





La Empresa de Transporte Masivo  
del Valle de Aburrá ETMVA vs. el  
Consortio Hispano Alemán -CHA-

# Las claves de la defensa



**Una publicación con el apoyo de:**

**Junta Directiva de la Empresa de Transporte  
Masivo del Valle de Aburrá Ltda.**

© EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRÁ LTDA. 2014  
1ª edición: diciembre de 2014

**Edición General**

Gerencia General  
Dirección de Comunicaciones  
Metro de Medellín

**Edición gráfica y periodística**

Taller de Edición

**Impresión**

Virtual Publicidad

Metro de Medellín  
Cl. 44 No. 46-001, Bello, Antioquia  
Conmutador 454 8888

Línea Hola 444 9598  
[www.metrodemedellin.gov.co](http://www.metrodemedellin.gov.co)

ISBN 978-958-57134-1-3

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares del *copyright*. La infracción de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

# Contenido

<b>Agradecimientos</b>	7
<b>Prólogo</b>	11
<b>Anotaciones previas</b>	17
<b>Introducción</b>	
¡Una defensa con razón y pasión!	27
<b>Capítulo 01</b>	
La cláusula que internacionalizó el pleito jurídico con el Consorcio	31
<b>Capítulo 02</b>	
El inicio de los pleitos judiciales en Colombia	53
<b>Capítulo 03</b>	
¿Qué pasó con los tribunales de arbitramento nacionales?	103
<b>Capítulo 04</b>	
¿Cómo logró el Consorcio Hispano Alemán convocar el Tribunal de Arbitramento Internacional?	163
<b>Capítulo 05</b>	
Los procesos ejecutivos	195
<b>Capítulo 06</b>	
El Tribunal de Arbitramento Internacional que, jurídicamente, nunca debió convocarse	235
<b>Capítulo 07</b>	
La última batalla con Siemens	323
<b>Capítulo 08</b>	
El contrato de transacción	351
<b>Anexo:</b> Juntas directivas del Metro de Medellín entre 2001 y 2011	366



# Agradecimientos

Este libro que hoy tienen en las manos es la recopilación de una historia que servirá para que generaciones presentes y futuras conozcan un capítulo muy importante de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, el cual le sirvió para afianzarse en su institucionalidad y en la defensa de lo público. Dimos la batalla con gallardía ante un contrincante de mucho peso dado que se trataba de un consorcio hispano alemán constituido por seis firmas muy poderosas en el ámbito mundial ante las cuales el Metro no se rindió y se enfrentó legalmente y como debe ser, con argumentos.

Esos argumentos fueron construidos con esfuerzo por todos los abogados, técnicos y asesores que trabajaron para defender al Metro de Medellín ante los estrados nacionales e internacionales. Fue un trabajo concienzudo que tuvo excelentes frutos y por eso damos un agradecimiento muy especial a cada uno de ellos por su tiempo, dedicación y cariño por la empresa. Enumerar a cada una de las personas que intervinieron para que obtuviéramos unos resultados tan favorables da temor porque podríamos incurrir en omisiones, ya que fueron muchos los que aportaron su grano de arena.

Agradecemos a los miembros de las juntas directivas que vivieron este proceso entre el Consorcio Hispano Alemán y el Metro, a los abogados y directivos, a los técnicos, a los mensajeros, a las señoras encargadas de mantener el café caliente para las personas que trasnochaban o madrugaban para continuar analizando los procesos, a los asesores, a todos los empleados de la organización que siguieron de cerca esta historia, a los medios de comunicación y a la comunidad en general que, pese a las dificultades en la construcción del sistema metro, añoraba ver pronto un sistema prestando servicio y transformando positivamente la vida de la región metropolitana.

Todos los que participaron en esta historia saben en su corazón cuál fue su aporte en esta resolución y deben sentirse muy satisfechos del deber cumplido. Su aporte, en mayor o menor medida, sin duda alguna, contribuyó para que el Metro de Medellín continuara extendiendo kilómetros y sirviéndoles a estas generaciones y a las futuras.

Gracias a todos por apoyar al Metro de Medellín y tener confianza en su futuro.





# Prólogo

Cuando tomé posesión de la Gerencia del Metro de Medellín en marzo 12 en 2001, estaban vigentes dos problemas que se habían generado desde la construcción del sistema de transporte masivo y comprometían la atención de la administración y la existencia de la Empresa.

El primero era la necesidad de refinanciar la deuda del Metro de Medellín con la Nación, que ascendía a US\$1.590 millones y comprometía la situación financiera de la ETMVA y la de sus dueños, el departamento de Antioquia y el municipio de Medellín, que por la dimensión del empréstito no eran sujetos de crédito para ninguna institución financiera.

Sin embargo, en 2004 la Nación, bajo el liderazgo del presidente Álvaro Uribe Vélez y su ministro de Hacienda, Alberto Carrasquilla Barrera, celebró con el municipio de Medellín, siendo alcalde Sergio Fajardo Valderrama; el departamento de Antioquia, representado por el gobernador Aníbal Gaviria Correa; y el Metro de Medellín, un acuerdo definitivo para la cancelación de dicha deuda.

Este arreglo nos ha permitido a los antioqueños acabar de pagar la parte que nos corresponde por la ejecución de las obras del Metro de Medellín, equivalentes al 60% del costo total, puesto que el restante 40% lo aportó la Nación.

Además, en el acuerdo se estipuló que la deuda con la Nación se convertiría de dólares a pesos colombianos, y que el plazo para el pago se extendía hasta 2083, ya que la financiación de este tipo de sistemas masivos de transporte se difieren en el mundo hasta aproximadamente su vida útil.

Hoy, gracias al buen comportamiento de pago, se proyecta que la cancelación total de la deuda sucederá antes del vencimiento del plazo pactado.

El segundo problema eran las demandas entre el Consorcio Hispano Alemán, constructor del sistema, y el Metro de Medellín; litigios que venían desde 1984 por un valor aproximado a US\$650 millones, según los reclamos de parte y parte.

Este debate jurídico se intensificó desde julio de 2000, cuando el Consorcio convocó al Metro a un Tribunal de Arbitramento Internacional con sede en Panamá, con base en una cláusula compromisoria contenida en un acuerdo adicional firmado el 13 de enero de 1992, con los auspicios del entonces presidente de Colombia, César Gaviria Trujillo, y el presidente de España, Felipe González, que permitió la reanudación de la construcción de la obra que estuvo paralizada durante el gobierno del presidente colombiano Virgilio Barco Vargas.

El 21 de noviembre de 2007 se notificó el laudo arbitral a las partes que condenó al Metro de Medellín a pagar a favor del Consorcio un valor aproximado a US\$160 millones, decisión a la que el Metro de Medellín instauró un recurso de anulación ante la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

No obstante, todos los litigios lograron arreglarse mediante una transacción suscrita el 10 de septiembre de 2009, en la que las dos partes renunciaron a sus reclamos.

De mi mente y mi corazón no se borrará nunca tal fecha. Ese día sentimos el triunfo, pero no ese que hace que algunas personas miren por encima del hombro a las demás, sino aquel que les permite estrechar con humildad la mano de su contrincante y mirarlo a los ojos para reconocer entre los dos una historia de aprendizaje y la posibilidad de percibir el presente y el futuro con gran ilusión.

Los medios de comunicación a nivel local, nacional e incluso internacional, destacaron la favorable conclusión de los litigios tras un acuerdo en el que se daban por terminados los pleitos nacionales e internacionales vigentes hasta ese momento. Un **cero a cero** que nos permitió ganar a ambas partes y en especial a Colombia y a la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá.

Los recursos que se surtieron durante todos esos años se habían robado la atención de muchos sectores y, de alguna manera, generaron piedras en el camino al país en su relación con Europa y ni hablar al Metro de Medellín, que tenía entre ceja y ceja solucionar las disputas sin disiparse de sus planes de expansión y mejoramiento que en la actualidad hacemos posibles porque a diferencia del pasado, hoy, efectivamente, toda la energía está puesta en nuestros proyectos de crecimiento.

En la ETMVA no queremos dejar pasar esa historia porque nos ha permitido llegar a donde hoy estamos y nos impulsa cada día a seguir

imaginándonos una región más integrada y con mayor calidad de vida. Creemos que no solo quienes la vivimos debemos recordarla y aprender de ella, sino que también deberán hacerlo las nuevas generaciones.

Este relato de todo lo que hubo detrás y lo que significó el acuerdo de transacción entre la ETMVA y el CHA, deja aprendizajes que pueden aplicarse en la vida pública, privada y hasta en la personal.

Consideramos que estos hechos históricos deben trascender y convertirse en aprendizajes. Así lo hemos interiorizado en la ETMVA y para que ese legado permanezca quisimos recoger las memorias en dos tomos, uno periodístico y otro jurídico.

En este libro, *LAS CLAVES DE LA DEFENSA*, se presenta la historia de los litigios y la defensa integral de los intereses de la Institución en más de veinte años, sin claudicar en ningún momento, lo que permitió el gran acuerdo. Una labor digna de imitar y felicitar por la tenacidad, constancia, compromiso, inteligencia y elegancia con la que se enfrentaron los pleitos nacionales y, en especial, los internacionales.

El libro adicional, *GUARDIANES DE LO PÚBLICO*, es una síntesis de cómo los medios de comunicación abordaron el litigio; la historia de cómo se redujo un conflicto de tales proporciones a nada, que permitió al Metro de Medellín soñar en grande; la voz de sus protagonistas, los beneficios del arreglo y el análisis financiero. En este tomo se cuenta el desarrollo de la historia y las anécdotas que se generaron alrededor de las relaciones entre la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá, ETMVA, y el Consorcio Hispano Alemán, CHA, la participación que tuvieron algunas personalidades y el ambiente que se vivió en la empre-

sa de transporte durante los años del pleito. Es un texto entretenido de leer y un documento histórico digno de conservar y compartir.

El Metro de Medellín les hará siempre un reconocimiento perenne a los que participaron en dicha defensa porque gracias a ellos la empresa de transporte, Medellín, Antioquia y Colombia lograron liberarse de un problema de tal magnitud. Su labor durante tantos años del litigio es un excelente ejemplo para que los abogados y estudiantes tengan una referencia sobre cómo se hace la defensa de lo público.

Me siento honrado de poder presentar esta publicación, de compartir con ustedes, amables lectores, esta historia que estoy seguro les tocará su corazón y, especialmente, su alma de antioqueños y colombianos. Con estas lecturas ustedes tendrán aún más elementos para dimensionar por qué nuestro Metro es tan importante y debemos seguir queriéndolo.

Esta Empresa es el fruto de nuestros esfuerzos, unión y liderazgo. Ha sido una alegría para todos y es un tesoro que jamás debemos perder.

Ustedes tienen la tarea de multiplicar este mensaje y sin duda alguna, estos dos libros serán un importante apoyo para hacer dicha labor con argumentos.

Ramiro Márquez Ramírez  
Gerente general Metro de Medellín



# Anotaciones previas

En este trabajo se pretende dar al lector una visión de los diferentes procesos en los que se vio involucrada la Empresa de Transporte Masivo con el contratista constructor del tren metropolitano, Consorcio Hispano Alemán, CHA, durante la ejecución del contrato 49 de 1984 y su liquidación.

Empecemos por mencionar que desde el mismo contrato se estableció que todas las diferencias que surgieran durante su ejecución serían sometidas a un tribunal de arbitramento nacional. De acuerdo con la ley vigente para ese entonces, no se permitía a las entidades públicas acudir a un tribunal de arbitramento internacional.

Desde el inicio de la ejecución del contrato, el CHA formuló diferentes reclamos, que fueron enumerados del 1 al 18, en los que se pedía, de un lado, reconocimiento y pago por mayor permanencia y cantidades de obra, y de otro, aspectos de carácter técnico relacionados con elementos necesarios para la operación del proyecto, que según el contratista no estaban incluidos en su propuesta y que le generaban unos sobrecostos.

Debido a la demora en la solución de estos reclamos, ante las posiciones encontradas de las partes, el Consorcio contratista tomó la decisión de suspender las obras en noviembre de 1989.

Con el ánimo de continuar con la ejecución del contrato y reanudar las obras suspendidas, el 13 de febrero de 1992 se suscribió un contrato adicional, en el que se pactaron nuevas fechas de entrega del sistema Metro y en su cláusula octava se acordó someter la solución de los reclamos contractuales a unos amigables componedores y en caso de que con este procedimiento no se obtuvieran fórmulas para arreglar las diferencias suscitadas, se convocaría un tribunal de arbitramento internacional, para lo cual se acogería el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas, Uncitral.

Debido a la duda de la legalidad de esta cláusula octava, en ejercicio de la acción contractual, el Metro instauró demanda contra dicha cláusula ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, por considerar que por su condición de entidad pública, le estaba prohibido acudir a un tribunal de arbitramento internacional, pretensiones que fueron acogidas en primera instancia (*ver* capítulo 01).

Por la demora que este proceso podría generar en la solución de los reclamos formulados por el CHA, el 14 de junio de 1994 se pactó entre las partes que tales reclamos se resolverían mediante una etapa de arreglo directo y en caso de no llegarse a un acuerdo, se acudiría a un tribunal de arbitramento nacional, pero se advirtió que si antes de que se terminara la etapa de arreglo directo, se profería un fallo judicial que declarara la validez de la cláusula octava, las partes acudirían al tribunal de arbitramento internacional.

Esta etapa de arreglo directo se surtió sin que las partes logaran un acuerdo sobre los reclamos del CHA, pero no fue posible suscribir un acta en la que se plasmaran las posiciones finales de cada una de las partes.

Posteriormente, ante los reiterados incumplimientos del Consorcio contratista, tanto en las entregas parciales, como en la solución de los pendientes detectados al inicio de la operación, la Empresa, mediante la Resolución 1938 del 20 de marzo de 1997, declaró el incumplimiento del contrato 49 de 1984 y en consecuencia, ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria por un valor de \$81.365.075.860, que correspondía al 10% del valor del contrato, decisión que fue confirmada por la Resolución 1958 del 30 de mayo de 1997 (*ver* capítulo 02).

Por su parte, a partir de ese año, el CHA, ante la Cámara de Comercio de Medellín, convocó tres tribunales de arbitramento nacionales, en

los que pretendía, en el primero, el reconocimiento y pago de los intereses de mora generados por el retraso en los pagos de las facturas; en el segundo, el reconocimiento del IVA y pago de parafiscales; y en el tercero, el pago del capital insoluto.

De estas tres demandas arbitrales solo le prosperó al Consorcio la primera, esto es, la relacionada con los intereses de mora, decisión mediante la cual se condenó a la Empresa al pago de diecisiete millones de dólares. Sin embargo, este laudo fue anulado por el Consejo de Estado, por considerar que los árbitros, al momento de tomar esta decisión, se habían pronunciado sobre la legalidad de las resoluciones de incumplimiento, asunto que es del resorte exclusivo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (*ver* capítulo 03).

Cuatro años después de presentar la mencionada demanda contra la cláusula octava del contrato adicional del 13 de febrero de 1992, el Consejo de Estado revocó el fallo de primera instancia, mediante providencia del 26 de febrero de 1998 y en consecuencia, declaró la validez de la misma por considerar que a la fecha en que había sido pactada sí se permitía en Colombia a las entidades públicas acudir a la amigable composición y al tribunal de arbitramento internacional.

De acuerdo con la anterior decisión, el CHA solicitó que se le diera aplicación a lo pactado en la cláusula octava tantas veces mencionada, para lo cual procedió a nombrar amigable componedor, pero el Metro se negó a nombrar el suyo, por lo que el Consorcio acudió a la Cámara de Comercio para que designara el del Metro y darle así cumplimiento a lo pactado en dicha cláusula.

En vista de la insistencia del CHA para nombrar amigable componedor, el Metro instauró acción de tutela, de la cual conoció el juez décimo Civil del Circuito de Medellín, para que le protegiera los derechos fundamentales al debido proceso y derecho de defensa, que estaban siendo vulnerados, por cuanto se estaba exigiendo la aplicación de una cláusula contractual que si bien era válida, había perdido vigencia en virtud del acuerdo celebrado el 14 de junio de 1994.

El juez de tutela, mediante decisión que fue ratificada por la Corte Constitucional en Sentencia SU-091 de 2001, amparó los derechos fundamentales invocados y ordenó al CHA y a la Cámara de Comercio abstenerse de nombrar amigables componedores o árbitros, hasta tanto no

se definiera por el juez competente cuál era la cláusula vigente para la solución de las diferencias, esto es, si la cláusula octava de 1992 (tribunal de arbitramento internacional) o el acuerdo de 1994 (tribunal de arbitramento nacional).

A su vez, se le ordenó al Metro presentar demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que determinara cuál era la cláusula compromisoria vigente para solucionar las diferencias contractuales generadas entre las partes.

Es de anotar que en 1997, el Consorcio Hispano Alemán había demandado las resoluciones de incumplimiento ante el Tribunal Administrativo de Antioquia. En 1999, en el momento de dar respuesta, el Metro, por intermedio de su apoderado el doctor Carlos Betancur Jaramillo, presentó demanda de reconvención y en una de sus pretensiones solicitó que se definiera cuál era la cláusula compromisoria vigente de conformidad con la orden impartida por el juez de tutela, y además formuló reclamaciones por una suma superior a los US\$400 millones, por los perjuicios que excedían el monto de los convenidos anticipadamente en la cláusula penal pecuniaria, por concepto de los incumplimientos y retrasos atribuibles al CHA (*ver* capítulo 04).

No obstante la orden impartida por el juez de tutela, el 5 de julio de 2000, el Consorcio Hispano Alemán convocó un tribunal de arbitramento internacional, con la finalidad de que resolviera los denominados reclamos del 1 al 18, para lo cual nombró árbitro.

Así entonces, la Empresa se encontró ante el dilema de decidir si participaba y nombraba o no árbitro en este tribunal, pues el convocante estaba incumpliendo la orden de un juez de tutela, lo que sirvió de apoyo para que diferentes grupos y personas reconocidas de la ciudad manifestaran su oposición a la participación en el mismo.

Luego de analizar en forma juiciosa los pros y los contras de participar en el Tribunal de Arbitramento Internacional, apoyado en el concepto de los exmagistrados Jorge Arango Mejía y Carlos Betancur Jaramillo, y después de escuchar la opinión de otros juristas, la Empresa resolvió acudir a la convocatoria y nombrar un árbitro básicamente por las siguientes razones: a). tener la oportunidad de alegar la incompetencia del tribunal; b). demostrar la violación al debido proceso, y c). ejercer de fondo la defensa en el proceso arbitral.

Lo anterior, por cuanto es una regla básica en el ejercicio del derecho, que se debe acudir al juez o árbitro ante quien se es demandado, precisamente para ejercer el derecho de defensa y poder alegar así su incompetencia. No acudir le representaba a la Empresa que un tercero nombrara el árbitro, se conformara el tribunal y el Metro perdiera la oportunidad de intervenir en el proceso arbitral.

Incluso, el Tribunal Administrativo de Antioquia, al resolver la acción de tutela instaurada por el Colegio Nacional de Abogados, Conalbos, Seccional Antioquia, organismo que consideraba que con la aceptación de la convocatoria se estaban vulnerando varios derechos fundamentales a la sociedad, consideró que no se estaba vulnerando ningún derecho y que era necesaria su participación.

Esta decisión fue confirmada por el Consejo de Estado, para lo cual consideró que era necesaria la presencia de la Empresa para advertir la incompetencia del tribunal de arbitramento internacional; que el hecho de no nombrar árbitro no significaba que no se pudiera conformar tal tribunal, pues el Reglamento de la Uncitral establecía el procedimiento para hacerlo en estos casos; que no comparecer, además de impedir su defensa, le limitaría la posibilidad de formular otras acciones contra un eventual laudo desfavorable a sus intereses, como el recurso de anulación o una acción de tutela, además de intervenir durante el trámite del exequátur.

En la demanda arbitral se pretendía el reconocimiento y pago de los reclamos denominados del 1 al 18, cuyas pretensiones ascendían a la suma de seiscientos cuarenta millones de dólares, a la fecha de presentación de la demanda.

Al responder la demanda arbitral, el Metro de Medellín, por conducto de su apoderado el doctor Carlos Betancur Jaramillo, hizo énfasis en que la presencia en el Tribunal no obedecía a ningún acuerdo de las partes para acudir al mismo, sino que se hacía para ejercer el derecho de defensa y solicitar la incompetencia del mismo de conformidad con las órdenes impartidas por el juez de tutela. Para tal efecto, propuso la excepción de falta de competencia que hizo consistir en los siguientes tópicos:

Inexistencia de la cláusula compromisoria, pues la cláusula octava mencionada había sido remplazada por el acuerdo suscrito el 14 de junio de 1994, en el que se previó que en caso de no lograrse una etapa de arreglo directo, se convocaría un tribunal de arbitramento nacional.

Reserva de jurisdicción, consistente en que el pronunciamiento acerca de la legalidad de los actos administrativos es de competencia exclusiva de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tal como lo precisaron en sus providencias el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, mediante sentencias del 23 de febrero y 25 de octubre de 2000 respectivamente.

Orden del juez de tutela de abstenerse de dar aplicación a la cláusula octava. Esto es, si en gracia de discusión se aceptara que la cláusula compromisoria era válida, la misma estaba suspendida con efectos coercitivos de obligatorio cumplimiento, por orden del Juez 10° Civil del Circuito y de la Corte Constitucional.

Petición antes de tiempo, pues si se aceptara la vigencia de la cláusula octava, previo a la convocatoria del tribunal de arbitramento internacional, debía agotarse el trámite de la amigable composición.

Prejudicialidad, pues en los pleitos nacionales, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, se estaba discutiendo la legalidad de los actos administrativos que declararon el incumplimiento del contrato 49 de 1984. En consecuencia, el tribunal arbitral no tenía competencia hasta tanto no se profiriera una decisión judicial nacional.

Incompetencia en razón de la materia (*ratione materiae*), con doble alcance: total, que se refiere a todos los reclamos presentados ante el Tribunal de Arbitramento Internacional, pues lo solicitado en cada uno de los reclamos era sustancialmente diferente en conceptos y valores a los relacionados en las comunicaciones de los reclamos originales señalados en la cláusula octava; y parcial, que se refiere a los que no quedaron incluidos en la cláusula compromisoria.

Además de la incompetencia, el doctor Carlos Betancur Jaramillo, al contestar la demanda arbitral, propuso las siguientes excepciones de fondo:

Caducidad, toda vez que el contrato terminó el 31 de marzo de 1997, incluidas las prórrogas contenidas en los contratos adicionales, independientemente de la entrega de las obras, pues dichas entregas no se hicieron en forma definitiva.

Recordemos que según criterio jurisprudencial vigente para ese momento, la oportunidad para liquidar bilateralmente el contrato era de cuatro meses, el cual vencía el 31 de julio de 1997, y para hacerlo uni-

lateralmente se disponía de dos meses más, pero la Empresa no lo hizo. En consecuencia, la caducidad empezó a correr a partir del 30 de septiembre de 1997, razón por la cual había plazo para ejercer la acción hasta el 30 de septiembre de 1999.

De otro lado, se propuso la excepción de *non adimpleti contractus*, consistente en que nadie puede alegar a su favor su propia culpa y para la Empresa, los reclamos contenidos en la demanda arbitral eran fruto del reiterado incumplimiento contractual por parte del CHA, tales como la demora en las entregas parciales y los problemas generados por la interfase vía - vehículo que se evidenció al inicio de la operación (*ver* capítulo 06).

Posterior a la convocatoria del Tribunal de Arbitramento Internacional, con el propósito de realizar el cobro de la cláusula penal que se hizo efectiva mediante las Resoluciones 1938 y 1958 de 1997, la Empresa instauró sendas demandas ejecutivas, así:

Una, contra las compañías de seguros que ampararon el cumplimiento del contrato 49 de 1984 por parte del Consorcio contratista, por valor de \$14.647.798.871, y la otra contra la empresa Siemens Aktiengesellschaft, integrante del CHA, por el valor restante de la cláusula penal, equivalente a la suma total de \$66.710.088.143, solicitudes que fueron aceptadas por el Tribunal Administrativo de Antioquia y confirmadas por el Consejo de Estado (*ver* capítulo 05).

Retomando el Tribunal de Arbitramento Internacional, el 15 de noviembre de 2007, en la ciudad de Panamá se profirió laudo arbitral, el cual no se pronunció de fondo sobre cada una de las excepciones propuestas por el Metro, limitándose a señalar que según la decisión del Consejo de Estado, la cláusula octava era válida y que como no se produjo una recomendación o concepto por parte del grupo de arreglo directo, no era posible predicar que el acuerdo de 1994 hubiera sustituido dicha cláusula.

En relación con la orden de abstenerse de convocar el Tribunal de Arbitramento Internacional, impartida por el juez de tutela, se dijo en el laudo que una vez definido que el acuerdo plasmado en la cláusula compromisoria era válido, este no podía verse limitado por la decisión de un juez local, pues era el juez arbitral internacional el que definía su propia competencia.

En cuanto a la excepción de caducidad, señaló que su término no había empezado a correr, pues, de un lado, la Entidad no había recibido a satisfacción la obra, y de otro, no había cumplido con el procedimiento establecido en el contrato para su liquidación. Desconoció así el Tribunal Internacional que la ley colombiana establece que la caducidad opera por el simple transcurso del tiempo y no está supeditada al cumplimiento de ningún requisito, máxime en este caso, cuando el recibo a satisfacción de la obra no se produjo por los incumplimientos evidenciados al momento de su entrega.

Sin más análisis, el Tribunal de Arbitramento Internacional procedió a pronunciarse acerca de los reclamos formulados por el CHA y condenó a la Empresa al reconocimiento y pago de una suma cercana a los ciento sesenta millones de dólares.

Contra la decisión del Tribunal de Arbitramento Internacional, la Empresa de Transporte Masivo presentó recurso de anulación ante la Suprema Corte de Justicia de Panamá, país sede del tribunal arbitral, por cuanto se configuraban las causales para anular la decisión, que pueden resumirse en la falta de competencia, de conformidad con las excepciones propuestas en el proceso, que no fueron debidamente desvirtuadas en el laudo.

A los largos y complejos pleitos jurídicos, se le sumó la posición que asumió la firma alemana Siemens AG durante el proceso contractual iniciado por el Metro para la compra de nuevas unidades de trenes, trámite en el que la Entidad exigió que la propuesta debía incluir un equipo que permite garantizar la seguridad de la marcha de los trenes que solo es fabricado por dicha compañía. Era obvio que si Siemens no suministraba este equipo, ninguna otra empresa podría cumplir con este requisito.

Al presentar su propuesta, Siemens AG, a sabiendas de la dependencia tecnológica de la Empresa frente a dicho equipo de seguridad, condicionó su oferta a que previamente se resolvieran en forma definitiva todas las reclamaciones, controversias y disputas derivadas de la ejecución del contrato 49 de 1984.

Para la Empresa, esta conducta constituyó un abuso de la posición dominante por parte de la firma oferente, razón por la cual formuló una queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio, autoridad que

si bien, adelantó la investigación por estos hechos, finalmente, con fundamento en el contrato de transacción al que se hará alusión, archivó las diligencias (*ver* capítulo 07).

Luego de varias conversaciones entre las partes y ante la demora de los jueces nacionales y de la Suprema Corte de Justicia panameña para decidir acerca de todas las controversias surgidas entre los contratantes, el 10 de septiembre de 2009 se firmó un contrato de transacción, mediante el cual se dio por terminada en forma definitiva la totalidad de las diferencias, litigios y recursos que separaban a las partes con ocasión de la ejecución del contrato 49 y sus adicionales y en consecuencia, el Metro reconoció y pagó al Consorcio la suma neta de tres millones quinientos catorce mil cuatrocientos nueve dólares (USD 3.514.409).

Esta decisión se tomó luego de hacer un análisis de todos los escenarios en cada uno de los procesos judiciales, que si bien tenían una alta vocación de prosperidad, su demora le estaba ocasionando unas cuantiosas inversiones a la Entidad, pues tenía que dedicar gran parte de la actividad laboral de sus funcionarios a la atención de estos pleitos, en lugar de destinarlos a las actividades cotidianas de prestación del servicio, que constituye la razón de ser del Metro de hoy (*ver* capítulo 08).

A continuación, entonces, los invitamos a leer en detalle los pleitos jurídicos entre las partes, derivados de la ejecución del contrato 49 de 1984.



# Introducción

¡Una defensa con  
razón y pasión!

En los textos que ofrecen a continuación los abogados de la Dirección Jurídica del Metro de Medellín, elaborados con toda dedicación, se cristaliza la iniciativa de nuestro gerente general, Ramiro Márquez Ramírez, de documentar la estrategia jurídica que implementamos para defender la Empresa frente a los litigios planteados entre esta y el Consorcio Hispano Alemán, que construyó el sistema de transporte masivo de pasajeros del Valle de Aburrá.

Como líder en ese momento en el que me desempeñaba como directora jurídica de este gran equipo de trabajo apoyado por la experiencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo, tuve el privilegio de acompañarlos de cerca en todos los momentos del proceso arbitral y, muy especialmente, en la definición de la estrategia jurídica para los alegatos finales. Debo reconocer que allí aprendí más que en toda mi vida profesional, pues ellos me sorprendían gratamente en cada discusión que adelantábamos para tomar alguna decisión que requería la presencia del equipo jurídico en pleno.

Los documentos jurídicos escritos a lo largo de todos los procesos –ya que además del arbitramento internacional llegamos a tener otros siete pleitos– son verdaderas obras académicas elaboradas con excelente técnica jurídica, una pertinencia precisa y absolutamente ajustados a

los temas tratados. Es decir, sin “rabuleos”, tan comunes en los abogados en todas las épocas.

Debo reconocer la gestión adelantada por todos los abogados asesores y apoderados con quienes contó el Metro a lo largo de los más de veinte años de pleitos y, por supuesto, a quienes me precedieron en la Dirección Jurídica, dado que se enfrentaron con decisión, calidad y profesionalismo a cada una de las reclamaciones presentadas por el Consorcio Hispano Alemán, a los tribunales de arbitramento nacionales iniciados por las firmas contratistas y a los procesos ejecutivos contra la Siemens AG y las compañías de seguros que ampararon el cumplimiento del contrato 49 de 1984.

De este gran equipo de trabajo resalto su empeño en fijar las bases para garantizar la buena defensa de la Empresa como también su dedicación. Basta revisar los inicios de los conflictos con el Consorcio en los estrados judiciales para encontrar valiosos aportes que sirvieron de fundamento para la buena defensa de la Entidad.

Los textos de este libro reflejan en su contenido las dificultades que se tuvieron que superar para lograr la finalización y entrega de la obra civil del Metro, construcción que fuera contratada con seis grandes empresas extranjeras congregadas en un consorcio, el cual se denominó Consorcio Hispano Alemán –más conocido como el CHA–, en el cual uno de sus integrantes, no menos importante que los demás, fue la multinacional alemana Siemens.

En este orden de ideas, los pleitos jurídicos que se desataron en torno a la construcción de la obra fueron de total relevancia tanto para el Metro como para el Gobierno colombiano. Y, por supuesto, también para las empresas del Consorcio Hispano Alemán y los Gobiernos a los cuales pertenecían, España y Alemania, por el impacto que dichos pleitos tenían en las relaciones internacionales de Colombia con los citados países.

Una vez que la Empresa declaró el incumplimiento del contrato 49 –suscrito con el Consorcio Hispano Alemán para el diseño, financiación, construcción y puesta en funcionamiento del Metro–, como consecuencia de dicha decisión se adelantaron por parte del Metro y del Consorcio varios procesos judiciales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y un proceso arbitral internacional convocado por el CHA, conocido como el Tribunal de Arbitramento Internacional (TAI).

Los abogados escritores de estos textos se preocuparon por hacer una redacción clara, precisa y sin tecnicismos, para que la obra pueda ser accesible a cualquier ciudadano. Sin embargo, su verdadero valor está en el cumplimiento del sueño de nuestro gerente: “Niña, que sea un libro para que los estudiantes de Derecho y los abogados que aún no se hayan enfrentado a grandes pleitos, ni contra gigantes contendores, se puedan enriquecer de su experiencia y conocimiento, para que se convenzan de que lo público se puede defender entregando hasta la última gota de sangre”. Eso, ni más ni menos, fue lo que hicimos en el Metro de Medellín.

Luz Marina Aristizábal Correa  
Secretaria general del Metro de Medellín Ltda.



# 01

La cláusula  
que internacionalizó  
el pleito jurídico  
con el Consorcio



# 01

## La cláusula que internacionalizó el pleito jurídico con el Consorcio

**Demanda de nulidad** de la cláusula octava del contrato adicional del 13 de febrero de 1992.

La gestación y puesta en servicio del tren metropolitano fue accidentada. El plazo para realizar los diseños fue prorrogado tres meses; se hicieron ajustes al trazado; se corrió en varias ocasiones la fecha de entrada en funcionamiento del sistema de transporte masivo; se firmaron 40 documentos relacionados con contratos adicionales, actas, convenios y acuerdos; hubo declaratorias de caducidad y de incumplimiento; también parálisis de las obras; se introdujeron cláusulas que originalmente no estaban para dirimir controversias; y se acumularon miles y miles de folios con demandas y contrademandas, por sumas que, combinadas, pasaban de largo los US\$1.000 millones, y que obligaron a utilizar el experto consejo de todo un ejército de ilustres e influyentes juristas colombianos.

Aunque el contrato 49, suscrito en 1984 entre el Metro de Medellín y el Consorcio Hispano Alemán, era claro en el mecanismo escogido para dirimir las controversias que se presentaran, en 1992 se firmó un acuerdo que incluyó una cláusula que le abrió las puertas a la internacionalización de los pleitos con el contratista.

El contexto en que se dio esta modificación era prácticamente una constante: la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Li-

mitada recibía presiones de parte del Consorcio Hispano Alemán, del Gobierno colombiano y de los Gobiernos español y alemán, tanto para reestructurar el tema financiero como para continuar con la ejecución de las obras y aceptar los reclamos del contratista.

A pesar de los reparos jurídicos que habían sido identificados y manifestados en diferentes comunicaciones y reuniones, la entidad aceptó incluir dentro del contrato adicional, suscrito entre las partes el 13 de febrero de 1992, la cláusula octava, por medio de la cual se sometía a la solución de amigables componedores las diferencias que se habían materializado en los reclamos que el Consorcio Hispano Alemán enumeró del 1 al 18.

Igualmente, se pactó en esta cláusula que las decisiones de los amigables componedores se fundamentarían en derecho y que si por dicho procedimiento no se obtenían fórmulas que permitieran solucionar las diferencias anotadas, las partes las someterían a un arbitraje internacional con sede en Panamá, en los términos de la convención adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitramento Comercial Internacional el 10 de junio de 1958, aprobada por el Congreso de Colombia por medio de la Ley 39 de 1990. Para tal efecto, acordaron que se acogerían al reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas, en todas sus partes, siendo la ley colombiana el derecho aplicable a este caso, que el mismo se tramitaría en idioma español y que el tribunal estaría conformado por tres árbitros.

En desarrollo de esta cláusula, el 2 de junio de 1993 las partes acordaron el procedimiento para la integración y funcionamiento de los amigables componedores. Allí se consagró que serían tres componedores; cada una de las partes disponía de 30 días para nombrar al suyo y el tercero sería nombrado entre los dos; que si las partes no hacían el nombramiento dentro de este término, sería un tercero quien se encargaría de esta tarea, que para el caso de la Empresa era el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín.

Se estableció también que como mínimo dos de los amigables componedores debían ser abogados, no así el tercero, el cual tampoco podía tener la nacionalidad de las partes en el contrato, esto es, colombiano, español o alemán; se determinó que las decisiones de los componedores podían ser tomadas por mayoría y debidamente motivadas, y que las mismas tendrían efectos de cosa juzgada.

Es importante precisar que la cláusula octava del contrato adicional del 13 de febrero de 1992 y el procedimiento acordado para su aplicación modificaron la cláusula 44 del contrato 49 de 1984, pues allí se establecía que las diferencias que surgieran durante la ejecución del contrato serían sometidas a un tribunal de arbitramento nacional.

Posteriormente, la Empresa consideró que lo pactado en la cláusula octava y en el procedimiento para su aplicación era violatorio de la Constitución y la ley colombianas. Por tal motivo, procedió a instaurar demanda contractual ante el Tribunal Administrativo de Antioquia en la que solicitó la nulidad de dicha cláusula y de los acuerdos que la desarrollaron, por las siguientes razones:

La amigable composición solo había sido reglamentada en Colombia para dirimir conflictos que se presentaran entre particulares, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30 de 1987 y el Decreto 2279 de 1989, por tanto, las entidades públicas no estaban autorizadas para celebrar convenios que implicaran someter la decisión de controversias surgidas de la ejecución de un contrato estatal a amigables componedores.

De conformidad con el artículo 76 del Decreto 222 de 1983, norma vigente al momento de la celebración del contrato adicional del 13 de febrero de 1992, las entidades públicas solo podían pactar en sus contratos que las diferencias que se suscitaran durante la ejecución del contrato podían ser sometidas a la decisión de tribunales de arbitramento nacionales, excluyendo de esta manera la posibilidad de convocar tribunales de arbitramento internacionales.

Con la entrada en vigencia de la Ley 39 de 1990, aprobatoria de la Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, no se autorizó a las entidades públicas pactar tribunales de arbitramento internacionales, pues allí simplemente los Estados se obligaban a reconocer los acuerdos que impusieran someter a arbitraje aquellos asuntos que pudiesen ser resueltos por este mecanismo y era claro que en Colombia estaba prohibido el arbitramento internacional, de conformidad con el artículo 76 del Decreto 222 de 1983; esta posibilidad solo se presentó con la expedición de la Ley 80 de 1993, que fue sancionada con posterioridad a la suscripción del contrato adicional del 13 de febrero de 1992.

Por su parte, los integrantes del Consorcio Hispano Alemán, al pronunciarse sobre la demanda, defendieron la legalidad de la cláusula y de los acuerdos que la desarrollaban; consideraron que su estipulación cumplió con las previsiones de los artículos 48 y 49 del Decreto 2279 de 1989 que permitía pactar la amigable composición y el arbitramento internacional y de la Ley 39 de 1990 que autorizó el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

Frente a que la posibilidad de pactar la amigable composición y el arbitramento internacional solo se estableció a partir de la Ley 80 de 1993, el apoderado de la Empresa Ateinsa señaló:

(...) podría aducirse, en el sentido de que la Ley 80 de 1993 al ser posterior su vigencia en el tiempo a la celebración del contrato 49 y a su adición, no los ampara en lo que respecta a la cláusula de los amigables componedores.

Grave error de hermenéutica, porque esa elaboración de los amigables componedores, es por esencia de carácter procedimental, encaminada a fijar los mecanismos indispensables para la solución de los conflictos surgidos entre las partes.

(...)

Dicho en otra forma, las normas procedimentales no solo son de aplicación inmediata, sino que extienden retroactivamente sus efectos para cubrir situaciones constituidas con referencia al pasado.

Como excepción de mérito, el apoderado de la empresa antes mencionada, integrante del Consorcio Hispano Alemán, propuso la excepción de Falta de Interés Jurídico para interponer la acción, pues en su entender, de conformidad con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, condicionó su procedencia a la existencia de un perjuicio.

En efecto, no es posible poner en funcionamiento el órgano jurisdiccional del poder público para que declare simplemente la existencia de una nulidad absoluta que no ha causado un menoscabo real de intereses jurídicamente protegidos.

Asimismo, el apoderado de las empresas que conformaban el grupo de obras civiles del Consorcio Hispano Alemán señaló al dar respuesta a la demanda que “la amigable composición acordada en el contrato adicional es un mecanismo contractual no prohibido por la ley y por tanto es válido”. Al respecto, agregó:

Como se ha dicho, para que pudiera predicarse la nulidad de la amigable composición pactada se requería que existiera una norma de carácter imperativo que la prohibiera.

Y más adelante precisó:

Hemos dicho que para que la amigable composición –mecanismo contractual, no jurisdiccional– sea nula se requiere que una norma imperativa la haya prohibido, y que tal norma no existe, razón por la cual se impone predicar la validez y fuerza vinculante de lo acordado.

Pero es más, la amigable composición estaba prevista en la legislación colombiana como una forma de resolver los conflictos mediante mandatarios –amigables componedores–.

En efecto, el 13 de febrero de 1992 ya se encontraban en vigencia el Decreto 2279 de 1989, el cual en el artículo 51 se limitó a definir la amigable composición y en el artículo siguiente estableció los requisitos formales de la expresión de voluntad de las partes para someterse a ella.

Frente al arbitramento internacional, el apoderado de las accionadas señaló que de conformidad con el artículo 48 del Decreto 2279 de 1989, estaba permitido pactar tribunales de arbitramento internacionales, posibilidad que también fue prevista mediante la Ley 39 de 1990.

Después de adelantado todo el trámite judicial previsto para este tipo de procesos, el Tribunal Administrativo de Antioquia, con ponencia del magistrado Mario Vélez Atehortúa, dictó fallo de primera instancia el 14 de septiembre de 1995, en el que acogió los términos de la demanda y declaró la nulidad de la cláusula octava del contrato adicional del 13 de febrero de 1992 y los acuerdos que la desarrollaban.

En primer término, señaló el Tribunal sobre las excepciones propuestas:

Según lo estipula el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo cualquiera de las partes de un contrato administrativo con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad que es precisamente a lo que se endereza la presente acción, bajo la idea que una cláusula de un contrato adicional al 49 de 1984 y que por supuesto hace parte del mismo, supera artículos de la anterior y de la actual Constitución Nacional, el Decreto Ley 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y principios generales que rigen lo contractual, encajando con perfección con los presupuestos que la ley ha consagrado para que el juez administrativo determine si le asiste razón o no en derecho a la ahora demandante que acude a esta jurisdicción para contradecir lo que en su momento fue su voluntad.

Se trata de lograr la nulidad de una cláusula y de un procedimiento acordado en desarrollo de la misma por ser contrario a normas de derecho público colombiano al decir de la demandante y mal podría y como lo sugiere una de las demandadas que esto es propio al ámbito de un tribunal de arbitramento, suplantándose así por parte de particulares una función exclusiva que conforme al artículo 116 de la Constitución Nacional debe desarrollarse a través de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Procuraduría General, los Tribunales y los jueces que son los que administran justicia.

Es cierto que los particulares pueden ser investidos transitoriamente para administrarla en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad en los términos que determine la ley, pero su poder no puede llegar hasta disponer del orden jurídico que no es negociable, como sí los intereses propios de las mismas que es lo que se logra con estos arbitramentos o conciliaciones.

Ahora, frente al fondo de las pretensiones, precisó el Tribunal:

El análisis jurídico en esta controversia, podrá circunscribirse en primer lugar al Estatuto Contractual contenido en el Decreto 222 de 1983, en segundo término a mirar qué valor tienen algunas disposiciones que fueron

tomadas entre el año de 1984 época del contrato 49 y el de 1992 donde se estipuló el contrato adicional y que pudo haber agregado y por último, sobre el nuevo Estatuto Contractual consagrado en la Ley 80 de 1993. Como es fácilmente detectable la posición de la Entidad demandante ETMVA hace hincapié en el quebrantamiento del Decreto 222 de 1983 y específicamente de sus artículos 74 y 76, mientras que las sociedades que conforman el Consorcio Hispano Alemán y que intervinieron en el proceso radican su defensa en la Ley 80 de 1993 y en normas anteriores a la misma, especialmente la Ley 30 de 1987 y el Decreto 2279 de 1989.

(...)

Tan fundamentales han sido las diferencias surgidas en el régimen contractual de las entidades públicas, que el análisis que se intenta tomándose con exclusividad el Decreto 222 de 1983 y otras disposiciones legales expedidas con posterioridad a la celebración del contrato de 1984 y antes de la firma del Acuerdo Adicional de febrero de 1992, y por supuesto la Ley 80 de 1993 llevará a conclusiones totalmente contrarias.

En otras palabras, el análisis que se hará del acuerdo de voluntades del 13 de febrero de 1992 ajustándolo al Decreto 222 de 1983 y aun como se intentará, de regulaciones posteriores y anteriores al nuevo Estatuto Contractual auspiciarán que le asiste razón a la entidad demandante para buscar no solamente la nulidad de la cláusula octava del contrato adicional sino además de lo estipulado el 2 de junio de 1993 y conocido como procedimiento acordado para la integración y funcionamiento de los componedores y además, del documento denominado Acta de Madrid suscrito el 4 de junio de 1993 donde se dispuso que el tercero de los amigables componedores, no podía ser de nacionalidad francesa y de que a falta de acuerdo para su nombramiento lo designaría la Cámara de Comercio Internacional de París.

Al efecto:

La cláusula ya anotada consagró o dispuso que las partes acordaban poner a consideración de amigables componedores las diferencias que se habían materializado en unos reclamos del 1 al 18, remitidos por el con-

tratista a la ETMVA, añadiéndose que las decisiones serían en derecho y si por este procedimiento no se obtuvieran fórmulas positivas que condujeran a dirimir con fundamento en la ley y el contrato las diferencias, las partes lo llevarían a arbitraje internacional en los términos de la convención adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitramento Comercial e Internacional el 10 de junio de 1958, aprobado por el Congreso de la República de Colombia mediante la Ley 39 de 1990.

Se impusieron así dos figuras jurídicas, la primera la Amigable Composición y la segunda el Arbitraje Internacional si lo primero fracasara.

Se diría que si el contrato adicional del 13 de febrero de 1992 se hubiera sometido a la revisión del Tribunal Administrativo de Antioquia en cumplimiento de lo que existía en el C. C. A., artículos 253 y siguientes, y aun en desarrollo de lo dispuesto en el ya tantas veces anotado convenio, que en su cláusula décima cuarta dejó vigentes los términos y condiciones del contrato 49, que no le fueran contrarios y que en esta forma patrocinaban su revisión en virtud de los artículos 50, 51 y 299 del Decreto 222 de 1983, este se había declarado no ajustado a la ley.

Como ya se anotó en el derecho público contrario a lo regulado para particulares, los funcionarios públicos solo pueden hacer aquello que la misma ley o el reglamento autoricen, de acuerdo a claras normas de la Constitución anterior y de la actual, artículos 6 y 122 y por supuesto, del 121 que puede ser aún más apropiado al tema:

“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley”.

Y la ley en el año de 1992 para los contratos era el Decreto 222 de 1983 que en su artículo 74 dispuso lo siguiente:

“De la sujeción a la ley colombiana y de la renuncia a la reclamación diplomática. Los contratos que se celebren con personas extranjeras están sometidos a la ley colombiana y a la jurisdicción de los tribunales colombianos. En ellos deben constar la renuncia del contratista extranjero a

intentar reclamación diplomática en lo tocante a las obligaciones y derechos originados en el contrato, salvo el caso de denegación de justicia”.

“Se entiende que no hay denegación de justicia cuando el contratista ha tenido expeditos los recursos y medios de actuación que, conforme a las leyes colombianas, puedan emplearse ante las jurisdicciones ordinaria o contencioso administrativa”.

Esta norma obligatoria tanto en 1984 como en 1992 fue la que se estipuló en el artículo 42 del contrato 49 de 1984 ya destacado en esta providencia en negrillas y llevado textualmente.

El artículo 76 del Decreto 222 de 1983 hizo alusión a la cláusula compromisoria en esta forma:

“Salvo disposición en contrario, en los contratos podrá estipularse la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se susciten en relación con el contrato.

”Los árbitros serán designados en la forma prevista en el Código de Comercio y su fallo será siempre en derecho”.

Algo a lo cual se acogieron las partes en el año 1984 consignado en la cláusula 44 y también destacado en negrilla con anterioridad.

O sea que el legislador no concibió la amigable composición para los entes públicos sino con propiedad a partir de octubre de 1993 Ley 80 artículo 68 y entonces una revisión por parte de la jurisdicción contenciosa del contrato adicional rechazaría al rompe la amigable composición, porque esta no existía o mejor no se autorizaba para las entidades públicas y porque además, el arbitraje internacional llevado al convenio adicional repudiaba un Tribunal Nacional que era lo que la ley admitía.

Se afirma por alguna de las sociedades conformantes del Consorcio en la contestación a la demanda que el Decreto 222 de 1983 no prohibía la amigable composición, pero esta presentación no puede tener acogida

por lo que ya se ha reiterado que a diferencia de lo que ocurre con los particulares que pueden hacer todo lo que no está prohibido legalmente, los entes y funcionarios públicos solo pueden hacer aquello que les es expresamente permitido.

Tampoco se podrá argumentar que la amigable composición ya existía como facultad de los Entes públicos en el mundo jurídico y en virtud de la Ley 30 de 1987 y específicamente en su Decreto Reglamentario 2279 de 1989 por lo siguiente:

La Ley 30 de octubre 9 de 1987, “por la cual se confieren unas facultades extraordinarias y se dictan otras disposiciones” revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para un sinnúmero de situaciones dirigidas a la Rama Jurisdiccional y entre otras en su artículo 1º. literal g), lo facultó para “implementar sistemas jurisdiccionales de solución de conflictos entre particulares como la conciliación, el arbitraje, los juicios de equidad”.

Por eso, el Decreto Ley 2279 de 1989 en el cual se implementan sistemas jurisdiccionales de solución de conflictos no pudo ir más lejos que la Ley 30 de 1987 pues ciñéndose a ella en su encabezamiento solo se refirió a conflictos entre particulares.

Pero existe un interrogante necesario de resolver consistente en, si efectivamente eso que se denominó amigable composición responde en esencia a dicha figura jurídica o si por el contrario está lejos de serlo.

Para el Tribunal lo pactado en la cláusula octava del contrato discutido y en las Actas del 2 y 4 de junio de 1993 es sui generis, pragmático, esto es, buscando efectos prácticos pero alejados de un total ceñimiento a la ley que entre otras cosas es el ámbito que tiene el juez en esta decisión.

Y se afirma lo anterior por cuanto tanto en la forma como se integran los amigables componedores, tres en total para decidir en derecho donde uno de ellos era extranjero y además no todos abogados, hacen observar solo el fin de acercamiento sin consultar algunos límites legales.

El artículo 68 de la Ley 80 de 1993 autorizó la amigable composición en las Entidades públicas, pero lo cierto es que no ha existido una ley que precise hasta ahora la forma de su funcionamiento, el número, la designación, la cuantía hasta la cual se pueden comprometer los dineros públicos, las calidades y nacionalidad de sus integrantes, las facultades de los mismos y otras situaciones que por supuesto requerirán de precisión, ya que dadas las responsabilidades que tiene el funcionario público así lo exigen, sin poderlos enmarcar dentro de lo existente para los particulares donde también se puede mirar que no hay una regulación clara de tal figura, salvo en el Decreto 2279 de 1989 artículo 51 adicionado por el 116 del Decreto 2391, decreto primero que como ya se ha dicho era ajeno a las entidades públicas porque así lo dispuso el legislador en la Ley 30 de 1987, y solo válido a partir de octubre de 1993.

(...)

Por eso no sería necio concluir que esta forma como se desarrolló la amigable composición tiende más a un Tribunal de Arbitramento que al introducir en su integración a un extranjero, quebranta el ámbito de la jurisdicción colombiana consagrada en claros preceptos constitucionales y legales.

Es que además nombrar cada una de las partes a su representante y admitir que con la anuencia de un tercero se gane la mayoría, la figura de la amigable composición parece no serla y sujetarlos a que sus decisiones fueren en derecho, consultando la ley colombiana donde un tercero es un extranjero y alguno de los miembros no abogado, invita también a contradecir por lo menos la lógica.

Pero aun aceptándose que la cláusula octava y sus procedimientos seguidos es la amigable composición de que ya habla con propiedad la Ley 80 de 1993, pero que aún no se ha diseñado para las Entidades Estatales en su procedimiento, los razonamientos expuestos con anterioridad obligan a entender que lo controvertido efectivamente superó los artículos 74 y 76 del Decreto Ley 222 de 1983 en aspectos jurídicos tan vitales como son la jurisdicción, válido para accederse a lo pedido sin necesidad de hacer reflexiones sobre la otra figura jurídica introducida en la cláusula octava,

esto es la posibilidad de llevar los reclamos numerados del 1 al 18 a un arbitraje internacional.

Finalmente, frente a la posibilidad de acudir a un tribunal de arbitramento internacional, el Tribunal, después de transcribir la cláusula octava del contrato adicional del 13 de febrero de 1993, indicó:

Estas solas transcripciones bastarán para afirmar que el arbitraje internacional contemplado en el contrato adicional de febrero de 1992, no era alternativo sino subsidiario y de que solo a ello se podría llegar a falta de que los amigables componedores no hubieran acordado.

Entonces como corolario de esta precisión si el mecanismo principal que es la amigable composición adolece de nulidad, el arbitraje por no tener entidad autónoma adolecerá del mismo vicio y en consecuencia, no habrá necesidad de intentar disquisiciones sobre si la fecha en que se pactó o aun con posterioridad y dentro del Estatuto Contractual actualmente existente, es factible.

Está pues la presente decisión exclusivamente basada en el Decreto Ley 222 de 1983 bajo la idea, además, de que ni la Ley 30 de 1987 y el Decreto 2279 de 1989 recalcados en las contestaciones a la demanda, habilitaban la amigable composición porque en el momento de su celebración esta forma de arreglar conflictos no era permitida en el ámbito de las Entidades públicas.

Habrà de agregarse además que la misma Ley 80 de 1993 en su artículo 78 dispuso lo siguiente:

“De los contratos, procedimientos y procesos en curso.

”Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación”. Algo que no se puede leer de otra forma a pesar de que las sociedades demandadas al unísono y de consuno predicen que no se puede aplicar en

forma exegética y rigurosa, porque lo cierto es que conforme a lo expuesto en esta parte lo que le ha servido de fundamento ha sido el Estatuto Contractual del año de 1983, norma vigente en febrero de 1992.

Este fallo del Tribunal Administrativo de Antioquia fue apelado por todos los integrantes del Consorcio Hispano Alemán, para lo cual reiteraron los argumentos planteados al momento de contestar la demanda. Veamos:

Exponen que al momento de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993 no se había iniciado proceso de solución de diferencias entre las partes, por tanto, cualquier procedimiento que se comenzara con posterioridad a su vigencia, estaría regido por la nueva ley, puesto que la antigua en materia de procesos contractuales solamente regía para los procesos ya iniciados.

Además, se pedía la sanción de nulidad para un pacto que no estaba prohibido, y que la validez de la cláusula impugnada también se obtenía de la aplicación del artículo 106 del Código de Comercio, que consagraba un caso en el cual una conducta prohibida se convertía en permitida entre el momento de suscripción de un contrato y su cumplimiento. En consecuencia, solicitaron su aplicación analógica.

Asimismo, insistieron las demandadas en la legalidad de las cláusulas acusadas con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 2279 de 1989 y de la Ley 39 de noviembre 20 de 1990 y que de conformidad con el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, que establecía los mecanismos de solución directa de las controversias contractuales, también servían de fundamento a su validez, por tratarse de normas procesales de aplicación inmediata.

El Consejo de Estado, mediante providencia del 26 de febrero de 1998, revocó el fallo de primera instancia y en su lugar negó las pretensiones de la demanda, para lo cual señaló:

Para la Sala la sentencia apelada debe ser revocada, para en su lugar negar íntegramente las súplicas de la demanda, como quiera que las cláusulas demandadas no adolecen de la ilegalidad que llevó a *a quo* a declarar su nulidad, dado que en febrero de 1992 sí existía disposición legal que permitía a la administración acudir a la amigable composición y al arbitramento internacional para lograr la solución de los conflictos surgidos del contrato estatal.

(...)

La entidad estatal demandante acusa ese convenio de ser ilegal, porque entiende que al momento de su celebración la administración carecía de competencia para acudir a las figuras de la amigable composición y del arbitramento internacional, dado que solo a partir de la Ley 80 de 1993 se estableció para la administración la posibilidad de utilizar estos mecanismos de solución de conflictos.

Para la Sala no es correcta la conclusión de la parte actora, por cuanto la normatividad vigente en febrero de 1992 fecha en la cual se celebró el pacto, sí permitía a la administración convenir el sometimiento de los conflictos que se presentaran en la ejecución del contrato 49, a la amigable composición y al arbitramento internacional, conforme se lo prescriben el Decreto 2279 de 1989 y la Ley 39 de 1990, esta última mediante la cual se aprobó la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitramento Comercial, el 10 de junio de 1958.

El acuerdo no se opone a las normas citadas como violadas, que son los artículos 11, 15 y 58 de la Carta Política de 1886, ni a los artículos 99, 100 y 116 de la Constitución Política de 1991; ni a los artículos 74 y 76 del D. L. 222 de 1983; ni al artículo 78 de la Ley 80 de 1993; ni al artículo 51 del D. L. 2279 de 1989; ni tampoco a la Ley 39 de 1990, como lo afirma la entidad demandante. Por el contrario, se ajusta en un todo a derecho, especialmente a las dos últimas normas enlistadas.

Al convenio logrado entre las partes en febrero de 1992, le son aplicables el Decreto 2279 de 1989 y la Ley 39 de 1990, en cuanto regulan la forma de solucionar los conflictos surgidos de los contratos. Uno y otro estatuto son aplicables al contrato celebrado en 1984, en relación con el cual se pactó en 1992 la cláusula demandada cuyo contenido se refiere al modo de solución de unos conflictos surgidos de ese contrato; y le son aplicables tales normas, por cuanto de conformidad con lo establecido por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, a los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, excepto aquellas concernientes al

modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y las que señalen penas para el caso de infracción de lo estipulado.

En el acuerdo demandado las partes convinieron unas formas de solucionar los conflictos surgidos del contrato 49, y a los cuales ya estaban enfrentadas; en primer lugar acudir a la amigable composición, figura que no es más que una transacción lograda a través de terceros con facultades para comprometer a las partes, y, en subsidio, frente al fracaso total o parcial de la amigable composición, se previó la forma de reclamar en juicio, no el juicio formal establecido para ser tramitado ante la justicia ordinaria o contenciosa administrativa, sino que se acudió a la figura del arbitramento internacional, concebida como una forma válida de decidir los conflictos que se presenten entre las partes de un contrato, y cuya procedencia está expresamente autorizada en la legislación colombiana desde la vigencia de la Ley 39 de 1990, mediante la cual se aprobó la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, aplicable tanto para personas jurídicas de derecho privado, como para personas jurídicas de derecho público.

El Decreto 2279 de 1989 mediante el cual se reguló la amigable composición y el arbitramento, fue dictado por el Presidente de la República en virtud de precisas facultades para implementar sistemas jurisdiccionales de solución de conflictos entre particulares, como la conciliación, el arbitraje, los juicios de equidad, que le fueron conferidas por el Congreso a través de la Ley 30 de 1987.

El hecho de que las facultades otorgadas en esa ley se hayan referido a la solución de conflictos entre particulares, le ha servido a la demandante como argumento para sostener equivocadamente que entonces la amigable composición y el arbitramento internacional allí establecidos, no pueden utilizarse por parte de una entidad estatal. Sobre el particular es menester analizar separadamente las figuras de la amigable composición y del arbitramento internacional. Con respecto a la primera, cabe resaltar que la amigable composición es simplemente una transacción lograda a través de terceros con facultades para comprometer contractualmente a las partes. Recuérdese que desde el Decreto 01 de 1984 artículo 218, se

autorizó a las entidades estatales para transigir en asuntos relacionados con controversias contractuales. Es decir, que la amigable composición no fue establecida por primera vez en el Decreto 2279 de 1989, sino que ese decreto se limitó a retomar la figura para reglamentarla, dicho sea de paso, en forma incipiente. Por otra parte el Código de Procedimiento Civil (Decretos 1400 y 2019 de 1970) ya contemplaba la figura de la amigable composición al prever en el artículo 677, luego tomado por el artículo 51 del Decreto 2279 de 1989, que en las controversias susceptibles de transacción que surgieran entre personas capaces de transigir, podían los interesados someter sus diferencias a amigables componedores. Como consecuencia de las consideraciones que anteceden, fuerza es concluir que la amigable composición no se sustentó por primera vez en el Decreto 2279 de 1989 sino en normas vigentes por la época en la cual se celebró el contrato.

En relación con el arbitramento internacional, su pacto estaba expresamente autorizado por la Ley 39 de 1990, aplicable a este caso, conforme adelante se analizará.

Desde el Código de Procedimiento Civil de 1970, la legislación ha previsto la amigable composición; en aquella normatividad en el artículo 677, luego adoptada por los artículos 51 y 52 del Decreto 2279 de 1989, adicionada por el artículo 16 de la Ley 23 de 1991. No resulta exótico a la legislación colombiana el pacto de amigable composición en los términos acordados en el convenio demandado. Antes de celebrarse el acuerdo, en el momento de su celebración, y hoy, ha existido norma positiva que permite acudir a tal procedimiento como medio extrajudicial de solución de conflictos.

Por otro aspecto tampoco se desnaturaliza la figura de la amigable composición, cuando las partes convienen frente a la intervención de tres amigables componedores, que las decisiones se tomarán por mayoría. La ley no regula la forma como se adelantará la amigable composición, dejando a las partes en libertad para pactar lo que estimen conveniente; lo que en manera alguna implica que la decisión por mayoría convierta la figura en una decisión de carácter judicial, dado que los amigables componedores obligan contractualmente a las partes porque actúan por

mandato de estas, y no con la fuerza procesal de sentencia. Los tratadistas nacionales, en consonancia con lo dispuesto en la normatividad procesal civil, coinciden en tratar la figura de la amigable composición como un acuerdo de carácter contractual, cuyos efectos se asimilan a los de la transacción, sin reconocerle al acuerdo que se logre el carácter de decisión judicial, que solo puede ser proferida por quien esté investido de jurisdicción, bien sea en forma permanente o transitoria, por la voluntad de las partes cuando la ley así se los permite, mientras que los amigables componedores no están investidos de jurisdicción.

(...)

Ahora bien: la Ley 39 de 1990, mediante la cual se aprobó la convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitramento Comercial el 10 de junio de 1958, también es aplicable frente al contrato estatal, dado que reconoce valor a las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide su reconocimiento y ejecución y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas; no distingue la convención entre personas jurídicas de derecho público o de derecho privado; por ende, es aplicable a cualquier clase de persona jurídica, sin que sea dable excluir a las entidades estatales; el hecho de que la convención se refiera al arbitramento comercial no excluye de su aplicación a los contratos celebrados por el Estado, que también está en la posibilidad de celebrar contratos de esta naturaleza, como quedó visto atrás.

Valga anotar que en las normas en las cuales han sido regulados el arbitramento internacional y la amigable composición, no ha existido prohibición para el uso de estas figuras por parte del Estado, por tanto debe entenderse que frente a una administración capaz de transigir como se le permitió en materia contractual desde el Decreto 01 de 1984, artículo 217, es posible la utilización de estos mecanismos de solución de conflictos, especialmente desde cuando a través de la Ley 39 de 1990 el Estado colombiano aceptó el acatamiento a decisiones proferidas por tribunales arbitrales extranjeros; sometimiento que hoy se mantiene constante en la

legislación nacional, conforme a lo establecido en la Ley 315 de 1996, que se encargó de reglamentar algunos aspectos del arbitraje internacional.

Hoy se sigue recabando sobre la aplicación en primer momento del derecho de los tratados, es así como el artículo 2° de la citada Ley 315, a pesar de que no sea aplicable al caso que ahora se decide por ser posterior al convenio demandado, deja una idea clara de que el querer del legislador plasmado inicialmente en la Ley 39 de 1990 ha sido el acatamiento al derecho de los tratados. La norma mencionada, dispuso en lo pertinente: “Normatividad aplicable al arbitraje internacional. El arbitraje internacional se regirá en todas sus partes de acuerdo con las normas de la presente ley, en particular por las disposiciones de los Tratados, Convenciones, Protocolo y demás actos de Derecho Internacional suscritos y ratificados por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en el Código de Procedimiento Civil...”.

Analizado el caso concreto a la luz de las exigencias actuales, se llega también a la conclusión de que se reúnen a cabalidad los requisitos para que se dé la figura del arbitraje internacional. Basta con atenerse a los criterios determinantes que para el efecto señaló la Ley 315 en el artículo 1°, para encontrar que el domicilio de las partes es España y Alemania en relación con el consorcio, y Colombia en relación con la contratante; que el lugar del arbitraje se convino en Panamá; que el objeto del pacto arbitral vincula intereses de entidades de nacionalidad española, alemana y colombiana.

Con base en que al contrato 49 de 1984 le es aplicable la Ley 39 de 1990, que permite el arbitramento internacional, el acuerdo demandado tampoco es violatorio de los artículos 99, 100 y 116 de la Constitución Política actual, disposiciones que en su orden estipulan la exigencia de ser ciudadano colombiano en ejercicio como condición para ejercer cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción; derechos de los cuales pueden disfrutar los extranjeros en Colombia y las autoridades y personas encargadas de administrar justicia, que de acuerdo a la última norma citada lo son la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Disciplinaria, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces, la justicia penal

militar, el Congreso de la República, excepcionalmente algunas autoridades administrativas en los casos señalados por la ley, y los particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Y el convenio demandado no se opone a las normas constitucionales referidas porque es la misma Constitución Política (art. 116) la que permite con arreglo a la ley, someter los conflictos a la decisión de particulares transitoriamente investidos de la función de administrar justicia, particulares quienes de conformidad con el Convenio de Naciones Unidas, de 10 de junio de 1958, incorporado a nuestra legislación, pueden ser extranjeros (Ley 39 de 1990).

De esa manera, el Consejo de Estado revivió para el Consorcio Hispano Alemán la posibilidad de convocar un tribunal de arbitramento internacional para dirimir las diferencias que se habían materializado en los reclamos numerados del 1 al 18, remitidos por el contratista a la Empresa entre mayo de 1989 y enero de 1990.

Sin embargo, este fallo no explica por qué lo pactado en la cláusula octava del contrato adicional del 13 de febrero de 1992, y los acuerdos que la desarrollan, no se oponía a lo dispuesto en el artículo 76 del Decreto Ley 222 de 1983, que precisaba que en los contratos estatales se podía estipular la cláusula compromisoria para que las diferencias fueran resueltas únicamente por un tribunal de arbitramento nacional. No se explica entonces, ante tan clara prohibición legal, cómo el Consejo de Estado declaró la validez de la cláusula pactada entre las partes sin realizar ningún pronunciamiento al respecto. ¿Será que la Ley 39 de 1990 derogó tácitamente el mencionado artículo del Decreto 222? ¿O será que se dictó un fallo para proteger los intereses de las empresas españolas y alemanas?



# 02

El inicio de los pleitos  
judiciales en Colombia



# 02

## El inicio de los pleitos judiciales en Colombia

La Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, luego de esperar pacientemente a que el contratista entregara, según lo pactado en el contrato, el sistema, y ante la evidencia de que el Consorcio no alcanzaría a cumplir con las obligaciones pactadas dentro del plazo final del contrato 49 de 1984, se vio en la obligación de declarar el incumplimiento del mismo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y exigir en proceso judicial los perjuicios que en exceso de esta cláusula le causó a la entidad.

Después de prorrogar en diferentes oportunidades el plazo inicial del contrato 49 del 14 de julio de 1984, por medio del contrato adicional del 27 julio de 1995, las partes pactaron las entregas parciales de los diferentes tramos de la obra, así:

1. Tramo Niquía - Poblado, con patios y talleres de Bello, para el 30 de noviembre de 1995.
2. Línea B con su vía de enlace, para el 28 de febrero de 1996, y
3. Tramo Poblado - Itagüí, para el 30 de septiembre de 1996.

Si bien, las entregas se cumplieron en las fechas acordadas, quedaron una serie de faltantes por entregar, que en los anexos a las actas de recibo parciales fueron denominados “Pendientes”. Como estas actividades

no ponían en peligro la seguridad de los usuarios, fue posible adelantar la operación comercial del sistema mientras se ejecutaban las gestiones para la atención de estos defectos.

Adicionalmente, durante los primeros días de la operación se detectaron algunos problemas de calidad, entre los que se encontró el conocido como desgaste ondulatorio, que se presentaba en la interfase material rodante - vía permanente, deficiencias que el Consorcio Hispano Alemán se obligó a corregir antes de la firma del acta de recepción final de la obra estipulada en el contrato 49.

Finalmente, con el propósito de que el Consorcio atendiera los defectos encontrados para cumplir de esta manera con el objeto contractual y para ejecutar otras obras complementarias ordenadas por el Metro, el 21 de agosto de 1996 se firmó el contrato adicional, que amplió el plazo del contrato 49 hasta el 31 de marzo de 1997.

La Empresa, después de realizar diferentes requerimientos al contratista, los cuales no habían sido atendidos y ante la evidencia de que dentro del plazo contractual no se alcanzaría a cumplir con las obligaciones contractuales a cargo del mismo, mediante la Resolución 1938 del 20 de marzo de 1997 tomó la decisión de declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal pactada entre las partes, la cual se estableció en la suma de \$81.365.075.860, que correspondía a 10% del valor básico del contrato que con fecha de corte del 7 de febrero de 1997 ascendía a la suma de \$813.650.758.601, cifra que podía modificarse una vez se efectuara la liquidación final del contrato.

Para motivar el incumplimiento, la Empresa indicó:

23. Que en la documentación mencionada se establecen y ponen de presente los hechos constitutivos de incumplimiento reiterado del Contratista, con énfasis en lo referente al problema interfase vía-vehículo, que tiene según la Interventoría efectos considerables sobre la calidad, vida útil y rendimiento del sistema.

24. Que la falta en la ejecución total de las obras en el plazo de 57 meses originalmente pactado y la suspensión unilateral de los trabajos en noviembre de 1989, tal como se indicó en el considerando 6, al igual que los

repetidos atrasos que obligaron a ampliaciones como las señaladas entre otras en los hechos 7, 9, 11, 14 y 19, constituyen un incumplimiento de las obligaciones del Contratista, que le ocasionan a la Empresa perjuicios económicos por daño emergente y lucro cesante, y la facultan para pedir su resarcimiento.

25. Que el vencimiento de las fechas acordadas para las entregas, sin que estas se hubiesen cumplido cada una en su oportunidad, en forma completa y calidad debida, tal como se evidencia en cada una de las actas de recepción parcial y sus anexos correspondientes, y en los demás documentos aludidos, constituye y configura el incumplimiento de las obligaciones del Contratista, emanadas del contrato 49 de 1984 y los documentos que lo extienden, complementan y lo integran y han imposibilitado la recepción por parte de la Empresa en forma completa y debida de los tramos en los términos de estos documentos y le han impedido declarar su satisfacción.

26. Que tanto la Empresa como la Interventoría han exigido de manera reiterada al contratista, en forma verbal y escrita, que se allane a cumplir en forma debida y completa, sus obligaciones contractuales pendientes, que se recogen en los diferentes anexos a las actas de recepción parcial y antes de estas, en las comunicaciones pertinentes sobre exigencias de cumplimiento técnico y contractuales, de programación y demás obligaciones del Contratista.

27. Que a pesar de las facilidades otorgadas por la Empresa al Contratista para que cumpla sus obligaciones de acuerdo con los términos del contrato 49 de 1984 y sus adicionales, no solo no ha cumplido, sino que ha hecho caso omiso a las órdenes y requerimientos que legal y válidamente se le han hecho en forma reiterada e insistente.

28. Que en certificación dada por la Interventoría, radicada en la Empresa con el número 88778 de marzo 20 de 1997, y que hace parte de esta Resolución (folios 1 a 55), se relacionan las principales actividades de los distintos tramos que fueron objeto de recepción parcial, que aún están pendientes de su debida y completa ejecución, tanto en calidad como en

cantidad, que han impedido la recepción completa de cada tramo a satisfacción de la Empresa como lo exige la ley y el contrato. Dentro de tales actividades, caben resaltar las siguientes, cuyas implicaciones se señalan en la citada certificación: Desgaste ondulatorio de los rieles y las ruedas, corrosión profunda por “picado” en los rieles, desgaste irregular de escobillas, daños en rodamientos de la suspensión del motor, fugas de aceite en las cajas de engranaje, vibraciones, roturas de componentes, presencia de planos en ruedas, incumplimiento del gálibo de vía en las estaciones Parque Berrío y San Antonio y ejecución incompleta de la planificación del mantenimiento, actividades estas que afectan la vida útil de partes y componentes de las obras y del sistema total y la eficiencia y calidad del servicio, tal como lo han manifestado la Empresa y la Interventoría, entre otras, en las comunicaciones numeradas: ID-DME-18667 del 15.08.96, ID-DME-18322 del 27.06.96, ID-DME-17132 del 17.01.96, ID-DME-19917 del 03.02.97 e ID-DME-20026 del 20.02.97, todas las cuales hacen también parte de esta resolución y demuestran los incumplimientos en materia grave del Contratista a su obligación de entregar en las fechas previstas y en la cantidad y calidad debidas.

(...)

29. Que en el acta de entrega y recibo del tramo Poblado-Itagüí, se estableció que la prueba de carga del sistema de señalización se efectuaría antes del 15 de noviembre de 1996; no obstante, esta solo se realizó el 15 de marzo de 1997 y no cumplió las especificaciones técnicas aplicables y previstas en el contrato 49 de 1984.

30. Que no obstante haber transcurrido un término más que prudencial, con referencia a cada fecha de entrega vencida, el Contratista ha sido reuente en acatar las órdenes de la Empresa y la Interventoría orientadas a lograr la terminación completa y en correcta forma y calidad de las obras y del sistema lo que impide e imposibilita el recibo de los tramos en forma completa y a satisfacción de la Empresa.

(...)

32. Que en relación con las principales actividades no cumplidas a satisfacción, señaladas en la certificación de la Interventoría referida en el numeral 28, las correspondientes al área de material rodante y equipos fijos ya fueron pagadas por la Empresa al Contratista, en cumplimiento de los términos pactados, y su falta de ejecución, su ejecución incompleta o insuficiente e indebida, según se desprende de los documentos anexos a esta resolución, revisten particular gravedad dado su impacto sobre la calidad, eficiencia, durabilidad y funcionamiento adecuado y satisfactorio del sistema.

33. Que los incumplimientos del Contratista le generan a este la obligación de reintegrar a la Empresa los valores correspondientes a las obligaciones incumplidas más el pago de los perjuicios que ellos le causan incluyendo costos financieros, debidamente actualizados. La Empresa sin perjuicio de este acto administrativo, se reserva el derecho de pedir ante las autoridades competentes las declaraciones y condenas que la Empresa no pueda legalmente hacer por sí misma y que no se alcancen a cubrir con el valor establecido para la cláusula penal.

Una vez notificada la declaratoria de incumplimiento del contrato al Consorcio Hispano Alemán y a las compañías de seguros que otorgaron las garantías de cumplimiento para la ejecución del contrato 49 de 1984, todos ellos presentaron recurso de reposición en contra de la citada decisión, la cual fue confirmada por la entidad mediante la Resolución 1958 del 30 de mayo de 1997, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Tanto el apoderado del Consorcio como las compañías aseguradoras solicitan se revoque en todas sus partes, la Resolución 1938 del 20 de marzo de 1997, para lo cual exponen razonamientos similares. Para facilitar su estudio se partirá de resolver en el orden de su presentación, los argumentos comunes del contratista y de las Compañías de Seguros y luego los comunes a estas y, con estos últimos los pocos que son especiales a algunos de los reclamos.

## CAPÍTULO I

### DEL CONSORCIO

#### 1. FALTA DE COMPETENCIA:

Impugna el acto por vicios de competencia distinguiendo dos aspectos así:

##### **A. Para expedir el acto administrativo.**

Cita como violados los artículos 38 de la Ley 153 de 1887, 75 de la Ley 80 de 1993, 6 de la C. P. Para sustentar su afirmación manifiesta que el contrato adicional suscrito el 21 de agosto de 1995, en fecha posterior a la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, es un contrato independiente del contrato 49 sometido a esta norma, que no consagra como facultad excepcional en favor de la entidad estatal, la de declarar el incumplimiento del contrato razón por la cual la Empresa no puede ejercerla, porque en Colombia los servidores públicos solo pueden hacer lo que la ley expresamente les permita, acorde con lo dispuesto por el artículo 6 de la Constitución colombiana.

##### **SE CONSIDERA:**

En la Resolución N° 1938, numerales 38 y 42, la Empresa consignó las disposiciones legales que le atribuyen la competencia para declarar el incumplimiento, por sí misma en forma directa, que ratifica con base en las razones que a continuación se exponen:

El artículo 78 de la Ley 80 de 1993 dispuso:

“De los contratos, procedimientos y procesos en curso. Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación”.

Cuando la ley es expresa y clara no es jurídicamente viable someterla a interpretaciones, lo prohíbe el artículo 27 de la Ley 153 de 1887. El artículo

78 entonces, ordenó que los contratos en curso, continuaran sujetos a las normas vigentes al momento de su celebración o iniciación y no queda duda que el contrato 49 de 1984 se encontraba en curso pues su vigencia concluyó el 31 de marzo de 1997, luego, la normatividad que lo rige está contenida en el Decreto Ley 222 de 1983, que en los artículos 72 y 73 atribuyó competencia exclusiva a las entidades públicas para que por vía administrativa declaren por sí mismas en forma directa mediante la expedición del acto administrativo, el incumplimiento del contrato, para efectos de aplicar la sanción penal pecuniaria, en los términos siguientes:

“Artículo 72. De la cláusula penal pecuniaria.

”En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.

”La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato.

”El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante.

”Artículo 73. De la aplicación de las multas y de la cláusula penal. El valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria a que se refieren los artículos anteriores ingresará al tesoro de la entidad contratante y podrá ser tomado directamente del saldo a favor del contratista, si lo hubiere, o de la garantía constituida, y si esto no fuere posible se cobrará por jurisdicción coactiva”.

En el desarrollo y ejecución de los contratos es normal la celebración de contratos adicionales, dirigidos a posibilitar la ejecución completa e idónea del objeto del contrato, lo que significa que los contratos adicionales así celebrados no tienen independencia propia, su nombre indica que adicionan una obligación preexistente, tienen fuente en otro contrato que desarrollan, modifican o complementan y hacen parte integral de aquel, sin el que no podrían existir, documentos que para todos los efectos legales y de responsabilidad, constituyen uno solo, como se desprende de la cláusula segunda, literal h del contrato 49.

El contrato adicional que se suscribió el 21 de agosto de 1995, tuvo como objeto, extender la vigencia del contrato 49 para la ejecución de aquellas actividades contractuales, que se preveía, no alcanzaban a estar ejecutadas para el 30 de septiembre de 1996, ordenadas por la Empresa dentro de los términos contractuales, es decir, conforme a lo previsto en las cláusulas primera y décima octava del contrato 49, que consagra la obligación del contratista de ejecutar todas las obras complementarias, accesorias y las extras y adicionales ordenadas por la Empresa, como tales hacen parte del contrato 49 de 1984, cuya vigencia además en forma expresa se acordó por las partes en la cláusula segunda del mismo, y por ello no cabe hablar de Novación, definida en el artículo 1687 del C. C., como lo expone una de las compañías aseguradoras.

A juicio de la Empresa, a las disposiciones legales hay que hacerles surtir los efectos para los cuales fueron expedidas, y por ello, es elemental entender que el artículo 78 de la Ley 80 de 1993 tuvo como fin el respeto al mantenimiento de las relaciones contractuales acordadas y aceptadas por las partes, con las responsabilidades que conocían y asumieron conforme a la ley vigente en la fecha de su suscripción. Normas con efectos similares son usualmente estipuladas por el legislador con el fin de no afectar, alterar o gravar las relaciones contractuales ya definidas.

(...)

Como ya se anotara, las prórrogas se dirigen precisamente a extender en el tiempo, los efectos de la relación contractual no satisfecha en un período, y posibilitar la debida y correcta ejecución del objeto del contrato en los términos y condiciones de su contratación, pero no tienen como efecto, salvo que medie acuerdo expreso de las partes, sustraerse de la normatividad que regula el contrato que les da origen al momento de su celebración. En este sentido, la entidad pública acorde con lo dispuesto en el artículo 78, hasta cuando termine la relación contractual con la liquidación del contrato, conserva las facultades exorbitantes que le otorgan los artículos 72 y 73 del Decreto Ley 222 de 1983; así lo consideró la Empresa al expedir el acto impugnado.

(...)

**B. Para cobrar sin intervención judicial la cláusula penal pecuniaria.**

Anota el recurrente que en este campo jurídico, aun en el caso de estar bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983, tampoco puede la Empresa ejecutar por sí misma la cláusula penal pecuniaria. Para sustentar lo dicho, trae a colación indistintamente pronunciamientos de la doctrina y jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, que se relacionan en principio con la discusión presentada en relación con las atribuciones para las entidades descentralizadas del sector público en materia de jurisdicción coactiva. Concluye que a la luz del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la competencia para estos efectos, es de la Jurisdicción Contencioso Administrativa como juez natural del contrato o del juez arbitral, quienes, concluye, deben conocer de los hechos determinantes del cumplimiento de obligaciones.

**SE CONSIDERA:**

En efecto, es cierto como lo expone el recurrente, que el ejercicio de la jurisdicción coactiva, en cabeza de las entidades públicas, para el cobro de las sumas de dinero que consten en títulos ejecutivos, definidos en el artículo 68 del C. C. A., ha sido sometida a una larga discusión por la jurisprudencia y la doctrina. Sin embargo, hoy en día y con la expedición de la Ley 80 de 1993, esta situación quedó definida en el artículo 75, al menos en lo que se relaciona con los créditos y títulos emanados de una relación contractual, de manera tal que una vez en firme el presente acto administrativo como requisito para que se configure el título ejecutivo correspondiente, le corresponderá a la Empresa iniciar las acciones de ejecución y cumplimiento ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa de no obtener el pago directo de las indemnizaciones por parte del contratista y de las aseguradoras.

Es preciso anotar que la competencia para conocer de las acciones de Ejecución y Cumplimiento derivadas de los Contratos Estatales, establecida en el artículo 75 en comento, por razón de la materia que rige es exclusiva

del Contencioso Administrativo, por lo tanto, no puede conocer de estos procesos el juez arbitral como trata de insinuarlo el recurrente en su ánimo de sustraer del conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa el asunto que se debate.

(...)

### 3. FALSA MOTIVACIÓN DE HECHO

#### **A. Inexistencia o desaparición de los hechos que la originan. (Pérdida de fuerza ejecutoria del Acto Administrativo).**

Invoca como violado el artículo 66 del C. C. A.

Afirma la inexistencia de los hechos al momento de la expedición del acto, en particular los señalados en los numerales 21 y 24 de la Resolución en relación con: “A. Falta de ejecución total de las obras en el plazo de 57 meses originalmente pactado. B. Suspensión unilateral de los trabajos en noviembre de 1989. C. Repetidos atrasos que obligan a ampliaciones (...)”.

Manifiesta que su afirmación la prueba con los contratos adicionales (...) documentos en los que la Empresa y la Interventoría aceptaron que el contratista venía cumpliendo y que los pendientes no afectaban esta afirmación, para concluir que los hechos constitutivos de incumplimiento al 30 de septiembre fáctica y jurídicamente son inexistentes, porque en su sentir, en los diversos actos bilaterales celebrados entre las partes, la administración con expresa manifestación de voluntad, confirma el debido cumplimiento de las obligaciones, resultando falso que se hayan motivado estos en razones de interés público.

De otra parte manifiesta que en gracia de discusión, lo único cierto con el cumplimiento de las obligaciones es el tema de los “pendientes, concretados en las actas de entrega, pero que no impiden el funcionamiento del servicio y del conjunto del proyecto, constituyen aspectos de detalle, obras de arte, etc., comunes a toda obra pública o privada cuya obligación de terminado o acabado hace parte de la ejecución normal a posteriori

que distan totalmente de incumplimientos totales como lo pretende la empresa”, a la que, continúa, le consta que estos se han abordado en forma responsable por el Consorcio contratista y termina afirmando que es falsa la aseveración general que se hace sobre inejecución de los pendientes, conclusión a la que llega de comparar el anexo No. 3 Pendientes de las actas de recepción parcial del tramo Poblado-Itagüí, parte 2 y 3 con la certificación de la Interventoría Delegada del 20 de marzo de 1997 en la que dice, se observa que la disminución es ostensible tanto en el número como contenido ello demuestra el cumplimiento de los pendientes relacionados y manifiesta además que un componente considerable de estos, constituyen discrepancias contractuales, que para haber sido elevados a la categoría de pendientes, debieron estar precedidos del procedimiento de interpretación o modificación unilateral, que permitieran al contratista el derecho de defensa, además afirma que prueba de que los pendientes en nada desmerecen la entrega a satisfacción del sistema y la adecuada calidad para su prestación, la dan más de 100 millones de usuarios transportados.

#### **SE CONSIDERA:**

En cuanto a la violación del artículo 66 del C. C. A. No. 2, que regula la pérdida de fuerza ejecutoria del acto, como se desprende de su lectura, esta norma parte del supuesto del acto en firme, es decir debidamente ejecutoriado y por ende obligatorio, que podrá perder su vigencia, cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho, es decir, por motivos sobrevinientes al momento que se hace obligatorio, luego de plano no es aplicable para sustentar como lo hace el apoderado del Consorcio la inexistencia de los hechos al momento de la expedición del acto.

Ahora bien, si el mismo se invoca en relación con la ejecución de pendientes con posterioridad a la oportunidad que contractualmente se estableció para que estuvieran satisfactoriamente terminados, tampoco es aplicable esta norma, por cuanto que en materia de cumplimiento contractual, la oportunidad es un elemento que juega vital importancia, como que de su ocurrencia depende la aplicación de sanciones por mora y cobro de los perjuicios que le ocasiona a la parte contratante el cumplimiento tardío de las obligaciones tales como inversiones improductivas,

mayor permanencia, costos de Interventoría, etc., citados a título enunciativo en el considerando 8 de la Resolución 1938. En otros términos, disponerse a cumplir por fuera del término las obligaciones contractuales, si bien sigue constituyendo una obligación inherente a todo contratista, no sana la mora, cuyos perjuicios deberán determinarse entonces y solo por este aspecto, que tampoco se configura en relación con la decisión administrativa tomada por la empresa por cuanto que el incumplimiento como se dijo en la misma persiste en materia grave, pues el sistema además de faltantes, presenta fallas protuberantes que han hecho inadmisibles cualquier tipo de recibo a satisfacción.

Es preciso destacar que la alusión que se hace al considerando 21, es parcial, pues omite la parte sustancial que le da soporte al mismo que dice: “que mediando los expresos reconocimientos hechos por el contratista sobre actividades y otros pendientes de ejecutar en el área de señalización y de los problemas de la interfase vía-vehículos, citados en el punto anterior, con su compromiso de solucionarlos...”, luego para controvertir el considerando, debió partir y desvirtuar su propia afirmación que sirve de sustento al acto recurrido y contenida en los documentos a que hace referencia el considerando y los demás que la Empresa citó como soporte de la existencia real de los pendientes, que constan en los anexos que suscribió y aceptó el mismo Consorcio, que se traducen en reconocimiento expreso de su existencia; sin embargo, a este respecto omite y guarda silencio, conducta que no podría interpretarse sino como una ratificación de su parte.

(...)

La afirmación de la Interventoría de que las actividades pendientes no constituyen factor de riesgo para el uso y/o funcionamiento del sistema, no podría significar cosa distinta a afirmar que las partes no estaban completas, terminadas y/o tenían problemas no solucionados, esta manifestación fue exigida para que la Empresa, no obstante el estado de las obras y suministros, pudiera operar comercialmente el sistema sin poner en peligro las personas y las partes integrantes del sistema y se pudieran dar al servicio, esta decisión tomada en interés colectivo para dar a

la comunidad algunos de los beneficios derivados de la enorme inversión hecha, lo que trajo fue efectos favorables al Consorcio, que de lo contrario y estando la Empresa en su derecho legal y contractual para abstenerse de operarlo, tendría que responder por un perjuicio todavía mayor por la no entrada en funcionamiento del sistema, pero no que el funcionamiento de las partes que se consideran a la fecha terminadas, fuera el correcto y correspondiente a la obligación del contratista, como se dice en el acta del 27 de enero de 1996, en el sentido de que el tramo Niquía - Poblado no ha alcanzado un funcionamiento correcto.

¿Cómo se puede afirmar que los pendientes han sido abordados responsablemente por el Consorcio, cuando aún hoy y desde el 30 de noviembre de 1995 persisten sin satisfacerse por el Consorcio los pendientes? Es a nuestro juicio, prueba de su falta de compromiso con sus obligaciones. Tampoco es de recibo, pues carece de seriedad aducir como argumento para minimizar los pendientes el número de folios de la certificación de la Interventoría, pues en ella misma se hace constar que no es exhaustiva y se refiere a las “principales actividades”. Y por otra parte, así se tratara de un solo pendiente, su valoración no se hace, como no lo ha hecho la Empresa desde el punto de vista de la cantidad, sino que deben valorarse los efectos e incidencia del mismo. Para estos efectos el que se ha considerado problema substancial denominado interfase vía-vehículo, entre otros efectos produce: fisuras en los rieles y descompactación del balasto de vía, aflojamiento de elementos de fijación del riel, daños en las ruedas, desajustes, daños y desprendimientos en los componentes de los *bogies* (rodamiento, sensores, motores, cajas de engranaje y patines). Aparte de los efectos anteriores constatados físicamente, no se descarta que otros inconvenientes ya presentados con los equipos eléctricos y electrónicos situados bajo el piso del tren tengan como origen este problema, el que se ha venido extendiendo a lo largo de la vía y agravándose en los sitios inicialmente afectados, todo lo anterior, sumado a los demás pendientes, tienen efectos considerables en la calidad, vida útil y rendimiento del sistema.

Las facultades exorbitantes de la administración pública tienen como característica inherente, pues están establecidas para proteger al interés general que con ellas se ampara, la de ser irrenunciables, por esta razón,

en ninguno de los documentos citados por el recurrente, como se ilustra aquí, existen manifestaciones de la Empresa de renuncia a las acciones administrativas y legales procedentes, como no podía hacerlo en su calidad de entidad pública, ya que ni la Empresa ha recibido a entera satisfacción el sistema, por lo cual no ha suscrito el acta de recepción final, y en las actas suscritas se abstuvo de hacer esta afirmación, ya que estas no han sido concluidas, ni ha declarado a paz y salvo al contratista por sus responsabilidades. Prueba de que el acta de recepción final del sistema no ha sido suscrita, la constituye el anexo N° 4 del acta de entrega Poblado-Itagüí del 30 de septiembre de 1996 y la manifestación del apoderado del Consorcio en el inciso final de la página 28 del memorial contentivo del recurso de reposición que solicita a la Empresa, revocar el acto y proceder a suscribir el acta de recepción final del sistema, obligación en su criterio incumplida por la Empresa.

Si bien es cierto que en el Acta de Madrid aparece la constancia que transcribe el apoderado del consorcio, cuyos efectos se circunscriben a los asuntos en ella tratados, también lo es, como se comprueba con el contrato adicional que hubo de suscribirse el 27 de julio de 1995 y la constancia dejada por la Empresa, que el término adicional en ella previsto para culminar las obras, con vencimiento el día 30 de agosto de 1995, tampoco se cumplió, de lo contrario, no habría sido necesario suscribir otro contrato, por esta razón se considera que lo dicho en el acta es válido en la medida en que el contratista hubiera ejecutado las obras dentro del mismo, por lo tanto, su incumplimiento le impide jurídicamente valerse de esta previsión para eludir su responsabilidad frente a la indemnización plena de los perjuicios ocasionados con el incumplimiento consecutivo de los plazos.

En la teoría y práctica de los contratos, se ha dicho que el incumplimiento de estos se presenta no solo cuando el objeto de la obligación no se cumple sino también cuando ese “cumplimiento” se da en forma imperfecta, inadecuada, defectuosa, de la calidad no exigida, cuyos efectos deben ser evaluados por la entidad en su magnitud para aplicar las sanciones y exigir las indemnizaciones correspondientes (arts. 72, 73, 291 del Decreto Ley 222 de 1983).

El recurrente en su escrito acepta expresamente la existencia de “pendientes”, y para desvirtuar que ellos configuran un incumplimiento, trata a todas luces de restarles entidad. Por simple lógica, el pendiente es algo que no se ha hecho satisfactoriamente, por estar pendiente una parte, no puede estar recibido y constituye contractualmente un incumplimiento, lo que prueba que los hechos que dieron origen a la expedición del acto estaban configurados, eran existentes. El listado de pendientes como anexo a las actas en otros términos, marcó el incumplimiento del contrato por el contratista frente a cada una de las fechas establecidas para las entregas, lo que ya de por sí sustenta la validez del acto impugnado.

En esa misma dirección, afirma el recurrente que los pendientes no afectan la operación del Metro y por eso no se puede hablar de que el contratista incumplió. La Empresa considera que para efectos del incumplimiento ello es irrelevante, en la medida en que lo importante es que se registre el incumplimiento - pendientes, para que ese solo hecho genere la obligación del contratista de responder por los perjuicios ocasionados, tanto por daño emergente como por lucro cesante (art. 291 del Decreto Ley 222 de 1983).

Una es la obtención de la finalidad implícita en el contrato y otra la realización de las conductas que reflejan el objeto de la obligación misma, la primera se puede obtener de manera global, mientras que esta reconoce la oportunidad y calidad del cumplimiento, lo contrario, es decir para el caso concreto, aceptar que basta con el cumplimiento de la finalidad para dar por cumplido el contrato, estaría afectando el equilibrio y equidad de este, pues se cancelaron obligaciones al 100% como si hubiese sido perfecto, respetando los términos de pago previstos en el contrato.

No obstante lo anterior, como prueba de que los pendientes sí han incidido en la operación del sistema, que desvirtúa su afirmación, valga citar a título enunciativo las siguientes situaciones:

- Caídas constantes de cajas de filtros de motores, la última el 27 de mayo de 1997, con efectos en la operación y calidad del servicio.

- Atrasos en itinerarios, como resultados de los problemas ocasionados por la oxidación en las cajas de contactores a 1.500 v.
- Problemas diversos en los motores de tracción que dan lugar a que se detengan los vehículos.
- Rotura en catenaria por falta de protección contra descargas atmosféricas, en marzo y septiembre de 1996, septiembre y abril 15 y 16 de 1997, que redujo al mínimo la operación por dos días.
- Presencia de problemas en las ruedas con el sistema antibloqueo con efectos en la operación.
- Persistencia del desgaste ondulatorio, la Empresa ha tenido que seguir esmerilando los rieles y ruedas con desgaste prematuro de un elemento fundamental del sistema.
- Reducción de la velocidad en los vehículos afectando su rapidez.
- La Empresa ha tenido que intensificar a un nivel que se considera de emergencia, la inspección y vigilancia de la vía, también la del ventilador de tracción (fallas de tracción).

(...)

El hecho es claro y contundente, pretender efectuar la entrega de obras en forma imperfecta, indebida y defectuosa y/o incompleta, determinan también el incumplimiento de las obligaciones del contratista en los plazos pactados y en las calidades previsibles y convenidas, debiendo resarcir en forma plena los perjuicios que con su conducta le produjo a la Empresa, tanto por el retardo como por la ejecución deficiente.

### **B. Excepción del contrato no cumplido.**

Invoca esta excepción, con base en los siguientes hechos como constitutivos de incumplimientos de la Empresa:

- La no entrega oportuna de la fajas de terreno.
- Falta de previsión en el manejo financiero del proyecto, existiendo períodos sin financiación que causaron atrasos en los pagos de las actas al contratista.
- No reintegro oportuno al contratista de los gastos de nacionalización.

- Demora en la definición de los datos básicos, modificación en algunos casos posteriormente.
- No revisión en plazo, planos y diseños.
- No aprobó ni desaprobó los PPT en el plazo contractual y no considera los correspondientes a los nuevos plazos pactados en contratos adicionales.

Con base en ellos y en jurisprudencia del Consejo de Estado que transcribe, manifiesta que se configura la falsa motivación de hecho de la decisión, que de entrar a regir sobre presupuestos falsos, agotados o inexistentes, configura el llamado “Le abus du pouvoir” tan mencionado por la doctrina francesa y acogida por los tribunales colombianos.

#### **SE CONSIDERA:**

La excepción de contrato no cumplido frente a los denominados por el Consorcio presupuestos falsos, agotados o inexistentes, a la luz de lo expuesto en el literal anterior no es procedente, pues de los recursos propuestos tanto del Consorcio como de las compañías de seguros, se deduce que aceptan como cierta la existencia misma de los pendientes.

En cuanto al contenido de su argumentación, se observa que se limita a hacer cargos generales, que en el contexto de la excepción de contrato no cumplido son irrelevantes, como quiera que para que ella se configure es necesario entrar a especificar el hecho y demostrarlo, para establecer no solamente este, sino su índole y la incidencia con poder determinante para que en el término de 143 meses no se hubiera ejecutado el contrato en forma completa y debida, adecuada al sistema de transporte contratado para el valle de Aburrá.

Las imputaciones hechas, que no alcanzan a desvirtuar por sí solas el incumplimiento del contratista; con todo, es procedente referirse en particular a los supuestos incumplimientos de la Empresa, con base en el contrato 49 y los documentos que lo informan.

Las características especiales del contrato hacen que las valoraciones jurídicas con relación al cumplimiento de las obligaciones del contratista y de la Empresa tengan alcances diferentes.

En efecto, como característica especial, se destaca la denominación de “Llave en Mano”, que determinaba la obligación y responsabilidad exclusiva del contratista frente al diseño, fabricación, suministro, instalación y montaje, capacitación y puesta en funcionamiento, además de la financiación total del proyecto.

Era conocedor el Consorcio de que la ejecución del proyecto solo podría llevarse a cabo en su totalidad mediante la consecución de créditos externos, pues la magnitud y naturaleza de aquel así lo exigía y no con recursos propios de la Empresa que no los adujo siquiera. Por esta razón, en el pliego de condiciones para la licitación pública 00183, se exigió como requisito *sine qua non* para la valoración de la propuesta una oferta de financiación por el 100% total del proyecto, incluida la Interventoría, adquisición de predios, financiados tanto en su etapa inicial como en la refinanciación con los créditos externos, en cuya etapa final se obtuvieron 17 millones de marcos alemanes del crédito Arla (reestructuración de los créditos originales con los bancos alemanes), capitalización de intereses, variación en cantidades de obra, reajustes, obras adicionales complementarias, etc. (...).

Era obligación del Consorcio la elaboración de los diseños en el plazo de 16 meses, que se vencieron el 29 de agosto de 1986, sin que se cumpliera esta obligación y aún hoy faltan diseños, los cuales constituyen actividad precedente y determinante de la realización física de la obra y de la actuación administrativa de la Empresa en la adquisición de predios, para lo cual se le solicitó obtener financiación, esto demuestra el conocimiento del contratista de que no había predios y que en consecuencia, esta actividad tendría que adelantarse paralelamente al desarrollo del contrato y en todo caso, se obtuvieron de acuerdo al avance real y las necesidades de obra y el rendimiento del contratista.

Igualmente era su obligación la obtención de todos los permisos y licencias necesarios para la ejecución del contrato que evitaran decisiones administrativas como las tomadas en su momento y por este hecho, por las municipalidades de Itagüí y Envigado, así como la obtención de las licencias de importación para lo cual debería adelantar oportuna y diligentemente todos los trámites y elaborar los documentos con la información necesaria, de

acuerdo con las exigencias del Incomex, para su suscripción por la Empresa. Era de su responsabilidad la construcción de obras y desvíos provisionales, previa obtención de los permisos correspondientes.

Así como las anteriores, de una lectura detenida del contrato pueden establecerse las múltiples responsabilidades del Consorcio, cuyo cumplimiento oportuno debe demostrar.

Es necesario entonces evaluar el cumplimiento específico del Consorcio en todas las actividades de su responsabilidad para hablar de excepción de contrato no cumplido, tarea que se dificulta pues no puntualizó los hechos para sustentar la excepción.

Como causa generalizada y eficiente de su incumplimiento, en reiteradas comunicaciones anteriores se le advirtió al Consorcio de su incumplimiento, todo lo cual se resumió en la comunicación 1000-50750 del 4 de mayo de 1997 con base en los informes de Interventoría, y especialmente las siguientes:

1. Atraso evidente en la elaboración de los diseños frente al plazo contractualmente previsto de 16 meses, agotados en exceso el 29 de agosto de 1986, actividad precedente y determinante de la ejecución física de la obra.
2. Presentación tardía, incompleta e irregular de los diseños que conforme al objeto del contrato son responsabilidad exclusiva del contratista.
3. Descoordinación de las sociedades que integran el Consorcio en la realización de sus actividades, obligando a la suspensión, por ejemplo, del montaje de equipo de señalización, por efectos de la ejecución incompleta y/o indebida de obras civiles, no corregidas oportunamente, no obstante los requerimientos de la Interventoría; demoras en la puesta a punto de las locomotoras auxiliares, cuya fabricación y suministro generó un sobrecosto para el Metro, originados en su pago adelantado bajo el supuesto finalista de que las mismas serían puestas por el contratista oportunamente al servicio del montaje de vía para facilitar así la entrega anticipada de la Línea A Norte, lo que no cumplió el Consorcio (Acta de acuerdo de cambio N° 1).

4. Rechazo de materiales como durmientes de madera, poliéster, puertas de los vehículos, cubiertas metálicas, acabados, etc., obligando al desmonte, cambio y/o reparación con las consecuentes implicaciones económicas y de plazo a cargo del contratista y en detrimento patrimonial de la Empresa. (Cláusulas décima novena, vigésima octava).
5. Notoria falta de personal y equipo suficiente y adecuado para la ejecución de las obras que determinaron el bajo rendimiento alcanzado por el Consorcio, inferior al ritmo propuesto que incrementaron cada día más los atrasos. (Cláusulas cuarta, décima segunda, décima novena, vigésima, vigésima quinta).
6. Solicitud y trámite, en forma tardía y negligente, de las licencias y permisos necesarios para la ejecución de las obras ante las distintas autoridades competentes, principalmente del orden municipal, obligación que contractualmente asumió el contratista. (Cláusulas cuarta, décima séptima).
7. Desacato permanente a las órdenes dadas por la Empresa y la Interventoría para el mejor avance y desarrollo del proyecto, tanto por el aspecto organizacional y administrativo del Consorcio, como por el aspecto técnico del mismo. (Cláusulas décima, décima segunda).
8. Desacato permanente a las órdenes que la Interventoría y la Empresa impartieron al Consorcio, para que aumentara sus recursos técnicos y humanos que le permitan recuperar los atrasos en que ha incurrido, lo que se demuestra fácilmente con el reporte correspondiente a cada uno de los frentes. (Cláusulas décima segunda, décima novena, vigésima, vigésima quinta).
9. Suspensión de las actividades relacionadas con el proceso de capacitación por falta de material instructivo, equipos, infraestructura necesaria, idoneidad de los instructores, etc.
10. Retraso en el montaje de equipos, por no haber llegado oportunamente a la obra.
11. Actitud negativa del Consorcio a participar en las reuniones mensuales para evaluación del avance del Programa de Trabajo. (Cláusula segunda C. A.).

(...)

Tampoco es de recibo la afirmación de que existió falta de previsión en el manejo financiero del proyecto, por el conocimiento que las partes tenían en cuanto a que la financiación inicialmente contratada era parcial, tal como expresamente se consigna en la Resolución Ministerial No. 00045 de 1983, por lo tanto, era de esperarse la necesidad de contratar créditos adicionales por el mayor valor que se establecería necesariamente durante la ejecución del contrato, lo cual era posible solo con el concurso positivo del contratista, también comprometido con ella, como quiera que su obligación no había sido totalmente cumplida y más aún, tratándose de sus propios bienes y servicios; la conducta que contrariamente asumió el Consorcio, fue repetidamente censurada por la Empresa (comunicación 1000-43056 del 18 de mayo de 1994).

Bajo la premisa anterior, la Empresa suscribió los contratos de crédito con las entidades financieras traídas por el Consorcio, créditos vigentes por el período inicial del contrato, es decir la Empresa cumplió con su obligación, por lo que correspondía al contratista adelantar los trabajos en dicho período de manera tal que no se produjera el vencimiento del período de utilización del crédito, sin que este hubiera sido consumido por el mismo contratista, quien tenía el interés directo en ello, como ocurrió por ejemplo con los vehículos de pasajeros, cuya cancelación era imputable al crédito exterior de España, con vencimiento al 29 de octubre de 1989 que para la fecha arrojaba un saldo disponible, es decir no agotado con facturación del contratista por valor de US\$180 millones equivalentes y la entrega en fábrica del primer vehículo solo tuvo lugar en el mes de abril de 1990, ya vencido aquel, fecha para la cual, según el PPT de 1986, deberían estar entregadas las 42 unidades, igual sucedió con la devolución de las facturas de la Empresa Pasch y Cía., S.A., Madrid, con la cuenta corriente en marcos, el mayor plazo de ejecución generó mayores reajustes y costos financieros y al ser cubiertos por esta, se aceleró su agotamiento, para citar unos casos, lo cual revierte al Consorcio la responsabilidad consiguiente y libera al Metro de obligaciones originadas en la propia conducta del Consorcio Hispano Alemán.

Además, el programa de desembolsos de los préstamos hasta coparlos se vio afectado por los retrasos del contratista ya que incrementó el pago de

intereses, los gastos locales, mayor liquidación de reajustes, todo sumado a que la Empresa con el ánimo de agilizar las obras y suministros, le entregó por concepto de anticipo sumas de dineros adicionales a las inicialmente previstas en el contrato, le dio avances por acopios, sistema mediante el cual se desagregaron los pagos de algunas actividades y el Contratista pudo percibir así sumas de dinero con anterioridad a lo previsto en la licitación y el contrato mismo, es decir, antes de que se le causara su derecho contractual de retribución por actividad plenamente ejecutada.

(...)

Ahora bien, para el reembolso de las sumas de dinero adeudadas al contratista por la cancelación de gastos de nacionalización de los suministros importados, la Empresa solicitó y efectivamente obtuvo del Gobierno nacional, los recursos necesarios para afrontar la nueva situación generada por las modificaciones que en materia impositiva introdujo el ordenamiento jurídico.

Los hechos anteriormente mencionados permiten concluir que la Empresa fue en extremo diligente en la adopción de medidas adecuadas, para solucionar los problemas derivados por la aparición de gravámenes que al momento de la suscripción del contrato no existían. Por esto, puede afirmarse que la Empresa actuó de conformidad con su compromiso contractual y si existieron retardos en los reintegros de los gastos de nacionalización, los mismos generaron intereses moratorios que se cancelaron según lo pactado en el Convenio Administrativo.

No es cierto que la Empresa, como lo afirma el apoderado del Consorcio, -“No aprobó ni desaprobó los PPT en el plazo contractual y no consideró los correspondientes a los nuevos plazos pactados en contratos adicionales”, veamos por qué:

(...)

Todos los programas que se presentaron contractualmente autorizados fueron aprobados con observaciones que el Consorcio fue renuente a aca-

tar, contrariando lo dispuesto en la cláusula octava del contrato 49 de 1984. Lo que la Empresa no podía aceptar y por supuesto se abstuvo de aprobar, fue una serie de programas de trabajo que el Consorcio presentó en la medida que acumulaba atrasos y, por supuesto, la característica común en todos ellos eran solicitudes de ampliación de plazos, partiendo de cortes de actividades según el estado real del proyecto a una fecha determinada, pretendiendo responsabilizar a la Empresa de todos los retrasos presentados y, en esta forma, con procedimientos no idóneos imponer ampliaciones del plazo contractual, con los cuales pretendía cubrir sus propios incumplimientos y ritmos deficitarios de producción, para trasladarlos a la Empresa, se repite mediante la formulación de programas no susceptibles de consideración, habida cuenta, además, de la no presentación de requisitos esenciales como los que establece la cláusula octava del contrato 49, sobre programa de inversiones y de utilización de recursos humanos.

Es necesario entonces para el estudio de la excepción propuesta realizar un análisis de la conducta del contratista en el tiempo, y su responsabilidad en cumplimiento de sus propias obligaciones que como se dijo eran antecedentes y determinantes de la actuación de la Empresa.

Por esta razón, no procede la excepción propuesta.

#### **4. DESVIACIÓN DE PODER Y DESPROPORCIONALIDAD DEL ACTO**

Para el recurrente, el incumplimiento en forma similar a la caducidad es legítimo solo cuando es tan grave que afecta la prestación del servicio o hace imposible la ejecución del contrato, lo que remitiéndose a las actas de recepción del sistema el 30 de septiembre de 1996 no se dio configurándose la desviación de poder por desconocer el fin propio que la ley le ha asignado al acto, según lo expone Carlos Betancur Jaramillo en su obra *Derecho Procesal Administrativo*, y deduce de ello la desproporcionalidad del acto, en cuanto a la gravedad de la sanción, la entrega y actual operación del sistema y el valor del contrato determinado para efectos de la resolución, sobre la cuantía reajustada y en valor presente, debiendo ser en relación con el valor del contrato al momento de la suscripción.

## **SE CONSIDERA:**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 72 del Decreto Ley 222 de 1983, el cobro de la cláusula penal como facultad exorbitante que es, procede tanto en el evento de declaratoria de caducidad, definido en el artículo 62 de la misma disposición, como de incumplimiento, luego, su finalidad, es el resarcimiento de perjuicios ocasionado en ambos eventos. Si bien en principio, la caducidad procede por conductas de incumplimiento que hagan imposible la ejecución del contrato, el artículo 62 prevé también su procedencia en relación con incumplimientos de obligaciones que traen como consecuencia perjuicios para la entidad, en el caso del artículo 72, al incumplimiento no se le asignan connotaciones de la caducidad, para proceder a hacer efectivo el cobro de la cláusula penal, como pago parcial de los perjuicios que habilita a la entidad para proceder al cobro judicial por el mayor valor no cubierto por ella.

Ahora bien, como ya se dijo, la ejecución indebida de las obligaciones es causa también del resarcimiento de perjuicios, así se infiere del artículo 291 del Decreto Ley 222 de 1983 y no es lícito que en estas condiciones, el contratista lo invoque como eximente de responsabilidad.

(...)

En otros términos, la indebida ejecución no genera siquiera derecho al pago pero sí responsabilidad por los perjuicios que de dicha situación se deriven.

En el caso a estudio, las actividades, como se dijo en los considerandos N° 32 y 33 por efectos de las previsiones del contrato, fueron totalmente canceladas, situación que genera un perjuicio mayor por los costos financieros asumidos por la Empresa.

## **5. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO**

### **A. Violación al principio del *Non bis in idem*.**

**SE CONSIDERA:**

La revocatoria de la declaratoria de caducidad tuvo su causa por razones de interés público, tal como allí quedó consignado, como eran las que se derivaban de los mayores perjuicios que podían causarse a los intereses de la comunidad en caso de su aplicación efectiva, en ninguna parte se dijo que los motivos invocados en la Resolución N° 0975 no hubieran existido ni que se exonerara de los perjuicios de ellos derivados al Consorcio, y por lo tanto no puede hablarse de cosa juzgada ni de doble sanción.

**B. Violación del derecho de defensa.**

**SE CONSIDERA:**

Sobra pronunciarse de nuevo sobre la realidad de los hechos considerándose suficiente remitir al N° 2 literal a) capítulo I de esta providencia.

Es inadmisibles desde el punto de vista contractual y legal, que lo que no ha sido entregado y recibido a satisfacción, pretenda ampararse con una póliza de estabilidad que ningún efecto produciría en relación con las actividades pendientes, que se repite como su nombre lo indica o no existe o no está en condiciones de ser entregado, no ejecutado, en trámite de ejecución, etc. y tal como se dijo en el anexo N° 4 del acta del 30 de septiembre de 1996, la recepción final del sistema está pendiente, y el mismo Consorcio en su memorial del recurso, página 28, lo afirma cuando solicita "...se revoque en su totalidad la resolución que se impugna, lo cual trae de contera la obligación, hasta ahora incumplida por la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá, de suscribir el Acta de Recepción Final ya enviada por el Consorcio Contratista" y fue por estas razones que la Empresa en su comunicación 2000 - 72403 del 24 de diciembre de 1996 hizo conocer del contratista y compañías de seguros la no aprobación de la garantía de estabilidad, por tanto si no están recibidas no podrían ser objeto del amparo.

Por razones obvias y de pleno conocimiento de las mismas Compañías de Seguros, estas no mostraron su disposición de garantizar la estabilidad de la obra y calidad y buen funcionamiento de los equipos que las llevó

a condicionar la vigencia de las pólizas a la suscripción del Acta de Recepción Final del Tramo, si se les hubiere impartido aprobación en estas circunstancias, en caso de siniestro entonces, y con base en su condición evadirían su responsabilidad.

Y no se concibe cómo el contratista y las compañías aseguradoras pretenden hoy reducir el problema de los pendientes a un simple problema de calidad, como si la configuración de esta no tuviera origen en el cumplimiento del contrato y si se hubieran aprobado las garantías, no hubieran entrado en vigencia hasta tanto se suscribiera el Acta; ¿obedece esta actitud al principio de la buena fe contractual? ¿A qué garantía entonces se refiere el Consorcio?

(...)

### **C. Vulneración de la cláusula compromisoria y de la bilateralidad contractual.**

- Violación al principio del juez natural:

Conforme al Decreto Ley 222 de 1983, la cláusula penal es una facultad exorbitante, que como tal es irrenunciable, indelegable, no susceptible de negociación. Dada la competencia que le asiste a la Empresa para hacer uso de esta facultad por virtud de lo dispuesto en los artículos 72 y 73 de la norma, su ejercicio procede cuando se configuren los motivos de incumplimiento que den lugar a su aplicación y no puede la administración abstenerse de hacer uso de ella pues el interés público y social así se lo imponen. De suerte que la competencia para su ejercicio es exclusiva, y no puede vía cláusula compromisoria, trasladarse al juez arbitral. Se concluye entonces que tratándose de los poderes exorbitantes regulados por el Decreto Ley 222 de 1983, la cláusula compromisoria no excluye su ejercicio por parte de la entidad pública que es de la única que puede predicarse el ejercicio unilateral de ellas, de lo contrario carecerían de sentido.

(...)

## CAPÍTULO II

### DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS

De la simple lectura de todos y cada uno de los memoriales presentados, se observa que los planteamientos efectuados se basan y parten de los expuestos por el Consorcio a través de su apoderado, decididos en la parte primera de este escrito y a ellos se remite, pues no existe razón adicional para volver sobre ellos. Se limitará la Empresa entonces, a pronunciarse como ya se dijo sobre los argumentos que tocan con el contrato de seguro propiamente dicho que debidamente agrupados se sintetizan así:

#### 1. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO VS. GARANTÍA DE ESTABILIDAD

Manifiestan al respecto que es evidente que el contrato se cumplió, lo que trae como consecuencia, la terminación de la vigencia del amparo de cumplimiento y la consecuente iniciación de los riesgos derivados de la estabilidad de la obra y buena calidad de los equipos, amparos que por ser excluyentes el uno del otro, no pueden coexistir.

#### **SE CONSIDERA:**

No es de recibo el argumento expuesto por las siguientes razones:  
En cuanto al cumplimiento del contrato, se remite a las reflexiones que la Empresa efectuó en el capítulo I N° 2 de este proveído, que sirvieron de sustento para rechazar el cargo formulado. De las mismas, se desprende fácilmente que si no se ha realizado la recepción final del sistema (véase la solicitud del Consorcio pág. 28 del memorial en que sustenta el recurso), no se han dado por cumplidas las obligaciones del contrato.

(...)

#### 2. REDUCCIÓN DEL VALOR DE LAS GARANTÍAS

Manifiestan que la entidad contratante no puede exigir la totalidad de la póliza de cumplimiento del contrato, cuando el mismo se ejecutó en un altísimo porcentaje y los pendientes constituyen una mínima parte de las

obligaciones afianzadas, por ello solo debe exigirse el porcentaje del valor de las garantías con respecto al incumplimiento, previa demostración y cuantificación de los mismos.

### **SE CONSIDERA:**

La proporcionalidad respecto del incumplimiento y sus sanciones, no es solamente de orden cuantitativo, como pretenden las aseguradoras, sino principalmente, también, de orden cualitativo.

Los efectos del incumplimiento en que incurrió el contratista que tienen su mayor manifestación en la denominada interfase vía-vehículo –que no quiere significar que las demás actividades pendientes no sumen una cuantía considerable para efectos de la responsabilidad, ni se descartan los efectos prácticos por esta producidos–, en el funcionamiento del sistema que a manera de ejemplo se enuncian en el capítulo I N° 2 literal b) de este acto perfectamente demostrables en los registros de operación de la Empresa, evidenciados y agravados con anterioridad a las entregas que le han impedido certificar su recibo a satisfacción y suscribir consecuentemente el acta de recepción final del sistema (Acta del 27 de febrero de 1996, anexo al Acta del 28 de febrero de 1996 y anexos N° 2 y 4 al Acta del 30 de septiembre de 1996), hacen del problema un claro asunto de incumplimiento, reconocido por el contratista, pues no de otra manera pueden interpretarse sus manifestaciones expresas en cuanto a la existencia de las actividades y problemas pendientes, como responsable del diseño, ejecución y entrega del proyecto total a satisfacción de la Empresa y de esta manera y para la defensa de los intereses públicos lesionados por el incumplimiento, en uso de sus facultades, la Empresa tasó provisionalmente y en debida forma los perjuicios, cuyo remanente, no cubierto por la cláusula penal, se cobrará ante autoridad competente, por cuanto el daño en sus efectos y en la cuantía necesaria para colocar y resolver los asuntos pendientes en su debida forma, es considerable.

Cuando el incumplimiento afecta el funcionamiento mismo del sistema de transporte masivo, se afecta la esencia misma de la obligación contraída en el contrato 49 de 1984 y hace gravemente improductiva la inversión efectuada en el proyecto, en la medida en que el objeto final, la entrega en

funcionamiento adecuado y en condiciones de eficiencia, durabilidad y calidad de los componentes, no se corresponde con lo esperado y pactado.

Lo anterior implica que la gravedad del incumplimiento genera perjuicios que no pueden tasarse con base en la sola consideración de la supuesta mínima cantidad del componente integrante del sistema que determina la disfuncionalidad del mismo y su deficiencia en la operación, como lo creen los recurrentes.

El valor de la cláusula penal acorde con lo dispuesto en el artículo 72, si bien se establece en proporción al valor del contrato, es considerado por la misma norma como pago parcial, pero definitivo de los perjuicios, que por ser parcial, en otros términos significa que el contratista deberá responder por el monto total de los perjuicios ocasionados al Estado y como se dijo en el acto recurrido, exceden el valor de la cláusula penal, por eso no es de recibo el argumento de los recurrentes en cuanto a la proporcionalidad de la cláusula penal, que solo sería procedente frente a un perjuicio menor, como tampoco lo es, la de las pólizas de seguros, que para el caso del contrato 49 de 1984 constituyen un infraseguro, pues su valor en estricto derecho debería corresponder al valor total del contrato 49, establecido según lo prevé la cláusula tercera del mismo.

(...)

### **3. REDUCCIÓN DEL VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN PROPORCIONALMENTE AL VALOR DE LAS OBRAS RECIBIDAS, CLÁUSULAS VIGÉSIMA NOVENA, LITERAL A) Y SEXTA LITERAL F).**

Además de los argumentos considerados, los apoderados de las compañías de seguros sostienen, en forma similar, lo siguiente:

Solicitan, que la cuantía de la indemnización se reduzca en forma proporcional al valor de las obras recibidas por la Empresa, de acuerdo a las pólizas y el contrato 49 de 1984 en sus cláusulas vigésima novena, literal a), sexta literal f). Siendo que estos hechos disminuyen los riesgos asumidos por las compañías aseguradoras, en razón a que se les debe reconocer a su favor las sumas de dinero retenidas.

### **SE CONSIDERA:**

La cláusula vigésima novena, literal a), estableció como requisito para la reducción de la garantía en consideración a la parte de la obra entregada, la expresa aprobación de la Empresa, que no se obtuvo conforme se establece en la comunicación 900-72403 del 24 de diciembre de 1996. La cláusula sexta, literal f), fue modificada mediante el Convenio Adicional N° 1 del 15 de abril de 1986 y sustituida por una garantía de seguros –por esta razón, no existen las retenciones de que habla la cláusula sexta, literal f)– que para su identificación se denominó garantía adicional de cumplimiento, que también por este acto, se hicieron efectivas para los efectos correspondientes a cada una de ellas.

Inconformes con la decisión de la ETMVA, las empresas integrantes del Consorcio Hispano Alemán instauraron acción contractual ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que solicitaban la nulidad de las resoluciones de incumplimiento y como medida cautelar pidieron la suspensión provisional de los mencionados actos administrativos.

El apoderado del Consorcio Contratista, después de realizar un recuento de los principales hitos que incidieron en el desarrollo del contrato 49 de 1984, señaló que los actos administrativos por medio de los que se declaró el incumplimiento del contrato adolecían de nulidad por las siguientes razones:

Se violó el debido proceso, pues:

La administración en el caso que nos ocupa dictó un acto administrativo de plano y limitó el debido proceso a una de sus manifestaciones, es decir, al derecho de contradicción por medio del recurso de reposición, pero en ningún momento permitió la de defensa el contratista antes de la expedición del acto como era su obligación legal y constitucional.

Falta de competencia para expedir el acto, pues en su concepto, en virtud de la suscripción de los contratos adicionales del 27 de julio de 1995 y 21 de agosto de 1996, el régimen aplicable al contrato era el de la Ley 80 de 1993, que no contemplaba la potestad excepcional de declarar el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, además, según el demandante, “resulta claro que no puede la administración ejecutar

por sí misma la cláusula penal”. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, que asigna a la Jurisdicción Contencioso Administrativa la competencia para conocer de las controversias derivadas de un contrato estatal y de los procesos de ejecución.

Finalmente, señaló que en virtud de la cláusula compromisoria pactada en el contrato, la administración no tenía competencia para declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal, pues esta labor solo podía ser desarrollada por un tribunal de arbitramento como juez del contrato y no la administración de manera unilateral.

Precisó en la demanda que las resoluciones impugnadas carecían de fundamento fáctico, toda vez que se invocaban incumplimientos que nunca se presentaron, pues los denominados pendientes en las actas de entrega ya habían sido solucionados en su gran mayoría y los demás se relacionaban con el tema de garantía y no del cumplimiento o incumplimiento contractual y en todo caso, se trataba de discrepancias contractuales que debían ser dirimidas por la justicia arbitral en los términos previstos en el contrato.

Además, un presupuesto fáctico indispensable para declarar el incumplimiento de un contrato y hacer efectiva en consecuencia la cláusula penal es que el incumplimiento del contrato sea total o al menos definitivo, y nunca parcial, pues no estamos en presencia de una multa sino de la cláusula penal, y sobra decir, por evidente, que resulta absurdo hablar de incumplimiento total en el contrato 49, cuando es un hecho notorio el funcionamiento del sistema (...).

Indicó el apoderado del demandante que de conformidad con el artículo 1609 del Código Civil, aplicable a los contratos estatales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, la administración no podía hacer uso de las facultades excepcionales cuando existía incumplimiento de su parte o cuando el mismo había sido bilateral.

La imposibilidad de cumplir en los términos pactados originariamente en el contrato 49, en el caso que nos ocupa, es imputable a la entidad contratante, quien no pagó oportunamente al contratista, quien no entregó oportunamente los terrenos al contratista, quien no obtuvo las licencias

de importación de maquinaria y equipos en algunos casos, quien no actualizó el programa patrón de trabajo después de las modificaciones, quien no cumplió en general con sus obligaciones contractuales en forma oportuna, como se concluye de la simple lectura de los hechos de la demanda lo que condujo a colocar al Consorcio Contratista en una situación de razonable imposibilidad de continuar con el ritmo de trabajo y de cumplir con el objeto contratado en los términos inicialmente pactados.

Finalmente, manifestó que las resoluciones que declararon el incumplimiento fueron expedidas con desviación de poder, por cuanto ninguna de las circunstancias que se describieron para soportar el incumplimiento era definitiva o tenían la entidad suficiente para afectar la prestación del servicio.

En lo que se refiere a los denominados pendientes, la misma entidad contratante al recibir la obra manifestó que no constituían factor de riesgo para el funcionamiento del sistema, razón más que suficiente para concluir que es imposible hablar en el caso que nos ocupa de un incumplimiento definitivo del contrato y mucho menos de un incumplimiento total del mismo.

El Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda presentada por los integrantes del Consorcio Hispano Alemán y negó la solicitud de suspensión provisional, decisión que fue apelada por el Consorcio contratista y confirmada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, al precisar que a un contrato suscrito bajo la vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, no le cambia el régimen jurídico aplicable, ni las cláusulas pactadas en el mismo, por el hecho de que se haya suscrito un contrato adicional durante la vigencia de la Ley 80 de 1993, pues esto significaría el desconocimiento del artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

Asimismo, frente a la presunta incompetencia de la Empresa para expedir las resoluciones de incumplimiento, esta Sala del Consejo de Estado indicó:

la cláusula compromisoria del contrato 49 de 1984 fue redactada por las partes en términos mucho más limitados ya que se excluyen de la compe-

tencia del tribunal de arbitramento no solo la declaratoria de caducidad administrativa del contrato como lo ordenaba la ley sino “las facultades consagradas para la empresa en el Decreto 222 de 1983”, dentro de las cuales obviamente se encontraba la de declarar el incumplimiento del contrato tal como se preveía en el art. 72 de dicho decreto, con miras a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

Una vez notificada la demanda dentro del término de fijación en lista, la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, por intermedio de su apoderado, el doctor Carlos Betancur Jaramillo, además de dar respuesta a la demanda instaurada por el Consorcio, presentó demanda de reconvención en contra de las empresas constructoras del sistema, en la que se solicitaba que se declarara que el Metro, con el incumplimiento del contratista, había sufrido perjuicios que excedían el monto de los convenidos anticipadamente en la cláusula penal pecuniaria, que se hizo efectiva mediante las Resoluciones 1938 y 1958 de 1997, para lo cual reclamó perjuicios por una suma superior a los 427 millones de dólares.

Igualmente, para dar cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín, al fallar la acción de tutela instaurada por la Empresa en contra de la Cámara de Comercio de Medellín y el Consorcio Hispano Alemán, el doctor Carlos Betancur Jaramillo, solicitó que se declarara que la cláusula octava del contrato adicional del 13 de febrero de 1992 no estaba vigente, por cuanto, por voluntad de las mismas partes, no solo fue modificada mediante el acuerdo del 14 de junio de 1994, sino que la condición señalada en el numeral 7 de este acuerdo resultó fallida.

Al referirse al incumplimiento del contratista, manifestó el apoderado de la Empresa en la demanda de reconvención:

El CONSORCIO no solo incumplió los plazos que se le otorgaron para la ejecución de la obra, sino que el 31 de marzo de 1997, luego de 143 meses, no pudo entregar la obra a entera satisfacción. Se recuerda que el plazo inicial fue de 54 meses. Incumplió con la entrega de los programas de trabajo; no corrigió las observaciones que la Empresa les hizo a todos y a cada uno de ellos; fueron tales sus atrasos en relación con este punto que el mismo

CONSORCIO calificó algunos de los programas como ya obsoletos a la fecha de su entrega. Incumplió con la entrega de los diseños, y aún hoy trata de cumplir esta obligación. Paralizó las obras unilateralmente y sin causa justificativa el 31 de octubre de 1989 y prolongó esa paralización hasta el 31 de diciembre de 1992. No entregó las garantías oportunamente para el perfeccionamiento del contrato de 13 de febrero de 1992. Se observa a este respecto que Obras Civiles solo adhirió a este contrato el 30 de septiembre de ese año. Los distintos tramos se entregaron por fuera de las fechas convenidas y cuando finalmente lo hizo, la recepción se hizo en forma provisional por los múltiples pendientes que se observaban en cada uno de ellos. (Pendientes aún no corregidos, pese a su pago). Incumplió también el CONTRATISTA sus obligaciones relacionadas con la nacionalización, manejo de carga en puerto, bodegaje, impuestos, transportes y seguros. Incumplió en el diseño de los vehículos, su calidad, sistema de frenos y acabados. Incumplió lo relacionado con la vía permanente (desgaste ondulatorio y corrosión profunda). Incumplió lo relacionado con la locomotora de maniobras, las instalaciones eléctricas de los edificios y sus pisos. Incumplió lo relacionado con la máquina bateadora, sistema de señalización, durmientes, patios, luminarias y cubiertas metálicas. La interfase vía-vehículos presentó desde un principio serias irregularidades que aún subsisten. Pero quizás el mayor incumplimiento radicó en la financiación y en el manejo de los créditos. Olvidó olímpicamente el CONSORCIO que suya era la obligación de financiar hasta un 100% y a lo largo del contrato se escudó en la falta de disponibilidad en la Empresa y en su déficit para endilgarle su responsabilidad. Además, utilizó su relación con las entidades financieras para buscar una solución favorable a sus reclamos. Al respecto existe confesión del mismo CONSORCIO, en constancia que dejó al suscribir el protocolo de Madrid.

(...)

Que el Consorcio, como se dejó expresado, incumplió las obligaciones contraídas con la Empresa de construir y poner en funcionamiento en forma oportuna y a entera satisfacción el Metro, porque lo pactado no fue su entrega en cualquier tiempo, luego de atrasos excesivos e injustificados, y de cualquier manera, llena de irregularidades, con defectos serios de construcción en los equipos, en los rieles y en el material rodante, lo que ha impuesto

a la Empresa excesivas erogaciones para mantenerlo en funcionamiento, las que no se habrían causado si el Consorcio hubiera cumplido, entre otras cosas, lo relacionado con la calidad del equipo. Extracostos que en la actualidad exceden la suma de \$3.500 millones y que continuarán en aumento hasta tanto el CONSORCIO corrija las fallas que presenta y entregue el sistema y sus complementarios a entera satisfacción, según lo pactado.

La defensa del Consorcio en el sentido de que la prueba de su cumplimiento está en el funcionamiento actual del sistema, carece de seriedad, ya que sabe y tiene por qué saberlo, qué fue lo que construyó, en qué forma y con qué clase de equipo, hoy con un desgaste exagerado que contradice la obligación de resultado que adquirió. (Ver cláusulas 21, 30, 32 lits. a) y b) y 34).

5.3 Que la Empresa en 1997, en vista de los serios problemas y defectos que presentaba la interfase vía-vehículos, contrató con la firma canadiense National Research Council (NRC) un estudio para detectar las causas del desgaste ondulatorio y señalar las medidas para corregir los problemas. De ese estudio se destacan como las principales causas de ese desgaste:

Altas fuerzas de tracción requeridas para direccionar “las curvas” con *bogies* relativamente rígidos.

Altas fuerzas de contacto dinámico que surgen del acoplamiento excesivamente rígido del durmiente al riel a través de una placa de asiento “plástica” y no “elástica”.

(...)

Igualmente el consorcio, concretamente la Man y la Siemens, en ese mismo año contrataron con la Universidad Tecnológica de Berlín otro estudio para evaluar los daños vibratorios en el conjunto de tracción y el desgaste ondulatorio. De ese estudio se destacan como causas, efectos y soluciones de dicho desgaste:

- Antes de poner en operación el sistema no esmerilaron los rieles para eliminar película de laminación y capa de descarbonización superficial.

- Soldaduras mal ejecutadas en las juntas (empates) de los rieles instalados en la vía permanente. Unas con resaltos y otras con depresiones, agravado por la diferencia de dureza del material de riel y la soldadura.
- Desgaste irregular de las ruedas que se trasmite a los rieles.
- Placas de asiento de los durmientes (traviesas) excesivamente rígidas.
- Ángulo de contacto en curvas debe disminuirse.
- Ángulo de giro entre bogie y caja de pasajeros (vagón) debe disminuirse.
- Coeficiente de fricción rueda-riel debe disminuirse.
- Separación oscilatoria entre bogie y el plano del eje montado debe disminuirse.
- Mala calidad granulométrica y de dureza del balasto de la vía.
- Procedimientos y Manuales de procedimiento y capacitación indebida

Lo anterior, además de las fallas propias mencionadas, han incidido en daños a otros elementos o partes, tales como:

- Filtros de aire y su sujeción.
- Fisuras en la caja de engranajes.
- Roturas en los porta-antenas.
- Aflojamiento de sujeciones y mecanismos de suspensión.

Una comparación paralela entre los dos estudios muestra una gran coincidencia entre causas, efectos y soluciones propuestas.

Algunas diferencias conceptuales de análisis se concilian, en su mayoría, en las soluciones propuestas.

Lo precedente es solo una parte de los problemas detectados por los técnicos que el CONSORCIO no ha querido solucionar adecuadamente. Soluciones que han venido implicando serias erogaciones y extracostos para la Empresa, los que no se hubieran presentado si la obra se hubiera ejecutado de acuerdo con lo pactado. Dichos incumplimientos, además, afectan la utilidad del sistema y ocasionan serios perjuicios.

De la misma manera, para sustentar que la cláusula octava del contrato adicional del 13 de febrero de 1992 no estaba vigente, ya que fue modificada por acuerdo posterior entre las partes, dijo:

(...)

a) El contrato 49 contiene cláusula compromisoria y esta da a entender que la competencia de los árbitros es residual, en cuanto no pueden tocar ni lo relacionado con la caducidad y sus efectos ni los demás poderes exorbitantes que a la Empresa le confería el Decreto 222 de 1983 (cláusula 44).

b) Estando vigente ese contrato, el 13 de febrero de 1992 se suscribió entre las partes un contrato adicional y en él se convino que para la solución de los 18 reclamos formulados por el CONSORCIO, vinculados al cumplimiento mismo del contrato, se acudiría en primer término, a **amigables componedores y luego a arbitraje internacional**. Allí mismo se acordó el plazo de cuatro semanas para la adopción del procedimiento para la integración y operación de los amigables componedores.

c) Que el término aludido se incumplió, ya que se venció con creces y solo el 2 de junio de 1993 se adoptó dicho procedimiento. En este se señalaron plazos perentorios y preclusivos para su desarrollo, los cuales no se cumplieron tampoco por las partes, quedando así el convenio sin efecto alguno. En parte alguna se convino que esa cláusula quedaba abierta en forma ilimitada hacia el futuro.

d) El 4 de junio de 1993, en el acuerdo conocido como el Acta de Madrid, ignorando lo que hasta allí había sucedido, se revivió el convenio; se le introdujeron modificaciones al procedimiento acordado dos días antes; y se postergó su cumplimiento **solo por un mes más**, en vista de la muerte del asesor del Metro, doctor Jairo Duque Pérez. Se dijo en ese documento que se cumplía así lo previsto en la cláusula octava del contrato de 13 de febrero de 1992.

e) Dejando de lado esta última afirmación, ya que el incumplimiento de lo pactado se había producido, y ante la no operatividad del sistema de los amigables componedores, **se suscribió el 14 de junio de 1994 un nuevo acuerdo que modificó las reglas de juego y dejó de lado el sistema pactado en el mencionado contrato de febrero 13 de 1992, para reemplazarlo por un proceso de negociación directa, en el cual una vez logrados los acuerdos se acudiría a un Tribunal de Arbitramento Nacional en los términos de la**

**cláusula 44 del contrato 49**, para darle el valor de cosa juzgada, a menos que se cumpliera la condición pactada en el nl. 7 del citado acuerdo del 14 de julio de 1994. Y como esta condición resultó fallida, como se explicó atrás, en la actualidad las diferencias de las partes no podrán ventilarse sino ante la justicia administrativa, en lo que toque con las cláusulas exorbitantes, o ante la justicia arbitral nacional, en los demás casos.

Lo anterior nos permite afirmar que el CONSORCIO no puede, a su capricho como lo ha venido intentando, escoger el juez del contrato según sus conveniencias particulares. No tiene sentido, entonces, que para este exista en un mismo contrato, de un lado el juez administrativo; y de otro, en curiosa coexistencia para la solución de las mismas diferencias (los 18 reclamos aludidos), o un Tribunal de Arbitramento Nacional o el sistema de los amigables compondores y el arbitramento internacional.

No, las reglas de competencia son claras y la Empresa reclama y ha venido reclamando la vigencia de la ley colombiana en este campo, así: los conflictos derivados de las potestades exorbitantes ventilables solo ante la justicia administrativa; y los demás, ante la justicia arbitral nacional. El mismo CONSORCIO ha venido corroborando este aserto con su conducta, ya que en la actualidad se tramitan dos Tribunales de Arbitramento Nacionales por su iniciativa.

Los fundamentos de derecho que soportaron la presentación de esta demanda de reconvención, fueron los siguientes:

#### **a) La reconvención. Su procedencia**

Desde la expedición del Decreto 01 de 1984 se estableció en forma expresa la posibilidad de esta clase de demandas en los procesos contractuales y de reparación directa que se ventilan ante la jurisdicción contencioso administrativa. Así, con las modificaciones que al artículo 217 del C. C. A. original le introdujo el artículo 54 del Decreto 2304 de 1989, en estos procesos “la parte demandada podrá, en el término de fijación en lista, denunciar el pleito, realizar el llamamiento en garantía o presentar demanda de reconvención, siempre que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

En este orden de ideas, el doctor Carlos Betancur Jaramillo, apoderado de la Empresa observó:

En primer término, no cabe duda de que el presente asunto es de carácter contractual, tal como lo califica la parte actora, porque la controversia gira en torno a un acto administrativo expedido por la entidad pública contratante después de la celebración del contrato 49 y durante la vigencia de este; acto contractual propiamente dicho, cuyo control pertenece inequívocamente a la citada jurisdicción, no solo en la actualidad sino desde la expedición del Decreto 01 de 1984. Así, desde este estatuto (art. 87) que reguló las controversias derivadas de los contratos administrativos, se ha mantenido por el legislador la misma orientación, pese a las modificaciones que le fueron introducidas a dicha norma tanto por el art. 17 del Decreto 2304 de 1989 como por el 32 de la Ley 446 de 1998. Adscripción a la mencionada jurisdicción que se ratifica asimismo con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, el cual en su inciso primero dispone en lo pertinente: “Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual solo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”.

En segundo término, definido que la controversia que gire en torno a un acto contractual es una controversia de las reguladas en el citado artículo 87 del C. C. A., se debe concluir que la pretensión anulatoria del mismo podrá acumularse con otras pretensiones igualmente contractuales, como serían las de incumplimiento o responsabilidad. Así, por ejemplo, nada impedirá que se solicite en una misma demanda la nulidad del acto que declaró la caducidad del contrato o su terminación y como consecuencia, la declaratoria de incumplimiento de la entidad contratante o su responsabilidad.

En otras palabras, al definirse legislativamente que la pretensión de nulidad del acto contractual es controversia que se ventila con apoyo en el artículo 87, se zanjó toda discusión y se obvió el obstáculo para la acumulación de pretensiones, uno de cuyos presupuestos es el de que las pedidas o propuestas puedan ser conocidas por un mismo juez, siguiendo el mismo procedimiento (art. 82 del C. de P. C.).

En tercer lugar, la demanda de reconvencción que se formula mediante este escrito es compatible con la índole o naturaleza de esta jurisdicción, hasta el punto de que esta demanda podría presentarse en forma separada; caso en el cual nada impediría en el futuro su acumulación (ya de procesos) con el aquí instaurado por el CONSORCIO.

Acumulación objetiva posible, ya en la forma inicial por la vía de la reconvencción o en el futuro por la acumulación de procesos, porque se llenan a cabalidad los requisitos que el estatuto procesal exige para la acumulación de pretensiones, o sea, en síntesis: a) Porque el Tribunal Administrativo de Antioquia es el competente para conocer tanto de la pretensión anulatoria del acto que declaró el incumplimiento del CONSORCIO (Resoluciones números 1938 y 1958), como para declarar que ese incumplimiento del contrato 49 por parte del mismo CONSORCIO, le causó perjuicios a la Empresa que exceden los términos de dicho acto; todo porque si los asuntos enunciados (la nulidad del acto de incumplimiento y la pretensión indemnizatoria propuesta en esta contrademanda por la Empresa) pudieran ser resueltos por jueces diferentes, fácilmente podría romperse la continencia de la causa y aun producirse sentencias encontradas o contradictorias en los dos procesos; b) porque las pretensiones formuladas por el CONSORCIO y las que la EMPRESA solicita con esta demanda no solo no se excluyen entre sí, sino que versan sobre un punto central y único de fondo: el cumplimiento del contrato celebrado entre las partes, para lo cual ya la Empresa declaró el incumplimiento del CONSORCIO mediante acto administrativo de efectos ejecutorios; c) porque tanto la demanda del CONSORCIO como la de reconvencción, fuera de que se complementan, siguen un mismo procedimiento, o sea el ordinario regulado en los artículos 206 y ss. del C. C. A.

En cuarto lugar, al declararse el incumplimiento del CONSORCIO por la EMPRESA, en ejercicio de los poderes exorbitantes que le daba el artículo 72 del Decreto 222, cualquier pretensión indemnizatoria de aquel que tenga como supuesto el incumplimiento de esta, tendrá que remover el obstáculo que para la relación jurídica significa el acto administrativo de incumplimiento debidamente ejecutoriado; remoción que solo podrá producirse dentro del proceso contencioso administrativo.

En quinto lugar, porque al ejecutoriarse dicho acto no solo habrá que reconocer que está amparado por las presunciones de legalidad y de certeza y que adquirió efectos ejecutorios propios, sino que su eventual controversia quedó así asignada al juez natural o propio del contrato, que no es otro que el juez administrativo, quien será el competente para definir, con fuerza de cosa juzgada, si el acto administrativo estuvo o no ajustado al ordenamiento; o sea, si el CONSORCIO cumplió o no. Significa lo anterior que mientras el acto esté en firme, el señalamiento de la parte incumplida seguirá teniendo fuerza ejecutoria y solo podrá perder sus efectos en virtud de anulación declarada por el juez competente de la jurisdicción administrativa.

En sexto lugar, aunque inicialmente la doctrina estimó que en los procesos contenciosos administrativos no procedía la demanda de reconvención, por ser precisamente la base de estos la resolución gubernativa impugnada en la demanda, a partir del Decreto 01 de 1984 se rompió esta regla para permitir la en las controversias de carácter contractual o de reparación directa.

Se hacen las afirmaciones precedentes porque los aludidos actos contractuales serán susceptibles solo de las acciones reguladas en el artículo 87 del C. C. A., por disponerlo así el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, lo que permite inferir, entonces, que dentro de tales controversias podrán acumularse las pretensiones que busquen la nulidad de estos actos con otras pretensiones de reclamación directa, como serían las de cumplimiento, responsabilidad, nulidad, etc., etc.

Además, se repite, no puede olvidarse que el artículo 217 del C. C. A. que autoriza expresamente a la parte demandada para formular demanda de reconvención dentro de las acciones de tipo contractual y de reparación directa, no hace distingo alguno.

## **b) La ley del contrato**

Señaló el apoderado de la Empresa, doctor Carlos Betancur Jaramillo, que el contrato 49 de 1984 estaba sometido al Decreto 222 de 1983 (ley del contrato), por cuanto este estatuto estaba vigente a la fecha de su celebración,

decreto que no perdió su operatividad frente al aludido contrato por el hecho de haberse adicionado durante la vigencia de la Ley 80 de 1993, en varias oportunidades y haber sufrido otros tantos acuerdos de prórroga.

Recordó el señor apoderado que “en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”, tal como lo dispone el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, con base en lo cual afirmó que las leyes nuevas no podían alterar las relaciones contractuales, o sea, el régimen de los derechos y obligaciones que fueron objeto del respectivo convenio. Aunque el citado principio contempla dos excepciones, ninguna de estas tenía aplicación en este caso, no solo porque la ley nueva no varió sustancialmente la forma de hacer esos reclamos y porque la segunda se refería al derecho represivo penal.

Además, cuando el contrato 49 se adicionó en los términos del artículo 58 del Decreto 222, no sufrió modificación en el régimen de los derechos y obligaciones pactados inicialmente, sino que solo varió en el plazo y en el valor convenidos, por lo que era de simple lógica que al celebrarse los adicionales no se produjeron, ni se podían producir, cambios algunos en el régimen aludido. Si el adicional sustituyera al que adicionaba o modificaba, no tendría el carácter de tal sino que sería un nuevo contrato y no podría eludir, so pena de nulidad, la regulación propia de todo contrato y los requisitos exigidos para su celebración.

Precisó que cuando se celebró el contrato 49 regía el Decreto 222 de 1983, que le otorgaba a la entidad contratante una serie de potestades exorbitantes o excepcionales, estas no desaparecieron por el solo hecho de modificar su plazo o el valor del mismo cuando ya estaba en vigencia la Ley 80. Tan conscientes de esto fueron las partes al suscribir los contratos adicionales, que dejaron la expresa constancia de que en lo demás el contrato seguiría igual.

Así, si con base en esos poderes inusuales la Empresa podía en forma unilateral declarar el incumplimiento para caducar el contrato o para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, terminarlo, modificarlo, interpretarlo o liquidarlo, no tenía sentido sostener que estas prerrogativas desaparecie-

ron por el solo hecho de adicionar el plazo o modificar el valor del mismo durante la vigencia de la Ley 80 de 1993.

Si bien es cierto, cuando se celebra un contrato adicional se produce otro acuerdo de voluntades, también lo es que ese nuevo acuerdo no puede salirse de los extremos enunciados, ya que en lo que no fue objeto de adición, el original sigue vigente. Si fuera válido lo que sostenía el concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, con ponencia del exconsejero Jaime Betancur Cuartas (que si el adicional se celebraba ya en vigencia de la nueva ley, todo el contrato quedaría sometido a esta), los contratos adicionales serían nulos, de nulidad absoluta, por violación, en forma directa, entre otros artículos, del 38 de la Ley 153 de 1887 y 78 de la Ley 80 de 1993.

### **c) El alcance de la cláusula penal pecuniaria**

En todo contrato que no fuera de empréstito, tal como lo disponía el artículo 72 del Decreto 222, debía estipularse una cláusula penal pecuniaria que se haría efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declararse o la caducidad o su incumplimiento. Contemplaba así la citada norma una prerrogativa para tales entidades, de alcance realmente exorbitante, que le permitía hacer efectiva la cláusula directamente, sin tener que acudir al juez del contrato, cuando estimara razonadamente que el contratista lo incumplió; declaración de incumplimiento que puede servir de fundamento o de apoyo, según el caso, para declarar o bien la caducidad del contrato o bien para hacer efectiva la aludida cláusula.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, si bien insistía en que la caducidad no podía declararse luego de la terminación del contrato, no afirmaba lo mismo con la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la mencionada cláusula, por no tener esta ese condicionamiento temporal.

Cláusula que de “penal” no tiene sino el nombre y que no se gobierna por el derecho represivo, tal como lo sostiene la doctrina (Marienhoff, Bercaitz, Kemelmajer de Carlucci, García de Enterría, Pérez Vives, etc.), porque en el derecho público en general y en el colombiano en especial, esa cláusula no es más que una liquidación convencional y anticipada de perjuicios, por lo

cual era dentro de los efectos del contrato y especialmente en el incumplimiento de estos, donde debía estudiarse. No otro era el alcance del artículo 72 del Decreto 222, al disponer que la cláusula se debía pactar de antemano, en proporción al valor del contrato, pero que cuando se hiciera efectiva se consideraría como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante. Lo que quería decir, en otras palabras, que la cláusula no sería proporcional al perjuicio causado, sino proporcional al valor del contrato; de allí que se estimara de antemano en una suma única en relación con la cuantía de este, y, por ende, no tasado en concordancia con un daño real producido. Esto le hacía afirmar a Kemelmajer de Carlucci, autora de la obra *La cláusula penal*, al referirse a la contratación pública, que “de lo expuesto se deduce que estas sanciones pecuniarias normalmente no guardan ninguna vinculación con el daño causado, porque este es –en cierta medida– inestimable. Es cierto que en la cláusula penal la indemnización tarifada es arbitraria y ficticia (pudiendo ser menor, a los verdaderos daños producidos), pero al menos existe una suerte de presunción en el sentido de que las partes aceptan anticipadamente que los daños a producirse son los pactados”.

El doctor Betancur Jaramillo agregó en la demanda de reconvenición:

Se observa que la misma autora clasifica la “cláusula penal” en el género de las sanciones pecuniarias, “consistentes en la indemnización que el contratante debe pagar a la administración y que tienen un objeto preventivo, el de intimidarlo, y un fin de reparación del perjuicio ocurrido”; y no en el de las sanciones penales, porque estas “entran dentro de la órbita del derecho represivo y, por ende, ajenas a este trabajo” (obra citada, De Palma, Buenos Aires 1981, pág. 487).

Marienhoff es de idéntico parecer; según este autor “para el supuesto de incumplimiento de una obligación contractual, las partes pueden prever y fijar ‘ab initio’ el monto de los daños y perjuicios que representará dicho incumplimiento. La estipulación pertinente constituye lo que se denomina ‘cláusula penal’” (Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III A, Abeledo Perrot, 3ª edición, Buenos Aires, págs. 412 y 413).

Más adelante, este mismo autor sostiene: “En tal forma las partes fijan de antemano la indemnización que debe pagarse a título de daños y perjuicios por el incumplimiento de una obligación contractual. Con ello el interesado se libera del cargo de probar los daños sufridos y su valor en dinero; por su parte, el infractor sabe anticipadamente a cuánto ascenderá la indemnización respectiva...”.

... Por esas razones se ha sugerido que en lugar de hablar de cláusula penal se hable de “indemnización convencional”. Asimismo, anota dicho autor que tanto la “cláusula penal” como la “multa” implican sanciones civiles, es decir, no constituyen sanciones penales (obra citada, pág. 414).

Aunque lo escrito tiene sus puntos de contacto con el derecho privado, lo cierto es que en el campo de la contratación administrativa gobernado por el Decreto 222, su artículo 72 contiene una explícita precisión que no se encuentra en aquel, y que es elocuente al señalar en su inciso final, como se anotó atrás, que *el valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante.*

Esta norma es evidentemente protectora de los dineros públicos y es parte de una prerrogativa exorbitante más, ya que quiere decir que cuando esos perjuicios causados a la entidad contratante exceden en su monto el valor de la cláusula penal convenida, si bien no podrá la administración hacer efectivo en forma directa ese exceso, sí podrá acudir al juez del contrato para su reconocimiento mediante sentencia. En otras palabras, primero, la administración podrá hacer efectiva directamente la totalidad de la cláusula penal en caso de incumplimiento del contratista sin hacer ni desviarse en reducciones en función de unos perjuicios realmente causados; y, segundo, que si estima que esos perjuicios son mayores al valor de la cláusula penal podrá exigirlos por la vía judicial.

### **El alcance del artículo 72 del Decreto 222**

Según este artículo la administración contratante en ejercicio de su poder exorbitante podrá declarar el incumplimiento del contratista, no solo

para ponerle fin al contrato (caducarlo), sino también para hacer exigible la cláusula penal.

Se observa así que en estas dos hipótesis existe un elemento común: La declaratoria de que el contratista incumplió, pero dos efectos diferentes. En el primer evento, la terminación anticipada del contrato por grave incumplimiento; y en el segundo, que puede declararse independientemente de la caducidad, que ese incumplimiento es de tal magnitud que la administración podrá hacer efectiva la cláusula penal para resarcirse de los daños, así sea parcialmente.

Ese elemento común, la decisión administrativa de incumplimiento, equivale, *mutatis mutandis*, a la declaratoria judicial de incumplimiento como efecto de la condición resolutoria tácita del derecho privado (art. 1546 del C. C.), con la diferencia, destacada por la doctrina y la jurisprudencia, que será la administración la que, *motu proprio*, en ejercicio de sus poderes de excepción, hará la declaración de la opción escogida, sin tener que acudir al juez.

Esa declaratoria mediante acto administrativo aunque no tiene efecto de cosa juzgada, sí tendrá efectos ejecutivos y ejecutorios plenos de obligado acatamiento para las partes mientras no haya sido anulado por el juez del contrato, el cual no es otro que el administrativo, hoy en la Ley 80, y antes en el Decreto 222.

En otras palabras, en el contrato estatal esa declaración de incumplimiento mediante acto administrativo en firme o ejecutoriado tiene similares efectos a los que produce la decisión judicial que declara su terminación o incumplimiento, con la diferencia de que esta no podrá ser objeto de una nueva acción por impedirlo la cosa juzgada, mientras que aquella podrá impugnarse jurisdiccionalmente por la vía de la acción y dentro de la oportunidad señalada en la ley.

Es tal la similitud en sus efectos que tanto la sentencia como el acto administrativo en firme prestarán mérito ejecutivo y podrán hacerse valer compulsivamente por la vía ejecutiva. Esta similitud en los efectos se pone más en evidencia cuando, luego de adquirir la firmeza, vence el término

de caducidad para su impugnación judicial. Esta similitud en los efectos le ha hecho sostener a un sector doctrinario que el acto administrativo en firme, luego de vencido el plazo para su impugnación jurisdiccional, tiene el efecto de cosa juzgada administrativa.

En otras palabras, en principio, la declaratoria de incumplimiento hecha por la administración en ejercicio de potestades excepcionales tiene alcances y efectos similares a la decisión que en idéntico sentido puede tomar un juez; lo que no quiere decir entonces que el proceder en tal forma la administración esté haciendo de juez del contrato, porque de ser esto cierto su decisión ejecutoria no sería susceptible de control jurisdiccional.

Lo precedente me permite sostener que luego de la expedición de las Resoluciones 1938 y 1958 que declararon el incumplimiento del CONSORCIO y mientras no sean anuladas por el juez del contrato, no solo serán obligatorias para las partes, sino que no podrá otro juez (ordinario o arbitral) desconocer esa declaratoria para concluir que la incumplida fue la administración y no el CONSORCIO. El acto administrativo en cuestión obliga a las partes involucradas en esta controversia y deberán acatarlo mientras esté vigente.

Este proceso, no obstante las innumerables solicitudes que se tramitaron ante las diferentes instancias judiciales, después de 12 años de haber sido iniciado, a septiembre de 2009, fecha en la que se suscribió el Contrato de Transacción, solo había alcanzado a iniciar su período probatorio, lo que hacía previsible que un fallo definitivo, esto es, en segunda instancia, podría demorar entre 10 a 15 años más.



# 03

¿Qué pasó con  
los tribunales  
de arbitramento  
nacionales?



# 03

## ¿Qué pasó con los tribunales de arbitramento nacionales?

El 13 de febrero de 1992, la ETMVA y el Consorcio Hispano Alemán acordaron que los reclamos del 1 al 18, formulados por el contratista, se resolverían mediante amigables componedores y/o un arbitramento internacional. Sin embargo, la Empresa dudó luego de la legalidad de dicho mecanismo y entabló una demanda judicial. En esas circunstancias, las partes celebraron el acuerdo del 14 de junio de 1994 con el fin de adoptar un procedimiento para la solución directa, en derecho colombiano, de las diferencias anotadas, mediante la integración de un grupo de trabajo con efectos decisorios. Allí se contempló que una vez logrado el acuerdo sobre los distintos reclamos y con el fin de darle el efecto de cosa juzgada, se sometería a un tribunal de arbitramento nacional para conciliarlo en la etapa respectiva, lo que en la práctica significaba volver a la cláusula compromisoria original del contrato.

Las partes se sometieron al procedimiento indicado y luego de 16 reuniones, el grupo de trabajo dio por agotada su instancia, el día 6 de febrero de 1996, sin lograr acuerdo alguno, dado el distanciamiento sobre la materia y las pretensiones de las partes. Quedó así agotada la etapa señalada en el acuerdo y, como es obvio, dado su carácter preclusivo, culminó el procedimiento.

De esta manera se abrió el camino para que el Consorcio Hispano Alemán acudiera a un tribunal de arbitramento nacional, por medio del cual se resolvieran las reclamaciones que hasta esa fecha había presentado, aplicando así la cláusula compromisoria acordada en el contrato 49 de 1984.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO NACIONAL SOBRE INTERESES DE MORA

El primero de los tribunales de arbitramento nacionales presentado por los integrantes del Consorcio Hispano Alemán fue el denominado Tribunal Nacional de intereses de mora en el cual se solicitaron las siguientes pretensiones:

**Primera.** Que en múltiples ocasiones, dentro del desarrollo del contrato No. 49 suscrito en la ciudad de Medellín el 19 de julio de 1984, la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada –ETMVA– incumplió la obligación de pagar oportunamente las obligaciones monetarias que estaban a su cargo.

**Segunda.** Que para indemnizar al contratista los perjuicios causados por la mora en el pago de sus obligaciones monetarias, la ETMVA deberá pagar los intereses pactados en el contrato para esa eventualidad. El pago se hará a cada una de las empresas integrantes del Consorcio, en la cuantía que en el proceso resulte probada.

**Tercera.** Que para establecer el valor de los intereses moratorios, se imputarán los pagos efectuados tardíamente, en primer lugar a los intereses causados hasta cada fecha de pago y en segundo lugar al capital adeudado, quedando pendiente la porción de capital que servirá de base para la liquidación de dichos intereses de mora.

Petición subsidiaria de la Tercera. Si el Honorable Tribunal no considerase pertinente ordenar la imputación de intereses de la manera dispuesta en la petición tercera, dispondrá que los intereses insolutos se actualicen según el índice de precios al consumidor, de modo que conserven su valor constante.

Las pretensiones del Consorcio en dólares equivalentes a diciembre de 1996, ascendían a la suma de 46 millones de dólares, que estaban representados por las pretensiones en cada una de las monedas en las que se ejecutó el contrato 49.

Para soportar sus pretensiones, el demandante señaló que en múltiples oportunidades y por largos períodos de tiempo, la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada incumplió la obligación consagrada en el ordinal j) de la cláusula sexta del contrato, que disponía que los pagos en cada una de las monedas establecidas en el contrato debían realizarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de presentación de la respectiva cuenta de cobro en las oficinas de la entidad.

También, el Consorcio accionante manifestó que en distintas oportunidades había reclamado la cancelación de los intereses moratorios generados por el retardo injustificado en los pagos que debían realizarse de acuerdo con lo pactado en el contrato, obligaciones que no habían sido atendidas por parte de la Empresa.

Al responder la demanda, la Empresa propuso varias excepciones de fondo entre las que se destacan:

### **Excepción de contrato no cumplido**

Con fundamento en el artículo 1609 del Código Civil, la demandada no se encontraba en mora, por cuanto mediante las Resoluciones números 1938 y 1958 de 1997, se declaró el incumplimiento del contrato por parte del Consorcio y quien incumple el contrato no puede pretender el reconocimiento de perjuicios.

### **Improcedencia de la actualización de intereses**

Los intereses moratorios se estipularon expresamente en el literal l) de la cláusula sexta del contrato, de donde resultaba improcedente la actualización de los mismos en los términos formulados y pretendidos por el demandante.

Finalmente, frente a la prueba del incumplimiento del contratista, la Empresa se remitió a lo dispuesto en las Resoluciones 1938 y 1958 de 1997, en las que desde el punto de vista fáctico existía abundante docu-

mentación y significativa referencia probatoria que demostraban que el contratista entorpeció, retardó e incumplió sus obligaciones.

Además, se afirmó que no obstante el argumento fáctico utilizado por la ETMVA para desvirtuar la presunción de cumplimiento que alegaba el contratista, existía un argumento de derecho más contundente e incontrovertible para demostrar la ilegalidad de su conducta.

## LA PREJUDICIALIDAD ADMINISTRATIVA

El orden normativo necesario para la subsistencia del estado de derecho obliga que gobernantes y gobernados estén sometidos a la regla de derecho. La transpersonalidad de la regla de derecho, es decir, su autonomización o heteronomía en relación con el sujeto que la expidió, obliga a mantener la presunción objetiva de legalidad, sustrayendo al sujeto obligado de la posibilidad de plantear si cumple o no cumple la regla dictada, mientras esta permanezca en el ordenamiento jurídico y no salga del mismo, bien sea por voluntad del órgano o funcionario que la creó, en los casos en que ello sea posible; bien sea por decisión provisional o definitiva de la autoridad judicial competente, cuando a ello hubiere lugar.

Así las cosas y mediando un acto administrativo que declaró en derecho el incumplimiento de la obligación contractual por parte del contratista, este solo pronunciamiento constituye el argumento de derecho para destruir la presunción de cumplimiento y calificar el incumplimiento del contratista sin que sea posible para ninguna autoridad judicial diferente a la competente para conocer y pronunciarse sobre la validez del acto administrativo, desconocer el contenido del mismo y pronunciarse en contra de lo por él decretado. Si así sucediera, el acto de derecho de este último juez se apartaría de los cánones jurídicos, convirtiendo su decisión en una vía de hecho.

Lo expuesto significa que mediante acto administrativo con fuerza normativa la entidad pública contratante declaró el incumplimiento por parte del contratista.

La fuerza legal que en términos de la doctrina y la legislación poseen los actos administrativos mencionados fue oportunamente entendida por la parte provocante, que mediante escrito de agosto 19 de 1997 demandó ante el Tribunal Contencioso Administrativo la nulidad de las resoluciones mencionadas, concedor que era de la fuerza normativa que les asistía y del razonamiento jurídico según el cual solamente mediante decisión judicial de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se podía enervar sus efectos, en el remoto caso que le asistiera razón en los argumentos esgrimidos ante dicha justicia.

Solicita el Consorcio demandante, que el Tribunal Administrativo de Antioquia declare la nulidad de las Resoluciones 1938 del 20 de marzo de 1997 y 1958 del 30 de mayo de 1997 por medio de las cuales se declaró el incumplimiento del contrato 49 de 1984 y se hace efectiva la cláusula penal.

La abundante prueba documental, la extensa solicitud de oficios, el capítulo de prueba trasladada del centro de arbitraje de la Cámara de Comercio, la solicitud de testimonios e inspección judicial, así como la citación de terceros, amén de los argumentos descritos en los 81 numerales que configuran el capítulo de los hechos, demuestran fehacientemente a este Tribunal de Arbitramento que existe identidad de razonamiento entre el conflicto expuesto allí y el que trata de resolverse acá.

El problema consiste en determinar la fuerza normativa de cada conflicto en relación con el otro con el fin de evitar que se presente un fraccionamiento indebido de la función jurisdiccional con desconocimiento de los principios constitucionales del debido proceso (art. 29 de la Constitución Nacional) y de la garantía constitucional de acceso a la Administración de Justicia (art. 229 de la carta política).

El hecho de que exista un acto administrativo cuya presunción de legalidad y fuerza normativa se cuestiona en sede contencioso administrativa, obliga a los jueces de otra naturaleza o jurisdicción a abstenerse de desconocer dicha presunción constitucional de legalidad y por tanto a omitir cualquier pronunciamiento que pueda constituir un desconocimiento directo o indi-

recto de la facultad jurisdiccional que compete al juez administrativo para decidir en definitiva sobre la legalidad del acto administrativo.

Actuar en sentido contrario, es decir, tomar una decisión de carácter judicial sobre un asunto cuya verdad legal depende de un acto administrativo cuya validez se discute ante el contencioso administrativo, no solo constituiría, como lo dice el Consejo de Estado, un peligroso fraccionamiento de la función jurisdiccional con el riesgo de un fallo inocuo, sino que además puede transformar la decisión adoptada en una vía de hecho por invasión del campo correspondiente a otra jurisdicción.

Si bien la parte provocada ha dejado en claro que la controversia que nos ocupa no debe ser dirimida por la justicia arbitral, por cuanto los fundamentos normativos y fácticos de la misma se encuentran en actos administrativos cuya validez se debate en sede contenciosa administrativa, de todas maneras el trámite que se le ha dado al proceso arbitral obliga a plantear a los señores árbitros el tema de la prejudicialidad.

Puede afirmarse que la prejudicialidad es una especie de excepción a aquel famoso principio del derecho procesal tan querido por la doctrina y la jurisprudencia modernas, según el cual el juez de la acción, es el juez de la excepción. Cuando ello no ocurre, es decir, cuando un asunto que se convierte en un principio de defensa de una de las partes debe ser decidido por otra jurisdicción, se presenta el caso de la prejudicialidad.

En primer lugar, observamos que en el moderno lenguaje procesal esta regla debe enunciarse diciendo que “el juez de la pretensión, es juez de la excepción”, porque en su primera parte se refiere al contenido de las peticiones de la demanda.

Esta regla es aceptada en general por los procesalistas y significa que el juez que conoce de la demanda debe resolver sobre todos los medios exceptivos que el demandado alegue en su defensa, salvo los casos en que la ley asigne en conocimiento de la cuestión exceptiva a los jueces de otra jurisdicción o exija un procedimiento diferente ante los jueces de la misma jurisdicción, porque entonces en razón de ese mandato legal no será posible decidir sobre

esa cuestión en el mismo proceso. En estos casos existirá prejudicialidad, y podrá suspenderse el proceso en razón de ella. (Hernando Devis Echandía. *Compendio de derecho procesal. Parte general*. Editorial Diké, 1994, pág. 536).

Dos son los presupuestos esenciales para que proceda la prejudicialidad contencioso administrativa:

Que la sentencia del proceso ordinario dependa de un acto administrativo de carácter particular.

Que sobre dicho acto administrativo exista una acción de nulidad pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo.

El estudio de los contenidos de las Resoluciones 1938 y 1958 de la ETMVA, declaratoria la primera y ratificatoria la segunda de la sanción por incumplimiento al contratista, y su estudio comparativo con los elementos procesales que figuran en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por el Consorcio contra dichas resoluciones ante el Tribunal Contencioso Administrativo, así como el análisis del objeto mismo del proceso arbitral provocado ante el Centro de Conciliación y Arbitraje por el mismo Consorcio, obligan a derivar la conexidad necesaria entre el incumplimiento señalado por los actos administrativos impugnados, y las conductas descritas como causales de incumplimiento por parte de la ETMVA en el proceso iniciado en la Cámara de Comercio.

Aunque en principio pudiera parecer, es claro que la demanda de arbitramento no se destina a cobrar unos simples intereses moratorios, sino que por el contrario, y así debe ser desde el punto de vista jurídico procesal, el accionante parte de la afirmación del incumplimiento de la ETMVA en su obligación de pagar oportunamente las obligaciones monetarias que estaban a su cargo.

La petición de sancionar a la parte provocada con el pago de las sumas a que se refieren las peticiones del 2 a 8 de la demanda, no son más que consecuencias de lo que se supone es una conducta incumplida por parte de la accionada.

Ahora bien, ya establecimos en este proceso que la obligación probatoria de la provocada se oriente en principio a desvirtuar la presunción de cumplimiento de la provocante, puesto que en estricto derecho al demandado no se le obliga a demostrar que cumplió, puesto que esta es la presunción que también a él le asiste.

En aquella parte del alegato quedó fehacientemente demostrado cómo a través del régimen probatorio del proceso se configuran circunstancias y conductas que estructuran el incumplimiento del contratista, llegando incluso a demostrar el cumplimiento de la ETMVA, no obstante que el régimen probatorio nos excusa de esa carga.

No compete a este tribunal de arbitramento decidir sobre la legalidad o ilegalidad de esos actos administrativos, pero sí le asiste a este tribunal de arbitramento el deber constitucional de reconocer y aceptar con todos sus efectos la plena validez de dichos actos administrativos.

Sería un absurdo por tanto entrar a decidir sobre un conflicto cuya pretensión primera principal ha sido enervada en su totalidad por la declaratoria de incumplimiento señalada por la entidad pública, razón por la cual el Tribunal de Arbitramento se encuentra con un acto administrativo del cual depende su decisión de fondo y cuya validez se debate ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Debe quedar en claro, para efectos de distintas interpretaciones, que la parte provocada no está en este momento cuestionando la cláusula compromisoria, ni inmiscuyéndose en un tema tan complejo como el de la voluntad y renunciabilidad de la cláusula, ni el de su eficacia frente a los poderes de la administración.

Simplemente, con fundamento en reiterada jurisprudencia y doctrina, se está advirtiendo que cuando la decisión ordinaria depende de lo que el contencioso diga sobre la nulidad de un acto administrativo, el estado de derecho no soporta que se presenten decisiones que podrían ir contra el principio constitucional de la debida administración de justicia (art. 229 C. P.).

Piénsese por ejemplo, a título de mera especulación, qué sucedería para el estado de derecho si en gracia de discusión este tribunal declarara el incumplimiento por parte de la ETMVA y posteriormente la justicia contenciosa estableciera la plena validez de las resoluciones que declararon el incumplimiento del contratista.

Al contrario, qué sucedería con el estado de derecho si por ejemplo este tribunal encontrara que efectivamente se ha demostrado en el proceso que el contratista incumplió y posteriormente la justicia en sede Contencioso Administrativa defina que las Resoluciones 1938 y 1958 son nulas por violación de los fundamentos normativos y de hecho que sirvieron de base para su expedición.

Cuando una de estas dos situaciones se presenta, necesaria y fatalmente el Tribunal de Arbitramento que decidió sin haber esperado que la Justicia Contenciosa decidiera previamente sobre la validez de esos actos administrativos, repito el Tribunal de Arbitramento que así procede incurre en vía de hecho con las responsabilidades judiciales y personales que ello implica.

No obstante, los argumentos planteados por la Empresa, el Tribunal de Arbitramento Nacional, mediante laudo del 19 de febrero de 1999, condenó al Metro al pago de un valor cercano a los 17 millones de dólares, que correspondían a la suma de cada una de las monedas en las que se ejecutó el contrato, así:

	MAN	INTERESES
<b>1</b>	MARCOS - glosa	1.773
<b>2</b>	PESOS - glosa	62.615.376
<b>2.1</b>	NACIONALIZACIÓN	1.446.754.782
<b>3</b>	PESETAS	83.797.601

SIEMENS		INTERESES
<b>4.1</b>	MARCOS. ARLA	1.897
<b>4.2</b>	MARCOS. ARLA	0
<b>5.1</b>	PESOS. ARLA	203.784.800
<b>5.2</b>	PESOS. ARLA	7.408.617
<b>6.1</b>	PESETAS. ARLA	88.391.420
<b>6.2</b>	PESETAS. ARLA. 6 Fras	0
<b>7</b>	DÓLARES	3.432

ATEINSA		INTERESES
<b>8</b>	PESOS	504.190.974
<b>8.1</b>	NACIONALIZACIÓN [\$]	141.848.156
<b>9</b>	PESETAS	661.253.638
<b>9.1</b>	US 20.000 [en pesos]	1.638.885.937

OBRAS CIVILES		INTERESES
	FACTURAS EN MARCOS	
<b>11</b>	KFW I - MARCOS	4.747
<b>11.1</b>	KFW II - MARCOS	257.135
<b>11.2</b>	dyckenhoff. KFW II	0
<b>11.2.1</b>	KFW III - MARCOS	3.720
<b>11.3</b>	dickenhoff. KFW II	0
<b>11.3.2</b>	dickenhoff. KFW II	4.808
<b>11.4</b>	DÓLARES	7.456
<b>TOTAL MARCOS</b>		<b>277.766</b>

PAGADAS EN PESOS		INTERESES
<b>12.1</b>	Facturadas en marcos	908.840.600
<b>12.2</b>	FACTURADAS EN PESETAS	3.029.736.828
12.3	Facturadas en pesos	1.234.236.955
<b>12.4</b>	Facturada en dólares	3.038.196.898
<b>12.5.1</b>	Nacionalización	591.673
<b>12.5.2</b>	Nacionalización	1.822.079.799
TOTAL PESOS		10.033.682.753

PAGADAS EN PESETAS		INTERESES
<b>13.1</b>	PESETAS. BEE	27.445.550
<b>13.2</b>	PESETAS. BEE	18.112.251
13.3	PESETAS. ICO	678.546
<b>13.4</b>	Facturada en dólares	21.208.702
TOTAL PESETAS		67.445.319

DÓLARES		INTERESES
<b>14.1</b>	DÓLARES. BEU	2.024
<b>14.2</b>	DÓLARES C. COMPRADOR	664
14.3	ICO - FAD US	339
<b>14.4</b>	Otros pagos en dólares	28.682
TOTAL DÓLARES		31.709

Para tomar esta decisión, el tribunal arbitral analizó, entre otros temas, la naturaleza y el régimen legal del contrato 49 de 1984, para concluir que era de obra pública, pues encajaba en la definición que del mismo hizo el Decreto Ley 222 en su artículo 81, y, en consecuencia, su naturaleza correspondía a la de un contrato administrativo, a la luz de la clasificación que en su artículo 16 traía aquella regulación.

También precisó que de acuerdo con los artículos 38 de la Ley 153 de 1887 y 78 de la Ley 80 de 1993, las disposiciones aplicables al contrato 49 de 1984 eran las contenidas en el Decreto 222 de 1983.

En relación con el pago de las facturas, los árbitros:

... habiendo celebrado las partes un contrato de obra pública bajo la modalidad de “precios unitarios”, la administración estaba obligada al pago del precio convenido, con los respectivos reajustes y dentro del plazo acordado, cada vez que se le presentara una cuenta de cobro con el lleno de los requisitos contractuales, correspondiente a unidades o cantidades de obra ejecutada, o a un servicio prestado, o a un suministro o montaje realizados, previamente aceptados por la ETMVA, o, en general, a cualquiera de los conceptos relacionados en la cláusula sexta del contrato.

De igual manera, le otorgaron los árbitros plena validez a lo pactado en el contrato 49, en la cláusula sexta literal L, que establecía que en caso de retardo en el pago de las sumas adeudadas al contratista, la Empresa le reconocería intereses de mora, así:

1. Para las sumas en moneda extranjera el uno y tres cuartos por ciento anual ( $1\frac{3}{4}$  %) por encima del interés que rija en la fecha del respectivo vencimiento para cada una de las monedas contractuales según la tasa interbancaria del mercado de capitales de Londres (LIBOR), a seis (6) meses.
2. Para las sumas en pesos colombianos el interés bancario efectivo corriente que rija en la fecha de vencimiento certificado por la Superintendencia Bancaria de la República de Colombia.

Frente a la financiación de la obra objeto del contrato, después de realizar un análisis de los principales aspectos legales y contractuales, de las partes y entidades que intervinieron en la obtención y legalización de los créditos, el Tribunal llegó a las siguientes conclusiones:

Evidentemente, las partes de estos contratos financieros eran la ETMVA, como prestataria o deudora y los bancos enunciados. Pero esos acuerdos financieros recogían las gestiones de financiación que, en desarrollo de su oferta, debía adelantar el Consorcio Hispano Alemán.

En concepto de los árbitros, la prestación a cargo del Consorcio era “de hacer”, y se “... traducía en una gestión de resultado, a saber, el de conseguir recursos para la obra objeto del contrato”.

Finalmente, estimó el Tribunal en el laudo que el Consorcio no estaba obligado a financiar el contrato y, además, se precisó: “...es claro que a la luz del contrato 49, y especialmente del contrato adicional del 13 de febrero de 1992, la responsabilidad de mantener vigentes los créditos era de la ETMVA”, y como fue la entidad la que se demoró con su gestión ante las autoridades locales y nacionales, la efectividad de los créditos, el retraso en los pagos era imputable exclusivamente al Metro.

En cuanto a las excepciones propuestas por la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, el Tribunal se pronunció en los siguientes términos:

### Contrato no cumplido

Consideró el Tribunal con respecto a esta excepción, fundamentada en lo dispuesto por el artículo 1609 del Código Civil, que ella no podía prosperar, por cuanto la misma solo podía plantearse cuando se perseguía el cumplimiento de una obligación principal o autónoma, pero no las de carácter accesorio, como lo era la de pagar intereses respecto de una suma no cancelada oportunamente.

Además, precisó que por el hecho de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada haber realizado pagos al Consorcio, ello permitía deducir, que el mismo sí había cumplido sus obligaciones contractuales, toda vez que,

...no puede aceptarse la afirmación de que el pago se hizo aunque hubiera incumplimiento, lo que no es admisible ni siquiera a partir de la expresión “por haber sido rechazadas las obras y canceladas”, consignada en la excepción de pago anticipado (que parece sugerir que el pago no debió hacerse aunque se hizo, pero no porque se hubiera cumplido por el Consorcio)...

Se consideró entonces en el laudo, que la mora presentada no había desaparecido por la sola circunstancia de que el Consorcio hubiera incumplido otras obligaciones que igualmente le correspondía satisfacer, por cuanto la excepción de contrato no cumplido solo tenía operancia tratándose de obligaciones correlativas.

### Improcedencia en la actualización de intereses

Se indicó en el laudo que la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada consideró, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que el reconocimiento de la actualización de intereses solo era procedente cuando no existía pacto sobre intereses moratorios, argumento respecto del cual precisó el Tribunal:

No comparte el Tribunal estas apreciaciones de la demandada, porque encuentra teóricamente procedente la actualización de intereses. Sin embargo, ha de distinguirse: con la pretensión tercera principal, aspira la parte demandante a que los pagos efectuados por la ETMVA se apliquen primero a intereses y luego a capital y en este supuesto la excepción no tiene una total relevancia, de conformidad con precisión que se hará posteriormente. En cambio, la subsidiaria deprecia el reconocimiento de la actualización, si la imputación se hace de otra manera, esto es, primero a capital y luego a intereses, puesto que si quedan algunos insolutos deben ser objeto de la corrección monetaria pedida expresamente en la demanda. Por tanto, es frente a esta hipótesis que cobra sentido el medio exceptivo que se analiza.

En relación con el aspecto atinente a la forma de imputación de los pagos, encontró el Tribunal que las partes no acordaron expresamente la forma en que debía hacerse la imputación de pagos, razón por la cual estimó pertinente dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 1653 del

Código Civil, esto es, que todo pago debía imputarse, en primer término, a intereses y luego al capital, salvo que el acreedor aceptara que se imputara directamente a capital, circunstancia esta última que no apareció probada en el proceso.

Con respecto a la liquidación de las pretensiones, el Tribunal, luego de señalar que la demandada, Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, incumplió el contrato 49 en cuanto a la oportunidad de los pagos, y que la condena solo haría relación con las facturas a que se contraía la demanda, dispuso que la indemnización que se debía pagar se calculara de la siguiente manera:

Para establecer el valor de los intereses moratorios, se imputarán los pagos efectuados por la ETMVA al Consorcio Hispano Alemán primeramente a los intereses causados hasta cada fecha de pago y en segundo lugar al capital. Y en cuanto de esa forma queda sin cubrir una porción de capital, será esta la que se tomará como base para la liquidación de los intereses de mora, pero sin lugar a pronunciamiento sobre capital insoluto, por lo que se expuso sobre la interpretación de la demanda, en otro aparte de este laudo, en tanto no contiene el libelo genitor del proceso arbitral ninguna petición directa en relación con capital no pagado, ni la utilización que de esa expresión se hace en las pretensiones puede tomarse como una solicitud realmente consecencial de las indemnizatorias.

## EL RECURSO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Dentro de la oportunidad legal, la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada interpuso el recurso de anulación contra el laudo nacional proferido por intermedio de su apoderado, el doctor Julio César Uribe Acosta, con el apoyo del doctor Carlos Betancur Jaramillo, recurso que fue soportado en las causales números 1 y 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 y con fundamento en los siguientes cargos:

### La causal primera:

Artículo 163: Son causales de anulación del laudo las siguientes:

1 La nulidad del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los de-

más motivos de nulidad absoluta o relativa solo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo...

El Tribunal de Arbitramento convocado por el Consorcio Contratista, en una actuación contraria a derecho, amplió el ámbito de su competencia para conocer de aspectos del contrato, cuyo juzgamiento correspondía exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa.

El Tribunal de Arbitramento, al decidir sobre el ámbito de su competencia frente a la misma cláusula, definió que las únicas controversias sobre las cuales no podía conocer, eran las vinculadas a la declaratoria de caducidad y sus efectos; y las “...que contengan los principios previstos en el título IV del mismo decreto”. Al decidir así, amplió el ámbito de su competencia, pues abrió la brecha para conocer de la aplicación de, entre otras cláusulas, la penal pecuniaria y la de multas, a que se referían los artículos 71 y 72 del Decreto 222 de 1983. Indicó el apoderado que el Tribunal olvidó que la cláusula compromisoria excluía expresamente de su conocimiento las facultades consagradas para la Empresa en el Decreto 222 de 1983 y no solo los principios del título IV del mismo; facultades que, como la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, por mandato de la ley y por lo convenido en el contrato 49, tampoco eran susceptibles de decisión arbitral.

El Tribunal de Arbitramento, al extender su ámbito de competencia a materias que estaban excluidas de la cláusula compromisoria “incurrió en un error *facti in iudicando*”, que es un error de derecho “en la apreciación o falta de apreciación de los medios de prueba...”, para usar la conceptualización que el doctor Humberto Murcia Ballén utiliza en su obra *Recurso de casación civil*. Transitando por esa vía, el fallador tornó nula, de nulidad absoluta, la cláusula compromisoria, pues le hizo decir lo que no dice. En otras palabras: sustrajo de su competencia solo el conocimiento de la declaratoria de caducidad y las cláusulas que contienen los principios en el título IV del Decreto 222 de 1983, pero asumió competencia para conocer del universo de incumplimiento que tienen las resoluciones números 1938 de marzo 20 de 1997 y 1958 de mayo 30 del mismo año, a través de las cuales se ordenó hacer efectivo “el valor de la cláusula penal pecuniaria por concepto de la indemnización...”

zación parcial de los perjuicios ocasionados a la Empresa”. Dentro del marco analizado, el Tribunal de Arbitramento violó el artículo 1519 del Código Civil que a la letra reza: “Hay objeto ilícito en todo lo que contravenga el derecho público de la Nación. Así la promesa de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”. Violó, igualmente, lo dispuesto en la cláusula 44 del contrato 049 que es ley del contrato y que tenía que acatar el Tribunal, por ser precisamente esta la que señalaba en forma explícita su órbita de competencia.

Precisó el apoderado de la Entidad que, al asumir competencia el Tribunal para conocer las razones de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada para declarar el incumplimiento, mediante las resoluciones mencionadas, escindió el conocimiento de las causas, violando así el principio de plenitud de la jurisdicción y la competencia y rompió la continencia de la causa.

A la luz de todo lo que ha quedado expuesto, se impone concluir que como consecuencia del error *facti in judicando*, que cometió el Tribunal al interpretar la cláusula compromisoria, esta resultó nula, de nulidad absoluta y, por lo mismo, es nulo el laudo arbitral de 19 de febrero de 1999 al declarar “... que la ETMVA incumplió la obligación de pagar oportunamente las obligaciones económicas a su cargo surgidas del contrato 49, vinculadas a las 1.882 facturas objeto de la demanda”, lo es, igualmente, en cuanto condenó a pagar a la provocante “... por perjuicios causados por la mora en el pago de dichas obligaciones pecuniarias”.

Si el Tribunal de Arbitramento hubiese interpretado racionalmente la cláusula compromisoria, habría concluido, sin lugar a espacios para la duda, que solo podía conocer de las diferencias surgidas entre las partes, que no tuviesen nada que ver ni con la declaratoria de caducidad ni con las otras facultades exorbitantes consagradas para la administración en el Decreto 222 de 1983, y afirmamos lo anterior, porque como bien lo dijo la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la providencia del 4 de febrero de 1999, dictada dentro del expediente No. 15157 (Actor Consorcio Metromed, demandado: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada), la citada cláusula fue redactada en términos mucho “...más limitados ya que

se excluyeron de la competencia del Tribunal de Arbitramento no solo la declaratoria de caducidad administrativa del contrato, como lo ordena la ley, sino las facultades consagradas para la Empresa en el Decreto 222 de 1983 dentro de las cuales se encontraba la de declarar el incumplimiento del contrato tal como se preveía en el artículo 72 de dicho decreto con miras a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria”.

En síntesis, indicó que el conocimiento de los aspectos relacionados con la aplicación de la cláusula de caducidad y con las facultades otorgadas a la Empresa en el Decreto 222 de 1983, radicaba exclusivamente en cabeza del juez contencioso administrativo, de donde infería que la actuación adelantada por el Tribunal de Arbitramento, referida a aspectos tales como la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, resultaba violatoria del debido proceso por no ser susceptible de pronunciamiento arbitral.

La causal No. 8 del Decreto 2279 de 1989, reiterada en el numeral 4° del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: “8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los jueces o haberse concedido más de lo pedido...”.

Frente a esta causal, precisó el apoderado de la entidad que la cláusula cuadragésima cuarta del contrato 49 de 1984 delimitó la órbita de competencia de los árbitros de una manera más restrictiva que la señalada en el inciso tercero del artículo 76 del Decreto 222 de 1983 pues, mientras esta última norma excluía de la competencia de los jueces los asuntos relacionados con la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, como todo lo que tenía que ver con los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, la cláusula compromisoria pactada en el contrato 49 de 1984 limitaba más la órbita de los árbitros al excluir no solo lo relativo a la caducidad, sino en forma general lo atinente a los poderes exorbitantes que ese decreto le otorgó a la Empresa, entre los cuales está el poder sancionatorio.

Los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 1938 y 1958 de 1997, mediante las cuales la Empresa declaró el incumplimiento del contratista y se hizo efectiva la cláusula penal, no podían ser juzgados por los árbitros, si se tenía en cuenta que la definición de la legalidad de los mismos correspondía a la jurisdicción contencioso administrati-

va. Por ello, no era legalmente posible que el Tribunal de Arbitramento decidiera afirmando que el incumplimiento no fue del contratista sino de la administración, pues transitando por esa vía asumió competencias que no tenía y desnaturalizó el acto administrativo con su presunción de legalidad y fuerza ejecutoria.

Agregó el apoderado que los actos administrativos expedidos después de la celebración del citado contrato 49 de 1984 y durante la vigencia del mismo, tales decisiones tenían carácter de actos administrativos contractuales que, por lo mismo, eran sujetos al control judicial, de acuerdo con las normas del Código Contencioso Administrativo, esto es, justiciables por la jurisdicción contencioso administrativa, por la vía de la acción contractual dispuesta en el artículo 87.

Concluyó que el laudo recurrido era susceptible de anulación por cuanto el juez arbitral decidió sobre asuntos cuyo conocimiento pertenecía privativamente a otra jurisdicción, con clara violación del artículo 29 de la Carta, que exigía que el juzgamiento se adelantara por el juez competente.

Tal como se explicó atrás, el Tribunal de Arbitramento, sin competencia para ello, mejor, sin jurisdicción, pese a que afirmó en forma reiterada que la declaratoria de incumplimiento dictada por la EMPRESA no jugaba dentro del proceso arbitral, incurriendo en seria contradicción resolvió, sin afirmarlo expresamente pero con referencias demasiado elocuentes al respecto en sus considerandos, que la parte incumplida no había sido el Consorcio sino aquella. Que esta, en otras palabras, fue la responsable de que el Consorcio tuviera que paralizar las obras porque no tenía dinero para cumplir sus obligaciones; y que este, contra lo alegado y aprobado, tampoco tenía que ver nada con la financiación total del proyecto, ya que su obligación se reducía a una simple gestión de acercamiento o de intermediación entre la Empresa y las entidades de crédito: es decir, que contrajo simplemente una obligación de hacer.

Aquí, cabe preguntar: ¿Podría el juez arbitral, incompetente como era para conocer de la controversia derivada del mencionado acto contractual, según el artículo 77 de la Ley 80, juzgar los motivos que expuso la Empresa para justificar la medida que tomó en uso de su poder exorbitante?

¿Podía juzgar los motivos que expuso la Empresa en dicha resolución para afirmar, con su sello, que estos no correspondían a la realidad? ¿Podía ordenar la indemnización al Consorcio por la supuesta mora en que incurrió la Empresa al pagarle unas facturas por fuera de los términos convenidos, cuando los bienes y servicios correspondientes a esas mismas facturas se entregaron por el Contratista con atrasos, en algunos casos, de meses y aun de años? ¿Podía fallarse lo primero, sin juzgar lo segundo?

Si las respuestas a los anteriores interrogantes fueran afirmativas, sobraría el proceso que instauró el mismo Consorcio contra las Resoluciones 1938 y 1958, porque los árbitros ya lo habrían decidido. ¿Podría, válida y racionalmente, sostenerse semejante afirmación? No, en un estado de derecho como Colombia, en el cual si bien es cierto prevalece lo sustancial sobre lo formal, la decisión que contemple tal prevalencia tendrá como supuesto, *sine qua non*, que se haya satisfecho la garantía del debido proceso; y con esta no solo que exista la ley preexistente al acto que se imputa y se hayan observado las formas propias de cada juicio, sino que el juez sea el competente.

## PLANTEAMIENTOS DEL CONSORCIO HISPANO ALEMÁN

El Consorcio Hispano Alemán señaló que la entidad recurrente, intencionalmente, omitió expresar que pactó una cláusula que facultaba a los árbitros para fallar respecto de “... todas las vicisitudes del contrato...”.

Asimismo, indicó que la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá, en pleno acuerdo con el Consorcio, eligió los árbitros; que aquella pudo actuar dentro del proceso discutiendo la competencia del Tribunal, aportando y obteniendo la práctica “...de una cantidad sorprendente de pruebas...”.

Que la Empresa discutió “todos los hechos que ahora le parecen intocables...”, que llevó testigos, técnicos y asesores, que conocieron “de aquellas materias supuestamente vedadas para el estudio del Tribunal...”; que arrimó gran cantidad de documentos que consideraba favorables a su posición y contrarios a la de la contraparte; que solicitó experticias que posteriormente cuestionó; que discutió la competencia del Tribunal, “interpuso recursos para controvertirla e intentó sin éxito

el dudoso alivio de una prejudicialidad...”; que actuó representado por profesionales idóneos; que en ningún momento se vulneró el debido proceso dentro del trámite del arbitramento, de cuyo pronunciamiento final pretendía la anulación.

Incluyó dentro de su respuesta un aparte llamado “LA VERDADERA HISTORIA”, en el que hizo un recuento de lo acontecido en torno del desarrollo y ejecución del contrato 49, advirtiendo que se había convenido “... resolver en arbitramento todas las controversias que para la ejecución de la obra se suscitaran, con la única salvedad de la que se convirtiera en declaratoria de caducidad...”; que “... todos los temas básicos de las Resoluciones de Incumplimiento fueron propuestos por el Consorcio contra la ETMVA nueve años antes que la ETMVA los convirtiera tramposamente en ‘actos administrativos’”.

Señaló que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación,

...las facultades exorbitantes nunca pueden ser utilizadas por la administración después de vencido el plazo, que dicha declaratoria de incumplimiento tiene como único objetivo hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y solo es procedente en los eventos en que no haya ejecutado la totalidad de la obra...

Indicó que lo que se buscaba con la expedición de las resoluciones de incumplimiento, era impedir que la jurisdicción arbitral, que en su concepto era la competente, conociera y fallara las contiendas contractuales existentes entre las partes y de la misma manera, obstaculizar e impugnar los tribunales de arbitramento convocados por su contraparte.

Precisó que las resoluciones no pasaban de ser más que un truco vulgar, que los procesos ejecutivos eran demorados, y que, incluso, la demanda que había iniciado el Consorcio contra las resoluciones de incumplimiento, acababa de fijarse en lista, dos años después de presentada.

También incluyó un acápite que denominó “LAS GRANDES HE-REJÍAS DEL RECURSO”; señaló que no había lugar a la prosperidad de las causales invocadas, por cuanto no podía admitirse la tesis según la cual “Una resolución administrativa dictada en uso de poderes exorbitantes elimina la cláusula compromisoria, por lo menos durante los años en que tarde el contencioso en examinar la legalidad del acto...”.

Afirmó que

se cava la tumba de los arbitramentos en que interviene la administración pública..., que se va de calle toda la estructura de la contratación administrativa, que pierde su juez natural en el mundo del Derecho Moderno, y la confiabilidad de los grandes contratistas internacionales en Colombia...

Con respecto a la segunda causal invocada en el recurso, precisó que en contratación administrativa la justicia arbitral tiene carácter residual, pues el juez natural de los conflictos que se susciten durante la ejecución del contrato, es el administrativo, pero que si se pacta el arbitraje, este constituye la regla general de la competencia, y la competencia residual, existiendo compromiso, recae en la jurisdicción ordinaria administrativa.

## PROVIDENCIA QUE ANULÓ EL LAUDO ARBITRAL

Finalmente, la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante decisión del 23 de febrero de 2000, anuló el laudo arbitral proferido el 19 de febrero de 1999 en relación con el contrato 49 de 1984, celebrado entre la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda. y el Consorcio Hispano Alemán. Al respecto, el fallo señaló:

### 3.1.1- Contenido y alcance de la cláusula compromisoria

Sobre el particular, se tiene que dentro del contrato número 49 del 19 de julio de 1984, las partes acordaron la cláusula compromisoria en los siguientes términos:

CLÁUSULA CUADRAGÉSIMA CUARTA: CLÁUSULA COMPROMISORIA. Sin perjuicio de las facultades consagradas para LA EMPRESA en el Decreto 222 de 1983 y las estipuladas en la cláusula trigésima sexta sobre declaratoria administrativa de caducidad del contrato, las diferencias que se presenten durante su ejecución y hasta la liquidación definitiva, sobre materias distintas a las contempladas en la cláusula antes mencionada y en las cuales LA EMPRESA y EL CONTRATISTA no se pongan de acuerdo, se

someterán a un tribunal de arbitramento. El tribunal de arbitramento será integrado y funcionará de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio, se someterá del todo a las disposiciones que sobre la materia establece el Código de Procedimiento Civil y su decisión será en derecho y obligatoria para las partes. El tribunal de arbitramento funcionará en la ciudad de Medellín, República de Colombia. Mientras el Tribunal esté integrado, los plazos correrán normalmente hasta producirse el fallo. Los efectos de la cláusula de caducidad, así como las causales que den lugar a su aplicación, no serán susceptibles de decisión arbitral.

En tales condiciones, en la forma y términos en que se encuentra concebida la cláusula antes transcrita, es claro que las partes excluyeron expresamente del conocimiento de los árbitros, los siguientes aspectos:

**a) Las facultades consagradas para la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá –ETMVA– en el Decreto 222 de 1983**, esto es, las materias atinentes al ejercicio de los poderes exorbitantes de la administración, tales como los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato, la declaratoria de caducidad, la declaración de incumplimiento del contrato, la imposición de sanciones al contratista, etc.

A lo anterior se arriba no solo del texto mismo de la cláusula compromisoria, sino también por lo dispuesto en el artículo 76 del citado estatuto contractual, que excluyó expresamente del conocimiento de los árbitros “... la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos...” y así mismo dispone que no son susceptibles de decisión arbitral “... las cláusulas que contengan los principios previstos en el título IV”. El mencionado título IV regula justamente los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, que rigen los contratos administrativos celebrados bajo su vigencia (artículos 18 a 24).

b) Conforme a lo estipulado en la parte final de la cláusula en referencia, se excluyeron igualmente de la decisión arbitral “Los efectos de la Cláusula de Caducidad, así como las causales que den lugar a su aplicación...”.

(...)

### 3.1.2- La pretendida nulidad de la cláusula compromisoria

Precisado como ha quedado el contenido y alcance de la cláusula compromisoria, es del caso estudiar si la misma adolece de nulidad.

De acuerdo con lo dispuesto por el numeral primero del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, la nulidad de la cláusula compromisoria solo puede estar fundada, para efectos del arbitramento, en objeto o causa ilícitos. En el primer evento, se tiene que hay objeto ilícito cuando el pacto “contravenga el derecho público de la Nación...” (art. 1519, Código Civil), esto es, cuando recae sobre asuntos respecto de los cuales la ley ha establecido prohibición expresa para su realización, como cuando se acuerda la comisión de un ilícito o la celebración de un negocio por fuera de los límites de la ley, o en aquellos casos en que se contrarían disposiciones de orden público, como lo son las que regulan los procedimientos judiciales; el segundo evento se presenta cuando el origen del convenio se caracteriza precisamente por su ilicitud. En las anteriores circunstancias, resulta evidente que en presencia de causa u objeto ilícitos mal podría el juzgador atribuir validez alguna al pacto o convenio así logrado.

En el sub júdice, sin embargo, la Sala no encuentra que la cláusula cuadragésima cuarta (cláusula compromisoria) y en general el acuerdo de las partes para someter algunas de las diferencias que se presentaran por razón del desarrollo del contrato en cuestión, al conocimiento y decisión de un tribunal de arbitramento, esté afectado por las causales de nulidad absoluta invocadas en el recurso, razón por la cual, este primer cargo de nulidad del laudo esgrimido por la recurrente, no está llamado a prosperar, pues ni su contenido versa sobre objeto ilícito, ni tampoco su causa adolece de esa reprochable condición.

(...)

### 3.2.- Segundo cargo: Nulidad del laudo por haber recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros

Debe la Sala precisar cómo, cuando en la cláusula compromisoria no se delimita el campo o materias de su aplicación, esto es, que no se especifican las controversias y desacuerdos que han de someterse al conocimiento de los árbitros, válidamente debe entenderse que la cláusula compromisoria se extiende, en principio, a los conflictos que tengan, directa o indirectamente, relación con el contrato que le sirvió de fuente; por el contrario, cuando las partes expresamente convienen y disponen la exclusión de determinados asuntos del conocimiento del juez arbitral, es claro entonces, sin que haya duda alguna, que los árbitros no pueden, con validez, pronunciarse sobre los asuntos excluidos, so pena de contrariar elementales principios sustanciales y de procedimiento, lo que indefectiblemente los conduce a transitar por una manifiesta vía de hecho, situación esta que precisamente tiene ocurrencia en el caso bajo estudio, en evidente quebranto del principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta, el cual trae consigo, entre otras reglas, que el juzgamiento de las querellas contractuales de las partes se surta ante el juez competente.

En efecto, de acuerdo con lo puntualizado en el acápite 3.1.1 de esta providencia, al estudiarse el aspecto referido a la validez de la cláusula compromisoria, se puso de presente la existencia de una serie de materias que, por voluntad de las partes contratantes, expresamente fueron excluidas de la competencia del Tribunal de Arbitramento por aquellas acordado, una de las cuales es, precisamente, la relativa al **incumplimiento del contratista**, según lo consignado en las cláusulas trigésima sexta y cuadragésima cuarta del contrato número 49 de 19 de julio de 1984.

Así mismo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 76 del Decreto Ley 222 de 1983 existen materias expresamente excluidas del conocimiento de los árbitros, como anteriormente se señaló. Adicionalmente, estima la Sala necesario señalar cómo, aun en el evento de que las partes no señalen límite alguno a las facultades que confieren a los árbitros, no por ello hay lugar a entender siempre que las mismas son ilimitadas. Mal podría olvidarse que existen temas y materias que el legislador excluye del juzgamiento arbitral y sobre los cuales, aun cuando las partes manifiesten en la cláusula compromisoria otorgar tal competencia, no les es posible a estos falladores pro-

nunciarse sobre ellos, entre otras razones, porque si el pacto es contrario a la ley, cualquier decisión basada en esa cláusula compromisoria ilegal, resultaría igualmente viciada de nulidad absoluta, como por ejemplo, cuando dicha cláusula permite el juzgamiento de aspectos que comprometen el orden público, el régimen constitucional, o cuando implica un menoscabo de la autoridad del Estado.

En efecto, el árbitro es un juez de excepción, de carácter extraordinario, y en esa condición ejerce su función respecto de intereses particulares, siempre y cuando sean susceptibles de transacción o esencialmente negociables, es decir, que sobre ellos las partes tengan capacidad de disposición.

Queda pues a salvo de la competencia del arbitramento, todo cuanto concierne al orden público, que mal podría quedar en manos y a voluntad de los particulares, como sí ocurre, en cambio, con lo referente al orden privado. Se evidencian, entonces, temas que no son negociables y que son de carácter unilateral, más exactamente, que tienen origen en la administración y en el ejercicio de sus poderes exorbitantes, los cuales por su naturaleza no son de la órbita del arbitramento.

El arbitramento obedece, ciertamente, a la autonomía de las partes en cuanto pueden disponer de sus intereses, siempre y cuando estén facultadas para comprometerlos. Empero, si bien estas pueden someter sus diferencias a un juez excepcional, tal facultad no puede comprender asuntos de orden público. La jurisdicción en cabeza de los árbitros deviene del ordenamiento jurídico y la competencia procede de los particulares dentro del preciso marco que la Constitución y la ley les otorga.

(...)

Así las cosas, debe dejarse establecido que la autonomía de las partes está limitada por el orden público y por la ley; el primero debe ser definido, en cada caso, por el juez del conocimiento, pues es un concepto que se enriquece y varía en el tiempo según las circunstancias; por su parte, la segunda, esto es, la ley, ha reservado el conocimiento de los temas atinentes a la validez y efectos de los actos administrativos a los jueces naturales. El

orden público indica que las leyes imperativas, por oposición a las interpretativas o supletivas de la voluntad, no son susceptibles de derogarse por voluntad de los particulares; al tiempo que las normas de derecho constitucional, administrativo y procesal, si bien son de orden público, no lo contienen exclusivamente, si se tiene en cuenta que algunas normas de derecho privado también revisten tal naturaleza. Cabe recordar que la jurisdicción contencioso administrativa, de estirpe constitucional (arts. 236 a 238 Constitución Política), “...está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado...” (art. 82, Código Contencioso Administrativo).

Fue, pues, en esta jurisdicción donde el legislador radicó, en forma exclusiva, la facultad de juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, de donde no resulta admisible aceptar la tesis, conforme a la cual, las partes pueden disponer o transigir respecto de la legalidad de los actos administrativos, por tratarse precisamente de un aspecto en que se encuentran involucradas normas de derecho público y el ejercicio del poder público. Empero, aun en la ocurrencia de que la cláusula compromisoria llegara a contemplar tal permisión, el juez excepcional, esto es, el arbitral, tendría vedado pronunciarse sobre la legalidad del acto y de los efectos no transigibles, pues es este un aspecto en que se encuentra seriamente comprometido el orden jurídico, para cuya protección, en el caso de la actividad estatal, se halla instituida la jurisdicción contencioso administrativa, de manera exclusiva y excluyente a cualquiera otra jurisdicción o autoridad, por tratarse del ejercicio de una función del Estado que implica manifestación del poder público, el cual es ajeno a la actividad de los administrados. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la facultad de la administración para revocar sus propios actos.

(...)

En efecto, la potestad de declarar la suspensión provisional o la anulación de los actos administrativos radica de manera exclusiva, permanente y excluyente, en la jurisdicción especializada, esto es, en la contencioso administrativa, por expreso mandato de los artículos 236 y 238 de la Constitu-

ción Política, que, si bien prevé la existencia y funcionamiento excepcional del juez arbitral, tal actuación se halla limitada en su competencia a los precisos términos que le señale la ley.

(...)

En síntesis, la jurisdicción contencioso administrativa está instituida, entre otras cosas, para el juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, aspecto este en el cual, sin duda, se encuentra comprometido el ejercicio del poder público, que no resulta transigible ni puede estar sujeto a la voluntad de las partes en un contrato.

(...)

No desconoce la Sala que el artículo 76 del Decreto 222 de 1983, autorizaba a las partes para someter a la decisión de árbitros “...las diferencias que se susciten en relación con el contrato...”, como tampoco ignora que tal mecanismo de solución de conflictos adquirió, posteriormente, rango constitucional al quedar consagrado en el inciso final del artículo 116 de la Constitución Política, así:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”

Lo anterior, desde luego, sin olvidar que tanto el legislador de 1983 como el constituyente de 1991 dejaron expresamente estipulado que existen aspectos referidos a los aspectos contractuales, respecto de los cuales los árbitros no pueden pronunciarse, como se advierte del artículo 76 *in fine* del Decreto 222 de 1983 y de la disposición constitucional parcialmente transcrita, sin perjuicio de las limitaciones que las partes contratantes establezcan en la cláusula compromisoria o en el respectivo contrato de compromiso.

(...)

Síguese de lo anterior, que la competencia de los jueces arbitrales la delimitan las partes en la cláusula compromisoria o en el compromiso, pero, con sujeción estricta a los linderos que clara y expresamente señalan la Constitución y la ley, pues, de una parte, en la fórmula del estado de derecho no son de recibo las competencias implícitas, ni tampoco las sobreentendidas, ni para el juez ordinario, y mucho menos para el juez excepcional, como lo son los árbitros y, de otra, existen materias o aspectos que por voluntad del constituyente o por ministerio de la ley, están reservados a las autoridades normalmente instituidas para ejercer la función jurisdiccional.

(...)

### 3.2.2- Fundamento y decisión del laudo recurrido

De lo expuesto en este acápite, se tiene, en forma clara y sin lugar a margen de duda, que en el laudo objeto de estudio, el Tribunal de Arbitramento fundamentó su decisión en la premisa de tener por no cierto el argumento esgrimido por la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, según el cual, el Consorcio Hispano Alemán había incurrido en incumplimiento de sus obligaciones contractuales, relativas a asegurar la financiación de la ejecución del contrato.

En efecto, la decisión arbitral recurrida se apoya en las siguientes deducciones:

- a) La obligación de asegurar la financiación de la obra correspondía en un cien por ciento (100%) al Consorcio contratista, prestación esta que, a juicio del Tribunal de Arbitramento, en modo alguno incumplió; que, por el contrario, fue la entidad contratante la que faltó a su deber de mantener vigentes los créditos, con cargo a los cuales debía cancelarse la ejecución de las obras.
- b) El cumplimiento cabal de las obligaciones a cargo del contratista, se infiere también de los pagos efectuados a este por la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, respecto de las actas de avance de obra y facturas a ella presentadas con tal propósito.

c) Y que por lo tanto, el incumplimiento del contratista del Programa Patrón de Trabajo no es causal para el no pago de los créditos reclamados por el Consorcio, porque, en tal evento, la administración debió haber hecho uso de las potestades exorbitantes que la ley le confiere sobre ese campo, como por ejemplo el imponer multas para apremiar el cumplimiento del contratista; además de que correspondía –según lo afirmado en el laudo– a la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada procurar la consecución de los recursos económicos para realizar los pagos a ella reclamados.

Así las cosas, es evidente, en forma palmaria, que el Tribunal de Arbitramento apoyó su decisión en el juzgamiento de una materia que, por expresa voluntad de las partes, consignada en la cláusula cuadragésima cuarta en concordancia con la trigésima sexta del contrato original, le fue excluida de su competencia, esto es, **el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista**; por manera que su actuación desbordó el ámbito de su competencia funcional, hecho este que, por sí solo, configura la segunda causal de nulidad del laudo esgrimida por la recurrente.

Sin perjuicio de lo anterior, en el sub júdice no es posible establecer de modo cierto y preciso la existencia del derecho al pago demandado por el Consorcio y su correlativa exigibilidad, sin hacer examen de la legalidad y alcance del acto administrativo mediante el cual la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada declaró el incumplimiento del contrato por parte del Consorcio Hispano Alemán (Resoluciones 1938 del 20 de marzo y 1958 del 30 de mayo de 1997), por cuanto una de las razones en que se fundó esa decisión unilateral de la administración, como ya se indicó atrás, fue el reiterado incumplimiento del contratista en la entrega oportuna de las obras conforme a lo previsto en el Programa Patrón de Trabajo, y lo expresamente acordado en las actas de recibo y en los contratos adicionales del plazo de ejecución, lo que a su vez perturbó el normal flujo de los dineros con que debían financiarse aquellas, por vencimiento de los plazos de los créditos contratados para tal fin. De otra manera no es factible conocer la existencia y exigibilidad de la obligación que se cobra a la entidad contratante.

En otros términos, el surgimiento de la obligación a cargo de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, de efectuar en forma oportuna los pagos al contratista, se encuentra íntima y necesariamente vinculado a la verificación previa del cumplimiento cabal de las prestaciones radicadas en cabeza del contratista, una de las cuales era precisamente –como bien lo puntualizó el Tribunal de Arbitramento–, el asegurar el cien por ciento (100%) de la financiación del contrato, sin cuya disponibilidad oportuna y suficiente de recursos no era posible para la Empresa contratante cancelar en el tiempo convenido las facturas que en su momento le fueron cobradas y, por consiguiente, deducir a partir de ello si existió mora en el pago y si se generaron intereses por tal concepto.

La inescindibilidad de esos tópicos resulta evidente cuando la Empresa contratante argumenta que el retraso en la entrega de las obras contratadas, imputable exclusivamente al contratista, trajo como consecuencia inevitable el vencimiento de los créditos con que aquellas debían financiarse, por expiración del plazo para su utilización, lo que determinó que la Empresa no pudiera contar con la disponibilidad oportuna de recursos para realizar los pagos de las obras, que tardíamente entregó el contratista.

Por consiguiente, cuando en el laudo se afirma que, al contrario de lo sostenido por la recurrente, el contratista sí cumplió con las obligaciones a su cargo, entre ellas la atinente a la financiación de la obra, si bien no se hace un pronunciamiento expreso y formal, respecto de la legalidad del acto administrativo por el cual la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada declaró en forma unilateral el incumplimiento del Consorcio contratista, materialmente el laudo impugnado produce esos resultados, en la medida en que, en la práctica, deja sin efectos la decisión administrativa en referencia, al trasladar la censura y responsabilidad del incumplimiento contractual allí declarado, del Consorcio contratista hacia la Entidad contratante, con detrimento de la presunción de legalidad que ampara a aquel acto.

Dicho de otra manera, en el fondo el Tribunal de Arbitramento terminó entonces conociendo y decidiendo acerca de una materia expresamente

excluida de su competencia en la cláusula compromisoria y, al propio tiempo, igualmente a él vedada por recaer sobre los efectos no susceptibles de transacción de un acto expedido por la entidad contratante en ejercicio del poder público del que legalmente se hallaba investida.

En las anteriores condiciones, en el asunto que se juzga, debe afirmarse que la interpretación lógica y jurídicamente más adecuada de la cláusula arbitral en cuestión, no puede ser distinta a que el pronunciamiento sobre la legalidad del acto administrativo que declaró el incumplimiento del Consorcio Hispano Alemán, corresponde en forma exclusiva a la jurisdicción contencioso administrativa. La anterior conclusión cobra mayor respaldo en el *sub lite*, si se toma en consideración que el propio Consorcio acudió en ejercicio de la acción contractual ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, en procura de obtener la declaración de nulidad de las Resoluciones 1938 y 1958 de 1997 tantas veces citadas, en virtud de las cuales se declaró su incumplimiento del contrato número 49 de 1984, así como la suspensión provisional de las mismas, de cuyo conocimiento y decisión negativa pudo ocuparse la Sala en segunda instancia, en el expediente No. 15127 sustanciado por el señor consejero doctor Ricardo Hoyos Duque.

Conforme a lo planteado anteriormente, concluye la Sala que jurídicamente es imposible admitir que tanto la jurisdicción contencioso administrativa como el Tribunal de Arbitramento puedan tener competencia simultánea para conocer y decidir acerca de la legalidad de un acto administrativo y los efectos de este que sean transigibles. Entender lo contrario, implicaría el fraccionamiento de la función jurisdiccional, en asuntos de orden público regulados por la Constitución y la ley, las cuales resultarían violentadas, a la vez que, simultáneamente, coexistirían decisiones que podrían ser contradictorias, y, en últimas, llevarían a que el afectado quedara privado de verdadera y legal justicia, desconociéndosele la garantía constitucional del derecho de acceso a la administración de justicia, siguiendo por supuesto la vía de un debido proceso, según lo ordena la propia Carta Fundamental en el artículo 29.

(...)

Conclusión obligada de los anteriores razonamientos, es que el segundo cargo formulado en contra del laudo arbitral por la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, ha tenido ocurrencia en el caso sometido a estudio y, por consiguiente, la anulación del fallo arbitral deprecada por aquella ha de prosperar, y en ese sentido se pronunciará la Sala.

## RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

El Consorcio Hispano Alemán, dentro de la oportunidad legal, con fundamento en la causal sexta de revisión, contenida en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, presentó el recurso extraordinario de revisión, el cual fundamentó de la siguiente manera:

Debo poner de presente que al despachar el cargo el Consejo de Estado guardó absoluto silencio sobre las razones que le llevaron a considerar que la falta de competencia de los árbitros enmarcaba dentro del numeral 8° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, pudiéndose considerar, en consecuencia, como que en tal evento existiese un fallo extra o ultra petita; y por otra parte, que como consecuencia de la prosperidad de la causal de anulación en comento, en la parte resolutive de la sentencia el Consejo de Estado anuló el laudo arbitral, a pesar de que de conformidad con el claro tenor literal del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998, la consecuencia de su prosperidad es la corrección o adición del laudo, tal como lo solicitó el propio recurrente.

Transcribió el recurrente parte del fallo atacado, el cual señalaba que

todo cuanto concierne al orden público, dijo el Consejo de Estado, escapa de la órbita del arbitramento, siendo uno de tales puntos el ejercicio de los poderes exorbitantes, cuya legalidad solo puede ser juzgada por la jurisdicción contenciosa administrativa.

Agregó en el mismo numeral que el Consejo de Estado entró a analizar los fundamentos de la decisión adoptada en el laudo arbitral, para concluir que el Tribunal de Arbitramento había fundamentado su decisión en

la premisa de tener por no cierto el argumento esgrimido por la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, según el cual, el Consorcio Hispano Alemán había incurrido en incumplimiento de sus obligaciones contractuales, relativas a asegurar la financiación de la ejecución del contrato.

En los fundamentos de derecho del recurso, comenzó este capítulo quejándose el recurrente de que la administración

tiene la nada despreciable potestad de decidir la jurisdicción competente que ha de juzgarla, con desconocimiento de lo pactado con su contratista, pues le bastaría al efecto la expedición de un acto administrativo discrecional para derogar las cláusulas arbitrales que haya celebrado con sus cocontratantes.

Dijo de otro lado el recurrente que

Una resolución administrativa se puede producir con extrema facilidad. Y nótese que basta al perseguido efecto de derogar la cláusula arbitral la expedición de una resolución cualquiera, así sea la más absurda, como por ejemplo una que decreta el incumplimiento de un contrato que ya se terminó, aun contrariando la amplísima jurisprudencia del propio Consejo de Estado, según la cual no puede utilizar la administración sus poderes exorbitantes cuando ya las partes cumplieron sus obligaciones. Porque estos poderes tienen por objeto asegurar el interés público que va envuelto en el contrato administrativo, y no dotar a la administración de armas para desquitarse de su colaborador contratista.

Según afirmó,

la consecuencia de la prosperidad de la causal contemplada en el numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 es la corrección del laudo y no su anulación... es forzoso concluir que el Consejo de Estado no podía anular el laudo arbitral proferido el 19 de febrero de 1999, pues cuando quiera que los árbitros se hubieren pronunciado sobre asuntos no sometidos a su decisión o hubieren concedido más de lo pedido, es decir en el evento de encontrar que el laudo fue extrapetita o ultrapetita, lo procedente, o dicho en otras

palabras, aquello para lo que en forma exclusiva el Consejo de Estado tiene competencia, es para ordenar las correcciones o adiciones a que haya lugar, pero jamás para declarar nulo el laudo arbitral.

Señaló que “las causales del recurso de anulación son taxativas y de interpretación restringida”. Por lo que considera que “la falta de competencia del tribunal de arbitramento no es motivo de incongruencia del laudo arbitral”.

La extralimitación de funciones por parte del Consejo de Estado al interpretar de modo tan generoso, que raya en el absurdo, la causal 8ª de anulación para considerar que la falta de competencia es una modalidad de fallo extrapetita salta a la vista. Comencemos por recordar que la rigurosa adecuación del fallo con las pretensiones y hechos de la demanda y con las excepciones propuestas por el demandado, es postulado fundamental del derecho procesal que se enuncia bajo el conocido principio de la congruencia, por cuya virtud tiene bien sentado la doctrina, que la sentencia debe estar en consonancia con las pretensiones del demandante y con las excepciones que aparezcan probadas, de tal suerte que se incurrirá en extrapetita cuando quiera que se haya resuelto sobre puntos no sometidos a la decisión del juez, en mínima petita cuando se hubiere omitido decidir sobre pretensiones o excepciones formuladas por las partes, y en ultrapetita cuando se condene por cantidad superior a la pedida.

(...)

Propuesta la causal 8ª de anulación, el Consejo de Estado debió limitarse a comparar las pretensiones formuladas por el Consorcio y las excepciones aducidas por la ETMVA, con la parte resolutive del laudo. Del tal examen, netamente objetivo, desde luego que habría saltado a la vista que el laudo por ninguna parte adolecía de vicio de incongruencia alguno. Sin embargo, no obstante, el muy preciso y limitado alcance de la causal 8ª de anulación y a pesar de estarle vedado al juzgador del recurso interpretar en forma extensiva y amplia las causales, el Consejo de Estado se extralimitó en sus funciones absteniéndose de realizar la comparación mencionada, para, en su lugar, ampliar el contenido de la causal invocada por el recurrente y re-

solver que la falta de competencia, sin explicar por qué motivo, es una nueva modalidad de fallo extrapetita cuyos efectos no se traducen en ordenar las correcciones a que haya lugar, sino en producir la nulidad del laudo.

Finalmente, señaló que “el juez del recurso de anulación no tiene competencia para revisar aspectos relativos al fondo del litigio y está limitado por la formulación y sustentación del recurso”.

Como si lo anterior fuera poco, la sentencia del 23 de febrero de 2000 se extiende a una serie de análisis y consideraciones que no fueron objeto de planteamiento en el escrito mediante el cual se sustentó el recurso de anulación interpuesto por la ETMVA, proceder con el cual el Consejo de Estado ignoró el principio cardinal que orienta todo el proceso de impugnación de un laudo, cual es el que el juez de la anulación solo puede examinar y analizar los motivos expresamente invocados y planteados en el recurso.

Además, como resultado de lo anterior, en su sentencia el Consejo de Estado se adentró en el examen de aspectos de fondo del litigio, llegando incluso a cuestionar las consideraciones expuestas por los árbitros, pretendiendo deducir supuestas contradicciones en las que, desde luego, no incurrieron los árbitros, pero que el Consejo de Estado insinuó, como producto del evidente desconocimiento de los hechos relativos a la ejecución del contrato 49 y de las innumerables pruebas aportadas al proceso.

Sean suficientes las anteriores consideraciones para concluir que, sin lugar a dudas, al resolver el recurso de anulación propuesto por la ETMVA el Consejo de Estado excedió el ámbito de su competencia. Y al hacerlo, vició de nulidad la sentencia, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia y la doctrina unánimemente, señalando que uno de los casos en los cuales claramente estamos en presencia de una nulidad de la sentencia y, por lo mismo, en los que tiene operancia la causal sexta del recurso de revisión, tiene lugar cuando el juez obra desbordando los límites de su competencia funcional.

La Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada dio respuesta a este recurso extraordinario por intermedio de su apoderado, el doctor Mauricio Ortega Jaramillo, en los siguientes términos:

El recurrente partió del supuesto de que la administración era dolosa, que obró de mala fe e inventó cualquier recurso con tal de evitar la justicia arbitral, la cual, según él, era la verdadera justicia, sin la cual no se podía vivir ni progresar.

El apoderado de la Empresa manifestó que desde la celebración misma del contrato se pactaron unas reservas a la cláusula compromisoria, que no se le cambiaron las reglas de juego; precisó que sorprendía que esa justicia que tanto le aterraba al impugnante era a la que le correspondía resolverle su recurso de revisión, la que al parecer no le brindaba garantías.

Señaló el recurrente que la sentencia del Consejo de Estado era el fruto de verdaderos malabarismos, dado que según su interpretación, no existía causal aplicable, por lo que terminaban diciendo que el laudo contenía un fallo extrapetita y por ello lo anulaba.

Dijo el representante judicial de la Empresa que ello no era cierto, pues no se sabía si a propósito o por ligereza, el recurrente daba por sentado que la causal en cuestión (num. 8° del art. 163 del Decreto 1818), consistía únicamente en fallar extrapetita.

Resulta que no, que de la simple lectura de dicha causal se desprende que son dos las posibles causas para ejercer el recurso de anulación, y ellas son: haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.

Evidentemente la o que acompaña la frase es disyuntiva y no se requiere un gran esfuerzo intelectual para entender que se trata de dos causales distintas: que el laudo recaiga sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, o que se produzca un fallo extrapetita.

Se precisó que el Consejo de Estado sí dio las razones por las que anulaba el laudo, tal y como se desprende de la parte que transcribe del fallo en comentario: el Tribunal de Arbitramento terminó entonces conociendo y decidiendo acerca de una materia expresamente excluida de su competencia en la cláusula compromisoria y, al propio tiempo, igualmente a él vedada por recaer sobre los efectos no susceptibles de transacción de un acto expedido por la entidad contratante en ejercicio del poder público del que legalmente se hallaba investida.

Por lo tanto, es claro que sí se expresó la razón para anular el laudo y que la misma no se fundamenta en un fallo extrapetita, sino en el hecho de haber recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros y para los cuales no tenía competencias.

Afirma el recurrente que las resoluciones de incumplimiento se dictaron cuando sobre los rieles del metro circulaban sus trenes con pasajeros, lo que es parcialmente cierto, pues si bien ello era así, también lo es que a esa fecha el Consorcio había incurrido en muchos incumplimientos como lo reconocieron no solo en las actas de pendientes, sino la existencia de problemas en la vía permanente y en los trenes, muchos de los cuales han exigido al Metro incurrir en enormes gastos para lograr el normal funcionamiento del sistema, tal y como ocurre con el famoso desgaste ondulatorio, pero que reiteramos, son temas que no son asunto de este recurso.

Nos vemos sí en la obligación de referirnos a la apreciación del recurrente sobre la manera como considera se maneja esta empresa estatal y la extensión de adjetivos descalificadores a todos aquellos que no se allanen a las pretensiones de un supuesto débil y desvalido Consorcio, que se sentiría seguramente muy cómodo y satisfecho frente a una administración pública arrodillada y sumisa a sus imposiciones, independiente de que en desarrollo de la que tal vez es la obra pública de mayor envergadura de las últimas décadas en Colombia, dicho Consorcio haya incumplido una y mil veces con sus obligaciones, siendo partícipe en muy buena medida de los enormes sobrecostos de esta obra, tal y como se le reclama dentro del proceso que se adelanta contra el Consorcio en el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia.

Dice de otro lado el recurrente que “Una resolución administrativa se puede producir con extrema facilidad... así sea la más absurda, como por ejemplo una que decreta el incumplimiento de un contrato que ya se terminó, aun contrariando la amplísima jurisprudencia del propio Consejo de Estado, según la cual no puede utilizar la administración sus poderes exorbitantes cuando ya las partes cumplieron sus obligaciones”. Al respecto cabe decir igualmente que tiene todo el derecho el Consorcio en recurrir la resolución que declaró el incumplimiento como de suyo lo hizo,

y que habrá que esperar el pronunciamiento judicial para saber si fue tan absurda como le parece a su apoderado, y en cuanto a la amplísima jurisprudencia que pretende tener para sostener su tesis de que no procede la declaratoria de incumplimiento cuando ya las partes cumplieron sus obligaciones, conviene señalar que, como perfectamente lo conocen los señores magistrados, la misma no existe, pues de hecho cuando las partes cumplen cabalmente sus obligaciones, no les declaran incumplimientos, pero cuando incumplen y se encuentra vencido el plazo del contrato, precisamente lo que procede es la declaratoria de incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal (sentencia del 21 de febrero de 1986, ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo).

Tampoco es cierto que el contratista se quede sin medios de defensa cuando se produce un acto administrativo que sustraiga del conocimiento arbitral simplemente porque tal y como el mismo Consorcio lo hizo, dentro del recurso que interpuso contra el citado acto administrativo, solicitó la nulidad del mismo y el reconocimiento de los perjuicios que dicho acto le causó. Así que el estado de indefensión que pretende señalar el recurrente tampoco es cierto.

La discusión de fondo en este capítulo se centra, como ya se dijo, en que habiendo prosperado la causal contemplada en el numeral 8° del artículo 163 del Decreto 1818, el único fallo posible era el de corregir o enmendar el laudo.

Abstrayéndonos del presente caso, es necesario hacerse la siguiente pregunta: ¿Cómo puede un juez corregir un laudo que en su integridad recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros?

Es bastante simple cuando el laudo contiene apartes sujetos a su decisión y otros no, pues simplemente elimina los segundos, dejando vigentes los primeros, pero ¿cuál puede ser la respuesta lógica a la pregunta propuesta cuando como en el caso que nos ocupa, la totalidad del laudo recayó sobre puntos no sujetos a su decisión?

Haber declarado la anulación del laudo, o haberlo “corregido” en su integridad, mediante un nuevo laudo que señalara la incompetencia del tribu-

nal para conocer la litis planteada, es exactamente igual desde el punto de vista material.

Haciendo gala de un formalismo no muy acorde con quienes se desgarran las vestiduras por defender a ultranza el arbitramento como única justicia valedera, considera el recurrente que el que se haya declarado la anulación del laudo y no su corrección conlleva hacer nula la sentencia del Consejo de Estado.

Es que simple y lógicamente si el laudo recayó sobre puntos no sujetos a decisión arbitral y el juez de revisión corrige el laudo, en el sentido que pretende el recurrente, estaría nuevamente dictando un laudo que volvería a recaer sobre puntos no sujetos a decisión arbitral.

Sencillamente si el laudo en su integridad resuelve un asunto que no puede ser sujeto de decisión arbitral, la única posibilidad lógica es su revocatoria absoluta por el juez de revisión, y como esa revocatoria no existe, dado que no se trata de una apelación, la única vía que queda es la declaratoria de la anulación, con lo cual de paso hace prevalecer el derecho sustancial sobre el adjetivo.

Ahora, frente a que las causales del recurso de anulación son taxativas y de interpretación restringida, debe precisarse en primer término, la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la nulidad del laudo arbitral por incurrir en la causal 8ª del artículo 163 del Decreto 1818, por lo tanto, no se aplicó una causal diferente a las que taxativamente trae la norma citada, por lo que paralelamente se concluye que no se dio una interpretación extensiva de la misma. Basta leer dicha norma contra la sentencia de anulación para constatar que se fundamenta de manera clara y expresa en dicho numeral.

Que el recurrente y su poderdante no la compartan no quiere decir que la misma no se fundamente en la causal 8ª citada. Por lo tanto el cargo se cae de su propio peso al chocar con la evidente realidad.

Ahora, afirmar que la falta de competencia del tribunal de arbitramento no es motivo de incongruencia del laudo es dejar una pregunta sin respuesta: ¿entonces qué es?

¿Podrá sostenerse entonces que la incompetencia del Tribunal Arbitral no invalida el laudo por él dictado? ¿Que ese laudo es plenamente válido y habrá que mantenerlo en el ordenamiento jurídico?

Se pretende dejar de lado que la jurisdicción y la competencia son presupuestos de validez del proceso mismo, y que el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil señala claramente que cuando corresponde a distinta jurisdicción, y cuando el juez carezca de competencia, el proceso será nulo, nulidad que la puede declarar el juez incluso de oficio.

De otro lado, no sabemos de dónde saca el Consorcio que el Consejo de Estado dijo que como los árbitros carecían de competencia, habían dictado un fallo extrapetita.

Pero resulta que el Consejo de Estado no dijo en parte alguna que estábamos en presencia de un fallo extrapetita. Lo que dijo muy claramente es que el laudo había recaído sobre puntos no sujetos a decisión de árbitros, y como eso se traduce en una causal expresa, clara y precisa para el presente caso, como un caso típico de incompetencia, y por ende de un proceso nulo.

Es que reiteramos que la segunda parte del numeral 8° del artículo 163 del Decreto 1818 sí se refiere al fallo extrapetita, pero que la primera parte no, y eso es precisamente lo que no ve o no quiere ver el recurrente.

Entendido ello se explica por qué el Consejo de Estado no tenía que ponerse a revisar lo pedido frente a lo concedido, pues esa no era la cuestión que se analizaba, y de hacerlo obviamente se habría encontrado con que el laudo fue congruente con lo pedido.

Lo que ocurre es que ese pedido no es materia arbitral, y si a pesar de ello se pretende llevar a un arbitraje, deben los árbitros declarar la falta de jurisdicción y la incompetencia suya con el fin de evitar una nulidad como de suyo ocurrió. Finalmente, frente a la competencia del juez para revisar asuntos de fondo del litigio, se debe señalar que el cargo que prosperó en el recurso de anulación es el contenido en el numeral 8° del artículo 163 del

Decreto 1818 que como tantas veces se ha dicho, consiste en que el laudo recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros.

¿Será lógico y posible que un juez resuelva sobre esta causal sin entrar a revisar aspectos relativos al fondo del litigio?

Se cae de su peso pretender darle aplicación a esta causal expresa de anulación sin entrar a analizar el fondo del litigio. Es precisamente del análisis minucioso del fondo del litigio del que puede el juez concluir que el laudo recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros.

Más contradictorio es el pretendido cargo con lo que afirma a lo largo de la demanda el mismo recurrente, cuando se queja de que el Consejo de Estado no debió declarar la nulidad sino haber “corregido” el laudo.

¿Cómo puede un juez corregir o complementar un laudo sin entrar a revisar el fondo del litigio? ¿Le cabrá a alguien en la cabeza semejante contradicción y absurdo?

Es necesario en todo juicio de anulación por esta causal, ingresar al fondo del litigio, no solo para poder cotejar la ocurrencia de la primera causal del numeral 8º citado, sino también de la segunda, pues ¿cómo podrá saber el juez si el fallo recayó sobre asuntos no sujetos a la jurisdicción arbitral o si fue extrapetita?

Era esencial para resolver la petición formulada en la demanda de anulación cotejar si en el laudo se cuestiona la legalidad del acto administrativo que decretó el incumplimiento del Consorcio, y para no incurrir en una nulidad en la sentencia correspondiente, tal y como lo anota el recurrente en una de sus citas jurisprudenciales, igualmente era necesario entrar a calificar los pronunciamientos de los árbitros, ya que ello precisamente forma parte de la motivación de la sentencia, requisito constitucional de validez de la misma como bien se anota.

No podía el Consejo de Estado pronunciar un fallo serio y juicioso sin adentrarse en el estudio del incumplimiento de las partes, la obligación de fi-

nanciar el proyecto, los motivos para declarar el incumplimiento, etc., pese a que el tribunal de arbitramento sí lo había hecho. Curiosa forma de alegar: el tribunal de arbitramento podía desbordar su competencia, pero el tribunal de anulación tenía que aceptar el exabrupto para darle prevalencia al derecho formal sobre el sustantivo.

Para complementar lo expuesto, se transcriben algunos apartes de la Sentencia C-1436 de 2000, para concluir que como lo ha dicho el Consejo de Estado, para la Corte Constitucional, el juzgamiento de los actos administrativos es competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa, y que los árbitros, como particulares que son, investidos de funciones jurisdiccionales temporales, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, y cuando lo hagan, incurrirían en una conducta contraria al orden público, y por ende incurso en nulidad absoluta. Eso fue exactamente lo que ocurrió con el tribunal de arbitramento que dictó el laudo anulado, pues para condenar al Metro a pagar los intereses correspondientes a los pagos de capital morosos, desconoció el carácter del acto administrativo de incumplimiento dictado por el Metro, el cual contiene una presunción de validez que hace que no se pueda desconocer. Al rechazar los alcances del acto administrativo citado, y que en esencia señalan que el Consorcio incumplió algunas de sus obligaciones fundamentales como era la de conseguir los recursos financieros para la obra y por lo tanto el incumplimiento del Metro estaba justificado por el incumplimiento del Consorcio, prejugó dicho acto administrativo, lo desconoció, y por ese medio fundamentó la condena al Metro al declararlo responsable del incumplimiento en el pago de las facturas.

Al hacerlo, vulneró principios constitucionales que crean una frontera infranqueable respecto al pronunciamiento sobre actos administrativos, que están restringidos a la justicia arbitral, por lo que se inmiscuyó en una jurisdicción vedada a la arbitral y produjo una sentencia que no solo adolece de venir expedida por una jurisdicción distinta a la señalada por la Constitución, produce una sentencia nula por falta de competencia de quien la dicta.

Este recurso extraordinario, si bien se encontraba a despacho para fallo desde el año 2004, no había sido resuelto por el Consejo de Estado al

momento de la firma del contrato de transacción, que puso fin a todos los procesos entablados entre las partes.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO NACIONAL SOBRE EL IVA Y EL PAGO DE PARAFISCALES

El mismo grupo de sociedades que configuraron el Consorcio Hispano Alemán, demandó ante un nuevo tribunal arbitral constituido con el reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, a la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, escrito de demanda que contenía las siguientes pretensiones:

Que debido a la exclusión del impuesto sobre las ventas, IVA, del cemento y otros materiales para la construcción de vivienda y a la manera como se tomaron esos índices en las fórmulas de reajuste pactadas en el contrato, el Consorcio Hispano Alemán sufrió daños antijurídicos que no le habían sido indemnizados.

Que como consecuencia de las modificaciones de la legislación colombiana en materia de impuestos sobre las ventas (IVA), y específicamente a raíz de la entrada en vigencia de la Ley 6ª de 1992, el Consorcio Hispano Alemán sufrió daños antijurídicos puesto que se vio obligado a pagar impuesto sobre las ventas (IVA) por servicios que no estuvieron previstos en su oferta.

Argumentó también el Consorcio que con posterioridad a la presentación de su oferta y durante la ejecución del contrato 49, la legislación laboral y de seguridad social en Colombia sufrió varias modificaciones que aumentaron “de manera imprevisible las cargas laborales que debió cubrir, directa o indirectamente, el Consorcio Hispano Alemán”. Específicamente argumentó que se incrementaron los aportes patronales al Instituto de Seguros Sociales, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a los Fondos Privados de Salud y Pensiones y a las Aseguradoras de Riesgos Profesionales, así como los cambios introducidos durante el mismo período en la obligación impuesta a los patronos de suministrar vestido de labor y calzado a ciertos empleados.

La Empresa, en el escrito de contestación a la demanda, fundamentó su defensa en lo dispuesto en las Resoluciones 1938 y 1958 de 1997, por medio de las cuales se declaró el incumplimiento por parte del Consorcio del contrato 49, pues, tratándose de actos administrativos con presunción de legalidad y ejecutoriedad, no le cabía al Consorcio razón alguna para demandar de la ETMVA las pretensiones objeto de su acción, por cuanto el incumplimiento legalmente declarado enervaba la causa jurídica que le pudiera asistir para su petición; de la misma manera, puso de manifiesto los incumplimientos en los que incurrió el Contratista durante toda la ejecución del contrato y las consecuencias que las mismas tuvieron en la duración del contrato.

Igualmente, la ETMVA propuso varias excepciones de fondo, así: inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, excepción de contrato no cumplido, compensación, pago, culpa exclusiva del Consorcio y restablecimiento del equilibrio económico-financiero.

El Tribunal de Arbitramento, para tomar su decisión, realizó un análisis de la teoría denominada equilibrio financiero del contrato, fundamentada, como se solicitó en la demanda, en la teoría de la imprevisión y el llamado “hecho del príncipe”, por medio de los cuales el contratista que se sentía afectado en sus derechos podía pedir su resarcimiento cuando por hechos o actos relacionados con la propia ejecución del contrato o relacionados con ella, bien fuera que provinieran de la misma administración o no, se veía afectada la utilidad que previó al contratar con el Estado.

Al respecto, el Tribunal señaló:

Pero la ecuación económica se rompe cuando se presentan situaciones anormales, imprevistas y extraordinarias que rompen el equilibrio entre la remuneración que percibe el contratista y las cargas impuestas por su obligación contractual. La entidad estatal está obligada a mantener la remuneración pactada y conservar las facilidades otorgadas al contratista en la ejecución del contrato, ya que el equilibrio patrimonial es de la esencia del contrato administrativo. El contratista tiene el derecho a mantener intacta su finalidad lucrativa ya que en esta radica el interés que lo llevó a contratar.

Precisó el Tribunal, que tanto el Consorcio como la ETMVA previeron contractualmente en la cláusula 4° del contrato 49, el “hecho del prin-

cipe”, al establecer que cuando los impuestos, tasas o contribuciones surgieran con posterioridad a la fecha del cierre de la licitación, estos serían a cargo de la entidad contratante, pero que también establecieron en la cláusula sexta literal del D-3, la forma como la Empresa pagaría estas modificaciones o adiciones a los impuestos y el procedimiento que debía seguir el contratista para obtener ese reintegro.

En suma: respecto a las modificaciones, adiciones y/o complementaciones a los impuestos y tasas vigentes en la fecha de cierre de la licitación o a las surgidas con posterioridad, las partes no solo están obligadas a respetar el contrato aplicando el procedimiento indicado en la cláusula sexta literal D-3, pactado convencionalmente por ellas mismas, sino que también están sujetas al cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 15 de la Ley 42 de 1993.

Frente a las pretensiones presentadas por el Consorcio demandante, el Tribunal se pronunció en los siguientes términos:

**Primero:** en relación a las fórmulas de reajuste.

Tanto la parte provocante como la sociedad provocada convinieron libremente las fórmulas de reajuste, e inclusive en desarrollo del contrato introdujeron factores de corrección en algunos índices, tal como consta en el convenio adicional Nro. 4, firmado el 20 de noviembre de 1989. Para el caso de que las fórmulas no reflejen los costos reales, el Tribunal encuentra que la cláusula sexta del contrato, literal D-3, en armonía con el parágrafo de la cláusula cuarta, suple cualquier defecto con relación al rubro demandado.

(...)

El reconocimiento, en todo o en parte de la suma demandada, por supuestas o reales diferencias en las fórmulas de reajuste y en razón al IVA del cemento, equivaldría a que este Tribunal modificara el contrato, facultad que en derecho no le es permitida.

**Segundo:** con relación a los cambios en la legislación sobre el IVA.

En materia de impuesto a las ventas con relación al cemento y otros materiales para la construcción, al momento de la apertura de la licitación, de la presentación de la propuesta y de la adjudicación, la norma reguladora era el artículo 7° del Decreto 1988 de 1974, numeral 24, que lo fijó en el 6%.

Señaló el Tribunal que si bien esta tasa fue modificada posteriormente por el Gobierno nacional, elevándola a 10%, también era cierto que mediante el Decreto 1065 de 1984 se dispuso que para los contratos celebrados con anterioridad al 1° de abril de 1984 se aplicaría la tarifa del impuesto vigente a la fecha de celebración de los mismos.

Durante todo el desarrollo del contrato había sido suficiente para el Consorcio acreditar ante los responsables del impuesto su calidad de contratista y la fecha de adjudicación del contrato 49, para que operara plenamente la citada tarifa durante la ejecución de la obra.

Todo lo pagado por el Consorcio por IVA, en exceso del 6% y con relación al cemento y otros materiales para la construcción, constituye un pago de lo no debido y tiene acción de repetición contra la Nación, representada por la DIAN, en los términos de los artículos 2313 a 2331 del Código Civil y las normas administrativas pertinentes.

Con fundamento en lo indicado no se presenta ni “hecho del príncipe” ni imprevisión, en cuanto hace relación a un mayor valor pagado por IVA en lo que excede al 6% vigente a la fecha de la adjudicación (celebración) del contrato 49.

También concluyó el Tribunal que los precios ofertados por el Consorcio incluían un impuesto sobre las ventas de 6% a la fecha en la que se adjudicó el contrato y que en las fórmulas de reajuste pactadas no se reflejaba el valor del IVA adoptado con posterioridad a su adjudicación, lo que evidentemente constituía una afectación al contrato; sin embargo, señaló que las partes habían previsto un procedimiento para atender este tipo de eventos.

Para el Tribunal existe absoluta certeza de que la intención de las partes al convenir los términos en que quedó redactado el parágrafo de la cláusula

cuarta del contrato, estas allanaron el camino para resolver, por vía de costos directos reembolsables, todas las erogaciones en que podría incurrir el Consorcio respecto a modificaciones, adiciones y complementaciones a los impuestos y tasas vigentes a la fecha de cierre de la licitación o posteriormente su nueva implementación, para lo cual acordaron utilizar el procedimiento estipulado en la cláusula sexta, literal D-3, del mismo contrato.

(...)

En consecuencia, es pertinente afirmar que los mayores costos generados para el Consorcio por la no inclusión del IVA del 6% para el cemento y otros materiales de construcción en los índices de reajuste, surgidos con posterioridad a la fecha de iniciación de la obra, este tiene derecho a que ellos le sean reembolsados por la ETMVA, pero para hacerlos efectivos deberá cumplir, indefectiblemente, con el procedimiento pactado por las partes, o sea el dispuesto en la cláusula sexta literal D-3, razón por la cual las pretensiones aquí invocadas no podrán ser despachadas favorablemente.

Para el Tribunal, el contrato 49 en su cláusula cuarta previó y reconoció el “hecho del príncipe” como fuente de derechos del contratista, como acertadamente lo expresa en su alegato el apoderado del Consorcio Provocante, pero no solo lo previó y reconoció, sino que por voluntad contractual las partes pactaron el procedimiento que debía seguirse cuando esos nuevos hechos futuros afectaran el equilibrio financiero del contrato, pues la remisión que hace el parágrafo de la cláusula cuarta al artículo sexto literal D-3 no puede tener otra interpretación o significado diferente.

Igualmente, frente a los reconocimientos económicos solicitados en la demanda arbitral por los conceptos anotados, precisó:

...el Tribunal no encuentra prueba ni de los subcontratos ni de que los que dieron lugar a que la parte provocante pagara el IVA reclamado recibieran tal aprobación. No existiendo esta prueba y para el caso de que las normas indicadas no fueran aplicables, tampoco se podría hacer ninguna condena- ción, pues conforme al artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley para las partes, y según la mencionada cláusula todos los subcontratos celebra-

dos para la ejecución del contrato 49 deben estar aprobados previamente y por escrito por la Empresa Provocada, lo cual no consta en el proceso. Era necesario conocer el texto de los subcontratos y su aprobación.

Finalmente, al referirse el Tribunal a las pretensiones relacionadas con los mayores costos incurridos por el contratista por el incremento de los aportes patronales al Instituto de Seguros Sociales, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a los Fondos Privados de Salud y Pensiones y a las Aseguradoras de Riesgos Profesionales, así como los cambios introducidos durante el mismo período en la obligación impuesta a los patronos de suministrar vestido de labor y calzado a ciertos empleados, indicó:

Tal como se afirmó al analizar las pretensiones tercera y cuarta, no aparece en el proceso prueba idónea que permita a los árbitros advertir procesalmente la existencia de subcontratos, ni tampoco que los celebrados por el Consorcio para la realización de la obra contratada, tuvieran la aprobación previa y escrita de la ETMVA, como lo impone el contrato, lo que lleva indefectiblemente al Tribunal a no reconocer las pretensiones invocadas...

La inexistencia de prueba de los subcontratos y sus textos así como de la aprobación de los mismos, impide a este Tribunal hacer cualquier consideración encaminada a reconocerle derechos al Consorcio derivados de esos subcontratos.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO NACIONAL SOBRE CAPITAL INSOLUTO

Por último, el Consorcio contratista instauró ante la Cámara de Comercio de Medellín, un tribunal de arbitramento nacional en contra de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, en el que formuló las siguientes pretensiones:

**Primera:** Que por haber incurrido en mora en el pago de obligaciones monetarias que estaban a su cargo en desarrollo del contrato 49 suscrito el 19 de julio de 1984, la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá

Limitada fue condenada en laudo arbitral del 19 de febrero de 1999 y sus correcciones ordenadas en audiencia del 5 de marzo de 1999, al pago de intereses moratorios calculados mediante imputación de los pagos efectuados tardíamente en primer lugar a los intereses causados y en segundo lugar al capital adeudado, quedando pendiente de condena y pago un capital insoluto que asciende a los valores de las pretensiones tercera a sexta o la suma que resulte probada en el proceso.

El valor de las pretensiones en este proceso arbitral ascendía a la suma de 13 millones de dólares, que estaban representados en cada una de las monedas en las que se firmó el contrato 49 de 1984, pesos, marcos, pesetas y dólares.

Se aclaró en la demanda por parte del contratista que este proceso arbitral era el resultado de la decisión que adoptaron los árbitros dentro del Tribunal de Arbitramento de intereses de mora, en el que acogieron la petición de la demandante de imputar todos los pagos efectuados por la entidad, primero al pago de los intereses moratorios y el excedente a capital, quedando de esta manera un saldo no cubierto o capital insoluto que no fue reconocido en dicho laudo, por cuanto el mismo no había sido solicitado dentro de las pretensiones de la demanda y por tanto, se escapaba a su ámbito de competencia.

En los fundamentos de derecho, señaló el Consorcio demandante que

la demanda tiene como fundamento el contrato 49 con todas sus adiciones y el laudo arbitral proferido el 19 de febrero de 1999 con sus correcciones ordenadas en la audiencia del 5 de marzo del mismo año por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir el conflicto existente entre la ETMVA y el Consorcio Hispano Alemán, como consecuencia del grave incumplimiento de la obligación de pagar oportunamente al Consorcio contratista las obligaciones dinerarias emanadas del contrato 49. Como consecuencia de la demanda instaurada por mis representadas y del fallo dictado, se declaró el incumplimiento de la ETMVA y se le ordenó el pago de los intereses moratorios originados en el pago tardío de 1.882 facturas, quedando un capital insoluto resultante de la imputación de los pagos efectuada por el Tribunal para el cálculo de los intereses, que al no haber sido pedido por el Consorcio en la demanda no fue materia de decisión por el Tribunal de Ar-

bitramiento, debiendo en justicia y en derecho ser cancelado por la ETMVA, como aquí se pide, desde luego con los intereses moratorios que se han causado desde la fecha del laudo arbitral.

La Empresa, al contestar la demanda, por intermedio de su apoderado, el doctor Luis Fernando Álvarez Jaramillo, se opuso a las pretensiones de la acción y señaló que el contratista sí había incluido dentro del proceso arbitral, denominado Tribunal de intereses de mora, la solicitud de reconocimiento de capital pendiente o insoluto y por este hecho ya recaía sobre dicho asunto el fenómeno de la cosa juzgada, pues no podía someterse a una nueva decisión arbitral un tema que ya había sido despachado desfavorablemente por un Tribunal anterior.

...se trata más bien de una conceptualización del demandante, de la cual de todas maneras debe concluirse que efectivamente, como él mismo lo afirma, sí solicitó el reconocimiento y pago del capital, y si, como también lo afirma el demandante, el tribunal del radicado 97A-10 interpretó que el Consorcio no había solicitado el reconocimiento y pago del capital insoluto, era obligación del demandante agotar todos los recursos que la ley le otorga para hacer valer sus pretensiones, de manera que si no lo hizo o solo lo hizo parcialmente, no puede tratar de compensar su negligencia buscando que un nuevo juez se pronuncie sobre un asunto que ya hizo tránsito a cosa juzgada. Por otra parte no es de recibo la afirmación del demandante en el sentido de que su demanda se complementa con los cuadros del laudo de radicado 97A-10, en primer lugar, porque como se dijo antes ya no son precedentes; y en segundo lugar, porque debe quedar en claro que estamos frente a un proceso de conocimiento y no a un simple proceso ejecutivo.

Igualmente, la Empresa, al responder la demanda, hizo énfasis en la incompetencia del Tribunal, por cuanto en virtud de la expedición de las resoluciones que declararon el incumplimiento del Consorcio contratista e hicieron efectiva la cláusula penal, el único competente para pronunciarse sobre la validez de los mismos era el juez de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y cualquier pronunciamiento que realizara el Tribunal Arbitral sobre los mismos, implicaba un pronunciamiento sobre la legalidad de las citadas resoluciones.

Por medio de las Resoluciones 1938 del 20 de marzo de 1997 y 1958 del 30 de mayo de 1997, la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada declaró el incumplimiento del contrato 49 de 1984. En estos actos administrativos quedaron expresamente consignadas las conductas del incumplimiento del Consorcio Hispano Alemán, tanto en lo que se relaciona con su obligación de financiamiento del contrato como de los retrasos reiterados en relación con los Programas de Trabajo vigentes durante el transcurso de las diferentes etapas de ejecución del contrato, desde sus inicios hasta su terminación.

Los actos administrativos se encuentran en firme, debidamente ejecutoriados y de su conocimiento solo es competente en forma exclusiva, la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

..., invoco la excepción de falta de jurisdicción y falta de competencia, por cuanto los procedimientos de cobro del capital insoluto está directamente relacionado y determinado por el cumplimiento a su vez de las obligaciones del contratista, son asuntos que por ser tratados por los actos administrativos expedidos por la Empresa, Resoluciones 1938 y 1958 del 20 de marzo y 30 de mayo de 1997, respectivamente, estando ejecutoriados y en firme, sustraen del conocimiento del Tribunal Arbitral las diferencias que le fueron sometidas por el Consorcio Hispano Alemán en su demanda, que por tal razón son del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, tal como lo manifesté en el hecho primero de esta solicitud de excepciones previas y por el solo hecho de que la unidad de causa debe mantenerse, evitando que sobre los mismos hechos de incumplimiento se tengan pronunciamientos de dos jurisdicciones.

El Tribunal de Arbitramento, al pronunciar su fallo, realizó las siguientes consideraciones:

El Tribunal no puede desconocer el hecho de que entre las partes existe controversia sobre el alcance de la cláusula arbitral pactada, que dentro del expediente está probado que en desarrollo de la ejecución del contrato al que se refiere la presente controversia la administración expidió actos ad-

ministrativos mediante los cuales declaró el incumplimiento del contrato suscrito, y que mediante recientes fallos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, esta anuló el laudo de febrero de 1999, e indicó que, en su opinión, no es posible que la justicia arbitral conozca de aquellos asuntos que giran en torno a la legalidad de los actos administrativos, por cuanto, según esa corporación, esta es una facultad exclusiva y excluyente de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Por tal razón, con el objeto de precisar cuál es el alcance de su competencia, el Tribunal considera que es pertinente, antes de adoptar su decisión sobre las pretensiones formuladas, hacer una breve presentación sobre las disposiciones y la jurisprudencia vigentes en lo que tiene que ver con la competencia de los tribunales de arbitramento para conocer y fallar en aquellos casos en los que las controversias sometidas a su consideración están relacionadas con actos administrativos expedidos por la administración, dictados en uso de las cláusulas exorbitantes en materia de contratación estatal.

Teniendo en cuenta lo dicho en los numerales anteriores del presente laudo, el Tribunal es de la opinión de que hoy en día no existe restricción alguna para que un tribunal de arbitramento válidamente elegido pueda conocer de controversias contractuales en las cuales haya de por medio actos administrativos, así estos hayan sido expedidos en ejercicio de las facultades exorbitantes de que dispone la administración. No solamente porque así se desprende de las normas y principios constitucionales en los que se funda su competencia, sino porque las normas que regulan sus atribuciones no les han establecido restricción alguna; por el contrario, tanto ellas como la jurisprudencia han sido constantes en afirmar que en tanto cuerpo jurisdiccional, así sea temporal, los árbitros están investidos de plenos poderes de juzgamiento, con atribuciones similares a las de los jueces de la respectiva jurisdicción.

Sus únicas limitaciones son las que se derivan de la Constitución y la ley, y naturalmente, de lo pactado en las cláusulas arbitrales o compromisos suscritos por las partes, las cuales, ellas sí, pueden y podían restringir los temas materia de conocimiento de los árbitros.

(...)

Ahora bien, del texto de la cláusula arbitral contenida en el contrato 49 y de la interpretación de su alcance realizada por el Consejo de Estado, se desprende sin lugar a dudas que las partes, de acuerdo con lo ordenado en la ley vigente en ese entonces, específicamente excluyeron de la competencia del tribunal arbitral previsto en ella todo lo referente a la declaratoria de caducidad y al ejercicio de las facultades consagradas para la empresa en el Decreto Ley 222 de 1983. Lo cual indica, en consecuencia, que tal tribunal no tendría competencia para conocer de controversias relacionadas con esa declaratoria o con el ejercicio de esas atribuciones o, en otras palabras, que por voluntad de las partes, y por mandato de la ley, las decisiones correspondientes no podrían ser de conocimiento de la justicia arbitral.

Empero, de lo anterior no se desprende que por la sola expedición de un acto administrativo de caducidad, o en ejercicio de las facultades especiales consagradas en el Decreto Ley 222 de 1983, se produzca el vaciamiento completo de la competencia que tiene el tribunal de arbitramento allí previsto, por cuanto es claro que así como las partes excluyeron esas materias de su conocimiento, también lo es que, como antes se dijo, ellas también le otorgaron facultades para dirimir ciertos conflictos que se presentaran...

Igualmente, al estudiar la excepción de falta de jurisdicción y competencia, propuesta por la Empresa, el Tribunal señaló:

A la luz de lo dicho anteriormente, el Tribunal considera que es competente, por mandato de la ley y por voluntad expresa de las partes consignada en la cláusula 44 del contrato 49 de 1984, para conocer de las pretensiones formuladas por la demandante en todo aquello que no coincida, o que no tenga relación directa, con los temas concretos que dieron lugar a la expedición de las Resoluciones 1938 y 1958 de 1997; y considera también que la sola existencia de dichas resoluciones no es necesariamente obstáculo para que este ejerza las atribuciones que le han dado las partes, habilitadas para ello por la ley.

Por el contrario, y por las mismas razones expresadas, el Tribunal es de la opinión de que no es competente para conocer de las pretensiones formuladas

en todo aquello que coincida, o tenga relación directa, con tales resoluciones. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal tiene plena competencia y está facultado para conocer, y para pronunciarse de fondo, por una parte, sobre el alcance de las decisiones del Tribunal de Arbitramento contenidas en el laudo arbitral de febrero 9 de 1999 junto con sus aclaraciones o complementaciones, pues para ello no existe limitación alguna en la ley o en la cláusula arbitral pactada por las partes; y por otra, para conocer y pronunciarse de fondo sobre la exigibilidad, o la condición de insolutas o impagadas, que tuviesen aquellas facturas a que se refiere la demandante que, en opinión del Tribunal, no hubiesen sido fundamento para la expedición de las mencionadas resoluciones de incumplimiento.

De la misma manera, el Tribunal realizó un análisis del fallo del 23 de febrero de 2000, proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, por medio del cual se anuló el laudo arbitral dictado por el Tribunal de Arbitramento en el que se solicitaba el reconocimiento de los intereses de mora, decisión que en su concepto incurría en varias irregularidades, especialmente porque el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa no podía matizar los cargos fundados en causales no invocadas por el recurrente, ni analizar conceptos de violación diferentes a los expresamente planteados en el escrito por medio del cual se sustentó el recurso, pues con esta conducta el juez administrativo incurrió en una falta de competencia funcional, que vició de nulidad el fallo así proferido.

Finalmente, señaló el Tribunal que no obstante su inconformidad con el fallo mencionado, se debía acatar lo dispuesto en el mismo y entender que el laudo arbitral del 19 de febrero de 1999 dejó de existir como providencia con fuerza vinculante de cosa juzgada. Al respecto agregó:

En razón de lo expuesto, teniendo en cuenta, por una parte, que con ocasión de la anulación por parte del Consejo de Estado del laudo del 19 de febrero de 1999, a la fecha no existe un capital insoluto pendiente de pago por parte de la ETMVA, pues todas las 1.882 facturas fueron pagadas, así hubiese sido tardíamente, y por otra, que al Tribunal no se le pidió entrar a determinar si se causaron o no intereses de mora imputables a lo pagado, para establecer si hay lugar o no a un nuevo capital insoluto, el Tribunal considera que no tiene

alternativa diferente a denegar las pretensiones segunda a sexta, así como la séptima, octava y novena que, o bien dependen de las anteriores, o son sustitutivas de aquellas, y así lo declarará en la parte resolutive de este fallo.





# O4

¿Cómo logró  
el Consorcio Hispano  
Alemán convocar  
el Tribunal de  
Arbitramento  
Internacional?



# 04

## ¿Cómo logró el Consorcio Hispano Alemán convocar el Tribunal de Arbitramento Internacional?

Tutela del Metro contra el CHA y la Cámara de Comercio de Medellín

En la cláusula octava del contrato adicional suscrito el 13 de febrero de 1992, se dispuso que los reclamos del 1 al 18 debían someterse a arbitramento internacional, previo el agotamiento del mecanismo de la amigable composición. Es decir, esta cláusula dejó sin efecto la competencia del arbitramento nacional dispuesto en el contrato 49 de 1984 para tales reclamos.

Dicha cláusula octava fue derogada por las partes mediante el convenio del 14 de junio de 1994, que fue suscrito “con el fin de encontrar procedimientos de solución directa en derecho colombiano”, pues el sistema inicial de arreglo no había cumplido su objeto. Se pretendía así integrar un grupo de trabajo que estudiara los reclamos enumerados del 1 al 18 y luego de lograr un acuerdo total o parcial, convocar un tribunal de arbitramento nacional con la finalidad de darles obligatoriedad y fuerza de cosa juzgada.

No obstante esta derogatoria, el Consorcio Hispano Alemán inició trámite ante la Cámara de Comercio de Medellín para que nombrara amigable componedor que representara los intereses de la entidad.

Por lo anterior, el 14 de abril de 1999 la Empresa instauró tutela contra la Cámara de Comercio y el Consorcio Hispano Alemán, con la finalidad de que se le protegieran los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

Argumentó el abogado del Metro, doctor Fabián Gonzalo Marín Cortés:

Para la Empresa era evidente que en 1992 se suscribió un contrato adicional al contrato No. 49 de 1984. En dicho contrato adicional se estableció que las diferencias contenidas en los denominados reclamos del 1 al 18, se dirimirían por un procedimiento que contemplaba dos mecanismos que debían concurrir de manera escalonada: en primer lugar, la integración de un grupo de personas que actuarían como amigables componedores; en segundo lugar, y si por el anterior no se resolvían las controversias, se podía convocar un arbitraje internacional, cuyo procedimiento se reglamentó en el Acta de Madrid y Procedimiento, suscrito el 2 y el 4 de junio de 1993 respectivamente.

Además de lo anterior, también era claro y evidente, por constar en documento expreso, que en fecha posterior a la de estos acuerdos, el 14 de junio de 1994, la Empresa y el Consorcio Hispano Alemán suscribieron un nuevo acuerdo en el que establecieron un procedimiento distinto: las partes someterían las diferencias contenidas en los denominados reclamos del 1 al 18, y dispusieron la integración de un “Grupo de Trabajo”, con características similares a la amigable composición y la conciliación y Arbitramento Nacional de la cláusula 44 del contrato N° 49 de 1984.

En consecuencia, este último acuerdo de voluntades estableció un nuevo procedimiento de arreglo directo de los conflictos; una nueva manera de resolver los litigios existentes hasta ese momento, y se aceptó, en caso de no llegar a un acuerdo, acudir a lo dispuesto en la cláusula 44 del contrato N° 49, es decir, se estableció de nuevo el sometimiento a la justicia nacional.

Por lo anterior, se consignó en los considerandos de dicho acuerdo que se iniciaría un proceso de negociación voluntaria directa de los denominados reclamos del 1 a 18, es decir, los mismos que se iban a discutir ante los amigables componedores y el Tribunal de Arbitramento Internacional, que permitía en derecho estudiar la viabilidad y cuantía de los citados reclamos.

De dicha disposición era posible deducir con facilidad que el mecanismo anteriormente pactado, el establecido en la cláusula octava de 1992, quedó derogado por haberse establecido una nueva forma para solucionar los mismos 18 reclamos objeto de cuestionamiento. Es decir, al acordarse otro procedimiento de negociación, regulado en el acuerdo citado, era lógico que el mecanismo anterior había quedado derogado, pues se dispuso en contrario, ya no podía regir u operar, porque precisamente para eso se cambió y se estableció una manera diferente de tratar de resolver los conflictos, mecanismo que estaba sujeto al álea de llegar o no a un acuerdo económico en torno al mismo, lo que era propio de un sistema de solución directa, como el que se pactó.

Ahora, en el mismo “acuerdo de junio 14 de 1994”, las partes en desarrollo de la autonomía de su voluntad, al dejar en forma expresa sin efecto la “cláusula octava” del contrato adicional, previeron en el numeral 7 del acuerdo un solo evento del cual dependía que la cláusula octava recobrar su vigencia; haber sido expedida ley en firme e incontrovertible o sentencia ejecutoriada que permitiera aplicar válidamente la “cláusula octava” antes de que el “Grupo de Trabajo” emitiera el estudio, si ello hubiera sucedido, las partes darían aplicación al procedimiento allí previsto, o sea, la amigable composición, y subsecuentemente a la justicia internacional, de lo contrario, es decir, expedido el estudio como allí se previó, sin que hubiera sido sancionada ley o proferido la sentencia, no someterían sus diferencias a dicho mecanismo.

El grupo de estudio se instaló y desarrolló entre el 11 de noviembre de 1994 y el 6 de febrero de 1996, “y concluyó su trabajo luego de que desde octubre de 1995 se había emitido y presentado el estudio contentivo del concepto y recomendaciones sobre los reclamos 1-18”, que luego de los esfuerzos efectuados, recomendaron a las partes dar por agotada la primera etapa del procedimiento previsto en el “acuerdo de junio de 1994”, al no ser posible lograr consenso alguno, dadas las distantes posiciones de las partes y no obstante los esfuerzos aplicados al efecto. Terminada esta, conforme al documento de junio de 1994, solo procedía la convocatoria del Arbitramento Nacional pactado en la cláusula 44 del contrato No. 49 de 1984, como en

efecto y en aplicación de ello procedió el Consorcio Hispano Alemán para los reclamos Nos. 7, 8 y 16 No. 2.

Con posterioridad a este hecho, el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró la nulidad de la cláusula octava del contrato adicional, que posteriormente revocó el Consejo de Estado mediante la sentencia de febrero de 1998. Como puede observarse *prima facie*, la decisión judicial expedida dos años después de agotado el “procedimiento de arreglo directo”, previsto en el “acuerdo de junio 14 de 1994” y 30 meses después de elaborado y presentado el estudio con los conceptos y recomendaciones.

Precisó el doctor Marín Cortés que de acuerdo con lo anterior, la sentencia del Consejo de Estado no produjo efecto jurídico entre las partes, pues ellas modificaron y dejaron sin efecto la cláusula octava del contrato adicional y, por lo tanto, la Cámara de Comercio de Medellín perdió la facultad para nombrar a los amigables componedores, pues la cláusula ya no existía.

En conclusión, el apoderado de la Empresa consideró que para que fuera jurídicamente viable la convocatoria de la amigable composición y consecuentemente el Tribunal de Arbitramento Internacional, era necesario que las partes suscribieran un nuevo acuerdo que así lo permitiera.

En cuanto a la competencia de la Cámara de Comercio para nombrar amigables componedores, el tutelante señaló:

(...) el tercero se encuentra frente a dos documentos que expresamente dicen lo contrario y sin embargo para la Cámara de Comercio no es deber suyo analizar si le asiste o no facultad para nombrar ni para aplicar elementales normas de derecho que disponen que una norma posterior sobre la misma materia deroga la anterior. Esto no puede ser así, pues nadie más que el “delegado” puede analizar su propia capacidad para ejercer la función, pues es claro que él solo puede actuar previo acuerdo de las partes en el sentido de delegarle la función, luego no puede ser ajeno este tema al ejercicio de la función encomendada.

Ahora, en el caso nuestro, es claro que existe un contrato adicional suscrito el día 13 de febrero de 1992, el cual delegó en la Cámara de Comercio la facultad

para nombrar “amigable componedor” en el caso en que la ETMVA no lo hiciera directamente fijando el término para ello. Sin embargo, esto no es óbice ni resta autonomía a las partes para que en forma posterior, firmen otro acuerdo modificando el primero para disponer en contrario, en la misma forma en que válidamente lo hicieron para pasar de la justicia colombiana a la extranjera (contrato No. 49 al contrato adicional del 13 de febrero). Pues bien, ese otro acuerdo existe, es válido y está vigente y es el de “junio 14 de 1994”.

Finalmente, sobre el hecho de que el Consejo de Estado haya declarado la validez de la cláusula octava del contrato de febrero 13 de 1992, esto no significa que la misma esté vigente y no se pudiera modificar nunca. En efecto, la cláusula no se “petrifica” por ese hecho, al punto que las partes del contrato pueden modificarla o derogarla, al día siguiente de la demanda, tal como se hizo en el último acuerdo citado –caso en el cual la sentencia no producirá los efectos deseados, pero debido a la propia voluntad de las partes del contrato que prefirieron u optaron por no esperar hasta el final el resultado del proceso contencioso–, y es esa modificación la que se operó aquí y que debe observar el “tercero” delegado con la finalidad de definir su facultad para nombrar y para darse cuenta de que esta le fue expresamente quitada por el Consorcio y ETMVA.

En resumen, se pregunta ¿por qué la Cámara para establecer su delegación acepta el documento que le presenta el Consorcio, lo confronta e invoca el primero y no el segundo, el del 14 de junio de 1994, sabiendo que también lo firman las mismas partes del contrato? ¿Por qué se desecha el segundo y se le da aplicación al primero?

Mediante fallo de tutela del 20 de mayo de 1999, la doctora Elidia Silva Sánchez, juez décima Civil del Circuito, consideró:

(...) es claro que la situación en que se encuentran las partes debido a las divergencias presentadas respecto a la interpretación de los pactos suscritos entre ellas, en el momento les está impidiendo encontrar una solución a sus controversias, por ello, encuentra el Juzgado que tal situación jurídica referente a la COMPETENCIA no puede continuar en situación de INDEFINICIÓN, por lo tanto, la tutela solo operará de manera transitoria y represen-

tará para el Accionante la obligación de instaurar la correspondiente acción ordinaria ante la Jurisdicción competente dentro del término dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, de esta manera se estarán protegiendo los derechos de ambas partes y se logrará por vía de autoridad judicial una definición al conflicto ventilado en el trámite de la presente acción. Así se evitará lo que el apoderado de las empresas que conforman el Consorcio Hispano Alemán denomina “DENEGACIÓN DE JUSTICIA buscada por la ETMVA”. Obviamente, no sobra advertir que las partes en virtud del principio de AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD en cualquier momento pueden pactar en forma clara la CLÁUSULA COMPROMISORIA o cualquiera otra forma alternativa de resolver sus conflictos, con el objeto de agilizar los trámites correspondientes.

(...) la ETMVA sí está en condiciones de indefensión respecto de la designación de amigable componedor realizada por la Cámara de Comercio de Medellín, por ello, también puede predicarse la inminencia de un PERJUICIO IRREMEDIABLE, concepto que según la doctrina constitucional se constituye en “la inminencia de un daño o menoscabo grave de un bien que reporta gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico y que se haría inevitable la lesión de continuar una determinada circunstancia de hecho. El fin que persigue esta figura es la protección del bien debido en justicia”. (Corte Constitucional, Sentencia T225 de 1993. M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa. En *Gaceta Constitucional*, t. 6, junio de 1993, págs. 360 y ss.).

**En consecuencia, resolvió:**

**1. TUTELAR TRANSITORIAMENTE** los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA invocados por la EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRÁ “ETMVA”, EN CONTRA DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN Y EL CONSORCIO HISPANO ALEMÁN, integrado por las empresas: MAN AKTIENGESELLSCHAFT, SIEMENS AKTIENGESELLSCHAFT, DICKERHOFF & WIDMANN AKTIENGESELLSCHAFT, APLICACIONES TÉCNICAS INDUSTRIALES S.A., FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. Y ENTRECANALES Y TAVORA S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**2.** ORDENAR a la CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN, Centro de Conciliación y Arbitraje, que se ABSTENGA de nombrar AMIGABLE COM-PONEDOR O ÁRBITROS, para la definición de los reclamos 1 - 18 surgidos entre la ETMVA y el Consorcio Hispano Alemán o si ya lo hizo, se suspenda dicho nombramiento, mientras no exista una DECISIÓN DE FONDO de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa o una solicitud suscrita por ambas partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad.

**3.** ORDENAR a las empresas integrantes del Consorcio Hispano Alemán, que se ABSTENGAN de solicitar al Centro de Conciliación y Arbitraje de la CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN o a cualquier otra entidad, la designación de Amigables Compondores o Árbitros, para la reclamación de las citadas reclamaciones 1 a 18, mientras no exista una decisión judicial que defina cuál es la cláusula compromisoria o acuerdo de solución alternativa de conflictos VIGENTE para la solución de tales diferencias.

**4.** ORDENAR a la EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRÁ, que dentro de un término máximo de cuatro meses proceda a INSTAURAR la correspondiente acción ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, para que sea esta quien determine en forma definitiva cuál es la cláusula compromisoria vigente por la cual las partes deben buscar la solución a sus diferencias contractuales. De lo contrario, vencido el término indicado CESARÁN LOS EFECTOS de lo dispuesto en el presente fallo.

**5.** ADVERTIR a las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, que lo acordado en esta sentencia permanecerá vigente durante el término que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa necesite para definir de fondo acerca de la acción que instaurará la entidad accionante.

Mediante sentencia del 15 de julio de 1999, la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín, con ponencia del doctor Bernardo Carvajal Arbeláez, revocó la decisión del Juzgado Décimo Civil del Circuito, por considerar que la entidad tenía a la mano todos los recursos para hacer efectivos sus derechos.

Estos fallos de tutela fueron revisados por la Corte Constitucional, corporación que adoptó una decisión mediante sentencia de unificación SU-091 de 2001, que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín, para lo cual consideró:

Ahora bien, en el caso sub júdice las partes pactaron que la amigable composición fuera paso previo necesario para acudir a la instancia judicial, significada ya sea por la sujeción de las controversias, restantes a las resueltas por los amigables componedores, al arbitraje internacional –contrato adicional de 13 de febrero de 1992– o a un comité conjunto y a ulterior arbitraje nacional –convenio de 14 de junio de 1994–. Una vez resuelto por el juez del contrato el conflicto suscitado entre las partes sobre cuál de esos convenios haya de reputarse vigente y aplicable, serán de plena observancia tales derechos fundamentales pues en el desarrollo de los procesos arbitrales sí podrían resultar efectivamente transgredidos.

No obstante, para efecto de resolver sobre la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, cabe preguntar si la puesta en marcha de la amigable composición, en la forma en que ha ocurrido en el presente caso, como lo postula el accionante, puede lesionar, con carácter de irremediable el derecho al acceso a la justicia.

Al respecto, es evidente que del desarrollo de la dicha amigable composición, conforme al convenio adicional al contrato 49 de 1984 invocado por el Consorcio ante la Cámara de Comercio de Medellín, se genera, como consecuencia inevitable e inescindible, para la solución de los reclamos no resueltos por los amigables componedores, la convocatoria del arbitraje internacional. Y es precisamente esa consecuencia la que impugna el accionante para quien la fórmula contractualmente aplicable es, como ya se ha repetido, la del arbitraje nacional, previsto en el convenio adicional de 14 de junio de 1994.

Así las cosas, para la Corte la puesta en marcha de la amigable composición, estando pendiente de resolver por el juez competente la petición sobre definición de la vía idónea para decidir los reclamos formulados por el Consorcio Hispano Alemán, acarrea, como lo entendió el juez de primera

instancia y lo postula la accionante, un perjuicio irremediable en contra de los derechos constitucionales fundamentales de la ETMVA al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, que amerita, como medida transitoria, que se acceda al amparo y se adopten con ese carácter medidas que suspendan el funcionamiento de la amigable composición.

En efecto, desatar el mecanismo de la amigable composición, con aplicación prevalente del contrato adicional de 13 de febrero de 1992, puede llevar a que mientras él se adelanta, con las consecuencias contractuales establecidas de continuar hacia la conformación de un arbitraje internacional, sobrevenga decisión definitiva y que esta pudiere ser contraria a la vigencia y prevalencia de ese mecanismo.

Entonces, en la medida en que hay disputa entre las partes del contrato 49 de 1984 acerca de la vía de solución de los conflictos surgidos de la ejecución del contrato sin que exista claridad sobre cuál de las que aparecen pactadas es la idónea, conforme a la voluntad de ellas mismas, resulta lesivo del debido proceso y del derecho de acceso a la justicia en los términos definidos por la Corte, el que se imponga sin que medie decisión definitiva del juez del contrato, el seguimiento del procedimiento previsto en el convenio adicional de 13 de febrero de 1992 y no el dispuesto en el convenio adicional de 14 de junio de 1994, pues en este evento, según ya se dio cuenta, se genera para el accionante una situación de indefensión que lleva de manera ineluctable a la configuración de un perjuicio irremediable, lo que amerita la actuación del juez constitucional a través de medidas transitorias de amparo.

Para dar cumplimiento a lo dispuesto por los jueces constitucionales, el Metro de Medellín, al presentar demanda de reconvencción contra el Consorcio Hispano Alemán, en el proceso contractual que cursaba en el Tribunal Administrativo de Antioquia, incluyó en la pretensión tercera:

TERCERA: Que se declare que la cláusula 8ª del contrato adicional del 13 de febrero de 1992 no está vigente, por cuanto por voluntad de las mismas partes, no solo fue modificada mediante acuerdo de 14 de junio de 1994, sino que la condición señalada en el numeral 7 de este acuerdo resultó fallida.

La única acción procedente para dar cumplimiento a la orden del juez de tutela era la acción contractual y fue precisamente a la cual acudió el Metro de Medellín Ltda. para demandar la cláusula octava del contrato adicional suscrito el 13 de febrero de 1992, pues no existe dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo una acción diferente que permita que asuntos sin cuantía y de puro derecho se resuelvan con un trámite especial.

No obstante lo anterior, las sociedades que conforman el Consorcio Hispano Alemán, por intermedio de su apoderado, el doctor Fernando Londoño Hoyos, mediante comunicación del 5 de julio del año 2000, avisaron al Metro de Medellín Ltda. de la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento Internacional, regulado en el anexo IV del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), con el cual se le dio desarrollo al mecanismo suspendido en los fallos de tutela.

## Incidente de desacato

Debido al incumplimiento de la orden de tutela proferida por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín, el Metro de Medellín Ltda. presentó ante dicho despacho un incidente de desacato, el cual fue iniciado mediante auto del 10 de agosto de 2000, providencia que además de reconocer que la Empresa cumplió con la obligación fijada en el numeral 4 del fallo de tutela al demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la cláusula 8ª del contrato adicional suscrito el 13 de febrero de 1992, requirió a los representantes legales de las sociedades que conformaban el Consorcio Hispano Alemán, para que en forma inmediata cesaran las acciones que configuraban el desacato a la sentencia de tutela y se atuvieran a lo ordenado en ella.

Mediante auto del día 26 de octubre del año 2000, el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín dispuso:

2. Solicita el señor apoderado [del Metro de Medellín] que en forma inmediata se imparta la orden al doctor Fernando Londoño Hoyos, representante de las accionadas en el Tribunal Internacional de Arbitramento, para

que en el término de 48 horas desista de la convocatoria del mencionado Tribunal, o en el término superior que el Juzgado estime razonable. Frente a esta petición, se señala que en forma genérica ya se dio la orden en el numeral tercero de la parte resolutive del auto que admitió el incidente de desacato (folio 47 vto.); sin embargo, como a la fecha no se ha logrado su notificación del citado auto a todos los representantes legales de las empresas que conforman el Consorcio Hispano Alemán, el Juzgado ACCEDE a este pedimento; en consecuencia, se dispone OFICIAR al doctor FERNANDO LONDOÑO HOYOS a la dirección señalada en el memorial que ahora se resuelve, para que dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo del oficio, DESISTA o al menos pida la suspensión de la convocatoria al Tribunal Internacional de Arbitramento, mientras se decide el incidente de desacato que ahora nos ocupa.

A este respecto, manifestó el doctor Fernando Londoño Hoyos, mediante memorial del 15 de noviembre de 2000:

Sin tomar partido ni manifestar opinión sobre su decisión muy extraña, me he dirigido a mis poderdantes en Europa para pedir sus instrucciones. Usted deberá comprender que carezco por completo de facultades para tomar una decisión como la que usted me ordena y cualquier cosa que yo hiciese al margen o más allá de mis poderes no solamente sería nula, sino que supondría una flagrante violación de mis obligaciones profesionales.

Esta afirmación la hizo a pesar de que en los poderes otorgados al doctor Londoño se le habían concedido facultades para desistir de las pretensiones formuladas.

Una vez convocado por parte del Consorcio Hispano Alemán el Tribunal Internacional de Arbitramento, con lo cual desobedeció una orden judicial, el Metro de Medellín no tuvo otra alternativa que la de acudir ante el mismo para defenderse. En consecuencia, nombró árbitro y propuso la excepción de falta de competencia de dicho Tribunal, pues la participación de la entidad no tenía la virtud de sanear el proceso; con ella solo se garantizó la posibilidad de solicitar la declaratoria de incompetencia.

Mediante providencia del 24 de julio de 2003, el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín resolvió el incidente de desacato formulado por la Empresa contra las sociedades integrantes del Consorcio Hispano Alemán.

Consideró el juez 10° que la actitud de las empresas que integraban el Consorcio Hispano Alemán de dar inicio al Tribunal de Arbitramento Internacional, sin esperar a que la jurisdicción de lo contencioso administrativo definiera cuál era la cláusula compromisoria o el acuerdo de solución alternativa de conflicto vigente, constituía una clara rebeldía contra la normativa nacional y las autoridades colombianas, en especial, a las órdenes dadas por el Juzgado mediante fallo de tutela.

No obstante reconocer la actitud rebelde y el incumplimiento por parte de las empresas que conformaban el Consorcio, el juez 10° concluyó que no concurrían fundamentos suficientes para imponer sanción por desacato y que el comportamiento tendría su control a través de la valoración que debía hacer el Tribunal de Arbitramento Internacional sobre la competencia para conocer del conflicto y posteriormente mediante el trámite del exequátur del laudo extranjero, por medio del cual la Corte Suprema de Justicia debía tener en cuenta las decisiones tomadas en el fallo de tutela y los procesos que se tramitaban ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En consecuencia, se abstuvo de sancionar por desacato a las empresas que conformaban el Consorcio Hispano Alemán.

## Tutela de Conalbos contra el Metro de Medellín

El 17 de agosto de 2000, un grupo de abogados, miembros del Colegio Nacional de Abogados “Conalbos”, Seccional Antioquia, instauró demanda de tutela contra la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, por considerar que con la aceptación a la convocatoria y posterior integración del Tribunal de Arbitramento Internacional de Panamá, estaba vulnerando los derechos a la paz, a la propiedad, al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la unidad familiar.

El apoderado de la Empresa, doctor Fabián Gonzalo Marín Cortés, dio respuesta oportuna a la tutela instaurada. El abogado de la entidad precisó en su contestación:

### **La acción de tutela era improcedente, por razones eminentemente inconstitucionales.**

En primer término, hizo un examen de los derechos invocados en la tutela, toda vez que para hacer uso de este mecanismo era requisito indispensable que se estuviera vulnerando alguno.

**1.1.** El derecho de propiedad. Sobre este derecho constitucional ha dicho la Corte Constitucional que no es un derecho fundamental por naturaleza propia, sino que por el contrario es un típico derecho de alcance social –recuérdese que la propiedad debe cumplir una función social–, pero que a lo sumo puede serlo por conexidad con otros derechos fundamentales. Se trata de una situación extraordinaria, pues ni por definición expresa del constituyente ni por comportar en su estructura interna el elemento de protección a la dignidad humana, propio de los derechos fundamentales, es un derecho de protección preferente, lo que de entrada hace que deba ser descartado del presente proceso como posible protección a los demandantes, ya que no se advierte cuál pueda ser la conexidad con otro derecho fundamental, pues de la demanda nada se desprende al respecto, sino que, por el contrario, existe un vacío completo en la sustentación de este asunto, a pesar de que los demandantes son representantes nada menos que del Colegio Nacional de Abogados de Colombia. Así, por ejemplo, se pregunta, ¿cuál afectación a la propiedad privada de los demandantes ha ocurrido desde que el Metro de Medellín tuvo que asistir contra su voluntad al Tribunal de Arbitramento Internacional?

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional, en la Sentencia T-554 de 1998. M. P.: Fabio Morón Díaz, que:

“Esta Corporación ha entendido, en su jurisprudencia, que en principio la propiedad no constituye un derecho fundamental, salvo cuando se cumplan una serie de requisitos o presupuestos esenciales, que lo conviertan en tal, caso en el cual obliga a las autoridades a su inmediato restablecimiento. En efecto, ha señalado la Corte:

”(…)

”La propiedad es un derecho económico y social a la vez. En consecuencia, la posibilidad de considerarlo como derecho fundamental depende de las circunstancias específicas de su ejercicio. De aquí se concluye que tal carácter no puede ser definido en abstracto, sino en cada caso concreto. Sin embargo, esto no significa que tal definición pueda hacerse de manera arbitraria.

”(…)

”El carácter relativo y no absoluto del derecho de propiedad que ha sido reconocido por esta Corte en diferentes sentencias (C-428/94 y T-431/94), indica que en el caso examinado no se genera un desconocimiento del patrimonio del demandante, ni se afecta su derecho a la igualdad ni a llevar una vida digna, y que, además, el accionante cuenta con otros medios de defensa judiciales, como lo son el acudir ante la jurisdicción civil para que mediante un proceso ordinario se determine si hay lugar a la responsabilidad civil extracontractual a que se refiere la apoderada del demandante, para que igualmente se tasen los perjuicios causados y la respectiva indemnización si es del caso.

”De manera que es posible afirmar que la conducta que se le imputa a la ETMVA en la demanda no atenta contra la propiedad de los demandantes, pues ninguno de sus bienes está siendo puesto en peligro, atacado o en riesgo de deterioro, porque la situación que se vive actualmente en el tribunal de arbitramento internacional no produce efectos sobre el patrimonio de ninguno de ellos”.

Ahora bien, por extensión dirían los demandantes que en tanto se atenta contra los bienes públicos se está atentando contra los bienes de cada uno de los ciudadanos, pero esto no deja de ser una hipótesis bastante imaginativa, pues ello ocurre en todos los procesos en los cuales es parte una entidad pública, y no debe perderse de vista que la acción de tutela no está instituida para defender este tipo de intereses, sino solo para los derechos fundamentales individuales, como quiera que debe verse afectado el derecho personal para ser válidamente titular de esta acción.

No obstante, la Corte Constitucional –Sentencia T-440 de 1995. M. P.: Alejandro Martínez Caballero– ha sido reiterativa al decir que:

“El derecho de propiedad solo excepcionalmente, esto es, cuando se lo vincula directamente a un derecho fundamental, es posible considerarlo como un derecho fundamental por conexidad.

”Sobre el punto la Corte ha expresado lo siguiente:

”La posibilidad de considerar el derecho a la propiedad como derecho fundamental depende de las circunstancias específicas de su ejercicio. De aquí se concluye que tal carácter no puede ser definido en abstracto, sino en cada caso concreto. Solo en el evento en que ocurra una violación del derecho a la propiedad que conlleve para su titular un desconocimiento evidente de los principios y valores constitucionales que consagran el derecho a la vida, a la dignidad y a la igualdad, la propiedad adquiere naturaleza de derecho fundamental y, en consecuencia, procede la acción de tutela. Dentro de este marco general, el reconocimiento de la propiedad, entendido como un derecho fundamental se presenta siempre que sea ejercido dentro de los límites que imponen las leyes y el orden social. No puede alegarse la violación de un derecho, en este caso la propiedad, cuando existe duda sobre la adquisición o la licitud del objeto que se busca amparar”. (Sentencia T-506/92. M. P.: Ciro Angarita Barón).

(...)

“El derecho a la propiedad solo puede tutelarse cuando de su violación se desprenda claramente que también se vulnera otro derecho fundamental –vida, salud, seguridad social, etc.–, cuya efectividad debe restablecerse con urgencia, pues de lo contrario, los efectos de la conculcación incidirían desfavorablemente en la supervivencia del afectado y sus legitimarios o en las condiciones que la hacen digna”. (Sentencia T-483/94. M. P.: Carlos Gaviria Díaz).

En consecuencia, en el caso concreto –que es muy similar conceptualmente, no en los hechos, pero sí en el tema objeto de debate–, al no apreciarse una conexidad del derecho de propiedad con otro derecho fundamental de los demandantes –o por lo menos ellos no acreditan la amenaza o vulneración–, entonces el juez de tutela debe desestimar este derecho en la presente acción.

**1.2.** El derecho a la paz. Lo que se acaba de decir en el punto anterior se aplica en buena medida al derecho a la paz, pero hay que agregar que tampoco procede la tutela frente a este derecho –y esto lo olvidan los demandantes, que son precisamente representantes de un colegio de abogados–, porque según el artículo 6, num. 3, del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no procederá “cuando se pretendan proteger derechos colectivos como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable”.

Esta norma, inclusive, fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-018 de 1993 –M. P.: Alejandro Martínez Caballero–. Dijo la Corte que:

“11. Del mismo artículo 6º se tacha de inconstitucional la tercera causal de improcedencia de la tutela, relativa a la protección de los derechos colectivos, como la paz, pues, sostienen los demandantes, la reglamentación de una norma constitucional no puede restringir los alcances más amplios de la Carta.

”El procurador por su parte solicita igualmente se declare inexecutable la frase ‘tales como la paz’, por argumentos similares.

”No obstante observa esta corporación que en realidad esta disposición no hace sino repetir el inciso tercero del artículo 86 (vid supra), ya que finalmente ella se limita a decir que para la protección de derechos colectivos, como la paz, existen ‘las acciones populares’ de que trata el artículo 88 de la Constitución en forma expresa. Luego, existiendo otros medios judiciales de defensa, la acción de tutela, en principio, no procede en estos casos. Y la propia norma acusada repite el artículo 86 superior al agregar que sí procede la tutela, aun existiendo instrumentos alternativos de defensa judicial, cuando, ya por vía de excepción, se solicite como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

”Además debe anotarse, como ya lo ha dicho esta Corte en fallo de revisión, que tratándose de elementos contemplados en el artículo 88 de la Constitución res-

pecto de los cuales pueda darse el caso de daño concreto a las personas en sus derechos fundamentales (v. gr. medio ambiente), la acción popular cabe para defender el derecho colectivo, pero no excluye la acción de tutela para proteger el derecho fundamental efectivamente vulnerado”.

Ahora, no solo porque según el artículo 6, num. 3, es improcedente la tutela para proteger el derecho a la paz, sino que en caso de que procediera la tutela no se estaría en presencia de un hecho que atenta contra la paz, pues el discurso –un tanto político–, que se expresa en la sustentación de la demanda, es más propio de un escenario como el Concejo de Medellín –donde no importa tanto la juridicidad como la conveniencia o la política– y no de un espacio judicial como el Tribunal Administrativo de Antioquia, donde debe ser la juridicidad la que prime en la sustentación de las demandas que invocan la justicia. Y no viola el derecho a la paz, pues la actuación del Metro de Medellín –según los demandantes– no está atentando contra la armonía ciudadana, la tranquilidad social, el orden público general, o cualquier otra situación en la que se enmarca la paz. Y no se atenta contra ninguno de estos bienes sociales porque la decisión de la ETMVA no es injurídica ya que se ajusta a las normas del ordenamiento jurídico colombiano (lo injurídico es la demanda arbitral del consorcio).

Por estas razones, al no estar comprometida la “paz”, entendiendo la paz en términos amplios y no cualquier molestia ciudadana de inconformidad con una decisión de un órgano público, entonces no procede la tutela en relación con este derecho.

(...)

**1.3.** El derecho a la unidad familiar. Más inconcebible es la acusación que se hace en la demanda por la violación a este derecho. Además que no se sustentó en qué consiste esta violación, situación que *per se* hace que no pueda prosperar la acción, pues la Corte Constitucional ha dicho que cuando el demandante no sustenta o prueba los hechos de la tutela, esta no puede proceder por imposibilidad de desentrañar el alcance de lo pedido.

Además, como el Metro de Medellín no puede comprender en qué consiste esta vulneración, se violaría nuestro derecho de defensa al volverse im-

posible defenderse de un fantasma, pues una simple afirmación –vaga e imprecisa como lo es toda la demanda– no puede poner al demandado en posición de adivinar por dónde debe dirigir la argumentación necesaria para desvirtuar el ataque del demandante.

Adicionalmente, y solo en gracia de discusión, ¿qué clase de derecho fundamental es la unidad familiar? ¿Cómo se viola tal derecho, con la decisión del Metro de Medellín de verse obligado a asistir a un tribunal de arbitramento para no ser condenado injustamente? ¿Qué daño se le está produciendo a la familia de cada uno de los demandantes: a sus esposas, madres, padres hijos, tíos, sobrinos, etc.?

(...)

**1.4.** Los derechos al debido proceso y al acceso de la administración de justicia. Estos dos derechos fundamentales –los únicos que gozan de esta naturaleza– tampoco se vulneran en el presente caso porque no es posible entender cómo la decisión del Metro de Medellín –obligado por las circunstancias y por la necesidad de defender el patrimonio público– atenta contra el debido proceso y la administración de justicia de los demandantes. ¿En qué proceso están ellos vinculados como para que estos derechos se les vulneren al punto de afectar la dignidad humana que les es consustancial?

Así, entonces, carece de objeto la tutela para los actores porque este derecho no se les vulnera a ellos. Sobre el tema la Corte Constitucional ha dicho que los derechos fundamentales son “personales” y esa condición debe acreditarse en el proceso de tutela para poder entrar a conceder el amparo pedido, pues de no ser así se estaría pidiendo que se proteja un derecho fundamental que no es del demandante.

(...)

Se pregunta, entonces, ¿dónde reside el agravio a los derechos personales al debido proceso y acceso a la administración de justicia de los demandantes? Acaso si la tutela solo procede para la protección de los derechos personales, ¿dónde está demostrada la vulneración a estos derechos de los

demandantes? Creemos que en ninguna parte, y en cambio apelan a argumentos genéricos que no resisten el trámite de la tutela, y esto lo deberían saber todos los abogados que actúan como demandantes.

Adicionalmente, el apoderado del Metro de Medellín consideró que la acción de tutela era improcedente por falta de legitimación en la causa por activa, pues los accionantes no acreditaron la representación del “Colegio Nacional de Abogados Seccional Antioquia –Conalbos–”, calidad bajo la cual se presentaron al proceso. Se apoyó en pronunciamiento de la Corte Constitucional, en el que se anotó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela puede ser intentada por la persona afectada, o por quien actúe en su nombre, pero para que otro actúe en representación de la persona que ve conculcados o amenazados sus derechos fundamentales, debe acreditar la representación.

En cuanto al asunto de fondo, señaló el doctor Fabián Gonzalo Marín Cortés:

(...) Las actuaciones de la ETMVA ante el desacato de la tutela.

La “vía de hecho”, la violación, la actitud, el comportamiento antijurídico, o como se quiera llamar este acto injurioso adoptado por el Consorcio Hispano Alemán, hizo que la ETMVA se viera en la situación de tener que iniciar un incidente de desacato ante el Juzgado 10 Civil del Circuito de Medellín, una denuncia penal y otra disciplinaria contra el Consorcio Hispano Alemán y sus apoderados, como consecuencia de la violación a la decisión del juez de tutela.

No obstante, y en forma desafortunada, esta actuación de la ETMVA no resolvía un problema no creado por nosotros: el tribunal de arbitramento se había iniciado –ilegalmente, sin duda alguna, pero tenía autonomía y vida propia, y fue por tal razón que se iniciaron toda clase de procesos judiciales para poner en cintura a los violadores de la decisión judicial que protegía a esta entidad–. Y existía dicho tribunal, por mandato del reglamento de la Uncitral, desde el mismo momento en que el Consorcio le notificó a la ETMVA la demanda, en las propias instalaciones de esta Empresa. Este hecho no es imputable a la ETMVA: ¡obviamente!, pues..., ¿qué culpa tiene la

entidad de ser demandada injustamente por un irresponsable y además violador de las decisiones de tutela de los jueces colombianos?

Con esto se quiere significar que la Empresa ha hecho todo lo que está a su alcance, en términos jurídicos, para defenderse de la “agresión injusta”, pero estas acciones no eran, ni han sido suficientes hasta ahora, para detener el tribunal de arbitramento que tanto repudio ha merecido –de propios y extraños–, pues fue por ello que la Empresa presentó la acción de tutela, en el año de 1999, para detener este mecanismo judicial que ya no estaba vigente. Es en este escenario –el de la “agresión jurídica injusta”, el de la “demanda injusta”– donde se centra la discusión objeto de esta tutela.

La decisión que se debía tomar al respecto era si se debía nombrar un árbitro y contestar la demanda o si no se debía hacer, teniendo como presupuesto que el Consorcio había desacatado la decisión del juez de tutela. De las razones de la decisión adoptada se dará cuenta más adelante. Por lo pronto puede decirse que el Metro de Medellín se vio obligado a contestar la demanda y a nombrar un árbitro –advirtiendo desde el principio, e incluso consta en la contestación de la demanda que se anexa en lo pertinente, que se participaba en el proceso pero para hacer valer la sentencia de tutela de los jueces colombianos, es decir, para formular en el proceso judicial las correspondientes excepciones por falta de competencia del tribunal de arbitramento–, pues absteniéndose no se iba a detener el proceso arbitral y en cambio se quedaba sin defensa en él, y lógicamente esto implicaba una condena segura en esa instancia judicial, “ilegal” a la luz del derecho colombiano.

En síntesis, la negativa de la Empresa a participar en el Tribunal de Arbitramento Internacional, le habría traído estas consecuencias:

- a) No hubiera impedido el trámite del proceso arbitral, el cual, según el reglamento de Uncitral, se inicia con la convocatoria hecha por una de las partes.
- b) Le habría impedido a la Empresa la proposición de las excepciones tendientes a enervar las pretensiones del Consorcio.

**c)** Habría perdido la Empresa la oportunidad de exigir el respeto y acatamiento que merecen las sentencias de tutela.

**d)** Habría facilitado la acción del Consorcio, ya que el Tribunal en estas condiciones, tendría que decidir sobre sus pretensiones solo con los argumentos y pruebas de este.

**e)** No podría formular el recurso de anulación del laudo, en el evento que este le fuera desfavorable a la Empresa.

**f)** Le impediría, en el mismo evento, intervenir con éxito durante el exequátur por cuanto este, que es trámite de ejecución, no permitiría la formulación de excepciones que debieron formularse dentro del proceso.

**g)** Le impediría la formulación de la acción de tutela contra el laudo, alegando una posible vía de hecho por violación del debido proceso o del derecho público de la nación, por haberse abstenido la Empresa de ejercer su derecho de defensa dentro del proceso mediante la formulación de excepciones.

**h)** En el evento de que el Consorcio intentara juicio ejecutivo contra la Empresa, esta no podría alegar la incompetencia (por derogatoria y/o suspensión de la cláusula compromisoria por sentencia de tutela) ni las otras excepciones como las de caducidad, prejudicialidad, pleito pendiente, fraude procesal, etc., sino solo las excepciones que miran a la extinción de la obligación misma impuesta en el laudo, como lo da a entender el artículo 509 del C. P. C.

Impresiona que los ilustres abogados que dicen pertenecer a Conalbos, traten por este medio de coartar el derecho de defensa, ese sí fundamental, de una entidad pública, con lo cual el único favorecido será el Consorcio, quien desobedeció la orden dada por el juez de tutela. En otras palabras, los abogados demandantes quieren no solo la prevalencia del derecho adjetivo sobre el sustantivo, sino que la entidad no se defienda contra una demanda injusta e ilegal.

(...)

### **3. La inexistencia de la figura de la “aceptación” como fase o condición de la convocatoria de un proceso arbitral internacional. Un yerro grande de los demandantes que explica el error de la demanda.**

De lo dicho hasta ahora se desprende con facilidad que la afirmación reiterada del demandante, en el sentido de que la “aceptación” del tribunal de arbitramento –al haber nombrado árbitro, contestado la demanda y haber pagado las costas iniciales del tribunal– violó derechos fundamentales, es un error, pues como se desprende de las diferentes normas comentadas del reglamento de la Uncitral, el proceso judicial existe con independencia del nombramiento del árbitro, del pago de las costas o de la contestación de la demanda. Así, la participación del Metro de Medellín no significa en ningún caso la “aceptación” del tribunal internacional, pues ninguna actuación suya tiene este alcance –del mismo modo que la falta de actuación no habría logrado que dejara de existir el tribunal (como hubiera sido lo deseable para el Metro de Medellín)–, y esto deberían conocerlo personas tan representativas como deben serlo los miembros de la Asociación Nacional de Abogados, pues por su formación académica tienen que conocer este tipo de aspectos jurídicos, cuya ignorancia solo puede serle perdonable a ciudadanos comunes y corrientes sin formación jurídica, pues es inconcebible que unos abogados introduzcan, en un tema procesal como lo es el arbitral, la noción de “aceptación” del trámite procesal a que somete el demandante al demandado al momento de notificarle la demanda, pues nociones elementales de derecho procesal dirán que el demandante no le tiene que pedir permiso al demandado para reclamarle judicialmente, por absurda, loca, injusta, desproporcionada, irrazonable, etc., que sea la demanda –como lo es en el caso del Consorcio contra la ETMVA–.

La falta de defensa de la ETMVA podría implicar una imposibilidad de presentar en Colombia una oposición al exequátur, o la proposición de la nulidad del laudo arbitral, o de una tutela.

Lo paradójico de toda esta situación es que si el Metro no se defiende en ese tribunal –para nosotros ilegal por violar la tutela de Colombia–, puede resultar siendo condenada la Empresa, pues la actitud de rebeldía desde la ciudad de Medellín no paraliza al tribunal internacional, tal como se explicó atrás, y esto hace que aun contra las demandas injustas los demandados

se tengan que defender para exponer en el proceso las razones de su defensa, por fuertes, contundentes y suficientes que sean. ¿Puede hacerse algo más ante esta situación?

La empresa, inclusive, consultó a diversos abogados y prácticamente todos coincidieron en que debería asistirse al proceso, so pena de ser condenados en esa instancia judicial. En este sentido, el exmagistrado de la Corte Constitucional, doctor Jorge Arango Mejía, dijo que:

“... tampoco el haber designado árbitro y el comparecer como demandada implica el quebrantamiento de la ley colombiana por parte de la ETMVA, por estas razones:

”La primera, porque la ETMVA no pidió la convocación del tribunal y esta es la conducta prohibida por la Corte Constitucional.

”La segunda, porque la comparecencia de la ETMVA, a mi juicio, obedece a tres propósitos fundamentales: a) alegar la incompetencia del tribunal, por las razones que se han expuesto; b) poner de presente que la convocación del tribunal y su actuación implican el desconocimiento de la Constitución de Colombia, y por lo tanto desconocen el debido proceso; y c) proponer la defensa de fondo frente a las pretensiones de la demanda, entre ellas la de caducidad...

”No es aventurado sostener (por el contrario, es exacto) que la finalidad última de la presencia de la ETMVA ante el tribunal de Panamá consiste en hacer valer o respetar la sentencia de tutela”.

Pero todo no queda allí, el grave riesgo que se asume al no comparecer como demandado ante el tribunal de arbitramento –que quiérase o no, existe–, es que se podrían cerrar las puertas para atacar en Colombia el laudo condenatorio a esta empresa, si llegare a ocurrir. A este respecto, la Corte Constitucional dijo que:

“Si el laudo arbitral y el recurso de anulación del mismo le fueron adversos, ello es consecuencia de las omisiones en que incurrió su apoderado du-

rante el trámite arbitral, quien se abstuvo de ejercer los recursos que la ley concede para cuestionar las presuntas irregularidades; en particular, la de la falta de jurisdicción y competencia, con lo que las subsanó.

”Así pues, tampoco encuentra esta Sala de Revisión que la actuación del Tribunal de Arbitramento haya sido contraria a los hechos probados”.

Dicho en otras palabras, la falta de defensa de la empresa conduciría a una condena segura en el tribunal internacional, porque sin opositor el demandante puede hacer valer sus argumentos ante los jueces sin mayor riesgo de perder. Y allí si pregunta la ETMVA, ¿dónde queda el derecho de defensa de esta Empresa, es decir el derecho al debido proceso?

Y más adelante la misma Corte Constitucional agrega, a propósito de la conducta asumida por los abogados en los procesos arbitrales donde no se defienden adecuadamente los intereses de las partes del proceso, que:

“De igual modo, observa que la actitud pasiva del abogado ÁLVARO CASTRO CASTRO durante el trámite arbitral, en el que no contestó la demanda, ni propuso excepciones, ni pidió pruebas durante la primera audiencia de trámite, según lo observaron tanto el Tribunal de Arbitramento al pronunciar el laudo arbitral, como el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar al confirmar el laudo, y la Sección Tercera del Consejo de Estado al resolver la impugnación de la presente tutela, rechazándola por no haber vía de hecho, pudo haber perjudicado a la EMBOTELLADORA ROMÁN S.A. al no haber representado en forma idónea sus intereses. Ciertamente, al no haber protestado en la forma y tiempo debido contra las supuestas irregularidades cometidas, generó el saneamiento de los presuntos vicios del proceso arbitral, a más de consentir en algunas de ellas, como ocurrió v. gr. durante la primera audiencia en la que aceptó expresamente la competencia territorial del Tribunal de Arbitramento conformado por el Centro de Conciliación y Arbitraje del Colegio de Abogados del Cesar”.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, con ponencia de la doctora María Patricia Ariza Velasco, mediante decisión del 11 de septiembre de 2001, negó la tutela instaurada, de una parte, por cuanto los accio-

nantes no estaban legitimados para ejercer la defensa de los derechos fundamentales que se consideraban conculcados, y de la otra,

toda vez que lo que hace la entidad demandada es ejercer su derecho de defensa ante el Tribunal de Arbitramento, protestando la falta de competencia del mismo, circunstancia esta que debe alegarse allí y/o en las instancias nacionales judiciales, amén de que no se evidencia perjuicio irremediable, de acuerdo con la definición que la Corte Constitucional ha hecho sobre tal punto.

Esta decisión fue impugnada por los accionantes, recurso respondido por el apoderado de la entidad, doctor Fabián Gonzalo Marín Cortés, en los siguientes términos:

En el recurso de apelación, el demandante aduce básicamente dos razones de inconformidad, aunque con ello no logra desvirtuar los argumentos según los cuales tres de los derechos invocados no son fundamentales y que los otros dos no se les violan a los demandantes, porque en su cabeza no existe el derecho personal que ellos encarnan. En fin de cuentas los argumentos del recurso son:

1. Que el Metro de Medellín no podía asistir al Tribunal de arbitramento porque con ello desacató la tutela de la Corte Constitucional que así lo prohibía. En este sentido el apelante cataloga de ilegal la asistencia de la empresa ante el Tribunal de arbitramento.
2. Concluye diciendo que no hay falta de legitimación por activa en la demanda porque no se actúa en el proceso como representantes de Conalbos sino a nombre propio.

### Posición de la empresa frente al recurso de apelación

Para defender el fallo del *a quo* es preciso reiterar lo dicho en la respuesta a la demanda de tutela, en el sentido de que las órdenes impartidas por los jueces de tutela no se dirigieron contra la ETMVA, sino contra la Cámara de Comercio de Medellín y contra el Consorcio Hispano Alemán, excepto en la obligación que se le impuso a la Empresa para que iniciara una acción

ante la jurisdicción contencioso administrativa que definiera cuál cláusula arbitral estaba vigente.

Precisamente fue el Consorcio Hispano Alemán, en forma desafiante, quien presentó el 5 de julio del año 2000 una demanda contra la entidad que represento, con lo cual se inició el tribunal de arbitramento que se le había prohibido convocar. Frente a este hecho, ¿qué podía hacer la Empresa? Pues inició un incidente de desacato, presentó una denuncia penal y otra disciplinaria por el hecho de haberse desacatado la orden de tutela, pero pese a ello es claro que esto no detenía el tribunal de arbitramento internacional. De esta manera queremos hacer ver que frente a esta situación de “hecho”, la ETMVA se encuentra en el proceso en condición de “demandada”. Esto hizo que la Empresa que represento se viera obligada a nombrar un árbitro y a contestar la demanda interpuesta, so pena de quedarse sin defensa en un proceso que avanzaría aun contra la decisión de tutela que había sido desconocida.

Que se le impida asistir a la Empresa a dicho tribunal a defenderse –como lo quiere el demandante–, sí implicaría una violación al debido proceso de la entidad, porque no podría aducir sus argumentos de defensa y estaría destinada a ser condenada en este proceso, aunque parezca a primera vista que estamos frente a un juez incompetente. En otras palabras, ¿quién dijo que frente a un juez “incompetente” no es preciso defenderse para alegar ante él la incompetencia?

Así se quiere significar que la Empresa ha hecho todo lo que está a su alcance, en términos jurídicos, para defenderse de la “agresión injusta”, pero estas acciones no eran, ni han sido suficientes hasta ahora, para detener el tribunal de arbitramento que tanto repudio ha merecido, pues fue por ello que la Empresa presentó la acción de tutela, en el año de 1999, para detener este mecanismo judicial que ya no estaba vigente. Es en este escenario –el de la “agresión jurídica injusta”, el de la “demanda injusta”– donde se centra la discusión objeto de esta tutela.

El 9 de noviembre de 2001, el Consejo de Estado, con ponencia del doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, confirmó la decisión del Tribunal Administrativo, para lo cual consideró:

Cabe anotar, de acuerdo a lo decidido por la Corte Constitucional, que hasta tanto esta jurisdicción no decida cuál es la cláusula compromisoria aplicable, la convocatoria a cualquier tribunal de arbitramento se hará desobedeciendo una orden judicial y careciendo de competencia alguna.

Es evidente que los consorciados tomaron el atajo de la rebeldía frente al orden jurídico nacional y ello habrá de tener las condignas consecuencias previstas en nuestra normatividad.

Considera la Sala que la participación de la ETMVA en el irregular arbitraje no tiene la virtud de sanear dicho proceso como lo pretenden los actores. Por el contrario, su presencia se hacía necesaria con el propósito de señalar su incompetencia mediante los medios exceptivos utilizados. Por tanto le asiste razón a la Empresa cuando en la contestación de la demanda, así como en esta instancia, reseña las razones que determinaron su participación en el Tribunal de marras.

Para este juez colegiado, resultan claros los siguientes aspectos que justifican la intervención de la ETMVA en tan *sui generis* Tribunal arbitral:

- 1) Si la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá no hubiera nombrado árbitro, según la convocatoria que se le hizo el 5 de julio de 2000, el Tribunal, de acuerdo con el artículo 7 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil, de todas maneras se hubiera conformado, con el riesgo de que entre los árbitros que lo conformaran no hubiera un abogado colombiano.
- 2) Si la ETMVA no hubiera contestado la demanda dentro del plazo estipulado para ello, el Tribunal Arbitral habría ordenado seguir con el procedimiento (art. 28 del reglamento anotado).
- 3) El haber designado como árbitro y comparecer como demandada ante el Tribunal de Arbitramento Internacional que convocó el Consorcio, no implica quebrantar la ley colombiana, porque en primer lugar no fue la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá la que provocó el Tribunal de Arbitramento, conducta prohibida transitoriamente por la sentencia de

tutela como ya quedó explicado. En segundo lugar, porque su comparecencia le permite alegar la incompetencia de dicho Tribunal, señalar que su convocación y actuación implican el desconocimiento del ordenamiento jurídico vigente en Colombia, siendo exacto sostener que su presencia le permite hacer respetar la sentencia de tutela, advirtiéndole al juez de la misma que fue necesario acudir ante la convocatoria para evitarle un grave perjuicio a la Empresa.

4) El hecho de comparecer ante el Tribunal, no le otorga a este la competencia que no tiene, toda vez que ella es improrrogable y las partes no pueden contrariar disposiciones de orden público, salvo una solicitud suscrita por ambas partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad en que manifestaran claramente su decisión de someterse a ese Tribunal de Arbitramento Internacional.

5) Es pertinente que el Tribunal conozca las razones expuestas por la ETMVA, según las cuales su convocatoria, conformación y funcionamiento quebranta el debido proceso colombiano, su posible laudo no será reconocido ni ejecutado en Colombia y que lo que él resuelva no invalida la decisión de tutela, ni la privará de su obligatoriedad.

6) Si la empresa no compareciera, le sería imposible la formulación de tutela contra el laudo arbitral, toda vez que el ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales supone que se hayan agotado todos los medios procesales.

7) La no comparecencia de la Empresa ante el Tribunal de Arbitramento Internacional convocado, facilitaría la acción del Consorcio, puesto que el Tribunal tendría que decidir sobre las pretensiones planteadas por él, solo con sus argumentos y pruebas.

8) El no haber comparecido le impide formular el recurso de anulación del laudo arbitral, en el evento que este le fuera desfavorable.

9) Su no comparecencia le acarrearía no poder intervenir con éxito durante el exequátur por cuanto este, que es trámite de ejecución, no le permitiría la formulación de excepciones que debieron formularse dentro del proceso.

10) Y por último, en el evento en que el Consorcio Hispano Alemán intentara promover juicio ejecutivo contra la hoy tutelada, esta no podría alegar la incompetencia ya sea por suspensión de la cláusula compromisoria mediante sentencia de tutela y/o por derogatoria, ni alegar otras excepciones como las de caducidad, prejudicialidad, pleito pendiente o fraude procesal, sino que solo podría alegar las excepciones que miran a la extinción de la obligación misma impuesta en el laudo.

(...) como no existe razón alguna para censurar la participación de la Empresa en el Tribunal varias veces mencionado, mal podría derivarse de allí la violación de derechos fundamentales invocados en la demanda.

De esta manera, se encuentra que la participación de la Empresa en el Tribunal de Arbitramento Internacional estaba plenamente justificada, no solo con el propósito de que se presentaran las excepciones que estimaba procedentes y para ejercer su derecho de defensa, sino también para garantizar la posibilidad de acudir a otras instancias judiciales, en caso de que el laudo fuera contrario a sus intereses.



# 05

Los procesos  
ejecutivos



# 05

## Los procesos ejecutivos

Debido a la renuencia de los integrantes del Consorcio Hispano Alemán y de las compañías de seguros que otorgaron la garantía de cumplimiento del contrato 49 de 1984, para realizar el pago de la cláusula penal pecuniaria que se hizo efectiva mediante las Resoluciones 1938 y 1958 de 1997, la Empresa se vio en la obligación de instaurar ante el Tribunal Administrativo de Antioquia dos demandas ejecutivas; la primera contra la Siemens A. G., por valor de \$66.710'088.143, y la segunda contra las compañías aseguradoras del Consorcio, por \$14.647.798.871, para un total de \$81.357'887.014,00, valor por el cual se hizo efectiva la cláusula penal como consecuencia de la declaratoria del incumplimiento del contrato.

### DEMANDA EJECUTIVA CONTRA LA SIEMENS AKTIENGESELLSCHAFT SUCURSAL COLOMBIA

El 6 de octubre de 2000, la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, por intermedio de su apoderada judicial, la doctora Marta Duque de González, instauró demanda ejecutiva contra la empresa Siemens Aktiengesellschaft, con la finalidad de que se librara mandamiento de pago por la suma total de \$66.710'088.143,00 como

capital correspondiente al monto de la sanción impuesta en las resoluciones que declararon el incumplimiento del contrato 49 de 1984, a título de cláusula penal pecuniaria, más los intereses moratorios que se causaron a partir de la fecha en que la obligación se hizo exigible.

La demanda solo fue presentada contra la Siemens A. G., como integrante del Consorcio Hispano Alemán, en virtud de la responsabilidad solidaria establecida para los consorcios en los contratos estatales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 222 de 1983, lo que le permitía a la entidad como acreedora, demandar el pago de la cláusula penal de todos los integrantes del consorcio, o del que escogiera a su libre arbitrio, con la finalidad de satisfacer su crédito.

Con la demanda, la apoderada judicial de la Empresa aportó en original las Resoluciones Nos. 1938 y 1958 de 1997, por medio de las cuales se declaró el incumplimiento y se resolvió el recurso de reposición interpuesto, respectivamente. De igual forma anexó, en copia autenticada, el contrato No. 49 de 1984, del cual se derivaron las resoluciones de incumplimiento.

Mediante auto de abril 20 de 2001, la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia libró mandamiento de pago a favor de la ejecutante, por las sumas solicitadas. Esta decisión fue apelada por la empresa Siemens Aktiengesellschaft, firma ejecutada, recurso que fundamentó en lo siguiente:

1. No existía en las resoluciones dictadas por el Metro ninguna obligación expresa, clara y actualmente exigible contra la Siemens A. G.
2. La condena no fue dictada por una cantidad líquida de dinero; por lo tanto, no existía una obligación clara, expresa y actualmente exigible.
3. El mandamiento de pago violó los términos del título ejecutivo por no estar determinado el valor de la obligación.
4. El título ejecutivo quedó sin eficacia por decisión de la ejecutante, por cuanto desistió del cobro de la pena al demandar en reconvenção, dentro del proceso instaurado por el Consorcio Hispano Alemán, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

5. Falta de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de este tipo de procesos ejecutivos, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

El Tribunal Administrativo de Antioquia concedió el recurso de apelación en el efecto devolutivo y ordenó remitir al Consejo de Estado copia del expediente.

Mediante auto del 13 de noviembre de 2003, la Sección Tercera del Consejo de Estado revocó el mandamiento ejecutivo de pago proferido en primera instancia, para lo cual señaló:

Consideró el *a quo* que los documentos presentados por la parte actora como título ejecutivo de la obligación exigida, esto es, el contrato número 49 de 1984, la Resolución número 1938 de 1997 mediante la que se declaró el incumplimiento del contrato y la Resolución número 1958 de 1997, que confirmó la anterior al resolver el recurso de reposición presentado en su contra por el contratista, cumplen con los requisitos del artículo 448 del Código de Procedimiento Civil, porque “consagra con certeza el derecho del acreedor la obligación correlativa del deudor...” (fl. 247 cdno. ppal.).

Ahora bien, los documentos anteriormente referenciados obran en el expediente, no obstante, observa la Sala que ninguno de estos cumple con las exigencias del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, los documentos deben ser aportados en original o copias autenticadas para que puedan ser valorados como pruebas; pero, contrario a esta disposición, en este caso el actor los presentó en copia simple (...).

La razón anotada es suficiente para no librar el mandamiento de pago solicitado por la parte actora. En consecuencia, la Sala revocará la decisión de instancia.

Contra esta decisión no procedía ningún recurso, razón por la cual la apoderada de la entidad invocó la causal de nulidad de falta de competencia funcional de la Sección Tercera del Consejo de Estado para proferir la providencia que revocó el mandamiento de pago librado en primera instancia, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil:

El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:  
(...) “2°. Cuando el juez carece de competencia”.

Argumentó la representante judicial del Metro de Medellín que la Corporación había extralimitado la competencia que le confiere la Constitución y la ley para resolver el recurso de apelación interpuesto por la firma ejecutada, pues el apelante en ningún momento alegó falta de autenticidad del título ejecutivo complejo allegado con la demanda, toda vez que era claro que la ejecutante había cumplido con este requisito al presentar su demanda ejecutiva ante el Tribunal.

Es decir, la falta de competencia se hizo consistir en que el juez de segunda instancia solo podía pronunciarse sobre los aspectos aducidos en el recurso y por lo tanto no podía ir más allá de lo pedido por el apelante.

El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil señala que el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso. El recurso de apelación fue concedido en el efecto devolutivo, por lo cual se remitieron copias simples del proceso, sobre las que se basó el superior para proferir la decisión causante de la nulidad que alegó.

En síntesis, el *ad quem* excedió el límite otorgado en la ley, pues la parte apelante no fundamentó su recurso en la ausencia de autenticidad del título ejecutivo; además de que no lo solicitó, el Consejo de Estado no verificó si los documentos de los que se tomaron las copias para surtir el recurso fueron aportados en original o copia auténtica. Por lo tanto, partió de un supuesto no comprobado e inexistente para tomar su decisión.

Para constatar lo afirmado, la apoderada de la entidad anexó a la solicitud de nulidad un certificado expedido por el secretario general del Tribunal Administrativo de Antioquia, en el que hizo constar la autenticidad de los documentos constitutivos del título ejecutivo.

La causal de nulidad invocada por falta de competencia funcional no es saneable (art. 144 del Código de Procedimiento Civil, inciso final).

Consideró la apoderada que la providencia del Consejo de Estado vulneraba el principio constitucional del debido proceso y el principio procesal y garantía constitucional de la *no reformatio in pejus*, además de que se basó en una consideración falsa, al suponer que las copias allegadas por el apelante fueron las que constituyeron la prueba del título ejecutivo invocado, sin confirmar esta suposición.

Mediante auto del 26 de febrero de 2004 del Consejo de Estado resolvió esta petición y accedió a la solicitud de nulidad invocada, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

(...) es evidente que la autenticidad de los documentos allegados con la demanda para demostrar la existencia del título ejecutivo, nunca y en modo alguno fue discutida por la parte apelante; en otros términos, es indiscutible que ese puntual aspecto no fue esgrimido y ni siquiera sugerido por la ejecutada como razón del recurso de apelación por ella interpuesto contra el auto contentivo del mandamiento de pago.

## **2. La motivación de la providencia cuya nulidad se solicita**

En relación con este preciso aspecto, se tiene que la motivación invocada por el superior en el auto de 13 de noviembre de 2003, para revocar el mandamiento ejecutivo objeto de apelación, tiene por contenido una sola razón: la no autenticidad de los documentos aportados con la demanda para acreditar el título de recaudo.

(...)

En tales condiciones, es suficientemente claro que la motivación en que la Sala de Decisión soportó la decisión de segunda instancia, no está constituida por ninguna de las razones que la empresa Siemens Aktiengesellschaft invocó para sustentar el recurso de apelación interpuesto contra el auto de mandamiento de pago, sino por una consideración totalmente distinta a las manifestaciones de disenso alegadas por la apelante.

## **3. La nulidad por falta de competencia funcional**

Las circunstancias antes descritas permiten concluir, sin margen alguno de duda, que la casual de nulidad esgrimida por la parte ejecutante se encuentra configurada y así lo declarará el despacho, por las siguientes razones:

1) Como ya se explicó detalladamente, el tema de la inexistencia de título ejecutivo por no autenticidad de los documentos presentados por la parte ejecutante, nunca y en modo alguno fue propuesto ni alegado por la parte ejecutada, como fundamento de la apelación de la providencia que libró el

mandamiento de pago en su contra. Además, debe advertirse que el recurso de alzada en cuestión fue concedido y tramitado en el efecto devolutivo (fl. 416 cdno. ppal.), lo que de suyo explica por qué la actuación se cumplió en copias, aspecto este involuntariamente omitido al considerar al momento de adoptar la decisión cuya nulidad ahora se solicita.

2) Por lo tanto, al haber asumido el superior el estudio de ese otro extremo del asunto, es evidente que desbordó el límite de su competencia funcional que, en materia de apelación de autos, se encuentra señalado en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1º, numeral 175 del Decreto extraordinario 2282 de 1989, aplicable al proceso contencioso administrativo por la remisión legal señalada en el artículo 267 del código procesal de esta última materia.

3) En tales condiciones, en aplicación de lo preceptuado en el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, se impone la declaración de la nulidad solicitada por la parte ejecutante respecto del auto de 13 de noviembre de 2003, proferido en segunda instancia por la Sala de Decisión, por la causal consagrada en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1º, numeral 2 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, la falta de competencia del juez es motivo de nulidad procesal que, según lo expresamente regulado en el inciso final artículo 144 ibídem, es de carácter insanable, circunstancia esta por la que, inclusive, es declarable aun de oficio, pues no son de recibo los argumentos de oposición a la petición expuestos por la parte ejecutada, ya que las normas que regulan la competencia funcional, por ser de orden procesal son, igualmente, de orden público y, por ende, de estricto y perentorio cumplimiento.

Posteriormente, la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante providencia del 28 de octubre de 2004, confirmó el mandamiento de pago dictado por el Tribunal Administrativo de Antioquia en los siguientes términos:

Según el recurrente, las resoluciones administrativas proferidas por la entidad ejecutante, mediante las que se declaró el incumplimiento del contratista y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, no constituyen título ejecutivo, pues la supuesta condena

impuesta en la Resolución 1938 de 1997 no fue dictada por una cantidad líquida de dinero plenamente determinada, dado que en el artículo 2° del mencionado acto se dijo que la cuantía de la cláusula penal podía ser objeto de corrección posterior en la liquidación del contrato.

El Consejo de Estado, después de analizar los documentos que acompañaban la demanda, en especial las Resoluciones 1938 y 1958 de 1997, el contrato 49 de 1984 y el texto de la demanda, precisó:

De lo anterior, se tiene claramente que los documentos presentados por la parte actora, sí cumplen con los requisitos de que trata el artículo 488 del C. P. C., toda vez que, con fundamento en el contrato 49 de 1984 y con ocasión de los incumplimientos del contratista, la demandante expidió la Resolución No. 1938 del 20 de marzo de 1997, posteriormente ratificada mediante la Resolución No. 1958 del 30 de mayo del mismo año, en las que se declaró el incumplimiento del contrato y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por un monto equivalente al 10% del valor del contrato<sup>1</sup>, es decir, la suma de ochenta y un mil trescientos sesenta y cinco millones setenta y cinco mil ochocientos sesenta pesos (\$ 81.365.075.860).

Dado que de conformidad con el inciso segundo del artículo 491 del C. P. C., se entiende por una cantidad líquida de dinero, la expresada en una cifra numérica precisa o que sea liquidable por simple operación aritmética, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas y que el artículo 497 ibídem dispone que el juez libraré el mandamiento de pago en la forma pedida si fuere procedente o en la que se considere legal, es evidente que el demandante podía presentar la demanda por el valor insoluto de la suma impuesta en los actos administrativos respectivos a título de pena, circunstancia esta que en el presente caso y como ha sido aplicada, no solo demuestra la buena fe de la contratante, sino que se tiene como un acto de lealtad procesal, pues según se observa, en la demanda se reconocen los pagos que a título de cláusula penal se le han descontado directamente a la demandada y aquellas sumas que se encuentran amparadas por las garantías del contrato.

En consecuencia, a la cifra de ochenta y un mil trescientos sesenta y cinco millones setenta y cinco mil ochocientos sesenta pesos (\$81.365.075.860),

establecida en los actos administrativos que declaran el incumplimiento, la demandante le sustrae el valor de siete mil ciento ochenta y ocho millones ochocientos cuarenta y seis mil pesos (\$7.188.846.000,00), que le han sido descontados a la demandada y de catorce mil seiscientos cuarenta y siete millones setecientos noventa y ocho mil ochocientos setenta y un pesos (\$14.647.798.871,00), que corren a cargo de las aseguradoras, las cuales que no son parte demandada en el presente proceso. Tales sustracciones arrojan como resultado la suma de sesenta y seis mil setecientos diez millones ochenta y ocho mil ciento cuarenta y tres pesos (\$66.710.088.143,00), que fue la cifra por la que se libró el mandamiento de pago por parte del Tribunal y que la Sala concluye que se ajustó a derecho.

De otra parte y para dar respuesta a la afirmación de la demandada, según la cual la condena impuesta no se hizo por una cantidad líquida de dinero plenamente determinada, porque en el artículo segundo de la Resolución 1938 de 1997 se dijo que la cuantía de la cláusula penal podía ser objeto de corrección posterior en la liquidación del contrato, la Sala no encuentra que tal afirmación riña con la determinación de una suma líquida de dinero dentro del acto administrativo en cuestión, pues es factible que por una simple operación aritmética posterior, que bien puede hacerse al momento de la liquidación, y atendiendo a que la cuantía del contrato No. 49 no está fijada en una suma única, se establezca que el valor de la cláusula penal debe variarse, ya sea para aumentarlo o bien para disminuirlo, como en efecto ha sucedido en este caso por efecto de los descuentos parciales realizados al contratista.

En efecto, no debe olvidarse que la liquidación consiste precisamente en un cruce de cuentas entre las partes involucradas, con el objetivo de finiquitar o establecer con carácter definitivo las cuentas pendientes entre estas. El artículo 289 del Decreto 222 de 1983 estableció claramente el contenido de la liquidación, al manifestar que en ella se determinarán las sumas de dinero que haya recibido el contratista, la ejecución de la prestación a su cargo y las obligaciones a cargo de las partes, teniendo en cuenta el valor de las sanciones por aplicar, o las indemnizaciones a favor del contratista, si a ello hubiere lugar, todo de conformidad con lo acordado en el respectivo contrato...

(...)

Finalmente, habiéndose establecido el incumplimiento del contratista, la exigibilidad de la cláusula penal y su valor parcial o total, pero en todo caso determinado, mediante acto administrativo que se encuentra en firme, este en sí mismo, por virtud de los artículos 64 y 66 del C. C. A., es de carácter obligatorio y suficiente para que la administración ejecute los actos necesarios para su cumplimiento, sin que sea este el momento procesal oportuno para discutir sobre la legalidad, alcance y oportunidad de dicho acto, pues según se indicó, no le compete a la Sala, por virtud del recurso de apelación del auto que libra el mandamiento de pago, entrar a analizar elementos que tienden a discutir la legalidad del acto o actos administrativos en los que se funda el título ejecutivo.

La Siemens A. G., con el propósito de evitar el decreto y práctica de medidas cautelares, solicitó al Tribunal Administrativo de Antioquia le fijara caución, la cual fue tasada por esta corporación en la suma de \$685.000.000.000, decisión que fue apelada por la demandada, por considerar su cuantía demasiado alta.

Posteriormente, mediante auto del 10 de febrero de 2005, el Consejo de Estado resolvió el recurso de apelación referido, modificando el valor de la caución y fijándola finalmente en de \$586.000.000.000. Igualmente, le otorgó a la ejecutada un término de 20 días para aportar la respectiva caución.

Ante la renuencia del contratista para otorgar la caución que garantizara el pago de la obligación, la Empresa, por intermedio de su apoderado, Jorge Humberto Calle López, solicitó al Tribunal Contencioso Administrativo el decreto de algunas medidas cautelares, entre las que se encontraba el embargo y secuestro del establecimiento de comercio denominado Siemens Aktiengesellschaft Sucursal Colombia, incluidas todas las mercancías que se encontraran en almacén o en proceso de elaboración, los créditos y demás valores similares, el mobiliario y las instalaciones del establecimiento donde figuraba su sede principal.

Las medidas solicitadas fueron ordenadas por el citado Tribunal mediante providencia del 8 de mayo de 2006, decisión en la cual se co-

misionó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para efectos de llevar a cabo la diligencia de secuestro del establecimiento de comercio. Lamentablemente, no fue posible hacer efectiva la medida cautelar ordenada, por cuanto en la dirección anotada en el certificado de existencia y representación de la empresa Siemens Aktiengesellschaft Sucursal Colombia, se le informó al despacho comisionado que allí no se encontraba ningún bien de la citada sociedad y que todos los bienes eran propiedad de la empresa Siemens Sociedad Anónima, firma diferente a la demandada en este proceso.

Lo anterior demostraba la clara intención de la Siemens Aktiengesellschaft Sucursal Colombia de insolventarse para evitar la adopción de una medida cautelar en su contra, afirmación que se confirmaba con el cambio de domicilio de la empresa, al trasladar su sede a las oficinas de la firma Fernández de Soto Abogados, quienes actuaban como apoderados del Consorcio Hispano Alemán, y con el hecho de que pasó de tener un capital social de noventa mil millones de pesos en 1998 a un capital de solo un millón de pesos en el año 2004, y de ser la propietaria mayoritaria de la empresa Siemens S. A. Colombia a no tener ninguna participación accionaria en esta compañía.

Ante la imposibilidad de efectuar el secuestro del establecimiento de comercio de la Siemens A. G. Sucursal Colombia, la Empresa solicitó al Tribunal Administrativo de Antioquia que de conformidad con el artículo 681, numeral 5, del Código de Procedimiento Civil, se decretara la siguiente medida cautelar:

El embargo de los derechos litigiosos (el evento incierto de la litis, art. 1969 del Código Civil) que tuviera la empresa Siemens Aktiengesellschaft Sucursal Colombia, como integrante del Consorcio Hispano Alemán en el Tribunal de Arbitramento Internacional, dentro del proceso arbitral que los consorciados instauraron contra la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá (ETMVA), que se tramitaba en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, y cuya sede jurídica era la ciudad de Panamá, según la cláusula octava del contrato adicional del 13 de febrero de 1992, en el que actuaban como árbitros los abogados:

Doctor Eduardo Mertehikian, presidente (argentino)  
Doctor Juan Antonio Cremades, árbitro (español)  
Doctor Jorge Suescún Melo, árbitro (colombiano)

También actuó en su condición de secretario del Tribunal, el doctor Julio Pablo Comadira, de nacionalidad argentina.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante providencia del 11 de octubre de 2007, decretó la medida cautelar solicitada por la Empresa, advirtiendo que el embargo se limitaba a la suma de 346.917.366.827 pesos y dispuso su comunicación al Tribunal de Arbitramento Internacional que conocía del proceso contractual, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante carta rogatoria.

Contra la anterior decisión, la parte ejecutada interpuso recurso de reposición y de forma subsidiaria apelación, con el propósito de obtener su revocatoria, recurso que fundamentó con los siguientes argumentos:

Que la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares que sirvió de fundamento al Tribunal Administrativo de Antioquia para decretar la medida no se aplicaba a los tribunales de arbitramento.

Que el Tribunal de Arbitramento Internacional convocado por el Consorcio Hispano Alemán no es un órgano jurisdiccional en la Argentina.

Que la sede jurídica del Tribunal de Arbitramento Internacional es Panamá, país que no ha ratificado la citada convención.

Que la empresa demandada en este proceso ejecutivo no era parte del Consorcio Hispano Alemán que actuaba como demandante en el Tribunal de Arbitramento Internacional.

Que se encontraba en desacuerdo con la liquidación efectuada para efectos de limitar el monto del embargo.

La Empresa, dentro de la oportunidad legal, se opuso a la solicitud de la demandada en los siguientes términos:

Se aclaró en primer lugar que la Empresa solicitó al Tribunal Administrativo que de conformidad con el artículo 681, numeral 5, del C. P. C., decretar la medida cautelar de embargo de los derechos litigiosos que pudiera tener la sociedad demandada dentro del Tribunal de Arbitramento Internacional, proceso que se regía por el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas y que si bien su sede jurídica era la ciudad de Panamá, era la ley colombiana el derecho aplicable, de conformidad con la cláusula octava del contrato adicional del 13 de febrero de 1992.

En este orden de ideas, si bien el proceso tenía una sede jurídica en un país diferente a Colombia, la legislación que le aplicaba era la ley colombiana y por ende, la ejecución de la eventual e hipotética condena

que se produjera en el mismo, solo podría hacerse efectiva por parte del Consorcio Hispano Alemán en Colombia, una vez surtido el trámite del exequátur y sería en ese mismo momento en el que tendría eficacia la medida cautelar ordenada por el despacho.

Frente a los argumentos del recurso, el apoderado de la Empresa precisó:

La Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares también se aplica a los tribunales de arbitramento, pues estos también eran autoridades jurisdiccionales. Lo anterior, por cuanto de conformidad con el artículo 116 de la Constitución nacional, los particulares bajo la condición de árbitros podían ser investidos transitoriamente para administrar justicia, lo que los constituía en una autoridad jurisdiccional. Al respecto señaló la Corte Constitucional en la Sentencia T-244 de 2007:

“(...) Afirma la Sentencia C-242 de 1997: el arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional con carácter de función pública y se concreta con la expedición de fallos en derecho y en equidad”.

El Tribunal de Arbitramento Internacional, convocado por el Consorcio Hispano Alemán, es una autoridad jurisdiccional a la cual, en principio, las partes en Colombia le otorgaron competencia para dirimir sus conflictos, de conformidad con la Ley 39 de 1990; lo único que se pretende con la carta rogatoria es que la autoridad competente en Argentina le notifique o comunique al presidente y secretario del Tribunal de Arbitramento la medida ordenada dentro de un proceso judicial en Colombia que se aplica a otro proceso que se rige por las normas colombianas, pero cuyos árbitros son profesionales que no residen en Colombia y por ello no tiene sentido que se pretenda distraer la atención del Tribunal Administrativo aduciendo que el Tribunal de Arbitramento no es autoridad en Argentina.

Igualmente, se debe precisar que el artículo 681, numeral 5 del C. P. C., no hace diferencia entre los derechos litigiosos que se puedan tener en un proceso que se tramita ante la jurisdicción ordinaria y otro que adelante ante un Tribunal de Arbitramento; ambos son susceptibles, de conformidad con la ley colombiana, de ser embargados.

Ahora, frente a la afirmación de que el país sede del Tribunal (Panamá) no ha suscrito la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, se debe reiterar que este hecho no tiene ninguna relevancia, toda vez que la ratificación se exige para efectos de la ejecución de la medida cautelar y como ampliamente se ha explicado, la ejecución o cumplimiento de la medida cautelar solo se hará efectiva en Colombia una vez se surta el trámite del exequátur en el eventual o hipotético caso de que el Tribunal de Arbitramento dicte un laudo en contra del Metro de Medellín.

Por lo expuesto, basta que el país donde se dicta la medida y que el país en el cual se notifica la misma hayan ratificado la Convención, para dar aplicación a ella.

De otro lado, en relación con la presunta diferencia que existe entre la sociedad que figura como demandada en el presente proceso ejecutivo y la integrante del Consorcio Hispano Alemán, se debe aclarar que la primera, Siemens Aktiengesellschaft Sucursal Colombia, es de conformidad con el certificado de existencia y representación legal, la sucursal en Colombia de la empresa, con domicilio principal en Berlín, República de Alemania, denominada Siemens Aktiengesellschaft.

La sucursal de esta empresa alemana se constituyó en Colombia para efectos de dar cumplimiento, como integrante del Consorcio Hispano Alemán, al contrato resultante de la licitación, por medio de la cual se adjudicó el diseño detallado, construcción, suministro, transporte, nacionalización, entrega en funcionamiento, capacitación del personal del Metro para el valle de Aburrá.

Téngase en cuenta que según lo expresa el tratadista Francisco Reyes Villamizar<sup>2</sup>, la sucursal es apenas un establecimiento de comercio sin personalidad jurídica propia, que le brinda un domicilio secundario a la sociedad y le permite hacerse presente jurídicamente en el lugar donde se constituye la sucursal a través de sus administradores para la adquisición de obligaciones y el ejercicio de derechos.

Criterio que es ratificado con lo señalado por la Superintendencia de Sociedades en el oficio 220-58283 de diciembre 9 de 1996 que señala:

“Puesto que las sucursales de sociedades extranjeras no gozan de personería jurídica independiente, no pueden contratar a nombre propio ni gozan de la capacidad jurídica para actuar, ejercer derechos y contraer obligaciones en su propio nombre”.

En este orden de ideas, es claro que la sociedad alemana Siemens Aktiengesellschaft, que actúa en el Tribunal de Arbitramento Internacional, como integrante del Consorcio Hispano Alemán y la Siemens Aktiengesellschaft Sucursal Colombia demandada en el presente proceso es la misma persona jurídica que actúa a través de diferentes administradores, lo que hace que las obligaciones contraídas por la sucursal fueron también contraídas por la principal.

Del mismo modo, manifiesta el recurrente su inconformidad con la liquidación del crédito efectuado por el Tribunal Contencioso para efectos de limitar la medida, pero se le olvida a la demandada que ya el Tribunal de Antioquia, mediante auto del 2 de julio de 2002, señaló que la caución que se debía constituir ascendía a la suma de \$685.000'000.000, valor que posteriormente fue modificado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en auto del 10 de febrero de 2005, al fijar la suma de \$586.917'619.238, por tanto, este es el valor que se debió considerar como límite de la medida. Obviamente, para efectos de la medida cautelar que nos ocupa, se debe mantener la suma fijada por el despacho, sin perjuicio de que posteriormente en otras solicitudes de embargo que se formulen, se tenga en cuenta la suma fijada por el Consejo de Estado.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante providencia del 7 noviembre de 2007, mantuvo su decisión al resolver el recurso de reposición y concedió el recurso de apelación en el efecto devolutivo.

Una vez decidido el recurso de reposición, la Empresa adelantó todas las gestiones necesarias ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia para dar trámite a la carta rogatoria, por medio de la cual las autoridades judiciales de la República de Argentina comunicarán al presidente y secretario del Tribunal la orden de embargo, gestión que le correspondió adelantar al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal No. 3 (de Feria) y que finalmente fue realizada

el 22 de enero de 2008 y mediante providencia del 22 de febrero puso en conocimiento del Consorcio Hispano Alemán la medida por la suma de \$346.917'366.827,00, y le concedió un término de tres días para que se pronunciara al respecto.

Posteriormente, para sorpresa y desconcierto de todos, el Tribunal de Arbitramento Internacional, en proveído notificado a la Empresa demandante el 13 de marzo de 2008, por solicitud del apoderado del Consorcio Hispano Alemán, del cual forma parte la Empresa demandada, resuelve desacatar la orden de embargo decretada por el Tribunal Administrativo de Antioquia (único juez competente para decidir sobre el decreto y la efectividad de la medida), so pretexto de que ya el derecho, cuando se notificó la medida cautelar, había dejado de ser litigioso.

Posteriormente, durante el término de traslado del recurso de apelación interpuesto por la demandada, la Empresa se pronunció sobre los argumentos de los árbitros e insistió en el embargo de los derechos litigiosos decretados por el Tribunal de Antioquia, en los siguientes términos:

... no es cierto que el Tribunal había perdido la competencia al 5 de marzo, toda vez que no se había notificado la aclaración y complementación del laudo a las partes; además, cuando el presidente del Tribunal arbitral fue notificado por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nro. 3 (de Feria), tampoco es cierto que el derecho había perdido el carácter litigioso.

El traslado al Consorcio conferido mediante la Resolución número 25 del 5 de febrero de 2008, no tenía justificación alguna porque la medida cautelar no la decretó el Tribunal de Arbitramento y porque el Consorcio podía ejercer el derecho de defensa ante el Tribunal Administrativo de Antioquia a través de los recursos, los que fueron interpuestos así: el de reposición ante el mismo Tribunal Administrativo y que no prosperó; el de apelación que interpuso en subsidio, que le fue concedido en el efecto devolutivo y que permitió la ejecución de la medida antes de que se decidiera el recurso de alzada.

A nivel del Tribunal de Arbitramento nada tenía que hacer la Siemens A. G. sucursal Colombia, ni los demás integrantes del Consorcio Hispano Alemán, solo tenían que darse por notificados de la medida.

En efecto, cuando se decretó la medida, que es el momento a partir del cual se debe estudiar si el derecho era o no litigioso, era evidente que todavía no se había dictado el laudo, el que solo se expidió el 21 de noviembre de 2007.

De otra parte, valga anotar que el Tribunal de Arbitramento Internacional que actuó en el presente asunto, es un órgano indiscutiblemente jurisdiccional, como equivalente que es por heterocomposición, con funciones jurisdiccionales en los términos del artículo 116 de la Constitución Política de Colombia.

En relación con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, cabe resaltar que la medida de embargo de derechos litigiosos queda perfeccionada cuando se recibe el oficio en el despacho judicial, que para el caso concreto es el Tribunal de Arbitramento Internacional, de tal forma que cualquier pago que llegara a hacer la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá en el proceso arbitral, estaría afectando al proceso ejecutivo que se adelanta contra la Siemens en el Tribunal Administrativo de Antioquia.

La norma procesal civil establece que una medida de embargo solo se levantará por causales específicas. Para el caso concreto, el embargo de los derechos litigiosos decretado por el Tribunal Administrativo de Antioquia solo podía levantarse si la Siemens prestaba la caución decretada en el proceso ejecutivo o si llegara a revocarse el mandamiento de pago.

Por último, solicito al Honorable Consejo tener en cuenta la diferencia que existe entre la procedencia de la medida y la manera de comunicarla al despacho o al juez o árbitro que tramite un proceso judicial.

Es decir, en el presente caso no existe duda de que la autoridad competente para decretar el embargo de los derechos litigiosos era el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Tampoco queda ninguna duda de que el embargo de los derechos litigiosos pueda ser realizado, tanto cuando el reconocimiento de los derechos se discute en un proceso judicial como arbitral. Ambos son órganos jurisdiccionales, pues el árbitro, según la Constitución, también actúa como juez.

Distinto es que una vez decretada la medida cautelar se deba adoptar el mecanismo idóneo para comunicar esa medida al juez del proceso en el que se reclama el derecho litigioso. Si se tratara de jueces residentes en Colombia, bastaría comunicar la decisión mediante un oficio, pero como se trata de un juez (árbitro) internacional, la manera de hacerlo, según lo dispuesto por el Tribunal Administrativo, era mediante carta rogatoria por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, como una forma de garantizar la solemnidad de la notificación.

Sobre el particular, el Consejo de Estado al resolver el recurso de apelación interpuesto por la Siemens A. G., confirmó la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, en los siguientes términos:

Si bien más adelante, en esta misma providencia, se abordará el tema relacionado con la vigencia, la aprobación y la ratificación que acerca de la referida Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas en su momento realizaron, respectivamente, el Congreso de la República y el Gobierno nacional, así como se hará alusión a la viabilidad de su aplicación dentro de los procesos judiciales que se adelantan en Colombia ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se impone precisar que para la adopción de las medidas cautelares que se decreten dentro de un determinado litigio el juez competente no encuentra limitaciones, reglas o directrices dentro de las disposiciones que integran el aludido tratado internacional.

Es por ello que cabe destacar que al juez que conoce del proceso dentro del cual deba adoptarse la decisión acerca de la procedencia de las correspondientes medidas de cautela no le compete establecer, al momento de efectuar el decreto correspondiente, si esa clase de medidas resultan viables a la luz de la tantas veces mencionada normativa de carácter internacional; por el contrario, la definición acerca de los aspectos relacionados con la procedencia, o no, de una determinada medida cautelar, su modalidad, sus efectos, su cuantía, sus limitaciones y otros aspectos de importancia acerca de tal decisión deberán resolverse con apego a las disposiciones del ordenamiento interno del respectivo país en el cual se adelante el litigio pertinente, ordenamiento que para el caso que aquí se examina se encuentra

integrado por las normas de orden constitucional, legal y reglamentario que regulan la materia en la República de Colombia.

Otra cosa bien distinta es en aquellos eventos en los cuales las medidas cautelares que se profieran dentro de procesos judiciales que se adelantan en un país diferente a aquel en el cual deban ejecutarse, a la autoridad destinataria de tal medida y, por ende, encargada de darle cumplimiento –que no de decretarla–, naturalmente le corresponderá verificar la existencia, la vigencia e incluso el alcance de los instrumentos jurídicos de orden internacional que resultaren aplicables en su correspondiente Estado y que sirvieren de fundamento para que la medida respectiva tuviere la virtualidad de generar efectos, a pesar de haber sido proferida por una autoridad extranjera y, en principio, sin jurisdicción dentro de su respectivo país.

Así pues, al juez ante quien se surte el proceso judicial que da lugar a la medida solo le corresponde definir si la misma resulta, o no, procedente al tenor de lo dispuesto en las normas procesales vigentes en el país en el cual se adelante el litigio, pues en lo que concierne a la determinación de la aplicación de la Convención que le sirve de sustento a la medida, cuyo análisis además comporta el estudio de aspectos relacionados con la aprobación, vigencia y ratificación del instrumento, entre otros, constituye un tema cuya definición debe efectuarla la autoridad o persona a quien esté dirigida la medida dentro de un determinado Estado y no al juez que la decretó.

En ese sentido, los aspectos que para este caso en particular se derivan del análisis de aplicación, o no, de la respectiva Convención por parte de aquellos Estados que habrían de requerir de su aprobación, sea porque en uno de ellos tiene su sede el Tribunal de Arbitramento Internacional o porque en uno de esos países se adelante el trámite o las diligencias respectivas del proceso arbitral, corresponden a temas que deben despejarse al momento de ejecución de la medida cautelar y no al momento de su decreto, pues, se insiste, ello debe ser definido por la respectiva autoridad del país o países al cual o a los cuales le(s) habría de corresponder el cumplimiento de la medida.

El principal cargo que la impugnación plantea hace relación con la falta de ratificación, por parte de la República de Panamá –donde habría de tener la sede jurídica el Tribunal de Arbitramento ante el cual cursa el proceso arbitral cuyos derechos litigiosos se embargaron–, de la referida Convención y, por tanto, esta no resultaría aplicable a este asunto.

Pues bien, aunque le asiste razón a la parte ejecutada, en cuanto sostiene que la República de Panamá no ha ratificado la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas, la cual sirve de sustento a la medida cautelar decretada en su contra, lo cierto es que ese instrumento sí fue ratificado por la República de Argentina, país donde habría de ejecutarse el embargo, lo cual resulta suficiente para aplicar las disposiciones contenidas en la Convención, pues de conformidad con lo dispuesto en su artículo 30, la procedencia de la medida cautelar no está sometida a la legislación del país donde habría de encontrarse la sede jurídica del Tribunal de Arbitramento –pues ni siquiera la Convención alude a ese supuesto–, sino a la normatividad del país donde se tramita el proceso y de aquel donde la medida (embargo) habría de ejecutarse, por manera que lo que se requiere es la ratificación –de la Convención– de esos Estados parte y no del país donde habría de encontrarse la sede del Tribunal de Arbitramento.

Como puede concluirse, la hipótesis señalada por la parte ejecutada en cuanto a que la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas no puede aplicarse porque esta aún no ha sido ratificada por el país donde habría de tener sede el Tribunal de Arbitramento (Panamá), no se encuentra prevista como supuesto fáctico de tal medida, dado que la norma transcrita, en cuanto determina la aplicación de las legislaciones de los Estados parte frente a las medidas cautelares, dice relación, de un lado, con el país en el cual se surte el proceso –Colombia–, pues hace alusión a que: “[L]a procedencia de la medida cautelar se decretará conforme a las leyes y por los jueces del lugar del proceso”; de otro lado, en cuanto a su ejecución, dispone que “... serán resueltas por los jueces del lugar donde se solicita su cumplimiento, conforme a las leyes de este último lugar”, esto es la República de Argentina, por ser ese el país donde, según las partes, se tramitó el proceso cuyos derechos litigiosos han sido embargados.

De este modo, como se dijo, la aplicación de la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas no se encuentra sometida a la legislación del país donde habría de encontrarse la sede del Tribunal de Arbitramento y, por ende, a la ratificación, o no, que frente a tal Convención hubiese hecho ese Estado, sino que su empleo se encuentra sujeto, en primer lugar, a la normatividad del país en el cual se tramita el proceso dentro del cual se decreta la medida y, en segundo lugar, a la legislación del Estado donde la misma habría de ejecutarse –práctica del embargo– y, por consiguiente, a la ratificación de ambos países, sin consideración, en este caso en concreto, al país donde habría de encontrarse la sede del Tribunal de Arbitramento, pues allí no habría de surtirse el embargo.

Otro argumento planteado en la impugnación consiste en sostener que los Tribunales de Arbitramento no constituyen autoridades jurisdiccionales de los Estados parte y, por lo tanto, el artículo segundo de la Convención, en cuanto hace referencia a esa clase de autoridades, no resultaría aplicable al presente caso.

En primer lugar, la medida cautelar objeto de la presente decisión fue decretada por una autoridad judicial como lo es el Tribunal Administrativo de Antioquia, con ocasión del trámite de un proceso ejecutivo iniciado ante dicho Tribunal.

Ahora bien, para la Sala no hacen falta disquisiciones complejas para advertir y verificar, a la luz del marco constitucional y legal que rige en Colombia, el carácter de autoridad judicial con que cuenta un Tribunal de Arbitramento Internacional, como “... método de resolver las controversias que surgen en el contexto de las relaciones comerciales internacionales, el arbitramento constituye un mecanismo para impartir justicia, a través del cual se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido”; en Colombia el Arbitramento Internacional se encuentra claramente consagrado en el ordenamiento jurídico –Ley 315 de 1996–.

Según el tercer argumento que plantea la parte ejecutada, la medida cautelar habría sido decretada en relación con una sociedad distinta de aquella

contra la cual se surte el proceso ejecutivo, pues sostiene que la parte pasiva en dicho proceso es la sociedad Siemens Aktiengesellschaft –Sucursal Colombia–, mientras que la compañía que hace parte del Tribunal de Arbitramento Internacional es la Siemens Aktiengesellschaft, por lo cual se trataría de dos sociedades completamente diferentes entre sí.

A juicio de la Sala, el anterior cargo no posee vocación de prosperidad toda vez que, de conformidad con la copia del certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, que obra en el expediente, se encuentra acreditado que la empresa extranjera Siemens Aktiengesellschaft, domiciliada en las ciudades de Berlín y Múnich –Alemania–, constituyó la sociedad Siemens Aktiengesellschaft –Sucursal Colombia–, parte ejecutada en este juicio.

De este modo, resulta claro que la sociedad Siemens Aktiengesellschaft –Sucursal Colombia– forma parte de la sociedad alemana Siemens Aktiengesellschaft y, por tanto, no se trata de compañías distintas, pues de conformidad con lo normado en el artículo 471 del Código de Comercio, “[P]ara que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional”.

Así las cosas, tanto la sociedad principal como su sucursal ostentan una única personalidad jurídica, dado que la segunda constituye solo una prolongación de la primera, por manera que la sucursal, sea nacional o extranjera, no constituye un ente autónomo diferente de la principal, toda vez que no goza de personería jurídica independiente; se trata de un establecimiento de comercio que hace parte de la sociedad y del cual esta se vale para desarrollar los negocios que comprende su objeto social.

En consecuencia, dado que la medida cautelar decretada en primera instancia se fundamenta en una norma de derecho internacional ratificada por Colombia y, por ende, aplicable a los procesos tramitados en nuestro país, a lo cual debe añadirse que ninguno de los cargos expuestos de manera principal por la parte impugnante están llamados a prosperar, la Sala mantendrá la decisión recurrida, en cuanto accedió a su decreto.

Agréguese a lo anterior que, en virtud de lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 681 del C. de P. C., el embargo de derechos litigiosos resulta aplicable a los procesos de esta naturaleza, amén de que la solicitud reúne los requisitos legales.

Dentro de este mismo proceso, previo al fallo, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, en los que reiteraron sus argumentos sobre las pretensiones y excepciones de la demanda. Para ello nos detendremos en lo expuesto por cada una de ellas en relación con la excepción de prejudicialidad, por medio de la cual se solicitaba la suspensión del proceso ejecutivo, hasta tanto la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronunciara sobre la validez de las resoluciones que decretaron el incumplimiento del contrato 49 de 1984, e hicieron efectiva la cláusula penal pecuniaria.

La empresa Siemens A. G. solicitó que se decretara la suspensión del proceso ejecutivo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que ante el Tribunal Administrativo de Antioquia cursaba un proceso ordinario radicado con el No. 972097, cuyo objeto era lograr la nulidad y restablecimiento del derecho en relación con las Resoluciones 1938 y 1958 de 1997, actos administrativos que también servían de fundamento al proceso ejecutivo.

Que el proceso ejecutivo solo podría ser tramitado hasta que el proceso entrara a despacho para dictar sentencia, pues en ese momento tendría que ser suspendido hasta tanto se conociera la sentencia definitiva en el proceso ordinario en el que se discutía la legalidad de las citadas resoluciones y solo si estas eran declaradas válidas se podría dictar un fallo en el proceso ejecutivo.

Por su parte, la Empresa, por intermedio de su apoderado, Jorge Humberto Calle López, realizó, en primer lugar, un análisis de lo dispuesto en el artículo 509 del C. P. C., para concluir que en los procesos ejecutivos cuyo título sea un acto administrativo, una sentencia o un laudo, no pueden alegarse las mismas excepciones que pueden formularse en el proceso ordinario, pues las excepciones procedentes están tácitamente señaladas en esta norma y están dirigidas a evidenciar hechos sucedidos con posterioridad a la emisión del acto y no para discu-

tir hechos relacionados con el nacimiento del mismo. Por esta razón, el ejecutado no podía, so pretexto de defender sus derechos, proponer excepciones previas o de mérito no contempladas en la misma norma; ni pedir la suspensión del proceso ejecutivo con apoyo en excepciones que solo podía formular en el proceso ordinario.

A renglón seguido el apoderado de la ejecutante, previo análisis con el doctor Carlos Betancur Jaramillo, presentó un estudio del numeral 2 del artículo 170, en concordancia con el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, para concluir que cuando el título ejecutivo era un acto administrativo no podía suspenderse el proceso ejecutivo hasta tanto el juez ordinario definiera la validez de dicho acto, por las siguientes razones:

Si el acto administrativo por mandato legal es obligatorio y se podrá ejecutar de inmediato por la administración; si su obligatoriedad se mantendrá mientras no haya sido suspendido o anulado por la jurisdicción contencioso administrativa; y si su ejecutoriedad solo se perderá por los motivos o los eventos contemplados en el artículo 66 del C. C. A., el intérprete, para el caso los jueces de la mencionada jurisdicción, no podrán quebrantar la regla de la obligatoriedad ni crear una nueva causal para que el acto administrativo pierda su fuerza ejecutoria, como sería la de suspender la ejecución por prejudicialidad.

El acto administrativo solo podrá ser suspendido provisionalmente en sus efectos una vez ejecutoriado en virtud de lo dispuesto en el artículo 152 del C. C. A., y en el presente caso, el juez de conocimiento no encontró mérito para decretar dicha suspensión. En otras palabras, la obligatoriedad del acto administrativo demandado no está supeditada a la declaratoria de legalidad que profiera el juez de conocimiento, salvo que sus efectos hayan sido suspendidos provisionalmente (arts. 152 y ss. del C. C. A.).

No tiene sentido afirmar, de acuerdo con el Código Contencioso Administrativo, que el acto administrativo no se suspende en sus efectos ejecutorios cuando se demanda en acción de impugnación y sí se deba suspender luego, en sus mismos efectos, cuando este se haga valer en un proceso ejecutivo, estando en marcha el proceso ordinario de validez o legalidad del acto o ya estuviere este decidido.

La no suspensión del proceso ejecutivo no depende de que en uno y otros procesos se puedan alegar los mismos hechos como excepción, dado el estado actual de la legislación que no permite esa posibilidad, sino del alcance y efecto que tiene el instituto de la prejudicialidad, que busca fundamentalmente dos cosas: en primer lugar, evitar que jueces diferentes sean competentes para resolver un mismo punto de derecho o un punto que afecte o tenga incidencia en el otro proceso; o que su conocimiento esté a cargo de un mismo juez cuando no sea posible la acumulación de los procesos; y en segundo lugar, que no es más que consecuencia del primero, que no se produzcan sentencias encontradas o contradictorias, lo que no se presentaría en el presente caso, toda vez que en un proceso se definirá la validez del acto y en el otro se hará efectiva su ejecución, sin pronunciarse sobre su validez.

La razón legal para no suspender esta clase de ejecutivos está precisamente en los fines que el legislador buscó al crear la institución de la prejudicialidad; que, como se explicó, no se afectan con el sentido y alcance del inciso 2º del numeral 2 del artículo 170, tantas veces mencionado. En otras palabras, la excepción de la no suspensión del ejecutivo permanece en pie, pero no con la interpretación gramatical de dicho texto que lo hace inocuo o inútil, de imposible aplicación. Predomina aquí la intención del legislador.

Si el fallo de las excepciones en el ejecutivo debiera suspenderse hasta tanto el juez de conocimiento definiera la validez del acto administrativo, no tendría sentido el carácter ejecutivo y ejecutorio que el artículo 64 del C. C. A. le confiere a dicho acto que le permite a la administración ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento; ni lo tendría el artículo 66 del mismo código que hace obligatorio el acto administrativo mientras no haya sido anulado o suspendido por la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

Finalmente, agregó el apoderado de la ejecutante, con la asesoría del doctor Carlos Betancur Jaramillo:

Por último, solicito al Tribunal tener en cuenta que la suspensión por prejudicialidad del acto ejecutado, en los términos solicitados por la acciona-

da, castigaría a la entidad y premiaría al demandado, toda vez que es bien sabido que el proceso de conocimiento es más dispendioso que el ejecutivo, en razón de que en él es necesario probar los hechos que se aducen y por lo tanto, su decisión demora mucho más que el pronunciamiento definitivo del proceso de ejecución.

Agrégase a lo anterior que la norma dispone la suspensión por prejudicialidad hasta por tres años (art. 172 del C. de P. C.) y no tiene sentido esperar todo este tiempo por un fallo que con toda seguridad no se producirá en este período. Es más, me atrevo a señalar que ni siquiera es posible que en dicho término se produzca un fallo de primera instancia. Los hechos son contundentes al respecto, pues el proceso de conocimiento que se inició en 1997, a la fecha solo se encuentra a despacho de la Sección Tercera del Consejo de Estado para resolver la apelación contra el auto que decretó las pruebas, demora esta que en gran parte se debe a las maniobras dilatorias a las que ha recurrido el Consorcio Hispano Alemán, del cual es integrante la empresa ejecutada en el proceso que hoy nos ocupa.

En otras palabras, no tiene sentido posponer una decisión de fondo en el proceso ejecutivo en espera de un fallo que no se dará en tres años, generando así graves perjuicios a la Empresa y unos mayores costos a la ejecutada por el pago de intereses moratorios.

En el peor de los casos, si se llegare a decretar la nulidad de los actos demandados y que sirven de fundamento a esta ejecución, la demandada no quedaría desamparada, pues tendría a su alcance los medios judiciales para hacer efectivo el reintegro de lo pagado.

Este proceso ejecutivo fue fallado por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante providencia del 22 de mayo de 2008, en la cual se declaró que no prosperaba ninguna de las excepciones formuladas, que no se decretaba la prejudicialidad solicitada y que se ordenaba seguir adelante con la ejecución. Al respecto, señaló el Tribunal:

Frente al régimen legal aplicable al contrato precisó que era el del Decreto Ley 222 de 1983, por cuanto las adiciones del plazo no cambiaron las circunstancias inicialmente pactadas por los contratantes, sino

que bajo las mismas condiciones se adicionó su vigencia por razones de interés general, técnico y financiero, en las cuales también tuvo que ver el contratista con sus incumplimientos.

Ahora, por ser el Decreto Ley 222 de 1983, la ley aplicable al contrato, la administración se encontraba facultada para expedir las resoluciones que declararon el incumplimiento del contratista e hicieron efectiva la cláusula penal pecuniaria.

Por otro lado, al pronunciarse sobre la presunta pérdida de eficacia por la decisión de la entidad de presentar la demanda de reconvenición en el proceso ordinario en el que se discutía la legalidad de las resoluciones de incumplimiento, lo que suponía el desistimiento del pago de la pena, dado que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1600 del Código Civil no podía pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, precisó el Tribunal que este tema ya había sido resuelto por el Consejo de Estado en la providencia del 28 de octubre de 2004, cuando dijo:

Por ende, es evidente que la convención que a este respecto se hizo entre las partes contratantes, consistía en que la cláusula penal implicaba un pago parcial de los perjuicios, como consecuencia de un incumplimiento definitivo, lo cual no obsta para que, en el evento de que se demuestre que los perjuicios irrogados a la administración fueron superiores a los establecidos contractualmente a título de cláusula penal, la parte afectada pueda acudir ante la jurisdicción y reclamar el excedente, así como, en el caso de que su tasación sea excesivamente onerosa, podrá el incumplido solicitar su rebaja, según se extrae de lo dispuesto en el artículo 1596 del Código Civil.

En relación con la improcedencia del interés comercial, argumentó el Tribunal que por el hecho de que los contratos administrativos estuvieran regulados, en principio, por normas de derecho público, no impedía que se le aplicaran normas del derecho mercantil, puesto que las obligaciones en general derivadas de los contratos, así como las que regulan el consentimiento válido, el objeto y la causa lícitos se rigen por el derecho privado, por lo cual no existen contratos regulados exclusivamente por el derecho público. Por eso, después de analizar las actividades que desarrollaba la accionante, se llegó a la conclusión de que por realizar acti-

vidades típicamente mercantiles, le aplicaba lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio y que por este hecho se le debían reconocer intereses comerciales sobre todo el monto de la deuda.

Finalmente, sobre la excepción de prejudicialidad, el Tribunal consideró que de conformidad con el numeral 2 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, el proceso ejecutivo no se suspende porque exista un proceso ordinario iniciado antes o después del ejecutivo, que verse sobre la validez o autenticidad del título ejecutivo, si en el ejecutivo es procedente alegar los mismos hechos como excepción.

No corresponde al juez del proceso ejecutivo conocer sobre la legalidad de los actos administrativos. De acuerdo con la presunción de legalidad que los ampara y la ejecutoriedad y ejecutividad que estos tienen, la demanda contra los actos administrativos no suspende el proceso ejecutivo en este caso porque en el ordinario no se debate sobre las condiciones de constitución de los actos impugnados que afecten su ejecutividad, es decir, el documento contentivo del acto administrativo mismo, a manera de ejemplo se puede relacionar la demanda de nulidad del acto porque se considera que la firma del funcionario que expidió el documento no es auténtica, o porque el documento carece de firma o se adulteró su contenido, eventos que no corresponden al proceso relacionado por el ejecutado, pues lo contrario conduciría a afirmar que la demanda instaurada contra un acto administrativo tiene la virtud de negarle a ese acto la presunción de legalidad, la ejecutoriedad y ejecutividad que le corresponde, ya que la obligatoriedad de los actos administrativos se mantiene mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y solo se perderá en los eventos contemplados en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

En el evento que el juez contencioso administrativo anulara el acto administrativo que sirviera de fundamento al proceso ejecutivo y la ejecutada hubiese cancelado el valor impuesto en la condena, siendo el pago de la obligación un hecho derivado del acto impugnado y posterior a la presentación de la demanda, podrá considerarse dicha suma como parte de la indemnización para que se le restablezca en su totalidad el derecho afectado con el acto administrativo anulado, por lo tanto, no es procedente suspen-

der el proceso ejecutivo cuando precisamente el administrado en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que cursa actualmente en esta corporación, puede solicitar allí mismo que se le indemnice la integridad del perjuicio, es decir, que se le cancele lo que pagó por la obligación plasmada en un acto administrativo que posteriormente fue declarado nulo, en consecuencia, no prospera la excepción de prejudicialidad.

Contra este fallo, la ejecutada interpuso el recurso de apelación y concomitantemente presentó una solicitud de nulidad por no haber declarado el Tribunal la prejudicialidad en este proceso, solicitudes que a la fecha de la transacción se encontraban pendientes de ser resueltas. No obstante, ya la Entidad tenía a su favor un fallo ejecutivo, que según la liquidación efectuada por el Consejo de Estado en la providencia de marzo de 2009, superaba los 370.000 millones de pesos.

## DEMANDA EJECUTIVA CONTRA LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS

De igual manera, el 1° de noviembre de 2000, la Empresa instauró demanda ejecutiva contra las compañías de seguros que otorgaron al Consorcio Hispano Alemán las pólizas de cumplimiento para la ejecución del contrato 49 de 1984, con el propósito de realizar el cobro de la cláusula penal que se hizo efectiva mediante las Resoluciones 1938 y 1958 de 1997.

Las aseguradoras demandadas eran: A.I.G. COLOMBIA SEGUROS GENERALES S.A. (antes LA INTERAMERICANA COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES S.A.), MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., LIBERTY SEGUROS S.A. (antes COMPAÑÍA DE SEGUROS COLMENA S.A.), ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS COLOMBIA S.A. (antes SEGUROS FÉNIX S.A.), COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS - CONFIANZA S.A., SEGUROS ALFA S.A. y ACE SEGUROS S.A. (antes CIGNA SEGUROS DE COLOMBIA S.A.).

El 23 de octubre de 2001, el Tribunal Administrativo de Antioquia libró mandamiento de pago por \$14.647.798.871, como capital, más los intereses de mora, contados desde el 23 de agosto de 1997 hasta su pago, a la tasa de 38,07% efectivo anual.

El 23 de noviembre de 2001, las compañías aseguradoras presentaron recurso de reposición y en subsidio apelación, contra el mandamiento de pago, pues en su concepto el valor asegurado en cada una de las pólizas había sido disminuido en virtud del avance de las obras y de la presentación de las garantías de estabilidad de la mismas.

El 5 junio de 2003 el Tribunal Administrativo de Antioquia modificó el mandamiento de pago librado en contra de la Compañía Mundial de Seguros, y redujo en \$1.843.870.812 el monto inicialmente ordenado, decisión que fue apelada por el Metro de Medellín, que manifestó su desacuerdo con la disminución del valor asegurado, toda vez que cualquier reducción del amparo debía ser autorizado previamente por la Empresa, lo cual nunca sucedió; esto dijo la Empresa:

Debe aclararse, en primer lugar, que no es cierto que se hayan **pactado** las sumas aseguradas en las últimas modificaciones a los contratos de seguros, como lo manifiesta el apoderado de la ejecutada, pues estos valores se variaron en forma unilateral por la compañía aseguradora.

Y la Compañía Mundial de Seguros, al interponer el recurso de reposición, era quien tenía la carga de prueba, esto es, correspondía a ella demostrar que el Metro de Medellín había aprobado la reducción del monto de las pólizas en discusión. Contrario a esto, la Sala endilgó a la ejecutante la obligación de presentar al momento de la demanda la prueba de dicha aceptación.

Surge entonces un interrogante: ¿Realmente, qué conforma el título ejecutivo complejo?

En el caso sub júdice, tenemos que el título ejecutivo es complejo, toda vez que está conformado por el contrato estatal, los actos administrativos ejecutados que declararon el incumplimiento del contratista, y las pólizas de garantía de cumplimiento expedidas por las Compañías de Seguro ejecutadas.

Los anteriores documentos fueron aportados en su integridad al presentarse la demanda ejecutiva que nos ocupa. No es viable la exigencia que se hace de anexar la carta por medio de la cual la Empresa no aprobaba la reducción del monto de las pólizas Nos. 20201 y 19210.

En efecto, si analizamos la secuencia del valor asegurado de dichas pólizas, se vislumbra claramente que el valor asegurado estuvo constante en la suma demandada. La reducción se efectuó dentro del certificado que prorrogaba la vigencia del contrato del 30 de septiembre de 1996 al 30 de junio de 1997, precio que dentro de la Resolución de incumplimiento 1958 del 30 de mayo de 1997, no fue contemplado porque en la misma se precisa que de acuerdo a la cláusula vigésima novena, literal a), se estableció como requisito para la reducción de la garantía la expresa aprobación de la Empresa, tal como se indica en la comunicación 900-72403 del 24 de diciembre de 1996.

Además de lo anterior, tampoco se tuvo en cuenta el contrato 49 de 1984, que también hace parte del título complejo, como ya se anotó, cuando en su cláusula vigésima novena, última parte del literal a), la cual se refiere a las garantías de cumplimiento del contrato, dispuso:

“Prevía aprobación por parte de LA EMPRESA, el importe de esta garantía se reducirá proporcionalmente al valor de aquella parte de la obra que sea recibida por LA EMPRESA dentro de los términos establecidos en la cláusula trigésima segunda...”.

Es claro así que no debió exigírsele al Metro de Medellín que al momento de presentarse la demanda ejecutiva, aportara la comunicación de rechazo de reducción tantas veces aludida, ya que dentro de los mismos documentos del título complejo había claridad al respecto, lo que efectivamente tuvo en cuenta el Tribunal al librar el mandamiento de pago por las sumas demandadas, las cuales coinciden con el acto administrativo y las pólizas que garantizaban el cumplimiento del contrato.

Al resolver el recurso de apelación, el Consejo de Estado revocó el numeral primero de la parte resolutive del auto proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 5 de junio de 2003, que hacía referencia a la reducción del monto de la orden de ejecución contra la Compañía Mundial de Seguros S.A., y en su lugar mantuvo la primera decisión del mandamiento de pago del Tribunal de Antioquia y, además, confirmó el numeral segundo de la parte resolutive del auto impugnado, que man-

tuvo las demás órdenes de ejecución contenidas en el mandamiento de pago del 23 de octubre de 2001.

Las compañías aseguradoras debían pagar el valor amparado en la siguiente proporción:

COMPAÑÍA	PÓLIZA	CAPITAL (\$)
La Interamericana	CU-5-0609 86,9%	9.859'726.834
Seguros Caribe S.A. [hoy Mapfre Seguros Generales]	CU-5-0609 2,0%	226'921.216
Compañía Mundial de Seguros S.A.	CU-5-0609 1,5%	170'190.912
Aseguradora Colseguros S.A.	CU-5-0609 1,1%	124'806.669
Compañía de Seguros Colmena S.A.	CU-5-0609 1,5%	170'190.912
Seguros Fénix S.A. [hoy Royal y Sun Alliance S.A.]	CU-5-0609 2,0%	226'921.216
Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.	CU-5-0609 3,0%	340.381.824
Seguros Alfa S.A.	CU-5-0609 2,0%	226'921.216
Seguros Caribe S.A. [hoy Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.]	25228	41'370.682
Compañía Mundial de Seguros S.A.	20201	1.161'169.831
La Continental Compañía de Seguros S.A. [hoy Cigna compañía de seguros]	43-05019	1.299'450.744
Compañía Mundial de Seguros S.A.	19210	799'746.813
<b>Total</b>		<b>14.647'798.871</b>

La providencia expedida por el Consejo de Estado precisó:

Uno de los argumentos esgrimidos por los recurrentes en contra del mandamiento de pago, es el consistente en que esta no es la jurisdicción competente para conocer del proceso ejecutivo en cuestión y que su trámite le corresponde a la jurisdicción ordinaria, toda vez que el título ejecutivo está integrado por un contrato de derecho privado, celebrado entre dos particulares: el contratista tomador, y las aseguradoras.

Al respecto, se observa que las pólizas de seguros allegadas por la parte actora como parte del título ejecutivo complejo, fueron expedidas para garantizar el contrato No. 49 de 1984 celebrado entre la **Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá** y el **Consortio Hispano Alemán**, sujeto por lo tanto a las normas del Decreto Ley 222 de 1983, el cual expresamente en su artículo 70 disponía que tales contratos de seguro formaban parte integrante del contrato garantizado; en el presente caso, fue un contrato administrativo de obra pública, y esa naturaleza les fue transmitida a sus garantías; en tales condiciones, los procesos ejecutivos derivados del incumplimiento de las obligaciones contenidas en dichos contratos de seguro, sí son competencia de esta jurisdicción.

Frente al título ejecutivo que sirvió de fundamento para iniciar el proceso en contra de las aseguradoras, señaló la Sección Tercera que era necesario verificar si se cumplía con los requisitos formales del artículo 488 del C. P. C., esto es, que se tratara de documentos que provinieran del deudor o de sus causantes y que constituyeran plena prueba contra ellos, y unos requisitos de fondo: que los documentos contuvieran una obligación clara, expresa y actualmente exigible, a cargo de los deudores; por otra parte, agregó que el título ejecutivo podía estar conformado por un solo documento o por varios, cuando se trataba de un título ejecutivo complejo, como sucedía en el caso de las obligaciones derivadas de contratos estatales, en las cuales aquel estaría constituido tanto por el respectivo contrato como por los actos administrativos que declaraban la obligación, las pólizas de seguros que garantizaban el contrato, etc.

Allí la Sala, después de analizar lo dispuesto en el contrato 49 de 1984, las pólizas otorgadas por cada una de las compañías de seguros,

las resoluciones que declararon el incumplimiento e hicieron efectiva la cláusula penal pecuniaria, llegó a la conclusión que de los documentos aportados por la parte demandante se desprendía una obligación clara, expresa y actualmente exigible a cargo de las compañías de seguros que garantizaron el cumplimiento del contrato No. 49 de 1984 celebrado entre la ETMVA y el Consorcio Hispano Alemán, mediante las pólizas de seguro de cumplimiento por ellas expedidas y que las mismas constituían un título ejecutivo.

Ahora, según una de las aseguradoras, cuando ocurrió el siniestro, el contrato de seguros había terminado por vencimiento del plazo pactado, sin que se produjera prórroga del mismo. Ello, por cuanto el acto administrativo que resolvió el recurso contra la resolución que declaró el incumplimiento, fue notificado mediante edicto, desfijado el 24 de junio de 1997, cuando quedó ejecutoriado, y la última prórroga de las garantías iba hasta el 30 de diciembre de 1996.

Al respecto, consideró el Consejo de Estado:

Según las disposiciones del Código de Comercio, los elementos esenciales del contrato de seguro, son: el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador (art. 1045); a su vez, el riesgo es definido como “...el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador” (art. 1054); además, en defecto de estipulación o de norma legal, “... los riesgos principiarán a correr por cuenta del asegurador a la hora veinticuatro del día en que se perfeccione el contrato” (art. 1057).

En los contratos de seguro de cumplimiento, una de cuyas modalidades son los que celebran los contratistas de la Administración, se busca que las compañías de seguros garanticen la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones nacidas de la ley o de los contratos; así, en el caso de los contratos estatales, uno de los riesgos asegurables es, precisamente, el incumplimiento del contrato por parte de los contratistas, de tal manera que, ocurrido el mismo, surge la obligación del asegurador de pagar a la entidad beneficiaria del seguro, la indemnización acordada en la respectiva póliza.

Quiere decir lo anterior, que cuando se tratase de hacer efectivas las pólizas de seguro que garantizaran contratos administrativos, la reclamación de la indemnización objeto de la respectiva póliza de seguro no se efectuaba en la forma general estipulada en el Código de Comercio, sino que se requería de la existencia del acto administrativo en el cual se declarara la ocurrencia del siniestro, como requisito para proceder a cobrar el respectivo pago; esta conclusión, que aún hoy en día continúa vigente, se desprende así mismo de lo estipulado en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, el cual establece que prestarán mérito ejecutivo siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, entre otros, los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad o la terminación, según el caso, y las demás garantías que a favor de entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación.

Es decir que una vez se concreta el riesgo, como en este caso lo es el incumplimiento contractual, surge el derecho de la entidad estatal de cobrar la indemnización contenida en la póliza de seguro de cumplimiento tomada por su contratista, pero como requisito formal para realizar la reclamación, se exige la declaratoria de tal hecho a través de un acto administrativo, momento en el cual, para efectos de solicitar el pago de la indemnización ante la aseguradora, se entenderá ocurrido el siniestro.

No obstante, cuando se declara el siniestro a través del acto administrativo, es porque el riesgo ya se realizó, es decir, el incumplimiento ya se produjo, y lo que hace la entidad estatal a través de su decisión unilateral, es manifestarlo y concretarlo para derivar a partir de tal declaración, las consecuencias contractuales y legales del caso.

Volviendo al presente evento, se observa que la póliza No. CU-5-0609 expedida por La Interamericana, como ya se vio, fue prorrogada hasta el 30 de septiembre de 1996; y al examinar la motivación del acto administrativo mediante el cual la entidad contratante declaró el incumplimiento del con-

trato, se observa que este, según allí se afirma, venía presentándose desde 1989, cuando el contratista tuvo un atraso de 21 meses, paralizó los trabajos y siguió incurriendo en esa conducta incumplida a lo largo de todo el contrato, situación de la cual fueron informadas oportunamente las aseguradoras, durante la vigencia de las pólizas, el 24 de diciembre de 1996.

Es decir que el riesgo asegurado se realizó durante la vigencia de la póliza, y lo único que hizo la entidad en el acto administrativo, fue declarar su ocurrencia, como mecanismo idóneo para proceder al cobro de la indemnización a las aseguradoras, puesto que esa era una exigencia contemplada en las mismas condiciones de sus pólizas: la declaratoria del siniestro, para hacer exigible la obligación. Antes de este acto, así se hubiera producido el incumplimiento del contratista –riesgo asegurado–, la entidad no podía reclamar.

Debe tenerse en cuenta que lo que se exige en el régimen de los contratos de seguros, en cuanto a su vigencia y cobertura, es que el riesgo efectivamente se materialice durante el período de vigencia de la póliza, puesto que una cosa es el surgimiento del derecho a obtener la indemnización y otra cosa es el derecho a recibir su pago, el que sí se concreta una vez se hace la reclamación en la forma establecida por la ley.

Frente a los argumentos del recurso presentado por la apoderada del Metro de Medellín, en el que se oponía a la disminución de los amparos otorgados inicialmente por las compañías, el Consejo de Estado, después de realizar el análisis de las pólizas entregadas por las aseguradoras, el contrato 49 de 1984 y resoluciones de incumplimiento, precisó:

En tales condiciones, considera la Sala que el título ejecutivo complejo es claro, y del análisis en conjunto de los documentos que lo componen se desprende sin dificultad que la ejecución es por el monto total asegurado en las referidas pólizas, que fueron objeto de una disminución unilateral por parte de la aseguradora, sin que conste su aprobación por parte de la ETMVA, en los términos estipulados en el contrato garantizado.

También es importante precisar que durante el trámite de este proceso, las compañías aseguradoras, con el propósito de evitar el decreto y

práctica de medidas cautelares, solicitaron al Tribunal Administrativo de Antioquia les fijara una caución, que fue tasada por dicha corporación en la suma de \$93.550 millones, valor que fue confirmado posteriormente por el Consejo de Estado y que oportunamente fue otorgado por las demandadas mediante una caución bancaria.

Este proceso, al momento de la firma del contrato de transacción, se encontraba a despacho para fallo de primera instancia ya que las partes habían presentado sus alegatos de conclusión, en los que el tema de mayor importancia y debate era la prejudicialidad, petición con la cual las compañías de seguros pretendían la suspensión del proceso hasta tanto la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronunciara sobre la legalidad de las resoluciones de incumplimiento.

## NOTAS

---

1. Calculado conforme se indicó en el considerando No. 41 de la Resolución 1938 de 1997.
2. *Derecho Societario*, Editorial Temis S.A., t. I, págs. 39 y 117.





# 06

El Tribunal  
de Arbitramento  
Internacional que,  
jurídicamente, nunca  
debió convocarse



# 06

## El Tribunal de Arbitramento Internacional que, jurídicamente, nunca debió convocarse

El 5 de julio del año 2000, el Consorcio Hispano Alemán, desconociendo el fallo de tutela dictado por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín, que fue confirmado por la Corte Constitucional, convocó formalmente a la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada a un Tribunal de Arbitramento Internacional, según lo pactado entre las partes en la cláusula octava del contrato adicional del 13 de febrero de 1992.

Cumplida en legal forma la convocatoria, la Empresa, después de obtener los conceptos de diferentes juristas, tomó la decisión de nombrar al árbitro que le correspondía, de acuerdo con lo convenido en el pacto arbitral, e intervenir como parte demandada para ejercer su derecho de defensa y, especialmente, para propugnar el respeto a la sentencia tutelar, solicitando que el Tribunal se declarara incompetente.

La demanda presentada por el Consorcio contratista incluía los denominados 18 reclamos, con excepción de los resueltos por el Tribunal de Arbitramento Nacional, sobre el IVA y seguridad social. Los reclamos se resumen así:

### **RECLAMO 1: RETRASO EN LA ORDEN DE INICIO**

El Consorcio reclamaba los mayores costos causados por la que él consideraba una demora excesiva que no era previsible, por el tiempo transcurrido desde la fecha de la firma del contrato (19-07-84) y la orden de inicio de los trabajos (30-04-85).

Los mayores costos reclamados correspondían a los siguientes conceptos:

- Reajuste en este período de ítems cotizados a precio fijo en la oferta.
- Actualización del valor del anticipo para compensar la pérdida del poder adquisitivo.
- Actualización del valor del contrato, mediante la aplicación de las fórmulas de reajuste, sin considerar el porcentaje fijo de dichas fórmulas.

Fecha esperada inicio obras, según contratista:	19-09-84
Fecha real inicio obras:	30-04-85
Tiempo reclamado:	7 meses + 10 días

### **RECLAMO 2: PERJUICIOS SUFRIDOS POR EL MAYOR PLAZO ACORDADO COMO CONSECUENCIA DE LA ORDEN DE CAMBIO N° 1**

Mediante Acta de Acuerdo de Cambio N° 1 firmada el 30 de septiembre de 1985, que recogió la Orden de Cambio N° 1, se amplió el plazo en tres meses para la entrega de la obra (de 54 meses pasó a 57 meses hasta el 29 de enero de 1990), tiempo de ampliación, motivo de este reclamo por mayor permanencia.

### **RECLAMO 4: POR EL NO PAGO DEL SISTEMA DE PUESTA A TIERRA DEL VIADUCTO Y OTRAS ESTRUCTURAS**

El Consorcio sostuvo que el sistema de “puesta a tierra” del viaducto no hacía parte de su oferta porque no estaba previsto en el pliego de condiciones y por esto se le debía pagar como una obra extra o adicional; que este sistema no era previsible y que solo lo sería como resultado de un estudio posterior a la licitación sobre la conveniencia o no de ejecutarse. Señaló el Consorcio que lo ofrecido en su propuesta fue el estudio mencionado y no su implementación, que no se conocía.

### **RECLAMO 5: POR EL NO PAGO DE LA ILUMINACIÓN DEL PATIO DE BELLO**

El Consorcio manifestó que esta obra no estaba contemplada en los documentos de licitación, ni del contrato 49, ni en el Acta de Acuerdo de Cambio No. 1, siendo la Empresa la que posteriormente consideró necesaria su ejecución, para lo cual solicitó precios al Consorcio; por lo anterior, consideraba el Consorcio que se trataba de una obra extra o adicional, cuyo costo corría a cargo de la Empresa. El contratista reclamaba el diseño, la construcción y el suministro.

### **RECLAMO 6: MAYORES CANTIDADES DE SUMINISTRO ORIGINA- DAS EN LOS CAMBIOS DE CRITERIOS DE DISEÑO DE LA CATENARIA**

Argumentó el Consorcio que la decisión de la Empresa de modificar el diseño de la catenaria por razones estéticas, exigiendo la instalación de los mástiles de esta, coincidiendo con la ubicación de los dinteles del viaducto o en la mitad de los “vanos”, había originado mayores cantidades de materiales y equipos que los previstos; el Consorcio ofreció, según él, un sistema optimizado, esto es, a mínimo costo; la Empresa solicitó una alternativa diferente de la contratada y después la Interventoría Delegada sugirió otra alternativa diferente, que el Consorcio presentó con ítems desglosados; por lo tanto solicitó el reconocimiento y pago de dichos extracostos, con base en los formularios desglosados de la catenaria por componentes del suministro para poder cobrar, según su apreciación, el exceso de materiales requeridos por el nuevo diseño de la catenaria. Agregó el Consorcio que la Empresa podía hacer modificaciones a los planos de diseño, según el contrato No. 49, pero no estaba autorizaba a imponer precios a su arbitrio.

### **RECLAMO 9: POR LA INTERPRETACIÓN DEL ÍNDICE DE REAJUSTE DE LOS COSTOS DE NACIONALIZACIÓN (TP)**

El factor de reajuste para los costos por concepto de nacionalización, según la fórmula D-2 del anexo 3 del contrato No. 49, era el cálculo de la expresión  $0.15 + 0.85 TP_t/TP_0$ . Con TP = tarifas para los servicios portuarios que prestaba Colpuertos, donde el subíndice “t” se refería a las tarifas vigentes en la fecha que los equipos llegaran a puerto de destino y el subíndice “o” a las tarifas vigentes en junio de 1983.

En el reclamo proponía una interpretación del índice y que los reajustes operaran teniendo en cuenta la fecha de nacionalización de los equipos y no la fecha de su llegada a puerto.

### **RECLAMO 10: PERJUICIOS SUFRIDOS POR LOS TRABAJOS ADICIONALES DE DISEÑO**

Señaló el convocante que en el caso de las obras civiles, si el desarrollo del proceso de diseño hubiera sido normal y como el Consorcio lo previó, solo se habría requerido una sola revisión de algunos planos. Muchos habrían sido aceptados en su revisión original y muchas observaciones se hubieran podido incluir en fases posteriores de diseño.

Para el diseño electromecánico, el Consorcio sostuvo que las modificaciones introducidas en los diseños por órdenes de la Interventoría y/o del Metro de Medellín y que se podían justificar por medio de los planos y correspondencia disponible en el Consorcio, le habían implicado una serie de costos adicionales y repercusiones económicas desfavorables.

### **RECLAMO 11: SOBRECOSTOS DIRECTOS POR DEMORAS Y PARALIZACIONES DE OBRA Y MONTAJES**

Reclamaba el Consorcio:

- Semiparalización por demora de entrega de predio en estación Parque Berrío.
- Suspensiones y demoras en relocalización de redes de servicio por la no entrega de predios en el viaducto de la línea A.
- Paralización de la obra de pilotaje por demoras en la entrega de predios del viaducto Bello-Niquía.
- Paralización de trabajos en Envigado e Itagüí.
- Suspensión de trabajos de vialidad en carrera Bolívar, y paralización de trabajos de montajes eléctricos en la subestación Zamora.

### **RECLAMO 15: POR EL CAMBIO EN LAS CONDICIONES DE EJECUCIÓN DE ALGUNAS UNIDADES DE OBRA**

Según el Contratista, este reclamo se refería exclusivamente a la incidencia en los costos directos de ejecución de las principales actividades que se habían visto afectadas por el cambio de condiciones por circunstancias imprevistas y ajenas a la voluntad del Consorcio.

Aclaró que toda vez que las repercusiones de estas modificaciones en los plazos habían sido tratadas en los reclamos por mayor permanencia, en este se reclamaban solo los costos directos.

Todos los conceptos que componían este reclamo, los solicitaba el Grupo de obras civiles, así:

- Por mayores volúmenes y cambios de ejecución en el movimiento de tierras.
- Por cambio de tipo de maquinaria para movimiento de tierras (excavación y transporte).
- Por efecto de condiciones pluviométricas extraordinarias en el segundo semestre de 1988.
- Por extraordinarias dificultades en la ejecución de los pilotes de la estación Tricentenario.
- Por dificultades no previstas en la ejecución de los concretos de la línea “A” norte.

### **RECLAMOS 16 y 18**

Estos reclamos incluían los siguientes conceptos:

- Perjuicios sufridos por la no revisión del factor fijo de las fórmulas de reajuste.
- Sobrecostos por bodegaje, contenedores, transporte adicional, seguros adicionales, carpas y mantenimiento de equipos.
- Perjuicios sufridos por el no pago de obras, suministros, diseños, montajes y servicios.
- Perjuicios sufridos por el no pago de reajustes.

### **RECLAMOS 3, 13, 14 y 17: POR LA MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA**

#### **RECLAMO 3 “MAYOR PLAZO”, CONCEDIDO SEGÚN PPT DEL 20-08-86**

En este reclamo el Consorcio solicitaba que se le reconocieran las repercusiones y los costos no previstos, que le ocasionó “la ampliación en tres meses del plazo para la entrega final de la obra según PPT del 20-08-86”.

### **RECLAMOS 13 y 17: MAYOR PLAZO**

El Consorcio reclamó por la mayor permanencia, hasta el vencimiento del contrato 49, el 31 de marzo de 1997, que a esta fecha acumulaba un plazo de ejecución de la obra de 143 meses. Decía el Consorcio que si a este plazo se le restaba el plazo acumulado hasta el reclamo N° 2, esto es, 57 meses, quedaban 86 meses, que eran el objeto del reclamo, desde el 30 de enero de 1990 hasta el 31 de marzo de 1997, que eran en forma consecutiva los llamados por el contratista reclamos Nos. 3, 13 y 17.

Las causas más importantes del retraso del proyecto, según el convocante, fueron las siguientes:

- Las demoras en la aprobación de las licencias de importación por parte del Incomex (Instituto Colombiano de Comercio Exterior).
- El aumento de las cantidades de obras civiles y el cambio en las condiciones de ejecución de las mismas en la línea A norte.
- Los problemas de financiación del proyecto.
- La demora en la entrega de terrenos.
- La parálisis de las obras en los municipios de Envigado e Itagüí.
- La parálisis de varios frentes de trabajo debido a la falta de licencias de importación, de recursos para el pago de los impuestos a la importación y de terrenos.
- La revocatoria de la orden de cambio de la línea A sur en julio de 1994.
- Obras extras y adicionales ordenadas por la ETMVA en los años de 1996 y 1997.

El Consorcio reclamó los siguientes perjuicios:

- Reajuste de precios no sujetos a ajuste.
- Actualización del sumando fijo de las fórmulas de reajuste.
- Aplicación de los reajustes, según las fechas reales de suministro, ejecución o montaje.
- Aplicación, por el período de retraso, del numeral B.2.2.b del anexo 3 del contrato 49 (reajuste de 0,6%), a todos los suministros en marcos alemanes.
- Los extracostos por la mayor permanencia en la obra. Se trataba principalmente de costos indirectos y gastos generales, tanto de

las sucursales en Colombia como de las casas matrices en Europa, que no eran recuperables a través de la facturación durante la ejecución de la obra.

- Los costos de la inmovilización de la maquinaria.
- Sobrecostos por las inversiones improductivas y por el déficit financiero debido a la lenta recuperación de la amortización del equipo y las instalaciones.
- Sobrecostos financieros no cubiertos por las fórmulas de reajuste.
- Perjuicios causados por el trabajo a baja eficiencia del personal directo.
- Sobrecostos directos derivados de las demoras y paralizaciones en la fabricación de los vehículos de pasajeros (cajas y *bogies*).
- Costos financieros adicionales por los retrasos de los suministros en pesetas.

#### **RECLAMO 14: RECONOCIMIENTO DE LA APLICACIÓN DEL REAJUSTE PARA LOS ÍTEMS PLANIFICACIÓN DEL SERVICIO Y ENTRENAMIENTO DE PERSONAL**

La empresa MAN, integrante del Consorcio, que era el reclamante para este caso, adujo para su reclamo lo siguiente:

Los ítems Nos. 6 (diseño del sistema de vía permanente) y 7 (diseño de los suministros), del formulario N° 14 (F-14), se ejecutaron en el primer año del contrato y no se reclamó por ellos.

El ítem 11 que se refiere a la planificación del servicio, es un ítem atípico dentro del formulario N° 14.

El ítem 1 del formulario 16 que se refiere al entrenamiento del personal no es un diseño sino un servicio, perteneciendo contractualmente al suministro e instalaciones de equipos; se trata de unos servicios que se prestan prácticamente durante la fase final del desarrollo del contrato.

La circunstancia de que estos ítems hayan sido estipulados por unas sumas globales no beneficiadas formalmente con las fórmulas de ajuste pactadas en el contrato N° 49 y que este servicio se prolongue hasta el fin de la ejecución de la obra en estas condiciones de precio, presenta prelimi-

narmente un panorama inequitativo, en especial tratándose de los pesos colombianos.

El ítem No. 11 (planificación del servicio) del formulario 14 y el ítem No. 1 (capacitación del personal) del formulario 16 (F. 16) se desarrollaban al final del contrato y por tanto, el Consorcio consideró que estas actividades debían ser reajustadas.

Al haberse omitido en el contrato 49 la asignación de fórmulas de reajuste al ítem 11 del formulario 14 y al ítem 1 del 16, se configuró una situación de inequidad y desequilibrio financiero ya que no es posible mantener precios invariables por tiempos tan largos y más en una economía de inflación como la colombiana.

Aunque el criterio de inequidad es aplicable a todas las monedas en que están cotizados los ítems mencionados, solo solicitamos que se apliquen las cláusulas escalatorias a los valores cotizados en pesos, en razón de que estos son los más expuestos a la pérdida de su valor adquisitivo por efectos de la inflación.

#### Para las sumas cotizadas en marcos

... no se solicita la aplicación de una fórmula permanente de reajuste, debido a que su incidencia es menor por los valores que alcanza la inflación en la República Federal de Alemania, en comparación con las elevadas cifras que se manejan en Colombia. En este caso de los marcos se solicita aplicar fórmulas de ajuste en los casos de atraso en la prestación de los servicios y por lo tanto su valoración se incluye en los reclamos correspondientes.

RECLAMO	VALORES ACTUALIZADOS EN MONEDAS				DÓLARES EQUIVALENTES
	PESOS	MARCOS	DÓLARES	PESETAS	
1. Demora Orden de Inicio	83.732.650.806	15.201.364	-230.425	3.589.345.984	65.501.566
2. Plazo Orden de Cambio	11.523.355.203	1.955.212	-221.754	258.152.680	7.446.019
Reclamos 4, 5, 6 y 16-3.3	7.104.788.430	5.838.994	0	95.886.357	6.570.494
9. Índice Tp	14.681.444.383	0	0	0	6.756.955
10. Diseño	35.916.195.719	12.421.227	0	1.361.825.841	30.000.537
11. Paralizaciones	2.772.319.631	470.355	0	39.851.346	1.720.752
15. Cambio condiciones	2.289.160.000	24.457.944	856.224	3.882.211.106	35.121.872
3, 13, 14 y 17 mayor permanencia	232.948.025.097	327.147.152	682.042	23.366.041.096	393.044.689
16 y 18 Otros Reclamos	118.825.284.838	36.929.925	2.776.050	3.471.228.112	94.296.072
<b>TOTAL DEMANDA</b>	<b>509.793.224.107</b>	<b>424.422.173</b>	<b>3.862.137</b>	<b>36.064.542.522</b>	<b>640.458.955</b>

Valor de la demanda en el Tribunal de Arbitramento Internacional, a la fecha de su presentación, 5 de julio de 2000:

La Empresa, dentro de la oportunidad legal, dio respuesta a la demanda, por intermedio de su apoderado el doctor Carlos Betancur Jaramillo, precisando que su presencia en el Tribunal no obedecía a ningún acuerdo entre las partes para acudir ante el juez arbitral, que solo lo hacía para ejercer su derecho de defensa y para solicitar la incompetencia del mismo, en virtud de las órdenes dadas por los jueces de tutela. Al respecto señaló:

Sea lo primero anotar que la Empresa se hace parte en el presente proceso para ejercer su derecho de defensa y, primordialmente, para hacer valer no solo el mandato de los jueces de tutela colombianos que le ordenaron al Consorcio abstenerse de poner en movimiento los mecanismos contemplados en la cláusula 8ª del contrato de 13 de febrero de 1992, hasta tanto la justicia contencioso administrativa defina cuál es el vigente (el del 92 o el del 94), sino las sentencias del Honorable Consejo de Estado y la Honorable Corte Constitucional, en su orden, de febrero 23 y octubre 25 del año 2000, por medio de las cuales se declaró la imposibilidad de la justicia arbitral (nacional o internacional) para conocer de las controversias contractuales en las que se controviertan directa o indirectamente actos administrativos dictados en ejercicio de poderes exorbitantes. Cláusula octava que le sirve de fundamento ahora al Consorcio para convocarla ante el Tribunal de Arbitramento Internacional, con sujeción al trámite de la Uncitral.

Se hacen las precisiones precedentes porque, bien vale la pena reiterarlo, la conducta asumida por la Empresa al designar el árbitro que le correspondía según la indicada cláusula y al presentar esta respuesta, mantiene la línea de rechazo al mecanismo puesto en marcha por el Consorcio, llevándose de calle, con franca rebeldía y desacato, lo ordenado por los mencionados jueces de tutela; y lo convenido, en forma que no deja margen a dudas, en el acuerdo o contrato adicional de 14 de junio de 1994.

Se advierte, así mismo, que la presencia de la Empresa en el presente proceso no implica o equivale a “una solicitud suscrita por ambas partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad” (precisión que hace la

justicia tutelar para que no opere la orden de abstención), sino que significa precisamente todo lo contrario; es decir, que las órdenes dadas tienen que cumplirse por ambas partes, so pena de desacato.

Si la presencia de la Empresa fuera voluntaria, no tendrían sentido ni el incidente de desacato que promovió luego de la convocatoria, ni la expresa manifestación de que su presencia obedece simplemente al hecho de ser parte demandada.

De la misma manera, indicó el doctor Carlos Betancur Jaramillo que la participación de la Entidad no implicaba la renuncia a las excepciones, ni aceptación a la propuesta arbitral del contratista, por esta razón dentro de su escrito se presentaron las siguientes excepciones:

**Primera a. La inexistencia de la cláusula compromisoria (incompetencia absoluta)**

La mencionada cláusula no está vigente, como se dijo, porque como mecanismo de solución fue reemplazada o derogada por el acuerdo de 14 de junio de 1994. Para hacer esta afirmación basta saber que la vía de la amigable composición y del Tribunal de Arbitramento Internacional que contemplaba aquel contrato, no logró su cometido; razón por la cual las partes convinieron ese 14 de junio de 1994 cambiar el sistema de arreglo “con el fin de encontrar procedimientos de solución directa en derecho colombiano”, mediante la conformación de un grupo de trabajo para el estudio de los 18 reclamos del Consorcio; para convocar, luego de logrados acuerdos (en todo o en parte), un tribunal de arbitramento nacional para darles plena obligatoriedad y fuerza de cosa juzgada.

Se cambió así el sistema, pero se dejó en dicho acuerdo una sola salida posible, sometida a condición, que permitía volver al mecanismo previsto en esa mencionada cláusula octava; condición que aparece escrita en el numeral 7 del citado acuerdo de 1994 y que resultó fallida.

Es importante tener en cuenta esta fecha y aquella en la que se dio por culminada la gestión del grupo de trabajo designado sin lograr acuerdo alguno, o sea el día 6 de febrero de 1996.

Hechas estas precisiones se transcribe el numeral 7 del aludido acuerdo de 1994, contenido de la condición señalada, así:

“7. En el evento que antes de que se emita el concepto o recomendación por parte del grupo de trabajo se produzca una sentencia en firme o ley vigente e incontrovertible que permita la validez de la cláusula octava del contrato adicional, las partes se someterán a esta cláusula y le darán cumplimiento”.

Como se infiere lógicamente de su texto, la operancia de dicha cláusula octava dependía de que la recomendación del grupo de trabajo se produjera después de que la justicia contenciosa se pronunciara sobre la validez de la cláusula impugnada en nulidad o que el Congreso expidiera una ley que hiciera incontrovertible la posibilidad de que en los contratos estatales se pudiera pactar un arbitramento internacional; circunstancias que no se dieron, dadas las fechas indicadas atrás, ya que no se expidió en ese entonces esa ley y porque la sentencia del Honorable Consejo de Estado del 26 de febrero de 1998 fue muy posterior al cese de actividades por parte del grupo de trabajo, hecho acaecido, se repite, el 6 de febrero de 1996. Situación esta que encaja precisamente en el mandato contenido en el inciso 2° del citado numeral 7, que a la letra dice:

“Si no se produce dicha sentencia o la ley arriba citada, antes de que se emita el estudio, se seguirá el procedimiento que se establece por medio de este acuerdo, cuyo resultado no podrá ser desconocido por las partes, cualquiera que fuere la decisión contenida en la sentencia que se emita sobre dicha cláusula”.

La sentencia antecitada de 26 de febrero de 1998 del Honorable Consejo de Estado, si bien hizo un juicio de validez de la cláusula octava (que fue legal al momento de su concertación), no hizo uno de vigencia, porque cuando se dictó aquella, no solo ya la cláusula había sido reemplazada por el mencionado convenio de 14 de junio de 1994, sino que en ese entonces ya había fallado la condición impuesta en el numeral 7 de dicho convenio que le habría dado nueva vigencia.

En otras palabras, si la sentencia del Honorable Consejo de Estado que declaró la validez de la cláusula octava del contrato de 13 de febrero de 1992, se hubiera dictado antes del 6 de febrero de 1996 (reunión final del grupo de trabajo), el mecanismo aplicable sería el previsto en la aludida cláusula (ami-

gible composición y tribunal de arbitramento internacional) y no se estaría discutiendo este extremo. Pero como sucedió lo contrario, ya que esa sentencia se expidió, como se dijo, el 26 de febrero de 1998 y el acuerdo del 94 fracasó ese 6 de febrero de 1996, desde esta última fecha revivió la cláusula compromisoria del contrato 49 original que contempló el tribunal de arbitramento nacional para la solución de las controversias entre las partes (cláusula 44).

Reza a este respecto el convenio del 94:

“5. Terminada esta etapa de estudio directo, y con el fin de darle carácter de cosa juzgada a los acuerdos que se logren, cualquiera de las partes convocará un Tribunal de Arbitramento Nacional, conforme a la cláusula 44 del contrato 49, y en la audiencia de conciliación de este se levantará el Acta de Conciliación respectiva.

”6. Si sobre alguno de los reclamos no se lograre acuerdo, se buscará dirimirlo en la audiencia de conciliación y en el Tribunal de Arbitramento Nacional antes citado”.

Lo precedente pone de presente la inexistencia de la cláusula compromisoria y por ende, la incompetencia del Tribunal de Arbitramento convocado por el Consorcio.

### **Primera b. La reserva de jurisdicción (incompetencia absoluta)**

Se desprende esta excepción, que también equivale a una incompetencia absoluta, y que armoniza con la de prejudicialidad que se propondrá, de los fallos del Honorable Consejo de Estado de 23 de febrero del año 2000 y de la Honorable Corte Constitucional de 25 de octubre del mismo año, por cuanto estas decisiones permiten afirmar que solo la jurisdicción contencioso administrativa podrá conocer de los litigios en los cuales, directa o indirectamente, estén involucrados actos administrativos dictados por una entidad pública contratante en ejercicios de poderes exorbitantes, tal como sucedió en el caso sub júdice con la declaración unilateral de incumplimiento contenida en las Resoluciones 1938 y 1958 de 1997, por medio de las cuales la Empresa igualmente hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria.

### **Primera c. La orden judicial de abstención de aplicación de la cláusula octava (incompetencia temporal)**

Aceptando en gracia de discusión que la cláusula octava del contrato de 13 de febrero de 1992 hubiera conservado su vigencia en el tiempo, se propone a continuación la excepción de incompetencia del Honorable Tribunal Arbitral, con fundamento en los efectos suspensivos que sobre dicha cláusula produjeron las sentencias de tutela dictadas por el juzgado 10 Civil del Circuito de Medellín y por la Honorable Corte Constitucional.

La Empresa acudió a los jueces de tutela ante los intentos del Consorcio para buscar, contra toda evidencia, la justicia arbitral internacional, apoyado en la misma cláusula octava. Olvidó así el Consorcio la perentoriedad de la orden dada por la justicia tutelar y comprometió su responsabilidad por desacato.

(...)

Como se observa, los miembros del Consorcio y su apoderado, al poner en movimiento el mecanismo de solución previsto en la mencionada cláusula octava del contrato del 92, no solo incurrieron así presumiblemente en el delito de fraude a resolución judicial, sino que desacataron la orden de abstención dada por el juez de tutela. Con esto se colocaron en rebeldía contra el ordenamiento jurídico nacional y se hicieron merecedores de las sanciones que para el efecto contempla el Decreto 2591 antecitado (arts. 52 y 53).

En suma, sea de ello lo que fuere, el Honorable Tribunal carece de competencia, bien porque la cláusula compromisoria es inexistente porque fue reemplazada por otro mecanismo, o bien porque la sentencia de tutela la suspendió, con efectos coercitivos de obligado cumplimiento.

### **Primera d. Petición antes de tiempo (incompetencia por razón del tiempo)**

Aceptada, también en gracia de discusión, la vigencia de la cláusula octava del contrato de 13 de febrero de 1992 e incluso el efecto no suspensivo de las decisiones de tutela (sentencias de 20 de mayo de 1999 y 2 de febrero de

2000), existe un elemento o requisito de procedibilidad que no le permitía al Consorcio poner en marcha el mecanismo arbitral, sin antes agotar el trámite de la amigable composición. Y que, procesalmente, pone en tela de juicio la competencia del Honorable Tribunal.

Según esta cláusula, el mecanismo de solución convenido estaba sometido a un doble procedimiento (obligatorio en todas sus partes), ya que se debía agotar primero la amigable composición, para luego, si no se lograban acuerdos, acudir a un Tribunal de Arbitramento Internacional. Por lo tanto, no se podía pasar al segundo sin agotar el primero, pues las cláusulas que establecen los sistemas alternativos de solución de controversias son de interpretación restrictiva y exigen el acatamiento pleno de la voluntad expresada en ellas.

... solo una vez definido que los amigables componedores no lograron acuerdo alguno o no presentaron fórmulas positivas de solución, podía pasarse al Tribunal de Arbitramento Internacional. Y la primera etapa ni siquiera se inició porque, en primer término, las partes demoraron, por fuera de lo convenido inicialmente (cuatro semanas), regular el procedimiento que debía seguirse “para la integración y operación de los amigables componedores” (inc. final de la cláusula octava); reglamentación que solo se produjo el 2 de junio de 1993, por convenio entre las partes. A partir de esa fecha y hasta el 14 de junio de 1994 (fecha del acuerdo modificatorio) no se puso en movimiento el mecanismo en los términos pactados, entre otras razones porque en el Acta de Madrid de 4 de junio de 1993 se suspendieron la totalidad de los acuerdos allí logrados, los cuales quedaron “sujetos a la condición suspensiva de la suscripción y entrada en efectividad de los créditos contenidos en el adendo uno”. Se observa así, que en ese lapso el Consorcio no utilizó la herramienta legal que le daba esa reglamentación, la cual tenía efectos coercitivos y obligatorios que no dependían de la voluntad de la Empresa. De allí que no sea aceptable ni sería la afirmación del Consorcio en el sentido de que aquella se oponía a su trámite.

En segundo término, el nuevo intento para la utilización de la amigable composición falló, ya que ni siquiera se pudo conformar el grupo de componedores. En forma extemporánea, porque ya el acuerdo del 94 es-

taba vigente, el Consorcio trató de revivir ese mecanismo y fue así como su apoderado, el doctor Fernando Londoño H., se presentó a la Empresa como amigable componedor por parte de aquel e instó a la Cámara de Comercio de Medellín para que hiciera la designación, ante la renuencia de dicha Empresa para nombrar el suyo.

Convencida como estaba esta de la no vigencia de la cláusula octava y ante la actitud de la Cámara de Comercio de abrir el mecanismo a toda costa, la Empresa logró abortar dicho intento a través de la acción de tutela, alegando la violación de dos derechos fundamentales: el libre acceso a la administración de justicia (art. 229) y el debido proceso (art. 29). Y fue así como los jueces de tutela dispusieron la suspensión de la cláusula octava y ordenaron a los miembros del Consorcio abstenerse de poner en marcha el mecanismo de solución que contemplaba. En otros términos, aun aceptando la vigencia de la mencionada cláusula, aquí no solo no se logró constituir la amigable composición, sino que, obviamente, no se produjo decisión alguna de la cual pudiera predicarse cosa juzgada. Entonces, no es serio afirmar que se abrió la etapa arbitral y más exótico es pensar que el Consorcio, por sí y ante sí, podía olímpicamente y en forma unilateral, como lo dice en su demanda, dar por terminada esa primera etapa.

### **Primera e. Prejudicialidad**

Esta excepción también tiene su respaldo en las pruebas que obran dentro del proceso. Y tiene presentación y relevancia porque los reclamos del Consorcio quedaron cubiertos con la resolución de incumplimiento que declaró la Empresa (Resoluciones 1938 y 1958 de 1997) y que fue demandada, precisamente, por el Consorcio y las compañías aseguradoras ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, cuestionando la declaración de incumplimiento y los fundamentos de hecho que la entidad expuso como respaldo de su decisión.

Así, aunque algunos reclamos son de orden técnico, prácticamente todos aparecen claramente comprometidos o subsumidos dentro de las resoluciones antecitadas.

Al momento de contestar esa demanda la Empresa reconvino contra el Consorcio y solicitó una indemnización por los perjuicios causados con el incumplimiento del contrato (ya declarado), en lo que excedieran el monto de la cláusula penal pecuniaria que se hizo efectiva. Pero cabe recordar que los hechos que se discuten por las partes en ese proceso ante el Tribunal Administrativo de Antioquia son los mismos que se observan en este Honorable Tribunal de Arbitramento Internacional: problemas de financiación y de calidad, mora en el cumplimiento de los plazos del contrato, desgaste ondulatorio, etc., etc.

Frente a los distintos reclamos, el fenómeno de la prejudicialidad resulta evidente, ya que el Tribunal Administrativo de Antioquia, desde el día 17 de febrero de 1998 conoce de la acción contractual de nulidad de las mencionadas resoluciones, como se explicó atrás. Allí, los actores impugnan el acto administrativo (Resoluciones 1938 y 1958 de 1997), expedido por la Empresa en desarrollo de los poderes exorbitantes que le daba el Decreto 222 de 1983 (arts. 17 y ss.), ley del contrato vigente a la fecha de su celebración, y alegan que ellos cumplieron el contrato y que la entidad pública fue la incumplida. Solicitan, además, que se anulen las cláusulas 43 del contrato 049 de 1984; 4ª del contrato adicional de 27 de julio de 1995, y 2ª del contrato adicional de 21 de agosto de 1996.

#### **Primera f. Incompetencia *ratione materiae***

Esta excepción de fondo contiene un doble alcance: total y parcial, como que en el primer caso se refiere a todos los reclamos presentados ante este Honorable Tribunal, pues lo solicitado en cada uno de los reclamos, era sustancialmente diferentes en conceptos y valores a los relacionados en las comunicaciones de los reclamos originales señalados en la cláusula octava y en el peor de los casos se refiere a aquellos reclamos que no quedaron incluidos en la cláusula compromisoria, con referencia expresa a las comunicaciones del Consorcio allí citadas. En este sentido, solo podrán ser objeto de análisis por el Honorable Tribunal, en el hipotético caso de que se rechacen todas las excepciones propuestas.

Apoyo esta excepción en el artículo 116 de la Constitución, el cual si bien le

otorga jurisdicción a los árbitros para que administren justicia, se entiende que este la confiere en forma extraordinaria, transitoria y para los casos restrictivamente convenidos por las partes o bien en la cláusula compromisoria o en el pacto de compromiso. Estas precisiones impiden darle una interpretación extensiva a la propuesta que hace en la demanda el Consorcio en el sentido de que los diferentes reclamos podrán ampliarse según las circunstancias sobrevinientes.

Y no es aceptable porque la competencia de los árbitros tiene que estar desde un principio delimitada exactamente (al suscribir el contrato o el pacto compromisorio) porque, de lo contrario, las partes, a título de interpretación acomodaticia, ampliarían a su arbitrio o capricho la órbita de competencia de sus jueces de excepción.

La delimitación de la competencia, mejor, la cláusula que la define, por ser regla de excepción, no admite interpretación analógica ni extensiva.

### **Segunda: Caducidad**

La excepción encuentra su respaldo en los hechos y en la ley. En los hechos porque el contrato 049 de 1984 (después de sucesivas prórrogas contenidas en contratos adicionales) venció el 31 de marzo de 1997. Este es un punto que no está cuestionado y así lo da a entender el adicional de 21 de agosto de 1996 (cláusula 1ª). Vencimiento que no puede ligarse a la entrega de las obras, porque entre las partes solo se cumplieron entregas provisionales en cuyas actas se dejaron constancias sobre múltiples pendientes, aún no satisfechos o corregidos por el Consorcio. Por tal razón, aún no se ha efectuado la entrega definitiva de las obras.

Apoyada en esos hechos la Empresa funda la excepción de caducidad en el numeral 10 literal d) del nuevo artículo 136 del C. C. A., que coincide con la orientación jurisprudencial anterior reiterada, y a ese respecto anota:

El contrato 049 con sus adiciones terminó el 31 de marzo de 1997 (ver contrato adicional de 21 de agosto de 1996, cláusula 1ª).

Las partes no liquidaron de común acuerdo el contrato dentro del término señalado por la Ley 80 de 1993 en su artículo 60 (4 meses), ya que el contrato 049 no presentó término para el efecto. Lapso que venció el 31 de julio de 1997.

La Empresa, por su lado, no lo liquidó unilateralmente dentro de los dos meses siguientes a esa fecha (art. 136 nl. 10 lit. d) del C. C. A.).

Por consiguiente, a partir del vencimiento de estos meses (el día 30 de septiembre de 1997) empezaron a correr los dos años que los interesados tenían para pedir la liquidación en sede judicial; y, en general, para formular todos los reclamos que tuvieran pendientes. Durante ese lapso, que venció el 30 de septiembre de 1999, la Empresa judicializó sus pretensiones ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, no así el Consorcio, que solo ahora trata de hacerlo ante este Tribunal de Arbitramento Internacional, y cuando el efecto de la caducidad ya está cumplido.

La Empresa no comparte la tesis de que el numeral 10 del artículo 136 del C. C. A., tal como quedó luego de la modificación que le hizo la Ley 446 en su artículo 44, no sea aplicable al caso, por no tener efecto retroactivo.

Y no la comparte, en primer término, porque las normas sobre caducidad son de aplicación inmediata por ser de orden público y de obligado acatamiento. En segundo, porque el término de caducidad de las acciones contractuales no varió en la nueva ley, ya que desde el Decreto 01 de 1984 (art. 136) y luego con el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989 se mantuvo idéntico bienio a partir “de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento”. Así, en ese entonces se dijo que un motivo de hecho podía ser un incumplimiento, como podía ser de derecho una violación legal o la expedición de un acto administrativo que tuviera incidencia en la relación negocial, como sería la declaratoria de caducidad, terminación, modificación, interpretación o liquidación. Y adicionalmente, por lo expresado atrás, debe insistirse en que la Ley 446 no varió lo que la jurisprudencia había creado en torno a la caducidad, sino que, por el contrario, recogió su orientación.

(...)

### **Séptima: *La exceptio non adimpleti contractus***

Los quince reclamos a que hace referencia el apoderado de la parte convocante en su libelo, no pueden tener vocación de prosperidad, pues ellos son fruto del reiterado incumplimiento de las obligaciones que para el Consorcio surgieron de la celebración del contrato 49, y de todos los acuerdos que lo modificaron.

Dentro del anterior marco baste recordar que el Consorcio no ejecutó, a satisfacción de la EMPRESA, las obras dentro del plazo inicialmente pactado, ni tampoco dentro de las sucesivas prórrogas que se le otorgaron. Esta realidad es tan cruda que, a la fecha, la entrega final de la obra no se ha llevado a cabo. Tampoco se han corregido las salvedades que la Empresa dejó en las actas particulares de entrega. Esos incumplimientos dieron lugar a que el plazo de 54 meses se hubiera convertido en 143, que finalizaron el día 31 de marzo de 1997. Incumplió también el Consorcio con la obligación que asumió de obtener la financiación del 100% del valor del proyecto; no atendió las observaciones que la Empresa le hizo al Programa Patrón de Trabajo (PPT) ni al que se derivó del Acuerdo de Cambio No. 1 de 30 de septiembre de 1985. No solicitó, en el momento oportuno, al municipio de Envigado, las licencias o permisos para ejecutar las obras dentro de esa jurisdicción, lo que implicó, en su momento, la suspensión de las obras, por culpa exclusiva del demandante. A su sola voluntad el Consorcio suspendió la ejecución de las obras, la cual se produjo el 31 de octubre de 1989 a enero de 1993, incluso casi un año después de haberse celebrado el contrato adicional de 13 de febrero de 1992, que permitía suponer que en ese día, por fin, se reiniciarían las obras. Las entregas parciales de la obra fueron objeto de reparos y objeciones por parte de la Empresa, los cuales hasta la fecha no han sido subsanados. Esto explica que el sistema funcione hoy pero a un costo altísimo y gracias a un mantenimiento costosísimo y excepcional.

El Consorcio ha manejado y defendido su incumplimiento con el especioso argumento de que los defectos de construcción de la obra no constituyen incumplimiento, sino que conforman, simplemente, un problema que puede resolverse a través de las garantías.

Al no cumplir el Consorcio demandante con sus obligaciones, como se acreditó en las resoluciones que declararon el incumplimiento del contratista y habiendo cumplido con las suyas la EMPRESA, o habiendo estado dispuesto a cumplirlas, no es posible, a la luz de la ley y el derecho, que se haga ninguna de las condenas impetradas por la parte convocante (art. 1609 del C. C.).

Adicionalmente, la empresa formuló las excepciones de pleito pendiente, rompimiento del principio de igualdad, fraude a decisión judicial, la no prevalencia de la justicia arbitral internacional, con las que al igual que las anteriores, se le solicitaba al Tribunal declararse incompetente para conocer del proceso arbitral o en su defecto negar las pretensiones de la demanda.

Una vez presentada y contestada la demanda arbitral, el Tribunal fijó para el 17 de octubre de 2001 la primera audiencia dentro de este proceso, con el fin de pronunciarse en relación con las excepciones previas formuladas por la Empresa.

En la fecha indicada, se reunieron en la ciudad de Panamá los árbitros, señores Jorge Suescún Melo, colombiano, nombrado por la entidad; Juan Antonio Cremades, español, nombrado por el Consorcio; Julio Rodolfo Comadira, argentino, quien ejerció como presidente y fue nombrado por las partes; el secretario del Tribunal, señor Julio Pablo Comadira, argentino; los representantes legales de las partes y sus apoderados.

Durante el transcurso de la audiencia, el Tribunal se declaró competente para continuar con el trámite del proceso y determinó que las audiencias que debían celebrarse dentro del trámite del mismo, se realizarían en la ciudad de Buenos Aires, pues además de ser la residencia del árbitro presidente, era el lugar donde se encontraba el expediente arbitral, el cual a esa fecha ya era bastante voluminoso<sup>1</sup>. Frente a las excepciones propuestas por la Empresa, consideró el Tribunal que serían resueltas al momento del laudo.

Se dispuso, entonces, la apertura del período probatorio, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes. En cuanto a los testimonios, se dispuso que cada una de las partes debería presentar la declaración de sus testigos por escrito y se fijó fecha para la celebración de una audiencia, con la finalidad de que las partes conainterrogaran a los testigos.

De igual forma, se decretaron cinco peritajes, tres que debían ser ab-sueltos por un perito técnico, para lo cual fue nombrado el ingeniero Alberto Ponce Delgado y un grupo de colaboradores propuestos por él; y dos que debían ser rendidos por un perito experto en economía y finanzas, tarea que le fue asignada al contador Carlos Molinari Martínez y su grupo de colaboradores.

Dentro del término señalado por el Tribunal de Arbitramento Internacional, los peritos nombrados rindieron los correspondientes dictámenes y las partes solicitaron las correspondientes aclaraciones y correcciones.

El 2 de octubre de 2005 falleció en forma repentina el árbitro presidente, doctor Julio Rodolfo Comadira, razón por la cual los árbitros nombrados por las partes, previa consulta a las mismas, el 10 de enero de 2006 comunicaron que en su remplazo se había nombrado al abogado argentino Eduardo Mertehikian.

Una vez recompuesto el Tribunal, se celebró una audiencia informativa en abril de 2006, en la que las partes presentaron los argumentos de la demanda y la defensa. Allí mismo se dispuso la celebración de una nueva audiencia para que las partes contrainterrogaran a los señores peritos, la cual se realizó en el mes de julio de 2006.

Una vez finalizadas estas audiencias, el Tribunal señaló el 1° de noviembre de 2006 como fecha límite para la entrega de los alegatos de conclusión de las partes, y fijó fecha para el mes de diciembre del mismo año, con el propósito de que las partes presentaran un resumen verbal de sus alegatos.

La demanda arbitral presentada por el doctor Fernando Londoño Hoyos, apoderado de las empresas que conformaban el Consorcio Hispano Alemán, contenía los siguientes argumentos:

De lo que se trata realmente es de algo elemental y jurídicamente catastrófico. Desde que la ETMVA declaró las Resoluciones de Incumplimiento, empezó a urdir su trama para dejar al Consorcio sin el recurso de un Tribunal de Arbitramento que conociera su causa. Y nada más sencillo que organizar un procedimiento contencioso, a partir de sus facultades administrativas, para sostener después que trabada esa litis contenciosa desaparecía la cláusula compromisoria. Si esto puede ser del modo que queda dicho, los Tribunales de Arbitramento Internacional habrán desa-

parecido cuando el demandado sea una entidad estatal. Y al propio tiempo, habrá desaparecido la más preciosa de las garantías que puede tener en cualquier país un contratista extranjero, que es la de obtener unos árbitros internacionales que lo juzguen imparcialmente, a cubierto de las obvias y muy importantes presiones domésticas que se pueden ejercer sobre cualquier juez o tribunal que se ocupe de fallar controversias importantes con actores foráneos (...).

Londoño Hoyos se apoyó en la teoría de la imprevisión, desequilibrio económico, argumentó circunstancias de carácter político para que se generara el retraso en la ejecución de la obra, en el “hecho del príncipe”. Le endilgó a la Empresa incumplimiento contractual, mala fe y negligencia.

En la etapa de alegatos, el equipo jurídico de la Empresa recogió lo que se había expuesto durante el proceso arbitral y para desvirtuar los argumentos de la demanda arbitral, se apoyó en las siguientes tesis: teoría de la imprevisión, el “hecho del príncipe”, incumplimiento contractual y doctrina de los actos propios.

En la parte general de los alegatos, señaló el doctor Carlos Betancur Jaramillo, apoderado de la entidad:

(...) el Consorcio apoya sus pretensiones indemnizatorias no solo en hechos imprecisos como los indicados atrás, sino en razones teóricas de carácter general, aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia, pero sin vincularlas a situaciones concretas ni señalar frente a cada uno de los reclamos la *causa petendi* correspondiente. Prueba de ello radica en que algunos reclamos se apoyan en la teoría de la imprevisión; otros, en el “hecho del príncipe”; y algunos, en la culpa de la Empresa porque esta, dice sin razón justificativa alguna, retardó la orden de inicio de las obras, modificó el trazado de las vías, declaró la caducidad del contrato, demoró injustificadamente los pagos, exigió un número excesivo de diseños, impuso la obligación de ejecutar obras extras o adicionales, prorrogó indebidamente los plazos del contrato, demandó la nulidad de la cláusula compromisoria pactada en el contrato adicional de 13 de febrero de 1992, se negó a recibir las obras a la finalización del contrato, etc., etc.

Este catálogo de incumplimientos, de un lado y la ocurrencia de otros hechos ajenos a las partes, rompieron, según afirma el Consorcio, la ecuación

financiera del contrato y comprometieron la responsabilidad de la Empresa, la cual deberá pagar los perjuicios causados en su integridad.

Pues bien. Aunque el Consorcio alega, quizás para defender la vaguedad de la *causa petendi* expuesta en la demanda, el principio *iura novit curia*, por el cual al juez se le dan los hechos para que otorgue el derecho, no es menos cierto que ese enunciado de los hechos deberá, en primer término, ser pertinente o tener relación clara con las instituciones jurídicas alegadas en el capítulo “los fundamentos de derecho” y, además, ser completo. Así, no bastaba decir que su apoyo está en la teoría de la imprevisión, o en la tesis del “hecho del príncipe” o en la culpa de la entidad, porque el enunciado desde el punto de vista fáctico estaría incompleto. De tal manera que quien se apoya en la teoría de la imprevisión, por ejemplo, deberá narrar los supuestos de hecho que permiten la aceptación de la misma; o sea, cuáles fueron las situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato que alteraron la ecuación financiera de este, en forma anormal y grave, sin que por eso se haya imposibilitado la ejecución del contrato. O, en otros términos, que esos hechos, que en su conjunto permiten la operancia de la imprevisión porque son pertinentes, son los que deberá demostrar quien la alega para sacar adelante sus pretensiones. Como igualmente quien se apoya en la teoría del “hecho del príncipe”, como modalidad de ruptura del equilibrio financiero, deberá alegar, y por supuesto demostrar, la expedición del acto general o abstracto expedido por la misma entidad contratante; la incidencia directa de ese acto en el contrato estatal; la alteración extraordinaria o anormal de su equilibrio financiero como consecuencia del citado acto; y la imprevisibilidad de ese acto a la fecha de la celebración del contrato. Como es obvio, aquí también, quien alega la teoría del “hecho del príncipe” no solo deberá precisar los supuestos que permiten la aplicación de la teoría, sino demostrar en forma plena o fehaciente el desequilibrio realmente producido y su cuantía.

De cada una de estas tesis jurídicas, la Empresa, por intermedio de su equipo jurídico, liderado por el doctor Carlos Betancur Jaramillo, hizo el siguiente análisis:

## Teoría de la imprevisión

La jurisprudencia colombiana ha dicho que se presenta la teoría de la imprevisión cuando situaciones extraordinarias y ajenas a las partes afectan la economía financiera del contrato en forma anormal y grave. Para su configuración, es indispensable la concurrencia de tres elementos:

- a) Que no sea razonablemente previsible por las partes del contrato al momento de su celebración.
- b) Que se altere en forma anormal y grave la ecuación financiera del contrato.
- c) Que exista un hecho ajeno a las partes.

En cada uno de los reclamos en los que el Consorcio alegaba esta teoría, la Empresa hizo un análisis de qué tan imprevisibles fueron los hechos para el contratista y de qué forma afectaron sus intereses y si se habían cumplido los tres elementos de los que habla la jurisprudencia.

Al estudiar cada uno de los elementos y apoyado en lo que se demostró en el proceso arbitral, concluyó la Entidad:

- a) De acuerdo con la pauta jurisprudencial del Consejo de Estado colombiano, la ocurrencia de los hechos alegados por el contratista eran razonablemente previsibles, razón por la cual no era aplicable la teoría de la imprevisión, y contrario a ello para la Empresa era claro que habían ocurrido unos hechos imputables a la negligencia o falta de diligencia del cocontratante.
- b) No se había alterado en forma grave y anormal la ecuación financiera del contrato, de tal manera que afectara el patrimonio del Consorcio y que le impidiera continuar con la ejecución, pues la idea no era mantener al contratista indemne de cualquier pérdida.

Para que pudiera hablarse de la teoría de la imprevisión, debía tratarse de un hecho imprevisible, extraño y anormal al contrato que no era suficiente que el contratista probara el simple transcurso del tiempo

para perfeccionar el contrato, sino que era indispensable demostrar los sobrecostos que le ocasionó esta demora.

No es procedente esta teoría frente a alteraciones propias o normales del contrato, pues todo contratista debe asumir un cierto grado de riesgo y no es suficiente la desaparición de un beneficio o la existencia de un déficit, sino que la gravedad debe ser tal que el cocontratante no lo haya podido razonablemente prever en la partida correspondiente a imprevistos que debió incluir dentro del valor de la oferta, los que deben cubrir los riesgos eventuales que se le presenten al contratista.

Se precisó que en todo contrato el porcentaje de imprevistos pretende cubrir los riesgos ordinarios del mismo, los que se entienden valorados antes de su celebración, por lo tanto, no es viable pedir una indemnización cuando se presente un “imprevisto”, pues este ya ha sido valorado de antemano, toda vez que se trata de un estimativo que en algunas oportunidades cubrirá más riesgos y en otras menos, lo que constituye el álea normal del contrato. Si alega álea anormal, es preciso demostrar que la partida de imprevistos fue insuficiente para cubrir el perjuicio económico y no alcanzó a cubrir los sobrecostos generados.

- c) Tampoco se demostró la existencia de un hecho ajeno a las partes. Por ejemplo en el alegato al reclamo 1 del Consorcio, señaló la Empresa que el tiempo que demoró la firma de la orden de inicio del contrato 49 de 1984 fue el estrictamente necesario para cumplir la multitud de requisitos que exigían tanto el contrato como los empréstitos requeridos para la financiación; en consecuencia, no podía decirse que se presentaron situaciones ajenas a las partes, pues ambas participaron en el cumplimiento de los requisitos.

Apoyado en lo que señalaron los peritos específicamente para el reclamo No. 1, anotó el apoderado de la Empresa que había actividades a cargo de cada uno de los contratantes y no se podía decir que la demora en la orden de inicio había ocurrido por causas exógenas a las partes; simplemente, le correspondía a cada uno gestionar el cumplimiento de esos

requisitos. No era relevante determinar quién cumplió en primer término con esas obligaciones, lo importante era que las partes emplearan su mejor esfuerzo para ejecutar las actividades necesarias para perfeccionar el contrato.

Esta teoría también fue analizada por la Empresa en los alegatos en los siguientes reclamos:

#### **RECLAMO 4**

Señaló el Consorcio que, sin que estuviese comprendido dentro de sus obligaciones contractuales originales y por lo mismo sin remuneración alguna, la Empresa exigió el suministro, la construcción y el montaje del sistema de puesta a tierra para protección contra corrientes parásitas.

Vislumbró la entidad que el contratista formuló su petición basado en la teoría de la imprevisión. En ese orden de ideas, en la etapa de alegatos la Empresa analizó si era previsible la necesidad de implementar una protección contra corrientes vagabundas o parásitas y si las medidas que se debían adoptar solo podían ser identificadas una vez se elaborara el estudio a que hizo referencia el Consorcio.

Concluyó el Metro que no se dieron los elementos para que se pudiera hablar de imprevisión, toda vez que el CHA debió incluir todas las actividades tendientes a garantizar que la obra se entregaría totalmente acabada y lista para darla de inmediato al uso para el cual estaba destinada y para él estaba claro que era razonablemente previsible que el CHA no solo debía presentar el estudio, sino suministrar, construir, montar y poner en funcionamiento el sistema de puesta a tierra para protección contra corrientes parásitas, pues estas obras eran necesarias para la seguridad de la operación en marcha del sistema. No eran obras complementarias como lo pretendía hacer ver el contratista.

Y es que se trataba de un contratista con una amplia experiencia en el campo de la tecnología del transporte masivo urbano, que por su trayectoria de más de 120 años debía conocer los problemas de corrosión por corrientes vagabundas, descubiertas desde comienzos del siglo XX.

La experiencia del contratista en la construcción de sistemas ferroviarios electrificados que lo habilitó para participar en la licitación, no le permitían sustentar la no previsión de los elementos para la protección contra corrientes parásitas.

Indicó la Empresa que las actividades que reclamaba el CHA eran razonablemente previsibles desde antes de la presentación de la oferta, pues no sería lógico que una obra derivada de un contrato “Llave en Mano”, se entregara sin las medidas de protección necesarias para la seguridad de su funcionamiento.

Esto es, no se trataba de una obra extra o adicional, su realización no dependía del querer o decisión de la Empresa; por el contrario, era una obra indispensable para el buen funcionamiento del sistema y las instalaciones aledañas.

De acuerdo con lo anterior, se concluyó que no hubo desequilibrio financiero, ni mucho menos la ocurrencia de un hecho ajeno a las partes, por lo que no había lugar a reclamar una compensación a favor del contratista.

## **RECLAMO 5**

Solicitó el Consorcio el pago del suministro y montaje de la iluminación del patio de Bello como obra extra o adicional, pues según él, este pago no fue previsto por la Empresa dentro del objeto de la licitación, ni incluido por el contratista en las especificaciones, planos y formularios de su propuesta, ni acordado por las partes en las especificaciones y planos contractuales, ni incluido en las actas de acuerdo de cambio suscritas con posterioridad a la firma del contrato 49 de 1984.

En el alegato, la Empresa analizó este reclamo a la luz de la teoría de la imprevisión, toda vez que el Consorcio afirmó que para el patio de Bello no había previsto equipo alguno para iluminación, ni mencionó nada relacionado con lámparas y suministros de alumbrado para el patio.

Para la Empresa era claro que la iluminación del patio de Bello era necesaria por cuestiones de funcionalidad y seguridad de la zona (con un área total de 250.000 m<sup>2</sup> y una longitud de 13.000 m de vía vehicular), por las siguientes razones:

Las maniobras, labores de mantenimiento, pruebas, limpieza y preparación de trenes no serían posibles en las horas nocturnas, si no hubiera iluminación.

La iluminación permitía la vigilancia del terreno y el desplazamiento seguro entre edificios de las personas y de los vehículos automotores.

Garantizaba la seguridad y funcionalidad en las maniobras de vehículos de pasajeros y auxiliares.

Sin la iluminación no sería posible realizar maniobras con cambiavías manuales y supervisar los movimientos desde el edificio Torre de Control.

Además de lo anterior, se hizo alusión en los alegatos al dictamen de los peritos, quienes confirmaron que la iluminación era una necesidad normal en los patios y talleres de sistemas como el del Metro de Medellín.

Al estudiar el primer elemento de la teoría de la imprevisión, se dijo en el alegato de la Empresa que no resultaba lógico que un contratista con las calidades del Consorcio, con la experiencia que acreditó para obtener la mejor calificación, alegara que la iluminación de la parte exterior del patio de Bello había constituido una obra adicional, a sabiendas de que para el mantenimiento de los equipos se requerían trabajos nocturnos para garantizar la disponibilidad de los trenes en los horarios destinados para la prestación del servicio.

Tampoco podía afirmarse que se hubiera alterado en forma anormal y grave la ecuación financiera del contrato pues la iluminación del patio hacía parte integral del sistema contratado; al no haberse establecido ítem específico para su pago por separado, su costo estaba incluido en los demás del contrato. Por tanto, fue reconocida al pagar el resto de los ítems del formulario de precios destinado, según el contrato, al taller de Bello. Esto es, de acuerdo con lo demostrado en el proceso arbitral, era claro que el contratista había incluido el pago de los suministros y montajes de la iluminación exterior del patio de Bello, por lo que no era viable reconocerle una suma que previó desde un principio.

Por las mismas razones, no podía alegarse que se había presentado un hecho ajeno a las partes; por el contrario, el reclamo tenía su origen únicamente en un hecho atribuible al contratista.

## **RECLAMO 9**

Señaló el contratista que debido a la manera como se aplicó la fórmula de reajuste de los costos de nacionalización pactada en el contrato 49, no le fueron compensados los valores que le correspondió pagar por efecto de la devaluación acumulada entre la fecha de presentación de la propuesta y el pago efectivo de nacionalización. Por ello, solicitó la indemnización de los perjuicios causados.

Adujo el convocante que los pliegos de licitación imponían la condición de que los gastos de nacionalización se cotizaran totalmente

en pesos colombianos, además de que los índices de la fórmula de ajuste de los pliegos eran índices en pesos colombianos. Agregó que al momento de presentar su propuesta, era totalmente imprevisible que tuviese que tomar en cuenta el efecto de la devaluación del peso colombiano frente al dólar de los Estados Unidos para efectos de las tarifas de Colpuertos, pues la fórmula de ajuste se acordó después de presentada la oferta.

Señaló la Empresa en el alegato que en una economía como la colombiana era fácilmente predecible y previsible que los precios contratados en pesos podían estar afectados por fenómenos como la inflación y la devaluación. Para reconocer dichos fenómenos, bastaba con hacer un seguimiento para concluir que todo contratista diligente los debía considerar al momento de establecer su propuesta, máxime en el presente caso en el que la Empresa les había manifestado a todos los proponentes que los citados costos solo le serían reajustados en el evento de que el Gobierno nacional modificara las tarifas, lo que implicaba que los costos por devaluación no le serían reconocidos.

Contrario a lo que solicitaba el contratista en el reclamo, consideró el Metro de Medellín que se hacía impropio la aplicación de la teoría de la imprevisión, y se demostraba la presencia de un hecho imputable a la negligencia o falta de diligencia del Consorcio, lo que de entrada le impedía solicitar una compensación a su favor, pues nadie puede alegar en su beneficio su propia culpa.

### **Incumplimiento del contrato**

Cuando una de las partes contratantes no observa las obligaciones contraídas en el contrato. Por lo tanto, no puede atribuirle a la otra parte responsabilidad.

El incumplimiento debe darse por culpa de una de las partes, no por hechos ajenos, de lo contrario, podría configurarse, por ejemplo, la teoría de la imprevisión.

El incumplimiento del contrato excluye la teoría de la imprevisión, pues para que se pueda hablar de imprevisto es necesario, entre otras exigencias, que el acaecimiento de los hechos se derive de causas exógenas o ajenas a las partes, y el incumplimiento descarta las causas ajenas.

El Consorcio contratista le atribuyó a la Empresa incumplimiento de sus obligaciones contractuales, lo que esta desvirtuó en la etapa de alegatos, basada en el acervo probatorio allegado al proceso.

Así por ejemplo, en el alegato al reclamo No. 1 formulado por el CHA, la entidad señaló que el tiempo empleado para gestionar los trámites para la orden de inicio era el razonable, dada la diversidad y complejidad de los requisitos previstos en la ley, los pliegos y la propuesta.

### **Hecho del príncipe**

Actos de la Administración como Estado, no como contratante. Por ejemplo, creación de un nuevo tributo.

#### Elementos

- 1) Expedición de un acto general y abstracto.
- 2) Incidencia del acto en el contrato estatal.
- 3) Alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto.
- 4) Imprevisibilidad del acto al momento de la celebración del contrato.

En su alegato de conclusión, el apoderado de la Empresa, doctor Carlos Betancur Jaramillo, señaló que el Consorcio sustentó algunos reclamos en el “hecho del príncipe”, pero no indicó cuáles, aunque citó cambios en la ley tributaria, en las reglas de participación de la industria nacional, en las demoras en la aprobación de las licencias de importación y la parálisis en Envigado e Itagüí y también adujo el contratista que la Empresa modificaba unilateralmente los plazos del contrato, cada vez que se vencían.

Para la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano el “hecho del príncipe” se presenta cuando el acto, la resolución o disposición que lesiona los derechos del contratante provienen de la misma entidad pública que celebró el contrato, generándose así un caso de responsabilidad sin culpa. Pero, según dice la misma jurisprudencia, cuando el hecho generador del daño proviene de una esfera del Estado distinta de la persona pública contratante, aunque no se priva al cocontratante de la indemnización del perjuicio sufrido, esta deberá buscarse a través de la aplicación de la teoría de la imprevisión (sentencia de 29 de mayo de 2003, expediente No. 14577).

Esta posición jurisprudencial encuentra su respaldo en la obra del profesor Riveró, quien anota:

“La teoría no interviene jamás cuando la medida que agrava las obligaciones del cocontratante emana no de la persona pública contratante, sino de otra persona pública, por ejemplo, cuando un decreto, acto del Estado, agrava, en materia social, la situación de los cocontratantes de las colectividades locales. En este caso, hay una asimilación del álea administrativa al álea económica y la aplicación eventual de la teoría de la imprevisión” (*Derecho Administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pág. 141).

El Consejo de Estado en la misma sentencia antecitada, al enunciar los otros supuestos de la teoría del “hecho del príncipe”, advierte: a) Que el contrato deberá afectarse en forma grave o anormal como consecuencia de la aplicación del hecho que produce el desequilibrio; b) Que la medida debe incidir en la economía del contrato en una suma determinada o determinable que altere la ecuación económica del mismo, considerada al momento de su celebración por la ocurrencia de álea extraordinaria; c) Que el álea ordinaria debe ser absorbida por el cocontratante; d) Que la expedición de la medida debe ser razonablemente imprevista para las partes, o sea, que debe ser un hecho nuevo para estas; e) Que la medida haya sido expedida por la misma entidad contratante.

Cumplidos estos hechos y adecuadamente probados, procederá la indemnización integral. Así, en el fondo, se impondrá ese restablecimiento total por haber sido la misma entidad contratante la responsable de la medida, ya que se presume que tenía por qué saber que la afectación del equilibrio se produciría. En cambio, cuando el acto o el hecho que afecta esa ecuación viene de otra esfera de la administración (nacional, departamental o municipal) la indemnización, ya con base en la imprevisión y no propiamente en la tesis el “hecho del príncipe”, solo podrá ir hasta el punto de no pérdida, como lo señala el artículo 5, numeral 1, inciso 2º de la Ley 80 de 1993.

Fuera de la impropiedad en el enunciado de la *causa petendi*, existe otro obstáculo para el reconocimiento del monto de la indemnización, porque este

no se acreditó adecuadamente; lo que sucede también con los reclamos formulados con apoyo en la teoría del “hecho del príncipe” por eventos externos a la administración contratante o del incumplimiento contractual que se le imputa a la Empresa; punto este último jurídicamente comprometido con la declaratoria de incumplimiento dictada por la Empresa y cuyo acto administrativo se encuentra demandado ante el Tribunal de Antioquia.

### **Doctrina de los actos propios**

Tesis que se apoya en el principio de la buena fe y en la que se indica que nadie puede ir en contra de sus propios actos.

En esta tesis se apoyó la Empresa en el alegato al reclamo No. 2 formulado por el Consorcio, en el cual consideró el contratista que se causó un daño antijurídico a las empresas integrantes del mismo, con ocasión de la prórroga en tres meses al plazo del contrato 49 de 1984 para poner en funcionamiento el sistema, y una prórroga de cuatro meses al plazo para la entrega de los diseños, que por decisión de la ETMVA fue necesario incluir en el Acta de Acuerdo de Cambio No. 1 del 30 de septiembre de 1985. Solicitó, en consecuencia, el reconocimiento y pago de las sumas que resultaran probadas en el proceso, debidamente actualizadas.

A este respecto, señaló la Empresa que por razones de interés general, el Metro de Medellín modificó el trazado inicial en el pliego de condiciones, de lo cual tuvo conocimiento el CHA desde el mes de noviembre de 1984, tal como lo reconoció en el hecho quinto de su demanda, reclamo No. 2.

Se anotó que también era claro que en aras del principio de la buena fe que rige la contratación pública, se le informó al contratista el cambio que se haría para que presentara un estudio de las implicaciones que tendría dicha modificación.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la Administración tiene la potestad de modificar el contrato, siempre que esté implícito el interés público, y las partes deben regirse por el principio de la buena fe.

El principio de la buena fe exige a las partes contratantes una mutua colaboración durante la ejecución del contrato, de tal forma que permita ejercer la actividad contractual sin contratiempos ni trabas. Así lo entendió la Empresa al momento de considerar el cambio en el diseño del sistema por razones de una mejor prestación del servicio, y lo puso

en conocimiento del contratista para que indicara las implicaciones que traería para él dicha modificación, para lo cual sostuvo varias reuniones y analizó el *dossier* presentado para tal efecto el 15 de mayo de 1985.

Las partes lograron un acuerdo que quedó consignado en el Acta de Acuerdo de Cambio No. 1, en el que claramente se estipuló que su objeto era hacer constar “los cambios en la configuración original del Proyecto del Tren Metropolitano, la ampliación de plazos y las implicaciones en sus costos”.

Este acuerdo no permitía replantear nuevas razones de orden jurídico, sino solo cuando se advirtiera que fue adoptado con vicios del consentimiento o cuando se configuraba cualquiera de las causales de nulidad traídas por la ley, lo que no se dio en este evento.

Cuando el CHA firmó el Acta de Acuerdo de Cambio No. 1 no hizo ninguna salvedad en relación con el aumento del plazo para la entrega del diseño y para la entrega en funcionamiento del sistema. Por el contrario, suscribió el acuerdo con conocimiento de lo que hacía, no fue constreñido y lo pactado no estaba viciado de error. Por lo tanto, no le era dado pedir un reconocimiento que no solicitó en tiempo.

Dijo el apoderado de la entidad en sus alegatos que el CHA no tenía ninguna duda al respecto, pues en el Acta de Acuerdo de Cambio No. 1 solo reclamó por unos ítems y nada dijo en relación con el mayor plazo generado con la firma del acta, por lo que se entendía que el contratista conocía cuál era el momento oportuno para manifestar su inconformidad sobre las implicaciones que el acuerdo tenía para las partes.

Se insistió en que no podía el convocante ir en contra de su propio acto para reclamar “perjuicios” que según él no le habían sido reconocidos, ¿por qué firmó entonces el acta sin hacer ninguna salvedad?

Igualmente, en el alegato al reclamo No. 5, en el que el Consorcio solicitaba el pago del suministro y montaje de la iluminación del patio de Bello como obra extra o adicional, la Empresa fue enfática en precisar que la actitud del CHA atentaba contra el principio de la buena fe con que deben comportarse las partes contratantes, que lleva ínsito el deber de colaboración que rige las relaciones jurídicas, aplicables tanto en el derecho privado como en el público y para el efecto trajo a colación lo que dicen los tratadistas en relación con este principio:

El principio de buena fe exige en los sujetos una positiva actitud de cooperación y generación de confianza en las propias declaraciones, manteniendo la palabra empeñada y operando como límite respecto de los derechos subjetivos (Marcelo J. López Mesa y Carlos Rogel Vide, *La doctrina de los actos propios*, Editoriales B de f y Reus, Buenos Aires, 2005, pág. 65).

Dijo el doctor Betancur Jaramillo en la etapa de alegatos que desde el momento en que el Consorcio presentó la oferta, la Empresa confió en la transparencia y coherencia del CHA y consideró que de acuerdo con lo indicado en los pliegos de condiciones, era clara su obligación de suministrar los elementos necesarios para la iluminación de la parte exterior del patio de Bello, pues era lógico que con la experiencia que tenía, actuara con diligencia al prever la importancia de estas obras en un proyecto de la magnitud del Metro de Medellín.

El contratista no fue coherente, insistió el Metro, pues primero indicó que la iluminación incluía la parte exterior del patio de Bello; luego formuló el reclamo No. 5, y aun así, señaló después que el ítem de iluminación se suministraría sin costo adicional.

Se puso así en evidencia la falta de transparencia y de coherencia del contratista, su absoluta falta de diligencia y de previsión durante la actividad contractual. Esta teoría también sirvió de apoyo para la Empresa en el alegato al reclamo No. 6, en el que se solicitaba el reconocimiento y pago de las mayores cantidades de materiales y equipos en exceso de los previstos para el montaje de la catenaria.

### **Nulidad de la prueba financiera**

Dentro del texto de los alegatos de conclusión, presentados en forma escrita y sustentados verbalmente, la Empresa solicitó declarar la nulidad de la prueba financiera, por cuanto la misma había sido realizada sin otorgarle a la entidad la posibilidad de controvertirla, toda vez que no se le proporcionaron los papeles de trabajo y los soportes de los resultados entregados por el perito.

En efecto, consideró la Empresa que el dictamen financiero se había elaborado por parte de los peritos con información que no fue co-

nocida por la ETMVA, pues durante los viajes que se hicieron a Europa para corroborar la información contable de las empresas integrantes del Consorcio, al Metro, a pesar de sus ingentes esfuerzos para tener acceso a la contabilidad de estas empresas, no le fue posible, pues por condiciones particulares de cada una de las compañías del Consorcio, siempre se presentaron obstáculos para llegar a dicha información.

La documentación con la cual se elaboraron los peritajes solo les fue entregada a los peritos por parte de las empresas integrantes del Consorcio Hispano Alemán, y los expertos nunca se la dieron a conocer a la entidad, toda vez que consideraron que se trataba de información confidencial y que solo estaba disponible para los árbitros.

De acuerdo con los argumentos planteados por el Metro y ante la evidencia de que los papeles de trabajo en los que se apoyaba la prueba financiera no habían sido puestos en conocimiento de la Empresa, pese a que se había solicitado su remisión en las audiencias de abril y junio de 2006, el Tribunal de Arbitramento, al finalizar la audiencia de alegatos de conclusión, ordenó la apertura de un nuevo período probatorio con el propósito de que la entidad tuviera la oportunidad de controvertir el dictamen financiero y los papeles de trabajo en los cuales se apoyó el experto.

Revisados los papeles de trabajo por el Metro, se logró evidenciar que los mismos no permitían soportar razonablemente los valores consignados en el dictamen pericial. Por esta razón, dentro de la oportunidad legal, la Empresa insistió en la nulidad de la prueba financiera, no solo por el hecho de que no tuvo la oportunidad de controvertirla, sino por cuanto la misma no estaba soportada adecuadamente en papeles de trabajo que demostraran la realidad de las cifras allí consignadas.

Las siguientes son las razones por las que el doctor Carlos Betancur Jaramillo, apoderado de la Empresa, le solicitó al Tribunal declarar la nulidad de la prueba financiera:

- 1) De los papeles de trabajo suministrados por el Perito no se evidencian las cifras contenidas en el informe financiero realizado por este, ni permiten verificar aspectos de fondo que posibiliten al Metro ejercer los derechos de contradicción y defensa a que tiene derecho.

Se llegó a la anterior conclusión, después del análisis de las respuestas del Perito, en las que se evidenciaba que este no aportó todos los papeles de trabajo que permitieran entender el dictamen, aduciendo para ello la confidencialidad de los mismos. Por tanto, al no aportarlos tal y como lo ordenó el Tribunal, impidió al Metro ejercer el legítimo derecho de contradicción o defensa, por falta de publicidad de la prueba, lo cual la afecta de nulidad.

Debe precisarse que no puede entenderse como un verdadero ejercicio del derecho de contradicción la oportunidad que se le dio al Metro para formular las denominadas solicitudes de aclaración, toda vez que la Empresa, al formular las SDA, se vio en la obligación de destinar esta oportunidad procesal para pedir los soportes y/o los papeles de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento de la Uncitral, esto es, las partes tendrán derecho a examinar cualquier documento que el Perito haya invocado en su dictamen.

Es decir, la ETMVA se vio en la obligación de utilizar las SDA para tratar de obtener una información a la que tenía derecho a acceder y que debió aportarse con el dictamen, o en su defecto, han debido entregarse los papeles de trabajo que de igual forma soportaran el dictamen rendido.

(...)

En síntesis, las conclusiones del Perito contenidas en su dictamen no aparecen soportadas en los papeles de trabajo recibidos y por ende, al Metro le fue imposible ejercer plenamente y en su totalidad el derecho de contradicción de la prueba, por falta de publicidad de la misma, cuya inobservancia genera la nulidad de la prueba o, en el mejor de los casos, su ineficacia.

En efecto, así el Perito insista en afirmar que envió a las partes todos los papeles de trabajo relacionados con los documentos invocados en el dictamen, como lo hizo en la audiencia del pasado 7 de mayo, quedó claro en la misma audiencia que el experto no aportó todos los documentos que invocó en su experticio, ni tampoco elaboró los papeles de trabajo en los que

dejara la constancia de las revisiones efectuadas a dichos documentos y la información extractada de ellos.

2) El Perito entra en contradicción abierta entre la metodología que afirmó utilizar en la realización de su informe y en el resultado del mismo, al decir que se basó en las Normas Internacionales de Auditoría, a pesar de que no dejó rastros de la observación de las mismas, lo que constituye una omisión que genera dudas razonables sobre el resultado del trabajo del peritazgo.

Es importante precisar que en ningún momento la Empresa pretende invadir el ámbito privado del profesional, ni muchísimo menos, auditar al Perito; lo que se evalúa es el dictamen, el cual debe indicar cómo el Perito preparó su trabajo, ya que de otra manera las partes no podrían ejercer el derecho de contradicción. Es decir, el razonamiento, análisis y documentación del trabajo puede ser examinado por las partes, sin que ello implique una invasión al terreno profesional del Perito.

Adicional a lo anterior, constituye un derecho de las partes evaluar el trabajo desde el punto de vista formal, material, legal y técnico, lo cual obedece al ejercicio del derecho de contradicción. Las aclaraciones que se han pedido al Perito se formulan a sabiendas de que se trata de un dictamen pericial, no de una auditoría. Pero, se reitera, tanto la una como la otra deben incluir los soportes y explicaciones de las conclusiones a que se arriban, una vez realizado el trabajo. No se entiende por qué el Perito reacciona ante las SDA y se siente invadido en la órbita de su actividad profesional cuando se le indaga por el cumplimiento de las normas de auditoría pues fue él quien en la parte introductoria de su dictamen pericial indicó que determinó los resultados económicos de las empresas del proyecto siguiendo lo que establecen las Normas Internacionales de Auditoría. Le preocupa a la Empresa que esta afirmación se haya consignado en el dictamen con la intención de generar credibilidad en el informe ante las partes y el Tribunal y que en realidad dichas normas no fueron aplicadas.

(...)

La conformación del grupo de trabajo y su calidad técnica no están en duda pero ello no los exime de la obligación de sustentar documentalmente las fuentes de consulta utilizadas, los cálculos y análisis realizados y los soportes de las conclusiones vertidas en el dictamen. Es decir, por la calidad e idoneidad de los expertos en la materia, con tan altas calidades técnicas, se esperaba un trabajo debidamente documentado, verificable y de tal solidez, claridad y contundencia que quien lo revisara estuviera en condiciones de comprender de dónde fueron extractadas cada una de las cifras plasmadas en el dictamen. Para la Empresa no fue claro el dictamen, por lo tanto solicitó las aclaraciones correspondientes, sus soportes y evidencias.

Y es que la razonabilidad a que alude el Perito no se garantiza con la simple afirmación que él haga en relación con los elementos que se tuvieron en cuenta para la determinación del resultado económico. La razonabilidad solo se puede verificar mediante la realización de un papel de trabajo que soporte y explique la conclusión vertida en el dictamen. Por eso se exige que los papeles de trabajo deben ser adecuados y permanentemente protegidos.

3) No existió un centro de costos que reflejara el 100% del proyecto:  
Al no existir una contabilidad única del Consorcio en Colombia para este proyecto, como ya se evidenció, ni la existencia de registros contables independientes para el proyecto por parte de las empresas integrantes del Consorcio con un manejo claro y documentado de centros de costos, como en efecto lo afirmó el propio Perito, se hace extremadamente difícil concluir cuál fue el resultado económico de cada una de estas empresas. Lo anterior se entiende como una clara ausencia probatoria que le resta validez a la prueba pedida por el demandante, con los efectos lógicos que esto debe tener al momento de valorar el dictamen.

4) No se incluyó en los denominados papeles de trabajo el tratamiento que se les dio a los centros de costos parciales, precios de transferencia, etc.

Sin considerar el hecho cierto de que no se llevó una contabilidad única para el proyecto, el Perito informó que había recurrido a métodos alternativos de análisis para determinar los resultados, lo cual hubiera sido apro-

piado siempre y cuando dejara constancias escritas de su actuación, registradas en papeles de trabajo debidamente elaborados para que sirvieran como prueba y soporte de los análisis efectuados. Desafortunadamente, en la mayoría de los casos no se encontraron tales evidencias, con lo que se impidió al Metro de Medellín la posibilidad de contradecir la prueba.

Algunos de los insumos y servicios provistos por los contratistas locales fueron adquiridos de sus matrices en el exterior. Igualmente, se presentaron transacciones entre las empresas integrantes del Consorcio en Europa, de cuya existencia no se dice nada.

El problema con estas transferencias, cuando no se conoce en forma precisa la metodología utilizada para la determinación del precio del insumo transferido, es que este puede perfectamente incluir ya una absorción de costos y gastos indirectos en la empresa de origen, generando así una duplicidad al aplicar posteriormente y en forma general la imputación de los costos y gastos indirectos y de los gastos de sede de las empresas matrices. Peor aún, estos precios de transferencia normalmente incluyen un margen de utilidad para la sociedad de origen, como es de normal ocurrencia y perfectamente legal para muchas transacciones entre compañías vinculadas, por lo que al desconocer esta circunstancia, se distorsionan gravemente los costos finales determinados por el Perito en su informe.

No obstante que se mencionó en el informe introductorio, no se observó en ninguna parte el tratamiento a los precios de transferencia ni la eliminación de cuentas recíprocas entre empresas del Consorcio o las contrapartidas de ingresos contra gastos entre ellas. Lo anterior equivale a decir que si para los efectos de este contrato uno de los integrantes del Consorcio transfirió bienes y servicios a otro u otros de sus integrantes, esta circunstancia ha debido quedar registrada en papeles de trabajo en los que se explicara el tratamiento dado a los precios de transferencia neutralizando el efecto de las utilidades de una empresa a otra.

5) No se explicó en los papeles de trabajo cómo se conciliaron los cambios en técnicas contables e informáticas en los diferentes países y empresas integrantes del CHA.

La Empresa verificó que, en efecto, durante los años del proyecto se produjeron numerosos e importantes cambios en las técnicas contables en España y Alemania, sin embargo, no encontró ningún documento en el que se pudiera verificar ese proceso de homogeneización de las cifras de las empresas contratistas en cada período.

Para ser más explícitos, cada país tiene normas contables y planes de cuentas diferentes y las fechas de cierre fiscal no necesariamente deben hacerse en diciembre como sucede en Colombia. Efectivamente, frente a planes de cuentas y fechas de cierre diferentes, el Perito ha debido recurrir a los libros auxiliares de las compañías visitadas y a los estados financieros de prueba para tomar las cifras parciales y desagregadas de los períodos fiscales y registrarlas en papeles de trabajo, y de esta forma homogeneizar y compatibilizar las cifras de cara al resultado pretendido.

## LAUDO ARBITRAL

El 21 de noviembre de 2007 le fue notificado a la Empresa el laudo, proferido por el Tribunal de Arbitramento Internacional en la ciudad de Panamá el 15 de noviembre anterior.

A continuación, el análisis que hizo el Tribunal de Arbitramento en relación con las excepciones propuestas por el apoderado de la ETMVA.

### **Falta de competencia del Tribunal Arbitral**

Consideró al respecto el Tribunal:

(...) resulta necesario a continuación determinar como primera medida si el compromiso arbitral contenido en el contrato adicional del 13 de febrero del año 1992 entre la ETMVA y el Consorcio y reglamentado por los convenios posteriores celebrados entre las mismas partes, se encuentra vigente a la fecha, o si por el contrario, ha sido revocado o derogado por las mismas partes en algún momento. Más precisamente, si el mecanismo de solución allí establecido relativo a las diferencias que las partes incluyeron fue dejada sin efecto, derogada o revocada por virtud de la celebración del acuerdo que las partes celebraron el 14 de junio de 1994.

En primer término, se refirió el Tribunal a la decisión del Consejo de Estado del 26 de febrero de 1998, que declaró la validez de la cláusula octava del contrato 49 de 1984:

(...) la conclusión del alcance de lo resuelto no puede sino ser una sola y es que la sentencia del Consejo de Estado –máximo órgano jurisdiccional estatal con competencia en el asunto– al rechazar la demanda de anulación y declarar válido el compromiso arbitral internacional, zanjó con fuerza de verdad legal el aspecto en disputa, cerrando definitivamente toda posibilidad de debate futuro entre las partes sobre tan determinante aspecto sin violentar uno de los postulados básicos del estado de derecho, como es el del respeto irrestricto de una sentencia judicial basada en autoridad de cosa juzgada.

En segundo término, analizaron los árbitros en su decisión si el acuerdo del 13 de febrero de 1992 había sido modificado o revocado por las partes en virtud del acuerdo suscrito el 14 de junio de 1994 y a este respecto consideró que por la sola suscripción de este último acuerdo no se podía concluir que se hubiese derogado la cláusula octava del contrato adicional de 1992, ni mucho menos el procedimiento para la aplicación de esta cláusula, que había sido suscrita el 2 de junio de 1993.

Por último, el Tribunal de Arbitramento dedicó su estudio a definir cuál de los supuestos contenidos en la cláusula séptima del acuerdo del 14 de junio de 1994 se había materializado, esto es, si los reclamos se debían someter a consideración de un tribunal de arbitramento internacional o uno nacional:

(...) en el despliegue de la autonomía de su voluntad y tratándose de cuestiones de naturaleza eminentemente patrimonial y por tanto susceptibles de ser transigidas, las partes establecieron en el segundo párrafo de la mencionada cláusula séptima del acuerdo del 14/6/1994 que si antes de la emisión del estudio (concepto o recomendación) por parte del Grupo de Trabajo no se producía el dictado de la sentencia o la sanción de la ley citada, se seguiría el procedimiento fijado en el acuerdo de 1994, y su resultado no podría ser desconocido por las partes cualquiera fuere la decisión contenida en la sentencia o ley que con posterioridad se emitiese o se sancionase –respectivamente– sobre dicha cláusula.

En cambio, conforme el primer párrafo de la referida cláusula séptima, se acordó que si antes de la emisión del “concepto” o “recomendación” por parte del Grupo de Trabajo se producía el dictado de la sentencia o la sanción de una ley firme e incontrovertible que permitiera la validez de la cláusula octava del contrato adicional, las partes se someterían al procedimiento del arbitraje internacional dispuesto en dicha cláusula y le darían cumplimiento.

De ello se deriva que las partes no pudieron haber entendido que el acuerdo del año 1994 derogaba *ipso jure* el compromiso arbitral inserto en el contrato adicional del año 1992 puesto que previeron específicamente la contingencia de que se dictara dicha sentencia o se sancionara la referida legislación antes de que el Grupo de Trabajo culminara con la labor que le encomendaron.

Así las cosas, examinando el modo en que finalizó la labor llevada a cabo por el “Grupo de Trabajo” conforme surge de las piezas instrumentales agregadas al proceso arriba transcritas (vid. punto 2 del acta n° 16), este Tribunal Arbitral Internacional concluye que a pesar de que la labor insumió casi quince (15) meses de trabajo, la “recomendación” o “concepto” del Grupo de Trabajo integrado de conformidad a lo establecido por el acuerdo del 14/6/1994 no se produjo del modo esperado por las partes y según ellas mismas expresamente lo requirieron en la cláusula séptima del referido acuerdo, motivo por el cual y por aplicación de dicha cláusula las partes han manifestado expresamente su voluntad de someterse y dar cumplimiento a la cláusula compromisoria del contrato adicional del 13 de febrero de 1992.

No puede asignársele tal carácter al documento emitido en soledad por el abogado Ramón Eduardo Madriñán De La Torre en el mes de octubre de 1995 y que lleva por título “Consideraciones sobre el Contrato 49 de 1984 y algunas incidencias sobre su desarrollo”, por cuanto no fue esa la manifiesta y expresa intención de las partes celebrantes del acuerdo del 14/6/1994 y aun cuando así no fuera, el procedimiento reglado en el citado acuerdo debía necesariamente concluir mediante la expresa aceptación de ambas partes a través de la celebración de los acuerdos relativos, los cuales –de materializarse– debían todavía ser sometidos a la validación del Tribunal

de Arbitramento doméstico para darles el pleno efecto vinculante que se deriva de la cosa juzgada.

En consecuencia, despachó desfavorablemente la primera excepción propuesta, por considerar que la cláusula octava del contrato adicional del 13 de febrero de 1992 no había sido revocada o dejada sin efecto por partes, en virtud del acuerdo del 14 de junio de 1994.

### **Reserva de jurisdicción**

En relación con esta excepción, consistente en que solo los jueces administrativos son los competentes para conocer de litigios en los que se discuta la validez de actos administrativos, señaló el Tribunal que no se iba a pronunciar ni directa ni indirectamente sobre la validez de actos administrativos proferidos por la entidad en ejercicio de sus poderes exorbitantes, por cuanto la competencia asignada a los árbitros por las partes comprendía exclusivamente la procedencia y cuantía de las reclamaciones contenidas en el compromiso arbitral.

Precisó el Tribunal:

(...) para el Tribunal es claro que si aceptara la postura de la ETMVA en este crucial asunto, estaría consintiendo que se verifique una flagrante violación a los principios jurídicos y valores que expresamente han sido recibidos positivamente por el derecho internacional y que dan sustento a todo el tráfico mercantil entre sujetos, tanto públicos como privados, de distintas nacionalidades.

Es por ello que a partir del examen minucioso de las posturas esgrimidas por ambas partes y de las probanzas obrantes en el expediente, este Tribunal cuenta con elementos de convicción suficientes para concluir en que la pretensión procesal desplegada por la demandante ante esta sede tiene por objeto exclusivo obtener una reparación patrimonial con base en las reclamaciones que oportunamente planteara ante la ETVMA en el marco de la relación contractual, asuntos todos ellos que las partes acordaron incluir en la cláusula octava del contrato adicional del 13 de febrero de 1992.

Así las cosas, este Tribunal entiende que el orden público internacional es el prisma con el que debe enfocarse la solución de la excepción planteada por la demandada y ese criterio es para más coincidente con el que acoge la jurisprudencia actual de la Corte Constitucional de Colombia.

Estos mismos argumentos le sirvieron al Tribunal para despachar desfavorablemente las excepciones de prejudicialidad y pleito pendiente, interpuestas por la Empresa.

### **Incompetencia temporal en virtud de la orden judicial de abstención de aplicación de la cláusula octava del contrato adicional de 1992**

Para abordar esta excepción, el Tribunal planteó dos interrogantes, a saber: 1) ¿Puede un tribunal local impedir el funcionamiento de un tribunal arbitral internacional?; 2) ¿La sentencia de tutela le impedía a la ETMVA constituir un tribunal de arbitraje internacional?

En cuanto al primer interrogante, respondió:

Al primer interrogante la respuesta negativa se impone. Conforme ha quedado expuesto en el desarrollo de la excepción de incompetencia absoluta articulada por la demandada en su primera formulación (inexistencia de la cláusula compromisoria), este Tribunal ha dejado establecido que el compromiso arbitral ha sido válidamente celebrado por las partes, conforme tuvieron oportunidad –incluso– de decidirlo las instancias jurisdiccionales locales, y que no ha sido revocado o derogado por los acuerdos suscriptos con posterioridad.

(...)

En ese sentido, la competencia atribuida a este Tribunal Arbitral Internacional, en virtud de lo pactado por las partes y de acuerdo –incluso– al reconocimiento de la normativa vigente en el derecho colombiano sobre el arbitraje internacional, no puede en modo alguno verse menoscabada o enervada a través de decisiones de tribunales locales colombianos, toda vez que la jurisdicción arbitral internacional pactada implicó la “sustracción

consensuada” de lo concerniente a la resolución de los reclamos establecidos en la citada cláusula arbitral del año 1992 del ámbito de competencia de los tribunales colombianos, sean estos judiciales o arbitrales, a tenor de lo prescrito en el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia y de la legislación que se le subordina.

Finalmente no sobra advertir que el propósito último de la tutela era suspender la conformación y desarrollo del proceso arbitral, hasta tanto el juez con competencia en lo contencioso administrativo determinara cuál era la cláusula compromisoria vigente, con base en lo cual se definiría si el Tribunal de Arbitramento Internacional era competente o no para conocer de las reclamaciones formuladas por el Consorcio. Sin embargo, de acuerdo con la ley colombiana (vid. art. 147, num. 2 del Decreto 1818 de 1998) y con el Reglamento Uncitral (art. 16), acogido por las partes, los árbitros tienen atribución expresa para decidir todo lo concerniente a su propia competencia, de suerte que las decisiones de los jueces estatales no pueden recortarle esa facultad, ni postergar su ejercicio.

Para resolver el segundo interrogante, precisó el Tribunal:

(...) del análisis de las decisiones jurisdiccionales recaídas en el proceso tutelar sentenciado, dos conclusiones se desprenden a juicio de este Tribunal: a) La primera es que de ninguna parte surge, ni puede implicarse de sus términos, que las mentadas órdenes pretendan estar dirigidas a este Tribunal Arbitral Internacional; b) La segunda y no por ello menos importante, es que si el proceso promovido ante la jurisdicción local ha tenido por confeso propósito tutelar el ejercicio pleno del derecho de la demandada a la jurisdicción, de manera tal de no verse constreñida, sin su expresa adhesión, a ser demandada en una jurisdicción que no fuese la que ella hubiera acordado (vid. punto 2 de la orden de tutela impartida) no se aprecia que ese derecho –de carácter fundamental– se haya visto agraviado a partir del consentimiento expreso de la demandada de acudir a esta instancia arbitral internacional, la cual se ha conformado por su expresa y deliberada decisión y se ha desarrollado con amplitud de debate y prueba y pleno respeto de las garantías cuya tutela persiguió.

Es ostensible que dicha sentencia ha tenido como finalidad proteger los derechos de la demandada que consideró amenazados impidiendo que una de las partes en la relación jurídica sustancial (en el caso el Consorcio), ante la eventual inacción de su contraparte, pudiera poner en funcionamiento –sin el expreso consentimiento de aquella– el procedimiento reglado para la solución del conflicto y se designen por otro sujeto que no fuera la propia demandada al amigable componedor o al árbitro que a ella le correspondería designar (verbigracia por la Cámara de Comercio de Medellín y a instancias del Consorcio), pero habiendo ella acudido voluntariamente ante este Tribunal y llevado a cabo actos destinados a su integración y funcionamiento ha decidido libremente someterse a su jurisdicción y en ese orden de ideas bien podría afirmarse que ha quedado cumplida la propia finalidad de la acción tutelar.

En consecuencia, el Tribunal de Arbitramento Internacional desestimó la excepción de incompetencia temporal y con estos mismos argumentos, rechazó también las excepciones de fraude a decisión judicial y la de no prevalencia de la justicia arbitral internacional.

### **Incompetencia temporal por petición antes de tiempo**

Se pronunció así el Tribunal:

Tal como desde su formulación se señala por la demandada, esta excepción tiene carácter dilatorio en el sentido de que en su criterio este Tribunal Arbitral debería abstenerse de intervenir hasta tanto el procedimiento de amigable composición se hubiere completado.

Admitiendo en un marco de análisis puramente teórico que la promoción de la acción de tutela por parte de la ETMVA y los fundamentos esgrimidos para articular la presente excepción de “incompetencia en razón del tiempo” no resultan contradictorios, la pregunta que correspondería formularse es si conforme lo acordado por las partes en la cláusula compromisoria arbitral de 1992 y en el por ellas mismas denominado “Procedimiento acordado para la integración y funcionamiento de los Componedores” que

suscribieran el 2 de junio de 1993, ¿es obligatorio dar por concluido con carácter previo a la constitución del Tribunal Arbitral el trámite de amigable composición? y, aún más, si la respuesta al anterior interrogante fuese afirmativa, cabría todavía preguntarse, ¿cuándo se debería considerar concluido dicho trámite de amigables componedores y por ende habilitada la instancia arbitral?(...) ante el acaecimiento de cualquier circunstancia que impidiera el desarrollo de la etapa de la amigable composición en los plazos previstos, se pondría en funcionamiento el proceso arbitral pactado, ya que o la previsión comporta una condición nula al hacerla depender de la voluntad exclusiva de uno solo de los contrayentes (vid. art. 1535 Código Civil) 53 o bien resultó fallida (vid. art. 1537 Código Civil) 54, o –en buenos principios– dejó a salvo el derecho de los contrayentes de ocurrir ante el órgano jurisdiccional pactado en el supuesto de que dicha etapa no materializara en el tiempo previsto la solución que con ella se perseguía.

El Tribunal solo puede inclinarse por esta última interpretación, pues debe acoger, de acuerdo con las reglas de hermenéutica, aquella inteligencia plausible que le dé pleno efecto a las estipulaciones de las partes (*in favori negotii*).

En ese orden de ideas, la instancia de la amigable composición no puede constituirse en un ritualismo estéril, un mero recurso para dilatar la decisión del órgano jurisdiccional al que las partes por su propia decisión lo han investido para que –con ajuste al ordenamiento jurídico por ellas designado– emita una decisión de contenido jurídico y final respecto de los asuntos que han deferido al arbitraje internacional. Esa remisión al arbitraje internacional, según dispuso el reglamento en examen, se verifica de manera directa y en caso de que, por cualquier circunstancia, la amigable composición no rinda los frutos esperados en el plazo estipulado.

El Tribunal ha de manifestar que revisten una señalada importancia para la definición de las materias aquí debatidas, los propósitos perseguidos por las partes al convenir el procedimiento de solución estipulado.

A este respecto, entiende el Tribunal que la meta a la que estaba dirigido el procedimiento aludido era la de permitirles a las partes tener la oportunidad, mediante predeterminadas actuaciones e instancias, de negociar

entre ellas para tratar de llegar a arreglos directos sobre las reclamaciones planteadas, postergando razonablemente la convocatoria del arbitraje, por ser este un mecanismo más dispendioso, complejo y oneroso.

Pero es claro que el procedimiento establecido para las negociaciones directas, no puede convertirse en un obstáculo que dilate injustificadamente, ni menos en un escollo infranqueable que impida el acceso al arbitraje, que es el método definitivo acogido por las partes para resolver sus discrepancias.

Es incuestionable que para llegar a arreglos directos ambas partes deben tener la voluntad de lograrlos, de manera que si una o ambas carecen de esa intención, es por completo inane persistir en un procedimiento para arribar a ellos, cuando se puede inferir, de lo ocurrido, que ese esfuerzo resultará infructuoso.

Por lo anterior, el Tribunal rechazó esta excepción.

### **Excepción de Incompetencia en razón de la materia (*ratione materiae*)**

Entendió el Tribunal que la Empresa propuso una excepción que amparaba dos supuestos: el primero, una incompetencia total, pues los reclamos y pretensiones de la demanda no se correspondían con los incluidos en la cláusula octava de 1992; el segundo, una incompetencia parcial, toda vez que en la demanda arbitral se incluyeron asuntos que no habían sido objeto del pacto arbitral.

Anotó el Tribunal:

(...) la competencia material de este Tribunal encuentra como límite infranqueable el compromiso arbitral contenido en el contrato adicional del 13 de febrero de 1992, en el cual las partes de común acuerdo han especificado los asuntos a ser resueltos por la jurisdicción arbitral internacional y por ello la pretensión procesal desplegada por la demandante en su escrito de demanda debe ser correspondiente con dicho compromiso.

Así las cosas, este Tribunal solo podrá conocer sobre las diferencias jurídicas contenidas en los reclamos contemplados en el compromiso arbitral que ha-

yan sido objeto de petición ante esta jurisdicción, por cuanto ese constituye el límite material de actuación de este Tribunal Arbitral. De tal suerte que debe existir una correspondencia sustancial entre las causas que dan origen a las peticiones formalizadas ante este Tribunal y aquellas que sustentaron los reclamos incluidos por las partes en el compromiso arbitral.

(...)

(...) en la medida que una causa o situación de hecho –que hubiere dado sustento a un reclamo– surgida al tiempo de celebrar el contrato adicional del 13 de febrero de 1992 subsista a la fecha de cumplimiento de la condición suspensiva fijada por las partes en el Acta de Madrid del 4 de junio de 1993, no puede –*a priori*– entenderse excluida del contexto en el cual este Tribunal es convocado para resolver los conflictos, salvedad hecha de aquellos reclamos que ostensiblemente responden a causas o situaciones de hecho nacidas con posterioridad o que no guardan ninguna relación con las controversias a que se refiere el compromiso arbitral de febrero de 1992.

En suma, el criterio para la determinación de la competencia material de este Tribunal no puede ser otro que dar pleno efecto a la intención de las partes expuesta de manera expresa en febrero de 1992 respecto de una situación de hecho vigente a ese momento y que perduró tiempo después, y complementariamente analizar la proyección de las consecuencias de una y otra situación de hecho para extender a ellas la competencia del Tribunal en la medida que posean una vinculación sustancial con los conflictos explícitos y con los subyacentes aquí debatidos.

Desde ese punto de vista, la competencia de este Tribunal Arbitral queda fijada por los reclamos planteados en las notas precitadas, hasta el límite de las consecuencias relativas a los mismos, en la medida en que resulten normalmente del orden natural y ordinario de las cosas. En ese sentido, dicha competencia se amplía para incluir las secuelas que suelen ser el resultado probable y previsible de una determinada causa contemplada en el compromiso; por tanto, debe atenderse a lo que corrientemente acaece según lo indica la experiencia diaria en orden al curso ordinario de los acontecimientos.

tecimientos, *id quod plerumque accidit*, para determinar hasta dónde llegan los efectos directos de tales causas.

En consecuencia, el Tribunal decidió desestimar la excepción total de incompetencia en razón de la materia, pues si bien las pretensiones y reclamos formulados en la demanda arbitral no eran exactamente los formulados en las comunicaciones incluidas en el acuerdo arbitral, sí se referían a los mismos hechos. Por otro lado y en relación con la excepción que entendió propuesta en forma parcial, postergó su análisis al momento en que se estudiara cada uno de los reclamos formulados en la demanda arbitral, bajo el entendido de que solo se tramitarían aquellos que hicieran parte de la cláusula arbitral.

### **Caducidad**

En síntesis, consideró el Tribunal que el término de caducidad no había empezado a correr, toda vez que la entidad no recibió a satisfacción la obra, ni cumplió con el procedimiento establecido en el contrato para su liquidación. Veamos:

De acuerdo con la primera parte de esta cláusula, se deduce que el plazo para liquidar el contrato debía comenzar a correr a partir del inicio de la etapa destinada a esa labor, para lo cual era menester el cumplimiento de una condición, consistente en la suscripción del certificado de aceptación y recibo de la obra, momento desde el cual se contaba el lapso de 30 días de que disponía El contratista, para formular la solicitud de liquidación. Por tanto, sin el perfeccionamiento de este certificado, no se iniciaba la fase de liquidación, lo que significa que el término para llevarla a cabo no podía empezar a transcurrir.

En otras palabras, la inobservancia de los requisitos convencionales establecidos para la iniciación de la fase liquidatoria impide que comience a correr el término para la liquidación y, por ende, el de caducidad.

En el presente caso, no se suscribió el certificado de aceptación y recibo de la obra, ni tampoco se llevó a cabo liquidación de ninguna naturaleza, de manera que la falta de perfeccionamiento de dicho certificado impidió que

se cumpliera la “condición de procedibilidad” pactada, lo que significa que no se inició el cómputo del término para liquidar el contrato ni tampoco, obviamente, el de la caducidad, pues el momento de partida de este depende del fenecimiento de aquel.

### **Contrato no cumplido (*exceptio no adimpleti contractus*)**

La Empresa consideró que no debían prosperar los reclamos del Consorcio, pues los mismos eran el resultado del incumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por el contratista, incumplimientos que se encontraban plasmados en las Resoluciones 1938 y 1958 de 1997, actos administrativos que se hallaban vigentes y que gozaban de la presunción de legalidad.

Igualmente, se pronunció el Tribunal de Arbitramento Internacional en relación con cada uno de los reclamos formulados en la demanda. A continuación, una síntesis de las consideraciones del Tribunal.

### **RECLAMOS 3, 13 Y 17: MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA**

Concluyeron los árbitros internacionales que las causas por las cuales se produjo una mayor permanencia en la obra no eran imputables al Consorcio contratista, sino a hechos imprevistos que rompieron el equilibrio económico del contrato, tales como la falta de financiación, la demora en el otorgamiento de las licencias de importación, la paralización de las obras en Envigado e Itagüí por la falta de licencias de construcción, por las mayores cantidades de obra, entre otros. Por esta razón se condenó al Metro por estos reclamos, según se pasa a explicar.

El Tribunal, apoyado en el dictamen del perito técnico, definió que a los 54 meses originalmente pactados para la ejecución del contrato y a los tres meses añadidos en el acta de cambio No. 1 del 30 de septiembre de 1985, debía adicionarse el mayor plazo útil que demandó la ejecución de la mayor cantidad de obra encomendada al Consorcio, que correspondía a un plazo de dieciocho meses, para un total de 75 meses, que razonablemente debían demorar las obras.

Asimismo, consideró el Tribunal que de conformidad con lo pactado en el contrato adicional del 13 de febrero de 1992, solo era competente para conocer de los reclamos formulados por el Consorcio desde el 30 de abril de 1985, fecha en la que se suscribió la orden de inicio,

hasta el 31 de agosto de 1995, día hasta el cual se prolongaron los efectos de dicho contrato adicional. En consecuencia, el plazo utilizado por el Tribunal para establecer el monto del reconocimiento por mayor permanencia en la obra fue de 124 meses, y no de 143, como lo solicitaba el contratista.

También consideró el Tribunal que en virtud de la disminución del plazo del contrato por su incompetencia material, igualmente se debía disminuir el plazo útil del contrato, pasando de 75 a 69 meses, período que debía ser descontado de los 124 meses, lo que arrojó un exceso en la ejecución del contrato de 55 meses.

De la misma manera, se dispuso en el laudo que de los 55 meses señalados se debía deducir el tiempo durante el cual estuvieron paralizadas las obras, que según el concepto de los peritos era de 27 meses, para un resultado de 28 meses.

Adicionalmente, se hace un descuento de 1,5 meses, de conformidad con lo conceptualizado en el dictamen técnico, que le asigna parcialmente al Consorcio responsabilidad en el retraso de ciertos trabajos en el período comprendido entre junio de 1993 y agosto de 1994.

Finalmente, definió el Tribunal que el plazo sobre el cual reconocería al Consorcio los mayores costos por la ejecución de la obra, sería en total de 26,5 meses.

#### **RECLAMO 14: REAJUSTE DE PRECIOS DE LA CAPACITACIÓN, RECLAMADA COMO CONSECUENCIA DE LA MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA**

De acuerdo con lo señalado por el Tribunal al pronunciarse en relación con los reclamos 3, 13 y 17, esto es, que la mayor permanencia no ocurrió por causas atribuibles al Consorcio contratista, se concluyó en el estudio del reclamo 14 que los valores pactados en el contrato 49 para la ejecución de esta actividad, debían ser actualizados desde la fecha desde la cual se debía impartir la capacitación a los trabajadores de la Empresa, mayo de 1990, hasta la fecha que realmente se impartió, septiembre de 1996.

Lo anterior, por cuanto para esta actividad no se había establecido en el contrato ningún tipo de reajuste y por el tiempo transcurrido, era evidente la pérdida de la capacidad adquisitiva, en razón de la inflación registrada en cada uno de los países de las monedas de origen del contrato.

### **RECLAMO 1: DEMORA EN LA ORDEN DE INICIO**

Consideró el Tribunal que este reclamo no tenía su apoyo en la teoría de la imprevisión, como lo había entendido la Empresa, sino en el incumplimiento contractual de la contratante, toda vez que no firmó la orden de inicio dentro de los dos meses siguientes a la firma del contrato, como lo había indicado en los pliegos de la licitación, sino que se demoró nueve meses y diez días.

En consecuencia, dispuso que se había afectado el equilibrio económico del contrato, por lo que se debía indemnizar al contratista por los siete meses y diez días adicionales que tardó la entidad en suscribir la orden de inicio.

### **RECLAMO 2: ACTA DE ACUERDO DE CAMBIO NO. 1 DEL 30 DE SEPTIEMBRE DE 1985, QUE ESTABLECIÓ UNA PRÓRROGA DE TRES MESES AL PLAZO ORIGINALMENTE PACTADO**

Se precisó en la decisión que si bien la Empresa estaba facultada para realizar modificaciones al contrato 49 de 1984, en su condición de entidad pública contratante y propietaria de las obras, y de acuerdo con las prerrogativas que se había reservado contractualmente, el Consorcio, por el simple hecho de haber firmado la orden de cambio No. 1 del 30 de septiembre de 1985, no había renunciado a reclamar cualquier otra repercusión económica.

A pesar de que hizo alusión a los argumentos expuestos por la Empresa en el alegato de conclusión, el Tribunal los despachó en forma desfavorable, sin tener en cuenta que desde la firma de la orden de inicio el Consorcio tuvo conocimiento de los cambios del trazado inicial y que se suscribió el acta de acuerdo de cambio No. 1 del 30 de septiembre de 1985, la cual tenía por objeto definir la nueva configuración del proyecto, la ampliación del plazo y la implicación en los costos del contrato. Por lo tanto, si ya estaban definidas las repercusiones económicas, para la Empresa era claro que cualquier cobro adicional que se hiciera con posterioridad en razón de estas modificaciones, era un atentado contra el principio de la buena fe.

### **RECLAMO 4: SUMINISTRO, CONSTRUCCIÓN Y MONTAJE DEL SISTEMA DE PUESTA A TIERRA PARA PROTECCIÓN CONTRA CORRIENTES PARÁSITAS**

Según el Tribunal, no era posible deducir de los pliegos de condiciones que se les exigía a los proponentes prever la construcción contra corrientes parásitas. Por ello el Consorcio, en su propuesta, solo incluyó el estudio de un sistema contra dichas corrientes, y no su suministro. Por lo tanto, se señaló en el laudo arbitral que la Empresa debía reconocerlas como obras extras o complementarias.

Desconoció el Tribunal de Arbitramento los argumentos esbozados por la Empresa, consistentes en que de acuerdo con la experiencia que tenían las empresas integrantes del Consorcio Hispano Alemán, era su obligación incluir todas las actividades tendientes a garantizar que la obra se entregara totalmente acabada y lista para darla de inmediato al uso para el cual estaba destinada. En consecuencia, el contratista no solo debía presentar el estudio, sino suministrar, construir, montar y poner en funcionamiento el sistema de puesta a tierra para protección contra corrientes parásitas, obras que no eran complementarias sino necesarias para la seguridad de la operación en marcha del sistema.

#### **RECLAMO 5: ILUMINACIÓN PATIOS DE BELLO**

Según el Tribunal, si bien en los pliegos de condiciones no había una referencia precisa a la exigencia del contratista de efectuar la iluminación del área exterior del patio de Bello, apoyada en las respuestas del perito técnico, definió que las especificaciones contenidas en los pliegos eran muy generales y no podían ser interpretadas literalmente. Por tanto, al precisar que estas obras se requerían para poder adelantar las labores de mantenimiento en horarios nocturnos, concluyó el Tribunal que las mismas debían ser ejecutadas por el contratista y cotizadas en la oferta del contratista.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal desestimó este reclamo.

#### **RECLAMO 6: MAYORES CANTIDADES DE SUMINISTRO ORIGINA- DAS EN LOS CAMBIOS DE CRITERIOS DE DISEÑO DE LA CATENARIA**

Apoyado en el dictamen del perito técnico, consideró el Tribunal que la Empresa había introducido variaciones en el diseño de la catenaria que respondían a criterios estéticos, pero dada esta condición, los sobrecostos en que incurrió el contratista para cumplir con estas exigencias, le debían ser reconocidos por parte de la Empresa, pues no habían sido

considerados en la oferta del contratista, ni en las especificaciones contenidas en los pliegos de condiciones.

Sin embargo, no analizó el Tribunal los argumentos de la Empresa consistentes en que muchos de los cambios introducidos al diseño de la catenaria obedecieron a exigencias o restricciones constructivas, técnicas o de seguridad que ha debido tener en cuenta el contratista. Asimismo, indicó la entidad que el Consorcio guardó silencio al firmar las actas de acuerdo de cambio Nos. 1, 2 y 3, que recogieron las incidencias del contrato hasta el 1º de agosto de 1986. No obstante, posteriormente formuló reclamación por este concepto, lo cual constituía un atentado contra el principio de la buena fe.

### **RECLAMO 9: ÍNDICE TP (REAJUSTE DE LOS COSTOS DE NACIONALIZACIÓN)**

Sintetizó así el Tribunal este reclamo:

Este reclamo contiene dos peticiones pues, en resumidas cuentas, tiene una doble finalidad, ya que por una parte el Consorcio pretende que se le reconozca y abone la diferencia, por efecto de la devaluación de la moneda colombiana frente al dólar estadounidense, de las tasas que él venía obligado a pagar a la empresa Colpuertos, las cuales estaban fijadas en dólares estadounidenses, pero que él venía obligado a abonarle a Colpuertos en pesos colombianos según el tipo de cambio vigente al momento del pago y que –no obstante– percibía de la ETMVA en pesos colombianos al tipo de cambio vigente a junio de 1983 por ser esta la fecha de licitación y la ETMVA nunca accedió a este pedido del contratista.

Por otra parte, la pretensión tiene por finalidad que esas diferencias le sean reconocidas conforme el tipo de cambio vigente al momento de la nacionalización efectiva de los bienes y no a la fecha de llegada a puerto colombiano, pues dice que la demora en la nacionalización se debió exclusivamente a la carencia de recursos de la ETMVA para reembolsarle los pagos que él debía realizar por tal concepto y que –por esa razón– los pagos que él efectuó a Colpuertos los realizó al tipo de cambio vigente al momento de nacionalizar los bienes.

En cuanto a la primera petición, consideró el Tribunal que de acuerdo con lo establecido en los pliegos de condiciones, se trataba de un precio sujeto a reajuste y conforme a ello las partes pactaron una fórmula para medir las variaciones de los costos concurrentes a la formación del precio.

En consecuencia, interpretaron los árbitros que debía dársele aplicación a la cláusula de reajuste para mantener el valor constante de la contraprestación económica y con ella retribuir al contratista.

En cuanto a la segunda petición, se dispuso en el laudo que admitir la petición del Consorcio implicaría la modificación de la fórmula de reajuste pactada entre las partes, cuya atribución escapaba al ámbito de competencia del Tribunal. Además, no quedó demostrado en el proceso que la fórmula de reajuste fuese insuficiente para retribuir los valores pagados por el contratista. Por tal motivo, se estableció que el índice utilizado sería el vigente para el precio de venta de dólares por el Banco de la República de Colombia del último día del mes en que los equipos hubieran arribado a puerto colombiano.

### **RECLAMO 10: MAYOR VOLUMEN DE DISEÑOS**

Se indicó en el laudo, con apoyo en lo dicho por los peritos, que la mayor duración del plazo en la entrega de los diseños, no le permitía al Consorcio reclamar sobrecosto alguno a la Empresa, puesto que el procedimiento *fast-track*, que implicaba que los diseños se entregaban en la medida que se requerían para el avance de las obras, fue aceptado por las partes.

Al respecto, conceptuó el perito técnico:

La cantidad de planos que demanda una obra está determinada por los requerimientos que la misma impone para posibilitar la adecuada definición de la misma. Esta definición debe contemplar tanto los requerimientos derivados de su materialización así como de los que surgen de posibilitar el adecuado control de ejecución.

Toda estimación de la dimensión de la documentación requerida es técnicamente incierta. Las consecuencias derivadas de una subestimación o sobreestimación son, en una obra de las características de la que se analiza, responsabilidad directa del contratista en su doble carácter de proyectista y ejecutor.

No obstante lo anterior, el Tribunal le reconoció al contratista los mayores costos en los que incurrió por el diseño frontal y parabrisas y cierre del techo abovedado, toda vez que aquellas actividades adicionales de diseños que fueron ordenadas por la Empresa debían ser reconocidas.

### **RECLAMO 11: SOBRECOSTOS DIRECTOS POR DEMORAS Y PARALIZACIONES DE OBRA Y MONTAJES**

Reconocieron los árbitros de manera parcial los siguientes conceptos involucrados en este reclamo:

Sobrecostos directos por las parálisis de las obras en Itagüí y Envigado, por considerar que no fueron imputables al contratista sino a terceros. Sobrecostos por los trabajos adicionales en la estación Parque Berrío, pues las actividades adicionales emprendidas en esta estación implicaron una aceleración en la ejecución de los trabajos, que redundaron en un beneficio para la obra.

Negó el reconocimiento de pago por suspensiones y demoras en la relocalización de redes de servicio por la no entrega oportuna de predios para la construcción del viaducto de la línea A, pues el Consorcio, que tenía la carga de la prueba, no demostró los sobrecostos en que incurrió en el pago a sus subcontratistas.

Por las mismas razones, negó el reconocimiento de los sobrecostos por la paralización de la obra por demoras en la entrega de predios del viaducto Bello-Niquía.

### **RECLAMO 15: CAMBIO EN LAS CONDICIONES DE EJECUCIÓN DE ALGUNAS UNIDADES DE OBRA**

En este reclamo, reconoció el Tribunal los siguientes conceptos:

Sobrecostos derivados de cambio de origen de los equipos en el movimiento de tierras. Se apoyó el Tribunal en los mismos argumentos expuestos al resolver los reclamos 3, 13 y 17, en especial las demoras y el rechazo de algunas licencias de importación, hechos imprevisibles para el contratista, que le obligaron a utilizar equipos diferentes a los originalmente considerados en su oferta para realizar el movimiento de tierras.

Sobrecostos derivados del cambio en el tipo de maquinaria para el movimiento de tierras y para el transporte de materiales. Se indicó en

el laudo que por un hecho imprevisible para el contratista, como fue la negativa del Instituto de Comercio Exterior (Incomex) para autorizar la importación de volquetas, consideradas por el contratista en su propuesta para la ejecución de las obras, era responsabilidad de la Empresa reconocerle dichos sobrecostos, por tener que utilizar equipos distintos a los inicialmente considerados.

A su vez, fueron negados los sobrecostos por condiciones pluviométricas extraordinarias y por las imprevistas dificultades de ejecución de los pilotes de la estación Tricentenario, pues consideró el Tribunal que no habían sido probadas tales condiciones extraordinarias e imprevisibles en el régimen de lluvias para el segundo semestre del año 1988, que ameritaran el reconocimiento de la compensación económica solicitada. Por último, tampoco se le reconoció al contratista el pago de las dificultades no previstas en la ejecución de los concretos de los muros de la línea A, al considerar, con apoyo en el dictamen pericial técnico, que el precio unitario de un muro no se incrementaba linealmente con la altura y menos aún si se producían modificaciones en su espesor y en su fundación, que pudieran llegar a compensar posibles incrementos de los costos en lo relativo a un mayor movimiento del personal afectado a los trabajos.

### **RECLAMOS 16 Y 18**

Estas pretensiones recogieron lo que podríamos denominar reclamos varios, de los cuales nos detendremos en los más significativos.

Perjuicios sufridos por la no revisión del factor fijo de las fórmulas de reajuste. Luego de realizar un análisis de las disposiciones del pliego de licitación y del contrato, el Tribunal concluyó que el factor fijo de 15% dispuesto en las fórmulas de reajuste, correspondía al monto del anticipo entregado al Consorcio y que la Empresa solo le había reajustado 85% del valor de las obras ejecutadas por el contratista y según el contrato debían ser reajustados el 100% de cada uno de los componentes sujetos a reajuste. Por tanto, el contratista tenía derecho a recibir el reajuste por 15% del valor del contrato, no considerado en las fórmulas de actualización.

Costos y gastos de MAN para un depósito aduanero en Bello. Se ordenó en el laudo su pago, pues consideró que la Empresa había aprobado el pago de estos gastos desde septiembre de 1988. Por tanto, condenó a su reconocimiento y pago.

Costos de bodegaje en zona aduanera del puerto de Cartagena de la perfiladora de ruedas y del tramo de la vía para levantar coches. No se accedió a esta petición, por cuanto el Consorcio no demostró que los costos en que había incurrido por el bodegaje de estos equipos fueran causados por el incumplimiento de la Empresa en el reembolso de los costos de nacionalización, pues simplemente partió del supuesto de que la entidad no tenía los recursos y no adelantó las actividades que estaban a su cargo para poder constituir el incumplimiento de la contratante.

Ajustes por facturación tardía de obra ejecutada. El Tribunal, apoyado en el dictamen técnico pericial, reconoció al Consorcio el pago por obra ejecutada, que había sido glosada por la Interventoría y que posteriormente no había sido pagada por la Empresa.

Por último, el Tribunal declaró probada la falta de competencia en razón de la materia en los siguientes reclamos, por cuanto fueron formulados con posterioridad a las comunicaciones relacionadas en la cláusula octava:

Costos por bodegaje en Cartagena de otros equipos.

Costos de Ateinsa por bodegaje, seguros y mantenimiento de trenes en Bilbao (España).

Costos de montaje de los traslapes de la catenaria por Siemens. Según el Consorcio, la catenaria estaba dividida en tramos de unos 1.200 metros. Para no perder la continuidad eléctrica, los tramos en sus extremos se traslapaban o solapaban en una longitud media de 50 metros. En consecuencia, los traslapes eran secciones que tenían el doble de metros de catenaria que el resto del trayecto.

Y suministro de repuestos por MAN.

### **Aclaraciones y complementaciones al laudo**

Dentro de la oportunidad legal las partes solicitaron las correspondientes aclaraciones, modificaciones y complementaciones al laudo, las cuales fueron resueltas por el Tribunal mediante decisión aclaratoria del 5 de marzo de 2008, notificada a la entidad el 13 de marzo. Allí solo se accedió a corregir los errores aritméticos identificados por las partes.

En consecuencia, los valores reconocidos por el Tribunal de Arbitramento Internacional al Consorcio fueron los siguientes:

RECLAMO	PESOS	EUROS ORIGEN ALEMÁN	EUROS ORIGEN ESPAÑOL	DÓLARES
Reclamos 3, 13, 14 y 17	71.286.811.625,21	17.119.414,45	10.461.317	568.800,25
Reclamo 1	30.379.207.835,49	4.613.627,79	3.700.838,58	9.451,05
Reclamo 2	674.550.189,13	552.834,27	103.378,77	0,00
Reclamo 4	3.284.581.752,51	113.901,06	155.950,82	0,00
Reclamo 6	473.353.106,69	2.650.282,44	0,00	0,00
Reclamo 9	12.462.425.194,91	0,00	0,00	0,00
Reclamo 10	0,00	114.043,68	0,00	0,00
Reclamo 11	72.953.747,84	27.564,45	7.696,61	0,00
Reclamo 15	109.473.713,30	6.486.650,54	7.398.380,18	-
Reclamos 16 y 18	35.082.722.385,20	3.786.528,27	1.599.509,33	174.235,22

<b>PESOS COLOMBIANOS:</b>	<b>153.826.079.550,35</b>
<b>EUROS:</b>	<b>58.891.918,24</b>
<b>DÓLARES ESTADOUNIDENSES:</b>	<b>1.051.093,33</b>

### **Recurso de anulación del laudo**

Inconforme con la decisión del Tribunal de Arbitramento Internacional, la Empresa de Transporte Masivo presentó recurso de anulación ante la Suprema Corte de Justicia de Panamá, corporación competente de este recurso, por ser la República de Panamá la sede del tribunal arbitral.

Para tal efecto, la Empresa contrató los servicios del abogado panameño Jorge Molina Mendoza, miembro de la firma forense Icaza, González-Ruiz & Alemán, quien con la asesoría del doctor Carlos Betancur Jaramillo, mediante escrito presentado el 3 de abril de 2008 solicitó la nulidad total

del laudo ante la Sala Cuarta de Negocios Generales de Suprema Corte de Justicia de Panamá, por las siguientes causales:

**Primera causal: Inarbitrabilidad de la causa por existir cosa juzgada, la cual fue sintetizada así en la demanda:**

Entre ambas partes hubo antes del arbitraje cuyo laudo se impugna, tres distintos procesos arbitrales, de los cuales únicamente uno de ellos, conocido como 97A20, terminó con un laudo válido, que hizo tránsito a cosa juzgada. Ese laudo decidió que la ETMVA no era responsable de los reclamos presentados por el CHA. A la fecha de inicio del proceso arbitral 97A20, el CHA ya había presentado con anticipación, los 18 reclamos que presentó ante el Tribunal emisor del laudo. Por ello, en el arbitraje 97A20, le era posible al CHA formular como pretensiones todos sus reclamos y no unos cuantos. Los citados reclamos en todos los casos, tienen por objeto obtener resarcimiento económico a cargo de la ETMVA, originado del contrato celebrado con ella. Bajo el DL [Decreto Ley] 5/99, artículo N° 2, numeral 2, el laudo juzgó sobre causas ya juzgadas.

Fundamentó esta causal en el hecho de que tanto en el proceso arbitral nacional como en el internacional, se configuraron los siguientes elementos, que permiten pregonar la existencia de cosa juzgada:

Identidad de las partes: Metro y Consorcio Hispano Alemán.

Identidad del objeto de la pretensión: Consistente en que no se puede solicitar en otra demanda lo que no se demandó en la primera cuando el fundamento fáctico sobre el cual se pide el reconocimiento es el mismo. Se señaló en el escrito del recurso:

A fin de iniciar el planteamiento del contraste anunciado, lo primero que conviene es destacar el hecho de que fue decisión del CHA promover el arbitraje que culminó con el 1<sup>er</sup> laudo, y por ello fue decisión del CHA presentar al debate procesal originado con ocasión del arbitraje en cuestión, únicamente tres (3) de los dieciocho (18) reclamos que mucho antes del inicio del presente arbitraje, mantenía el CHA contra la EMTVA. En otras palabras, a pesar de que el CHA conocía de la existencia, cuantía y concepto

de cada uno de los dieciocho (18) reclamos que estaba tratando de que se les fueran reconocidos antes del mencionado arbitraje, solo llevó al arbitraje que culminó con el 1<sup>er</sup> laudo, tres (3) de los citados dieciocho (18) reclamos.

Quiere esto decir que el CHA estaba en capacidad de incluir y solicitar en el mismo proceso arbitral, todos los reclamos que tenía contra la ETMVA; esto es así, especialmente porque los reclamos eran todos para que fueran divididos.

Lo anterior deja ver que lo propuesto por el CHA en el arbitraje que terminó con el laudo, era idéntico a lo juzgado en el arbitraje que terminó con el primer laudo. En ambos casos estamos en presencia de reclamos patrimoniales, cuya existencia y cantidades eran conocidas por el CHA, y en todos los casos pretendían indemnizaciones. De esta manera es claro que entre lo debatido y decidido por el laudo arbitral, y lo debatido y decidido en el primer laudo, hay plena identidad de cosa u objeto.

Identidad de la causa o razón de pedir: está relacionada directamente con los hechos esenciales de la demanda, la cual no debe confundirse con el fundamento de derecho. En el presente caso, todos los hechos se derivan de la misma causa, el contrato 49 de 1984.

### **Segunda causal de anulación total del laudo: Incompetencia del tribunal arbitral producida por ineficacia del convenio arbitral:**

Incompetencia del tribunal arbitral que expidió el laudo de 15 de noviembre de 2007, notificado a las partes el 21 siguiente, por haber tramitado y conocido este proceso estando suspendida la cláusula octava (compromisoria del contrato de 13 de febrero de 1992). Causal que podrá calificarse también como ineficacia del compromiso arbitral por violación del artículo 11 del Decreto-Ley 05 de 1999 de Panamá, en armonía con el artículo 34 literal b) del mismo decreto.

Se hizo la siguiente síntesis en el libelo del recurso de anulación:

La competencia que se autoatribuyó el Tribunal, bajo la regla de la *Kompetenz-Kompetenz*, es violatoria del Decreto Ley 5/99. Esto se debe al hecho de

que al momento en que el CHA convocó a un arbitraje, existía sobre ambas partes una orden de la Corte Constitucional de Colombia, en sede de Amparo, que les ordenaba no convocar a ningún arbitraje entre ellas, hasta tanto no se definiera por la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuál era la cláusula arbitral válida. A pesar de la orden de la Corte Constitucional, el CHA solicitó el arbitraje y el Tribunal Arbitral desconoció la citada orden bajo la excusa de aplicar la regla de la Kompetenz-Kompetenz. En síntesis, la orden de no hacer de la Corte Constitucional, provocó una suspensión de los efectos de la cláusula compromisoria utilizada por el CHA para convocar al Tribunal, de allí que lo actuado por el Tribunal Arbitral, en especial el laudo, resulte en un exceso de competencia, es decir, de ejercer una competencia que no existía por razón de la suspensión de los efectos de la cláusula compromisoria. Esto es violatorio del artículo 36, literal b del Decreto Ley 5/99.

Esta causal fue fundamentada en los siguientes términos:

(...) el CHA en forma abierta y agresiva desacató la orden de no convocatoria del Tribunal de Arbitramento Internacional, dada por el máximo juez de amparo colombiano. Orden que produjo un efecto que no es posible soslayar: la Incompetencia temporal de dicho tribunal por la suspensión de los efectos de la cláusula compromisoria 8 ya descrita. Suspensión que se debió impartir para evitar que se pusiera en marcha el mecanismo allí reglado contra la voluntad de la contraparte y para evitar así la violación de los derechos fundamentales de esta citados atrás. (Libre acceso a la administración de justicia y debido proceso, arts. 229 y 29 de la Constitución). Se destaca que en Colombia todos los jueces, sin excepción, cumplen funciones constitucionales de amparo orientadas a la protección de los derechos fundamentales. Acción de amparo o de tutela que también puede interponerse contra los particulares en los términos de los artículos 41 y ss. del Decreto 2591 de 1991 y el reglamento de tutela.

Se advierte también la suspensión temporal de los efectos de la cláusula octava se produjo meses antes de la convocatoria que hizo el Consorcio el

5 de julio del 2000, contra el expreso mandato de los jueces de tutela, los cuales dispusieron que ese mecanismo no se podía poner en movimiento “hasta tanto la justicia contencioso administrativa colombiana defina cuál era el mecanismo vigente para la solución del litigio surgido entre las partes” (ver sentencias de 20 de mayo de 1999 del Juzgado 10 Civil del Circuito de Medellín y 2 de febrero de 2000 de la Corte Constitucional).

La validez de una cláusula o de un contrato en su integridad se refiere solo a la conformidad que tengan estos, a la fecha de la celebración del contrato, con el ordenamiento jurídico que le sirvió de fundamento, pero no más. Mientras que la vigencia se refiere a una situación posterior o temporal; o sea, si se mantienen los efectos de relación negocial en el tiempo y puede aplicarse para la solución del conflicto.

Esa distinción fue la que le permitió a la Corte Constitucional, sin inmiscuirse en los juicios de validez y de vigencia (porque no eran de su resorte), dar la orden de suspensión. Y esto, precisamente, porque la ETMVA venía cuestionando seriamente la inoperancia o derogatoria de la cláusula en mención. No puede olvidarse que la validez de una cláusula contractual, a diferencia de lo que sucede con la acción de resolución de un contrato, puede solicitarse aunque ya este no esté vigente, o haya terminado, porque lo que se pretende es el enjuiciamiento de su legalidad a la fecha de su celebración; contrario a lo que sucede con el juicio de vigencia que hace referencia a la fecha en la que se quiere hacer cumplir sus efectos. Asimismo se recuerda que la acción de resolución de un contrato no puede instaurarse sino durante su vigencia, ya que su prosperidad implica la terminación anticipada del mismo.

Es importante destacar las fechas de las sentencias de tutela para afirmar algo que es definitorio en este punto: que la orden de no convocatoria se le dio al Consorcio por los jueces de tutela, en función constitucional y no contractual, cuando no se había iniciado el proceso arbitral; y por ende, el Tribunal Arbitral ni siquiera existía en ese entonces como colegio decisorio, y, lógicamente, no tenía competencia para aprehender el conocimiento del asunto ni para decidir sobre la nulidad de la cláusula arbitral.

Por eso mismo, los jueces colombianos, competentes en principio para conocer de todos los litigios derivados de los contratos estatales, incluida su nulidad total, mientras no se hubiera producido la convocatoria del tribunal de arbitramento en términos regulares y no como se procedió en el caso que nos ocupa (requisito que inicia el procedimiento arbitral en los términos del reglamento Uncitral, art. 3º), tenían la competencia para todo lo relacionado con el (contrato) y sus adendas, no solo en cuanto a su validez o legalidad total, sino también en cuanto a su vigencia, cumplimiento y responsabilidad (arts. 75 y 77 de la Ley 80 de 1993, en armonía con los arts. 132 nl. 5 y 134 B nl. 5 del C. C. A.).

Otra cosa bien diferente es que una vez hecha la convocatoria del tribunal de arbitramento e iniciado el proceso arbitral, el juez local del CONTRATO, es decir, el de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, busque suspender o anular el proceso arbitral en marcha, porque en este evento podría hablarse de la prevalencia de la jurisdicción arbitral frente a la local por haberse producido un conflicto positivo de jurisdicciones. Es en este punto específico donde tiene sentido esa prevalencia. Pero no puede hablarse de dicha prevalencia cuando una sola jurisdicción conoce del asunto o cuando ese enfrentamiento se da entre el juez de amparo constitucional y el Tribunal Arbitral que conoce del conflicto contractual por voluntad de las partes, porque en este evento no es posible el conflicto (las competencias son diferentes) y porque el juez de tutela impartió una orden que no podía desconocer el Tribunal de Arbitramento Internacional, para proteger los derechos de la ETMVA de superior jerarquía.

#### LA TESIS DE LA PREVALENCIA: KOMPETENZ- KOMPETENZ

Mediante esta tesis los tribunales arbitrales han venido sosteniendo que la jurisdicción arbitral prevalece sobre la jurisdicción local; en especial, en lo que toca con la facultad que se les confiere a los tribunales arbitrales (nacionales o internacionales) para decidir sobre su propia competencia. Tesis que corresponde a la teoría conocida como *Kompetenz-Kompetenz*.

(...)

Una correcta inteligencia de la regla Kompetenz-Kompetenz nos lleva a que la prevalencia que persigue se circunscribe a la competencia del juez arbitral sobre el juez local para conocer de la legalidad de la cláusula compromisoria, pero no para ampliar la competencia de los árbitros desatendiendo órdenes judiciales existentes de forma previa a la solicitud de arbitraje.

Se hace esta precisión porque, como sucedió en el caso sub júdice, no puede hablarse de esa prevalencia cuando los jueces de amparo (el Juzgado 10 Civil del Circuito de Medellín y la Corte Constitucional) no actuaron como jueces del CONTRATO para reclamar su competencia, sino que lo hicieron en ejercicio de una potestad constitucional protectora de los derechos fundamentales de la ETMVA. Medida protectora que, como es obvio, no entró a estudiar la validez o legalidad de la cláusula compromisal, sino que solo ordenó la suspensión de los efectos de la misma hasta tanto la justicia contencioso administrativa colombiana definiera cuál es el mecanismo que las partes, en definitiva, convinieron para la solución del conflicto; a la fecha, aún no existe una decisión judicial sobre el tema.

El alcance que tanto el Tribunal de Arbitramento como el CHA le dan a la regla de la autonomía Kompetenz-Kompetenz, el que únicamente tiene la virtualidad de considerarla como un convenio aparte, de carácter contractual se entiende, y cuya existencia no depende, en principio, de la nulidad del contrato, pero nada obsta para que los efectos de esa cláusula puedan ser suspendidos por los jueces de tutela (de garantías constitucionales) en desarrollo de sus poderes de amparo.

Es un hecho evidente dentro del proceso que ninguna de las dos condiciones impuestas al Consorcio para poder hacer la convocatoria se ha cumplido. La primera (la existencia de una decisión judicial que defina cuál es la cláusula vigente), porque el proceso 97-2097 instaurado ante el Tribunal Administrativo de Antioquia que deberá hacer la definición ordenada por la Corte Constitucional en el ordinal 3° de la parte resolutive de su fallo de 2 de mayo de 2000, apenas está en período probatorio. Igual cosa puede decirse de la segunda (el acuerdo de solución convenido entre las partes), porque las partes no solo no han celebrado acuerdo alguno que le permita a la Cámara hacer las designaciones, sino que, por el contrario, la Empresa

se opuso a la convocatoria del Tribunal por no tener competencia la jurisdicción arbitral para dirimir la controversia con el Consorcio.

Afirma el CHA que la orden de no hacer contenida en la sentencia que le prohibió convocar a un arbitraje no le prohibió a esta, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, hacer la designación de un árbitro, a fin de desarrollar un arbitraje.

Pues bien. Esto no es cierto porque la orden impartida a la ETMVA fue diferente y no era siquiera previsible que el CHA fuera capaz de desacatar el mandato de amparo de la citada Corte. Y ante este franco desacato, la ETMVA, como lo ha reiterado en múltiples oportunidades, intervino ante este Tribunal Arbitral bajo protesta, para rechazar la competencia de este y para exigir el respeto de la orden impartida por el máximo juez de tutela colombiano (la Corte Constitucional) y para ejercer, primordialmente, su derecho de defensa ante una convocatoria de clara inconstitucionalidad o ilegalidad y no en el libre ejercicio de su autonomía de la voluntad con el fin de convalidar la vigencia de la cláusula octava, como lo afirmó el Consorcio y lo aceptó, contra toda evidencia, el Tribunal Arbitral.

Para justificar su inobservancia al mandato judicial constitucional, el Tribunal Arbitral señaló que la comparecencia de la ETMVA al proceso conllevaba un convenio tácito. Esto no se dio en el presente caso porque solo podrá hablarse de él cuando en un intercambio de escritos de demanda y de contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada o rechazada por la otra (Rafael Hinojosa S., *De la anulación y revisión del laudo*, pág. 521).

La conducta de rechazo de la ETMVA en esta eventualidad y en otras que tuvo que asumir durante el largo y dispendioso proceso arbitral, no pueden tomarse como desconocedoras del principio de que las partes no pueden volver contra sus actos propios, porque los actos que indujeron a la ETMVA a asumir tales conductas (demandar la nulidad de la cláusula octava del contrato del 13 de febrero de 1992; o la petición de suspensión de la mis-

ma cláusula para evitar la convocatoria prematura del Tribunal de Arbitramento Internacional; o el mismo rechazo de la convocatoria y de la demanda del CHA) son temas que escapan de esa regla, ya que, en este campo, la ley autoriza a cualquiera de las partes, incluida la administración pública, para impugnar la competencia de los tribunales arbitrales, pero dentro del proceso arbitral.

Es francamente inaceptable y atenta contra la lógica jurídica que el Tribunal de Arbitramento, pese a todas las manifestaciones de rechazo esgrimidas por la ETMVA, afirme en el laudo que su presencia fue voluntaria y convalidante de las actuaciones arbitrales.

Nadie puede ignorar, y menos el Tribunal Arbitral, que hecha la convocatoria de arbitraje por el CHA se inició el proceso y era, durante su trámite, la única oportunidad (se repite) que tenía la ETMVA para ejercer su defensa, como se expresó, y para exigir el respeto de los derechos fundamentales protegidos por los jueces de tutela.

Cabe recordar, para evitar el equívoco creado por el Tribunal Arbitral, que si la ETMVA se hubiera negado a hacer la designación del árbitro, no por eso el proceso habría terminado desde sus inicios, porque el reglamento Uncitral dispone a ese respecto “que cualquiera de las partes podrá solicitar AL SECRETARIO GENERAL DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE ARBITRAJE DE LA HAYA QUE DESIGNE A LA AUTORIDAD NOMINADORA” (artículo 6° del citado reglamento).

(...)

En conclusión, el Tribunal de Arbitramento que resolvió este asunto, con el manejo que le dio a la regla de la Kompetenz-Kompetenz de la jurisdicción arbitral sobre la local, violó no solo el orden público internacional, sino el público interno tanto de Colombia como de Panamá, países que manejan criterios similares o afines. Orden público del cual forma parte también la legislación convenida por las partes para la decisión de fondo de este asunto en el extranjero.

**Tercera causal: Incompetencia del Tribunal Arbitral por haber conocido del proceso y dictado el laudo, a pesar de que la acción estaba caduca: El laudo contenía decisiones que excedían su alcance.**

SÍNTESIS

En Colombia, las acciones que corresponden ejercer a los particulares por supuestas violaciones originadas con ocasión de relaciones contractuales con el Estado, tienen dos años de plazo para ser ejercidas; lo contrario conlleva la caducidad de la acción, que bajo el derecho colombiano, una vez producida, extingue el derecho a presentar la demanda. Esto quiere decir, que la “no caducidad” de la acción constituye un presupuesto procesal. Por ello, toda acción presentada en este contexto no puede estar caduca, dado que ello le impide al juez que sea, en este caso al arbitral, llevar adelante un proceso arbitral y mucho menos, dictar un laudo. Operada como fue la caducidad de la acción en perjuicio del CHA, el Tribunal al no reconocerla y dictar el laudo, produjo que se violara el literal b) del artículo 34, numeral 1, del Decreto Ley 5/99.

Se indicó en la demanda que la caducidad debía ser considerada como un fenómeno sustancial, por tanto, el término aplicable era el vigente al momento de la suscripción del contrato, que era el Decreto 01 de 1984, que establecía un término de dos años, contados a partir del vencimiento del plazo para liquidar el contrato, que jurisprudencialmente había sido definido en seis meses, cuatro meses para hacerla de común acuerdo y dos más para adelantarla unilateralmente, jurisprudencia que fue recogida en la Ley 446 de 1998.

En consecuencia, como el contrato terminó el 31 de marzo de 1997, el plazo para liquidar el contrato venció el 30 de septiembre del mismo año, fecha en la que comenzó a correr el término de la caducidad, que vencía el 30 de septiembre de 1999. Por tanto, cuando la demanda arbitral se presentó, 5 de julio de 2000, la acción contractual se encontraba más que caduca.

Fundamentó esta causal el apoderado de la Empresa en los argumentos que pasan a transcribirse:

Como en todo proceso y el arbitral no es la excepción, se deben llenar ciertos requisitos, de forzoso cumplimiento, conocidos como los presupuestos del proceso, que condicionan el nacimiento válido de este, su normal desenvolvimiento y su culminación en un fallo con fuerza de verdad legal o cosa juzgada. Presupuestos enunciados así en forma general y que pueden clasificarse en presupuestos procesales de la acción, de la demanda y del procedimiento y presupuestos materiales de la sentencia de fondo.

Importa para el asunto aquí estudiado hacer relación a los presupuestos de la acción y de la demanda, ya que son, los primeros (para que la acción pueda instaurarse y con ello iniciarse el proceso), que el actor tenga capacidad procesal para intervenir en el proceso, que la acción no esté caducada y que se haya agotado la vía gubernativa cuando este agotamiento sea obligatorio.

Cuando se exige que la acción no esté caducada, se exige que en caso contrario (cuando haya vencido el término que la ley ha señalado para la ocurrencia de la caducidad) se extingue el derecho de acción (es decir, para presentar la demanda y que esta sea admitida para trámite) del demandante y la jurisdicción no podrá aprehender el conocimiento del asunto por carencia de jurisdicción.

Y esto fue precisamente lo que ocurrió en el caso sub júdice, en el cual también podrá hablarse del presupuesto procesal de la demanda, porque para que esta pueda admitirse se requerirá, en primer término, que el juez ante quien se dirija sea competente, requisito que no se puede dar cuando la acción, a la fecha de su formulación, esté caducada.

Se formula esta causal de anulación porque al instaurarse por el CHA la acción ante el Tribunal Arbitral estaba caducada. En otras palabras, el laudo contiene decisiones que exceden su alcance y violan así el artículo 34 literal c) del Decreto Ley 5 de 1999. Con este enfoque se reafirma la idea de que la acción no podía iniciarse, y con ello el proceso tampoco, porque cuando el CHA hizo la convocatoria del Tribunal arbitral el 5 de julio de 2000 el término para accionar había fenecido; ya que al extinguirse la

acción del CHA por caducidad, el Tribunal de Arbitraje, como cualquier otro, carecía de competencia para decidir el fondo de la controversia, puesto que la caducidad (técnicamente, la no existencia de la caducidad) más que una excepción es un presupuesto de la acción; se reitera, es un presupuesto procesal bajo la ley colombiana. En otras palabras, al estar caducada la acción, la competencia del juzgador, si llegare a instaurarse, quedará condicionada a la constatación de la existencia de dicho presupuesto, bien en el primer auto o en la sentencia definitiva. Si en el primer auto se declara la caducidad, el proceso no podrá iniciarse; y si es en la sentencia o laudo, quedará sin valor todo lo actuado. En el evento contrario, se entiende que ese presupuesto se cumplió adecuadamente y permitía así el estudio de fondo del conflicto y, por ende, reafirma la competencia del juez.

Tan trascendental y definitorio es el instituto de la caducidad como presupuesto procesal de la acción, que el juez deberá estudiarla cuando considere la admisión de la demanda y declararla de oficio cuando constate que el fenómeno caducatorio ya se produjo. Facultad que tiene el juez en esta hipótesis y que no podrá hacer, en principio, con las demás excepciones. Se insiste en esta idea porque la caducidad se propuso en la contestación de la demanda como una excepción o cuestión previa.

Contra lo que dice el laudo, vale la pena recordar estos puntos que ayudan a entender mejor lo que sucedió en este campo: a) Que en el derecho colombiano, desde que empezó a regir el nuevo *Código Contencioso Administrativo* (Decreto 01 de 1984), hasta hoy, las controversias contractuales están sometidas, sin excepción, al régimen de la caducidad o de la extinción de la acción (Decretos 01 de 1984 y 2304 de 1989, Leyes 80 de 1993, 446 de 1998 y 1150 de 2007), cuyo término para su operancia se fijó en los dos años contados a partir de los motivos de hecho o de derecho que la justifica; y b) que la jurisprudencia del Consejo de Estado en ninguna providencia (sentencia o auto interlocutorio) ha sostenido que en los conflictos derivados de los contratos estatales de tracto sucesivo que requieren ser liquidados, bien de común acuerdo o en forma unilateral, y mientras no se cumpla esta, no empezará a correr el plazo de la caducidad.

**Cuarta causal: Incompetencia del Tribunal Arbitral por violación de la reserva de jurisdicción; o sea, por haber resuelto sobre cuestiones reservadas únicamente a la esfera judicial colombiana, porque se trata de potestades públicas.**

Se señaló en el escrito del recurso de anulación:

SÍNTESIS

Para el derecho colombiano, igual que el panameño, la legalidad y vigencia de los actos administrativos no pueden ser objeto de decisión arbitral. Esto se debe a que dichos actos administrativos constituyen materias que no son de libre disposición de las partes; concretamente, por constituir potestades públicas. La ETMVA a pesar de constituir una empresa, por ser sus dueños entidades públicas colombianas, el departamento de Antioquia y el municipio de Medellín, se manifiesta mediante actos administrativos. En el caso que nos ocupa, la ETMVA en ejercicio de sus facultades contractuales exorbitantes, declaró, unilateralmente, que el CHA incumplió el CONTRATO, y ejerció, de igual manera, su derecho a cobrar la cláusula penal pactada en el CONTRATO. Estas decisiones constituyeron actos administrativos, que antes del arbitraje, durante y a la fecha, se encuentran vigentes y con plenos efectos vinculantes para las partes y terceros. Al proferir el laudo y condenar a la ETMVA, el Tribunal Arbitral desconoció la legalidad y vigencia de los citados actos administrativos arguyendo que solo se pronunciaba sobre sus efectos y no sobre la validez y vigencia. Pero, para que haya condena, previamente tiene que existir una causa, título o razón jurídica que la sustente. La única razón jurídica que puede sustentar en este caso una condena, es que se juzgue que la ETMVA incumplió el CONTRATO. Con esta premisa, ya se viola la legalidad de los actos administrativos y con ello, se incurre en el juzgamiento de materias afectas a potestades públicas. Y es que en últimas, no puede haber condena sin una declaración previa de existencia de responsabilidad. La condena es el efecto, lo principal la declaratoria de responsabilidad. Los actos administrativos válidos y vigentes establecen que la ETMVA no incumplió sino que fue el CHA. Por ello, el laudo viola el artículo 2, numeral 1, y con ello constituye la causal contenida en el artículo 34, numeral 1, literal 1, y numeral 2, en todos los casos del Decreto Ley 5/99.

Para sustentar esta causal, indicó el apoderado de la Entidad:

(...) el laudo, invadió igualmente, como sucedió con el de 19 de febrero de 1999 dictado por el Tribunal de Arbitramento Nacional que había cometido el mismo error, la competencia privativa del juez contencioso administrativo (arts. 75 y 77 de la Ley 80 de 1993). Se entiende esta afirmación porque en el laudo materia de este recurso de anulación se condenó a la ETMVA primordialmente por haber incumplido el CONTRATO; olvidando así dicho Tribunal que con anterioridad a su misma convocatoria (el 5 de julio de 2000), la ETMVA, en ejercicio de un poder exorbitante (art. 72 del Decreto 222 de 1983), había declarado, mediante acto administrativo, que el incumplimiento era imputable al CHA y que esto le había permitido el cobro de la cláusula penal pecuniaria (ver Resoluciones 1938 y 1958 de 1997).

Que como se puede observar, los hechos de incumplimiento expuestos por la ETMVA en sus Resoluciones 1938 y 1958 de 1997 y que fueron glosados por el CHA en la demanda que presentó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia (proceso 97-2097), son similares, en lo fundamental, a los tenidos en cuenta por el Tribunal de Arbitraje para condenar, en el laudo que aquí se impugna, a la ETMVA. Así, de entrada, se observa que dos jueces diferentes (el arbitral y el local, con su proceso en marcha) asumieron el conocimiento de un mismo asunto, o sea, el incumplimiento del CONTRATO, lo que no es aceptable ni jurídica ni legalmente. La regla de la reserva de jurisdicción precisamente impide que se den situaciones como esa, al adscribirle en forma privativa el conocimiento del asunto a un juez determinado. Así, siendo el Tribunal Administrativo de Antioquia el competente para conocer de la demanda de anulación del acto de incumplimiento, cualquier otro juez que conozca o quiera conocer directa o indirectamente acerca de su legalidad, por forma o contenido, ese mismo acto será incompetente así como su decisión quedarán afectados de nulidad.

Se desprende de lo anterior, con especial claridad, que el Tribunal de Arbitramento que decidió este litigio encontró probados y cuestionó la mayoría de los hechos que le sirvieron de apoyo a la ETMVA para dictar las resoluciones de incumplimiento enunciadas atrás, las cuales se encuentran en la

actualidad demandadas ante el juez del contrato. Al hacerlo, el citado tribunal de arbitramento invadió directamente la competencia del juez de lo contencioso administrativo (el Tribunal Administrativo de Antioquia), el único competente para conocer de la validez y efectos de los actos administrativos enunciados, en los términos de los artículos 75 y 77 de la Ley 80 de 1993.

(...)

En Colombia esa reserva de jurisdicción, para el caso, tiene su soporte, como se expresó, en las sentencias del Consejo de Estado de 23 de febrero de 2000 y de la Corte Constitucional de 25 de octubre del mismo año; y encuentra su fundamento en los arts. 236, 237 y 238 de la Constitución y en sus desarrollos legales (arts. 82, 83 y ss., del C. C. A.).

Las sentencias enunciadas en el párrafo precedente permiten afirmar que solo la jurisdicción contencioso administrativa podrá conocer las controversias en las cuales estén involucrados actos administrativos dictados por una entidad pública en ejercicio de sus poderes exorbitantes, tal como sucedió con la declaratoria unilateral del incumplimiento dictada por la ETMVA en contra del CHA, por medio de la cual, además, se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria.

Tampoco era posible que el Tribunal Arbitral se pronunciara exclusivamente sobre los efectos de los actos administrativos ya que estos forman parte de los mismos, como una unidad inescindible, y porque en estos está implícita la noción de orden público; y tal contenido no podrá dejarse, ni a juicio de los particulares ni de los tribunales de arbitraje, los cuales, a pesar de que pueden administrar justicia, lo hacen en forma excepcional para asuntos susceptibles de transacción y encuentran en este campo un límite a su potestad jurisdiccional extraordinaria (art. 76 del Decreto 222 de 1983, en armonía con los principios previstos en los lits. IV y V de este decreto). Además, los artículos 236 a 238 de la Constitución colombiana, desarrollados en el Código administrativo en los artículos 82 y ss., señalan que el único juez que en Colombia puede anular o suspender los actos administrativos, por razones de legalidad, es la jurisdicción administrativa; comprendiendo en la misma competencia no solo la legalidad del acto,

sino todo lo relacionado con sus efectos, que son inescindibles, como se dijo. Esto, sin perjuicio de lo que puede ordenar la justicia de amparo para proteger derechos fundamentales de la parte.

**Quinta causal: violación del orden público internacional por no haber respetado el debido proceso ni la tutela judicial efectiva en perjuicio de la ETMVA.**

SÍNTESIS

Esta causal consiste en que en el laudo, el Tribunal Arbitral no dio respuesta a la excepción de contrato no cumplido presentada por la EMTVA durante el proceso. Al no resolver la citada excepción, el laudo origina su nulidad por razón de que el Tribunal Arbitral tenía la obligación jurídica de respetar la congruencia procesal, en todas sus formas. De allí que al dejar de decidir cosas que tenía que decidir, incurrió en una congruencia omisiva. Con esta acción, se configura la nulidad del laudo por haber violado el debido proceso, que para Panamá está integrado, entre otras garantías, por la tutela judicial efectiva, que a su vez exige un fallo congruente.

La causal de anulación que se propone en esta ocasión, tiene su sustento en el numeral 2° del artículo 34 del Decreto Ley 5 de 1999, en concordancia con el artículo 6° de la misma ley, toda vez que el laudo es contrario al orden público, básicamente, por cuanto atenta contra el derecho fundamental al debido proceso, tal como se demostrará en el acápite destinado a explicar la infracción de la norma invocada.

Por su parte, dispone el segundo párrafo del artículo 60 de la misma norma: “Si el arbitraje es comercial internacional, de conformidad al artículo anterior y se desarrollase en territorio panameño, será de aplicación esta ley, con las especialidades que contiene respecto de las normas de Derecho Internacional. En ningún caso la aplicación de este decreto ley autoriza la violación del orden público panameño”.

El apoderado de la Empresa, para sustentar esta causal, indicó:

(...) el Tribunal de Arbitramento Internacional, pese a lo afirmado por este, no analizó ni resolvió la excepción de contrato no cumplido al momento en que examinó la procedencia de cada uno de los reclamos. Como pasa a demostrarse, no se pronunció acerca de todos los incumplimientos que el apoderado de la ETMVA planteó como excepción.

El Tribunal de Arbitramento distrajo la atención de nuestra representada; le anunció que como se trataba de una excepción de fondo, se pronunciaría en cada reclamo en relación con el incumplimiento y ni siquiera aludió a ellos y en la parte resolutive simplemente dijo que se remitía a las consideraciones expuestas al resolver las reclamaciones. Es decir, se pronunció sobre la pretensión del demandante, pero no resolvió la excepción de contrato no cumplido formulada por mi representada.

En forma taxativa, el representante judicial de la entidad aludió a los siguientes incumplimientos del contratista, que para mayor claridad de la Honorable Corte, se enumeran:

1. El Consorcio no ejecutó a satisfacción de la Empresa, las obras dentro del plazo inicialmente pactado, ni dentro de las sucesivas prórrogas que se le otorgaron. Incluso, a la fecha de contestación de la demanda arbitral, no se había llevado a cabo la entrega final de la obra.  
No se corrigieron las salvedades que la Empresa dejó en las actas particulares de entrega.
2. Incumplió con la obligación que asumió de obtener la financiación del 100% del valor del proyecto.
3. No atendió las observaciones que la Empresa le hizo al Programa Patrón de Trabajo (PPT) ni al que se derivó del Acuerdo de Cambio No. 1 de 30 de septiembre de 1985.
4. No solicitó oportunamente al municipio de Envigado las licencias o permisos para ejecutar las obras dentro de esa jurisdicción, lo que implicó, en su momento, la suspensión de las obras, por culpa exclusiva del demandante.

5. En forma unilateral el Consorcio suspendió la ejecución de las obras, del 31 de octubre de 1989 a enero de 1993.
6. Las entregas parciales de la obra fueron objeto de reparos y objeciones por parte de la Empresa, los cuales a la fecha de la contestación de la demanda arbitral no habían sido subsanados. Esto explica que el sistema funcione hoy pero a un costo altísimo y gracias a un mantenimiento costosísimo y excepcional.

(...)

Previo al examen de la causal de anulación que se invoca, es del caso anotar que si bien para el demandante existe un límite para presentar sus pretensiones, pues solo podrá demandar ante la justicia arbitral aquellos asuntos expresamente pactados en la cláusula arbitral o pacto compromisorio, para el demandado no existe este límite, pues podrá presentar todas las excepciones que considere pertinentes para desvirtuar la pretensión, dado que su derecho de defensa se fundamenta, en esencia, en el derecho a presentar excepciones y a que estas sean resueltas por el juzgador, en este caso, los árbitros.

(...)

## CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN AL ORDEN PÚBLICO

De la simple lectura del laudo se colige una evidente violación al orden público derivado de la vulneración al debido proceso, toda vez que no hubo un pronunciamiento en relación con la excepción de contrato no cumplido (*non adimpleti contractus*).

Los árbitros que profirieron el laudo se apartaron en forma ostensible de los requisitos de las normas esenciales de todo juicio, con evidente violación al orden público, pues le vedaron a la ETMVA su derecho a hacer valer su defensa, dejaron de resolver la excepción.

Pero, en este contexto, ¿qué se entiende por orden público? Podríamos señalar que es el conjunto de principios y reglas reconocidos por un Estado,

que pretenden garantizar el respeto al procedimiento, de tal manera que el juicio conduzca a lograr una aproximación razonable a la verdad, por lo que se le exige al juzgador pronunciarse sobre todos los puntos de discusión planteados por las partes.

La violación del orden público que se discute, tiene su origen en la vulneración a dos derechos universales, estrechamente ligados entre sí, el debido proceso y la congruencia procesal.

#### **a) Debido proceso**

Es un derecho fundamental que exige del juez la observancia de las formas propias de cada proceso y la protección del derecho de defensa de las partes. Si quien administra justicia desconoce los medios exceptivos del demandado, atenta gravemente contra esta garantía constitucional.

Al juez en general se le exige la observancia de los derechos reconocidos por la ley sustancial, los cuales deberá hacer efectivos mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal y el cumplimiento de la garantía constitucional del debido proceso, el respeto del derecho de defensa y la igualdad de las partes.

Dicho en otras palabras, el debido proceso está orientado a que se hagan efectivas las garantías sustanciales y procesales que regulan la actividad judicial, orientadas a materializar la imparcialidad del juez en las decisiones que tome y a respetar el derecho de contradicción.

El laudo cuya anulación se impetra, desvía la atención de la entidad convocada al pregonar que los incumplimientos endilgados al contratista serían analizados al estudiar cada uno de los reclamos del convocante, sin que haya sido realizado por el Tribunal Arbitral, tal como consta en el laudo.

#### **b) Congruencia procesal**

Es un derecho derivado de la garantía de tutela judicial efectiva y que consiste en garantizar a quien accede a la administración de justicia a obtener

una decisión congruente, esto es, a que se resuelvan todos los puntos objeto de litigio. Si el juez guarda silencio acerca de un asunto sometido a debate, incurre en una incongruencia omisiva, con lo cual vulnera el derecho fundamental al debido proceso y por ende el orden público.

(...)

En aras del respeto al debido proceso y a la congruencia procesal, el Tribunal de Arbitramento estaba en la obligación de analizar todos los aspectos de la contienda procesal, tanto del demandante como del demandado. Pero contrario a ello, omitió estudiar unos planteamientos que con seguridad conducirían a absolver a la ETMVA en razón de la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido.

El laudo, al resolver las excepciones, anunció que este medio exceptivo sería analizado en cada uno de los reclamos, lo que no ocurrió. Tanto es así, que en la parte resolutive no se refirió a ella, como sí lo hizo con las demás excepciones. De allí que no resolvió la excepción.

### **Sexta causal: El laudo violó el orden público internacional ya que no respetó el debido proceso de la ETMVA**

#### SÍNTESIS

En este caso la violación del debido proceso se dio, porque el Tribunal Arbitral tomó en cuenta para condenar a la ETMVA, pruebas que resultaban nulas por razón de que no fueron conocidas por la ETMVA y ello impidió que esta las controvirtiera. Nos referimos al peritaje financiero-económico preparado por los peritos designados para ello por el Tribunal.

Con la expedición del laudo cuya anulación se propone, se violó el orden público panameño, por cuanto en la producción y práctica de la prueba financiera utilizada para acreditar los resultados económicos de cada una de las empresas integrantes del CHA, fueron desconocidos los principios que rigen el debido proceso, en especial el derecho de defensa y contradicción de la prueba.

(...)

(...) no obstante las reiteradas y claras instrucciones impartidas por el Tribunal en orden a lograr la publicidad y la contradicción de la prueba, el perito respectivo se abstuvo de suministrar, de conformidad con el artículo 27, numeral 3, del reglamento de la Uncitral, los documentos y los papeles de trabajo que soportan los análisis, cálculos y conclusiones efectuados por él, que le sirvieron de sustento a las cifras plasmadas en el informe pericial.

Mirados los hechos de una manera desprevenida, podría decirse que el Tribunal respetó el derecho de defensa y contradicción de mi representada, toda vez que le dio la oportunidad de pronunciarse en relación con la prueba pericial financiera practicada, esto es, corrió traslado del dictamen, permitió que la EMTVA solicitara aclaraciones al mismo, dio traslado de las aclaraciones, vencido el término probatorio y luego de la presentación de los alegatos de conclusión, reabrió el período probatorio con el propósito de que la entidad controvirtiera el experticio, para lo cual formuló un nuevo cuestionario, interrogó a los peritos y presentó unos nuevos alegatos de conclusión para pronunciarse acerca de la prueba financiera y los documentos que la soportaban.

No obstante la aparente garantía otorgada en las diferentes etapas procesales, el Tribunal no respetó el derecho de defensa y contradicción de la Empresa por lo que pasa a exponerse.

Al dictamen financiero no se acompañó ninguno de los documentos que soportaban la prueba (art.27, num. 3, del reglamento de la Uncitral); al responder las SDA formuladas por la Empresa, el perito financiero señaló que todos los documentos que soportaban el dictamen eran confidenciales y únicamente le serían suministrados a los árbitros; en la audiencia de interrogatorio de los peritos (junio de 2006), el experto financiero reiteró la confidencialidad de dichos documentos (papeles de trabajo) y solo ante la orden expresa del Tribunal, accedió a enviarlos.

Sin embargo, estos documentos fueron recibidos por la EMTVA en el mes de agosto de 2006, sin que mediara un traslado por parte del Tribunal. Se

resalta que estos “papeles de trabajo” se recibieron sin traducción, los que venían en otro idioma; sin índice, en forma desordenada, muchos de ellos ilegibles, algunos innecesarios, otra documentación se recibió en forma inadecuada (ver páginas 49 y siguientes del alegato de conclusión presentado por la Empresa el 21 de mayo de 2007).

Ahora, dentro del trámite especial concedido por el Tribunal mediante providencia 80 del 15 de diciembre de 2006, la ETMVA formuló una gran cantidad de preguntas, todas ellas dirigidas a aclarar y a obtener los soportes de las conclusiones vertidas por el perito financiero en su dictamen. Sin embargo, el Tribunal, de manera sorprendente, solo aceptó 58 de las 168 preguntas, lo que constituye una violación al derecho de defensa y contradicción.

Pero no solo el Tribunal limitó el derecho de defensa de la ETMVA; los peritos, al responder las preguntas aprobadas por los árbitros, lo hicieron en forma evasiva e insistieron en la confidencialidad de los papeles de trabajo que soportaban el dictamen.

En este orden de ideas, la ETMVA consideró la audiencia como la oportunidad propicia para obtener la información que en forma reiterada le había sido negada por el perito financiero, con argumentos que no convencían a mi defendida, tales como que su trabajo estaba sujeto a estándares de calidad y de confidencialidad exigidos por la empresa internacional que integran y que según ellos, junto con su idoneidad técnica y ética, fueron los elementos analizados y aceptados por las partes cuando los nominaron.

Lo anterior, solo como para dar un ejemplo de la falta de seriedad de los expertos, la cual fue avalada por el Tribunal. Y es que para mi representada era muy importante la audiencia aludida, pues era el último momento procesal para obtener de los peritos la información necesaria para controvertir el dictamen.

(...)

Debe insistirse también, en que el conjunto de esas formalidades constituye el procedimiento o rito probatorio en sus distintas fases; procedimiento que es de orden público y de interés general, de obligatorio cumplimiento.

Así mismo, puede afirmarse que en la forma como se cumplió la prueba, fuera de la pretermisión de los requisitos de publicidad y contradicción, se rompieron otros principios, no menos importantes, como los de igualdad de oportunidades, legalidad e inmaculación de la prueba (prueba sin vicios) que garantizan la obtención del fin de la prueba, que es igualmente de orden público, porque todos los medios probatorios que merecen el calificativo de tales deben estar orientados a darle al juzgador el grado de certeza plena, para algunos la verdad real o material, que requiere para decidir.

Vale decir, en otras palabras, que esos llamados “papeles de trabajo” no se sometieron al rito de la publicidad, que en un proceso se debe entender como el acceso que debe tener la contraparte de las pruebas que se aducen en su contra para su conocimiento y examen, ni mucho menos fue posible ejercer la contradicción, hasta el punto de que hoy se pueden seguir calificando como secretos. Principios probatorios estos que se cumplen de manera general, para todos los casos, solo cuando la prueba se decreta y se pone en conocimiento a través de la notificación a la otra parte, para que esta, si lo estima necesario, intervenga directamente en su práctica o la cuestione. Esta falta de requisitos y formalidades de orden probatorio convierte la prueba en secreta y la afecta de nulidad, como efectivamente ocurrió.

En Colombia y en Panamá, por mandato constitucional, toda actuación judicial o administrativa está condicionada al cumplimiento del debido proceso, que es un derecho fundamental de obligatoria observancia.

(...)

La prueba financiera aportada y obrante en el expediente es nula de pleno derecho, tal y como lo consagra el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con el artículo 32 de la Constitución panameña, ya que ella se obtuvo sin observar las formas propias de cada juicio, al desconocerse el derecho que tenía la ETMVA de estar presente al momento de

## NOTAS

---

1. Durante todo el trámite del proceso, el expediente superó los doscientos mil folios.

elaborarse el dictamen (principio de publicidad), de conocer previamente los soportes contables usados para elaborar el dictamen financiero y así oponerse oportunamente al experticio presentado (derecho de contradicción). La causal se configura cuando dicha prueba, a pesar de lo anterior, fue utilizada por el Tribunal para proferir la condena en contra de la ETMVA.





07

La última batalla  
con Siemens



# 07

## La última batalla con Siemens

*“Jairo Hoyos recordó que por la dependencia tecnológica de un contratista como la Siemens la declaratoria de caducidad sería grave, pues no se podría contratar con dicha firma posteriormente...”.*

¿Por qué el Metro de Medellín Ltda. denunció ante la Superintendencia de Industria y Comercio a la Siemens S.A. Colombia, filial de la multinacional Siemens AG, por prácticas restrictivas de competencia? ¿En qué tesis jurídicas se amparó para ello la empresa pública?

Antes de entrar a resolver estas cuestiones es preciso ubicar al lector en uno de los temas que tuvo un papel estelar en la terminación, amigable, de los largos pleitos jurídicos entre el Metro de Medellín y el Consorcio Hispano Alemán, constructor del primer sistema de transporte masivo de pasajeros del país.

Lo primero que debemos tener en cuenta es el proceso de contratación radicado 2327, abierto el 28 de diciembre de 2007, mediante el cual la Empresa pretendía “Contratar los diseños detallados, fabricación, suministro, transporte, nacionalización, pruebas, puesta a punto y en servicio comercial de 10 unidades de tren y del equipo embarcado de señalización (ATC) para las mismas unidades”<sup>2</sup>. Con este proceso se daba inicio entonces a la concreción de uno de los proyectos contemplados en el Plan Maestro de la Organización, denominado “Confianza en

el Futuro 2006 - 2030”, consistente en la extensión, en 2,5 kilómetros, de la línea A del metro, hacia el sur del valle de Aburrá, para proveer del excelente servicio público de transporte masivo que caracteriza a la Empresa a los municipios de Sabaneta y La Estrella.

Adicionalmente, y dado el crecimiento que había tenido la demanda del servicio, también se requería ampliar la flota de trenes para garantizar un buen mantenimiento de la flota existente y mejorar la prestación del servicio en toda la línea.

El proceso de contratación duró cinco meses, en los cuales varios posibles proponentes estudiaron las condiciones, solicitaron información, pidieron el cambio de algunos puntos de las condiciones para ofertar, etc. El principal reparo tenía que ver con el suministro, exigido por la Empresa, de los elementos ATC (*Automatic Train Control*). Este es un sistema electrónico de tecnología cerrada Siemens, cuya función es regular, nada más ni nada menos, que la seguridad en la marcha de los trenes.

Ello se puede constatar en el documento de mayo 19 de 2008, suscrito por la entonces secretaria general de la Empresa, doctora Beatriz Elena Osorio Laverde, mediante el cual se desestimó el proceso de contratación, por cuanto ninguno de los participantes realizó propuestas que se acomodaran a los términos exigidos por el Metro de Medellín. En efecto, dice el considerando número 7 del citado documento (...) “Que de igual forma Brackley Consulting & Finance Services Ltda., expresó mediante documento escrito con radicado 168544 del 12.05.2008, su declinación a ofertar, **por la exigencia de la Empresa, de incluir los equipos del sistema ATP en las condiciones técnicas de la contratación...**” (negrillas fuera de texto).

Así las cosas, la Empresa no tuvo otra opción distinta que desestimar el proceso contractual. Pero, en consideración de las necesidades que se tenían y al amparo de lo dispuesto en el reglamento interno de contratación<sup>3</sup>, se emprendieron los trámites correspondientes para iniciar una contratación directa. Fue así entonces como se invitó a la Compañía Siemens S.A. para que presentara una propuesta de suministro de equipos que, obviamente, tenía que cumplir con todos los requisitos exigidos por la Empresa.

En persona, el presidente de la Siemens para la Región Andina, Heinz Cónsul, asistió a una reunión en las instalaciones de la Empresa, con el Comité de Gerencia en pleno, en el segundo semestre de 2008.

Allí, ambas partes se comprometieron a dejar de lado las cuestiones y pleitos jurídicos pendientes, para garantizar una relación comercial honesta y fluida que permitiera concretar una negociación que se ajustara a la conveniencia de las dos organizaciones. La empresa alemana se comprometió a entregar la propuesta el 30 de octubre de ese año, pues el Metro de Medellín ya había perdido un valioso tiempo con el proceso de contratación desestimado.

No obstante lo anterior, la propuesta llegó el día diecinueve (19) de diciembre de 2008, mediante una comunicación suscrita por el señor Óscar Bríñez, primer suplente del vicepresidente de Tecnología Industrial, y por Hans Peter Fend, vicepresidente comercial, administrativo y financiero de Siemens S.A. Colombia. En la misiva se aclaraba que la presentación de esa propuesta

... no escapa a la oportunidad de mencionar las circunstancias controversiales y los litigios que han ocupado largos años a la ETMVA y a Siemens AG. Por esta razón, **nuestra oferta contempla la necesidad de que previamente se resuelvan en forma definitiva todas las reclamaciones, controversias y/o disputas (sic) derivadas o relacionadas con el contrato No. 49** que celebró la ETMVA con Siemens AG y los otros miembros del Consorcio Hispano Alemán (negrillas y cursivas nuestras).

Adicionalmente, en el numeral 34 de los anexos que contenía la oferta, denominado **100** se lee:

La firma y/o (sic) el perfeccionamiento del Contrato que se llegue a celebrar entre ETMVA y Siemens así como de la validez (sic) y la exigibilidad de las obligaciones en él contenidos estarán sujetos al cumplimiento de las siguientes **condiciones** previas:

ETMVA y Siemens AG, una compañía con domicilio comercial en Berlín y Múnich, esta última considerada tanto individualmente como en su calidad de miembro de algún Consorcio o conglomerado de empresas, hayan resuelto de común acuerdo válidamente y en forma definitiva todas y cada una de las reclamaciones, controversias y/o (sic) disputas derivadas o relacionadas con el contrato 49 que celebró ETMVA con Siemens AG y los

otros miembros del Consorcio Hispano Alemán, así como se hayan dado por concluidos y dejado sin efectos todos y cada uno de los procedimientos judiciales instaurados y en curso con relación a las referidas reclamaciones, controversias y/o (sic) disputas...

Obviamente, la Empresa recibió con asombro y mucho disgusto esa comunicación. Para sus directivos era clara la intención de la multinacional de condicionar el suministro de los equipos a la renuncia de todas las pretensiones que se tenían en las distintas batallas jurídicas que se libraban en estrados judiciales nacionales e internacionales. Sin embargo, el Metro de Medellín, muy inteligentemente, se tomó su tiempo para responder tal agravio.

Para la época, los ánimos en la Empresa estaban caldeados. El gerente general, Ramiro Márquez Ramírez, como buen paisa, no podía entender cómo era posible que después del compromiso adquirido por el señor Heinz Cónsul, la multinacional saliera con dicha oferta, lo cual motivó a la empresa a emprender diferentes acciones ante autoridades administrativas y judiciales para defender sus intereses.

Un día después de recibida la oferta, es decir, el 20 de diciembre de 2008, el famoso diario estadounidense *The New York Times* publicó un artículo que se convirtió en el principal insumo del Metro para denunciar por doquier la conducta abusiva de la Siemens. El artículo, titulado “At Siemens, Bribery Was Just a Line Item”<sup>4</sup> –que se puede traducir como “En Siemens, el soborno era una parte más de los negocios”– daba cuenta de una crónica policial en donde uno de los empleados, capturado por las autoridades alemanas, confesaba algunos de los casos en los que la multinacional se había visto envuelta en negocios *non sanctos*. Al respecto, manifestó el exfuncionario: “It was about keeping the business unit alive and not jeopardizing thousands of jobs overnight”. Es decir, “Se trataba de mantener la unidad de negocio viva y no sacrificar miles de puestos de trabajo”.

De cuenta de esas prácticas mal habidas, la multinacional alemana se vio obligada a pagar multas que ascendieron a la suma de 2,6 billones de dólares, suma que tuvo que ser cancelada tanto a las autoridades alemanas como a las norteamericanas.

Al conocer el informe del diario norteamericano, el gerente general llamó a su oficina a la abogada Luz Marina Aristizábal Correa, directora jurídica en su momento, para compartir con ella sus impresiones. De inmediato, ambos estuvieron de acuerdo en que se debía aprovechar dicha coyuntura, analizando qué tipo de mecanismos jurídicos se podían emplear para denunciar esta nueva conducta abusiva. Es como si, utilizando palabras de Claudia Jiménez Jaramillo, la alta consejera presidencial que fue pieza clave en el arreglo definitivo del pleito, “los astros se hubieran alineado” para permitirle a la Empresa abrirse un nuevo camino y emprender una nueva estrategia que se convertiría en una piedra en el zapato para el Consorcio Hispano Alemán.

La directora jurídica puso dos tareas inmediatas: traducir el artículo publicado en el diario neoyorquino, para que fuera compartido con los demás miembros del Comité de Gerencia, y estudiar qué estrategia jurídica era viable para poner en conocimiento de las autoridades la conducta desplegada por la poderosa Siemens.

En forma simultánea, la Gerencia General y la Secretaría General preparaban la carta que se enviaría a la Siemens rechazando la oferta y devolviendo todos los anexos que se habían adjuntado con la comunicación cuestionada. La respuesta, que suscribió Márquez Ramírez, manifestaba la inconformidad y el malestar que se tenía en la Empresa, con oraciones de alto calibre que ya denotaban las posibles acciones que se emprenderían para contrarrestar semejante abuso. Sobre el particular manifestó el doctor Márquez:

Esta posición de Siemens y su pretendida posición dominante son abusivas y violatorias de las normas internacionales que rigen para los contratistas extranjeros, no se enmarcan dentro de su Código de Conducta en los Negocios y ejercen una presión indebida sobre los servidores de la Empresa, para forzarlos al incumplimiento de los principios del artículo 209<sup>s</sup> de la Constitución Política de Colombia.

Posterior a esa carta, vino la denuncia. En total, fueron 34 comunicaciones enviadas a diferentes autoridades. Entre ellas vale mencionar a todos los magistrados del Tribunal Administrativo de Antioquia; la procu-

radora delegada ante ese Tribunal para la vigilancia especial del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que se cursaba allí, quien, dicho sea de paso, contestó la misiva y manifestaba su preocupación por el asunto; al Consejo de Estado; a la Vicepresidencia de la República, que también tomó atenta nota del problema y trasladó la comunicación a la Superintendencia de Industria y Comercio y a la Procuraduría General de la Nación para que esas entidades adelantaran las gestiones que “su comunicación amerita”; al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que la remitió a la Superintendencia; a la Organización Mundial del Comercio; a las organizaciones Transparencia Internacional y Transparencia por Colombia, que contestaron manifestando su preocupación, pues la empresa alemana se había comprometido con ellos a suspender ese tipo de prácticas comerciales; a las Embajadas de Colombia en el Reino de España, la República de Alemania y la República de Panamá, país en el cual se cursaba el recurso de anulación del laudo arbitral de 2007; la Comisión Europea en Colombia, representada por el señor Fernando Cardesa, quien respondió al gerente que “el *dossier* ha retenido toda nuestra atención y paso a comunicarle que hemos transmitido una copia de su correo a los servicios de la Comisión Europea en Bruselas para su seguimiento oportuno”, entre otras.

La intención del Metro de Medellín no era solamente entablar un nuevo pleito jurídico por el presunto abuso de la posición dominante ejercida por la multinacional alemana. También se decidió recurrir a esa estrategia para poner en alerta a otras entidades colombianas que podrían estar interesadas en adelantar negocios con ella. Por ello, se enviaron sendas comunicaciones al alcalde y al secretario de Movilidad de Bogotá, quienes para la época adelantaban estudios para la construcción del metro de la capital de la república. La idea era notificarlos de las actuaciones y alcances de esa empresa, para que de esta manera evitaran, en un futuro, meterse en aprietos.

Hubo una comunicación que generó especial atención en la Siemens. Se trata de la carta enviada al doctor Gustavo Valbuena Quiñones, quien en esos momentos fungía de superintendente de Industria y Comercio (SIC). La denuncia llegó a manos del funcionario por varios frentes. Por un lado, el gerente general le informó directamente, el 28 de enero de 2009, la situación. Por otro, la Vicepresidencia de la Re-

pública y el Ministerio de Industria y Turismo le remitieron la misma comunicación, al considerar que la SIC era la entidad competente para conocer del caso. Justo en ese momento se inició el último pleito sostenido con la Siemens y el Consorcio.

La SIC tiene como función, entre otras, la de “investigar, corregir y sancionar las prácticas comerciales restrictivas de la competencia y la competencia desleal”<sup>6</sup> y por ello se erigía como una institución competente para ocuparse de la denuncia interpuesta. En efecto, la SIC, creada en el gobierno de Carlos Lleras Restrepo, por el Decreto 2974 de 1968, es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, que conoce, en forma privativa, de las investigaciones administrativas, impone multas y adopta las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia. Además, ejerce vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal<sup>7</sup>.

Luego de solicitar a la Empresa la ampliación de la información y la ratificación en la denuncia, la SIC abrió una averiguación preliminar contra Siemens, radicada con el número 09 - 012682. En dicha averiguación se practicaron varios testimonios e inclusive se decretó una inspección a las instalaciones de la Empresa para verificar las condiciones de dependencia tecnológica que se tenían respecto de los elementos que se requerían para la puesta en marcha de los nuevos trenes. La inspección tuvo lugar el 2 de abril de 2009 y a ella se presentaron los abogados Yolanda Hernández Alonso y Felipe García Pineda, ambos funcionarios de la Delegatura para la Promoción de la Competencia de la SIC.

En dicha visita, la secretaria general de la Empresa manifestó:

Dado el tamaño del metro actual se podría decir que no existe una dependencia de Siemens. A medida que se ha ido avanzando, se ha relacionado con otros metros del mundo, que se va internacionalizando la empresa se ha llegado a la conclusión de que existen soluciones tecnológicas, dichas soluciones cuestan demasiado dinero. **Sin embargo, sí existe una dependencia del 100% en el tema de seguridad del tren, tanto para los usuarios como para el conductor, que aseguran el suministro de energía**

La Empresa necesitaba urgentemente encontrar un proveedor que pudiera fabricar los trenes, ajustándose a los requisitos respectivos y adi-

cionalmente que pudiera suministrar otros elementos necesarios para su buen funcionamiento, siendo los más importantes los elementos ATC. Y como en definitiva se trataba de un sistema cerrado, es decir, un sistema de seguridad que solo podía ser fabricado por Siemens, y que representaba la seguridad en la marcha de los trenes, tema fundamental para la operación, la multinacional parecía aprovecharse de esa situación. Eso fue lo que llevó al Metro a determinar, jurídicamente hablando, que era posible, en los términos del numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, según el cual hay abuso de posición dominante cuando se presentan actos que “tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones”, denunciar a la Siemens.

Las declaraciones rendidas por el ingeniero Tomás Andrés Elejalde Escobar, entonces Gerente de Operaciones, hoy Gerente de Planeación de la Empresa, en diligencia llevada a cabo en la ciudad de Bogotá el día 24 de julio de 2009, ratificaron que, infortunadamente, sí existía tal dependencia tecnológica. Sobre el particular, manifestó el funcionario:

PREGUNTA: Señor Elejalde explique al despacho el concepto de sistemas abiertos y cerrados, ¿en qué consiste cada uno y cuál es su diferencia?

RESPUESTA: Un sistema abierto, hablando específicamente de tecnología, es un sistema que está compuesto por componentes eléctricos, electrónicos y mecánicos que pueden tener interfaces y funcionar juntos como un sistema a pesar de ser fabricados por diferentes proveedores. Por ejemplo: yo pudiera comprar un computador serie industrial marca HP y programarlo para que interactué en una red de fibra óptica con computadores de otros fabricantes (APPLE, IBM), o para que opere con una impresora Kiosera un suiche (*sic*) de red marca 3M. Al contrario, un **sistema cerrado es aquel en el que solo se pueden conectar e interactuar equipos de la misma marca y del mismo fabricante, porque solo este fabricante conoce las interfaces, o sea, las conexiones y los software que conectan y comunican los diversos equipos.**

PREGUNTA: Señor Elejalde, informe ¿cuál de estos sistemas se instaló en el metro de Medellín?

RESPUESTA: El metro de Medellín tiene un sistema de señalización en la vía férrea, que es un **sistema cerrado propiedad de Siemens**. Adicionalmente el sistema de control de tráfico de trenes que operaba hasta finales del año de 2008 también era cerrado Siemens y para mencionar un **tercer sistema, que es el más importante, se trata del sistema ATC (Automatic Train Control) que particularmente opera como sistema cerrado y se denomina LZB701 de Siemens. También es sistema cerrado que regula la seguridad en la marca de trenes.**

(...)

PREGUNTA: De estos elementos esenciales que acaba de mencionar, ¿cuáles exigen de la tecnología Siemens? ¿En qué partes del sistema se tiene que contar con la presencia de la tecnología Siemens?

RESPUESTA: **Los sistemas cerrados de señalización Siemens como son el sistema de enclavamientos y el sistema LZB sigla alemana, solo los utiliza Siemens y son básicos para la seguridad y solo pueden ser intervenidos por personas especializadas y autorizadas por Siemens.**

PREGUNTA: De los elementos mencionados anteriormente, cuál consideraría usted que Siemens posee propiedad intelectual sobre ellos.

RESPUESTA: Posee propiedad intelectual sobre el sistema LZB.

PREGUNTA: ¿Cuáles son los requerimientos técnicos que exige el proceso de expansión de la línea A del metro de Medellín de Itagüí a Sabaneta?

RESPUESTA: Para expandir la línea se requiere la construcción de la vía férrea sobre un franja de terreno que ya está reservada, la obra civil ya se está ejecutando, adicionalmente se requiere electrificar esa vía férrea, y **por último dotarla de un sistema de señalización y un sistema de ATC. Si estos pasos no se cumplen, especialmente el de la dotación de la vía de un sistema ATC, sería imposible operar la extensión con trenes de pasajeros.** Para dotar la vía férrea de un sistema de señalización hemos evaluado dos alternativas: la primera es montar equipos Siemens compatibles con el resto de la línea, de tal manera que se pueda circular tanto por las vías existentes como por las vías futuras. Recuerden que existen equipos embarcados en el tren y que este se tiene que comunicar con lo instalado en

la vía, por esto la dotación de la señalización para la extensión tendría que ser Siemens, esa es la primera alternativa. La segunda sería cambiar todo el sistema de señalización, tanto en la vía como en el sistema embarcado. Tenemos estudios de mercado que sobrepasan el presupuesto de la obra. Tomar la primera alternativa puede tener un costo cercano a los cinco millones de euros y la segunda alternativa, que ya fue estudiada por la compañía Systra, de Francia, tiene un valor cercano a los 47 millones de euros.

PREGUNTA: ¿Qué es el ATP?

RESPUESTA: Es una sigla en inglés “Automatic Train Protection”, protección automática del tren. Es un concepto universal en ferrocarriles modernos que hace referencia a la protección automática de la marcha del tren. También se utiliza *Automatic Train Control*, ATC, que es control automático del tren, que es un concepto más avanzado, pero similar.

PREGUNTA: ¿Qué significa el concepto “equipo de suelos LZB”.

RESPUESTA: Como dije anteriormente, el sistema LZB de Siemens, que es un sistema ATC, consta de dos subsistemas o componentes: uno que se instala en los rieles y en las estaciones por estar en el suelo, y otro, lo embarcado, que está en el tren.

PREGUNTA: **¿Cuál es la razón por la cual existe dependencia técnica de Siemens?**

RESPUESTA: Los sistemas de Siemens, el LZB y los sistemas de enclavamiento o sistemas de señalización son sistemas que garantizan la seguridad de la marcha del tren, las normas de seguridad y calidad de la empresa y las normas ferroviarias internacionales no permiten que un vehículo o un tren de pasajeros circule con pasajeros con los sistemas ATC desconectados o averiados. Eso por un lado. De otro lado, **los sistemas LZB son sistemas cerrados, propiedad de Siemens, sobre los cuales no se puede ni se debe hacer ninguna intervención técnica para cambiar ni copiarlos porque se perderían todas las garantías de seguridad. Por consiguiente, los equipos para la señalización en el metro de Medellín tienen que ser Siemens o de lo contrario se tendría que cambiar todos los equipos de vía (o equipos de suelo) y los equipos embarcados por unos de otro fabricante.**

(...)

PREGUNTA: A raíz de los inconvenientes con Siemens, ¿por qué no acuden a otro agente del mercado que suministre estos bienes o en su defecto realizan ingeniería inversa?

RESPUESTA: Ya hicimos un estudio de mercado con proveedores y la alternativa cuesta 47 millones de euros, porque tendría que cambiar todo el sistema, todo lo de la vía lo de los trenes. La ingeniería inversa no se puede hacer por tratarse de un sistema de seguridad. Si se hace, es necesaria una certificación de seguridad.

PREGUNTA: Responda al despacho si es cierto o no la siguiente afirmación al referirnos a la expansión de la línea A del sistema metro de Itagüí a Sabaneta, “debe montarse una línea especial de producción porque la tecnología que tiene el metro de Medellín es de hace 15 años y ya no se produce a nivel industrial, por el avance tecnológico”.

RESPUESTA: No aplica para todos los sistemas mencionados, no aplica para los rieles, cambiavías, traviesas, para los equipos de suministro de energía y tampoco para algunos sistemas de señalización. Y aplica para el sistema LZB. Sin embargo, considero que más que una nueva línea específica de producción lo importante es que el proveedor a través de ingeniería garantice la compatibilidad entre lo viejo y lo nuevo.

(...)

PREGUNTA: Nos podría relatar en qué consistió el proceso licitatorio de la expansión de la línea A entre Itagüí y Sabaneta.

RESPUESTA: La zona sur del valle de Aburrá que comprende Itagüí, Sabaneta, Caldas y La Estrella ha tenido un crecimiento acelerado, especialmente en el asentamiento de industria, comercio y vivienda. Desde mediados de la década de los noventa existen planes metropolitanos de expansión de infraestructura hacia las zonas del valle. Enmarcado en estos planes está el plan de expansión del metro, con su línea férrea, que son dos y medio kilómetros y dos estaciones adicionales. Los procesos de licitación para la contratación de la obra civil y los procesos de compra de elementos, suministros para la expansión, se iniciaron en 2006 hacia el 2007. Al día de hoy ya se encuentran en ejecución los contratos de obra civil, muy avanzados, y ya han llegado a la empresa gran parte de los suministros para el montaje de la vía férrea y la electrificación. Es así como

también en el año 2007 se inició un proceso contractual para la compra de trenes y sistemas de señalización. Por eso se compran juntos. Se desestimaron los proveedores de trenes, tales como Bombardier, Alstom, Bombardier de Alemania, Francia y Caf de España, dado que no presentaron propuesta, argumentando que era imposible suministrar juntamente con el tren el sistema de señalización especialmente el embarcado y Siemens, por las razones comerciales jurídicas y de presupuesto, no presentó propuesta y el proceso se tuvo que desestimar. Como consecuencia al inicio del año 2008 se procedió a realizar una contratación directa con Siemens en el marco de la Ley 1150 y el estatuto de contratación de la empresa. Este proceso culminó con una propuesta condicionada que la Empresa no pudo aceptar (...).

Planteado así el problema, lo que seguía era determinar la factibilidad de que la Siemens fuera sancionada por la SIC en el marco de un proceso por ejercicio de prácticas restrictivas de la competencia, lo cual llevó a analizar el derecho de la competencia en Colombia, su regulación constitucional y legal, las conductas que se consideran lesivas de la competencia en nuestro ordenamiento jurídico, y concretamente el abuso de la posición de dominio como una de ellas. Sobre esta materia hay diversas tesis de doctrinantes colombianos, textos legales y la misma Constitución nacional.

En Colombia es la misma Carta Magna la que, en el marco de un Estado Social de Derecho, protege la libre competencia y la iniciativa privada. El artículo 333 de la Carta Política dispone que:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

**El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.**

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (negrillas nuestras).

En ese sentido, a partir de la promulgación de esa norma jurídica, en 1991, es correcto afirmar que Colombia pasó

de un sistema de mercado liberal a un sistema de protección de mercado, con alto rango social, sostenido por principios y valores constitucionales que justifican la intervención del Estado en la actividad de los particulares<sup>8</sup>.

En consecuencia,

la competencia adquiere desde entonces un carácter institucional antes ignorado, el cual está enmarcado dentro de un sistema democrático, llamado hoy **economía social de mercado** o si lo prefieren Estado Social de Derecho<sup>9</sup>

En ese modelo, como lo afirma el profesor Carlos Mario Molina Betancur, la libre iniciativa privada sigue vigente, sin embargo, el Estado está obligado a intervenir para que de esa manera se garantice una redistribución justa de la riqueza y se corrijan las desigualdades sociales que encuentran su causa en los excesos del individualismo. Así lo ha entendido también la Corte Constitucional, que en Sentencia C-074 de 1993 se pronunció al respecto e instituyó lo que jurisprudencialmente se ha conocido con el nombre de “La Constitución Económica”.

Al respecto, el Alto Tribunal Constitucional manifestó:

Como lo ha dicho reiteradamente esta Corporación, la Constitución Nacional de corte finalista o teleológico recoge la doctrina constitucional contemporánea y consagra un Estado interventor a través de un conjunto sistemático de disposiciones jurídicas destinadas a la realización de un orden económico y social justo, dentro del marco del Estado social de derecho.

La Carta no se limita entonces, a regular la organización supra estructural del poder público. No. El constituyente recogió la tradición occidental de

postguerra y con ella una nueva visión del derecho constitucional, de la cual deben destacarse cuando al menos tres elementos esenciales.

En primer lugar, el nuevo derecho constitucional diseña un marco económico ontológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (art. 13), de la consagración de ciertos y determinados valores, como la justicia y la paz social, principios como la igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los límites (*sic*) del quehacer estatal. No se trata entonces de un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben de una parte respetar los límites (*sic*) impuestos por el conjunto de derechos, y de otra operar conforme a los valores y principios rectores que la Carta consagra, así como procurar la plena realización de los derechos fundamentales.

**En segundo lugar, la Constitución dota al Estado de una serie de instrumentos de intervención en la esfera privada, en el mundo social y económico, con el fin de que a partir de la acción pública se corrijan los desequilibrios y desigualdades que la propia Carta reconoce y se pueda buscar, de manera real y efectiva, el fin ontológicamente cualificado que da sentido a todo el ordenamiento.**

En tercer lugar, la Carta otorga a los agentes sociales, individuales y colectivos, mayores instrumentos de gestión, fiscalización, control y decisión sobre la cosa pública.

Así, encontramos entonces en la carta política una gran variedad de disposiciones orientadas a garantizar que esos tres elementos mencionados se cumplan, como por ejemplo el preámbulo, los artículos 2, 58, 88, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339 y 341.

En este orden de ideas, podemos definir el derecho a la competencia, desde una perspectiva jurídico - ideológica, como un “sistema institucional de vida social dentro del cual se ordenan las actividades de los agentes económicos, garantizando, así como limitando, el ejercicio de la libre competencia, para una mejor garantía de las políticas económicas. Acá se tie-

nen en cuenta **valores y principios** que determinan la forma de vida social adoptada y se fijan objetivos socialmente deseables que suponen deben ser alcanzados a través de la regulación de la libre competencia. **Se busca principalmente evitar la desigualdad económica, controlando el poder de los grandes comerciantes en favor de los más débiles: toda presión, todo fraude, toda práctica que atente contra la libre competencia se considera antidemocrática** (negrillas fuera de texto).

Esta dimensión ideológica o institucional va de la mano de una dimensión que podemos llamar conflictual, según la cual el derecho a la libre competencia posee un perfil dual. En primer lugar encontramos un perfil individual, que propende a la garantía de los intereses individuales de los distintos agentes económicos que concurren al mercado; y, en segundo lugar, un perfil colectivo, que busca proteger y salvaguardar a la comunidad. Por lo anterior es por lo que se puede afirmar, en síntesis, que el derecho a la libre competencia

no es un derecho exclusivo de quienes concurren al mercado en calidad de oferentes, sino que también es un **derecho de los consumidores y usuarios y, en general, de toda la colectividad**, la que finalmente resultaría beneficiada por un sistema competitivo eficiente<sup>10</sup>.

Bajo esta óptica colectiva y constitucional, el Metro de Medellín interpuso la denuncia contra la Siemens ante la SIC.

En cuanto al orden legal, también existen fundamentos en la Ley 155 de 1959, por la cual se dictaron algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. Esa norma fue la primera en regular la materia. Cinco años después, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1302, que buscaba reglamentar la Ley 155; en dicho decreto se trató de “concretar el concepto de indebida restricción de la libre competencia”<sup>11</sup>. Posteriormente, el entonces Ministerio de Desarrollo Económico, hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en uso de sus facultades expidió el Decreto 2153 de 1992, que reestructuró y efectuó grandes cambios en la Superintendencia de Industria. Recientemente han sido expedidas otras disposiciones que han pretendido ponerse a tono con los cambios que han sufrido los mercados como consecuencia de la glo-

balización. Tal es el caso del Decreto 3523 de 2009 y la Ley 1340 de 2009. Pero entonces, ¿qué es una práctica restrictiva de la competencia? ¿Qué conductas pueden enmarcarse como constitutivas de prácticas restrictivas de la competencia?

Las prácticas restrictivas constituyen el género de los actos lesivos de la libertad de competencia<sup>12</sup>. Consisten en

acciones anticompetitivas, ofensivas, capaces de distorsionar gravemente las condiciones de competencia en el mercado, de tal forma que afecte el **interés** público. Su objeto es obstaculizar el mercado, o impedir el acceso a este de otros posibles concurrentes<sup>13</sup>.

Dentro de ese género encontramos una serie de conductas que dependiendo del destinatario que las padezca, podrán ser clasificadas como actos de competencia desleal o como prácticas restrictivas. Así, si el acto perjudica al **consumidor** o al productor de materias primas, se está en presencia de una práctica restrictiva y, si por el contrario, perjudica a un competidor, pues estaríamos en presencia de un acto de competencia desleal.

Dentro de esas conductas que atentan entonces contra la libre competencia, podemos mencionar:

El monopolio, se presenta cuando las empresas encuentran imposible entrar a un mercado o cuando la rentabilidad del negocio no es atractiva.

El cartel, que consiste en un acuerdo entre empresas independientes, por medio del cual se limita la libre competencia y tiene como propósito impedir, falsear o limitar la competencia, en todo o en parte, del mercado nacional.

El *trust*, es decir, la fusión, consolidación o integración de empresas que tiene como finalidad eliminar o absorber una empresa competidora, en perjuicio del mercado y de los competidores, por desmejora en la producción o distribución de un producto o servicio.

El *dumping*<sup>14</sup>, o venta para exportación de uno o varios productos a precios inferiores a los que les cobran a los compradores nacionales.

El abuso de la posición de dominio, del cual nos ocuparemos con mayor profundidad.

Como quiera que con la conducta desplegada por la Siemens se estaban afectando los derechos de un consumidor, en este caso la Empre-

sa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, al poner cuanta traba estaba a su alcance para, en un primer momento, no proveer los elementos ATP a otro oferente en el marco del proceso de contratación 2327 de 2007, afectando con ello claramente la libre competencia entre los proponentes dadas las condiciones de dependencia tecnológica, y en un segundo momento condicionando el suministro de los trenes y demás elementos a la renuncia de todas las pretensiones y expectativas que tenía la Empresa en los diversos escenarios jurídicos en los que estas dos Empresas se enfrentaban, el Metro de Medellín consideró que estábamos en presencia de un abuso de la posición dominante.

En este orden de ideas, para que pueda haber abuso de posición dominante es necesario, primero que todo, que en efecto una empresa goce de tal posición en el mercado. Según el artículo 3 de la Decisión 285 de la Comunidad Andina de Naciones que, dicho sea de paso, es de obligatorio cumplimiento en nuestro territorio según lo dispuesto en la Ley 8 de 1973<sup>15</sup>,

se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio **cuando pueden actuar de forma independiente, sin tener en cuenta** a sus competidores, **compradores** o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, **las características de la oferta y la demanda de los productos, el desarrollo tecnológico de los productos involucrados**, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución (negritas fuera del texto).

Por su parte, el numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define la posición dominante como “la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”, definición que como bien lo señala el abogado comercialista Carlos Alberto Velásquez Restrepo<sup>16</sup>, es vaga e incompleta. Por ello, la Superintendencia de Industria y Comercio, fundamentada en la definición de la decisión andina antes citada, define la posición dominante como aquella situación en la cual un agente económico

puede modificar significativa y unilateralmente el precio, las cantidades ofrecidas u otra variable significativa para el mercado relevante, siempre

que pueda mantener la modificación perdurablemente, porque la reacción de sus competidores, efectivos y/o (sic) potenciales, o de los **consumidores**, no sería suficiente para disuadirlo de modificar su conducta<sup>17</sup>.

Así las cosas, es válido afirmar que el hecho de “gozar” de posición de dominio no constituye, *per se*, una infracción al orden jurídico y económico de nuestro país. No. Lo que en efecto constituye un acto reprochable por el ordenamiento es el abuso de esta posición, que se presenta cuando un “competidor, en ejercicio de su derecho de competir en el mercado, abusa de dicho ejercicio”<sup>18</sup>.

Ahora bien, el artículo 50 del Decreto 2153 citado presenta, en una lista enunciativa, cinco conductas que pueden ser constitutivas de abuso de posición dominante, a saber:

1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos.
2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.
- 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.**
4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.
5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

¿Qué tanto encuadra allí la conducta desplegada por la Siemens?

Como ya se dijo, la Empresa tuvo que desestimar el proceso de con-

tratación 2327 de 2007 porque los participantes manifestaron dificultades para garantizar el suministro de los elementos ATC, toda vez que estos eran propiedad exclusiva de Siemens y era evidente la dificultad para que esta multinacional los suministrara a otro proveedor que se hiciera acreedor del contrato.

Como consecuencia de esa desestimación, la Empresa emprendió una negociación directa con la Siemens para que fuera esta la que suministrara los trenes y su respectivo equipo de señalización. Esa negociación se fue al traste con la carta enviada el 19 de diciembre de 2008 por la multinacional, en la cual se condicionaba el suministro de los equipos a la renuncia de la Empresa a todas sus pretensiones y expectativas en los diversos litigios que se tenían con el Consorcio Hispano Alemán, del cual hacía parte Siemens. En ese sentido, vale preguntar, ¿si no se tipifica acaso esa conducta como una de aquellas que tienen por objeto o por efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio?

Basta leer la carta de la Siemens para concluir que sí. Veamos:

(...) Sin embargo, esta presentación no escapa a la oportunidad de mencionar las circunstancias controversiales y los litigios que han ocupado largos años a la ETMVA y a Siemens AG. Por esta razón, **nuestra oferta contempla la necesidad de que previamente se resuelvan en forma definitiva todas las reclamaciones, controversias y/o disputas (sic) derivadas o relacionadas con el contrato No. 49** que celebró la ETMVA con Siemens AG y los otros miembros del Consorcio Hispano Alemán (negrillas y cursivas nuestras).

¿Qué relación tenían las reclamaciones que se adelantaban en los estrados judiciales con la necesidad de la Empresa de ampliar su flota de trenes?

¡Ninguna!

Era claro que Siemens se estaba aprovechando de las circunstancias y de la dependencia tecnológica que la Empresa tenía para imponer condiciones adicionales a la negociación, so pena de no garantizar el suministro. Y esa reprochable conducta no la cometía solamente con la Empresa de manera directa. En el proceso desestimado era evidente que los demás proveedores estaban en posición de desventaja ante las frecuentes negativas de Siemens para suministrar a otra empresa los elementos ATC.

La doctrina, como lo afirma el experto en derecho de la competencia, Mauricio Velandia Castro<sup>19</sup>, ha distinguido tres métodos para determinar si existe o no posición de dominio: el estructural, el conductista y el de dependencia. De estos tres, interesa particularmente el último.

Sobre el particular afirma Velandia:

el método de dependencia se utiliza para mercados cuya segmentación es muy reducida –creemos que es nuestro caso–, es decir, donde el mercado relevante está circunscrito a zonas pequeñas. Dentro de estos mercados el dominante genera **una dependencia** de sus participantes hacia él. Tanto **consumidor** como **suministrador** dependen del parecer del dominante...<sup>20</sup>.

No obstante, este método ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, toda vez que se afirma que lo que se está protegiendo no es el mercado, sino al competidor y las prácticas restrictivas lo que hacen, en teoría, es tutelar el bien jurídico de la libre competencia. En este orden, es evidente que se podrían presentar un sinnúmero de litigios entre las partes contratantes, lo que podría incitar a pensar que lo que está en juego es la relación privada. Sin embargo, hay casos –y estamos convencidos de que el nuestro se encuadra allí– en los que “lo privado sea tan fuerte que trascienda dicha órbita para sentarse en la órbita pública”<sup>21</sup>.

La Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada es una Empresa 100% pública, su objeto social principal consiste en la “planeación, construcción, operación, recaudo y administración de servicios de transporte **público de pasajeros...**” y en desarrollo de dicho objeto, es de conocimiento general que es esta Empresa la que opera el metro de Medellín. Este sistema de transporte masivo tiene unas connotaciones muy particulares en el valle de Aburrá, pues ha contribuido enormemente al mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos y de la movilidad de toda esa región. Actualmente transporta (2014), en un día típico laboral, alrededor de 770.000 personas y se erige como un referente de cultura en la ciudad y en todo el país. En ese sentido, para cualquier persona es fácil entender que la situación que se presentó con Siemens, además de las implicaciones que en materia de contratación entre las partes podría acarrear, es evidente que las consecuencias para la prestación del servicio público de transporte masivo en el área me-

tropolitana también eran nefastas. La Empresa necesitaba adelantar los procesos de adquisición de trenes y de los equipos de señalización con agilidad para garantizar que el cronograma de la construcción de la obra de extensión al sur se cumpliera según lo planeado, y con las dilaciones de Siemens era inevitable que el cronograma se afectara.

Adicionalmente, se causaron perjuicios de otro tipo que afectaron el capital público de la Empresa. De allí que, en aquel enero de 2009, el Metro de Medellín se preguntaba: ¿No trasciende el ámbito de la relación precontractual privada entre la Siemens y la Empresa el hecho de que los condicionamientos se estaban poniendo a una empresa pública encargada, precisamente, de prestar un servicio público esencial, vital para el área metropolitana del valle de Aburrá?

El equipo jurídico del Metro y sus asesores consideraron que sí. Por ello es por lo que, líneas atrás, se advirtió que en este tipo de situaciones hay que tener una perspectiva más amplia acerca de lo que realmente se protege con el derecho de la competencia, y en tal sentido, recurrir a lo dispuesto en el texto constitucional, particularmente a lo prescrito en el artículo 333 citado. Se trata de aplicar lo que se denomina “óptica colectiva del derecho de la competencia”, según la cual, vale reiterar, este “no es un derecho exclusivo de quienes concurren al mercado en calidad de oferentes, sino que también es un **derecho de los consumidores y usuarios y, en general, de toda la colectividad**”<sup>22</sup>.

Esos fueron, en síntesis, los argumentos de tipo jurídico que se tuvieron en cuenta en la Dirección Jurídica para formular la denuncia contra la Siemens, en enero de 2009.

En septiembre de 2010, después de un proceso de negociaciones que se inició en julio de ese mismo año y en el que sirvió de mediadora la entonces alta consejera presidencial, Claudia Jiménez Jaramillo, se logró lo que en muchas ocasiones se creía imposible. El día 10 de ese mes concurrieron en la Gobernación de Antioquia los representantes de las empresas del Consorcio Hispano Alemán y los representantes del Metro de Medellín para firmar un acuerdo de transacción que, como bien lo dijo uno de los abogados del CHA, redujo a la nada todos los conflictos entre las partes.

En dicho acuerdo se establecía el compromiso de las partes para que una vez suscrito el documento de rigor, los apoderados de las par-

tes presentaran sendos memoriales solicitando la suspensión de los procesos hasta tanto el Tribunal Administrativo de Antioquia se pronunciara sobre la legalidad del acuerdo. Igualmente se estableció que cuando el Tribunal se pronunciara al respecto, y la respuesta fuera positiva, las partes debían presentar los desistimientos respectivos en todos los estrados judiciales y administrativos para renunciar a todas sus pretensiones. Así se hizo, y el 11 de septiembre el doctor Ramiro Márquez Ramírez, honrando la palabra, envió un memorial en el que solicitaba a la SIC la suspensión de los términos en el procedimiento que se adelantaba contra la Siemens en esa entidad, por la denuncia que se había interpuesto por el supuesto ejercicio de prácticas restrictivas de la competencia.

Pero el trámite, por involucrar cuestiones de estirpe constitucional, como lo son la regulación de los mercados y la economía, podía continuar siendo investigado de oficio por el organismo y ¡así lo hizo!

El proceso siguió su curso normal y aún después de noviembre de 2010 –mes en el cual el Tribunal Administrativo de Antioquia notificó el auto interlocutorio No. 192 por medio del cual se aprobó judicialmente el acuerdo transaccional– la SIC continuaba con la averiguación preliminar. El asunto murió en enero de 2011, cuando mediante Resolución 1206, de enero 24, el superintendente delegado para la Protección de la Competencia, Carlos Pablo Márquez Escobar, decidió archivar la averiguación preliminar en la que eran protagonistas el Metro y Siemens. De esta decisión es importante destacar, entre otras cosas, que la SIC tuvo en cuenta el acuerdo al que llegaron las partes en septiembre de 2009. Al respecto manifestó en la parte considerativa del acto administrativo:

Vale la pena destacar que en la comunicación referenciada se manifiesta que las partes convinieron hacer un cruce de cuentas pendientes que deja un saldo a favor del Consorcio Hispano Alemán por valor de US\$3'541.409.

Finalmente, la SIC pareció inclinarse más por la postura individual del derecho de la competencia, expuesta líneas arriba, y en el auto de archivo mencionado concluyó que

... la posición de dominio denunciada, de acuerdo a los hechos que obran en el expediente, hace referencia a un conflicto surgido con ocasión de una relación negocial entre particulares, lo cual desborda la facultad que en materia de protección de la competencia le ha sido conferida a esta Delegatura.

Y ahí, sí, se dieron entonces por terminados, de manera definitiva, los complejos pleitos que ocuparon los esfuerzos de todo el recurso humano de una organización que, tal vez, hoy sería aún más excelente, si no hubiera tenido que padecer, por más de veinte años, los rigores de una batalla jurídica por el futuro. ¡Pero se tuvo que dar y, a fe, que valió la pena!

## NOTAS

---

1. Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada. Acta No. 163 de la junta directiva del 15 de mayo de 1990.
2. Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada. Proceso de contratación radicado 2327 de 2007.
3. Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada. Resolución JD. 125 de 2007, mediante la cual se adopta el Reglamento de Contratación de la Empresa.
4. "At Siemens, Bribery Was Just a Line Item" [www.nytimes.com/2008/12/21/business/worldbusiness/21siemens.html?pagewanted=all](http://www.nytimes.com/2008/12/21/business/worldbusiness/21siemens.html?pagewanted=all), consultado el 28 de octubre de 2011.
5. Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.
6. <http://www.sic.gov.co/en/web/guest/funciones>, consultado el 29 de octubre de 2011.
7. Artículo 6, Ley 1340 de 2009.
8. Carlos Mario Molina Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, 1.ª ed. Medellín: p. 93.
9. Molina Betancur, *ob. cit.*, p. 93.
10. Molina Betancur, *ob. cit.*, p. 114.
11. Carlos Alberto Velásquez Restrepo, *Instituciones de Derecho Comercial*, 5.ª ed., Medellín: p. 176.
12. Velásquez Restrepo, *ob. cit.*, p. 177.
13. José María Berdugo Garavito, *et al.*, *Derecho de la competencia*, 1.ª ed., Medellín: p. 87.
14. Decreto 991 de 1998. Artículo 5. Se considera que un producto es objeto de "dumping", es decir, que se introduce en el mercado colombiano a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse hacia Colombia es menor que el precio comparable, en el curso de operaciones normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador.
15. Mediante la cual se ratificó el Acuerdo de Cartagena de 1969.
16. Velásquez Restrepo, *ob. cit.*, p. 200.
17. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 15653 de 2001.
18. Ernesto Rengifo García, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, 2.ª ed., Bogotá: p. 369
19. Al respecto, ver Mauricio Velandía Castro, *Derecho de la competencia y del consumo*, 1.ª ed., Bogotá, pp. 131 - 134.
20. Mauricio Velandía Castro, *ob. cit.*, p. 134.
21. Mauricio Velandía Castro, *ob. cit.*, p. 134.
22. Molina Betancur, *ob. cit.*, p. 114.





08

El contrato  
de transacción



# 08

## El contrato de transacción

### Conceptos jurídicos

Una vez definidos los términos mediante los cuales el Metro de Medellín y el Consorcio Hispano Alemán solucionarían todas las diferencias derivadas del contrato 49 de 1984, se plantearon dos alternativas, así:

1. Conciliación sometida a aprobación judicial en la que interviniera la Procuraduría General de la Nación, de alcance nacional e internacional, que comprendiera todos los litigios pasados, presentes y en gestación, que hiciera tránsito a cosa juzgada.
2. Transacción sometida a aprobación judicial en la que interviniera la Procuraduría General de la Nación, de alcance nacional e internacional, que comprendiera todos los litigios pasados, presentes y en gestación, que hiciera tránsito a cosa juzgada.

Al respecto, el grupo jurídico de la Empresa, liderado por el doctor Carlos Betancur Jaramillo, hizo el siguiente análisis:

1. En la conciliación que se proponía, además de contar con la intervención de la Procuraduría General de la Nación, era posible incluir en la fórmula de arreglo la solución integral de todos los procesos de alcance nacional e internacional que se tramitaban entre las partes, toda vez que ante tal entidad se podían recoger los conflictos en un solo asunto,

incluidos los procesos en que eran parte las compañías que aseguraron el cumplimiento del contrato 49 de 1984.

Esta propuesta requería que el acuerdo se formalizara, en primer lugar, ante la Procuraduría, y que posteriormente fuera sometido a la aprobación del Tribunal Administrativo de Antioquia, despacho que tendría la competencia para estudiar todos los asuntos incluidos en el arreglo. Una vez en firme esta decisión, las partes, de común acuerdo, desistirían de las pretensiones en cada uno de los procesos que se tramitaban en los distintos despachos judiciales.

No obstante, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 9° del Decreto 1716 de 2008, se entendería que con la conciliación se revocaba directamente el acto complejo que declaró el incumplimiento del contrato 49 de 1984, norma que dispone:

Si la conciliación versa sobre los efectos económicos de un acto administrativo de carácter particular, también se indicará y justificará en el acta cuál o cuáles de las causales de revocación directa previstas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, o normas que lo sustituyan, sirve de fundamento al acuerdo e igualmente se precisará si con ocasión del acuerdo celebrado se produce la revocatoria total o parcial del mismo.

Por su parte, el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo establece:

**CAUSALES DE REVOCACIÓN.** Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona. De acuerdo con lo anterior, si se celebraba una conciliación extrajudicial, era necesario justificar cuál era la causal para revocar el acto. En concepto de los

abogados de la Dirección Jurídica de la Empresa, el único interés que le asistía a la Empresa para dejar sin efectos el acto de declaratoria de incumplimiento del contrato 49 era arreglar las diferencias y hacer un cruce de cuentas en aras de un arreglo total, pero ninguno de los motivos que llevaban a la suscripción del acuerdo se ajustaba a las causales del artículo 69.

2. Por su parte, la transacción es un contrato por medio del cual las partes extinguen sus obligaciones, mediante concesiones recíprocas, consistente en la modificación de una relación jurídica dudosa por una cierta, que no exige justificación para dejar sin efecto los actos administrativos objeto del arreglo.

Teniendo en cuenta la finalidad de la transacción, se hizo el siguiente examen:

- a) Las partes tenían una relación jurídica dudosa por cuanto hasta tanto las autoridades administrativas y judiciales no definieran a quién le asistía la razón en relación con las pretensiones sometidas a su conocimiento, no se tendría un derecho cierto.
- b) Si se lograba la transacción, se modificaría esa relación dudosa por una cierta, el reconocimiento mutuo de unas obligaciones.
- c) En aras del arreglo, se podrían dejar sin efectos las Resoluciones 1938 y 1958 de 1997, sin necesidad de sustentar la causa legal para hacerlo.

La transacción también podía someterse a la aprobación de cualquier juez que estuviera conociendo alguno de los procesos que se habían iniciado con ocasión del contrato 49 de 1984, quien revisaría la legalidad del acuerdo y tendría la competencia para estudiar todos los asuntos incluidos en el arreglo. Una vez en firme esta decisión, las partes, de común acuerdo, desistirían de las pretensiones en cada uno de los procesos que se tramitaban en los distintos despachos judiciales.

Consecuente con lo anterior, se recomendó la segunda alternativa, esto es, que la formalización del acuerdo se presentara como contrato de transacción, el cual debería someterse a aprobación del juez en uno de los procesos que cursara en la jurisdicción contencioso administrativa, con la advertencia de que una vez formalizado y aprobado el acuerdo, hacía

tránsito a cosa juzgada material y formal, frente a los conflictos pasados, presentes y futuros, derivados del contrato 49 de 1984 y sus adicionales. Por último, se recomendó el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación y de la Dirección de Defensa Nacional del Ministerio del Interior y de Justicia.

## Contrato de transacción

Las partes llegaron al siguiente acuerdo:

### V. CRÉDITOS A FAVOR DEL CONSORCIO Y LA ETMVA

1. La ETMVA reconoce deberle al Consorcio, por concepto de deudas por obra ejecutada y pendientes de pago, la suma de cinco millones setenta mil seiscientos ochenta y cinco dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 5.070.685.00), de conformidad con la relación que se incluye en el anexo 1 de este documento, cuyos soportes físicos reposan en la ETMVA.
2. El Consorcio reconoce deberle a la ETMVA, por concepto de anticipos pendientes por amortizar, la suma de un millón quinientos cincuenta y seis mil doscientos setenta y seis dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 1.556.276.00), según certificación de la Gerencia Financiera de la Empresa, que se incluye como anexo 2 de este documento.
3. En consecuencia y en virtud del presente contrato de transacción, la ETMVA se declara deudora del Consorcio en la suma neta de tres millones quinientos catorce mil cuatrocientos nueve dólares de los Estados Unidos de América (US\$3.514.409.00), resultante de la compensación consagrada en el artículo 1714 del Código Civil.

### VI. CONCESIONES RECÍPROCAS DE LAS PARTES

La transacción, como es de su esencia, implica que las partes se hagan recíprocas concesiones. Así, la ETMVA renuncia a las expectativas que guarda

con los procesos ejecutivos propuestos contra la Siemens y las compañías de seguros y con la demanda de reconvencción formulada dentro del proceso ordinario instaurado por el Consorcio, tendiente al reconocimiento de los perjuicios sufridos por la ETMVA no cubiertos por la cláusula penal pecuniaria. Asimismo renuncia a la expectativa que guarda de lograr la nulidad del laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento Internacional, a través del recurso extraordinario de anulación interpuesto.

Por su lado, el Consorcio y las compañías de seguros renuncian a las expectativas que tienen en torno a la nulidad de las resoluciones de incumplimiento y desisten de las excepciones propuestas dentro de los ejecutivos. En este mismo sentido, el Consorcio renuncia a la esperanza que tiene de hacer efectiva la condena impuesta por el citado Tribunal de Arbitramento Internacional, ni intentará el exequátur para hacerla valer en Colombia. Asimismo, renuncia a la expectativa de éxito en el recurso de revisión que se tramita ante el Consejo de Estado.

Estas recíprocas concesiones para efectos de este contrato de transacción se estiman equivalentes, por lo cual no habrá lugar a reconocimiento alguno para las partes con fundamento en los distintos procesos y recursos enunciadados atrás.

Por último, las partes manifiestan que la suscripción del presente contrato de transacción elimina las contingencias y riesgos que cada una tiene asociados al trámite de los procesos en curso.

## VII. DECLARACIONES Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Las partes manifiestan su firme intención de:

1. Transigir en forma definitiva la totalidad de las diferencias, litigios y recursos que separan a las partes con ocasión de la ejecución del contrato 49 y sus adicionales.
2. En virtud del presente contrato de transacción se da por liquidado en forma definitiva y de común acuerdo el contrato 49 y sus adicionales.

Este contrato de transacción se tendrá como el acta final de liquidación de dicho contrato.

3. Dar por terminados todos los procesos y conflictos en curso, enunciados en este documento, en relación tanto con la ejecución del contrato 49 y sus adicionales, como con las Resoluciones de Incumplimiento Nos. 1938 y 1958 proferidas por la ETMVA en marzo y mayo de 1997.
4. Abstenerse de presentar futuras reclamaciones judiciales, extrajudiciales o diplomáticas, demandas, acciones, querellas, denuncias, etcétera, que tengan relación directa o indirecta con el contrato 49, incluyendo todos los acuerdos y contratos adicionales.
5. Declararse a paz y salvo por todo concepto, salvo por las obligaciones que surjan del presente contrato de transacción a cargo de las PARTES.

Por lo tanto, en virtud de este Contrato de Transacción, surgen las siguientes consecuencias y obligaciones a cargo de las PARTES, una vez se encuentre debidamente ejecutoriada la providencia judicial aprobatoria del presente contrato:

1. La ETMVA pagará al Consorcio la suma neta de tres millones quinientos catorce mil cuatrocientos nueve dólares de los Estados Unidos de América (USD 3.514.409), una vez ejecutoriada la providencia judicial que apruebe el presente contrato de transacción, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de radicación del último de los desistimientos pactados en este contrato y que se relacionan a continuación en los numerales 6, 7 y 8, para lo cual se cuenta con la certificación presupuestal No. 30006008.
2. El Consorcio desiste de la acción contractual instaurada en agosto de 1997, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que pretende la nulidad de las resoluciones de incumplimiento No. 1938 del 20 de marzo de 1997, y la No. 1958 del 30 de mayo de 1997, la nulidad de algunas cláusulas contractuales y los perjuicios causados por la

declaratoria de incumplimiento (proceso radicado 05001-23-31-000-1997-02097).

3. El Consorcio se abstendrá de llevar a cabo cualquier acción, en Colombia y en el exterior, tendiente al cobro judicial o extrajudicial del laudo arbitral proferido a su favor y en contra de la ETMVA por el Tribunal de Arbitramento Internacional el 15 de noviembre de 2007 y corregido por el mismo Tribunal el 5 de marzo de 2008, mediante el “Laudo de Correcciones y Enmiendas”. Por consiguiente, el Consorcio no solicitará el exequátur de dicho laudo, ni presentará demanda o recurso alguno contra la ETMVA, sus representantes legales, miembros de junta directiva y accionistas, dirigidos directa o indirectamente al cobro de las sumas reconocidas a su favor por el mencionado laudo, incluidos los intereses de mora causados.
4. La ETMVA desistirá del recurso de anulación presentado contra el laudo arbitral, ante la Corte Suprema de Justicia de Panamá.
5. La ETMVA desiste de la demanda de reconvenición presentada contra el Consorcio en junio de 1999, dentro del proceso radicado 05001-23-31-000-1997-02097, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia.
6. La ETMVA desistirá del Proceso Ejecutivo contra Siemens AG, que a la fecha se encuentra en el Consejo de Estado, con radicación 05-001-23-31-000-2000-03959-05.
7. La ETMVA desistirá del Proceso Ejecutivo contra las COMPAÑÍAS DE SEGUROS, que a la fecha se encuentra en curso ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, con radicación 05001233100020000421800.
8. El Consorcio desistirá del Recurso Extraordinario de Revisión que presentó ante la Sala Plena del Consejo de Estado.
9. Las COMPAÑÍAS DE SEGUROS desisten de las acciones contractuales iniciadas contra la ETMVA, con ocasión de la expedición de las resoluciones de incumplimiento del contrato 49, enunciadas en

este escrito y acumuladas al proceso radicado 05001-23-31-000-1997-02097, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia.

10. La ETMVA desistirá de la denuncia presentada contra Siemens ante la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), por la presunta violación a las normas sobre competencia y se abstendrá de iniciar acciones adicionales relacionadas con los hechos que dieron lugar a la denuncia mencionada.
11. La ETMVA devolverá al Consorcio los originales de todas las pólizas y garantías que tenga en su poder y en particular las siguientes:
  - Garantía de estabilidad de la obra, calidad y buen funcionamiento de los equipos-CU-1007.
  - Garantía de pago de prestaciones sociales - CU-1008.
  - Garantía de repuestos y mantenimiento - CU-1006.
12. La ETMVA y el Consorcio se abstendrán de presentar, directa o indirectamente, reclamaciones judiciales o extrajudiciales, demandas judiciales y arbitrales, acciones, reclamaciones diplomáticas, querellas, tutelas, acciones de cumplimiento, acciones populares, denuncias, de cualquier naturaleza, etc., que tengan relación con el contrato 49, su celebración, ejecución, liquidación y cumplimiento, incluyendo todos los acuerdos y contratos adicionales y el presente contrato de transacción.
13. En virtud de este contrato de transacción, la ETMVA da por recibidas las obras objeto del contrato 49 de 1984, a satisfacción y da por finalizado el período de garantía previsto en el mismo contrato.
14. Todos los gastos e impuestos que se generen con ocasión del presente contrato de transacción, serán asumidos por la ETMVA.

(...) Aprobado el presente acuerdo transaccional en su integridad, y debidamente ejecutoriada la decisión, quedan transigidas la totalidad de las diferencias que separan a las PARTES; y, por lo tanto, se declaran mutuamente

a paz y salvo por todo concepto relacionado con la celebración, ejecución y liquidación del contrato 49 y sus adicionales.

La transacción comprende la totalidad de los procesos, recursos y litigios, enunciados en el presente contrato de transacción.

Las partes manifiestan que este acuerdo debidamente aprobado, tiene efectos de cosa juzgada y se celebra en los términos de los artículos 68 y siguientes de la Ley 80 de 1993 y los artículos 2469 y siguientes del Código Civil.

En virtud de la presente transacción, la ETMVA declara cumplido el contrato 49 y sus adicionales y en consecuencia, deja sin efectos las Resoluciones de Incumplimiento Nos. 1938 del 20 de marzo de 1997 y 1958 del 30 de mayo de 1997, proferidas por la ETMVA.

## Concepto de la Procuraduría General de la Nación

El doctor Roberto Augusto Serrato Valdés, procurador primero delegado ante el Consejo de Estado, solicitó al Tribunal Administrativo de Antioquia que se le impartiera aprobación al contrato de transacción suscrito, toda vez que cumplía con los requisitos legales formales y sustanciales y no resultaba lesivo para el patrimonio público, para lo cual se apoyó en un análisis financiero, jurídico y de recuperación de recursos patrimoniales.

En cuanto a los elementos del acuerdo, se apoyó en providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 6 de diciembre de 2007<sup>1</sup>, que aprobó la transacción celebrada entre el Instituto Nacional de Vías y la Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio –COMMSA–, que señaló que en este tipo de contratos deben concurrir tres elementos, los que se dieron en el presente caso: a) existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta; b) voluntad de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por una relación cierta y firme; c) extinción convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas.

En conclusión, solicitó el señor procurador:

(...) respetuosamente solicito al Honorable Tribunal Administrativo de Antioquia que, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, en particular las establecidas en los artículos 340 y 341 del Código de Pro-

cedimiento Civil, imparta aprobación al acuerdo transaccional presentado por las partes, como quiera que el mismo, además de cumplir con los requisitos formales y sustanciales del Código Civil, de Procedimiento Civil y del Contencioso Administrativo, no es lesivo para el patrimonio público, tal como lo demuestran los análisis financieros, jurídicos y de recuperación de recursos patrimoniales, debidamente explicados en el presente concepto.

Los argumentos expuestos por el señor procurador coinciden con las consideraciones del Tribunal Administrativo de Antioquia, que se analizan a continuación.

#### Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia

El 18 de septiembre de 2009, las partes que suscribieron el contrato de transacción presentaron memorial a la Sala Sexta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, con la finalidad de que le impartiera aprobación a dicho acuerdo.

La Sala Sexta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, con ponencia del doctor Jairo Jiménez Aristizábal, mediante providencia del 26 de noviembre de 2009, analizó la documentación allegada, se refirió a los antecedentes y a cada uno de los procesos arbitrales y judiciales que habían cursado y que cursaban para la época, al objeto del contrato de transacción y al concepto del Ministerio Público. Una vez estudiados estos aspectos, consideró que la Sala solo debía verificar los requisitos formales de la transacción, por cuanto el contenido y alcance que asumía cada parte era responsabilidad de ellas. Esto, de conformidad con reciente decisión del Consejo de Estado, que señaló que

...el juez de lo contencioso administrativo no debe aprobar o improbar la transacción, sino que, por el contrario, debe circunscribir su análisis a las exigencias de tipo formal que establece la ley, para que si se logra constatar su acatamiento, sea posible declarar la terminación del proceso<sup>2</sup>.

Fue así como el Tribunal hizo el siguiente análisis:

La Corte Suprema de Justicia ha expresado que, además de los requisitos de validez de todo negocio jurídico (objeto y causa lícitos, consentimiento

exento de error, fuerza o dolo y capacidad para contratar) son tres los requisitos de la transacción:

1. La existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio.
2. La voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta firme.
3. La eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas.

Por ello se dice que, en la transacción, las partes sacrifican parcialmente sus pretensiones, para, de acuerdo con el artículo 2469 del Código Civil, poner término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaver un litigio eventual.

(...)

Atendiendo tales presupuestos y el carácter especial del artículo 218 del C. C. A., así como el precedente jurisprudencial citado, es claro que, por la transacción, las partes ponen fin a la controversia, sin la intervención de los órganos que ejercen la función jurisdiccional del Estado y, por lo mismo, dada la autonomía de su voluntad, el papel del juez se limita a una verificación de los requisitos anotados antes y a dar por terminado el proceso, pues dicho contrato tiene como efecto el de cerrar, ineludiblemente, absolutamente y para siempre, el litigio en los términos de la transacción. Como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de Casación Civil el 22 de febrero de 1971:

“La controversia de allí en adelante carece de objeto, porque ya no hay materia para un fallo, y de fin, porque lo que se persigue con el juicio y la sentencia ya está conseguido. Las partes se han hecho justicia en la forma más plausible, porque implica abandono de intereses en beneficio común en busca de la paz humana, que es altísimo bien”.

En ese orden de ideas, se tiene que las partes trabadas en el pleito pueden disponer del objeto de la transacción y, además, sus apoderados tienen autorización expresa y especial para hacerlo.

En cuanto al documento que contiene la transacción, verificó que era auténtico y original, pues las firmas de los intervinientes fueron reconocidas ante el notario tercero del Círculo de Medellín.

Igualmente, constató que se hubiera allegado lo siguiente:

Escrito del alcalde de Medellín del 3 de septiembre de 2009, mediante el cual se autorizó al representante legal de la Empresa para que por sí o por intermedio de apoderado idóneo, suscribiera arreglo que pusiera fin a las diferencias suscitadas entre las partes, con lo cual se le dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 218 del Código Contencioso Administrativo, que exige que para que una entidad pública se allane se requiere autorización expresa y escrita, para el caso concreto, del alcalde a cuyo despacho esté vinculada.

Autorización de la junta directiva de la entidad al gerente para celebrar el acuerdo de voluntades, lo cual fue certificado por la secretaria general, doctora Beatriz Elena Osorio Laverde, mediante escrito del 3 de septiembre de 2009.

Actas Nos. 33 del 3 de agosto de 2009 y 35 del 4 de septiembre de 2009, del Comité de Conciliación de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá, en las que consta que se autorizó el acuerdo transaccional.

Por último, precisó la Sala Sexta del Tribunal Administrativo de Antioquia:

La transacción de la referencia cumple los requisitos del artículo 218 del C. C. A. y también se configuran los presupuestos de los artículos 2469 y siguientes del Código Civil, pues se trata de un contrato donde concurren sus elementos, tales como la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa.

A ello agréguese que no existe impedimento legal para afirmar que, como parte del acuerdo transaccional, las partes pueden liquidar su relación negocial, estableciendo con precisión cuál de ellas tiene obligaciones en su favor o en contra, así como la cuantía de las mismas.

## II. CONCLUSIONES:

Hechas estas consideraciones, la Sala estima pertinente dar por terminado el proceso en virtud del contrato de transacción celebrado entre las partes intervinientes, con las consecuencias que la ley (art. 2483 del Código Civil) le atribuye a este mecanismo de solución alternativa de conflictos, en el sentido de que “La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes”.

Todo, de conformidad con la pauta jurisprudencial expuesta en el sentido de que, en estos casos, “se verifican los requisitos legales sustanciales y procesales necesarios para declarar el fin de la controversia por transacción, como quiera que en esta forma de terminación del proceso, al limitarse el análisis del juez a aspectos formales, el contenido y alcance de las obligaciones que asume cada parte, a partir del contrato transaccional, es responsabilidad de las mismas de manera exclusiva”.

No habrá lugar a condena en costas, según disposición del inciso cuarto del artículo 340 del C. de P. C. y conforme a lo acordado por las partes dentro del contrato de transacción.

De acuerdo con lo anterior, se resolvió dar por terminado el proceso que cursaba en el despacho del magistrado Jairo Jiménez Aristizábal<sup>3</sup>, se indicó que esta decisión hacía tránsito a cosa juzgada, se dispuso no condenar en costas y se ordenó archivar el expediente.

Con fundamento en esta decisión, de acuerdo con lo pactado en el contrato de transacción, los apoderados de las partes desistieron conjuntamente de los procesos judiciales que se encontraban en trámite.

## NOTAS

---

1. Sección Tercera, Subsección “A”. Actor: Instituto Nacional de Vías. M. P.: doctor Juan Carlos Garzón Martínez.
2. Providencia del 21 de mayo de 2008, consejero ponente: doctor Enrique Gil Botero, radicado No. 07001-23-31-000-1998-00892-01 [25049], actor: departamento de Arauca.
3. Radicado No. 05001-23-31-000-1997-02097-00, al cual se encontraban acumulados los procesos 05001-23-31-000-1997-02519-00, 05001-23-31-000-1997-02382-00 y 05001-23-31-0001997-02709-00, los cuales también se dieron por terminados.

# ANEXO 1

## Juntas directivas del Metro de Medellín entre 2001 y 2011

### **JUNTA 2001**

Guillermo Gaviria Correa	Gobernador de Antioquia
Luis Pérez Gutiérrez	Alcalde de Medellín
Lucía Victoria González Duque	Directora del Departamento Administrativo de Planeación Departamental
Marta Lucía Villegas Botero	Directora del Departamento Administrativo de Planeación de Medellín
Hernando de Jesús Uribe C.	Secretario de Obras Públicas Departamentales
Mauricio Castrillón Gómez	Secretario de Transportes y Tránsito de Medellín
Alberto León Mejía Zuluaga	Representante del Presidente de la República
Gonzalo Restrepo López	Representante del Presidente de la República
Álvaro Mora Ramírez	Representante del Presidente de la República
Ricardo Sierra Moreno	Representante del Presidente de la República
Luis Enrique Uribe Wills	Representante del Presidente de la República (S)
Leonardo Uribe Correa	Representante del Presidente de la República (S)
Sergio Bustamante Pérez	Representante del Presidente de la República (S)
Álvaro Bernal Londoño	Gerente General
Luz Helena Montoya Díaz	Secretaria General (e)
Ramiro Márquez Ramírez	Gerente General (28 de febrero de 2001)

Guillermo Gaviria Correa	Gobernador de Antioquia
Luis Pérez Gutiérrez	Alcalde de Medellín
Lucía Victoria González Duque	Directora del Departamento Administrativo de Planeación Departamental
Marta Lucía Villegas Botero	Secretaria de Planeación de Medellín
Hernando de Jesús Uribe C.	Secretario De Infraestructura Física
Francisco Javier Ossa Montoya	Secretario de Transportes y Tránsito de Medellín
Alberto León Mejía Zuluaga	Representante del Presidente de la República
Gonzalo Restrepo López	Representante del Presidente de la República
Álvaro Mora Ramírez	Representante del Presidente de la República
Luis Fernando Uribe Restrepo	Representante del Presidente de la República
Beatriz María Arango de Acosta	Representante del Presidente de la República
Luis Enrique Uribe Wills	Representante del Presidente de la República (S)
Leonardo Uribe Correa	Representante del Presidente de la República (S)
Sergio Bustamante Pérez	Representante del Presidente de la República (S)
Gabriel Correa Arango	Representante del Presidente de la República (S)
Gabriel Jaime Hurtado Restrepo	Representante del Presidente de la República (S)
Ramiro Márquez Ramírez	Gerente General
Beatriz Elena Osorio Laverde	Secretaria General

## **JUNTA 2002**

Guillermo Gaviria Correa	Gobernador de Antioquia
Luis Pérez Gutiérrez	Alcalde de Medellín
Lucía Victoria González Duque	Directora del Departamento Administrativo de Planeación Departamental

Marta Lucía Villegas Botero	Secretaria de Planeación de Medellín
Hernando de Jesús Uribe C.	Secretario De Infraestructura Física
Francisco Javier Ossa Montoya	Secretario de Transportes y Tránsito de Medellín
Alberto León Mejía Zuluaga	Representante del Presidente de la República
Álvaro Mora Ramírez	Representante del Presidente de la República
Luis Fernando Uribe Restrepo	Representante del Presidente de la República
Beatriz María Arango de Acosta	Representante del Presidente de la República
Luis Enrique Uribe Wills	Representante del Presidente de la República (S)
Leonardo Uribe Correa	Representante del Presidente de la República (S)
Sergio Bustamante Pérez	Representante del Presidente de la República (S)
Gabriel Correa Arango	Representante del Presidente de la República (S)
Gabriel Jaime Hurtado Restrepo	Representante del Presidente de la República (S)
Ramiro Márquez Ramírez	Gerente General
Beatriz Elena Osorio Laverde	Secretaria General

## **JUNTA 2003**

Eugenio Prieto Soto	Gobernador de Antioquia (E)
Luis Pérez Gutiérrez	Alcalde de Medellín
Lucía Victoria González Duque	Directora del Departamento Administrativo de Planeación Departamental
Álvaro Berdugo López	Director De Planeación Departamental
William Gallego Henao	Director Departamento Administrativo de Planeación de Medellín
Manuel Santiago Mejía Correa	Representante del Presidente de la República

Alberto León Mejía Zuluaga	Representante del Presidente de la República
Ignacio Molina Giraldo	Representante del Presidente de la República
Luis Fernando Uribe Restrepo	Representante del Presidente de la República
Luis Enrique Uribe Wills	Representante del Presidente de la República (S)
Leonardo Uribe Correa	Representante del Presidente de la República (S)
Gabriel Correa Arango	Representante del Presidente de la República (S)
Gabriel Jaime Hurtado Restrepo	Representante del Presidente de la República (S)
Ramiro Márquez Ramírez	Gerente General
Beatriz Elena Osorio Laverde	Secretaría General

### **JUNTA 2004**

Aníbal Gaviria Correa	Gobernador de Antioquia
Sergio Fajardo Valderrama	Alcalde de Medellín
Pedro Juan González Carvajal	Director del Departamento Administrativo de Planeación Departamental
Federico Restrepo Posada	Director del Departamento Administrativo De Planeación De Medellín
Manuel Santiago Mejía Correa	Representante del Presidente de la República
Alberto León Mejía Zuluaga	Representante del Presidente de la República
Ignacio Molina Giraldo	Representante del Presidente de la República
Luis Fernando Uribe Restrepo	Representante del Presidente de la República
Luis Enrique Uribe Wills	Representante del Presidente de la República (S)
Leonardo Uribe Correa	Representante del Presidente de la República (S)

Gabriel Correa Arango	Representante del Presidente de la República (S)
Gabriel Jaime Hurtado Restrepo	Representante del Presidente de la República (S)
Ramiro Márquez Ramírez	Gerente General
Beatriz Elena Osorio Laverde	Secretaria General

## **JUNTA 2005**

Aníbal Gaviria Correa	Gobernador de Antioquia
Sergio Fajardo Valderrama	Alcalde de Medellín
Pedro Juan González Carvajal	Director del Departamento Administrativo de Planeación Departamental
Federico Restrepo Posada	Director del Departamento Administrativo De Planeación De Medellín
Manuel Santiago Mejía Correa	Representante del Presidente de la República
Alberto León Mejía Zuluaga	Representante del Presidente de la República
Ignacio Molina Giraldo	Representante del Presidente de la República
Luis Fernando Uribe Restrepo	Representante del Presidente de la República
Leonardo Uribe Correa	Representante del Presidente de la República
Gabriel Correa Arango	Representante del Presidente de la República (S)
Gabriel Jaime Hurtado Restrepo	Representante del Presidente de la República (S)
Luis Enrique Uribe Wills	Representante del Presidente de la República (S)
Mateo Restrepo Villegas	Representante del Presidente de la República (S)
Lina Vélez De Nicholls	Representante del Presidente de la República (S)
Ramiro Márquez Ramírez	Gerente General
Beatriz Elena Osorio Laverde	Secretaria General

## **JUNTA 2006**

Aníbal Gaviria Correa  
Sergio Fajardo Valderrama  
Pedro Juan González Carvajal

Federico Restrepo Posada

Manuel Santiago Mejía Correa

Alberto León Mejía Zuluaga

Ignacio Molina Giraldo

Luis Fernando Uribe Restrepo

Leonardo Uribe Correa

Nicolás Echavarría Mesa

Gabriel Correa Arango

Gabriel Jaime Hurtado Restrepo

Luis Enrique Uribe Wills

Mateo Restrepo Villegas

Lina Vélez De Nicholls

Ramiro Márquez Ramírez  
Beatriz Elena Osorio Laverde

Gobernador de Antioquia  
Alcalde de Medellín  
Director del Departamento Administrativo de Planeación Departamental  
Director del Departamento Administrativo De Planeación De Medellín  
Representante del Presidente de la República  
Representante del Presidente de la República (S)  
Gerente General  
Secretaria General

## **JUNTA 2007**

Aníbal Gaviria Correa  
Sergio Fajardo Valderrama

Gobernador de Antioquia  
Alcalde de Medellín

Pedro Juan González Carvajal	Director del Departamento Administrativo de Planeación Departamental
Federico Restrepo Posada	Director del Departamento Administrativo de Planeación de Medellín
Carlos Hernando Jaramillo Arango	Director del Departamento Administrativo de Planeación de Medellín
Manuel Santiago Mejía Correa	Representante del Presidente de la República
Alberto León Mejía Zuluaga	Representante del Presidente de la República
Ignacio Molina Giraldo	Representante del Presidente de la República
Leonardo Uribe Correa	Representante del Presidente de la República
Nicolás Echavarría Mesa	Representante del Presidente de la República
Alejandro Restrepo Calle	Representante del Presidente de la República (S)
Gabriel Jaime Hurtado Restrepo	Representante del Presidente de la República (S)
Luis Enrique Uribe Wills	Representante del Presidente de la República (S)
Mateo Restrepo Villegas	Representante del Presidente de la República (S)
Lina Vélez De Nicholls	Representante del Presidente de la República (S)
Ramiro Márquez Ramírez	Gerente General
Beatriz Elena Osorio Laverde	Secretaria General

## **JUNTA 2008**

Luis Alfredo Ramos Botero	Gobernador de Antioquia
Alonso Salazar Jaramillo	Alcalde de Medellín
Ana Cristina Moreno Palacios	Directora del Departamento Administrativo de Planeación Departamental
Carlos Hernando Jaramillo Arango	Director del Departamento Administrativo de Planeación de Medellín

Manuel Santiago Mejía Correa	Representante del Presidente de la República
Alberto León Mejía Zuluaga	Representante del Presidente de la República
Ignacio Molina Giraldo	Representante del Presidente de la República
Leonardo Uribe Correa	Representante del Presidente de la República
Nicolás Echavarría Mesa	Representante del Presidente de la República
Alejandro Restrepo Calle	Representante del Presidente de la República (S)
Gabriel Jaime Hurtado Restrepo	Representante del Presidente de la República (S)
Mateo Restrepo Villegas	Representante del Presidente de la República (S)
Luis Enrique Uribe Wills	Representante del Presidente de la República(S)
Lina Vélez De Nicholls	Representante del Presidente de la República (S)
Ramiro Márquez Ramírez	Gerente General
Beatriz Elena Osorio Laverde	Secretaria General

## **JUNTA 2009**

Luis Alfredo Ramos Botero	Gobernador de Antioquia
Alonso Salazar Jaramillo	Alcalde de Medellín
Ana Cristina Moreno Palacios	Directora del Departamento Administrativo de Planeación Departamental
Carlos Hernando Jaramillo A.	Director del Departamento Administrativo de Planeación de Medellín
Ricardo Smith Quintero	Secretario de Transportes y Tránsito de Medellín
Manuel Santiago Mejía Correa	Representante del Presidente de la República
Alberto León Mejía Zuluaga	Representante del Presidente de la República

Ignacio Molina Giraldo	Representante del Presidente de la República (Hasta diciembre, falleció)
Leonardo Uribe Correa	Representante del Presidente de la República
Nicolás Echavarría Mesa	Representante del Presidente de la República
Alejandro Restrepo Calle	Representante del Presidente de la República (S)
Gabriel Jaime Hurtado Restrepo	Representante del Presidente de la República (S)
Mateo Restrepo Villegas	Representante del Presidente de la República (S)
Luis Enrique Uribe Wills	Representante del Presidente de la República (S)
Lina Vélez De Nicholls	Representante del Presidente de la República (S)
Ramiro Márquez Ramírez	Gerente General
Beatriz Elena Osorio Laverde	Secretaria General

## **JUNTA 2010**

Luis Alfredo Ramos Botero	Gobernador de Antioquia
Alonso Salazar Jaramillo	Alcalde de Medellín
Ana Cristina Moreno Palacios	Directora del Departamento Administrativo de Planeación
Mauricio Valencia Correa	Director del Departamento Administrativo de Planeación de Medellín
Manuel Santiago Mejía Correa	Representante del Presidente de la República
Alberto León Mejía Zuluaga	Representante del Presidente de la República
Leonardo Uribe Correa	Representante del Presidente de la República
Nicolás Echavarría Mesa	Representante del Presidente de la República

Alejandro Restrepo Calle	Representante del Presidente de la República (S)
Gabriel Jaime Hurtado Restrepo	Representante del Presidente de la República (S)
Luis Enrique Uribe Wills	Representante del Presidente de la República (S)
Lina Vélez De Nicholls	Representante del Presidente de la República (S)
Ramiro Márquez Ramírez	Gerente General
Beatriz Elena Osorio Laverde	Secretaria General

### **JUNTA 2011**

Luis Alfredo Ramos Botero	Gobernador de Antioquia
Alonso Salazar Jaramillo	Alcalde de Medellín
Ana Cristina Moreno Palacios	Directora del Departamento Administrativo de Planeación
Mauricio Valencia Correa	Director del Departamento Administrativo de Planeación de Medellín
Manuel Santiago Mejía Correa	Representante del Presidente de la República
Alberto León Mejía Zuluaga	Representante del Presidente de la República
Leonardo Uribe Correa	Representante del Presidente de la República
Nicolás Echavarría Mesa	Representante del Presidente de la República
Alejandro Restrepo Calle	Representante del Presidente de la República (S)
Gabriel Jaime Hurtado Restrepo	Representante del Presidente de la República (S)
Luis Enrique Uribe Wills	Representante del Presidente de la República (S)
Lina Vélez De Nicholls	Representante del Presidente de la República (S)
Ramiro Márquez Ramírez	Gerente General
Beatriz Elena Osorio Laverde	Secretaria General





