. Como consecuencia de las circunstancias arriba descritas relativas a la inexistencia o ineptitud de los diseños que debían ser proporcionados por el IDU, los cambios que debieron ser hechos en los diseños y la construcción de las obras, los cuales considera tajantemente el contratista como ajenos a su voluntad y a su conducta, fue necesario hacer varias reprogramaciones y prórrogas que llevaron a dilatar las metas físicas en varias oportunidades. Esto a su vez derivó en una mayor permanencia en obra que la parte estima en la suma de \$ 30 578 391 872.

1.2. Como fundamento de derecho, escuetamente indicó lo siguiente:

Ténganse como fundamentos de derecho de la presente demanda las siguientes disposiciones jurídicas: el Contrato de Obra IDU 136 de 2007, el Pliego de condiciones, los Adendos, Apéndices del contrato modificados, otrosíes, Adiciones, Prórrogas y demás documentos que modifiquen, aclaren o interpreten el mencionado Contrato de Obra; Constitución Política; artículos 58, 60, 83, 90, Ley 95 de 1890 artículo 1; Ley 80 de 1993, artículos 3, 4, 5, 24, 27, 28 y 32; Ley 1150 de 2007; Código Civil, artículos 1602, 1603, 1618, 1622, 1624 y Código de Comercio artículos 830 y 871.

Igualmente, todas las demás disposiciones constitucionales, legales y contractuales citadas en las distintas pretensiones de la presente demanda arbitral, así como las demás que sean necesarias para legar a la decisión en derecho que se requiere para solucionar las controversias que se plantean.

2. Los integrantes del Tribunal fueron designados el 3 de abril del 2013 en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (f. 158-159 c. 1.

3. La solicitud de convocatoria fue sustituida el 22 de mayo del 2013 (f. 222-261 c.

1), con las siguientes diferencias:

3.1. Se modificaron las pretensiones de la siguiente forma:

A.- *Declarativas.*

1. Pretensiones relacionadas con los Diseños y Obras correspondientes a la Estación Central - Conexión operacional de la Troncal Caracas y Calle 26.

1.1. *Que debido a las falencias, errores y deficiencias de los estudios y diseños entregados por el IDU a CONFASE S.A., ésta tuvo que elaborar nuevos diseños para la construcción de la Estación Central – Conexión Operacional de la Troncal Caracas y Calle 26, con base en los cuales se adelantó la ejecución de la misma.*

1.2. *Que para la construcción de la Estación Central – Conexión Operacional de la Troncal Caracas y Calle 26, CONFASE S.A. ejecutó, con base en los diseños que ella misma elaboró y no con los del IDU, obras que no debía sufragar a su costa y que difieren de las previstas por el IDU en sus diseños y en el presupuesto del valor global de construcción de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007, entregado por dicha Entidad a CONFASE S.A. mediante oficio IDU-182303 del 25 de noviembre del 2008.*

1.3. *Que es improcedente y constituye incumplimiento contractual y legal, la decisión del IDU contenida en el Acta No. 5 de Arreglo Directo del 28 de junio de 2011, en la que la Entidad resolvió negar a CONFASE S.A. tanto el reconocimiento y pago de los nuevos diseños que la misma elaboró, como la mayor cantidad de obra ejecutada en la citada Estación Central, aduciendo que “no se acepta efectuar la valoración teniendo en cuenta que no se han modificado las condiciones originales del proyecto”.*

1.4. *Que como consecuencia de lo anterior y de la oposición de CONFASE S.A. a la decisión del IDU a que se refiere la pretensión 1.3., se le reconozcan a CONFASE S.A. los mayores costos en que ésta incurrió tanto por el diseño que la misma elaboró como por las obras ejecutadas con base en los mismos en la Estación Central Conexión Operacional de la Troncal Caracas y Calle 26, teniendo en cuenta lo solicitado en esta demanda y lo que resulte probado en el proceso.*

2. Pretensiones relacionadas con la Construcción de Pavimentos de la troncal calle 26 y sus bocacalles.

2.1. *Que son improcedentes y constituyen incumplimiento contractual y legal, las decisiones del IDU contenidas en el Acta No. 5 de Arreglo Directo del 28 de junio de 2011 y en el Acta del Comité de Convivencia el 1 de septiembre de 2011, mediante las cuales consideró que el pago a CONFASE S.A. por las mayores cantidades de rajón extendido a lo largo y ancho de toda la subrasante, el material de sello y la respectiva excavación mecánica ejecutadas en la construcción del pavimento de la Troncal Calle 26 y sus bocacalles, debía efectuarse no con la metodología solicitada por CONFASE S.A., sino con una metodología distinta, esto es, haciendo “la valoración de área de acuerdo al diseño inicial con respecto al diseño actualizado” o, lo que es lo mismo, estableciendo la diferencia de áreas entre los pavimentos previstos y los pavimentos ejecutados.*

2.2. Que como consecuencia de lo anterior y de la oposición de CONFASE S.A. a la decisión del IDU a que se refiere la pretensión 2.1., se le reconozcan a ésta los mayores costos en que la misma incurrió por las mayores cantidades de rajón extendido a lo largo y ancho de toda la subrasante, su correspondiente material de sello y la respectiva excavación mecánica ejecutadas en la construcción del pavimento de la Troncal Calle 26 y sus bocacalles, aplicando la metodología solicitada por CONFASE S.A. o, cualquiera otra que resulte aplicable distinta de la adoptada por el IDU, teniendo en cuenta lo solicitado en esta demanda y lo que resulte probado en el proceso.

2.3. Subsidiaria de las pretensiones principales 2.1. y 2.2.:

Que en caso de que se denieguen las pretensiones anteriores, se le reconozcan a CONFASE S.A. los mayores costos en que la misma incurrió por las mayores cantidades de rajón extendido a lo largo y ancho de toda la subrasante, su correspondiente material de sello y la respectiva excavación mecánica ejecutadas en la construcción del pavimento de la Troncal Calle 26 y sus bocacalles, aplicando al afecto la metodología de áreas formulada por el IDU en las Actas de Arreglo Directo y de Comité de Convivencia de 28 de junio y 1 de septiembre de 2011, respectivamente.

3. Pretensiones relacionadas con los pavimentos de las calzadas mixtas de la Troncal de la Carrera 10ª y sus bocacalles.

3.1. Que son improcedentes y constituyen incumplimiento contractual y legal, las decisiones del IDU contenidas en el Acta No. 6 de Arreglo Directo del 26 de julio de 2011 y en el Acta del Comité de Convivencia el 1 de septiembre de 2011, mediante las cuales consideró que el pago a CONFASE S.A. por el cambio de la estructura de pavimento de las calzadas mixtas de la Troncal Carrera 10ª y sus bocacalles, no debía efectuarse con la metodología solicitada por CONFASE S.A.

3.2. Que como consecuencia de lo anterior y de la oposición de CONFASE S.A. a la decisión del IDU a que se refiere la pretensión 3.1., se le reconozcan a CONFASE S.A., los mayores costos en que la misma incurrió por el cambio de la estructura de pavimento de la Troncal Carrera 10ª y sus bocacalles, aplicando la metodología solicitada por CONFASE S.A. o, cualquier otra que resulte aplicable distinta de la adoptada por el IDU, teniendo en cuenta lo solicitado en esta demanda y lo que resulte probado en el proceso.

3.3. Subsidiaria de las pretensiones principales 3.1. y 3.2.:

Que en caso de que se denieguen las pretensiones principales anteriores y en el proceso se pruebe la metodología planteada por el IDU, se le reconozcan a CONFASE S.A. los mayores costos en que la misma incurrió por el cambio de la estructura del pavimento de la Carrera 10ª y sus bocacalles, teniendo en cuenta dicha metodología.

4. Pretensiones relacionadas con los diseños y obras correspondientes al Puente de la Carrera 5 con calle 26. (Puente recto)

4.1. Que el IDU no entregó diseños, estudios, planos de detalle y, en general, la información técnica necesaria para la construcción de obras en el puente de la carrera 5 con calle 26.

4.2. Que dentro del presupuesto del valor global de construcción de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007, con el cual se adelantó el seguimiento del Contrato 36 de 2007, el IDU no previó valor alguno para la construcción de obras en el Puente de la Carrera 5 con Calle 26.

4.3. Que por lo anterior, ni los diseños ni las obras del Puente de la Carrera 5 con Calle 26, se encontraban remuneradas por el IDU dentro del valor global de construcción del Contrato 136 de 2007.

4.4. Que debido a que no existían, CONFASE tuvo que elaborar nuevos diseños para las obras del Puente de la Carrera 5 con Calle 26 y que con los mismos adelantó la construcción de estas obras, razón por la cual tales obras no deben ser sufragadas a su costa.

4.5. Que es improcedente y constituye incumplimiento contractual y legal, la decisión del IDU contenida en el Acta No. 5 de Arreglo Directo del 28 de junio de 2011, en la que la Entidad resolvió negar los mayores costos reclamados por CONFASE S.A. en relación con los diseños y obras ejecutadas en dicho Puente, aduciendo que “para el puente vehicular K5 no se acepta la petición del Contratista dado a que no obedece a un producto de actualización y por tanto no da lugar a entrar a adelantar revisión”.

4.6. Que como consecuencia de lo anterior y de la oposición de CONFASE S.A. a la decisión del IDU a que se refiere la pretensión 4.5., se le reconozcan a CONFASE S.A. los mayores costos en que la misma incurrió por concepto de realización de los nuevos estudios y diseños, y de las respectivas obras ejecutadas en el Puente vehicular de la Carrera 5 con Calle 26, teniendo en cuenta lo solicitado en esta demanda y lo que resulte probado en el proceso.

5. Pretensiones relacionadas con la mayor permanencia en obra.

5.1. Que debido a razones ajenas, extrañas y no imputables a CONFASE S.A. el plazo de la Etapa de Construcción del Contrato 136 de 2007 no terminó el 16 de julio de 2010, como estaba originalmente pactado, sino que se ha extendido por un término adicional, que para los fines de esta demanda es de veintisiete punto cinco (27.5.) meses adicionales.

5.2. Que tal circunstancia ha generado una mayor permanencia de CONFASE S.A. en la ejecución de la Etapa de Construcción y una ruptura en su contra del equilibrio económico y financiero del Contrato 136 de 2007, la cual no le ha sido compensada a CONFASE S.A. por el Contrato Principal ni por los siguientes contratos adicionales: No. 1 del 23 de septiembre de 2009, No. 2 del 18 de noviembre de 2009, No. 3 del 24 de diciembre de 2009, Otrosí No. 7, Adición No. 5 del 11 de octubre de 2010, Prórroga No. 3, Adición No. 6 del 16 de diciembre de 2010, Adición No. 7 del 17 de diciembre de 2010, Adición en valor No. 8, Adición en plazo y Otrosí No. 9 del 16 de diciembre de 2011, Acta No. 071 de Adición de cantidades de obra para redes del 22 de septiembre de 2011, entre otros.

5.3. Que son improcedentes y constituyen incumplimiento contractual y legal, las decisiones del IDU contenidas en el Acta No. 5 del 28 de junio de 2011 y el Acta de Comité de Convivencia del 21 de enero de 2013, mediante las cuales consideró que CONFASE S.A. no tenía derecho al pago por mayor permanencia de obra, aduciendo que “los costos están incluidos en el contrato principal y los contratos adicionales” y que “con las adicionales en valor y plazo se encuentran cubiertos la totalidad de costos de personal, equipo y oficinas reclamados por el Contratista.”

5.4. Que como consecuencia de lo anterior y de la oposición de CONFASE S.A. a la decisión del IDU a que se refiere la pretensión anterior, se le reconozcan a CONFASE S.A. los mayores costos en que la misma ha incurrido por la mayor permanencia en obra, la cual, para los fines de esta demanda versa sobre el periodo comprendido entre el 17 de julio de 2010 y 30 de octubre de 2012, esto es, los veintisiete punto cinco (27.5) meses adicionales a que se refiere la pretensión 5.1.

B.- Condenas.

1. Que se condene al IDU y a TRANSMILENIO S.A. en su condición de pagador, o subsidiariamente a la primera, a pagar a CONFASE S.A. todos los mayores costos y perjuicios que resulten de la prosperidad de las pretensiones anteriores y que aparezcan debidamente probados en el proceso.

2. Que teniendo en cuenta que los valores del Contrato se encuentran pactados a precios del año 2007, de acuerdo con el presupuesto de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007, se actualicen las condenas que resulten a favor de CONFASE S.A., teniendo en cuenta las variaciones de ICPP (sic) certificado por el DANE, conforme con lo señalado en la cláusula 10.2.3. del Contrato de obra de 136 de 2007 o, subsidiariamente, con cualquier otro índice que resulte aplicable y sea aprobado en el proceso.

3. Que respecto de cualquier suma que resulte en el laudo arbitral en favor de CONFASE S.A., se decreten, a partir de la ejecutoria del mismo, intereses moratorios a la tasa más alta autorizada, con las precisiones que a continuación se solicitan.

4. Que en caso de que se interponga recurso de anulación contra el eventual laudo arbitral favorable a las pretensiones de esta demanda, se disponga que deben pagarse en favor de CONFASE S.A. intereses moratorios desde el día siguiente al término establecido en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, esto es, con independencia de la interposición de dicho recurso y de la fecha de ejecutoria de la eventual sentencia favorable que al efecto profiera la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Pretensión subsidiaria a la anterior 4.

5. Que en caso de que se interponga recurso de anulación contra el eventual laudo arbitral favorable a las pretensiones de esta demanda y se asuma que el término de ejecutoria del laudo sólo se produce con la ejecutoria de la eventual sentencia de anulación de la Sección Tercera del Consejo de Estado que desestime el recurso interpuesto, se disponga que CONFASE S.A. tiene derecho al pago de interés comerciales a partir del día siguiente al previsto en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012 y hasta el día anterior a la ejecutoria de dicha sentencia, e intereses moratorios a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia que desestime el recurso de anulación.

6. Que se condene al IDU y TRANSMILENIO S.A. a pagar todas las costas del proceso y las agencias en derecho.

3.2. Aunque los hechos fueron reorganizados y modificados formalmente de manera marginal, no lo fueron sustancialmente, refiriéndose los mismos, en esencia, a las

circunstancias ya anotadas. Sin embargo, en esta ocasión sí se eliminaron las referencias al Código de Comercio en el fundamento jurídico y se solicitaron pruebas adicionales.

4. El 22 de mayo se declaró instalado el tribunal y se admitió la convocatoria (f. 262-265 c. 1).

5. Esta fue contestada por el IDU el 16 de agosto siguiente (f. 302-357 c. 1), que en esencia no aceptó los hechos allí expuestos y de hecho afirmó que el IDU sí entregó los estudios y diseños necesarios para el desarrollo de las obras del contrato n.º 136 del 2007. Presentó como excepciones las siguientes:

5.1. Ineptitud sustantiva de la demanda, por no cumplir con todos los requisitos previstos en el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil.

5.2. Nulidad Absoluta del contrato de obra n.º 136 del 2007. Al respecto señaló lo siguiente:

5.2.1. El IDU indicó que en sentencia del 24 de agosto del 2011 del Juzgado 27 Penal del Circuito de Bogotá se aprobó el acuerdo que tuvo lugar entre la Fiscalía e Inocencio Meléndez y se le impuso a este una pena de 90 meses de prisión por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos sin requisitos legales. También se le declaró responsable de prevaricato por acción y omisión.

5.2.2. Señaló que la citada providencia encontró que en el marco de los contratos de la fase III de Transmilenio, el señor Meléndez, como subdirector técnico legal y posteriormente jurídico del IDU, coordinó y controló los procesos de selección para la construcción de las obras para la implementación del sistema. En estas funciones, de acuerdo con la sentencia penal, participó en la elaboración y revisión de los otrosí que postergaron la etapa de preconstrucción de los contratos de la fase III de Transmilenio –entre ellos el 136 de 2007–, así como la entrega de los productos que debían resultar de esa etapa. También cambió los requisitos para el inicio de la etapa de construcción e introdujo el concepto de actualización de estudios y diseños que no estaba prevista en los pliegos. De este modo, según la autoridad penal, favoreció a los contratistas permitiendo diseñar posibles faltantes de estudios y diseños, rediseñar los mismos y entregarlos tardíamente.

5.2.3. También señaló dicha providencia que en otros otrosí celebrados en diciembre del 2008 se cambió el concepto de precios unitarios para permitir incluir los costos de las actividades de actualización de estudios y diseños. Particularmente en el contrato 136 se permitió la realización de dos variaciones del presupuesto oficial en adendas 3 y 6 al pliego de condiciones, y también se hizo una modificación a la experiencia del proponente sin justificación técnica o financiera en las adendas 4 y 8.

5.2.4. El IDU afirmó que, en este orden de ideas, en el contrato n° 136 del 2007 se produjeron circunstancias que vician el contrato de nulidad por ilicitud de objeto, ilicitud de causa, *“abuso de desviación de poder”* y celebración contra expresa prohibición legal, pues se violaron los principios de transparencia, selección objetiva, planeación y estudios previos. Resaltó que *“la acción del funcionario Meléndez fue Determinante de la adjudicación de los contratos (...) 136 (...) de 2007”* y que *“los contratistas obtuvieron el contrato como consecuencia directa de la acción ilícita del citado funcionario, razón por la cual esa acción fue la causa eficiente de la adjudicación y por eso vicia el contrato”*.

5.3. Nulidad absoluta de los otrosí 1 a 10 y de los contratos adicionales 1 a 9 del contrato de obra n.º 136 de 2007. Sobre el particular, trajo a colación el carácter de parte del contrato de Transmilenio en su calidad de pagador. Señaló que como parte del contrato también debería haber sido parte de los otrosí y los contratos adicionales, pero no lo fue, pues no los suscribió. Como el contrato nunca fue modificado por estos, las reglas aplicables son las contenidas en el contrato original.

5.4. Ausencia de *causa petendi*. Explicó que, en su sentir, la demanda no tiene una *causa petendi*, no hay petición concreta y las pretensiones son inexistentes. Señaló en concreto:

Las pretensiones solicitadas por la parte convocante no son concretas. En las pretensiones referidas en el numeral 1, relacionadas con los Diseños y Obras correspondientes a la Estación Central – Conexión Operacional de la Troncal Caracas y Calle 26, no especifica ni detalla cuáles fueron las presuntas falencias, errores, deficiencias de los estudios y diseños entregados por el IDU, ni cuales fueron las obras que el contratista ejecutó y que no debía ejecutar, tampoco explica en qué consiste la que denominó, decisión del IDU contenida en el Acta no. 5 de Arreglo Directo.

Respecto de las pretensiones contenidas en el numeral 2, relacionadas con la construcción de Pavimentos de la Trocal Calle 26 y sus bocacalles, sucede otro tanto, y de igual manera con las pretensiones pedidas en los numerales 3, 4 y 5,

relativas en su orden con los pavimentos de las calzadas mixtas de la Troncal de la Carrera 10ª y sus bocacalles; Diseños y obras correspondientes al Puente de la Carrera 5 con Calle 26 (Puente Recto) y, 5, las pretensiones relacionadas con la presunta mayor permanencia en obra.

Las pretensiones no son concretas. Se hace una serie de peticiones pero se deja al juez la carga de descubrir lo que efectivamente se pide (...).

5.5. Inexistencia de mayor permanencia en obra. Al respecto indicó:

5.5.1. En esta excepción la contratante hizo hincapié en la asunción de riesgos a la que se comprometió el contratista al suscribir el acuerdo, especialmente en su cláusula octava. En este sentido recordó que Confase asumió los riesgos de construcción relativos a las variaciones de precios y cantidades de obra estimadas por el mismo contratista para calcular los factores económicos y el cumplimiento del objeto del contrato.

5.5.2. Agregó que cursa en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo una acción popular en la que se decretó una medida cautelar para detener las obras del contrato n.º 136 del 2007 en inmediaciones del Parque Bicentenario, aunque no aclaró de forma expresa la relación de esta circunstancia con la excepción.

5.6. Asunción de los riesgos por Constructora Bogotá Fase III S.A. La excepción puede ser sintetizada así:

5.6.1. Insistió el IDU en que lo que hubiese podido haber ocurrido respecto de los diseños, las cantidades de obras y la permanencia en obra hacían parte de los riesgos asumidos por el contratista. Hizo especial énfasis en la cláusula 30 del contrato que consagró el conocimiento del proyecto y la responsabilidad profesional del contratista. Al tenor de esta cláusula contractual, Confase habría declarado que conocía y había revisado cuidadosamente todos los asuntos e informaciones técnicas, financieras y legales relacionadas con la celebración y ejecución del contrato y los lugares de las obras. También declaró haber realizado el examen completo de estos sitios y haber investigado los riesgos y demás factores determinantes de las labores, que se incluyen como componentes económicos de la propuesta. Así las cosas, cada una de las pretensiones formuladas se encuentran dentro de los riesgos asumidos en las cláusulas 8 y 30 del contrato.

5.6.2. Posteriormente hizo referencia a los requisitos de experiencia contenidos en

el pliego de condiciones de la licitación, para concluir lo siguiente:

De donde surge que las sociedades que a lo postre conformaron el contratista demandante, CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A., no son neófitas en esta clase de contratos, por el contrario, si salieron vencedoras de esta adjudicación fe porque cumplieron con el lleno de los requisitos para obtener la adjudicación. Razón por la cual, no es de recibo que ahora pretenda la convocante el pago de una ítems que por su experiencia, sabe y conoce, no le corresponde cobrar por cuanto hacen parte del valor global del contrato.

5.7. Cumplimiento del contrato por parte del IDU. En este punto señaló que la entidad estatal cumplió con todos los procedimientos y obligaciones que se derivaron del contrato n.º 136 del 2007. Además, cada una de las observaciones y solicitudes del contratista se contestaron oportunamente.

6. El 29 de agosto de 2013 Confase describió traslado de las excepciones, las cuales pidió desestimar por las siguientes razones (f. 409-442):

6.1. Consideró que la excepción de ineptitud de la demanda por ausencia de los requisitos del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil simplemente no tenía sustento y en cualquier caso cualquier reparo con los requisitos formales podía haber sido manifestado mediante la interposición de recursos contra el auto admisorio.

6.2. Respecto de la nulidad alegada como segunda excepción, indicó que una lectura atenta a la sentencia penal a la que se hace referencia plantea que las afirmaciones hechas por Inocencio Meléndez sobre prácticas de corrupción y favorecimiento a los contratistas se refiere a otro grupo de obras y concretamente al contrato 137 del 2007, cuyo objeto y adjudicatario son diferentes. Recordó que la sentencia penal sólo tiene efectos contra los procesados, los cuales no tienen ningún tipo de vínculo con Confase. Agregó que pretender darle efectos a la sentencia penal que no están legalmente consagrados es un actuar temerario.

6.3. Sobre la tercera excepción, de nulidad de los contratos adicionales y otrosí por la falta de suscripción de Transmilenio, recordó que en la demanda se hizo una precisa explicación sobre la calidad exclusiva de pagador de esa empresa, mientras que la ejecución contractual y todo lo relativo a ella estaba en cabeza del IDU. En tal sentido, el IDU era autónomo para la toma de decisiones sobre la modificación del contrato.

6.4. También se opuso a la prosperidad de la cuarta excepción de ausencia de *causa petendi*, sobre lo que explicó que todas las razones para demandar están plenamente explicadas en el aparte de fundamento fáctico. Concretamente, señaló que el alcance del litigio se fijó de forma clara en las actas de arreglo directo, etapa en la que se estuvo por cerca de dos años antes de acudir ante la jurisdicción arbitral.

6.5. Rechazó la excepción de inexistencia de mayor permanencia en obra y adujo que no puede considerarse que las razones que la causaron y los costos que de esta se derivan puedan estar considerados en el precio global. Señaló que en efecto en las actas de arreglo directo no se discutieron las causas de la mayor permanencia, pues ello ya estaba en cada reprogramación pactada, sino sobre si sus costos estaban o no incluidos en el precio global del contrato. También señaló que no se entiende la razón de enunciar el proceso de acción popular del Parque Bicentenario, pues nada tiene que ver con la excepción.

6.6. Finalmente desestimó la excepción de cumplimiento del contrato. Afirmó que no puede entenderse que el IDU cumplió el contrato sólo porque contestó las peticiones de Confase, máxime cuando en los documentos mediante los que esto se hizo contienen decisiones equivocadas y contrarias a derecho.

7. Surtido el trámite procesal correspondiente, el Tribunal profirió el laudo del 10 de febrero del 2015 (f. 4-111 c. ppl) en el que accedió parcialmente a las pretensiones de la convocante. La parte resolutive de la providencia es del siguiente tenor:

PRIMERO: Declarar infundadas las tachas de sospecha formuladas a los testigos Pablo Emilio Morales, Claudia Tatiana Ramos Bermúdez y Gregorio Pablo Augusto Rentería Antorveza, por lo expuesto en la parte motiva del presente laudo.

SEGUNDO: Declarar que debido a los errores y deficiencias de los estudios y diseños entregados por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU a CONFASE S.A. esta tuvo que elaborar nuevos diseños para la Estación Central – Conexión Operacional de la Troncal Caracas y Calle 26.

TERCERO: Declarar que para la construcción de la Estación Central – Conexión Operacional de la Troncal Caracas y calle 26, CONFASE S.A. ejecutó, con base en los diseños que ella misma elaboró y no con los del IDU, obras que no debía sufragar a su costa y que difieren de las previstas por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO en la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 y en el contrato IDU 136 de 2007.

CUARTO: Declarar que son improcedentes y constituyen incumplimiento contractual las decisiones del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU de considerar los nuevos diseños como ajuste y negar el pago de las mayores cantidades de obra no previstas y ejecutadas en la Estación Central.

QUINTO: Declarar que CONFASE S.A. tiene derecho a que se reconozcan y paguen por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU los mayores costos en que la misma incurrió para actualizar y elaborar los nuevos diseños de la Estación Central – Conexión Operacional de la Troncal Caracas y Calle 26, así como los de las obras no previstas en la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 y en el contrato IDU 136 de 2007, ejecutadas con base en los nuevos diseños actualizados en la Estación Central – Conexión Operacional de la Troncal Caracas y Calle 26.

SEXTO: Declarar que como consecuencia de los órdenes del representante del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU en el Contrato IDU 136 de 2007 (Interventoría), así como la decisión del IDU de cambiar el diseño geométrico de la Troncal Calle 26 y sus bocacalles, fue necesario instalar rajón, material de sello y realizar la respectiva excavación mecánica en zonas no previstas en los estudios y diseños de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 y en el Contrato IDU 136 de 2007, a lo largo y ancho de la vía existente de la Troncal Calle 26 y sus bocacalles y en zonas resultantes de la actualización del diseño geométrico de la Troncal.

SÉPTIMO: Declarar que son improcedentes y constituyen incumplimiento contractual y legal, las decisiones del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU de considerar que el pago a CONFASE S.A. por la colocación no prevista de rajón, el material de sello y la respectiva excavación mecánica a la que se refiere la pretensión anterior, debía hacerse solamente en relación con el cambio de diseño geométrico de la Troncal Calle 26 y sus Bocacalles y aplicando la metodología de “valoración de área de acuerdo al diseño inicial con respecto al diseño actualizado”.

OCTAVO: Declarar que a CONFASE S.A. se le deben reconocer por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO los mayores costos en que la misma incurrió por la colocación no prevista de rajón extendido a lo largo y ancho de toda la subrasante, su correspondiente material de sello y la respectiva excavación mecánica ejecutadas en la construcción del pavimento de la Troncal Calle 26 y sus bocacalles, en virtud de las órdenes del representante del IDU y su decisión de cambiar el diseño geométrico de la Troncal Calle 26 y sus bocacalles, para cuyo reconocimiento de los mayores costos se aplica la metodología señalada en la parte motiva de este laudo.

NOVENO: Declarar que son improcedentes y constituyen incumplimiento contractual y legal, las decisiones del representante del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU del Contrato IDU 136 de 2007, mediante las cuales se negaron a CONFASE S.A. los costos derivados del ejercicio de la alternativa de diseño con pavimento rígido de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 para las calzadas mixtas de la Carrera 10 y sus bocacalles, y se le reconocen los mayores costos en que la misma incurrió.

DÉCIMO: Declarar que el IDU, no entregó diseños, estudios, planos de detalle y en general, la información técnica relacionada con la construcción de las obras del Puente vehicular de la Carrera 5 con Calle 26.

DÉCIMO PRIMERO: Declarar que debido a la autorización del IDU para cambiar el diseño geométrico en la Troncal Calle 26, CONFASE S.A. tuvo que elaborar nuevos diseños respecto del Puente de la Carrera 5ª con Calle 26, obras no previstas en la

Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 y en el Contrato IDU 136 de 2007, razón por la cual los diseños deben ser sufragados por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU.

DÉCIMO SEGUNDO: Declarar que es improcedente y constituye incumplimiento contractual y legal, la decisión negativa del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU de los mayores costos reclamados por CONFASE S.A. en relación con los nuevos diseños elaborados por CONFASE S.A. para el Puente de la Carrera 5ª con Calle 26.

DÉCIMO TERCERO: Declarar que CONFASE S.A. tiene derecho a los mayores costos por concepto de los estudios y diseños del Puente vehicular de la Carrera 5ª con Calle 26, pero no por las obras ejecutadas con base en los mismos, por las razones advertidas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO CUARTO: Declarar que como consecuencia de las anteriores decisiones, se condena al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU a pagar en favor de CONFASE S.A. dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del laudo, las sumas de dinero que se indican a continuación, todas ellas ya debidamente actualizadas, según los parámetros consignados en la parte motiva de este laudo:

a. Siete mil setecientos treinta y ocho millones seiscientos dieciséis mil novecientos treinta y cuatro pesos (\$7.738.616.934) por concepto del mayor costo directo de las obras ejecutadas en la estación central.

b. Trescientos noventa y nueve millones ochocientos tres mil trescientos noventa y ocho pesos (\$399.803.398) por concepto de los diseños de la Estación Central.

c. Dos mil quinientos dieciocho millones ciento veinte mil ochocientos ochenta y cinco pesos (\$2.518.120.885) por concepto de la mayor cantidad de rajón, material de sello y la respectiva excavación mecánica utilizados en la construcción de la troncal Calle 26 y sus bocacalles.

d. Cinco mil cuatrocientos setenta y cinco millones ochocientos veinticuatro mil ochocientos veintiún pesos (\$5.475.824.821) por concepto del mayor valor de las obras de los pavimentos de la calzada mixta de la Carrera 10 y sus bocacalles.

e. Noventa y cuatro millones ochocientos nueve mil novecientos setenta y ocho pesos (\$94.809.978) por concepto de los diseños del puente de la Carrera 5ª sobre la Calle 26 (Puente Recto).

DÉCIMO QUINTO: Sobre las sumas anteriores se causarán intereses moratorios una vez vencido el plazo de que trata el aparte 14 de este laudo.

DÉCIMO SEXTO: Negar las restantes pretensiones de la demanda.

DÉCIMO SÉPTIMO: Declarar probadas las excepciones de Falta de legitimación en la causa por pasiva en cabeza de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A., y de Inexistencia de solidaridad entre el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU y Transmilenio S.A. así como la de "Inexistencia de mayor permanencia en obra." En los términos y por las razones expuestas en la parte motiva.

DÉCIMO OCTAVO: Negar las restantes excepciones perentorias propuestas por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU en los términos y por las razones

expuestas en la parte motiva. Respecto de las demás excepciones presentadas por la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A., estar a lo expuesto en la parte motiva.

DÉCIMO NOVENO: Declarar que no hay lugar a imponer condena en costas y que cada parte asume sus gastos en este proceso.

VIGÉSIMO: Declarar causados los honorarios de los árbitros y del secretario, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, quien procederá, una vez agotados los trámites propios del Tribunal, a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos y expensas de funcionamiento del Tribunal.

VIGÉSIMO PRIMERO: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público, con las constancias de ley, y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

7.1. Luego de encontrar acreditados y cumplidos los presupuestos procesales de la acción incoada, se resolvieron cada una de las excepciones, de la siguiente forma:

7.1.1. Desestimó la excepción de ineptitud de la demanda. Consideró el tribunal que la convocatoria de hecho sí cumplía los requisitos previstos en el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil y en cualquier caso el asunto no era materia de una excepción de fondo, sino de un recurso contra la admisión. Señaló entonces:

Advierte el Tribunal que no es mediante la presentación como si se tratara de una excepción perentoria, que se debe hacer valer la falta de requisitos formales de la demanda, por cuanto la oportunidad propicia para alegarlos es mediante el empleo del recurso de reposición respecto del auto admisorio de la demanda, ocasión en la cual nada se dijo frente al inicial, tampoco del que admitió la demanda reformada, por lo que cobró ejecutoria la providencia que se profiere por, entre otras consideraciones, estar la demanda debidamente presentada en lo que con sus requisitos formales corresponde, de ahí que por este sólo aspecto, está llamada al fracaso la excepción.

7.1.2. También descartó la configuración de la excepción de ausencia de *causa petendi*. Al respecto, explicó que esta excepción hace parte, en esencia, de la de ineptitud de la demanda por falta de requisitos del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, porque de hecho la expresión precisa y clara de lo que se pretende está prevista en el numeral 5 del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil. En tal sentido, reiteró que los argumentos debieron ser presentados como recurso contra la admisión de la convocatoria y no como excepción de fondo.

7.1.3. No encontró probada la excepción de falta de jurisdicción o competencia

formulada por Transmilenio S.A. En tal sentido señaló que aunque le asiste razón a la empresa en cuanto a que la Corte Constitucional precisó en su sentencia C-1436/2000 que en general la decisión sobre la legalidad de un acto administrativo escapa a la competencia de la justicia arbitral, no puede perderse de vista que en la misma decisión el tribunal constitucional señaló que sí podían dirimir diferencias económicas aun cuando estas tengan como causa un acto administrativo. Agregó que posteriormente la Ley 1563 del 2012 se recogió la posición de la Corte, en los siguientes términos:

Esta jurisprudencia se recogió en el artículo 1º. De la Ley 1563 de 2012 que prescribe: “En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.”, disposición que elimina cualquier duda acerca de la competencia que tiene este Tribunal para dirimir las controversias de contenido económico que se le han planteado.

(...) Por eso, en armonía con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, mediante el auto admisorio de la demanda inicial y de la demanda reformada, el Tribunal asumió competencia respecto de las controversias económicas planteadas en la demanda arbitral, sus contestaciones, excepciones perentorias y réplicas, sin comprender la legalidad de ningún acto administrativo, lo que se reiteró en la primera audiencia de trámite, providencias respecto de las cuales las partes se mostraron conformes porque no se interpuso el recurso de reposición, que hubiera sido el procedente.

7.1.4. Posteriormente, declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de Transmilenio S.A., dado que su calidad exclusiva de pagador estaba desprovista de cualquier relación con la ejecución del contrato y en tal sentido, sustancialmente, no hacía parte del contrato n.º 136. Señaló entonces:

(...) De esta manera, TRANSMILENIO al suscribir el contrato, adquirió las precisas obligaciones previstas para ella en el mismo para con el IDU, relación jurídica que nace del mismo convenio 136 pero que no es objeto de debate en este proceso, siendo ajenas a dicha entidad todas las concernientes con la ejecución y cumplimiento de las diferentes obras contratadas, pues desde el preámbulo mismo del escrito en que se plasmó el acuerdo se estipuló que TRANSMILENIO: “suscribe este contrato, exclusivamente en su calidad de pagador de las obligaciones dinerarias a favor del contratista, previa solicitud expresa y escrita del IDU, según se establece en el presente contrato y en el Convenio Interadministrativo de Cooperación No. 020 del 20 de septiembre de 2001 suscrito entre TRANSMILENIO S.A. y el IDU”.

(...) Fijada la anterior directriz para el tribunal es claro que TRANSMILENIO no tiene la calidad de parte en sentido sustancial en el Contrato de obra 136 de 2007 respecto del Contratista y de las obras, actividades y servicios contratados,

obligaciones contraídas por éste y la entidad contratante, ni contrae obligación ni responsabilidad por su inejecución, limitándose a pagar cuando el IDU le otorgue la orden o autorización expresa, previa y escrita y cuya inobservancia compromete su responsabilidad frente al IDU.

(...) Aún más, examinadas las pretensiones declarativas y de condena incoadas en la demanda arbitral reformada, todas conciernen a la ejecución de las obras del Contrato IDU-136 de 2007 y es irrefutable que en los términos del contrato, son aspectos de la exclusiva responsabilidad del IDU, y a quien corresponde “de manera autónoma y bajo su responsabilidad”, por lo cual, respecto de lo pretendido en este proceso, TRANSMILENIO S.A., no obstante ser parte demandada en este proceso y parte en sentido formal del contrato, tal como antes se precisó, carece de legitimación en causa, pues no es la titular de la relación jurídica sustancial objeto del presente debate, ni de ella puede pretenderse responsabilidad alguna por la ejecución del contrato y las obras.

(...) Con todo, estima el Tribunal que al suscribir el contrato en calidad exclusiva de pagador y en lo que refiere a este aspecto, el pacto arbitral, negocio jurídico autónomo e independiente del contrato que lo contenga, es parte del mismo.

7.1.5. Con base en lo anterior, llegó a las siguientes conclusiones:

7.1.5.1. La calidad de parte de Transmilenio se establece por haber sido expresamente demandado por Confase y de tal se desprende su legitimación procesal pero no en la causa por pasiva, entendida como el interés sustancial para pretender que se declare la responsabilidad de alguien.

7.1.5.2. Consecuencialmente también declaró probada la excepción de inexistencia de solidaridad entre el IDU y Transmilenio S.A. frente a situaciones no pactadas expresamente.

7.1.5.3. Finalmente, consideró que en estas condiciones la prosperidad de la excepción cobijaba y hacía improcedente la pretensión de que, como consecuencia de las declaraciones de responsabilidad de la administración, se ordenara el pago de las condenas a la empresa de transporte, “*pues no puede imponérsele condena alguna dado que la calidad de parte en la ejecución de las obras del Contrato IDU-136 de 2007, y la responsabilidad respectiva, la tiene el IDU y no TRANSMILENIO S.A.*”.

7.1.6. A continuación desestimó la excepción de nulidad absoluta del contrato.

7.1.6.1. Al efecto, recordó el régimen de nulidad de los contratos estatales, particularmente en lo tocante con el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que además

de las normales del derecho común, establece como causas de nulidad la celebración con personas inhábiles o incompatibles, la celebración contra prohibición legal o constitucional, la desviación o abuso del poder, la declaratoria de los actos que fundamentan el acuerdo, o, finalmente, con desconocimiento de lo previsto en el artículo 21 de la misma norma sobre tratamiento de ofertas nacionales o extranjeras. Agregó que en el derecho común al que se hacía referencia, las causales de nulidad están referidas a la vulneración del derecho imperativo u orden público, o las buenas costumbres, la capacidad absoluta, la licitud del objeto y la ilicitud de la causa.

7.1.6.2. Luego, explicó la forma en la que se configura cada una de las causales y señaló que conforme a sentencia del 20 de febrero del 2014 del Consejo de Estado, referencia 27507, era necesario que alegara la nulidad la sustentara de manera precisa y probara fehacientemente.

7.1.6.3. El Tribunal no encontró acreditadas las circunstancias precisas que configuren ninguna de esas causales, y descartó la argumentación del IDU respecto de la sentencia penal de Inocencio Meléndez, haciendo suyas las consideraciones expuestas por el Ministerio Público en su concepto, de la siguiente forma:

“En la sentencia penal arrimada a este proceso, hay que tener en cuenta que se trata de un proceso penal contra una persona – Inocencio Meléndez, y que éste se acogió al principio de oportunidad y confesó, y el sustento de la condena es básicamente su dicho en el proceso penal, y existe una carencia absoluta de soporte probatorio que corrobore su versión o al menos no es mencionado en el fallo.

En consonancia con lo anterior, no hay que perder de vista el artículo 232 del CPC, que dice: (...) Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión.

Los que nos lleva hacer claridad, que en materia de contratos, la sola declaración de una persona sobre ejecución de contratos, sin soporte de documentos, no es suficiente para probar hechos contractuales y darle la consecuencia jurídica que se persigue. En este caso, sí bien es cierto, se trasladó un fallo penal, producto de una confesión y un preacuerdo con la Fiscalía, pero no se trasladó pruebas testimoniales, ni periciales, ni documentales, que permita hacer un mayor análisis de los hechos y en especial en la que tiene que ver con el contrato 136 de 2007.

(...) Se hace el siguiente análisis por parte de esta agencia del Ministerio Público, en relación si se puede determinar a partir del fallo condenatorio de Inocencio Meléndez, la posible existencia de la causal de nulidad del contrato 136 de 2007, por objeto ilícito, que llevaría a la nulidad absoluta de este contrato.

-En el fallo penal en comento, se puede determinar que el mismo se produjo por las conductas, acciones y omisiones desplegadas por Inocencio Meléndez, y relacionadas con el contrato 137 de 2007.

-Que aunque en el mismo fallo se hace alusión a otros contratos y a supuestas irregularidades cometidas por Inocencio Meléndez, entre los que se encuentra el 136 de 2007, estas no fueron el soporte principal y determinante para su condena. Y por tal razón, si no fueron determinantes y no fueron el fundamento básico de la condena, mal podrían sí ser determinantes para que se declare en este trámite arbitral del contrato 136 de 2017 (sic), el objeto ilícito y la nulidad del contrato.

-El soporte de documental y probatorio del fallo es muy precario y contiene muchas generalidades, que no permiten soportar en pruebas concretas e individualizadas las imputaciones que se hacen.

-En el fallo se dice que Inocencio, fue vinculado por el IDU mediante Resolución del 16 de marzo de 2007 en la Dirección Técnica Legal y posteriormente nombrado Subdirector Jurídico, mediante Resolución del 24 de abril de 2009; En el fallo se dice que en desarrollo de sus funciones emitía conceptos, coordinaba y controlaba los contratos.

Este punto es de especial relevancia, puesto, que si se observa que Inocencio Meléndez, solo ejercía funciones de emitir conceptos, coordinación y control a los contratos, pero en las mismas no estaban las de: adjudicar contratos, suscribir contratos, suscribir prórrogas, suscribir contratos adiciones (sic) y mucho menos la ordenación del gasto. Lo anterior guarda consonancia con el numeral 5º del artículo 26 de la Ley 80 de 1995 (sic), que dice: La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del luego, (sic) jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, nia los organismos de control y vigilancia de las misma. Luego, las funciones anteriores estaban en cabeza de la doctora Liliana Pardo, quien era la directora del IDU para la época, y quien suscribía los contratos, y en dicho fallo penal no se establece el grado de participación de ella en las conductas por las cuales se sancionó a Inocencio Meléndez y tampoco se estableció si las conductas asumidas por Inocencio, fueron determinantes o no para la suscripción del contrato 136 de 2007, por parte de la doctora Pardo. Esta agencia, no comprende por qué se condenó a Inocencio Melendez por el delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales, si éste no suscribió ningún contrato ni tenía poder decisorio”

En su concepto el Ministerio Público, estudia el principio de planeación conforme al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia del Consejo de Estado para indicar que su vulneración no genera nulidad absoluta del contrato y concluir:

“Argumentos estos últimos que comparte en su integridad esta agencia del Ministerio Público, luego considero que no existe ilicitud del objeto, por violación del principio de planeación, y por ende, tampoco nulidad absoluta del contrato, por lo que no se desarrollará el tema si existió o no falta de planeación, teniendo en cuenta lo irrelevante para determinar la ilicitud del objeto, por carencia del mismo”.

Atendidas las anteriores consideraciones, para el Tribunal es evidente que la actuación penal que concluyó con la sentencia condenatoria en contra del entonces funcionario del IDU doctor Inocencio Meléndez y asumiendo que el traslado de la

prueba se hizo legalmente, concierne con un contrato que tuvo partes y objeto diferente y ella no contiene elemento alguno que permita predicar la existencia de nulidad del Contrato IDU-136-2007 y, por tales razones, se niega su declaración.

7.1.7. También desestimó la excepción de nulidad de los otrosí y contratos adicionales por la falta de suscripción de los mismos por parte de Transmilenio, al considerar, básicamente, que la condición de simple pagador sin responsabilidades respecto de la ejecución del contrato implicaba que no había necesidad de ello.

7.2. A renglón seguido el Tribunal resolvió varias tachas de sospecha de los testimonios de varios declarantes, formulados por diferentes partes del proceso, así:

7.2.1. La parte convocante tachó por sospechoso el testimonio del Ingeniero Pablo Morales, coordinador de la interventoría por su interés en las resultas del proceso. El tribunal consideró que la declaración del señor Morales, relativas a la aplicación del Rajón, los diseños y el problema de la Estación Central, reflejan su perspectiva respecto de las dichas circunstancias y de ellas no se desprende un interés directo en las resultas del proceso o la afectación de su imparcialidad.

7.2.2. Transmilenio tachó por sospechoso el testimonio de la señora Claudia Tatiana Ramos Bermúdez, ingeniera en vías terrestres que laboró en el Invías, el IDU y, finalmente, en Confase, al considerar que no podía confiarse en su imparcialidad y al tener intereses en las resultas del proceso. El tribunal rechazó la tacha puesto que su historia laboral no podía hacer inferir un interés en el resultado del asunto.

7.3. A continuación, resolvió sobre cada una de las pretensiones declarativas, así:

7.3.1. En primer lugar dirimió las pretensiones relacionadas con los diseños y obras correspondientes a la Estación Central-conexión operacional de la Troncal Caracas.

7.3.1.1. Sobre el particular, comenzó por explicar que el contrato n.º 136 del 2007 es un contrato de obra pública regido por el estatuto de contratación estatal, y como tal estaba enmarcado en el principio de ecuación contractual, consistente en el mantenimiento de la igualdad o equivalencia de derechos y obligaciones respecto del momento en que estas se adquirieron por la celebración del acuerdo. Su rompimiento por causas no imputables a quien fuese afectado, agregó, debe ser atendido y deben tomarse las medidas necesarias para su restablecimiento a riesgo de incurrir en responsabilidad contractual, según los prescriben los artículos 27, 3,

4, 5, 14, 23, 25 y 28 de la Ley 80 de 1993, el 32 de la Ley 1150 de 2007, el Decreto 2474 de 2008 y la Constitución Política.

7.3.1.2. A continuación, resaltó que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado Francés, puede romperse por actos o hechos imputables a la entidad contratista, bien por una conducta legítima o ilegítima, siempre que esta cause un daño que el contratista no deba soportar, por ejemplo, mediante el uso de la potestad del *ius variandi*, por la alteración de las condiciones existentes al contratar mediante el uso de facultades excepcionales, por el incumplimiento de las obligaciones y por el hecho del príncipe. También pueden presentarse circunstancias que resulten ajenas a la voluntad o el actuar de ambas partes, siempre que estas revistan un carácter extraordinario, imprevisto y imprevisible.

7.3.1.3. Agregó que el contrato n.º 136 del 2007 se pactó a precio global, salvo en algunas precisas actividades y asuntos, en los que se previó un precio unitario. Señaló que el precio global implica una contraprestación pactada en una suma fija, única y total que contiene todos los costos directos e indirectos por la ejecución integral de las obras o servicios contratados, sin derecho a remuneración adicional. Sin embargo, de acuerdo con el Consejo de Estado, este tipo de contrato, aunque evidentemente oneroso, no dejaba de ser conmutativo como la generalidad de los contratos de la administración, por lo que no estaba excluido de equilibrio económico: Señaló entonces:

Empero, ha dicho el Consejo de Estado, apreciación que coparte este tribunal, que además de oneroso es conmutativo¹, el precio global no excluye el equilibrio económico² ni implica la asunción de aleas anormales, extraordinarias e infinitas, actividades, obras distintas a las fijadas en el pliego de condiciones y el contrato, ya provenientes de falencias de la entidad contratante³, ora adicionales, que siendo no

¹ [108] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 29 de abril de 1999, Exp. 14855 y 15 de octubre de 1999, Exp. 10929.

² [109] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 26 de febrero de 2004, Radicación (...) 14043: "(...)La Sala precisa que la teoría del equilibrio financiero del contrato procede respecto de todo contrato oneroso, de tracto sucesivo, conmutativo y sinalagmático, sin consideración al sistema de pago acordado; así lo precisó la Sala en sentencia proferida el 29 de abril de 1999, cuando dijo: "no es dable tampoco considerar que por tratarse de un contrato de obra pública a `precio global el contratista estaba impedido para reclamar y obtener el reconocimiento y pago de las mayores cantidades de obra que ejecutó en cumplimiento de lo ordenado por la entidad contratante".

³ [110] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de abril de 2011, Radicación (...) 14823: "Según el artículo 88 en cita, en los contratos de obra pública a precio global, el contratista asume directamente la ejecución

*previstas, esenciales, indispensables e inherentes, autorizadas, construidas y entregadas, no se incluyen en el valor general y debe reconocerse.*⁴

7.3.1.4. Posteriormente anotó que, de acuerdo con las pruebas allegadas al plenario, los estudios y diseños entregados para la Estación Central, o la conexión operacional entre la troncal de la Caracas y la Calle 26, fueron deficientes e incompletos, tanto así que la entidad contratante autorizó a la contratista para realizar un nuevo diseño técnico, el cual posteriormente fue aceptado. Igualmente, consideró que fue con estos diseños que se construyeron y entregaron las obras, las cuales no estaban previstas inicialmente ni incluidas en principio en el presupuesto global del valor global de construcción de la licitación, ni muchos menos en el Contrato IDU 136 de 2007.

7.3.1.4. Sobre el particular, destacó que el objeto del contrato era la ejecución de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la 10ª y la 26 al sistema Transmilenio en los tramos 4, 5 y 6 del grupo III de la licitación IDU-LP-DG-2007. Señaló que el contrato fue pactado con precio global con ajuste, incluyendo obras para redes, demoliciones y desvíos, ente otros, que se deberían ejecutarse en la modalidad de precios unitarios con ajuste, de conformidad con las especificaciones, programación y manuales señalados en su contenido y en los apéndices A-H, Anexo 1 y los documentos contractuales.

7.3.1.5. Agregó que la cláusula cuarta determinó el alcance del contrato y estableció distintas etapas para su desarrollo. En la etapa de preconstrucción, se puso en cabeza del contratista la obligación de estudiar, conocer, ajustar, complementar y modificar los estudios y diseños respectivos. Luego, con el otrosí n.º 2 del 16 de octubre del 2008 se acordó iniciar la construcción mientras el contratista, paralelamente, debía ajustar, adecuar, adaptar, complementar y actualizar los

de la obra, por su cuenta y riesgo, en el entendido fijado en el pliego de condiciones y en el contrato, no siendo de su incumbencia las obras necesarias para la ejecución que la entidad, debiendo hacerlo, no previó. Sobre el particular, en sentencia de 29 de abril de 1999 esta Corporación sostuvo que pactar la forma de pago a precio global no comporta el desconocimiento del derecho del contratista a reclamar por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato”.

⁴ [111] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007. Expediente 15469: “Sucede que en el caso sub lite, las obras adicionales que fueron autorizadas por la Administración, construidas y entregadas por el contratista a satisfacción de la entidad contratante, presentan especiales características, en la medida que resultan esenciales e inherentes a la infraestructura misma que fue construida, es decir, son de su naturaleza, toda vez que para acometer la obra principal resultaba indispensable realizarlas de manera previa o concomitante o de lo contrario resultaría imposible cumplir con la ejecución de la obra contratada” (...).

estudios y diseños entregados por el IDU en la etapa preconstructiva. El concepto de actualización se definió en el mismo clausulado para comprender “*las actividades que el contratista deba ejecutar para diseñar los faltantes de estudios y diseños, o el rediseño de los mismos*” y además se acordó que en caso de que esta actualización rediseño fuese necesario, el contratista debería presentar la cotización con el presupuesto desglosado para aprobación por parte del IDU y la suscripción del correspondiente otrosí. Concluyó entonces el tribunal que el contrato era claro en cuanto a que la actualización, básicamente, era diseñar los faltantes y el rediseño era volver a diseñar o hacer un nuevo diseño.

7.3.1.6. Se refirió también al apéndice A del pliego, modificado por el adendo 3, que singularizó el alcance de la obras a ejecutar en la Estación Central. En tal sentido, indicó que los diseños iniciales entregados por la entidad contratante para esta no eran completos, suficientes ni ejecutables, de acuerdo a lo afirmado por el peritaje rendido dentro del proceso por el señor ingeniero Alfredo Malagón Bolaños. Este señaló en concreto:

El IDU no puso a disposición del Contratista, en el momento se suscribir el acta de inicio, ni durante la Etapa de preconstrucción, los estudios y diseños suficientes y necesarios para ejecutar las obras correspondientes a la estación central (...). El Diseño entregado por el IDU era, además, inejecutable puesto que correspondía al desarrollo total de la Estación Central, mientras que el alcance previsto por el IDU para esta Meta Física se limitó a su primera etapa, es decir, a la conexión operacional de la Troncal Caracas y Calle 26, con lo cual el proyecto original no se pudo construir.

7.3.1.7. De acuerdo con el tribunal, las apreciaciones del experto se ratifican con varias pruebas, como comunicaciones cruzadas entre las partes del contrato y documentos provenientes de la interventoría que la reconoció en repetidas oportunidades. Anotó que de hecho la entidad contratante reconoció, autorizó y aceptó la actualización de los diseños de la calle 26 tal como consta en el acta de reunión n.º 1 del 11 de marzo del 2009, sostenida entre el IDU y Confase. En esta se consignó expresamente que el contratista continuaría con la ejecución de la actualización de los diseños del corredor de la 26, lo cual ya contaba con el aval del IDU. Agregó que en oficio IDU-021239-STE0-3300 del 20 de marzo de 2009 la entidad aceptó la propuesta técnica presentada para la actualización de los diseños.

7.3.1.8. Encontró probado también que, de acuerdo a lo previsto, Confase hizo la justificación técnica, elaboró y remitió el presupuesto, hizo la evaluación económica, la actualización del diseño geotécnico y estructural como tal de la conexión

operacional. Estos elementos, además, fueron aprobados por el IDU en acta de reunión n.º 1 del 11 de marzo del 2009. Sin embargo, posteriormente, particularmente mediante el oficio STTEST-201034604887881 del 23 de septiembre del 2010 consideró todas las actividades como un simple ajuste y no como una modificación de las condiciones originarias del proyecto, posición reiterada en el acta de arreglo directo n.º 5 del 28 de junio del 2011.

7.3.1.9. De esta manera, el Tribunal encontró acreditado que en lo tocante a la estación central, los estudios entregados por el IDU a Confase fueron incompletos, incorrectos e inejecutables, de tal forma que el contratista se vio en la necesidad de hacer una actualización de los mismos, lo cual fue definido por ambas partes como, básicamente, hacer los diseños nuevamente, así como las obras correspondientes, todo lo cual superaba el objeto contractual. Esta acepción del término luego sería desconocida por el IDU, que a pesar de haber autorizado y aprobado los nuevos diseños, no se allanó al pago.

7.3.1.10. También señaló que conforme al dictamen del ingeniero Malagón la diferencia en el valor de los nuevos estudios y diseños, así como de las obras finalmente construidas frente a lo inicialmente presupuestado, ascendió a la suma de \$315 545 782 por estudios y diseños y \$6 107 721 799 75 por obras. El mismo perito dio fe de que dichas sumas no fueron canceladas, por lo que el Tribunal condenó por tales valores en la parte resolutive del laudo.

7.3.2. En segunda instancia, dirimió la controversia relativa a la construcción de los pavimentos de la 26 y sus bocacalles con el uso de una capa extra de rajón.

7.3.2.1. Sin más preámbulo, advirtió de entrada que es un hecho debidamente demostrado que CONFASE tuvo que instalar mayor cantidad de rajón al inicialmente señalado en el contrato en la 26 y sus bocacalles por decisión de la interventoría de la obra. La decisión fue admitida por el IDU y acatada a regañadientes por el contratista.

7.3.2.2. Para el efecto, refirió varias comunicaciones cruzadas entre interventoría, contratista e IDU, así como los testimonios de Claudia Ramos y Edgar Herrera. Resaltó la conclusión que sobre el particular alcanzó el perito Malagón, que afirmó que el uso del rajón en toda la estructura de pavimento de la 26, no estaba prevista en el contrato. En tal sentido señaló:

En el documento ESTUDIOS Y DISEÑOS DE LA TRONCAL CALLE 26 (AVENIDA 3 – AEROPUERTO EL DORADO – AVENIDA JOSÉ CELESTINO MUTIS) EN BOGOTÁ D.C. – DISEÑO DE PAVIMENTOS, incluido por el IDU en el pliego licitatorio, consultado por este Perito, se dispuso para las calzadas mixtas de pavimento rígido de la Troncal Calle 26 la siguiente estructura:

*“Loza de concreto de 4.5. Mpa
Mezcla densa en caliente tipo MDC-12 de 5.0 cm
Subbase granular tipo SBG_A de 0.30 m
Rajón de 0.30 (se colocará cuando se encuentre el suelo natural)” (...).*

O sea, la Capa de Rajón no hacía parte de la estructura de pavimento de la Troncal Calle 26, sino que constituía el procedimiento previsto por el diseñador para estabilizar la subrasante donde ésta resultara inestable o blanda, razón por la que el diseño del pavimento de la Troncal Calle 26 entregado por el IDU con el pliego de condiciones no se previó la construcción de una Capa de Mejoramiento de la Subrasante con rajón a todo lo largo y ancho de la misma.

(...) que ni los diseños ni en el presupuesto oficial el IDU previó que el contratista debía extender el mejoramiento con rajón a todo lo largo y ancho de la subrasante, sino solamente en las zonas inestables estimadas por el IDU en el 55% del área superficial de la subrasante puesto que para el ítem Mejoramiento con Rajón el IDU previó una cantidad total de 10.360 m³ que equivalen al 55% de los 19.489,83 m³ que el contratista ejecutó.

7.3.2.3. Así las cosas, accedió a la pretensión y condenó al IDU al pago de 1 987 432 391,28, actualizados a la fecha de ejecutoria del laudo, de acuerdo al valor calculado de la mayor obra por el perito Malagón.

7.3.3. Luego resolvió las pretensiones relacionadas con los pavimentos de las calzadas mixtas de la carrera 10^a y sus bocacalles, cuyos hechos quedaron consignados en los párrafos 1.1.45 a 1.1.50 de esta decisión.

7.3.3.1. En primer lugar, afirmó que el hecho determinante para sustentar la pretensión recaía en las contradicciones imputables al IDU en la información suministrada en la licitación respecto de la vida útil del pavimento de las calzadas mixtas de la 10^a. Particularmente grave habría sido la contradicción entre las especificaciones del apéndice A del pliego y los estudios y diseños de la licitación, así como el error contenido en la alternativa de diseño de pavimento rígido de la misma.

7.3.3.2. Para el Tribunal, esa contradicción estaba plenamente probada y es un asunto pacífico en el proceso. Hizo especial hincapié en la comunicación del IDU n.º 189320 del 11 de diciembre del 2008 en la que esta se hizo evidente y fue

aceptada por la entidad. En el oficio, la contratante informó a Confase que en efecto el apéndice A, numeral 4.2.2.2. indica que el periodo de diseño para el pavimento flexible era de 20 años y esto no concordaba con los diseños hechos por el anterior consultor. En razón a esto se había decidido implementar en los carriles mixtos pavimento rígido, por lo que se le solicitaba al contratista adelantar la valoración de la diferencia del costo entre las dos alternativas entregadas con el fin de revisar el presupuesto del contrato de obra de acuerdo con la implementación de dicha alternativa.

7.3.3.3. También refirió al testimonio de la señora Valentina Botero, quien prestó servicios al IDU, que dio fe de la incongruencia entre el diseño existente y las especificaciones del pliego. Agregó que estas pruebas establecen que el IDU era consciente de que optar por la alternativa de pavimento rígido a veinte años eliminaba la incongruencia, pero podría conllevar una diferencia de costo, por lo que debía revisarse el presupuesto del contrato de obra, lo que descarta que, como alega en la contestación, el IDU hubiese considerado desde el inicio esta alternativa como parte del precio global.

7.3.3.4. También consideró importante tener en cuenta que el IDU en varias ocasiones aceptó que el ejercicio de la alternativa implicó un cambio en la alternativa del pavimento. Por esta razón la decisión del Tribunal se circunscribía, en esencia, a la forma en la que se debe valorar la opción de implementar el pavimento rígido.

7.3.3.5. De hecho, el acta de arreglo directo n.º 5 del 28 de junio del 2011 alcanzó a ser clara en cuanto a que se procedería a hacer la evaluación por cuanto obedece a un cambio de pavimentos de asfalto a concreto, lo cual se reiteraría en similares términos en el acta de arreglo directo n.º 6 del 26 de julio siguiente. Sin embargo, lo que allí sucedió fue que no pudo llegarse a un acuerdo respecto de la forma de valoración del cambio, pues allí la discordia se situó en que el IDU pretende que se liquide por metros lineales o área y el contratista por metros cúbicos.

7.3.3.6. En este sentido, encontró que de acuerdo con las declaraciones rendidas en el proceso y conforme a lo concluido por el perito Malagón la forma en la que debía calcularse el cambio era por metros cúbicos, que era la forma normal y regular de calcular el precio de los pavimentos en general. El valor, a precios del 2007 era de \$4 321 807 749, cifra por la cual condenó al IDU, actualizada por supuesto.

7.3.3.7. Cabe advertir que el Tribunal resolvió una objeción a la concesión de esta pretensión por parte del Ministerio Público que consideró que esto iba en contra de lo pactado, pues en su criterio el ejercicio de la alternativa debía ser interpretado por el contratista como incluido en el precio global.

7.3.3.8. En criterio del Tribunal, la forma en la que estaba conformado el pliego hacía dispendioso en extremo para el contratista encontrar la contradicción y encontró razón al argumento de Confase según el cual sólo hasta después de la firma del contrato pudo advertir que no ambas alternativas eran en pavimento flexible. Agregó que otras comunicaciones del IDU admitieron el cambio de asfalto a concreto y la necesidad de adelantar la respectiva valoración, reiterando que la entidad no entendía desde el inicio que se tratara de algo incluido en el precio global.

7.3.4. A renglón seguido se resolvieron las pretensiones relacionadas con el puente recto de la carrera 5 sobre la 26.

7.3.4.1. En este punto, indicó el Tribunal que en el marco del contrato n.º 136 del 2007 Confase se comprometió a ejecutar obras en el puente de la 5ª sobre la calle 26, pero estos consistían en la adecuación de este, la ampliación de la calle 26 con reforzamiento y ampliación al lado norte para nueva calzada.

7.3.4.2. Para estas obras los estudios y diseños iniciales del pliego que se entregaron al contratista previeron la construcción de un nuevo carril al lado norte de la 26. Por su parte, el adendo n.º 6 no mencionó valor alguno para el puente recto en el desglose del presupuesto global o fijo. En este orden de ideas, las obras de adecuación del puente vehicular de la 5ª consistían en la ampliación de la 26, reforzamiento y ampliación del lado norte para un nuevo carril, sin prever intervención como tal de aquel.

7.3.4.3. Recordó que de acuerdo con la cláusula cuarta del contrato Confase debía revisar, ajustar, modificar y actualizar los estudios y diseños que se le entregaran, así como elaborar un nuevo diseño geométrico y estructural de la 26. Durante esta actividad, los cambios y las condiciones geológicas del sector determinaron la necesidad técnica de ampliar el costado sur del puente recto de la Carrera 5ª y diseñar la obra, la cual luego fue aprobada por el IDU, construida y entregada.

7.3.4.4. En estos términos, se terminó realizando una obra no prevista en el

apéndice A ni en los estudios y diseños entregados, sobre la que nada dispuso sobre valor el adendo n.º 6. Se trataba entonces de un diseño nuevo y una obra no prevista sobre las que nada se dijo en el desglose del precio global. No podía considerarse nada de esto un ajuste y de hecho el 22 de febrero de 2011, en oficio IML-1-172-272-11 el interventor refirió a la *“intervención total del puente vehicular de la carrera 5a”*, el cual no se incluyó en el diseño inicial y que los diseños de Confase constituían una *“actualización”*. Debe recordarse que en apartes anteriores se señaló que actualización en el contrato significaba, básicamente, repetir el diseño.

7.3.4.5. El valor de lo diseñado por Confase fue calculado por el perito, ingeniero Malagón, en la suma de \$673 421 550,66. Sin embargo, el Tribunal tuvo en cuenta, a sugerencia del Ministerio Público y de acuerdo con el mismo peritaje, que el diseño nuevo implicaba cambios que eliminaban elementos que sí estaban en el precio global, particularmente un muro de contención en la 26 que ya no tuvo necesidad de existir. Por lo tanto, condenó únicamente por la suma de \$74 829 000, resultado de la compensación ente lo finalmente realizado y lo incluido en el precio global. Se ordenó la actualización de dicho monto.

7.3.5. Finalmente, resolvió sobre las pretensiones relacionadas con la mayor permanencia en obra hasta el 30 de octubre del 2012.

7.3.5.1. Comenzó por hacer un análisis de lo que puede ser considerado como riesgo, lo cual fue definido por el documento Conpes 3107 del 2001 y el 3714 de 2011 como *“la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos”*. Agregó que era necesario determinar a quién era imputable el riesgo de permanencia en obra, de acuerdo con la distribución que se hizo en la cláusula octava del contrato.

7.3.5.2. Encontró que de la cláusula se pueden desprender las siguientes reglas:

- La distribución de riesgos se basa en la naturaleza del contrato de obra que tiene obligaciones de resultado y la forma de remuneración pactada, a precio global en su mayoría y a precio unitario en concretos elementos.
- El contratista debe asumir los riesgos normales de la ejecución de una obra a precio global, salvo en los ítems de precio unitario.

- La enunciación de los eventos riesgosos en cabeza del contratista incluida en el contrato no es taxativa.
- El riesgo de mayor permanencia en obra está contenido dentro del riesgo constructivo y hace parte de una de sus tres variables (precios, cantidades de obra y plazo).
- La asunción del riesgo de mayor permanencia en obra estaba dividido entre el IDU y Confase con base en el criterio de la imputabilidad de su causa.

7.3.5.3. Es así como, de acuerdo con las cláusulas 8.1. y 8.2. del contrato, el contratista sería responsable de la prolongación del contrato si esta se producía por su causa, mientras que el IDU la haría por hechos de fuerza mayor no imputables al colaborador estatal.

7.3.5.4. Con esto sentado, el Tribunal se dedicó a analizar el alcance de la expresión fuerza mayor. Inició por recordar que desde la Ley 95 de 1890 se definió la fuerza mayor como un imprevisto al que es imposible resistir. Agregó que, además, el contrato n.º 136 del 2007 reguló este aspecto en su cláusula 24, quedando claro en la misma que el riesgo por la mayor permanencia en obra por hechos de fuerza mayor no imputables al contratista quedaba en cabeza del IDU.

7.3.5.5. Luego analizó los requisitos que prevé la ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado para la procedencia de una indemnización como la pedida, en la que se alega un desequilibrio por esta Causa. Para el efecto trajo a colación, entre varias otras, la sentencia del 29 de octubre del 2012 de esta sección –referencia 21429-, que, en su criterio, impuso cinco requisitos, así:

- 1) Que haya una prolongación del plazo contractual frente al pactado.
- 2) Que esa prolongación se deba a circunstancias ajenas a la responsabilidad del contratista.
- 3) Que el mayor plazo genere una alteración grave en la equivalencia financiera del contrato, superando el alea normal.
- 4) Que la alteración financiera no haya sido cubierta con la remuneración de obras adicionales, ni con el reajuste de precios no con componentes previstos en el AIU.

5) Que el contratista haya dejado salvedades al momento de suscribir los documentos mediante los que se amplía el plazo

7.3.5.6. Es precisamente este último elemento el que no permite acceder a la indemnización, pues aunque se acreditó la suscripción de cinco prórrogas, y que estas sí cambiaron el equilibrio económico del acuerdo, su contenido revela que con ellas el IDU pretendió cobijar los efectos económicos de la ampliación del plazo contractual, ante lo que guardó silencio Confase. Indicó entonces:

De acuerdo con los pronunciamientos transcritos, es claro que si en las prórrogas o contratos modificatorios suscritos para conjurar los efectos de la mayor permanencia se regularon las consecuencias económicas y el contratista no dejó salvedad u observación alguna en el sentido de dicho reconocimiento no resarcía integralmente los perjuicios ocasionados, no puede con posterioridad realizar por ese concepto posteriores reclamaciones.

Y es que si el contrato es ley para las partes, no es admisible desde el punto de vista jurídico permitir que uno de los co-contratantes convenga la celebración de un otrosí en el que se manifiesta conforme con la manera en la que se regulan las consecuencias económicas del mismo, y después desconozca la obligatoriedad de dicho acuerdo y pretenda realizar una reclamación posterior sobre esos mismos hechos yendo incluso en contra de sus propios actos.

7.4. Luego de hacer las actualizaciones de las condenas referidas en la parte anterior, el Tribunal se refirió a las restantes excepciones formuladas por IDU y Transmilenio, en los siguientes términos:

Por las razones expresadas al decidir las pretensiones declarativas que prosperan, es pertinente la excepción de inexistencia de mayor permanencia en obra, más no la de asunción de riesgos por Constructora Bogotá Fase III S.A., ni la de cumplimiento del Contrato de Obra 136 de 2007 por parte del IDU, tampoco la genérica, que, por cierto constituye una generalizada e impropia forma de indicarle al juez que si encuentra un hecho exceptivo declarable de oficio y que no sea menester alegarlo, así lo debe hacer lo que en este caso no ocurre.

Del mismo modo, habiendo prosperado la excepción de “Falta de legitimación en la causa por pasiva en cabeza de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A. – Actuación como simple pagador”. Y de Ausencia de Solidaridad interpuestas por TRANSMILENIO S.A., en atención a lo señalado en los artículos 306 del C. de P.C. y 282 del C.G.P., no es necesario pronunciarse sobre las restantes excepciones por ellas propuestas.

8. El 17 de febrero del 2015 tanto el IDU como Transmilenio presentaron solicitud de aclaración, adición y/o complementación del laudo (f. 128-140 y 141-143 c. ppl). Sin embargo, estas se negaron en auto del 24 de febrero del 2015 (f. 144-151 c. ppl).

II. Recurso extraordinario de anulación

9. El 10 de abril del 2015 el IDU interpuso recurso extraordinario de anulación en contra del laudo arriba anotado (f. 156-179 c. ppl). Únicamente alegó la presentación de la causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 del 2012, haberse fallado en conciencia o equidad debiendo ser en derecho.

9.1. Al respecto, la parte recordó que una de las excepciones que había formulado a la convocatoria de Confase era la de nulidad absoluta del contrato, derivado de las claras afirmaciones que en una sentencia penal había hecho el señor Inocencio Meléndez sobre su manipulación de un grupo de licitaciones para que fueran adjudicadas a quienes finalmente fueron contratistas, entre ellos la licitación de la que se derivó en el contrato n.º 136 del 2007.

9.2. Agregó que para probar esto se allegó copia de dicha providencia, sin que esta hubiese sido apreciada por el juez, quien se apartó de la conclusión que legalmente debía tomar conforme a esta y siguió sin justificación sus convicciones íntimas. Se destaca lo siguiente:

EL CASO A EXAMEN, se observa que el Tribunal prescinde de un elemento probatorio, como es la sentencia penal proferida el 24 de agosto de 2011, por el Juzgado 27 Penal del Circuito de Bogotá, mediante la cual el señor INOCENCIO MELENDEZ, quien se desempeñó como Subdirector Técnico Legal del IDU, fue condenado a 90 meses de prisión y multa, por hallarlo responsable en la comisión de los punibles de interés indebido en la celebración de contratos y contratos sin cumplimiento de requisitos legales en calidad de coautor, en concurso con los delitos de prevaricato por acción y omisión en calidad de autor.

Esta decisión se basó en un preacuerdo realizado entre la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y el señor INOCENCIO MELENDEZ, donde el mencionado aceptaba su responsabilidad en los hechos que se le endilgan basados en elementos materiales en los hechos que se le endilgan basados en elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida por la Fiscalía a través de Policía Judicial a cambio de obtener una reducción de la pena a imponer en 1/3 parte.

Este preacuerdo, de conformidad con lo establecido en la Ley 906 de 2004, fue sometido a control judicial tanto formal como material ante el Juez de conocimiento, quien decidirá su aprobación, previa verificación de los elementos de prueba que lo lleven al conocimiento más allá de la duda razonable de su responsabilidad por los delitos imputados en el escrito. En caso contrario, al Juez no le queda otra alternativa que improbar dicho acuerdo.

(...)

El señor INOCENCIO MELENDEZ fue condenado no solo por su incriminación sino

por los distintos elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida en poder de la Fiscalía, que permitieron al Juez, condenar al mencionado no sólo por conductas irregulares frente al contrato 136 de 2007, como bien lo advierte la sentencia.

Nótese bien, como el Tribunal se aparta de manera ostensible de esta prueba tan importante, como es una sentencia de un Juez de la República, que guarda observancia de las garantías fundamentales, basada en una profunda investigación de la Fiscalía que conllevó al implicado a aceptar su responsabilidad en haber ejercido ilegalmente sus competencias y funciones para favorecer la adjudicación de los Contratos IDU 134, 135, 136 y 137 de 2007, favoreciendo con su actividad la adjudicación de tales contratos a favor de quienes resultaron como contratistas de los mismos.

Y por el contrario, acoge el concepto del Ministerio Público, quien no solo desconoce la prueba aportada por considerarla violatoria del debido proceso, sin más elementos de juicio que suposiciones y conjeturas, además de realizar una interpretación del art. 232 del CPC, que no es aplicable al caso concreto.

Es muy importante tener en cuenta que los hechos que configuran la imputación jurídica aceptada por el señor INOCENCIO MELENDEZ, conlleva muy posiblemente a que se declare la nulidad absoluta del contrato 136 de 2007, por objeto ilícito, causa ilícita, abuso de desviación de poder y celebración en contra de expresa prohibición legal (...).

10. El 28 de abril del 2015, al descorrer traslado del recurso extraordinario, Confase presentó su oposición (f. 207-269 c. ppl). Básicamente, sentó su disentimiento con el recurso en cuatro razones:

10.1. De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, un nuevo pronunciamiento sobre la nulidad absoluta del contrato resulta improcedente, al ser un punto resuelto de fondo en el laudo objeto del recurso.

10.2. La Ley 1563 del 2012 establece concretas causales de anulación y su artículo 42 prohíbe un nuevo pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

10.3. En realidad, el recurso está dirigido a que se cambien los criterios del Tribunal para dirimir la controversia.

10.4. La causal alegada no es procedente porque el fallo está lejos de adolecer de una total ausencia de referencias al derecho positivo.

CONSIDERACIONES

I. Competencia

11. La Sala es competente para conocer y decidir el presente asunto, de acuerdo con lo previsto en el numeral 7 del artículo 149 de la Ley 1437 del 2011 que le asignó a esta Corporación la competencia para conocer del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos para dirimir controversias en torno a los contratos estatales, como quiera que el contrato n.º 136-2007 del 28 de diciembre del 2007 fue celebrado entre la sociedad demandante Confase S.A., el IDU y Transmilenio S.A.

12. Por otra parte, se observa que el laudo arbitral impugnado es del 10 de febrero de 2015 y el recurso de anulación fue interpuesto en su contra el 10 de abril del mismo año, es decir en vigencia de la Ley 1563 del 12 de julio de 2012, *“Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”*, la cual entró a regir 3 meses después de su promulgación – art. 119-. La demanda arbitral también fue presentada en vigencia de la Ley 1563 del 2012 -19 de febrero del 2013-, por lo que es claro que el recurso de anulación se rige por lo dispuesto en esa norma.

II. Problema jurídico

13. La Sala debe establecer si el laudo arbitral impugnado está incurso en la causal de anulación alegada por el recurrente, para lo cual analizará si el fallo, en lo tocante a la excepción de nulidad absoluta del contrato n.º 136/2007, fue proferido en conciencia.

III. Análisis de la Sala

14. Antes de emprender el análisis de la causal aducida en el recurso de anulación interpuesto por el IDU en contra del laudo arbitral proferido el 10 de febrero del 2015 para dirimir las controversias surgidas entre las partes con ocasión de la ejecución del contrato n.º 136 del 2007, procede la Sala a reiterar las generalidades en torno a la naturaleza de este mecanismo alternativo de solución de conflictos que es el arbitramento, la decisión que surge del mismo -laudo arbitral-, así como del recurso extraordinario que procede en su contra ante esta jurisdicción contencioso administrativa:

16. Al respecto, se observa que el recurso que procede en contra de los laudos

arbitrales, es el extraordinario de anulación, que por esta misma naturaleza –no es un recurso ordinario- no constituye una nueva instancia en la que le sea dado al juez del recurso entrar a analizar las cuestiones de fondo para determinar la corrección o no de la decisión de los árbitros, es decir para resolver errores in iudicando, sino que está encaminado a corregir errores in procedendo, es decir defectos de forma que se presenten en la tramitación, puesto que su finalidad es la protección del debido proceso⁵.

17. Debe recordarse además, que el arbitramento es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al que pueden acudir las partes interesadas mediante la suscripción de un pacto arbitral⁶, en cuanto el artículo 116 de la Constitución Política autoriza investir transitoriamente a los particulares de la función de administrar justicia, en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley, lo cual implica la sustracción del litigio del conocimiento de su juez natural para atribuirle su decisión a unos particulares, designados por las mismas partes o un tercero que ellas designen para tal fin.

18. Por tratarse de una atribución excepcional de la función de administrar justicia que se hace a favor de particulares, el tribunal de arbitramento que surge carece de vocación de permanencia y es conformado con un carácter temporal, limitado exclusivamente al término necesario para proferir la decisión, esto es, el laudo arbitral a través del cual se decidirá la controversia planteada, por lo cual una vez expedido, dicho tribunal pierde su razón de ser y por lo tanto desaparece. Como lo afirma la doctrina:

⁵ Es esta la regla general, puesto que algunas de las causales de anulación contempladas en la ley le permiten al juez del recurso conocer de asuntos de fondo, como cuando el tribunal de arbitramento dejó de decidir asuntos sobre los que debió pronunciarse. Así lo ha reconocido la jurisprudencia: "(...) El control excepcional del laudo por errores in iudicando aparece sólo en los eventos en que el legislador faculta al juez del recurso de anulación para que se pronuncie sobre el fondo o materia del asunto, como cuando se dan los supuestos para modificar el laudo a través de la corrección y/o la adición. En cambio, cuando se trata del control del laudo por errores de procedimiento el legislador sólo le da competencia al juez para anular la decisión arbitral, sacándola del ordenamiento jurídico; en tales eventos no tiene competencia para pronunciarse sobre los puntos sometidos por las partes a conocimiento de la justicia arbitral y decididos por ésta (...)" Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de mayo de 2004, expediente 25156, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁶ [5] "El artículo 115 de la Ley 446 de 1998, compilado en el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998, lo define así: "Pacto Arbitral. El artículo 2º del Decreto 2279 de 1989, quedará así: // "Artículo 2º. Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces." La misma Ley 446, define estas dos modalidades del pacto arbitral en los siguientes términos: "Artículo 116.- El Decreto 2279 de 1989 tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor: // "Artículo 2A. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral (...). // Artículo 117.- Compromiso. El artículo 3o. del Decreto 2279 de 1989, quedará así: // 'Artículo 3º. El compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral. El compromiso podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, télex, fax u otro medio semejante. // El documento en donde conste el compromiso deberá contener: // a) El nombre y domicilio de las partes; // b) La indicación de las diferencias y conflictos que se someterán al arbitraje; // c) La indicación del proceso en curso cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquél.".

El árbitro está limitado, por la voluntad de las partes, a un determinado asunto, y por la ley, a un prefijado tipo de controversias, por tanto no dispone de poder de ejecución y su función es, esencialmente, discontinua en el tiempo. Carece, al efecto, de la nota de permanencia que caracteriza a los miembros del poder judicial: el árbitro se nombra para un caso concreto.

(...) La potestad de los árbitros, a diferencia de la que es inherente a los jueces estatales, no es permanente ni genérica, sino que está limitada a las cuestiones comprometidas y a un tiempo determinado, fijado por las partes o, en defecto de pacto expreso, por la ley, durante el cual ha de expedirse la decisión. Su función está circunscrita, pues, a un plazo concreto que permita sustanciar el procedimiento arbitral hasta la emisión del laudo (...)⁷

19. De otra parte, es necesario tener en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, reformado por el artículo 6º de la Ley 1285 de 2009, las entidades estatales no pueden pactar tribunales de arbitramento institucionales ni independientes, sólo legales (...)⁸.

Causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 del 2012: Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

15. A pesar de que prevé el fallo en conciencia como causal de anulación, la Ley 1563 del 2012 no ofrece una definición de esta figura o de la de arbitraje en derecho. Por lo tanto, aunque se trata de una norma derogada precisamente por la citada ley, resulta útil, para meros efectos ilustrativos, auxiliarse por lo indicado por el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, que describió el arbitraje en derecho como “(...) *aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente*”.

16. Para que se pueda predicar que un laudo fue proferido en conciencia se requiere la comprobación de que los árbitros al resolver dejaron de lado, de manera ostensible, las normas legales que debían aplicar, así como el acervo probatorio obrante en el plenario, basando su decisión exclusivamente en su leal saber y entender, aplicando el sentido común y la verdad sabida y buena fe guardada. Sólo cuando el fallo omite, de manera evidente, el marco jurídico dentro del cual se debe decidir, podrá decirse que se está en presencia de un fallo en conciencia. Pero si el

⁷ [6] “Fernández Rozas, José Carlos, “Elementos configuradores de la justicia arbitral”, en *Revista Internacional de Arbitraje, Universidad Sergio Arboleda-Comité Colombiano de Arbitraje-Legis, 2009, p. 152 a 154*”.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2014, expediente 46557, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

juez o árbitro resuelve fundado en el ordenamiento jurídico, con base en el análisis del material probatorio allegado oportunamente al proceso y de conformidad a las reglas de la sana crítica, ese pronunciamiento será en derecho⁹.

17. En el presente caso, no se produjo un fallo en conciencia en el punto de la excepción de la nulidad del contrato y sus otrosí, pues la decisión se basó tanto en normas legales aplicables al caso como en la valoración del fallador respecto del material probatorio obrante en el proceso, como se pasa a exponer.

17.1. Tal como se indicó en los apartes 7.1.6.1. a 7.1.7 de la presente providencia, el Tribunal inició por el análisis del régimen de nulidad de los contratos estatales y explicó que este se encuentra compuesto por las causales previstas en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y las demás del derecho privado que fuesen aplicables por la naturaleza del contrato.

17.2. Posteriormente, expuso la forma en que se podía producir cada una de las causales y consideró que estas no eran evidentes en el contrato n.º 136 del 2007. Particularmente, se refirió a la argumentación presentada por el IDU respecto de la nulidad que se podría configurar con base en la condena del señor Inocencio Meléndez, quien aceptó en ella haber violado normas para favorecer la escogencia de los adjudicatarios en varios contratos, entre los que se encontraba el 136, para su escogencia en las respectivas licitaciones, así como para su beneficio durante la etapa preconstructiva. En este sentido, hizo suyos, sin agregar nada más, las consideraciones del Ministerio Público en el concepto que rindió durante su trámite procesal.

17.3. Según se explicó en párrafos anteriores, en el marco de la resolución del recurso extraordinario de anulación, no puede entrar la Sala a evaluar si estas consideraciones son correctas o no, pero lo cierto es que de su lectura queda absolutamente claro que la pretendida ausencia de sustento normativo en la decisión no existe.

17.4. Así, aunque en cierta forma puede ser una práctica controversial la manera en que se resolvió el asunto de la nulidad, en cuanto el Tribunal se limitó a hacer suyos los argumentos del Ministerio Público con la simple transcripción *in extenso* de los

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo del 2016, expediente 55307, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

mismos, nada puede reprocharse legalmente sobre esto ni contraviene norma alguna aplicable a la administración de justicia.

17.5. La causal, entonces, no está llamada a prosperar y el recurso de anulación se declarará infundado.

IV. Costas

18. Como la causal de anulación del laudo arbitral alegada en el recurso no tienen vocación de prosperidad y por lo tanto el mismo se declarará infundado, el recurrente será condenado en costas, de conformidad con lo ordenado en el artículo 109 de la Ley 1563 del 2012 y el Acuerdo 1887 de 2003 del C.S.J *“por medio del cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”* –arts. 5º y 6º, num. 1.12.2.3.-, fijándose las mismas en la suma equivalente a 5 S.M.L.V.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: Declárase infundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto en contra del laudo arbitral proferido el 10 de febrero del 2015, por el Tribunal de Arbitramento designado para dirimir la controversia contractual surgida entre la sociedad Confase S.A., Transmilenio S.A. y el IDU, con ocasión del contrato n.º 136 del 28 de diciembre de 2007.

SEGUNDO: Condénase en costas al recurrente Instituto de Desarrollo Urbano y por consiguiente al pago a favor de la convocada Confase S.A. la suma equivalente a 5 S.M.L.V.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento, a través de su Secretaría, para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

RAMIRO PAZOS GUERRERO

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

DANILO ROJAS BETANCOURTH

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

NULIDAD DE LOS CONTRATOS ESTATALES- Aplicabilidad

En uso de esa prerrogativa debió declararse la nulidad del acuerdo *sub judice* dado que no existen limitaciones legales para hacerlo, se cumplen los requisitos previstos en el artículo 141 de la Ley 1437 del 2011 y se observan graves irregularidades que implican la celebración de un contrato con desviación de poder y con causa ilícita.

NULIDAD DE LOS CONTRATOS ESTATALES- Facultad oficiosa

Debe tenerse en cuenta que la facultad oficiosa del juez administrativo para declarar la nulidad de un contrato estatal surge del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, ahora reproducido idénticamente por el artículo 141 de la Ley 1437 del 2014, de acuerdo con el cual “El juez administrativo queda facultado para declararla [la nulidad absoluta del contrato de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso”. Esto implica que el legislador, al consagrar la prerrogativa oficiosa del juez administrativo, estableció como únicos requisitos para ejercerla, que la nulidad sea evidente, y que las partes del contrato, o quienes hagan sus veces, estén vinculadas al proceso en el que puede producirse la declaratoria sobre su validez. Desde hace varios años, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara respecto de que se trata de una facultad que puede ser ejercida por el juez administrativo no sólo cuando el contrato estatal sea el objeto *sub judice*, sino en cualquier tipo de proceso, trámite o incidente, siempre que se cumplan con los requisitos arriba señalados. Esta posición es sostenida por el Consejo de Estado desde 1999, con la expedición de la providencia del 6 de septiembre de ese año, mediante la que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolvió un recurso extraordinario de súplica interpuesto por una de las partes contra una sentencia de

la Sección Quinta que confirmó la nulidad del acto administrativo de elección del Alcalde del municipio de Chiriguaná, Cesar. En esta, se dejó claro que a pesar de que el proceso no estaba dirigido al juzgamiento de unos contratos cuya celebración irregular sirvió de sustento a la nulidad electoral, la Sección bien pudo haber declarado la nulidad del contrato con base en la prerrogativa entonces contenida en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo de haber concurrido los requisitos de la comprobación de la configuración del vicio y la concurrencia de las partes o sus causahabientes, más ello no era posible en el caso concreto, precisamente, porque quienes celebraron el negocio no se hallaban vinculados al trámite procesal...La Sección Tercera reiteraría con claridad que en cuanto los únicos requisitos previstos legalmente para la declaratoria oficiosa de la nulidad de un contrato estatal radicaban en la concurrencia de las partes y la evidencia de la invalidez del acuerdo, al estar probadas ambas circunstancias en un caso concreto el juez administrativo se encontraba en el deber de hacer tal declaración, incluso al pronunciarse en el contexto de una acción de reparación directa...Queda claro que la jurisprudencia, tanto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo como de la Sección Tercera, en un primer momento, aceptó la aplicación de la potestad oficiosa declarativa de nulidad contractual en cualquier tipo de proceso, incluyendo el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral -en el cual sirvió como fundamento de la cláusula compromisoria-, siempre que estuviera plenamente demostrada y estuvieran las partes del contrato...En el marco de la resolución de recursos extraordinarios de anulación de laudos arbitrales, la Subsección B de la Sección Tercera, ha hecho pronunciamientos según los cuales, a pesar de que este tipo de recursos no implica el surgimiento de una doble instancia respecto de lo decidido en la providencia arbitral y por lo tanto, en principio, no podían revisarse asuntos sustanciales tratados allí, la potestad de declarar la nulidad de oficio de un contrato estatal cuando esta resultara evidente sí se mantenía en cabeza del juez administrativo junto con otras como la caducidad o la falta de competencia-, salvo cuando estas cuestiones ya hubiesen sido objeto de pronunciamiento expreso de la jurisdicción arbitral...Ahora, se ha sostenido que la razón por la que no resultaría procedente la aplicación de la facultad oficiosa en el caso de evidenciar una irregularidad relativa a la validez en el contrato sujeto al pacto, radica en que con ello se estaría resolviendo un asunto sustancial y no un defecto in procedendo, principio de la competencia ejercida en el recurso de anulación, según se desprende de sus causales taxativas...en gracia de discusión, se concluyera que la aplicación de la facultad oficiosa en comento implicaría una vulneración al principio dispositivo del recurso de anulación de laudo arbitral y una indebida resolución de un asunto sustancial, resulta inaceptable que el juez administrativo prefiriese dar una aplicación a rajatabla de estos principios, ignorando la eventual ocurrencia de un vicio que implica la vulneración del orden público y la supremacía del interés general sobre el particular, así como otros principios de orden constitucional...No sobra señalar que desde el punto de vista constitucional, aunque consagrada, esa intangibilidad sustancial del laudo no es absoluta. Así lo ha considerado la Corte Constitucional al indicar que, aunque en principio la independencia de las decisiones arbitrales y su equivalente validez respecto de las decisiones de la jurisdicción estatal implican que la sustancialidad de lo allí decidido, en principio, no puede ser objeto de revisión, esto puede ocurrir en casos en que, por ejemplo, sea evidente que en el contenido de la providencia se produjo una vía de hecho.

NULIDAD DE LOS CONTRATOS ESTATALES - Limitación de la oficiosidad

La posición según la cual la potestad de declarar oficiosamente la nulidad de un contrato encuentra una limitación en los principios generales aplicables al recurso de anulación de laudo no es aislada, también existen providencias en las que se ha

replicado la posición inicial de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y se ha aducido que las únicas limitaciones aplicables a la facultad en comento son las contenidas en el artículo 87 del CCA, a saber, la concurrencia de partes o causahabientes del contrato y la evidencia del vicio.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN - Aplicabilidad

En el marco de la resolución de recursos extraordinarios de anulación de laudos arbitrales, la Subsección B de la Sección Tercera, ha hecho pronunciamientos según los cuales, a pesar de que este tipo de recursos no implica el surgimiento de una doble instancia respecto de lo decidido en la providencia arbitral y por lo tanto, en principio, no podían revisarse asuntos sustanciales tratados allí, la potestad de declarar la nulidad de oficio de un contrato estatal cuando esta resultara evidente si se mantenía en cabeza del juez administrativo junto con otras como la caducidad o la falta de competencia-, salvo cuando estas cuestiones ya hubiesen sido objeto de pronunciamiento expreso de la jurisdicción arbitral... Un juez no puede ver configurada una nulidad, un contrato que es contrario a derecho, al orden público, y no pronunciarse al respecto, teniendo una norma que lo faculta para ello, sólo con el objeto de cumplir un principio procedimental legal.

NULIDAD DE LOS CONTRATOS ESTATALES- Definición

La nulidad de un contrato, en términos básicos, es una sanción que prevé la ley para aquellos negocios jurídicos que contravienen el orden público y las normas imperativas, por lo que en efecto se trata de una cuestión sustancial y no meramente procedimental. Pero, en cuanto tanto pacto arbitral como acuerdo sujeto a este son verdaderos contratos estatales, la concurrencia de un vicio en la formación de ambos es un asunto sustancial en los dos casos, en los que, además, se castigan las mismas irregularidades.

POTESTAD OFICIOSA - Aplicabilidad

No podría alegarse tampoco que el ejercicio de la potestad oficiosa declarativa en comento vulneraría el principio de cosa juzgada, dado que esta es predicable de aquellas decisiones que han sido proferidas con observancia de las normas efectivamente aplicables al caso. Además, aunque se trata de un asunto que se encuentra ejecutoriado por la ausencia de recursos ordinarios dirigidos a atacar la decisión arbitral, esta cosa juzgada es relativa al estar sujeta, precisamente, a la revisión del juzgador en lo que tiene que ver con los asuntos que, conforme con las reglas aplicables, son de su conocimiento en sede del recurso extraordinario de revisión, dentro de las que se encuentran no sólo las causales expresas del artículo 41 de la Ley 1563 del 2012, sino otras materias, como las previstas en el artículo 141 de la Ley 1437 del 2011.

CORRUPCIÓN - Convenios Internacionales

Recuérdese que Colombia ha suscrito y ratificado instrumentos de derecho internacional con los que ha adquirido compromisos concretos para la prevención, sanción y erradicación de conductas constitutivas de corrupción, concretamente la Convención Interamericana contra la Corrupción del 6 de marzo de 1997 y la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción del 31 de octubre del 2003,

las cuales fueron aprobadas por el Congreso mediante las Leyes 412 de 1997 y 970 del 2005, respectivamente. Estas convenciones, por mandato del artículo 93 de la Constitución Política, integran el texto constitucional a pesar de no estar contenidas en él formal y expresamente, por lo que además de servir como parámetro de control de constitucionalidad de leyes, pueden ser empleadas como normas aplicables directamente a un caso concreto para su resolución.

CORRUPCION - Práctica indebida

En las convenciones citadas, el Estado colombiano reconoció la corrupción como un gravísimo problema que socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos (preámbulo de la Convención Interamericana) y se comprometió a promover y fortalecer el desarrollo, en su normatividad interna, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción (Artículo II de la Convención Interamericana), así como promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción (Artículo I de la Convención de la Naciones Unidas)... En este entendido, mal podría el Consejo de Estado, sobre todo como miembro de la Rama Judicial del Poder Público y por ende del Estado colombiano a quien resultan exigibles los compromisos enunciados, interpretar una norma como el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de una forma que imponga una limitación al ejercicio de una vigilancia efectiva a eventuales prácticas indebidas en la gestión pública, máxime cuando se trata de aquella que otorga una de las pocas prerrogativas con las que cuenta el juez administrativo para revisar la conducta de los agentes de la administración pública en contratos que han sido sustraídos de la competencia de la jurisdicción estatal por la voluntad de sus partes...Por otra parte, de forma razonable podría alegarse que la aplicación de estos parámetros convencionales implicaría el desconocimiento de principios consagrados en otros instrumentos de derecho internacional relativos a la independencia y validez de la justicia arbitral. Sin embargo, esto no solo no es evidente en el caso concreto, sino que en cualquier caso estos no tendrían el mismo valor que aquellos en tanto se tratan de normas que, por tratar de derechos humanos, integran el bloque de constitucionalidad en los términos del artículo 93 de la Constitución. Esta circunstancia se hace evidente sólo con la lectura del preámbulo de la Convención Interamericana, en la que se deja constancia de que la corrupción es un flagelo que no permite la materialización de los derechos y garantías en cabeza de los ciudadanos de los Estados firmantes, así como que la lucha contra este constituye un elemento fundamental para la consolidación de la democracia en América...En suma, consideramos que de acuerdo con la clara obligación que se desprende del derecho convencional relativo a la lucha contra la corrupción, el juez administrativo, y en el caso concreto la Sala, tiene la facultad de declarar la nulidad absoluta del contrato de encontrarla probada, máxime cuando se presentan conductas que -como en este caso- de forma patente comportan actos de corrupción conforme con las definiciones contenidas en los instrumentos que se han analizado, como la celebración del contrato con una muy deficiente etapa de planeación y con objetivos distintos a la persecución de los fines estatales y el interés general. Estas circunstancias, según se pasará a explicar, están probadas en el proceso e implicaban un vicio de desviación de poder y, consecuentemente, causa ilícita en la formación del contrato n.º 136 del 2007.

CAUSALES DE NULIDAD EN EL CONTRATO ESTATAL- Normatividad

Respecto de las causales de nulidad aplicables al contrato estatal, debe resaltarse que de conformidad con el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, este es nulo absolutamente en los casos previstos en el derecho común (artículos 1519 y 1741 del Código Civil) y además en los eventos allí indicados.

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL - Definición

En este orden de ideas, la jurisprudencia de esta Corporación ha definido que los contratos estatales son nulos de manera absoluta, de acuerdo con las siguientes causales: a).- celebración contra expresa prohibición de la ley; b).- ilicitud en el objeto; c).- ilicitud en la causa; d).- falta de la plenitud de los requisitos o de la forma solemne que las leyes prescriban para el valor del correspondiente contrato, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes; e).- incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración; f).- celebración del contrato con personas incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley; g).- celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal; h).- celebración del contrato con abuso o desviación de poder; i).- declaración de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten los respectivos contratos estatales, y j).- celebración del contrato con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la propia Ley 80 de 1993.

PLANEACIÓN- Definición y Aplicabilidad

La planeación es la primera etapa del proceso de contratación, en la que se desarrollan actividades mediante las que se estudia y hace posible la viabilidad técnica, jurídica y económica de los proyectos que la administración se plantea para el cumplimiento de los fines estatales. Esta fase del proceso contractual consiste en actividades específicas en la que deben elaborarse estudios y documentos previos, analizar los riesgos previsibles, publicar el proyecto de pliego de condiciones en el que se acoplen los estudios y documentos previos, realizar la respectiva convocatoria y, de considerarse procedente la contratación, expedir los actos administrativos que den apertura al proceso de selección pertinente y publicar el pliego de condiciones definitivo... La ejecución de cada uno de estos pasos está encaminada a prever lo necesario para que una vez se llegue a la meta del proceso contractual, es decir celebrar el contrato, este pueda ser ejecutado de una forma inmediata y eficiente, propendiendo por que no se produzcan dilaciones, demoras y conflictos por la ausencia de requisitos o condiciones necesarias para el cumplimiento de lo contratado... La ausencia de una debida planeación, además de dificultar la formación del contrato, tiene graves consecuencias negativas en la fase de ejecución del mismo y por ende en el cumplimiento de las prestaciones conmutativas de las partes. Por lo tanto, las omisiones de la administración tienen efectos ostensibles sobre el interés general de la comunidad, además de la economía del contrato en sí mismo considerado... En la mayoría de los casos, esta falta de estudios, o la existencia de los mismos sin especificaciones completas y detalladas respecto de los bienes o servicios que serán objeto del contrato, causa serios obstáculos durante su ejecución, particularmente en aquellos de obra pública, como es este caso, en los cuales es especialmente problemática y costosa la eventualidad de que sea necesario suspender o paralizar las actividades mientras

se subsana el defecto, se elaboran, evalúan y aprueban los estudios y documentos por las autoridades correspondientes. Además, puede dar lugar a modificar las cantidades de obra y especificaciones originalmente pactadas, corriéndose el riesgo de que las nuevas no satisfagan en igual medida la necesidad que se pretende cubrir. En otras ocasiones, como infelizmente sucede en tantos casos en el país, la paralización puede convertirse en definitiva y derivar en la frustración del proyecto, lo cual, en el marco de una debida gestión pública administrativa, es inaceptable, ya que es causada por problemas que pudieron y debieron ser previstos al momento de evaluarse la conveniencia u oportunidad del contrato. De cualquier manera, incluso cuando no se llega a la fatal frustración total del proyecto, la ausencia de los estudios que estructuran técnica, financiera y jurídicamente el contrato se traslada al valor total de este, el cual, a su vez, inevitablemente se reflejará en un deterioro del tesoro público, principalmente por los gastos en que incurre el contratista por la prolongación de su permanencia en el lugar de trabajo y los sobrecostos que esta circunstancia causa en materia de administración, mano de obra y equipo, factores todos que determinan el precio de lo contratado. En otros términos, un debido proceso de planeación garantiza que sólo cuando esté listo cada aspecto técnico, económico y legal requerido para que el proceso selectivo del contratista cumpla con su cometido y se asegure la correcta ejecución del objeto a contratar, es cuando las entidades deben optar por abrir el proceso de selección. Ahora, la planeación y la estructuración legal y técnica de un proyecto no sólo pretende asegurar que el contrato se ejecute debidamente, sino que permite que la administración establezca un orden de prioridades respecto de los proyectos que tiene en mente para cubrir las necesidades y problemas que se presentan. Esto es cierto, principalmente, en el estadio de la elaboración de estudios y documentos previos. En este sentido, una vez identificados los problemas o necesidades a satisfacer, la administración debe seleccionar los más importantes o urgentes, debido al carácter siempre limitado de los recursos disponibles, lo cual, en parte, se hace mediante la determinación de la viabilidad de cada uno de conformidad con lo revelado por los estudios, en los que se examina la procedencia del proyecto en su aspecto técnico, económico, financiero, institucional y ambiental. También se analiza la conveniencia social de la propuesta. Lo anterior no es sino una aplicación clara de los principios de economía, eficacia y eficiencia consagrados por el estatuto de contratación estatal que implica que las entidades públicas deben, con antelación al inicio del proceso de selección o la firma del contrato, determinar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar. En conclusión, todo proyecto que vaya a ser emprendido por las entidades estatales debe estar precedido de un conjunto de estudios tendientes a establecer su viabilidad técnica y económica, así como el impacto que haya de tener en la satisfacción de las necesidades públicas. Se ha dicho al respecto por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Así, la importancia de un estudio previo por parte de la administración antes de la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato reside en que permite: i) identificar la real necesidad de la administración; ii) establecer todas las características que individualicen el bien o bienes requeridos; y iii) asignarle una partida dentro del presupuesto de la entidad. Ahora, si bien la estructuración del proyecto, desarrollada mediante los estudios y documentos previos, son no solo requisitos de la administración sino herramientas que le permiten una adecuada estructuración del proceso de selección y en tal sentido una garantía de la correcta ejecución del objeto eventualmente contratado, no sólo tiene utilidad para la entidad estatal, sino que resulta de especial relevancia y ayuda para quienes pretenden contratar con el Estado. Lo anterior, debido a que mediante estos documentos, que alimentan la precisión y concreción del pliego de condiciones, puede entenderse el verdadero alcance del objeto del proyecto. El conocer el fin de la contratación, la necesidad a satisfacer, la modalidad de selección, la forma en la que se soportó el valor estimado del futuro contrato, los factores para la identificación de la oferta más favorable, el tipo de garantía que se

exigirá y la forma en la que los riesgos son cuantificados y asignados, permite que de forma concienzuda los interesados puedan estimar o considerar si les es favorable participar o no en la eventual convocatoria o celebrar el contrato con el Estado, si realmente pueden ofertar el bien o servicio requerido por la administración, si pueden hacerlo de una forma que implique réditos económicos para ellos, en el plazo establecido, y en general, de la forma concreta y particular que se requiere por la entidad.

SALVAMENTO CONJUNTO DE VOTO

DOCTOR DANILO ROJAS BETANCOURTH, RAMIRO PAZOS GUERRERO Y

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERO

1. Con el acostumbrado respeto a las decisiones tomadas por la Sala, debemos señalar que no compartimos la providencia adoptada en el asunto de la referencia en la sesión del 20 de junio del 2017, debido a que, según se expuso en ponencia rechazada por la mayoría, aunque en efecto la causal de nulidad alegada en este caso por el Instituto de Desarrollo Urbano de haberse proferido el laudo en conciencia cuando debió haber sido en derecho no resultaba procedente, la Sección debió unificar su postura respecto a la facultad de declarar la nulidad oficiosa en el marco del recurso extraordinario de anulación de laudo.

2. Además, en uso de esa prerrogativa debió declararse la nulidad del acuerdo *sub judice* dado que no existen limitaciones legales para hacerlo, se cumplen los requisitos previstos en el artículo 141 de la Ley 1437 del 2011 y se observan graves irregularidades que implican la celebración de un contrato con desviación de poder y con causa ilícita.

3. Más allá de que el argumento concreto de Confase S.A. para solicitar que se declarara infundado el recurso de anulación versaba sobre la imposibilidad de que en esta instancia se realice pronunciamiento sobre la nulidad del contrato dada la existencia de un juzgamiento previo del tribunal de arbitramento sobre el particular, el rastreo de la jurisprudencia de la Sección Tercera al respecto evidencia que se trata de un tema controversial, en cuanto las decisiones precedentes no establecen una posición clara siquiera respecto de que la prerrogativa oficiosa pueda ser ejercida o no por el Consejo de Estado al desatar el recurso extraordinario de anulación.

4. Para iniciar, debe tenerse en cuenta que la facultad oficiosa del juez administrativo para declarar la nulidad de un contrato estatal surge del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, ahora reproducido idénticamente por el artículo 141 de la Ley 1437 del 2014, de acuerdo con el cual *“El juez administrativo queda facultado para declararla [la nulidad absoluta del contrato] de oficio cuando*

esté plenamente demostrada en el proceso”.

5. Esta norma, agrega que *“en todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”*. Esto implica que el legislador, al consagrar la prerrogativa oficiosa del juez administrativo, estableció como únicos requisitos para ejercerla, que la nulidad sea evidente, y que las partes del contrato, o quienes hagan sus veces, estén vinculadas al proceso en el que puede producirse la declaratoria sobre su validez.

6. Desde hace varios años, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara respecto de que se trata de una facultad que puede ser ejercida por el juez administrativo no sólo cuando el contrato estatal sea el objeto *sub judice*, sino en cualquier tipo de proceso, trámite o incidente, siempre que se cumplan con los requisitos arriba señalados. Esta posición es sostenida por el Consejo de Estado desde 1999, con la expedición de la providencia del 6 de septiembre de ese año, mediante la que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolvió un recurso extraordinario de súplica interpuesto por una de las partes contra una sentencia de la Sección Quinta que confirmó la nulidad del acto administrativo de elección del Alcalde del municipio de Chiriguaná, Cesar.

7. En esta, se dejó claro que a pesar de que el proceso no estaba dirigido al juzgamiento de unos contratos cuya celebración irregular sirvió de sustento a la nulidad electoral, la Sección bien pudo haber declarado la nulidad del contrato con base en la prerrogativa entonces contenida en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo de haber concurrido los requisitos de la comprobación de la configuración del vicio y la concurrencia de las partes o sus causahabientes, más ello no era posible en el caso concreto, precisamente, porque quienes celebraron el negocio no se hallaban vinculados al trámite procesal. Se dijo, entonces¹⁰:

Pues bien, plantea el suplicante que las órdenes de trabajo Nos 153 y 176 del 5 y 18 de diciembre de 1996, respectivamente, se hallan viciadas de nulidad absoluta por haber sido expedidas contra expresa prohibición normativa de legalizar hechos cumplidos, de conformidad con el artículo 18 del Decreto 2350 de 1995, motivo por el cual debía la Sección Quinta

¹⁰ Consejo de estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 6 de septiembre de 1999, expediente S-025, C.P. Delio Gamboa.

de la Corporación declarar de oficio la nulidad absoluta de los contratos estatales contenidos en las referidas órdenes.

Sobre el particular observa la Sala que si bien el juez de lo contencioso administrativo puede declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato estatal, dicha declaratoria, de acuerdo con el artículo 87 del C.C.A, vigente a la época de presentación de la demanda electoral, solo es posible si la nulidad está plenamente demostrada en el proceso y en el mismo intervienen las partes contratantes o sus causahabientes.

En efecto, el artículo 87 del C.C.A, vigente, se reitera, para la época de la presentación de la demanda electoral, preveía lo siguiente:

“Artículo 87.- Subrogado. D.E. 2304/89, art 17. De las controversias contractuales.

Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones.

Los causahabientes de los contratistas también podrán promover las controversias contractuales.

El Ministerio Público o el tercero que acredite un interés directo en el contrato está facultado para solicitar también su nulidad absoluta. El juez administrativo podrá declarar de oficio la nulidad absoluta cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”.

El referido artículo quedó modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, y en lo pertinente prevé lo siguiente:

”Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

(...)

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes

(...)”

De acuerdo con las dos disposiciones transcritas, la facultad del juez de lo contencioso administrativo para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato estatal, se halla sujeta a dos condiciones: que la nulidad absoluta se encuentre plenamente demostrada en el proceso, y que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

Se observa en el sub judice que solo una de las partes de la relación contractual derivada de las órdenes de trabajo arriba precisadas, el contratista, doctor Luis Rafael Rocha Díaz, intervino en el proceso, motivo suficiente para que la Sección Quinta no pudiera declarar de oficio la nulidad absoluta de las referidas órdenes por objeto ilícito, pues, se echa de menos la intervención de la otra parte en los contratos estatales, esto es, el municipio de Chiriguaná, Cesar.

En éste orden de ideas, y sin entrar a evaluar si se hallaba o no plenamente probada la nulidad absoluta por objeto ilícito de las órdenes de trabajo Nos 153 y 176 del 5 y 18 de diciembre de 1996, la Sección Quinta de la Corporación no podía declarar de oficio la referida nulidad, pues como bien se precisó, no era viable dicha declaratoria sin la intervención de las dos partes de la relación contractual.

En consecuencia, y por cuanto el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 que permite la declaratoria nulidad absoluta de manera oficiosa, no podía aplicarse al caso concreto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 87 del C.C.A, tampoco resultaban aplicables al sub iudice los artículos 44 ibídem, que prevé las causales de nulidad absoluta de los contratos del Estado, 1519 y 1741 del C.C, sobre objeto ilícito y nulidad absoluta en el derecho civil, y 18 del Decreto 2350 de 1995, por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación, y que prohíbe legalizar hechos cumplidos, toda vez que al no intervenir en el proceso las dos partes contratantes, resultaba innecesario hacer un pronunciamiento sobre la plena prueba de la nulidad absoluta, o lo que es lo mismo, sobre la otra condición prevista por el legislador para que el juez de lo contencioso administrativo pueda de oficio declarar la nulidad absoluta de un contrato estatal.

8. En el mismo año, la Sección Tercera reiteraría esta hipótesis en sentencia del 7 de octubre, y señalaría con claridad que en cuanto los únicos requisitos previstos legalmente para la declaratoria oficiosa de la nulidad de un contrato estatal radicaban en la concurrencia de las partes y la evidencia de la invalidez del acuerdo, al estar probadas ambas circunstancias en un caso concreto el juez administrativo se encontraba en el deber de hacer tal declaración, incluso al pronunciarse en el contexto de una acción de reparación directa. Así, con ponencia del doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, se sostuvo¹¹:

Sin embargo, teniendo en cuenta las muy particulares circunstancias que rodean el caso la Sala revocará la decisión recurrida y en su lugar declarará, de oficio, la nulidad, por objeto ilícito, del contrato de compraventa de bienes muebles suscrito entre la Sociedad NON PLUS ULTRA S.A. y la Empresa Distrital de Transportes Urbanos de Bogotá (hoy liquidada), puesto que, la entidad demandada procedió, contra expresa prohibición legal, a enajenar unos bienes muebles (buses), sin haber obtenido previamente autorización de la Dirección General de

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 1999, expediente 12387, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Aduanas para tal efecto, requisito absolutamente indispensable para ello.

Para tal decisión es indiferente que la Sociedad demandante haya ejercido indebidamente, según se ha visto, la acción de reparación directa, pues el inciso 3º del artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, impone al Juez Administrativo la obligación de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, siempre que esté plenamente probada en el proceso y que en el mismo intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

Sobre este punto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha dicho que la potestad del juzgador para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato estatal, está sujeta únicamente a dos condiciones: que la nulidad absoluta se encuentre plenamente demostrada en el proceso, y que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes. Lo cual significa que, reunidas dichas exigencias, surgirá el deber del juez de declararla, cualquiera sea el proceso de que se trate.

9. La postura relativa a la procedencia de la declaratoria oficiosa en todo tipo de procesos siguió su generalización en esta Sección, que ya en el año 2000 le dio aplicación en un caso en el que se resolvía un recurso de anulación de laudo arbitral. El uso de la potestad, en el evento particular, se dio con el fin de que se emitiera juicio sobre la nulidad del pacto arbitral o cláusula compromisoria¹²:

Siendo ello así, para el caso particular, el compromiso celebrado entre el Instituto de Valorización de Manizales “INVAMA” y el Consorcio “AMAYA SALAZAR”, con el propósito de analizar y definir por parte de un tribunal de arbitramento “... el valor descontado en el acta de liquidación unilateral del contrato relacionado en el muro N° 4 y sus correspondientes intereses financieros sobre dicho valor si a ello hubiere lugar ...” (fl. 142, c. 1), es un contrato estatal. De otra parte, es claro que el juez administrativo puede y debe declarar la nulidad absoluta del mismo, si se reúnen las

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio del 2000, expediente 16973, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

exigencias legales.

En efecto, el inciso 3º del artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, impone al Juez Administrativo la obligación de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, siempre que esté plenamente probada en el proceso y que en el mismo intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

Sobre este tema, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha dicho que la potestad del juzgador para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato estatal está sujeta únicamente a dos condiciones:

Primera: que la nulidad absoluta se encuentre plenamente demostrada en el proceso, que puede ser de cualquier naturaleza.

Segunda: que en el proceso intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

Lo anterior significa que, reunidas dichas exigencias, surgirá el deber del juez de declararla, cualquiera sea el proceso de que se trate.

La preservación de esta potestad del juez administrativo en la decisión del recurso de anulación del laudo fue lo que determinó al legislador a no incluir, dentro de las causales de anulación (art. 72, ley 80 de 1993), la que está prescrita como causal primera en el art. 38 del decreto 2279 de 1989 y que corresponde a “La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita.”

En efecto, su inclusión habría significado cercenar la facultad oficiosa del juez, siendo –como es– indispensable la invocación de la causal por el recurrente; su no operancia, en cambio, en cuanto atañe a los laudos proferidos para resolver diferencias surgidas de un contrato estatal, deja a salvo la obligación del juez de declarar, oficiosamente, la nulidad absoluta del pacto arbitral, según las reglas vistas.

10. Con lo expuesto hasta acá, queda claro que la jurisprudencia, tanto de la Sala

Plena de lo Contencioso Administrativo como de la Sección Tercera, en un primer momento, aceptó la aplicación de la potestad oficiosa declarativa de nulidad contractual en cualquier tipo de proceso, incluyendo el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral -en el cual sirvió como fundamento de la cláusula compromisoria-, siempre que estuviera plenamente demostrada y estuvieran las partes del contrato.

11. En el año 2002, este estado de la jurisprudencia sería modificado por dos providencias que señalaron que a pesar de que el entonces artículo 87 del Código Contencioso Administrativo no previó sino los dos requisitos que ya han sido varias veces citados, y por tanto era aplicable aun al desatar el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral, debía entenderse que la facultad le asistía al juez administrativo, y concretamente al Consejo de Estado, para pronunciarse únicamente sobre la validez del pacto arbitral, entendido como negocio jurídico independiente, y no de la del contrato administrativo del cual esta dispusiera el conocimiento del juez excepcional. En otras palabras, se sostuvo que aunque podía ejercerse el poder oficioso de declaración de la nulidad contenido por el artículo 87 del CCA, este sería aplicable al pacto arbitral y no al contrato administrativo que este regulara en lo relativo a la resolución de las controversias que pudiesen surgir de su celebración, ejecución o liquidación.

12. Lo anterior, de acuerdo con lo expuesto en las providencias, debido a que otro tipo de entendimiento implicaría el desconocimiento del principio dispositivo de estricta aplicación al recurso extraordinario de anulación, y porque el pronunciamiento sobre la validez de otro contrato diferente al pacto arbitral supondría desconocer que el juez administrativo, al resolver el recurso de anulación, debe pronunciarse sobre defectos procedimentales y no sustanciales respecto de la decisión y valoración probatoria y normativa expresada por el árbitro o el tribunal de arbitramento.

13. En este sentido, la sentencia del 11 de abril del 2002, con ponencia del doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, indicó¹³:

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de abril del 2002, expediente 21652, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Sin perjuicio de lo expresado en el acápite anterior, la Sala debe reiterar lo dicho en otras oportunidades, en el sentido de que, en el curso de un proceso, de cualquier naturaleza, el juez contencioso administrativo puede pronunciarse de oficio respecto de la nulidad de un contrato, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en el inciso tercero del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, esto es, que dicha nulidad sea absoluta y esté plenamente demostrada en el proceso, y que en éste intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

(...)

Ahora bien, tratándose del trámite del recurso de anulación de un laudo arbitral, debe precisarse que la facultad indicada está referida, exclusivamente, a la declaración de la nulidad absoluta de la cláusula arbitral o del compromiso pactados por las partes con el fin de habilitar a los árbitros –de manera excepcional y transitoria– para administrar justicia. Una conclusión diferente, en el sentido de que dicha facultad estuviera referida a la declaración de nulidad de cualquier otro contrato celebrado entre las partes, implicaría invadir las competencias del respectivo tribunal de arbitramento y desconocer la naturaleza misma del recurso de anulación, cuyo objeto es la corrección de errores in procedendo, y no in iudicando, lo que se deduce claramente del contenido mismo de las causales legales.

14. Igualmente, en sentencia del 1 de agosto del mismo año, con ponencia del doctor Germán Rodríguez Villamizar, se reiteró que la potestad no era aplicable a la validez del contrato estatal objeto de la cláusula compromisoria, sino únicamente a esta particularmente considerada, citando para el efecto, y sin agregar nada al respecto, la sentencia del 11 de abril del 2002. Lo anterior, a pesar de haber señalado en párrafos anteriores que la prerrogativa es permanente e inherente en el juez administrativo, nunca lo abandona y no depende del tipo de controversia resuelta:

De conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, el juez administrativo, en su ejercicio funcional e independientemente de la naturaleza del proceso en que actúe, tiene el deber de declarar oficiosamente la nulidad absoluta que encuentre de un contrato, siempre y cuando se cumplan dos específicas exigencias: a) que dicho fenómeno aparezca plenamente probado en el proceso, y b) que en el proceso intervengan las partes contratantes o sus

causahabientes, competencia ésta que ha sido objeto de tratamiento y aplicación en reiteradas ocasiones por parte de esta Corporación .

En consecuencia, como quiera que se trata de una facultad legal permanente del juez administrativo, éste no solo puede, sino que debe ejercerla, en todos aquellos eventos en los que estén acreditados a cabalidad los dos presupuestos antes relacionados, cualquiera que sea el proceso, instancia o trámite procesal en que sea advertida la existencia de la nulidad absoluta del contrato, aun en el trámite del recurso de anulación de laudos arbitrales, como ya lo ha precisado la Sala en oportunidades anteriores, con ocasión de estudiar y decidir la validez del pacto arbitral, habida cuenta de la naturaleza contractual que reviste dicho acuerdo entre las partes del contrato (Subraya y negrita propias).

15. En el año 2006 la Sección Tercera volvió a señalar que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo era aplicable a la resolución del recurso de anulación, pero únicamente para pronunciarse sobre la validez del pacto arbitral. De hecho, en el caso se despachó negativamente un cargo de anulación, dado que este derivaría en el análisis de la nulidad del contrato objeto del compromiso y no del pacto arbitral en sí mismo considerado, lo cual, razonó, está vedado para el Consejo de Estado en el marco del recurso extraordinario¹⁴:

En este sentido, si bien el hecho mencionado no se encuentra previsto como causal de anulación para los asuntos contractuales regidos por el estatuto de contratación de la administración pública, habida cuenta de que esa normativa las establece de manera especial y taxativa, lo cierto es que cuando la cláusula compromisoria esté afectada en forma evidente de objeto o causa ilícita, el juez del recurso tiene la facultad y el deber legal de decretar oficiosamente la nulidad absoluta de la misma, siempre que esté plenamente probada en el proceso y que en el mismo intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, de

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio del 2006, expediente 32398, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

conformidad con lo previsto por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

No obstante, la Sala observa que la argumentación tanto del Procurador Judicial 43 de Asuntos Administrativos de Santa Marta como de la convocada para sustentar esta acusación contra el laudo, en esencia, no se refiere a la nulidad del pacto arbitral, sino que se concreta en la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita del Contrato de Concesión 001 de 2002, porque el Distrito no tenía como ejecutar y cumplir las obligaciones asumidas con el mismo debido a que atravesaba una grave situación financiera al momento de su celebración y ejecución.

Empero, la nulidad absoluta por objeto o causa ilícitos del contrato sobre el cual recae el pronunciamiento del laudo arbitral en virtud de la cláusula compromisoria o el compromiso que somete a árbitros las diferencias o controversias con ocasión al mismo, según se explicó en las generalidades del recurso, no está prevista dentro de las causales de anulación que para laudos de manera taxativa consagró el legislador.

De ahí que el cargo no está llamado a prosperar, habida cuenta de que la jurisprudencia de esta Sección, que ahora reitera, tal y como lo expuso el Ministerio Público, ha sido enfática en señalar que de conformidad con los límites de la competencia del Consejo de Estado en el estudio del recurso de anulación, no es posible jurídicamente pronunciarse sobre la validez del negocio jurídico celebrado entre las partes demandante y demandada en el proceso arbitral, porque no es causal para el recurso ante esta jurisdicción y porque no actúa como juez de un asunto ordinario, sino como juez de anulación que no puede, como se dijo, en principio, estudiar de fondo el asunto que se sometió a la consideración de los árbitros.

16. Ahora, si bien, como se evidencia, la posición según la cual la potestad de declarar oficiosamente la nulidad de un contrato encuentra una limitación en los principios generales aplicables al recurso de anulación de laudo no es aislada, también existen providencias en las que se ha replicado la posición inicial de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y se ha aducido que las únicas limitaciones aplicables a la facultad en comento son las contenidas en el artículo 87 del CCA, a

saber, la concurrencia de partes o causahabientes del contrato y la evidencia del vicio. Así, en el mismo año de la sentencia recién referenciada, se produjo el siguiente pronunciamiento¹⁵:

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, el juez administrativo puede declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, si se cumplen los requisitos para ello: En primer lugar, que dicha nulidad se encuentre plenamente demostrada en el proceso; y en segundo lugar, que en éste hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes, acotando la Sala, que tal nulidad absoluta bien puede recaer sobre el contrato en su totalidad, como en alguna o algunas de sus cláusulas, si sólo ellas están viciadas.

Por otro lado, se observa que el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, estipula que “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato...”, y que “...Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”.

Por su parte, mientras el artículo 1741 ibídem, establece que constituye nulidad absoluta “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita...”, el artículo 1519 dispone que “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación”, y el artículo 16 estipula que “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”.

También el Código de Comercio establece en el artículo 899 los casos en los cuales será nulo absolutamente el negocio jurídico: Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; cuando tenga objeto o causa ilícitos y cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz; a su vez, el artículo 902 del mismo ordenamiento, estipula que “La nulidad parcial de un negocio jurídico, o

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero del 2006, expediente 13414, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

la nulidad de alguna de sus cláusulas, sólo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad”.

Sobre este punto se ha pronunciado la Sala Plena¹⁶, manifestando que la potestad del juzgador para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato, depende del cumplimiento de dos condiciones: que la nulidad absoluta se encuentre plenamente demostrada en el proceso, y que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, caso en el cual, surgirá el deber del juez de declararla, cualquiera sea el proceso de que se trate; y ha dicho además la Sala sobre tal facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato, que la misma no está sometida al término de caducidad de la acción, “...porque el ejercicio de una potestad difiere sustancialmente del ejercicio del derecho de acción, por virtud del cual se acude a la jurisdicción para pedir la declaración judicial...”, no obstante lo cual, sí se impone la limitación contenida en el artículo 1742 del C.C., “...que prevé el saneamiento de la nulidad por prescripción extraordinaria de 20 años¹⁷, aún cuando la misma se haya generado por objeto o causa ilícitos...”¹⁸

17. Después de la creación de las Subsecciones A, B y C, al interior de la Sección Tercera, también se dieron pronunciamientos en los que se trató el tema de la nulidad contractual de oficio y se sostuvo que los requisitos se restringían a los previstos en el artículo 87 del CCA. Se afirmó, entonces, por ejemplo¹⁹:

Por su parte, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo

¹⁶ [9] Sentencia del 6 de septiembre de 1999; Expediente S-025. Actor: Jorge Antonio Dagil B.

¹⁷ [10] Se precisa que si bien es cierto que la ley 791 de 2002, art. 1, redujo estos términos a 10 años, la misma no es aplicable al caso que se analiza, puesto que el contrato materia de evaluación se celebró con anterioridad a su vigencia.

¹⁸ [11] Sentencia del 6 de julio de 2005. Expediente 12.249. Actor: Nicolás Eduardo Trejos Ossa

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre del 2011, expediente 15476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

(modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) señala que el Juez Administrativo se encuentra facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, nulidad absoluta que puede recaer sobre la totalidad del contrato o sobre alguna o algunas de sus cláusulas. En concordancia con esta norma, el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936, prescribe que “[l]a nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato...”.

Es conveniente resaltar que las provisiones legales que ante este evento autorizan el ejercicio de facultades oficiosas al juez, están revestidas de toda lógica en el mundo del derecho, por cuanto el pronunciamiento judicial sobre un contrato y sus incidencias implica la ausencia de vicios que comporten la nulidad absoluta del contrato o negocio jurídico o de cualquiera de sus estipulaciones, como son el recaer, entre otros, en objeto ilícito, causal que está prevista en la legislación para salvaguardar el orden jurídico en aspectos de interés general, por lo que pugna con él cualquier decisión judicial en relación con un contrato que esté afectado total o parcialmente por un vicio de nulidad absoluta, en la que no se declare esta sanción legal (art. 6 C.C.).

Así las cosas, el juez administrativo puede y debe declarar oficiosamente la sanción legal de la nulidad absoluta del contrato o de alguna de sus estipulaciones, aunque no exista petición de parte, en cualquiera de las instancias, cuando aparezca plenamente demostrada en el proceso y en él intervengan las partes o sus causahabientes, tal y como procederá a hacerlo la Sala en el presente caso en forma parcial del Contrato n°. 01 de 1993 en relación con las cláusulas décima segunda -multas- en las expresiones “que a juicio de EL CONTRATANTE no sea causal suficiente para declarar la caducidad, EL CONTRATANTE” y “La imposición de la multa se hará mediante resolución motivada que se someterá a lo dispuesto por el Decreto 222/83”; décima tercera -penal pecuniaria- en las expresiones “de declaratoria de caducidad o” y , “podrá tomar el saldo que se adeude a favor del EL CONTRATISTA”, que comportan su ejercicio en forma directa y unilateral y no por parte del juez como debe

ser en este tipo de contratos; y toda la décima cuarta -caducidad administrativa-, en los términos indicados atrás.

18. Finalmente, en el marco de la resolución de recursos extraordinarios de anulación de laudos arbitrales, la Subsección B de la Sección Tercera, ha hecho pronunciamientos según los cuales, a pesar de que este tipo de recursos no implica el surgimiento de una doble instancia respecto de lo decidido en la providencia arbitral y por lo tanto, en principio, no podían revisarse asuntos sustanciales tratados allí, la potestad de declarar la nulidad de oficio de un contrato estatal cuando esta resultara evidente sí se mantenía en cabeza del juez administrativo -junto con otras como la caducidad o la falta de competencia-, salvo cuando estas cuestiones ya hubiesen sido objeto de pronunciamiento expreso de la jurisdicción arbitral.

19. Así, en sentencia del 9 de abril del 2012, en la Subsección B de esta Sección se indicó²⁰:

Se tiene, entonces, que el recurso de anulación fue concebido para proteger los derechos constitucionales del debido proceso y a la defensa, por razones que atienden a la prevalencia del ordenamiento imperativo y, en especial, a irregularidades en el trámite arbitral que constituyan vicios procesales, violación del principio de la congruencia, errores aritméticos o decisiones contradictorias. A diferencia de la apelación, el recurso de anulación no da lugar a revisar el aspecto sustancial del laudo, ni permite reabrir el debate probatorio.

La Sala en este punto en particular ha sostenido:

“a) El recurso de anulación de laudos ataca la decisión arbitral por errores in procedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores in judicando, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de abril del 2012, expediente 40064, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

laudo, que tiendan a establecer si el Tribunal arbitral obró o no conforme al derecho sustancial al resolver sobre las pretensiones propuestas²¹.

Conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala²², el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible replantear el debate sobre el fondo del proceso, ni podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento, fundadas en la aplicación de la ley sustancial o por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el caso concreto.

A lo anterior se agrega que la competencia del juez del recurso de anulación se rige por el principio dispositivo, conforme al cual es el recurrente quien la delimita mediante la formulación y sustentación del recurso, con sujeción a las causales previstas en el ordenamiento. Sin perjuicio de las decisiones que de oficio corresponden al juez extraordinario para asegurar la prevalencia del orden imperativo, como en lo relativo a la caducidad, a la falta de competencia y a la nulidad absoluta. Lo último, siempre que no hubieren sido objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral.
(Negrita y subraya propia).

20. Posteriormente, esta afirmación se reiteró en la Subsección B, al menos, en

²¹ [11] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de octubre 24 de 1996, Radicación 11632.

²² [12] Ver: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 29.476, Actor: Belco Comunicaciones Limitada - Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom – En Liquidación y Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 32.398 Actor: Sociedad Concesionaria Obras y Proyectos del Caribe S.A. - Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

sentencias del 3 de mayo del 2013²³, 29 de mayo del 2014²⁴, 20 de febrero de 2014²⁵ y 30 de julio del 2015²⁶.

21. Así las cosas, se concluye que entre los años 1999 y la actualidad, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y la Sección Tercera, incluyendo sus subsecciones, han tratado el asunto de la potestad oficiosa para declarar la nulidad de un contrato estatal de forma oscilante y dispar, habiendo sostenido tanto que la prerrogativa le asistía al juez administrativo en todo tipo de proceso, trámite o incidente sin más limitación que la concurrencia de las partes del negocio jurídico y la prueba fehaciente del vicio; como que esta encuentra una limitación en el recurso de anulación en lo tocante con el contrato sujeto a compromiso –sólo siendo anulable el pacto como tal-; y finalmente, que esta sí procede en el recurso de anulación salvo cuando ya hubiese pronunciamiento de fondo en el laudo recurrido extraordinariamente.

22. Así las cosas, consideramos que la Sala Plena de la Sección Tercera tenía el deber de unificar su posición, y, particularmente, hacerlo en torno a que la potestad oficiosa del juez administrativo para declarar la nulidad absoluta de un contrato estatal es aplicable en todo tipo de procesos conocidos por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y por consiguiente, que se mantiene al resolver un recurso extraordinario de anulación, sin más limitaciones que las previstas en su momento por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y en la actualidad por el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Como se sostuvo en la ponencia original que fue derrotada por la

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de mayo del 2013, expediente 45007, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de mayo del 2014, expediente 46992, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 20 de febrero del 2014, expediente 41064, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de julio del 2015, expediente 52735, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

mayoría de la Sala, el sustento es el siguiente.

23. Las afirmaciones que abogan por la implementación de restricciones en el ejercicio de la facultad oficiosa se produjeron, como se explicó, en el contexto de la caracterización de las limitaciones que encuentra el juez administrativo en la resolución del recurso de anulación de laudos arbitrales y de una aplicación conjunta de la facultad prevista por la normatividad procesal contencioso administrativa y los principios generales rectores del recurso extraordinario, en el que hay una estricta aplicación del principio dispositivo y, en general, resulta improcedente la revisión de asuntos sustanciales que hubiesen sido puestos en conocimiento del fallador arbitral.

24. Sin embargo, es una postura jurisprudencial que no toma en consideración varios elementos también predicables y fundamentales de la función judicial contencioso administrativa, la potestad oficiosa del juez administrativo para declarar la nulidad de un contrato y el mismo recurso extraordinario de anulación.

25. La primera razón para oponerse a la interpretación restrictiva de la facultad oficiosa de declaración de la nulidad de un contrato estatal puede ser la más obvia, pero no por ello, de forma alguna, irrelevante. Simplemente, ni el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo en su momento, ni en la actualidad el 141 de la Ley 1437 del 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, previeron mayor limitación que las ya varias veces nombradas, relativas a la vinculación al proceso de las partes del contrato y la prueba del vicio, circunstancia que ha sido enunciada, básicamente, en todas las sentencias que han sido proferidas por el Consejo de Estado al respecto, incluso aquellas que apoyan la aplicación restringida de la prerrogativa.

26. Por el contrario, del contenido de estas normas se desprende con absoluta claridad que la declaratoria de nulidad de un contrato, al encontrarse acreditada, es no sólo una potestad del juzgador contencioso sino un deber que le asiste, de acuerdo con el legislador, de forma permanente e irrenunciable, por su calidad de juez administrativo y nunca por el tipo de controversia que este debe resolver.

27. Por otra parte, ha quedado claro que aun la tesis restrictiva de la facultad oficiosa del juez administrativo respecto de la declaración de vicios contractuales, encuentra como base que el artículo 87 del CCA o el 141 del CPACA, según sea el caso, sí

es aplicable a todo tipo de controversias de la que tenga competencia para conocer el juez administrativo, aún el recurso de anulación de laudo arbitral. Esto es tanto así, que son estas mismas normas las que sirven de sustento legal a la declaratoria oficiosa de nulidad del pacto, que, valga resaltar, nunca ha estado prevista como poder del juzgador de la anulación o la homologación de los laudos arbitrales, ni en el anterior Decreto 1818 de 1998, ni en el la Ley 1563 del 2012.

28. En tal sentido, entendemos como la tesis restrictiva de la aplicación de la facultad oficiosa ha podido usar la misma norma para un asunto pero no para otro: para un contrato estatal como lo es el pacto arbitral, pero no para otro que tiene la misma naturaleza administrativa, como aquel que se sujeta a ese pacto arbitral. El efecto de la norma no puede dividirse respecto de dos actos jurídicos que, en esencia, guardan varias similitudes, principalmente que se tratan de dos contratos de la administración, a los cuales, precisamente, va dirigida la potestad.

29. Recuérdesse que cuando una ley prevé un efecto, o la creación o modificación de una situación jurídica o un derecho, como lo hacen los artículos 87 del CCA y 141 del CPACA, las excepciones requieren consagración legal expresa, y las normas que las establecen requieren de una interpretación estricta de su contenido²⁷. En este caso ni las normas en comento previeron la excepción a la facultad oficiosa, ni la interpretación de las mismas ha sido estricta. Por el contrario, se ha desarrollado un ejercicio hermenéutico bastante amplio para concluir que la limitación al poder del juez existe, a pesar de no estar expresamente prevista.

30. Resulta aún más extraño que la Sección Tercera, al consagrar una limitación al uso de la potestad por parte del juez administrativo, y al hacer una distinción de la aplicación de este poder entre el pacto arbitral y el contrato estatal sujeto a ese pacto, se haya decantado por considerar que esta limitación ocurre en el segundo y no en el primero, cuando lo cierto es que resultaría más lógico que fuera al contrario, en cuanto, tanto el Decreto 1818 de 1998 en su artículo 163, como la Ley 1563 del 2012 en su artículo 41, prevén explícitamente como causal de anulación la invalidez de la cláusula de compromiso, siendo una interpretación razonable que este poder fue arrebatado por el legislador al juez al tratarse de una causal de

²⁷ HERNANDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo, *Nulidad y terminación Unilateral de los contratos estatales*, en *Temas en contratos estatales*, Bogotá, 2010, Ed. Dike, pg. 462.

anulación que debe ser alegada por el recurrente, mientras que ha sido el querer del legislador dejar intacto el poder oficioso de la declaratoria de nulidad absoluta contractual del negocio sujeto a ese pacto.

31. Tómese en consideración, por ejemplo, que otras facultades de oficio que estaban en cabeza del juez administrativo en todo tipo de proceso fueron incluidas en la Ley 1563 del 2012, cuyo artículo 41 prevé como causal de anulación “*la caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia*”, al contrario de lo que pasaba en la normatividad anterior, Decreto 1818 de 1998, que no incluía estos aspectos como tal.

32. Ahora, se ha sostenido que la razón por la que no resultaría procedente la aplicación de la facultad oficiosa en el caso de evidenciar una irregularidad relativa a la validez en el contrato sujeto al pacto, radica en que con ello se estaría resolviendo un asunto sustancial y no un defecto *in procedendo*, principio de la competencia ejercida en el recurso de anulación, según se desprende de sus causales taxativas.

33. Sin embargo, esto no resulta plausible porque no explica en qué sentido la potestad ejercida respecto del contrato sujeto al pacto es sustancial y la ejercida respecto del pacto como tal no lo sería.

34. La nulidad de un contrato, en términos básicos, es una sanción que prevé la ley para aquellos negocios jurídicos que contravienen el orden público y las normas imperativas²⁸, por lo que en efecto se trata de una cuestión sustancial y no meramente procedimental. Pero, en cuanto tanto pacto arbitral como acuerdo sujeto a este son verdaderos contratos estatales, la concurrencia de un vicio en la formación de ambos es un asunto sustancial en los dos casos, en los que, además, se castigan las mismas irregularidades.

35. En otras palabras, las sentencias que apoyan la limitación en la aplicación de la potestad declarativa de una nulidad contractual respecto del acuerdo sujeto a un pacto arbitral, sustentan su conclusión en la prohibición del juez administrativo de

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de febrero del 2015, expediente 29473, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

conocer asuntos sustanciales en el recurso de anulación, no explican en que consiste la sustancialidad de un asunto en contraste con el otro cuando en ambos casos se trata de un contrato estatal sujeto a las mismas causales de nulidad, por lo que la justificación por este motivo no puede ser de recibo.

36. Pero aun cuando, en gracia de discusión, se concluyera que la aplicación de la facultad oficiosa en comento implicaría una vulneración al principio dispositivo del recurso de anulación de laudo arbitral y una indebida resolución de un asunto sustancial, resulta inaceptable que el juez administrativo prefiriese dar una aplicación a rajatabla de estos principios, ignorando la eventual ocurrencia de un vicio que implica la vulneración del orden público y la supremacía del interés general sobre el particular, así como otros principios de orden constitucional.

37. En diferentes términos, un juez no puede ver configurada una nulidad, un contrato que es contrario a derecho, al orden público, y no pronunciarse al respecto, teniendo una norma que lo faculta para ello, sólo con el objeto de cumplir un principio procedimental legal.

38. En ningún evento, ni siquiera en el caso en el que preexistiera una decisión de fondo sobre el particular de la validez del contrato, podría considerarse que la intangibilidad sustancial de laudo es más importante que el orden público. La independencia del juez arbitral es un principio constitucional, pero también lo es la prevalencia del derecho sustancial y del interés general, así como la moralidad administrativa, que puede verse comprometida cuando, por ejemplo, se evidencie el objeto ilícito de un contrato celebrado por la administración, o el objeto de defraudar el erario público con su perfeccionamiento –causa ilícita-.

39. No sobra señalar que desde el punto de vista constitucional, aunque consagrada, esa intangibilidad sustancial del laudo no es absoluta. Así lo ha considerado la Corte Constitucional al indicar que, aunque en principio la independencia de las decisiones arbitrales y su equivalente validez respecto de las decisiones de la jurisdicción estatal implican que la sustancialidad de lo allí decidido, en principio, no puede ser objeto de revisión, esto puede ocurrir en casos en que, por ejemplo, sea evidente que en el contenido de la providencia se produjo una vía

de hecho²⁹:

5.3 Ahora bien, si se tiene que materialmente los laudos arbitrales son equiparables a las sentencias judiciales, y que la actividad de los jueces y árbitros es similar en cuanto al deber de garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales; así como la acción de tutela procede de manera excepcional contra las sentencias judiciales cuando incurren en una vía de hecho, es decir, cuando vulneran o amenazan derechos fundamentales, es necesario concluir que esa acción también procede excepcionalmente contra los laudos arbitrales que incurran en la misma transgresión del ordenamiento constitucional

En efecto, en la sentencia T-443 de 2008, la Corte afirmó:

“Teniendo en cuenta el respeto que merece la voluntad de las partes de someter sus controversias a la justicia arbitral y la procedencia restrictiva de las vías judiciales para controlar las decisiones proferidas por los árbitros, es claro que por regla general, la acción de tutela no procede ni contra los laudos arbitrales ni contra el procedimiento que se adelanta ante los tribunales de arbitramento, ni contra las decisiones judiciales que resuelven los recursos de anulación, salvo que se incurra claramente en una vía de hecho en dichas actuaciones, que implique una vulneración de derechos fundamentales.”

5.4 Dado lo anterior, la Corte ha justificado la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales y las decisiones que resuelven los recursos que se interponen contra los mismos, en los siguientes aspectos: (i) la estabilidad jurídica de los laudos arbitrales; (ii) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje; (iii) el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello, y no a los jueces estatales; y (iv) el respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no debe ser invadido por el juez de tutela y que le impide pronunciarse sobre el

²⁹ Corte Constitucional, sentencia n.º T-058 del 2 de febrero del 2009, M.P. Jaime Araujo Rentería.

fondo del asunto sometido a la justicia arbitral.

5.5 Entonces, es claro que los árbitros están sujetos al cumplimiento de los parámetros mínimos dispuestos en la Constitución, y en consecuencia, sus actuaciones pueden ser excepcionalmente controladas mediante la acción de tutela cuando menoscaben un derecho fundamental. Sin embargo, con el propósito de armonizar los alcances de la acción de tutela contra estas decisiones y la necesidad de hacer efectivos principios y valores constitucionales como la seguridad jurídica, la cosa juzgada y la autonomía e independencia de los árbitros en el cumplimiento de sus funciones, esta Corte ha insistido en que la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales y las decisiones que resuelven los recursos que se interponen contra los mismos, se deriva del cumplimiento estricto de los requisitos jurisprudenciales que esta Corporación ha definido para el efecto.

40. No podría alegarse tampoco que el ejercicio de la potestad oficiosa declarativa en comento vulneraría el principio de cosa juzgada, dado que esta es predicable de aquellas decisiones que han sido proferidas con observancia de las normas efectivamente aplicables al caso. Además, aunque se trata de un asunto que se encuentra ejecutoriado por la ausencia de recursos ordinarios dirigidos a atacar la decisión arbitral, esta cosa juzgada es relativa al estar sujeta, precisamente, a la revisión del juzgador en lo que tiene que ver con los asuntos que, conforme con las reglas aplicables, son de su conocimiento en sede del recurso extraordinario de revisión, dentro de las que se encuentran no sólo las causales expresas del artículo 41 de la Ley 1563 del 2012, sino otras materias, como las previstas en el artículo 141 de la Ley 1437 del 2011.

41. Ahora, si en gracia de discusión se aceptase como correcta alguna de las interpretaciones limitativas de la potestad oficiosa del juzgador contencioso administrativo, esto implicaría, para el caso que se resuelve, un grave desconocimiento de las normas oponibles al Estado colombiano desde la convencionalidad internacional relativa a la lucha contra la corrupción.

42. Recuérdesse que Colombia ha suscrito y ratificado instrumentos de derecho internacional con los que ha adquirido compromisos concretos para la prevención, sanción y erradicación de conductas constitutivas de corrupción, concretamente la

Convención Interamericana contra la Corrupción del 6 de marzo de 1997 y la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción del 31 de octubre del 2003, las cuales fueron aprobadas por el Congreso mediante las Leyes 412 de 1997 y 970 del 2005, respectivamente.

43. Estas convenciones, por mandato del artículo 93 de la Constitución Política³⁰, integran el texto constitucional a pesar de no estar contenidas en él formal y expresamente, por lo que además de servir como parámetro de control de constitucionalidad de leyes³¹, pueden ser empleadas como normas aplicables directamente a un caso concreto para su resolución³².

44. En las convenciones citadas, el Estado colombiano reconoció la corrupción como un gravísimo problema que socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos (preámbulo de la Convención Interamericana) y se comprometió a promover y fortalecer el desarrollo, en su normatividad interna, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción (Artículo II de la Convención Interamericana), así como promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción (Artículo I de la Convención de la Naciones Unidas).

45. En este entendido, mal podría el Consejo de Estado, sobre todo como miembro de la Rama Judicial del Poder Público y por ende del Estado colombiano a quien resultan exigibles los compromisos enunciados, interpretar una norma como el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de una forma que imponga una limitación al ejercicio de una vigilancia efectiva a eventuales prácticas indebidas en la gestión pública, máxime cuando se

³⁰ “Artículo 93. - Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³² Corte Constitucional, sentencia C-067 del 4 de febrero del 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

trata de aquella que otorga una de las pocas prerrogativas con las que cuenta el juez administrativo para revisar la conducta de los agentes de la administración pública en contratos que han sido sustraídos de la competencia de la jurisdicción estatal por la voluntad de sus partes.

46. Por otra parte, de forma razonable podría alegarse que la aplicación de estos parámetros convencionales implicaría el desconocimiento de principios consagrados en otros instrumentos de derecho internacional relativos a la independencia y validez de la justicia arbitral. Sin embargo, esto no solo no es evidente en el caso concreto, sino que en cualquier caso estos no tendrían el mismo valor que aquellos en tanto se tratan de normas que, por tratar de derechos humanos, integran el bloque de constitucionalidad en los términos del artículo 93 de la Constitución. Esta circunstancia se hace evidente sólo con la lectura del preámbulo de la Convención Interamericana, en la que se deja constancia de que la corrupción es un flagelo que no permite la materialización de los derechos y garantías en cabeza de los ciudadanos de los Estados firmantes, así como que la lucha contra este constituye un elemento fundamental para la consolidación de la democracia en América³³.

³³ "Preámbulo

LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, CONVENCIDOS de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos; CONSIDERANDO que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio;

PERSUADIDOS de que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social;

RECONOCIENDO que, a menudo, la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos;

CONVENCIDOS de la importancia de generar conciencia entre la población de los países de la región sobre la existencia y gravedad de este problema, así como de la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción;

RECONOCIENDO que la corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente;

CONVENCIDOS de la necesidad de adoptar cuanto antes un instrumento internacional que promueva y facilite la cooperación internacional para combatir la corrupción y, en especial, para tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio; así como respecto de los bienes producto de estos actos;

47. En suma, consideramos que de acuerdo con la clara obligación que se desprende del derecho convencional relativo a la lucha contra la corrupción, el juez administrativo, y en el caso concreto la Sala, tiene la facultad de declarar la nulidad absoluta del contrato de encontrarla probada, máxime cuando se presentan conductas que -como en este caso- de forma patente comportan actos de corrupción conforme con las definiciones contenidas en los instrumentos que se han analizado, como la celebración del contrato con una muy deficiente etapa de planeación y con objetivos distintos a la persecución de los fines estatales y el interés general. Estas circunstancias, según se pasará a explicar, están probadas en el proceso e implicaban un vicio de desviación de poder y, consecuentemente, causa ilícita en la formación del contrato n.º 136 del 2007.

48. Resulta claro que se cumple con el primer requisito legal para el análisis de oficio de la nulidad del contrato en comento, ya que en este proceso existe una identidad de partes respecto de los suscribientes del negocio, pues ofician como convocante y convocados, respectivamente, Confase S.A., el IDU y Transmilenio S.A.

49. Por otra parte, en el expediente se encuentra copia auténtica de la sentencia del 24 de agosto del 2011 del Juzgado Veintisiete Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá. Esta providencia judicial se expidió con ocasión del juzgamiento de la conducta del señor Inocencio Meléndez Julio, quien para el momento de la celebración del contrato objeto de esta controversia se desempeñaba como Director Técnico del IDU, en el marco de la celebración y ejecución de los contratos relativos a la implementación de Transmilenio en la avenida calle 26 de Bogotá.

50. La sentencia, que resultó condenatoria del señor Meléndez Julio, fue expedida

PROFUNDAMENTE PREOCUPADOS por los vínculos cada vez más estrechos entre la corrupción y los ingresos provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes, que socavan y atentan contra las actividades comerciales y financieras legítimas y la sociedad, en todos los niveles;

TENIENDO PRESENTE que para combatir la corrupción es responsabilidad de los Estados la erradicación de la impunidad y que la cooperación entre ellos es necesaria para que su acción en este campo sea efectiva; y

DECIDIDOS a hacer todos los esfuerzos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio, HAN CONVENIDO en suscribir la siguiente CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN”

con base en la aceptación de cargos y hechos expuestos por la Fiscalía por parte del encartado. Se pasa, entonces, a resaltar los apartes que resultan relevantes respecto del contrato aquí estudiado.

51. En esencia, el ente acusador afirmó en el proceso penal que mediante la expedición de conceptos jurídicos el señor Inocencio Meléndez Julio incurrió en un indebido favorecimiento de particulares en la celebración de distintas contrataciones públicas en las licitaciones, así como en el cambio de las condiciones del manejo del anticipo, la autorización de pagos, la modificación de pliego de condiciones y la aprobación de obras adicionales.

52. La Fiscalía se refirió a los contratos n.º 134 a 138 del 2007, e indicó que por influencia del señor Meléndez estos fueron modificados, permitiendo condiciones más beneficiosas que llevaron a subsanar elementos de planeación:

Como subdirector técnico legal y posteriormente jurídico, le correspondía coordinar y controlar los procesos de selección de contratistas, adjudicación y celebración de contratos con el fin que estos se ajustaran a los parámetros de Ley, y como tal participó en la elaboración y revisión de los “otro sí” (sic) del 16 de septiembre de 2008, 16 de octubre de 2008; 23, 26 y 29 de diciembre de 2008 que modificaron los contratos 134 a 138 de 2007 de la fase III de Transmilenio, los cuales implicaron: 1. Postergar la entrega de productos de la etapa de preconstrucción; 2. Cambio de requisitos para el inicio de la etapa de construcción en estos contratos y se introdujo el concepto de “actualización de estudios y diseños en los contratos de la fase III”, definición que no estaba contemplada en el pliego de condiciones, ni adendas, ni el texto de los contratos, y que favoreció a los contratistas permitiendo: diseñar los posibles faltantes de estudios y diseños, rediseño de los mismos por justificación técnicamente demostrada, y postergó la entrega de la programación detallada.

53. Particularmente, la Fiscalía se refirió al contrato n.º 136 del 2007, es decir el que aquí es objeto de controversia, con argumentos similares relativos a decisiones que favorecieron injustificadamente los intereses económicos del contratista de ese negocio.

En el otro si (sic) celebrado en diciembre de 2008 se cambió el concepto de precios unitarios definidos en los contratos con el fin de incluir en él los costos por las actividades de actualización de estudios y diseños; y en el contrato 136 de 2007, particularmente, permitió la realización de dos variaciones del presupuesto oficial de la licitación en el desarrollo del proceso de selección, a través del pliego de condiciones, adendas No 3 y 6, así mismo, la modificación de la experiencia del proponente no corresponde a las necesidades técnicas y financieras del proyecto, conforme el pliego de condiciones, adendas No 4 y 8.

Finalmente se señala por la Fiscalía, que en las contrataciones de la fase III de Transmilenio, el Dr. INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO permitió que estos contratos celebrados en diciembre de 2007, iniciaran el 17 de junio de 2008, algo más de cinco meses después, y no se cumpliera el término de 30 días para iniciar conforme se señaló en los pliegos de condiciones; así mismo, el IDU eliminó como requisitos para el trámite del anticipo, la entrega del informe sobre la evaluación y revisión de los estudios y diseños entregados por el IDU y la entrega de la programación de obra y del cronograma de metas físicas.

54. Por su parte, la sentencia registra que el acusado Inocencio Meléndez Julio y la Fiscalía lograron un preacuerdo, en los términos que se destacan:

1. El Dr. INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO de manera libre, voluntaria y espontánea, en presencia de su defensora, acepta que la Fiscalía cuenta con suficientes elementos materiales probatorios, evidencia física e informes legalmente obtenidos, para llevar a esta funcionaria al conocimiento más allá de la duda razonable de su responsabilidad penal por el concurso de delitos de interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de requisitos legales, prevaricato por acción y prevaricato por omisión, contemplados en los artículos 409, 410, 413 y 414 del Código penal, respectivamente, los dos primeros en condición de coautor y los dos últimos en condición de autor.

2. Se declaró culpable de los anteriores delitos y tal aceptación implica, de conformidad con los artículos 350 a 354 del C.P., que la pena imponible se reducirá en una tercera parte (...).

55. En la sentencia se hace una evaluación formal y material del preacuerdo, con la que encontró probada las conductas endilgadas por la Fiscalía a Inocencio Meléndez y que este aceptó, relativas a prácticas constitutivas de corrupción en el proceso L-PDG-022 de 2007 para la construcción de la Fase III de Transmilenio, resultado de la cual, valga reiterar, fue celebrado el contrato n.º 136 del 2007.

56. Aunque la sentencia penal analiza extensamente hechos relativos al contrato n.º 137 del 2007³⁴, del examen se evidencia que algunas prácticas indebidas fueron generalizadas en todo el proceso de implementación de la Fase III de Transmilenio en la Calle 26:

Y es que en este caso el Dr. MELÉNDEZ JULIO, en vez de acatar los pilares fundamentales en los que se edifica la contratación estatal, denotó parcialidad en su actuación con el fin de favorecer a un contratista determinado, abandonado con ello sus deberes, obligación y compromisos que adquirió al vincularse a la administración para ejercer un cargo público que le permitía de una u otra manera intervenir en la celebración de contratos.

Siguiendo con el análisis pertinente, y abordando el ilícito de prevaricato por acción, contemplado en el artículo 413 del C.P., a través del cual se sanciona al servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, la Fiscalía indicó que el acusado participó en la emisión de conceptos que favorecieron la celebración de distintas contrataciones públicas en las respectivas licitaciones, autorización de pagos, modificación de pliegos de condiciones, aprobación de adicionales que favorecieron a contratistas y a terceros.

Aquí también se hizo un efectivo descubrimiento, al cual ya me había referido, donde obran memorandos de instrucción jurídica, conceptos

³⁴ Contrato anulado mediante laudo del 9 de diciembre del 2013, confirmado en sede de anulación mediante sentencia del 26 de abril de 2017, exp. 49893, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Resulta contradictorio que ese contrato, 137 de 2007, se anule y el presente se mantenga incólume, cuando están afectados por la misma irregularidad.

jurídicos, el texto de diferentes adendas o modificaciones a los pliegos de condiciones aprobados por el Dr. INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO como director técnico legal del IDU, que tiene que ver entre otros aspectos con el valor oficial de los precios unitarios y los índices representativos, la experiencia de los proponentes, el cupo de crédito, el cronograma del proceso licitatorio, el tema de anticipos de contratos de obras, manejo de los recursos e inversión del anticipo.

De algunos informes de policía judicial se extrae que acusado como subdirector general jurídico y miembro del comité de adjudicaciones del IDU dio visto bueno y aprobó la apertura del proceso licitatorio L PDG 022 de 2007 correspondiente a la fase III de Transmilenio, sin contar con los estudios y diseños requeridos, como lo exige la Ley 80 de 1993, los cuales debían ser entregados en su totalidad por las consultorías contratadas para tal fin, revisados y aprobados por las interventorías, y verificados por el IDU

Dichos informes también explican que el acusado aprobó adendas modificatorias que implantaron cambios al pliego de condiciones definitivo de la licitación L PDG 022 de 2007, como la posibilidad de presentar en lugar de cupo de crédito la experiencia en consecución de financiación y la disminución del requisito de experiencia para el grupo 4, transgrediéndose el principio de selección objetiva.

Que así mismo aprobó otrosíes que introdujeron en los contratos de construcción de la fase III de Transmilenio actividades denominadas actualizaciones de estudios y diseños, que no era otra cosa que el diseño de los productos faltantes que no habían sido entregados por las consultorías, vulnerándose los principios de economía y transparencia; o que se suscribieron contratos adicionales a los de obra de la fase III (...). Con todo lo anterior no es difícil advertir que el acusado, en su condición de servidor público y en ejercicio de las funciones deferidas por la Constitución y la Ley, profirió resoluciones, dictámenes y conceptos manifiestamente contrarias a derecho, conculcando de ese modo el ordenamiento jurídico y de paso la administración pública.

Aquí no se trata de una simple disparidad entre las decisiones y las

normas que regulan el tema de la contratación estatal, sino que estas tienen una entidad propia que que desechan cualquier duda sobre el proceder arbitrario del servidor público, descartando a su vez que son simple fruto de su particular postura interpretativa del derecho, máxime cuando se sabe que todo estuvo orientado al favorecimiento de un determinado grupo empresarial.

Finalmente, en lo que se respecta al punible del prevaricato por omisión, tipificado en el artículo 414 del C.P., bajo el supuesto jurídico que el servidor público omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, se hizo mención acerca que el Dr. INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO no hizo acompañamiento activo en el tema de atención a la imposición de multas y declaratorias de caducidad.

Ello se soportó a través de documentación como el informe del 20 de abril de 2011 suscrito por una investigadora del CTI, donde se pone de relieve la falta de fijación de parámetros adecuados para proteger los recursos administrados por el IDU, la inexistencia de un análisis serio que considere aspectos básicos como la verificación de documentos aportados sobre la composición de sociedades, o si su actividad económica guarda relación con el objeto contractual; o que en la evaluación jurídica no se garantizó la equidad para los participantes, etc (...).

Y además de la evidente e injustificada afectación a la administración pública, la moralidad y demás principio que rigen la contratación estatal, las mismas circunstancias de los hechos, que son conocidas en este proceso, definitivamente indican que el acusado al momento de intervenir en la celebración de contratos, adoptar decisiones o abstenerse de actuar en determinado sentido, era consciente de proceder contrario a derecho, y por supuesto estuvo en condiciones de cumplir con los mandatos legales, pero aún así ejecutó libremente las conductas prohibidas.

En este orden de ideas, todos los elementos probatorios a los que se ha hecho breve alusión, sumados a la aceptación de los cargos por el procesado, afianzan que el hecho que el preacuerdo es un acto ajustado a derecho, disipando cualquier duda acerca de la responsabilidad del señor INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO como coautor en los delitos de

interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales y autor de los delitos de prevaricato por omisión, cometidos cuando se desempeñó como funcionario del IDU, y según el marco fáctico de la acusación.

57. Respecto de las causales de nulidad aplicables al contrato estatal, debe resaltarse que de conformidad con el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, este es nulo absolutamente en los casos previstos en el derecho común (artículos 1519 y 1741 del Código Civil) y además en los eventos allí indicados³⁵.

58. En este orden de ideas, la jurisprudencia de esta Corporación ha definido que los contratos estatales son nulos de manera absoluta, de acuerdo con las siguientes causales: a).- celebración contra expresa prohibición de la ley; b).- ilicitud en el objeto; c).- ilicitud en la causa; d).- falta de la plenitud de los requisitos o de la forma solemne que las leyes prescriban para el valor del correspondiente contrato, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes; e).- incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración; f).- celebración del contrato con personas incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley; g).- celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal; h).- celebración del contrato con abuso o desviación de poder; i).- declaración de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten los respectivos contratos estatales, y j).- celebración del contrato con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la propia Ley 80 de 1993³⁶.

59. Ya hemos resaltado lo encontrado por la justicia penal respecto de la conducta desplegada por el señor Inocencio Meléndez Julio, en el marco de la contratación para la implementación de la Fase III del sistema de transporte masivo – Transmilenio- en la ciudad de Bogotá, respecto de la cual aceptó haber incurrido en

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 6 de septiembre de 1999, expediente S-025, C.P. Delio Gómez Leyva.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de julio del 2015, expediente 41768, C.P. Hernán Andrade Rincón (E).

varios delitos para el favorecimiento de particulares tanto en la etapa de selección de los contratistas, como en la ejecución del contrato para permitir que estos siguieran beneficiándose del desarrollo del proyecto, aun cuando faltaban elementos de diseño que eran necesarios para el adelantamiento de las obras. Llama la atención en particular este último aspecto de la conducta del allí procesado, sobre la que el juez penal encontró lo siguiente:

Que así mismo aprobó otrosíes que introdujeron en los contratos de construcción de la fase III de Transmilenio actividades denominadas actualizaciones de estudios y diseños, que no era otra cosa que el diseño de los productos faltantes que no habían sido entregados por las consultorías, vulnerándose los principios de economía y transparencia; o que se suscribieron contratos adicionales a los de obra de la fase III (...).

60. En nuestro criterio, es particularmente llamativo este último aparte, porque en él se evidencia que durante la ejecución del contrato se introdujo una etapa de ejecución con la que se pretendió subsanar la falta de diseños que eran necesarios incluso para la apertura del proceso licitatorio como tal.

61. Este hallazgo penal coincide, de hecho, con lo que fue alegado por las partes dentro del proceso arbitral del que surge este pronunciamiento, así como lo allí mismo probado. Recuérdese, en este sentido, que, en gran medida, el problema jurídico resuelto por el Tribunal de Arbitramento recayó sobre las actividades que de acuerdo con Confase esta sociedad tuvo que desarrollar respecto de los diseños entregados por el IDU para la construcción de la conexión de la calle 26 y la avenida Caracas, así como la Estación Central que en principio debía ser construida para tal propósito.

62. En efecto, debe recordarse que en el párrafo 7.3.1.4 de la providencia aprobada por la mayoría de los miembros de esta Sección, se reseñó como, de acuerdo con lo que encontró probado en el proceso, el Tribunal de Arbitramento concluyó que los estudios y diseños de ingeniería y arquitectónicos entregados por el IDU para la Estación Central, o la conexión operacional entre la troncal de la Caracas y la calle 26, producto de consultorías precedentes a la apertura de la licitación pública que dieron lugar a los contrato de la Fase III de Transmilenio en la avenida El Dorado, resultaron ser deficientes e incompletos.

63. La deficiencia de estos estudios y diseños forzaron a la entidad contratante a autorizar al contratista para realizar un nuevo diseño técnico, el cual posteriormente fue aceptado por el IDU. De igual forma concluyó el tribunal de arbitramento que con estos diseños se terminó construyendo gran parte de las obras, algunas de las cuales no se encontraban previstas ni incluidas, en principio, en el presupuesto, pactado a valor global, de construcción de la licitación, ni mucho menos en el Contrato IDU 136 de 2007, razón por la que terminó accediendo parcialmente a lo solicitado por Confase.

64. La complementación de los diseños no resultaba un evento totalmente ajeno al contrato, pues su cláusula cuarta, al establecer el alcance del contrato y prever sus etapas, indicó que dentro de la etapa de preconstrucción se hallaba la obligación del contratista de estudiar, conocer, ajustar, complementar y modificar los estudios y diseños respectivos.

65. Sin embargo, analizada la sentencia penal puesta en conocimiento de esta los integrantes de la Sala, se llega a la conclusión de que en realidad lo que se pretendió hacer con la introducción de este clausulado y la celebración del otrosí n.º 2 del 16 de octubre del 2008, por el que se acordó iniciar la construcción mientras el contratista, paralelamente, ajustaba, adecuaba, adaptaba, complementaba y actualizaba los estudios y diseños entregados por el IDU, se hizo con el fin de permitir la celebración del contrato a sabiendas de que el mismo adolecía de gravísimas irregularidades en su planeación.

66. No puede minimizarse la importancia de una debida planeación como presupuesto fundamental del éxito de la actividad contractual de la administración y por ende, para asegurar la efectividad de los fines estatales que esta persigue, como lo ha indicado la Sección Tercera:

El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para

*determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar (...)*³⁷.

67. La planeación es la primera etapa del proceso de contratación, en la que se desarrollan actividades mediante las que se estudia y hace posible la viabilidad técnica, jurídica y económica de los proyectos que la administración se plantea para el cumplimiento de los fines estatales. Esta fase del proceso contractual consiste en actividades específicas en la que deben elaborarse estudios y documentos previos, analizar los riesgos previsibles, publicar el proyecto de pliego de condiciones en el que se acoplen los estudios y documentos previos, realizar la respectiva convocatoria y, de considerarse procedente la contratación, expedir los actos administrativos que den apertura al proceso de selección pertinente y publicar el pliego de condiciones definitivo³⁸.

68. La ejecución de cada uno de estos pasos está encaminada a prever lo necesario para que una vez se llegue a la meta del proceso contractual, es decir celebrar el contrato, este pueda ser ejecutado de una forma inmediata y eficiente, propendiendo por que no se produzcan dilaciones, demoras y conflictos por la ausencia de requisitos o condiciones necesarias para el cumplimiento de lo contratado.

69. La ausencia de una debida planeación, además de dificultar la formación del contrato, tiene graves consecuencias negativas en la fase de ejecución del mismo y por ende en el cumplimiento de las prestaciones conmutativas de las partes. Por lo tanto, las omisiones de la administración tienen efectos ostensibles sobre el interés general de la comunidad, además de la economía del contrato en sí mismo considerado.

70. En la mayoría de los casos, esta falta de estudios, o la existencia de los mismos sin especificaciones completas y detalladas respecto de los bienes o servicios que serán objeto del contrato, causa serios obstáculos durante su ejecución,

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de mayo del 2012, expediente 21489, C.P. Ruth Stella Correa P.

³⁸ Yong Serrano, Samuel (2013). *El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación* (pp. 86). Bogotá, Colombia: Editorial Ibañez.

particularmente en aquellos de obra pública, como es este caso, en los cuales es especialmente problemática y costosa la eventualidad de que sea necesario suspender o paralizar las actividades mientras se subsana el defecto, se elaboran, evalúan y aprueban los estudios y documentos por las autoridades correspondientes. Además, puede dar lugar a modificar las cantidades de obra y especificaciones originalmente pactadas, corriéndose el riesgo de que las nuevas no satisfagan en igual medida la necesidad que se pretende cubrir. En otras ocasiones, como infelizmente sucede en tantos casos en el país, la paralización puede convertirse en definitiva y derivar en la frustración del proyecto, lo cual, en el marco de una debida gestión pública administrativa, es inaceptable, ya que es causada por problemas que pudieron y debieron ser previstos al momento de evaluarse la conveniencia u oportunidad del contrato.

71. De cualquier manera, incluso cuando no se llega a la fatal frustración total del proyecto, la ausencia de los estudios que estructuren técnica, financiera y jurídicamente el contrato se traslada al valor total de este, el cual, a su vez, inevitablemente se reflejará en un deterioro del tesoro público, principalmente por los gastos en que incurre el contratista por la prolongación de su permanencia en el lugar de trabajo y los sobrecostos que esta circunstancia causa en materia de administración, mano de obra y equipo, factores todos que determinan el precio de lo contratado³⁹.

72. En otros términos, un debido proceso de planeación garantiza que sólo cuando esté listo cada aspecto técnico, económico y legal requerido para que el proceso selectivo del contratista cumpla con su cometido y se asegure la correcta ejecución del objeto a contratar, es cuando las entidades deben optar por abrir el proceso de selección⁴⁰.

73. Ahora, la planeación y la estructuración legal y técnica de un proyecto no sólo pretende asegurar que el contrato se ejecute debidamente, sino que permite que la administración establezca un orden de prioridades respecto de los proyectos que tiene en mente para cubrir las necesidades y problemas que se presentan. Esto es

³⁹ Escobar Gil, Rodrigo (1999). *Teoría general de los contratos de la administración pública* (pp. 71-72). Bogotá, Colombia: Editorial Legis.

⁴⁰ Dávila Vinuesa, Luis Guillermo (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal* (pp. 269-270). Bogotá, Colombia: Editorial Legis.

cierto, principalmente, en el estadio de la elaboración de estudios y documentos previos.

74. En este sentido, una vez identificados los problemas o necesidades a satisfacer, la administración debe seleccionar los más importantes o urgentes, debido al carácter siempre limitado de los recursos disponibles, lo cual, en parte, se hace mediante la determinación de la viabilidad de cada uno de conformidad con lo revelado por los estudios, en los que se examina la procedencia del proyecto en su aspecto técnico, económico, financiero, institucional y ambiental. También se analiza la conveniencia social de la propuesta.

75. Lo anterior no es sino una aplicación clara de los principios de economía, eficacia y eficiencia consagrados por el estatuto de contratación estatal que implica que las entidades públicas deben, con antelación al inicio del proceso de selección o la firma del contrato, determinar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar.

76. En conclusión, todo proyecto que vaya a ser emprendido por las entidades estatales debe estar precedido de un conjunto de estudios tendientes a establecer su viabilidad técnica y económica, así como el impacto que haya de tener en la satisfacción de las necesidades públicas. Se ha dicho al respecto por la Sección Tercera del Consejo de Estado⁴¹:

(...) en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable, antes de asumir compromisos específicos en relación con los términos de lo que podrá llegar a ser un contrato y por supuesto mucho antes de su adjudicación y consiguiente celebración, la elaboración previa de estudios y análisis serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto del 2006, expediente 14287, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos y análisis técnicos; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de los contratos, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras y servicios que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores y constructores profesionales que estén en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar.

77. Así, la importancia de un estudio previo por parte de la administración antes de la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato reside en que permite: i) identificar la real necesidad de la administración; ii) establecer todas las características que individualicen el bien o bienes requeridos; y iii) asignarle una partida dentro del presupuesto de la entidad⁴².

78. Ahora, si bien la estructuración del proyecto, desarrollada mediante los estudios y documentos previos, son no solo requisitos de la administración sino herramientas que le permiten una adecuada estructuración del proceso de selección y en tal sentido una garantía de la correcta ejecución del objeto eventualmente contratado,

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio del 2009, expediente 16106, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sobre el particular, además, ver: Sentencia de agosto 29 de 2007, expediente 14854; sentencia de agosto 29 de 2007, expediente 15469.

no sólo tiene utilidad para la entidad estatal, sino que resulta de especial relevancia y ayuda para quienes pretenden contratar con el Estado⁴³.

79. Lo anterior, debido a que mediante estos documentos, que alimentan la precisión y concreción del pliego de condiciones, puede entenderse el verdadero alcance del objeto del proyecto. El conocer el fin de la contratación, la necesidad a satisfacer, la modalidad de selección, la forma en la que se soportó el valor estimado del futuro contrato, los factores para la identificación de la oferta más favorable, el tipo de garantía que se exigirá y la forma en la que los riesgos son cuantificados y asignados, permite que de forma concienzuda los interesados puedan estimar o considerar si les es favorable participar o no en la eventual convocatoria o celebrar el contrato con el Estado, si realmente pueden ofertar el bien o servicio requerido por la administración, si pueden hacerlo de una forma que implique réditos económicos para ellos, en el plazo establecido, y en general, de la forma concreta y particular que se requiere por la entidad.

80. Una conducta ajena a estos parámetros por parte de los particulares contratistas del Estado implica una violación al principio de colaboración que rige la actividad contractual del Estado conforme con la Ley 80 de 1993 y de probarse que su participación se dio a sabiendas de la existencia de fallas en la planeación, puede derivar en responsabilidad imputable a ellos. En tal sentido ha sostenido la Corporación⁴⁴:

⁴³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de julio del 2014, expediente 11001-03-15-000-2011-01127-00(CA), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de abril del 2013, expediente 27315, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. No desconocemos que la sentencia particular en la que se hizo el anterior pronunciamiento hizo parte de una serie de precedentes en los que se planteó la posibilidad de que el juez en el marco de una controversia contractual pudiera declarar de oficio la nulidad del acuerdo por violación al principio de planeación, en cuanto este configuraría un objeto ilícito del pacto. Varias de estas providencias fueron dejadas sin efecto por decisiones judiciales en el marco de la acción de tutela (ver por ejemplo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio del 2013, expediente 1999-435, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa). Sin embargo, no es el caso de

Finalmente, no debe olvidarse que a las voces del inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 los particulares “tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que... colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones” y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse. Mucho menos podrán pretender los contratistas, en este último caso, el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos.

Corolario de lo que hasta aquí se ha expresado es que si, por ejemplo, una entidad estatal celebra un contrato para ejecutar una obra pública en un lapso de tiempo muy corto (v/gr. 60 días) y al momento de la celebración del negocio ni siquiera ha entrado en negociaciones con los propietarios de los terrenos sobre los cuales la obra se va a hacer, ni ha adelantado diligencia alguna para su adquisición, es obvio que en ese contrato se faltó al principio de planeación de tal manera que desde ese instante ya es evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse en el tiempo acordado y por consiguiente infringen la ley no sólo la entidad

la sentencia en cita, la cual no fue objeto de ninguna acción constitucional y se encuentra en firme en la actualidad. La anterior aclaración se hace con el objeto de evidenciar que no se pretende, en sentido alguno, desconocer la decisión del juez de tutela, en este caso la Sección Quinta del Consejo de Estado, sino que se utiliza en este proveído por la relevancia de la dogmática allí desarrollada sobre la importancia de la planeación y la estructuración de los proyectos estatales, la cual es incontrovertible de forma totalmente independiente a la resolución final contenida en la providencia. De cualquier manera, no está demás distinguir que en el caso *sub judice* la consecuencia del análisis no es el objeto ilícito –como ocurrió en las sentencias tuteladas-, sino en la causa ilícita,

estatal sino también el contratista al celebrar un contrato con serías fallas de planeación puesto que todo indica que el objeto contractual no podrá realizarse.

81. En el caso concreto, se vislumbra una ostensible violación al principio de planeación de parte de agentes del IDU, particularmente el condenado Inocencio Meléndez Julio, dado que se encontró judicialmente que la introducción de estas etapas preconstructivas destinadas a lo que generosamente puede ser llamado como complementación de diseños, obedeció a un interés particular de beneficiarse económicamente de la celebración y ejecución del contrato con determinadas personas, aun cuando era claro que el producto de las consultorías contratadas con anterioridad no eran adecuadas para, incluso, abrir la licitación.

82. Esta actuación implica una directa violación de la Convención Interamericana Anticorrupción y un acto de corrupción de parte de este funcionario, según lo define el artículo VI de este instrumento, que reza⁴⁵:

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

(...)

c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

83. No desconocemos que la sentencia penal del 24 de agosto del 2011 no analizó la conducta de los agentes o representantes de Confase, por lo que no puede afirmarse a ningún título que su participación en la celebración del contrato y la ejecución del mismo se produjo con el objeto de beneficiarse de forma indebida, o que haya incurrido en prácticas de corrupción durante su intervención negocial con el Estado. Sin embargo, sí queda claro que su actuación es reprochable y contraria al deber de colaboración que le asistía respecto de la administración pública, al prestar su consentimiento para el surgimiento a la vida jurídica de un pacto del cual sabía desde el inicio la concurrencia de numerosas irregularidades respecto de la

⁴⁵ Convención Interamericana Contra la Corrupción, adoptada el 29 de marzo de 1996, en vigor desde el 6 de marzo de 1997.

etapa de planeación. Esto, porque, con el afán de hacerse al contrato, la sociedad contratista obvió que desde el inicio era de su conocimiento que suscribía un contrato en el que debían repetirse, complementarse y adicionarse los estudios y diseños, al punto que aceptó suscribirlo con el contenido de la cláusula cuarta que, prácticamente, preveía la ocurrencia de tal circunstancia, con la convicción de que, así fuese por la vía judicial, sus intereses económicos quedarían salvaguardados.

84. Todo esto implica que este contrato se formó con un vicio insaneable que implica su nulidad absoluta, ya que, en los términos del numeral 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, se incurrió en una desviación de poder consistente en celebrar el contrato con el fin de alcanzar un beneficio particular de sus partes o sus agentes, en detrimento de los fines estatales que deben ser atendidos por la contratación estatal, lo cual, a su vez, deriva en la ilicitud de la causa para celebrar el contrato. Esta nulidad debió ser declarada de manera oficiosa de acuerdo con la potestad que le asiste al Consejo de Estado de conformidad con el artículo 141 de la Ley 1437 del 2011, el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 y las Convenciones Interamericana y de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según expusimos con anterioridad.

85. En los términos anteriores dejamos consignado nuestro salvamento de voto.

Fecha ut supra

DANILO ROJAS BETANCOURTH

RAMIRO PAZOS GUERRERO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERO