

Tribunal de Arbitramento

Nilza María Pantoja Agreda

v.

Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura - OEI

Octubre 26 de 2005

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil cinco (2005).

## **Laudo Arbitral**

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el tribunal de arbitramento a dictar el laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral promovido por la ingeniera Nilza María Pantoja Agreda en contra de la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura - OEI, previo un recuento sobre los antecedentes y demás aspectos preliminares del proceso.

### **I. Antecedentes**

Entre la ingeniera Civil Nilza María Pantoja Agreda y la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura – OEI se suscribió el contrato de obra 0113, el 8 de febrero de 2002, que tenía por objeto “la construcción de setenta y ocho (78) unidades habitacionales en el municipio de Bahía Solano - corregimiento de Bahía Cupica, en el departamento del Chocó” (fls. 1 a 12 del cdno. de pbs. 1).

En la cláusula décima primera del referido contrato las partes pactaron arbitramento en los siguientes términos:

“Cláusula décima primera – Diferencias y composición. Las diferencias que tengan las partes contratantes en la ejecución del presente contrato serán resueltas de común acuerdo, y de no ser posible, serán sometidas al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, para que, mediante el nombramiento de un (1) árbitro, proceda a dar solución a la controversia”.

El 28 de junio de 2004 la ingeniera Nilza María Pantoja Agreda, por conducto de apoderada especial constituida para el efecto, solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la convocatoria de un tribunal y presentó demanda contra la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura – OEI (fls. 1 a 7 cdno. ppal.).

Para dar cumplimiento a lo acordado en la cláusula compromisoria sobre la integración del tribunal, el centro de arbitraje, en sorteo público realizado el 8 de julio de 2004, designó al doctor David Luna Bisbal como árbitro único, quien informado de ello por el director del centro manifestó su aceptación oportunamente.

Previas las citaciones correspondientes por parte del centro de arbitraje, el tribunal se instaló en audiencia que se inició el 22 de julio de 2004; en esta se fijó como su sede las oficinas del mismo centro en El Salitre, se reconoció personería a la doctora Neyla Ortiz Ariza como apoderada de la parte convocante y se designó como secretaria a la doctora Florencia Lozano Reveiz (acta 1, fls. 27 y 28 cdno. ppal.). El 12 de agosto de 2004 la apoderada de la convocante presentó ante el centro de arbitraje sustitución de la demanda, en la que precisó sus pretensiones (fls. 30 a 41 cdno. ppal.). En audiencia de 19 de agosto de 2004 el tribunal señaló, con sujeción a las tarifas del centro de arbitraje, las sumas de honorarios de sus miembros, así como las partidas de gastos de funcionamiento; en esa misma oportunidad reconoció personería al doctor Jorge Enrique Quiroga Alarcón como apoderado de la parte convocada y declaró concluida la audiencia de instalación (acta 2, fls. 62 a 64).

Dentro de la oportunidad legal solo la parte convocante pagó las sumas decretadas para honorarios y gastos y, en uso de la facultad prevista en el inciso segundo del artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, también pagó por la convocada las sumas que esta debía pagar y que no hizo. No se acreditó en el proceso que estas se le hubieran reintegrado.

En audiencia de 10 de septiembre de 2004 el tribunal admitió la demanda y ordenó correr traslado a la parte convocada en los términos del artículo 428 y concordantes del Código de Procedimiento Civil (acta 3, fls. 65 a 68). Presente en la audiencia al apoderado de la OEI se le notificó personalmente esta providencia y el 23 de septiembre siguiente, dentro del término de traslado, contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y solicitó pruebas (fls. 70 a 74), y en escrito aparte denunció el pleito a la Red de Solidaridad Social - RSS con fundamento en el acuerdo de cooperación y asistencia técnica 0231 de 24 de diciembre de 1999 firmado entre ellas (fls. 75 y 76).

### **Primera audiencia de trámite.**

El 30 de septiembre de 2004 se realizó la primera audiencia de trámite del proceso, oportunidad en la cual el tribunal asumió competencia para conocer y decidir las cuestiones sometidas a su consideración, fijó el término de duración del proceso arbitral en 6 meses y, además, aceptó la denuncia del pleito formulada por la OEI a la Red de Solidaridad Social; dispuesta su notificación para el efecto suspendió el proceso hasta el 26 de octubre de 2004 (acta 4, fls. 77 a 83).

El 11 de octubre de 2004 se notificó personalmente la denuncia del pleito al doctor David Llanos Carrillo, como apoderado de la Red de Solidaridad Social – RSS, y el 15 de octubre siguiente, dentro del término de traslado, contestó la demanda, se opuso a las pretensiones, se pronunció respecto de la denuncia del pleito y solicitó pruebas (fls. 94 a 103). En audiencia de 27 de octubre el tribunal reconoció personería al apoderado de la RSS, corrió traslado de la contestación de la denuncia y, previo a resolver sobre su competencia para conocer de la relación sustancial que motivó dicha denuncia, y a tenor del artículo 150 del Decreto 1818 de 1998, fijó las sumas para honorarios y gastos del proceso a cargo del denunciado, y suspendió nuevamente la primera audiencia de trámite (acta 5, fls. 104 a 107).

Consignadas por la RSS las sumas de gastos a su cargo, en audiencia de 17 de septiembre de 2004 el tribunal ordenó tenerla como litisconsorte de la OEI y se declaró competente para conocer y decidir sobre la relación sustancial existente entre ellas. En la misma sesión el tribunal profirió el decreto de pruebas, fijó fechas para la práctica de las mismas y dio por concluida la primera audiencia de trámite (acta 6, fls. 110 a 115).

Durante el trámite el tribunal sesionó en 14 audiencias, en las que practicó las pruebas decretadas. En la sesión de 30 de junio de 2005 oyó a los apoderados de las partes en sus alegatos de conclusión (acta 13, fls. 416 a 418).

### **Audiencia de conciliación.**

El tribunal citó a una audiencia de conciliación que debía realizarse el 16 de agosto de 2005 y como la convocante no compareció el tribunal consideró improcedente llevar a cabo dicha audiencia (acta 14). El 18 de agosto siguiente presentó documentos para justificar su inasistencia.

El tribunal encuentra cumplidos los requisitos legales indispensables para la validez del proceso arbitral y que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales; no se advierte causal alguna de nulidad y por ello puede dictar laudo de mérito, el cual se profiere en derecho. En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el tribunal se estableció:

Según lo precisó el tribunal en su oportunidad, la demanda se ajusta a las exigencias del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil y por ello la sometió a trámite.

Conforme se declaró desde la primera audiencia de trámite (acta 4), el tribunal es competente para decidir sobre las cuestiones sometidas a su conocimiento, con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en la cláusula décima primera del contrato de obra 0113 de 2002 celebrado entre Nilza María Pantoja Agreda y la OEI, con recursos del Acuerdo de Cooperación y Asistencia Técnica 0231 de 24 de diciembre de 1999 firmado entre la OEI y la RSS.

La ingeniera convocante, la parte convocada y la entidad denunciada son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso, su existencia y representación legal está debidamente acreditada y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al efecto.

### **Parte demandante.**

Es la ingeniera civil Nilza María Pantoja Agreda, mayor de edad y domiciliada en Pasto Nariño, identificada con la C.C. 30'745.205 de Pasto.

### **Parte demandada.**

Es la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura - OEI, entidad de la cual fueron aprobados sus estatutos y el acuerdo entre el Gobierno de Colombia y la oficina de educación Iberoamericana por medio de la Ley 30 de 17 de febrero de 1989, según consta en el certificado expedido el 10 de agosto de 2004 por la dirección de protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, que obra a folios 42 del cuaderno principal. Su representante legal es el señor Ángel Rafael Altisent Peñas, quien otorgó poder para intervenir en este proceso.

### **Denunciado.**

Es la Red de Solidaridad Social, establecimiento público del orden nacional adscrito al departamento administrativo de la Presidencia de la República, creado por Ley 368 de 1997. Tiene su domicilio en Bogotá y su representante legal es el director general, cargo que a la fecha de la contestación de la denuncia del pleito ejercía como encargado el doctor Luis Alfonso Hoyos Aristizabal.

Según consta en el Decreto 2467 de 19 de julio de 2005, el Gobierno Nacional fusionó la Agencia Colombiana de Cooperación Internacional, ACCI, a la Red de Solidaridad Social, RSS, entidad que en adelante se denominará “Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional – Acción Social”, establecimiento público del orden nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio autónomo, adscrito al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, con domicilio también en esta ciudad y representada por el director general.

Las partes comparecen al proceso arbitral representadas judicialmente por abogados; la convocante por la doctora Neyla Ortiz Ariza, la OEI por el doctor Jorge Enrique Quiroga Alarcón, y la RSS por intermedio del doctor David Llanos Carrillo. La personería de estos mandatarios fue reconocida oportunamente por el tribunal.

### **Pretensiones.**

La ingeniera Nilza María Pantoja Agreda formula en la demanda, las siguientes pretensiones: (fls. 36 y 37 del cdno. ppal.).

“Primera. Ordenar la adición del acta de liquidación de fecha 22 de septiembre de 2003, del contrato de obra 0113 de 2.002, suscrita entre Jens Alid Nielsen, quien actuó en nombre y representación de la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura y mi mandante Nilza María Pantoja Agreda, en cuanto a que se incluyan los gastos adicionales por concepto de materiales y administración.

Segunda. Que como consecuencia de la anterior Declaración, la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura – OEI, le deberá pagar a la ingeniera Nilza María Pantoja Agreda, el valor correspondiente de los siguientes conceptos:

A. La suma sesenta y un millones seiscientos dieciocho mil ochocientos setenta pesos con cuarenta y cuatro centavos (\$ 61.618.870.44) correspondiente al valor de los materiales incluidos en la construcción de las unidades habitacionales en el municipio de Bahía Solano - corregimiento de Bahía Cupica.

B. La suma de ciento veinte seis (sic) millones doscientos noventa y nueve mil quinientos cuarenta y seis pesos con 61/100 moneda corriente (\$ 126.299.546.61) por concepto de gastos administrativos en los que incurrió el contrato durante el tiempo que duró el proyecto.

C. Los intereses sobre los valores dejados de pagar de conformidad con las tasas de interés fijadas por la (\*) Superintendencia Bancaria, liquidados mes a mes, tal como lo establece el artículo 111 de la Ley 510 de 1999 y artículos 191 del Código de Procedimiento Civil, y 884 del Código de Comercio.

D. Al pago de gastos y costas del proceso”.

La parte convocante fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda, a folios 31 a 35 del cuaderno principal; a estos se referirá el tribunal a espacio al estudiar los distintos temas objeto del debate procesal.

### **Pruebas decretadas y practicadas.**

Según consta en acta 6 de 17 de noviembre de 2004, al finalizar la primera audiencia de trámite el tribunal profirió el decreto de pruebas y, para el sustento de la decisión que adoptará, se relacionan enseguida las pruebas practicadas y allegadas al proceso, que se incorporaron al expediente, analizadas para definir el asunto sometido a su consideración:

**1. Documentales.** Se agregaron al expediente los documentos aportados por la convocante relacionados en la demanda a folios 37 y 38 del cuaderno principal, así como los aportados por la OEI que enlista en la contestación de la demanda a folios 73 y 74 y en la denuncia del pleito a folio 76 del mismo cuaderno. También se agregaron los documentos aportados por la RSS que están relacionados en la contestación a la denuncia del pleito a folios 101 y 102 del cuaderno principal.

**2. Declaraciones de terceros.** Se decretaron y recibieron los testimonios de Daniel Arturo Rico Alarcón (acta 7, fl. 163), Diego Enrique Diago Rodríguez (acta 7, fl. 164), Jairo Douglas Martínez Ruiz (acta 7, fl. 165), Anilio Abadía Serna (acta 8, fl. 174), Luis Alberto Garzón Jiménez (acta 8, fl. 172), Ana Elsa Contento Morales (acta 8, fl. 173), Marlen Mesa Sepúlveda (acta 7, fl. 166), Zulma Liliana Barón Caro (acta 8, fl. 176 y 3.-) y Diva del Pilar Díaz Forero (acta 8, fl. 177).

Las declaraciones fueron grabadas y trascritas se corrió traslado a las partes y se agregaron al cuaderno de pruebas 1 del expediente, junto con los documentos aportados en el curso de las declaraciones.

En audiencia de 2 de diciembre de 2004 la apoderada de la parte convocante desistió de los testimonios de Julio Betancourt, Alberto Taborda y César Vallejo, petición que fue coadyuvada por los apoderados de la RSS y la OEI (acta 7) y el tribunal la aceptó.

**3. Declaración de parte.** En audiencia de 3 de diciembre de 2005 el tribunal practicó, a solicitud de los apoderados de la OEI y de la RSS, el interrogatorio de parte de Nilza María Pantoja Agreda, según consta en acta 8 de esa fecha. La declaración fue grabada y trascrita se corrió traslado a las partes y se agregó al cuaderno de pruebas 2 del expediente, junto con los documentos aportados en el curso de la declaración.

**4. Informes escritos bajo juramento.** En consideración a que el representante legal de la parte convocada goza de inmunidad diplomática, conforme lo solicitó la convocante, el tribunal dispuso que rindiera certificación jurada respecto de un cuestionario que presentó la apoderada de la parte convocante y otro que de oficio le formuló el tribunal. La respuesta y sus anexos fueron entregados el día 22 de febrero de 2005 y obran a folios 323 y 324 del cuaderno de pruebas 1.

Igualmente el tribunal ordenó que el representante legal de la RSS rindiera informe escrito bajo juramento respecto de un cuestionario que de oficio le formuló. Dicho informe y sus anexos fueron entregados el 22 de febrero de 2005 e igualmente se agregaron al expediente y obran a folios 250 a 322 cuaderno de pruebas 1.

**5. Inspección judicial.** Por auto de 8 de junio de 2005 el tribunal prescindió de la práctica de la inspección judicial solicitada por la parte convocante en la demanda (fl. 39 cdno. ppal.), por considerar que los hechos que serían objeto de la misma se referían a aspectos técnicos que fueron materia del dictamen pericial practicado.

**6. Dictamen pericial.** Rendido por el ingeniera civil Johana Milena Casas Pérez para responder el cuestionario formulado por la parte convocante y otro que de oficio elaboró el tribunal. El correspondiente informe fue presentado el 18 de abril de 2005 y obra a folios 327 a 477 del cuaderno de pruebas 1. Dentro del término de traslado los apoderados solicitaron aclaraciones y complementaciones a dicho experticio, las cuales fueron rendidas el 10 de mayo siguiente y fueron complementadas por la perito con escrito de 24 de mayo de 2005, y

obran a folios 478 a 504 y 505 a 513 del mismo cuaderno.

Dentro del término los apoderados de la parte convocante y de la RSS formularon objeción por error grave al dictamen pericial, sobre la cual el tribunal se pronunciará más adelante en este laudo.

**7. Oficios.** Se libraron oficios así:

a) A la OEI para que expidiera copia auténtica “del contrato 0113 de 2002 y sus respectivas adiciones, de las actas de iniciación de obra, de recibo de obra, de finalización de obra y de liquidación; de las pólizas, de las peticiones elevadas por la convocante y sus respectivas respuestas y, en general, de todos los anexos relacionados con el contrato”. Con comunicación de 9 de diciembre de 2004 la OEI dio respuesta a este oficio y aportó algunos de los documentos solicitados, que se agregaron al cuaderno de pruebas 1 del expediente.

b) Al fiscal 12 seccional de Bahía Solano para que certificara “si contra la señora Nilza María Pantoja Agreda cursa un proceso de carácter penal relacionado con el contrato de obra 0113 de 2002, el estado en que se encuentra el proceso, si fue iniciado de oficio o a solicitud de parte (por quien o quienes), la conducta punible por la cual se le está investigando” El 1º de marzo de 2005 el apoderado de la RSS aportó la respuesta a este oficio, que se agregó al cuaderno de pruebas 1 del expediente.

**Alegatos de conclusión.** Concluida la etapa probatoria, los apoderados de la convocante, de la OEI y de la RSS presentaron sus alegatos de conclusión en la audiencia que se realizó para tal efecto el día 30 de junio de 2005 y en la misma, luego de sus respectivas intervenciones, entregaron para el expediente los escritos que los contienen (acta 13). A los argumentos expuestos en los alegatos se referirá el tribunal en el análisis de la cuestión a decidir que avoca enseguida.

**Término del proceso.** Al asumir competencia el tribunal fijó el término del proceso en 6 meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, y según lo dispone el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, a este “se adicionarán los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso”.

La primera audiencia de trámite se inició el día 30 de septiembre de 2004 (acta 4) y finalizó el 17 de noviembre siguiente (acta 6); de acuerdo a lo anterior, el término de este proceso iría inicialmente hasta el 17 de mayo de 2005, pero debe tenerse en cuenta que por petición conjunta de los apoderados de las partes el proceso se suspendió entre las siguientes fechas:

a) 4 de diciembre de 2004 y 7 de febrero de 2005 (acta 7 de 2 de diciembre de 2004, fl. 169): 66 días.

b) 23 de febrero y 17 de marzo de 2005 (auto de febrero 22 de 2005, fl. 204): 23 días.

c) 27 de abril y 9 de mayo de 2005 (acta 10 de abril 26 de 2005, fl. 252): 13 días.

d) 9 y 29 de junio de 2005 (acta 12 de junio 8 de 2005, fl. 303): 21 días.

e) 1º de julio y 15 de agosto de 2005 (acta 13 de 30 de junio de 2005, fl. 418); 46 días.

De acuerdo a lo anterior, el proceso se suspendió legalmente durante 169 días, con lo cual el término del mismo concluye el 2 de noviembre de 2005, por lo que el tribunal se halla dentro de la oportunidad legal para proferir el laudo.

## **II. Consideraciones del tribunal**

### **1. Objeciones al dictamen pericial.**

Con escrito de 16 de mayo de 2005 (fls. 257 y ss. cdno. ppal.) la apoderada de la convocante objetó el dictamen rendido dentro del proceso arbitral por la ingeniera Johana Casas Pérez por las siguientes razones, algunas que denomina como errores graves:

a) Porque la perito no dio respuesta a las aclaraciones solicitadas y según esta parte se requería levantamiento en el

sitio de obra, ítem por ítem.

b) Dice que el sobrecimiento no lo cancelaron a pesar de haber sido autorizado.

c) Los caminos en madera a la fecha de la visita ya no existían, pero habían sido construidos en varias oportunidades y la perito no indagó al respecto con la comunidad.

d) Sobre la madera cepillada también se le endilga a la perito no haber verificado en obra lo que visualmente era muy fácil y cotejar con el contrato.

e) Las cerchas en madera no se midieron y al cambiar teja de zinc por eternit era necesario darles mayor soporte a los techos.

f) El excedente del precio del bloque no se ve en el análisis financiero y lo incluye como un costo administrativo adicional.

g) La administración calculada inicialmente para 5 meses se convirtió en 12 meses por la duración mayor del contrato y los costos administrativos no se alcanzan a cubrir.

Por su parte el apoderado de la Red de Solidaridad Social, también en memorial de 16 de mayo de 2005, advierte que el dictamen amerita trámite de objeción porque la perito no tuvo en cuenta que la contratista realizó visita a la zona antes de firmar el contrato y, por consiguiente, conocía las condiciones en que se desarrollaría este. Además, según el apoderado los costos de administración siguen sin aclararse porque la perito señala sumas diversas por este concepto que no concuerdan. Estos argumentos los amplió en memorial de 1º de junio de 2005 y en él califica los errores del dictamen como graves.

En su oportunidad ambos apoderados objetantes formularon al tribunal peticiones que este rechazó por improcedentes; la convocante pidió cambio de perito y la RSS pidió que se llamara a la perito a rendir testimonio. Dijo entonces el tribunal.

“1. La señora apoderada de la parte convocante presentó dos memoriales el 16 de mayo de 2005, en uno de los cuales formula una serie de reparos como objeciones al dictamen de la ingeniera Casas Pérez y, en el otro, solicita “cambiar a la perito porque no cumplió ni con el tema ni con el objeto del dictamen”. Al respecto el tribunal considera que no podrá acoger dicha solicitud, porque, como quedó dicho antes, la norma procesal exige que la petición de pruebas sea concreta. De manera que si lo que la apoderada pretendía era que se decretara un nuevo dictamen, debió así pedirlo y precisar el cuestionario que sería objeto del mismo, y no solicitar el cambio de la perito, lo que es totalmente improcedente. Advierte el tribunal que el dictamen en cuestión no puede ser desconocido así no más, pues obedece a una realidad procesal, fruto de una solicitud de pruebas que se decretó.

2. En lo que respecta al memorial del señor apoderado de la Red de Solidaridad Social presentado el mismo 16 de mayo, el tribunal considera que el testimonio solicitado de la perito Johana Casas es improcedente por lo cual tampoco lo decretará, pues según la norma procesal el perito es considerado un tercero con conocimientos especializados que auxilia al juez en la investigación de los hechos controvertidos, que plasma su conocimiento sobre la materia de la litis en un informe técnico llamado dictamen, y cuya participación en el debate probatorio concluye precisamente cuando rinde dicho experticio, o cuando presenta las aclaraciones y complementaciones al mismo. Por ello no resulta de recibo para el tribunal que se cite como testigo a la autora del dictamen, pues su criterio y conclusiones quedaron recogidos en el informe técnico que ya rindió; lo contrario facilitaría un interminable debate entre sus apreciaciones técnicas y lo que las partes, en su criterio, consideran que debieron ser estas.

3. Respecto de los memoriales presentados por el apoderado de la RSS el 20 de mayo y el 1º de junio, en los cuales no solicitó pruebas, el tribunal los tendrá en cuenta, lo mismo que el de la parte convocante citado atrás, al resolver en el laudo las objeciones por error grave al dictamen, según lo dispuesto por el numeral 6º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil”.

Para que pueda considerarse como grave el error contenido en un dictamen pericial de conformidad con lo previsto

en el numeral 4° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil este debe haber sido “determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas”.

De la relación de objeciones de los apoderados enlistadas atrás, frente al tenor de la norma citada, el tribunal considera que ninguna de ellas tiene la suficiente entidad para deducir que comporte un error grave como se exige en la norma procesal.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en auto de septiembre 8 de 1993, expediente 3446 expresó respecto al punto en estudio:

““(…), si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos ...” (G.J. t. LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, ‘...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...’, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil ‘... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva ...’ (G. J. tomo LXXXV, pág. 604).

También respecto al tema bajo estudio en el laudo de diciembre 18 de 2000 del tribunal de arbitramento de Prosantana S.A. v. Distrito Capital se dijo:

“El error grave, por consiguiente, no puede hacerse consistir en las apreciaciones, puntos de vista, críticas o inconformidades, que sobre determinados aspectos o respuestas del dictamen tengan las partes, o una de estas, pues cuando el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil en varios de sus numerales alude a aquel concepto como presupuesto esencial de la objeción lo hace en el sentido de que las conclusiones del peritazgo hubieren sido esencialmente contrarias a la naturaleza del objeto analizado, a los experimentos que hubieren sido determinantes de las conclusiones de estas, que es lo que verdaderamente constituiría error grave”.

Por las razones antes expuestas el tribunal declarará imprósperas las objeciones por error grave formuladas al dictamen pericial rendido en este proceso por la ingeniera Johana Casas y se servirá de él junto con los demás medios de prueba como sustento para las decisiones que deba adoptar.

## **2. Naturaleza del contrato.**

La ingeniera civil Nilza María Pantoja Agreda celebró en Bogotá el contrato de obra 0113 con la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura – OEI el 8 de febrero de 2002, contrato que dice en forma expresa que se pacta “Con cargo al Convenio 231/1999 OEI – Red de Solidaridad Social”. Según la cláusula primera del mismo el objeto consistió en “la construcción de 78 unidades habitacionales en el Municipio de Bahía Solano- corregimiento de Bahía Cupica, en el departamento del Chocó, de acuerdo con los términos de referencia de la invitación a cotizar 485-01 y la propuesta presentada por el contratista”.

Este contrato se suscribió a raíz del desbordamiento del río Cupica el 6 de noviembre de 1999 que produjo una avalancha que arrasó con el corregimiento del mismo nombre ubicado a orillas del Océano Pacífico, en el municipio de Bahía Solano, departamento del Chocó, evento en el que resultaron damnificadas 235 familias. Para la reubicación del referido corregimiento el Gobierno Nacional asignó la suma de \$ 2.200'000.000 que debía ser ejecutada a través de la Red de Solidaridad Social, por el convenio de cooperación y asistencia técnica 231 suscrito

con la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura. En ejecución de dicho convenio la OEI hizo una invitación pública con sus términos de referencia para adelantar la contratación de diseños arquitectónicos y urbanísticos, así como la construcción de 235 viviendas, proceso este en el que resultó favorecida, junto a otras 2 propuestas, la presentada por la ingeniera Nilza María Pantoja Agreda.

Considera el tribunal que es menester precisar desde ahora cual es la naturaleza del contrato celebrado entre las partes y para ello acude inicialmente al análisis de quien es la parte convocada. En palabras de su apoderado (fl. 144 cdno. ppal.) “La Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura – OEI es un organismo internacional de carácter intergubernamental, del cual Colombia hace parte, para la cooperación entre los países iberoamericanos en los campos de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura en el contexto del desarrollo integral. La OEI desarrolla sus actividades en Colombia en el marco del acuerdo de sede, aprobado por el Congreso de la República mediante la Ley 30 de 17 de febrero de 1989, ratificado y promulgado mediante el Decreto 2989 del 20 de diciembre del mismo año, que constituye un tratado internacional vigente”. Como lo expresa la constancia expedida por la Dirección de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia (fl 42 cdno. ppal.) por la referida Ley 30 de 1989 fueron aprobados los estatutos de la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura – OEI.

El contrato de obra 0113 de 2002 en su cláusula segunda establece en el numeral 12 de manera general la siguiente obligación del contratista “Cumplir con todas las obligaciones que se desprendan de la naturaleza de este contrato, así como con todas las normas y disposiciones que las leyes o reglamentos vigentes, o que se expidan, contemplen respecto de la ejecución de obras como la que es objeto de este contrato” y en numeral anterior cita los artículos 2060 y 2061 del Código Civil como aplicables.

Y la cláusula décima cuarta del contrato en estudio sobre legislación aplicable establece: “El presente contrato se regulará por los reglamentos y procedimientos de la OEI, y en su defecto, por las disposiciones del derecho civil y comercial colombianos”.

De lo expuesto hasta aquí puede concluirse que dado el carácter de la OEI el contrato celebrado por este organismo con la ingeniera Pantoja es un contrato de obra de derecho privado que se rige, como se advierte en el propio contrato, por las normas del Código Civil y del Código de Comercio. No se trata de un contrato estatal, sino de uno de derecho privado no sometido a los mandatos de la Ley 80 de 1993. Por cuanto las empresas de obras o construcciones son mercantiles para todos los efectos legales, a tenor del numeral 15 del artículo 20 del Código de Comercio la actividad desarrollada por la ingeniera Nilza Pantoja es comercial; su contrato se rige por los artículos 1º y 2º de dicho ordenamiento, conforme a los cuales se aplican en primer lugar las normas mercantiles, y estas por analogía, y luego las disposiciones de la ley civil.

Respecto a la naturaleza del contrato *sub lite* se ha generado confusión entre las mismas partes por la concurrencia de la Red de Solidaridad Social entidad a la que se denunció el pleito que implica, como se analizará, vigilancia y supervisión del contrato y que es la fuente de los recursos del mismo.

Se vio atrás que como se expresa en el contrato de obra 0113 es con cargo al convenio 231/1999 entre OEI y Red de Solidaridad.

Al expediente se arrió el denominado convenio de cooperación técnica 0231/99 del 24 de diciembre (fl. 51 cdno. pbas. 1), en el cual se expresa que la Red de Solidaridad Social es un establecimiento público del orden nacional adscrito al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por Ley 368 de 1997, regido para efectos contractuales por la Ley 80 de 1993. De ahí que su director se nombre por decreto y se poseione de su cargo ante el Presidente de la República (fls. 91 y 92 cdno. ppal.).

En las consideraciones del convenio referido dice la “6) Que de conformidad con el numeral 10 de la Ley 368 de 1997 le compete a la red llevar a cabo programas o proyectos especiales que contribuyan a conjurar una situación de emergencia social o que demanden una atención especial del Estado” y en la cláusula primera que define el objeto del contrato establece en el numeral 5º que debe apoyarse el desarrollo de proyectos, entre otros “la implantación de programas de subsidios de vivienda rural, departamento del Chocó”. Más adelante en el convenio se advierte que para legalizarlo se requiere su publicación en el diario único de contratación pública y que para su



ejecución se requiere la expedición del registro presupuestal por parte de la RSS.

El convenio 0231 de 1999 es indudablemente un contrato de derecho público regido como se advierte expresamente en su texto por la Ley 80 de 1993, en consideración a la calidad de establecimiento público de uno de sus extremos contratantes, la Red de Solidaridad Social, entidad a la cual le corresponde el manejo de los recursos asignados por el Estado en el presupuesto de inversión, para que desarrolle los programas establecidos en el convenio.

Por carta de 17 de diciembre de 1999 dirigida por el Departamento Nacional de Planeación a la Red de Solidaridad Social (fl. 293 cdno, de pbas. 1) se le informó que para atender las necesidades básicas de la población afectada por la ola invernal en el municipio de Bahía Cupica en el departamento del Chocó se hizo una adición al presupuesto de gastos de inversión de la RSS en \$ 2.200'000.000 para subsidios de vivienda. Esos fueron los recursos que la RSS entregó a la OEI para que se construyeran las viviendas de Bahía Cupica, 78 de las cuales se contrataron con la ingeniera Nilza Pantoja.

El dinero entregado por la RSS a la OEI para el desarrollo de los contratos de cooperación deja de ser público y en virtud de los mismos pasa a ser privado, de ahí que el contrato 0113 que celebró este último organismo con la persona natural ingeniera Nilza Pantoja debe entenderse como un contrato de derecho privado, regido por las normas civiles y comerciales y no por las de contratación estatal previstas en la Ley 80 de 1993.

Con cargo al convenio 231/1999 OEI-Red de Solidaridad Social quiere decir que los recursos del contrato 0113 provienen de aquel y, por esa misma razón, si quedan remanentes deben devolverse a la RSS como se estipula en la cláusula décima tercera que se analizará a espacio más adelante.

En el laudo de Mitsui *v.* Metalec de 7 de septiembre de 1993 en términos que este tribunal hace propios por ajustarse exactamente al caso en controversia, se dijo:

“Un contrato celebrado entre personas de derecho privado (como es el caso de Nilza y la OEI) no puede ser considerado como administrativo, abstracción hecha de su finalidad, de su eventual vinculación al interés público o de su orientación a la satisfacción de un interés público o la prestación de un servicio público. Por definición un contrato administrativo requiere indispensablemente, entre otros elementos, que una de las partes sea una entidad pública”.

“Poco importa, entonces, que el contrato haya tenido que ver con un proyecto de carácter público (caso de la reconstrucción de Bahía Cupica), o que haya tenido nexos evidentes y directos con un contrato típicamente administrativo, o que en él se hayan hecho varias referencias a Telecom (en nuestro caso la Red de Solidaridad Social) y se haya estipulado, como ya se vio, que algunas de las prestaciones a cargo del contratista debían cumplirse a satisfacción de aquella”.

Como conclusión en el caso de litis se tiene que el contrato celebrado entre la OEI y la RSS es indudablemente un contrato administrativo, mientras que el suscrito entre Nilza Pantoja y la OEI es un contrato de derecho común y su normativa es la aplicable a la solución del caso.

### **3. Análisis del contrato 0113/99.**

Si bien para el tribunal no hay dudas sobre la naturaleza del contrato 0113 definida anteriormente, conviene hacer un análisis de sus distintas cláusulas toda vez que algunas de sus previsiones lo asemejan al contrato estatal y ello ha generado, como ya se advirtió, confusión entre las mismas partes de este proceso. Por otra parte, es necesario también precisar el alcance de otras cláusulas para las definiciones que debe tomar el tribunal.

Como comentario preliminar importa destacar que en la etapa previa al contrato en estudio se desarrollaron una serie de actividades por la entidad contratante y los distintos oferentes con miras a ser los contratistas, actividades estas más propias de la contratación estatal que de la contratación entre particulares, que como se dijo en el laudo de H. Rojas *v.* Peñalisa de 25 de agosto de 2000 “no por ello son extrañas a los particulares, quienes las utilizan al tratar de optimizar la escogencia de sus cocontratantes y, por ende, el resultado de sus propósitos empresariales” y que muy seguramente, para el caso *sub lite*, son las normas regulatorias de la OEI dado su carácter

intergubernamental.

Atrás se transcribió el primer inciso de la cláusula primera que al describir el objeto del contrato de construcción lo vincula con los términos de referencia de la invitación a cotizar 485-01 y la propuesta presentada por el contratista y los párrafos de esta previenen:

“PAR. PRIMERO.—Los términos de la invitación a cotizar 485-01 y la propuesta presentada por el contratista de fecha 22 de enero de 2002 forman parte integral del presente contrato. No obstante, el texto del presente contrato prima sobre aquellos en su orden lo que lo modifique (sic)”.

“PAR. SEGUNDO.—El contratista, para el cumplimiento del objeto del contrato, actuará con plena autonomía técnica, financiera, administrativa y directiva y no será agente, mandatario ni representante de la OEI”.

Para el análisis del contrato que se propone el tribunal en este acápite, es también importante destacar algunas de las obligaciones del contratista establecidas en la cláusula segunda.

En la primera de ellas se repite el objeto del contrato que es la construcción de 78 viviendas en Bahía Cupica.

Más adelante se establece “3) Desarrollar la obra objeto del presente contrato de conformidad con las cantidades de obra establecidas y al precio global único contemplado en la propuesta presentada por el contratista”.

Y en el numeral 8º se pactó como obligación del contratista “Responder por la calidad de la obra y las obligaciones con los subcontratistas al tenor de lo dispuesto en los numerales 3º, 4º y 5º del artículo 2060 y artículo 2061 del Código Civil”.

Y en el numeral 12, del cual antes se ocupó el tribunal de manera general, se obliga a cumplir con todo lo que corresponde a la naturaleza del contrato y las normas legales que lo rigen.

Importa destacar también el numeral 14 según el cual el contratista deberá “Contratar la mano de obra necesaria para las obras, vinculando como mínimo el 80% de la población damnificada, pagando los salarios y prestaciones sociales del personal que emplee en las obras”.

En la modalidad contractual que se estudia hay responsabilidad del contratista por el personal que utilice en la ejecución del contrato, por la ejecución de la obra, por los subcontratos que celebre y actúa como un verdadero empresario, lo que explica el alcance de algunas cláusulas contractuales ya destacadas y se contradice específicamente con la pactada en el numeral 14 de las obligaciones del contratista, que le impone la de contratar la mano de obra en un 80% a los damnificados, futuros dueños de las viviendas.

Y finalmente hay una curiosa obligación a cargo del contratista en el numeral 19 según la cual se prevé “No acceder a peticiones o amenazas de quienes actúen al margen de la ley para obligarlo a hacer u omitir algún hecho que afecte la normal ejecución del contrato. Por lo que tal circunstancia no podrá argumentarse para justificar incumplimiento”.

La cláusula cuarta establece el valor del contrato y su forma de pago. En el párrafo segundo “el contratista garantiza que las cantidades de obras presentadas son las necesarias para llevar a cabo el objeto del presente contrato” y en el tercero se prohíbe al contratista “pedir aumento de precio a pretexto de haber encarecido los jornales o materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en la propuesta presentada”. Y repite el párrafo cuarto “Se entiende para efectos legales del presente contrato que el valor enunciado en la cláusula precedente, deberá corresponder necesariamente con el valor final de las obras, el cual será el resultante de la ejecución de la totalidad de las obras contratadas, como precio global único”. Y para terminar repite el párrafo quinto: “Por la modalidad del presente contrato (precio global único), el mismo no será adicionado en valor”.

En cuanto a supervisión e interventoría la cláusula sexta estipula: “La interventoría, vigilancia y control de la ejecución de las obras estará a cargo del personal especializado con cargo a los recursos del proyecto, designado por la Red de Solidaridad Social”.

La cláusula décima primera sobre diferencias y composición es la compromisoria en virtud de la cual se designó e

instaló y desarrolló este tribunal que ahora emite su fallo.

Y finalmente el tribunal destaca la cláusula décima tercera sobre liquidación del contrato, según la cual “El presente contrato se liquidará mediante acta suscrita por las partes, en la cual se declarará el informe general de la ejecución del contrato, liquidando los valores correspondientes y su respectivo reembolso a la OEI – convenio 231/01, en caso de quedar remanentes. Hará parte del acta de liquidación, el acta de recibo de obra suscrita por el contratista con la interventoría y la supervisión”.

#### **4. El contrato de obra.**

Del repaso general efectuado por el tribunal a las principales cláusulas del contrato que servirán de fundamento a la decisión que debe adoptar, estima necesario referirse en primer lugar al contrato de obra, al alcance del objeto previsto y a las obligaciones pactadas y a la modalidad de la obra contratada sobre precio global único.

El Código Civil en los artículos 2053 a 2062 se ocupa de reglamentar los distintos aspectos de los contratos para la confección de una obra material, que comúnmente se denomina contrato de obra.

El profesor Cesar Gómez Estrada en su importante y bien conocido libro en el ámbito nacional sobre el contrato de obra (pág. 324) explica:

“Hay contrato de obra o empresa siempre que dos personas se obligan entre sí, la una a llevar a cabo una tarea o labor determinada y la otra a pagar por ello a la primera un precio o remuneración, pero sin que aquella se ponga bajo el servicio, subordinación o dependencia de esta”. Y más adelante agrega: “Se trata de un contrato bilateral y como tal sinalagmáticamente perfecto, pues desde su celebración las partes quedan recíprocamente obligadas. Es contrato oneroso por esencia, pues supone que al artífice, empresario o contratista, como quiera llamársele, ha de pagársele una remuneración por la obra que se obliga a ejecutar, en beneficio de la otra parte. Como oneroso, ordinariamente será conmutativo, aunque nada impide concebirlo como aleatorio, verbigracia, cuando el artífice ejecuta la obra y se conviene en que su remuneración consista en una participación en los rendimientos de su explotación. Y desde el punto de vista de la forma de perfeccionarse es consensual, pues para su celebración solo se requiere que las partes se pongan de acuerdo respecto de la obra que ha de realizarse y el precio que ha de pagarse por ella, sin necesidad de observar formalidad *ad solemnitaten* alguna”.

El precio en este contrato de obra puede ser pactado bajo diversas formas como es el sistema de precios unitarios fijos, con precio global, por administración delegada, por reembolso de gastos o en los contratos de obra pública, por concesión.

El contrato *sub judice* se pactó bajo la modalidad de precio global único como se dejó expreso en el numeral 3° de la cláusula segunda atrás transcrita, así como en los párrafos cuarto y quinto de la cláusula cuarta igualmente ya vistos.

Sobre el contrato a precio global, cuyo alcance es igual en el derecho común y en el administrativo, se apoya el tribunal en la explicación del mismo que trae el doctor Pedro José Bautista Moller en su libro “El Contrato de Obra Pública” (pág. 44) que dice: “Obviamente la clasificación de esta modalidad, como lo indica su nombre, está vinculada con el tema precio. Hay contrato a precio global cuando las partes acuerdan una suma determinada y única como contraprestación de las obligaciones que adquiere el contratista. Puede ser que el contrato comprenda la ejecución de una obra en la que se den unas cantidades a título informativo, como la construcción de la vía que va del punto A al punto B, con un ancho de 10 metros etc., situación que de ninguna manera desmaterializa la condición de contrato a precio global acordado por los contratantes. La importancia de determinar si un contrato se ha celebrado a precio global radica en que de ello depende la posibilidad de reclamación del contratista en caso de que las cantidades unitarias de obra ejecutada hayan resultado superiores a las estimadas en los cálculos iniciales. En el contrato a precio global el contratista adquiere la responsabilidad de realizar una obra de determinadas especificaciones y la entidad se obliga a pagarle la suma global pactada, estando a cargo del contratista el aleas implícito en este tipo de contratación, como son los imprevistos que resulten por una mayor cantidad de obra con relación a la calculada en el momento de celebrar el contrato, o por ítem no previstos etc.”.

Ya se destacó que el contrato 113 se pactó por la modalidad de precio global único y que conforme a la cláusula

segunda numeral 8° es obligación del contratista responder por la calidad de la obra y obligaciones de los subcontratistas a tenor de lo previsto en los numerales 3°, 4° y 5° del artículo 2060 y artículo 2061 del Código Civil; luego el contratista está sometido a todo lo que dispone el referido artículo 2060, a cuyo tenor:

“ART. 2060.—Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

1. El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado a un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones.
2. Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si este rehúsa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda.
3. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario: si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, inciso final.
4. El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, solo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone.
5. Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente y hasta concurrencia de lo que este debía al empresario”.

El numeral 2° de la norma transcrita plasma la teoría de la imprevisión, respecto de la cual el profesor Cesar Gómez Estrada en la obra ya citada (pág. 348) destaca: “Tratándose, como se trata, de contrato en que se ha estipulado un precio único prefijado, se ve claro que esta regla responde a plenitud al principio conforme al cual los contratos son ley para las partes (C.C., art. 1602). Podrá, pues haber guardado silencio el legislador y al mismo resultado se habría llegado; pero el quiso ser enfático en que en los eventos señalados no cabe oír al empresario en solicitud de aumento del precio, dejando aclarada cualquier duda que podría surgir al respecto, y eliminando a la vez toda posibilidad de invocar la teoría de la imprevisión. Pero si bien esto es así en las hipótesis específicas de aumento en los costos señaladas en la regla que se comenta, cuando tal aumento se produzca merced a hipótesis diversas a esas, en las cuales aparezcan debidamente configurados todos los elementos o condiciones que supone el fenómeno de la imprevisión, esta debe entrar a jugar su papel, máximo hoy en día cuando la doctrina sobre el particular aparece asimilada por nuestro derecho positivo a nivel de principio rector, como se ve del texto del artículo 868 del Código de Comercio”.

Esta última norma citada por el profesor Gómez Estrada recoge en la legislación comercial en forma expresa lo que ya consagraba la ley civil y es del siguiente tenor:

“ART. 868.—Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá esta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

En consecuencia, la ocurrencia de hechos imprevistos y distintos a los relacionados en el numeral 1° del artículo 2060 del Código Civil, que ameriten la revisión del contrato abren paso a la aplicación de la teoría de la imprevisión que consagró el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, recogida en los artículos 1604 numeral 2° y 2060 del Código Civil y en el artículo 868 del Código de Comercio. “Los riesgos ‘imprevisibles’, ‘anormales’ o ‘no conocidos’ que generan mayores costos de ejecución de las obras, no pueden correr por cuenta del contratista; deben serlo por el dueño de la obra”, según se dejó sentado en laudo del Consorcio Impregilo S.P.A. Estruco S.A. v. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, afirmación que es válida para los contratos estatales y también para los de derecho privado.

Según el tratadista Jorge Suescún Melo (Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo Tomo I Pág. 19) “El Código de Comercio, al adoptar la mencionada teoría dotó a los jueces de poderes para modificar la manera de ejecutar los contratos de ejecución diferida. En todo caso, la jurisprudencia ha sido rigurosa en el análisis de las nuevas circunstancias, al exigir que estas excedan notoriamente las previsiones que razonablemente podían hacer las partes en el momento de contratar, y requerir que generen cambios verdaderamente graves para una parte, de tal suerte que el cumplimiento de la prestación pactada constituya una carga intolerable, injusta y desorbitante.

En síntesis, en el estado actual del derecho, los comerciantes, conocedores expertos de su negocio, cuentan con el beneficio de la teoría de la imprevisión, la que podría hacer cambiar el contenido de las obligaciones contraídas o aun evadir su cumplimiento”.

Más adelante, al estudiar los hechos probados en el proceso el tribunal definirá si se dan algunos de los elementos de este instituto jurídico y las consecuencias de tal reconocimiento.

## **5. Hechos probados relevantes para el proceso.**

No hay controversia entre las partes sobre la celebración del contrato de obra 0113 entre la ingeniera Nilza María Pantoja Agreda y la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura – OEI el 8 de febrero de 2002, su objeto, su valor y forma de pago, la constitución de garantías por la contratista y las adiciones en tiempo al mismo. Conviene advertir que hay una imprecisión en el hecho 6 de la demanda por cuanto según acta del comité técnico 003 de 13 de marzo de 2002 (fl. 43 cdno. de pbas. 1) a las viviendas de 52.5 M<sup>2</sup> cubiertos se dispuso cambiarles la cubierta prevista en teja de zinc por teja de Eternit Ruralit, lo que conllevó un primer ajuste en valor de \$25'736.829,57 al contrato con Nilza Pantoja. Y por acta del comité de contratación 06 de 23 de agosto de 2002 (fl. 47 cdno. de pbas. 1) se acordó un cambio de la taza campesina por sanitario convencional, otro cambio en la especificación del piso para aumentarla y la construcción de un bordillo en bloque para confinamiento en la zona de la cocina, lo que totalizó para las 78 casas a cargo de Nilza Pantoja otra adición de \$ 26'441.629,50 al valor del contrato.

Como se afirma en el hecho 7 el contrato se terminó el 17 de febrero de 2003 y se levantó acta de finalización del contrato 0113 de 2002 el 27 de mayo de 2003 (fl. 20 cdno. pbas. 1). En el balance de esta se discrimina el valor del contrato y sus adiciones por un total de \$ 716'008.246,07 y la forma como han sido pagados y los saldos del 10% de las adiciones y del contrato inicial, que conforme a lo estipulado se advirtió se pagarían a la liquidación del contrato.

En el hecho 8 se afirma que el 22 de septiembre de 2003 se suscribió por las partes el acta de liquidación del contrato de obra 0113 de 2002 (fl. 21 cdno. pbas. 1), lo que efectivamente se hizo, acta en cuya cláusula tercera se estipuló “Considerando lo anterior, las partes se declaran a paz y salvo por todo concepto y ninguna de las partes podrá reclamar perjuicios o indemnización alguna derivados del contrato que se liquida”.

Como antecedente de la firma sin salvedades del acta de liquidación por parte de la contratista Nilza Pantoja el tribunal destaca la siguiente prueba documental:

a) Carta de marzo 11 de 2003 de Nilza Pantoja a la OEI y la RSS (fl. 298 cdno. pbas. 1), recibida el 14 de ese mes, en la cual formula derecho de petición en el que advierte se reserva el derecho de reclamar el desequilibrio económico en el acta de liquidación que se iba a firmar en esa fecha y dejar la constancia respectiva, así como a cobrar la mora en el pago del saldo. Dice textualmente: “Esta petición la realizo en consideración a que la Red de

Solidaridad Social ha negado dejar la presente constancia en el contenido del acta de liquidación del contrato 0113 – 2002, impidiéndome el derecho al acceso a la justicia y negándome el derecho de petición”.

b) Respuesta de la RSS a la carta anterior de 31 de marzo de 2003 (fl. 295 cdno. pbas. 1) en la cual le dice que como el contrato lo celebró con la OEI es con esta entidad que debe suscribir el acta de liquidación y le informa cuales son los requisitos que deben cumplirse. Le añade finalmente que para el reconocimiento del desequilibrio económico debe solicitarlo a la OEI con los argumentos y soportes del caso.

c) Nuevo derecho de petición de Nilza Pantoja de 7 de agosto de 2003 a la RSS de Solidaridad Social (fl. 300 cdno. pbas. 1) en el que solicita liquidar el contrato “sin la presión de la entidad ni el condicionamiento de firmar el acta de liquidación con la cláusula última de declarar a paz y salvo a la entidad sin estarlo”.

d) Respuesta de la RSS a Nilza Pantoja de 25 de agosto (fl. 301 cdno. pbas. 1) en la cual le dice “que por tratarse de un contrato de régimen privado celebrado con la OEI” le ha dado traslado de su solicitud. Nada dice respecto de las presiones que le endilga la contratista.

e) Derecho de petición de Nilza Pantoja de 28 de agosto de 2003 a la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura – OEI (fl. 172 cdno. pbas. 2) en el cual le resume las vicisitudes del contrato y el desequilibrio económico que le causó, que el tribunal considera importante transcribir porque en ella se contienen en forma precisa las reclamaciones de la contratista que formuló a lo largo del contrato y desde tiempo atrás.

Dice así en los apartes pertinentes: “Vale la pena aclarar, que los gastos administrativos se generaron por motivos no imputables a esta contratista, reflejados en varias prórrogas en tiempo autorizadas por la RSS y aprobadas por la OEI, prórrogas, que inclusive fueron causadas por situaciones de conflicto armado en la zona y que en varias oportunidades nos obligaron a retirar personal del sitio por temor a un enfrentamiento, situaciones que fueron reportadas ante la apatía de las entidades contratantes. Igualmente, es de destacar la indiferencia de la comunidad cupiqueña informada en varias oportunidades ya que lo único que pretendían era sacar algún provecho económico de las situaciones presentadas sin darle un verdadero sentido de pertenencia al proyecto, punto clave en el desarrollo del mismo y en el cual la Red de Solidaridad Social erró por la ausencia total de un proyecto de tipo social, que hubiera facilitado el proceso de construcción y en donde finalmente los que terminamos pagando los platos rotos fuimos los contratistas ya que repercutió directamente en el equilibrio económico del contrato contemplado inicialmente.

En algunas oportunidades incluso fuimos robados por la misma comunidad situaciones que igualmente fueron reportadas a las entidades pero como siempre no se movió un solo dedo a favor de los contratistas afectados.

La gestión y construcción de las vías internas, por ejemplo fue un compromiso de las entidades contratantes, que hubieran facilitado la construcción de las viviendas, inclusive solicitadas en reuniones en la alcaldía de Bahía Solano y comités de obra en la OEI, sin embargo y como siempre dicha gestión no fue abordada con la seriedad que se requería. Debido a lo anterior, se construyó por cuenta de los contratistas vías de acceso alternas y arreglos internos que generaron grandes costos económicos para nuestro bolsillo, igualmente la situación fue puesta sobre la mesa sin tener una respuesta favorable a nuestra solicitud.

En fin doctora Jácome, situaciones para enumerar que generaron sobrecostos existen y demasiadas, lastimosamente no le puedo reportar una sola en la que las entidades gubernamentales nos hayan apoyado en el proceso de llevar a cabo la construcción de las viviendas, estuvimos prácticamente solos, con la comunidad en contra, con presencia de grupos al margen de la ley y con unas entidades contratantes apáticas ante los problemas presentados.

Por todo lo anterior, solicito de manera urgente un restablecimiento económico del contrato, sin ningún tipo de presión por parte de las entidades contratantes, respecto a obtener el dinero de la liquidación sino se firma a paz y salvo la entidad contratante, doctora Jácome, eso como usted bien lo sabe es cerrar las puertas de una reclamación justa que viene ya casi un año y de fecha de recibo de obra ya casi 6 meses, por lo que los intereses generados por prestamos a particulares y entidades financieras han sido altos. Como usted puede imaginar la petición que realizo

es la liquidación inmediata del proyecto que no involucre la cláusula de paz y salvo de la entidad contratante con esta contratista para posteriormente entrar en una conciliación de tipo económica”.

Con respecto a las presiones que informa la contratista en esta comunicación nada contestó por escrito la entidad contratante. Cronológicamente el siguiente documento que obra en el plenario es el acta de liquidación.

Al hecho 18 de la demanda se plantea que la posición dominante de la OEI y las deudas que había contraído y su carga negativa de consecuencias económicas obligaron a la contratista a suscribir el acta de liquidación de 22 de septiembre de 2003.

El tribunal, revisados los documentos que obran en el proceso y a los cuales ha hecho referencia considera que sí se ejerció presión indebida sobre la contratista. Si a 17 de febrero de 2003, como consta en el acta de finalización del contrato de obra 0113 (fl. 20 cdno. de pbas 1) se había terminado la construcción de las 78 unidades habitacionales objeto del contrato, no se entiende por qué hasta el 27 de mayo de 2003, más de tres meses después se suscribe el acta en cuestión. Y es menos comprensible aún que si estaban terminadas las viviendas y levantada el acta de finalización del contrato en las fechas antes referidas, solamente hasta el 22 de septiembre de 2003, es decir, más de 7 meses después de la terminación del contrato, se suscriba el acta de liquidación.

Como ya se vio en marzo y agosto de 2003 se presentaron los derechos de petición de Nilza Pantoja en los cuales afirmó ser objeto de presiones para firmar el acta de liquidación sin salvedades y ninguna de las entidades a las que le endilgó por escrito tal conducta solicitó rectificación de tan grave afirmación; es más, ni siquiera se refirieron a ella.

Lo aquí expuesto deja sin sustento lo expresado en el alegato de conclusión del apoderado de la OEI, de que “carece por completo de respaldo probatorio dentro del trámite arbitral, ni siquiera se intentó su prueba”. Además de lo afirmado al respecto por la demandante en su interrogatorio de parte, la prueba documental antes relacionada resulta irrefutable.

Obra al folio 22 cuaderno de pruebas 1 la carta dirigida por la ingeniera Nilza Pantoja a la OEI el 15 de julio de 2003, en la cual formula a esta entidad una reclamación por mayores costos administrativos en los que dice la contratista incurrió durante la ejecución del proyecto y reclama por el desequilibrio económico que esto le causó, lo que ya había informado con anterioridad tanto a la OEI como a la RSS (Carta de 15 dic./2002).

Las obras adicionales se concretan a los caminos en madera, compra de un tractor y una bloquera y construcción de vías internas principalmente y los problemas de orden público y con la misma comunidad por “falta de trabajo social, responsabilidad de las entidades estatales y contratantes”.

Sobre estos aspectos obra ingente prueba documental y testimonial en el expediente, así:

A folio 10 del cuaderno de pruebas 2 se encuentra el acta de concertación y aprobación, reubicación corregimiento Bahía Cupica en el predio El Placer de fecha septiembre 3 de 2001 suscrita entre la comunidad y las autoridades, en la cual en varios apartes se deja expresa la inquietud de los lugareños de que antes de construir las viviendas se comprometía la RSS a hacer las vías de acceso al mar.

Esto lo advierte el tribunal para significar que no había vías de acceso al lote escogido para el proyecto y que fue necesario a los contratistas hacer camino para el transporte de los materiales requeridos para la obra que necesariamente llegaban por la vía marítima como todos los testigos en este tribunal lo afirmaron. Es más, añadieron, que para descargar los materiales era necesario esperar a que subiera la marea.

Al folio 2 del cuaderno de pruebas 2 se encuentra la carta que el 17 de septiembre de 2001 le dirigió el presidente de la Cruz Roja Colombiana seccional Chocó a la Red de Solidaridad Social, en la cual además de notificar a esta entidad “el interés de participar activamente en el proceso de reubicación del corregimiento de Cupica, se compromete a proporcionar la construcción y adecuación de los accesos al sitio del proyecto y a presentar ante la red el proyecto de atención psicosocial de la población y hacer el acompañamiento para lograr el trabajo comunitario”.

En la declaración de Diva del Pilar Díaz Forero ante el tribunal (fl. 198 cdno. pbas. 1), arquitecta que trabajó en la RSS 3 años y manejó el proyecto de Bahía Cupica de la OEI, dijo con claridad que Nilza Pantoja pidió que la RSS pagara lo de los caminos que eran indispensables para desarrollar la obra, desde la primera acta.

Por su parte Zulma Liliana Barón Caro, arquitecta que también trabajó en la RSS más de 2 años —de septiembre de 2000 a diciembre de 2002— en su declaración ante el tribunal (fl. 180 cdno. pbas. 1) destacó que si la RSS no ejecutaba los \$ 2.200 millones que le habían asignado para la reconstrucción de Bahía Cupica los tendría que devolver y sería objeto de sanción, y así empezó la concertación con la comunidad sobre el proyecto, el lote donde se construiría, el tipo de vivienda y finalmente la contratación de las 235 viviendas.

Esta testigo igualmente mencionó lo difícil que era la comunidad y confirmó sobre la inexistencia del trabajo social al que se había comprometido la RSS.

Se refirió de manera concreta a que “eran 2.200 millones fijos para la reconstrucción de Bahía Cupica, no había ni un peso más”. Explicó también que los contratistas de las 235 viviendas, Nilza Pantoja entre ellos, solicitaron el arreglo del camino, petición que se llevó al comité y fue negada “porque el rubro dice que es vivienda de interés social y ese es un ítem no comprendido en esta”.

Esto efectivamente consta en el acta de comité de contratación 06 de 23 de agosto de 2002 (fl. 47 cdno. pbas. 1) ya citada, en la que dice que no se aprueba la solicitud de arreglo de camino porque “no está incluido en el rubro de los recursos”.

David Rico Alarcón, arquitecto vinculado a la OEI a quien a mediados del 2001 le asignaron el proyecto de Bahía Cupica (fl. 68 cdno. pbas. 1), declaró ante el tribunal que la comunidad de Cupica era muy complicada y solo tenían en mira sacar beneficios económicos y por ello presionaba para cambiar los precios de las distintas actividades, por ejemplo descargue de material, pago de los trabajadores, extracción de arenas, entre otras.

En cuanto a obras que tuvieron que hacer los contratistas para la ejecución del contrato dijo que “fueron una vía de acceso de los materiales, donde tuvieron que hacer una vía de, yo pienso que de unos 600, 800 metros colocando madera para poder que pasara un tractor, una carreta de caballos y las carretillas, todo el equipo de transporte de material, que tenía que estar renovado constantemente por el deterioro del terreno, por el peso y por la resistencia de las maderas, tenían que estar haciéndole mantenimiento continuo a esas vías.

Otros sobrecostos que me constan a mí es la mano de obra exagerada que cobraba la comunidad, ellos pedían lo que querían y tocaba pagarles eso porque sino no se podía hacer el trabajo.

Otro punto que también fue aprovechamiento de parte de la comunidad es que no dejaron sacar el material del río que quedaba cerca al lote sino de uno que quedaba más lejano, que eso les implicaba cobrar más el transporte por metro cúbico de material. De lo que estuve enterado fueron esos los costos adicionales a lo previsto” (fl. 70 cdno. pbas. 1).

Y más adelante agregó “Allá siempre hubo hostigamiento por parte de los grupos armados, las FARC y las Autodefensas, antes era por el dominio del territorio, unas veces era uno, otras veces era el otro y alguna vez llegó al punto de que hubo enfrentamiento de los dos en la zona. Esa era básicamente una constante del sitio, la presencia de grupos armados” (fl. 72 cdno. pbas. 1).

Y a la pregunta de en qué afectó lo anterior el desarrollo del contrato contestó “lo afectó en tiempo porque cada vez que había un hostigamiento de esos obviamente la población tanto del caserío como los obreros que trabajaban ahí tenían que retirarse de la zona por seguridad, entonces eso iba generando retrasos en el plazo establecido originalmente” (fl. 72 cdno. pbas. 1).

Las declaraciones de Luis Alberto Garzón Jiménez y de Anilio Abadía, los otros dos contratistas que junto con Nilza Pantoja construyeron las 235 unidades habitacionales de Bahía Cupica, son coincidentes con la de esta última en lo relativo a la problemática del contrato, por la violencia de la zona y los sobrecostos en que incurrieron por obras no previstas y el consecuente desequilibrio económico que se produjo en sus correspondientes contratos.



Por ello los tres contratistas dirigieron a la RSS, entre otras comunicaciones la carta de agosto 13 de 2002 (fl. 126 cdno. pbas. 2) y suscribieron el acta de estado de 4 de junio de 2002 (fl. 115 cdno. pbas. 2) en las cuales se deja constancia sobre los distintos problemas que afectaban los contratos que estaban desarrollando.

Tanto la OEI como la RSS han pretendido minimizar las reclamaciones de la contratista Nilza Pantoja y achacárselas a su propia incuria, con el argumento de que en la visita obligatoria al lote antes de la adjudicación de los contratos de las 235 viviendas y en una posterior, en la cual la contratista hizo una filmación del lote y sus alrededores, ella conoció las particularidades del mismo y no podía posteriormente reclamar sobre lo que ella misma había logrado establecer en la referida visita.

Sin embargo el tribunal advierte que la visita física del lugar de la obra permite al posible contratista estudiar las condiciones del terreno, su ubicación frente a múltiples factores, el entorno etc., pero no da más información que la razonablemente previsible, por lo cual hechos fuera de lo común pueden permitir la aplicación de la teoría de la imprevisión a la que ya se refirió el tribunal al tratar lo relativo a la naturaleza del contrato de obra, aún en los pactados a precio global, como es el del caso *sub judice*.

## **6. Conclusiones del tribunal sobre el análisis probatorio.**

Del análisis que antecede, que no incluye el dictamen pericial, el tribunal llega a las siguientes conclusiones:

1. Se fijó en el presupuesto del convenio 231/99 suscrito entre la OEI y la RSS una partida única de \$ 2.200 millones para la reconstrucción de Bahía Cupica, razón por la cual la posición de la RSS y de la OEI fue no reconocer ninguna suma que superara tales recursos, así fuera de bulto que se habían hecho inversiones adicionales en la infraestructura necesaria para la construcción de las 235 viviendas, 78 asignadas a Nilza Pantoja y no tuvieran rubro especial.
2. La Cruz Roja Colombiana no cumplió con su ofrecimiento de construir y adecuar los accesos al sitio del proyecto y hacer el acompañamiento psicosocial a la comunidad, ni tampoco la OEI ni la RSS lo hicieron.
3. La mayoría de los declarantes, aún los que estuvieron vinculados laboralmente con la OEI o la RSS reconocen que la contratista tuvo sobrecostos por la apertura y mantenimiento de los caminos para transportar los materiales y que los trabajadores exigieron mayores remuneraciones que los acordados inicialmente por las distintas autoridades
4. Si se cambió la teja de zinc por teja Eternit para el tribunal es razonable concluir que fue necesario poner mayores soportes o cerchas de madera para reforzar los techos de las viviendas.
5. Fue generalizada la afirmación de que había problemas de seguridad en la zona que incidieron en demoras en las obras y en el plazo del contrato.
6. La contratista Nilza Pantoja fue presionada para firmar el acta de liquidación del contrato 113 sin salvedades.
7. La contratista solicitó reiteradamente a la RSS el reconocimiento de los mayores costos administrativos y de los materiales adicionales que compró para la obra y no obtuvo respuesta alguna.

## **7. Los perjuicios.**

En sus pretensiones la demandante reclama unos perjuicios en razón de gastos adicionales por materiales incluidos en la construcción de las viviendas por valor de \$61'618.870,44, y de \$126'299.546,61 "por concepto de gastos administrativos en los que incurrió el contrato durante el tiempo que duró el proyecto" y los intereses correspondientes.

Según el dictamen pericial practicado dentro del proceso (fls. 327 y ss. cdno. pbas. 1) los gastos administrativos que se establecen de los documentos de la contratista ascendieron a \$ 114'850.048 y deducido el 14% de administración pagado según liquidación del contrato por \$ 77'108.580, quedaría la suma de \$ 37'741.467 por pagar a la contratista.

Sin embargo observa el tribunal que a la contratista se le pagó el 11% sobre los costos directos del contrato como imprevistos, o sea un valor de \$60'588.313,13, y como dice la perito "este rubro presupuestal tiene como fin en un contrato de obra, asumir todos esos aspectos que el contratista no pudo detectar para la ejecución del contrato".

Por ello el tribunal considera que el valor no pagado por sobrecostos administrativos establecidos por \$ 37'741.467 debe enjugarse contra los imprevistos y no es procedente reconocerlos adicionalmente, y acoge así el dictamen pericial en este aspecto.

En cuanto a la petición de gastos adicionales por materiales por valor de \$ 61'618.870,44, según presupuesto de obras adicionales que acompañó la demandante a su libelo, destaca el tribunal en primer término que no se acreditó en prueba alguna que el referido presupuesto haya sido sometido a consideración de la OEI o de la RSS, en la etapa de petición de arreglo económico que la ingeniera Pantoja adelantó ante dichas entidades. Este solo se trajo al proceso arbitral, y para mejor ilustración se detallan los rubros que lo componen, que adicionados con el AIU del 30% ascienden a la referida suma, así:

1. Sobrecimiento con material mejorado REL 1:0,6	\$20.904.981,12
2. Caminos en madera	\$ 4.901.100,00
3. Cepillada madera	\$ 9.935.654,58
4. Malla gallinero	\$ 6.902.582,47
5. Caballetes	\$ 312.840,00
6. Cerchas en madera L=8,72 SECC 4" 2"	\$ 4.152.070,00

A tenor del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil sobre apreciación de las pruebas, el juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada una de estas. Por ello, en cuanto al presupuesto que la parte convocante acompañó a su demanda para demostrar el detrimento económico que había sufrido con ocasión del contrato de obra 113, por las obras adicionales que adujo tuvo que llevar a cabo, se observa que debió haber aportado los soportes contables correspondientes para que la perito o el mismo tribunal cuantificara el daño, lo que no hizo y por lo cual la perito en dos apartes del dictamen pericial anotó:

Primero a folio 350 cuaderno de pruebas 1 afirma que "Así las cosas para la Perito, es imposible analizar la documentación presentada, ya que no tiene ningún soporte, como lo pudiera ser en mi concepto, planillas de horas máquina, soporte de compra de material, pagos de nómina, etc."

Y en el documento de aclaraciones al dictamen al punto 12 añade: (fl. 482 cdno. pbas. 1) "En cuanto a las mayores cantidades de obra ejecutada, que aduce la contratista, no reposa la suficiente información para la determinación y cuantificación de las mismas".

Siendo ello así el tribunal no puede tomar como ciertos, sin el sustento probatorio correspondiente, los valores en que reclama la contratista incurrió como mayores cantidades de obra ejecutada y, por consiguiente, deberá desestimar esta petición.

De todo lo expuesto concluye el tribunal que la contratista Nilza Pantoja sufrió ingentes vicisitudes en el desarrollo del contrato 113, muchas de las cuales seguramente le significaron mayores erogaciones de las que se había comprometido y menores utilidades o ingresos de los que esperaba recibir. Que hubo falta de colaboración y compromiso de la comunidad y de las autoridades locales; que hubo falta de solidaridad de la propia Red de Solidaridad y poca participación de la interventoría en la ejecución del contrato, que para la RSS se trataba de "un contrato de régimen privado celebrado con la OEI" y sobre las reclamaciones del contratista y las quejas por la posición dominante y las presiones para la firma del acta de liquidación la OEI siempre guardó silencio.

Concluye igualmente que sus reclamos fueron desatendidos por los destinatarios, la contratante y su cocontratante, pero en este proceso no aparece prueba de su certeza y necesidad de reconocimiento. En suma, no se cumple con la exigencia del artículo 174 del Código de Procedimiento Civil para que se puedan atender las pretensiones de la

demanda, porque al tenor de esta norma “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso” y, a pesar de muchas declaraciones coincidentes a favor de la contratista y de los hechos que alega, no se aportó la prueba que permita al tribunal hacer la cuantificación de los daños y detrimento económico que pretende haber sufrido.

En palabras del profesor Carlos Betancur Jaramillo en su obra *De la Prueba Judicial* (Pág. 20) “cuando alguien es titular de un derecho, que correlativamente impone a otro sujeto un determinado comportamiento que este no quiere cumplir, es menester que aquel tenga la prueba adecuada de tal relación, porque de lo contrario estaría sometido a su irreparable violación y el Estado a través de sus jueces no podría cumplir su cometido para salvaguardar, en primer término, el orden y la paz sociales y, luego, para restablecer el derecho en esa forma vulnerado o desconocido. Esto da pie para utilizar el conocido adagio: tanto vale no tener el derecho, como no poder probarlo”.

Por tratarse de un laudo que debe producirse en derecho y no en equidad el tribunal se ciñe a las precisas normas señaladas en el estatuto procesal sobre el establecimiento de los perjuicios, su cuantificación y la prueba de los mismos. Además, el tribunal solo puede pronunciarse sobre los extremos de la litis de acuerdo con lo pedido y lo excepcionado.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de noviembre 3 de 1977 señaló que “al demandante le corresponde aportar la prueba de la existencia y cuantía del daño”. En el caso presente la ingeniera Nilza Pantoja tenía la carga de probar los hechos traídos al proceso y no lo hizo, con base en el principio denominado la carga de la prueba de aplicación forzosa en el derecho procesal, y por ello el tribunal, con fundamento en todo lo expuesto, deberá decidir de fondo en contra de sus pretensiones.

## **8. Reintegro de expensas y costas.**

Conforme se dejó establecido en la primera audiencia de trámite y se mencionó al comienzo de este laudo, las sumas fijadas para honorarios y gastos del tribunal se cancelaron exclusivamente por la demandante Nilza María Pantoja Agreda, quien en uso de la facultad prevista en el inciso segundo del artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, pagó además por la OEI las sumas que esta dejó de pagar, y no obra prueba en el expediente que hubiesen sido reintegradas en el curso del proceso arbitral; por lo anterior, el tribunal dará aplicación al inciso tercero del artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, según el cual las expensas en cuestión deben tenerse en cuenta en este laudo para liquidar costas junto con los “...intereses de mora a la tasa más alta autorizada desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que efectivamente cancele la totalidad de las sumas liquidadas a su cargo ...”.

Los gastos y honorarios del tribunal fueron fijados en el acta de instalación de 19 de agosto de 2004 en \$ 6'200.000 más IVA sobre las partidas que lo causaren (\$ 929.760), o sea \$ 7'129.760, y de ellos correspondía pagar a la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la mitad, es decir, la suma de \$ 3'564.880.

Como la convocada no efectuó el pago a su cargo, y dentro de la oportunidad legal —el 9 de septiembre de 2004— las consignó por ella la parte demandante, deberá entonces reintegrársele a esta dicha suma junto con los intereses que manda la ley, desde el momento en que la convocante efectuó el pago y hasta aquel en que efectivamente se produzca el reembolso. A la fecha de este laudo el monto de los intereses sobre la suma pagada asciende a \$ 1'014.934,45.

En consideración a la conducta asumida por la parte convocada de no pagar su cuota correspondiente al trámite del proceso arbitral, siendo que al contrario de la justicia ordinaria esta es onerosa, y a la actuación de las partes y sus apoderados en el proceso, en la cual no se observa temeridad ni mala fe, el tribunal se abstendrá de proferir condena en costas.

## **III. Parte resolutive**

En mérito de las consideraciones que anteceden, el tribunal de arbitramento constituido para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre la ingeniera Nilza María Pantoja Agreda, de una parte, y la Organización de Estados

Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura - OEI, de la otra de que da cuenta este proceso, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Decláranse no probadas las objeciones por error grave formuladas al dictamen rendido en este proceso por la ingeniera Johana Casas Pérez.
2. Deniéganse las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.
3. Al no haber prosperado la demanda, el tribunal se abstiene de pronunciarse respecto de la relación sustancial existente entre la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura y la Red de Solidaridad Social que motivó la denuncia del pleito.
4. Ordénase a la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura - OEI pagar a la ejecutoria de este laudo a Nilza María Pantoja Agreda la suma de \$ 3'564.880, junto con los intereses de mora a la tasa más alta autorizada por la ley desde el 9 de septiembre de 2004 y hasta la fecha en que efectivamente se produzca el reembolso, intereses que a la fecha de este laudo ascienden a la suma de \$ 1'014.934,45.
5. Sin costas.
6. Protocolícese el expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá.
7. Ordénase la expedición por secretaría de copia auténtica e íntegra de esta providencia con destino a cada una de las partes y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para lo de su cargo (CPC, art. 115, num. 2°).

Notifíquese y cúmplase.

Para constancia firman,

*David Luna Bisbal, Presidente y árbitro único.*

*Florencia Lozano Revéz, Secretaria.*

---