

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

**SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA**

Vs.

**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–
(Proceso No. 114813)**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., República de Colombia, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

Agotado el trámite procesal correspondiente, con observancia de los requisitos que establecen la Constitución Política, las Leyes 270 y 1285 -Estatutarias de la Administración de Justicia-, la Ley 1563 de 2012 y el Código General del Proceso contenido en la Ley 1564 de 2012, sin que se advierta causal alguna de nulidad y dentro de la oportunidad para hacerlo, el Tribunal Arbitral profiere, en derecho, el Laudo de mérito que finaliza el Proceso Arbitral convocado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá por la **SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA** para dirimir sus controversias con la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**, derivadas de la celebración y ejecución del **CONTRATO No. 2013-014**, proceso distinguido con el No. 114813.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. LOS SUJETOS PROCESALES

1.1. La Parte Convocante

Es la **SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.S. SUCURSAL COLOMBIA**, sociedad comercial constituida y existente bajo las leyes del Reino de España, con sucursal en Colombia, identificada con el NIT 900689135-8 establecida mediante Escritura Pública No 09 del 7 de enero de 2014 de la Notaria 41 de Bogotá e inscrita en el registro mercantil el 13 de enero de 2014, bajo el No. 02398333, con domicilio en Bogotá y representada por su representante legal, cargo que a la fecha de la certificación ejerce el señor Rafael Rodríguez Muñoz.

La **SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.S. SUCURSAL COLOMBIA** ha estado representada en este proceso por la abogada **Adriana del Pilar Pinto García**, según poder especial que obra en el expediente, y a quien el Tribunal le reconoció personería.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

1.2. La Parte Convocada

Es la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**, Unidad Administrativa creada por el Concejo Municipal de Pasto, mediante Acuerdo número 008 de 16 de marzo de 2010, modificado por el Acuerdo número 005 de 15 de marzo de 2016, como una entidad descentralizada del orden municipal, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio autónomo, identificada con el NIT. 900.358.918-8 y su representante legal es el Gerente General, cargo que según Decreto 016 de 1 de enero de 2020 ejerce el señor Rodrigo Yepes Sevilla.

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**, estuvo representada en este proceso desde el 8 de agosto de 2019 por el abogado **Lucio Miguel Paredes Mora** y a partir del 5 de febrero de 2020 por el Abogado **Cástulo Fernando Cisneros Trujillo**, según poderes especiales que en su orden obra en el expediente, y a quienes el Tribunal les reconoció personería, respectivamente.

1.3. El Ministerio Público

El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá informó a la Procuraduría General de la Nación sobre la convocatoria de este Tribunal y sobre su instalación, por lo que en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 612 del C.G.P., en decisión de 22 de agosto de 2019, el Tribunal ordenó notificarla del Auto admisorio de la demanda. Para los efectos del Decreto 262 de 2000 y lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 45 del C.G.P. y los numerales 1 y 4, literal a), del artículo 46 del mismo estatuto, así como en lo dispuesto por el artículo 49 de la Ley 1563 de 2012, el Ministerio Público designó como su Agente para este Proceso a la doctora Clara Cecilia Suárez Vargas, Procuradora 142 Judicial II para Asuntos Administrativos.

1.4. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Para dar cumplimiento al inciso tercero del artículo 12 de la Ley 1563 de 2012, el 11 de julio de 2019 el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá informó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sobre la iniciación de este Proceso Arbitral y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 612 del C.G.P., en decisión de 22 de agosto de 2019, el Tribunal ordenó notificarla del Auto admisorio de la demanda. Empero, esta entidad no compareció al proceso.

2. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

Al convocar este Tribunal Arbitral, en la demanda arbitral la **SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA**, invocó la Cláusula **TRIGÉSIMA SEGUNDA** del “**CONTRATO No. 2013-014**”, celebrado el 23 de diciembre de 2013 entre la **SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA** y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**, en la cual expresamente acordaron:

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEGUNDA – LEY DEL CONTRATO Y CONTROVERSIAS

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

“La validez e interpretación del contrato se regirá por las leyes de Colombia.

“Cualquier reclamo relacionado con el contrato deberá presentarlo el Contratista, por escrito a AVANTE SETP dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la primera ocurrencia del hecho motivo de reclamo señalando claramente y en detalle, sus fundamentos.

“Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este Contrato, que no pueda ser resuelta por consenso entre ellas, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento de conformidad con las siguientes reglas:

“El arbitraje será institucional.

“Las partes acuerdan designar al efecto al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

“El Tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros, escogidos de común acuerdo por las partes. En caso de desacuerdo serán designados por la Cámara de Comercio de Bogotá.

“Los árbitros decidirán en derecho.

“El tribunal se regirá por lo previsto en esta cláusula y por las disposiciones de la Ley 1563 de 2012 y demás normas concordantes.

“La aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral no podrán ser sometidas a arbitramento.

“Los gastos que ocasione la intervención del Tribunal de Arbitramento serán cubiertos de conformidad con las normas aplicables.

“La intervención del Tribunal de Arbitramento no suspenderá la ejecución del Contrato, salvo aquellos aspectos cuya ejecución dependía necesariamente de la solución de la controversia.

“Queda entendido, en todo caso, como parte de las reglas de solución de conflicto que AVANTE SETP podrá acudir excepcionalmente al mecanismo alternativo de solución de conflictos de la conciliación prejudicial cuando, a su juicio, lo considere más apropiado y que el pacto arbitral aquí previsto no constituye una derogatoria de su facultad para liquidar unilateralmente el contrato, facultad a la que podrá acudir una vez agotados los intentos y términos de liquidación del contrato de común acuerdo y siempre que no se haya iniciado ningún mecanismo de solución directa de controversias para procurar dicha liquidación.

“El Contratista acepta no acudir a reclamaciones diplomáticas en lo que se refiere a derechos y obligaciones que se deriven del Contrato; salvo en el caso de denegación de justicia, la cual se entiende que existe cuando el Contratista no ha tenido expeditos los recursos y medidas de acción que puedan emplearse conforme a las leyes colombianas.”

3. EL CONTRATO ORIGEN DE LAS CONTROVERSIAS

Las controversias o diferencias sometidas a consideración del Tribunal se relacionan con la celebración, ejecución y liquidación del “**CONTRATO No. 2013-014**”, celebrado el 23 de diciembre de 2013, entre la **SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA** y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP**, en los términos y condiciones acordados, entre otras, en el Acta Modificatoria No. 1 suscrita por ellas el 28 de abril de 2014.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

El objeto de dicho Contrato, según se pactó en la Cláusula Primera, es el siguiente:

“CLAUSULA PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO

“El objeto del presente Contrato es el, ‘SUMINISTRO, INSTALACION Y PUESTA EN MARCHA DEL SISTEMA DE SEMAFORIZACION DE LA CIUDAD DE PASTO’, en un todo de acuerdo con el alcance que a continuación se describe:

- Suministro e instalación, incluyendo la obra civil, de setenta y cinco (75) intersecciones semaforizadas que incluyen, controladores, mobiliario semaforico, software, hardware y todo lo que determine el Apéndice A del presente contrato, o que sea necesario para el cumplimiento del objeto del contrato.
- Diseño, construcción e instalación del centro de control semaforico en las instalaciones que determine AVANTE SETP y de acuerdo a los requerimientos del Apéndice A del presente pliego de condiciones o que sea necesario para el cumplimiento del objeto del contrato.
- Puesta en marcha y funcionamiento del centro de control semaforico así como de las setenta y cinco 75 intersecciones semaforizadas previstas en el Apéndice B del presente contrato.
- Capacitación y soporte en software y hardware del personal que disponga AVANTE SETP o quien haga sus veces para la implementación y puesta en marcha del sistema semaforico para la ciudad de Pasto.
- Garantías y Mantenimiento del Sistema Semaforico de la ciudad de Pasto de acuerdo a las consideraciones del Apéndice A de este contrato.
- Licenciamiento del software para todo el sistema semaforico de la ciudad de Pasto en las condiciones requeridas para su adecuado funcionamiento y conforme a las especificaciones y funcionalidades técnicas del sistema.
- Efectuar y garantizar la conexión sobre los anillos de fibra óptica instalados por el Municipio de Pasto, que incluye las intersecciones semaforicas, centro de control semaforico y paneles de mensajería variable.
- Las demás que sean necesarias para la debida ejecución y cumplimiento del contrato o que sean inherentes para el cumplimiento del mismo.

“Parágrafo Primero.- Sin perjuicio de las condiciones especiales que se fijan en este contrato, sus anexos, los pliegos de condiciones y la oferta del contratista, EL CONTRATISTA declara que conoce y acepta las siguientes condiciones generales para el desarrollo de sus actividades de servicio:

“a. EL CONTRATISTA deberá efectuar el suministro y los Servicios de acuerdo a los requerimientos de EL CONTRATANTE y en los plazos acordados, de conformidad con lo establecido en el presente Contrato.

“b. Para la correcta ejecución del objeto de EL CONTRATO, EL CONTRATISTA, deberá realizar, además de las actividades señaladas en este Contrato, todas las demás labores razonablemente necesarias para el desarrollo del objeto de EL CONTRATO.

“c. Las obligaciones de EL CONTRATISTA incluirán la realización de todas las actividades descritas en las Condiciones Técnicas y para ello EL CONTRATISTA será el responsable de todas las actividades, materiales y recursos, equipos no obsoletos, útiles, herramientas, métodos, medios auxiliares, servicios, insumos, pruebas y ensayos que sean necesarios y adecuados para la completa atención del objeto del contrato, todo lo cual será asumido directamente por EL CONTRATISTA y se entiende contemplado dentro de los precios pactados, salvo aquellos que expresamente se indique que suministrará EL CONTRATANTE.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

“d. Sólo aquellos aspectos que expresamente sean asignados a EL CONTRATANTE en este Contrato, se considerarán excluidos del alcance de las obligaciones de EL CONTRATISTA. En desarrollo de lo anterior, la responsabilidad de EL CONTRATISTA incluye, sin limitarse a ello, disponer de la infraestructura y recursos humanos necesarios para garantizar el suministro en óptimas condiciones, asumiendo por entero las responsabilidades en caso de insuficiencia o imperfección de los mismos.

“e. EL CONTRATISTA será responsable, por su cuenta y riesgo, de todos los bienes y servicios, insumos, derechos y otros requerimientos necesarios para la adecuada ejecución de los Servicios, los cuales serán obtenidos por EL CONTRATISTA para sí y sólo puestos a disposición de EL CONTRATANTE en desarrollo de la ejecución de EL CONTRATO, sin que EL CONTRATANTE adquiera responsabilidad alguna por tal suministro u obligación de reembolso respecto de los bienes o servicios suministrados.

“f. Se hace constar expresamente que se considerará asimismo incluido en la contratación cualquier trabajo, aunque no esté específicamente indicado en el presente documento o en otro documento contractual derivado o vinculado a él, pero que resulte necesario y (o) conveniente al total y buen cumplimiento de las actividades contratadas.

“h. EL CONTRATISTA realizará los Servicios objeto del presente Contrato, bajo su única y exclusiva responsabilidad, respondiendo frente a EL CONTRATANTE de la correcta ejecución de los mismos. La aprobación o modificación por EL CONTRATANTE de los proyectos, cálculos, planos y otros documentos técnicos elaborados por EL CONTRATISTA, no libera a éste de su responsabilidad que, en ningún caso será compartida con EL CONTRATANTE.

“j. EL CONTRATISTA acepta que sus obligaciones son de resultado y, por ende, no podrá eximirse del cumplimiento de las mismas en el alcance establecido en este Contrato, sino por fuerza mayor o un incumplimiento de EL CONTRATANTE.

“k. El incumplimiento de EL CONTRATANTE susceptible de eximir a EL CONTRATISTA del cumplimiento de sus obligaciones, será aquel que obstaculice la adecuada ejecución de las labores de EL CONTRATISTA.

“l. EL CONTRATISTA acepta la aplicación de las Multas y sanciones establecidas en el presente Contrato, de manera que el suministro de los Servicios sea realizado en óptimas condiciones y dentro de los tiempos establecidos por EL CONTRATANTE.

“m. EL CONTRATISTA declara que cuenta con el nivel de especialización requerido para el suministro de los Servicios de levantamiento de información, como los que son objeto de este Contrato. En consecuencia, para el cumplimiento de sus obligaciones, EL CONTRATISTA se obliga a emplear los procedimientos técnicos, administrativos, de gestión y buena práctica que se imponen al nivel de diligencia de un experto en los Servicios objeto de EL CONTRATO, por lo cual será responsable de sus actos, los de sus empleados o dependientes ante EL CONTRATANTE.

“Parágrafo segundo.- EL CONTRATISTA ejecutará por su propia cuenta, bajo su total responsabilidad jurídica y empresarial el objeto de EL CONTRATO. En consecuencia, EL CONTRATISTA tendrá autonomía técnica, administrativa y financiera. Dado que los Servicios suponen un alto nivel de especialización, EL CONTRATISTA utilizará únicamente empleados, personal y dependientes de intachable conducta y reconocida moral, que se encuentren debidamente capacitados por haber adelantado los estudios necesarios y que sean idóneos para cumplir a cabalidad con el objeto del contrato de forma eficiente y dentro de los plazos previstos y será responsable ante EL CONTRATANTE por el comportamiento de dicho equipo de trabajo y por los daños y perjuicios que ellos pudieran causar. EL CONTRATISTA se compromete a mantener una organización directiva, administrativa y técnica que le permita dar adecuado cumplimiento a sus obligaciones contractuales.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

4. PRETENSIONES, HECHOS Y JURAMENTO ESTIMATORIO

4.1. Las Pretensiones de la Demanda Arbitral

Las pretensiones formuladas en la demanda arbitral, que fue presentada por **SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA**, son las siguientes:

“4.1 PRETENSIONES PRINCIPALES:

“4.1.1. Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO - AVANTE SETP no tenía competencia para continuar con el proceso administrativo sancionatorio en contra de mi representada y concluir el mismo con los actos administrativos de incumplimiento -Resoluciones 331 y 372 de 2017 como en efecto lo hizo.

“4.1.2. Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE TRANSPORTE PÚBLICO -AVANTE SETP apeló a una falsa motivación para continuar con el proceso sancionatorio en contra de mi representada y terminar el mismo con los actos administrativos de incumplimiento, como en efecto lo hizo.

“4.1.3. Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE TRANSPORTE PÚBLICO-AVANTE SETP actuó de mala fe, en claro desconocimiento del derecho de defensa y en abierto desconocimiento a la autoridad del juez del contrato.

“4.1.4. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 331 del 25 de agosto de 2017, a través de la cual la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO - AVANTE SETP decretó el incumplimiento parcial del Contrato a cargo de mi poderdante, la imposición de la Cláusula Penal y la exigencia de una indemnización sin ningún tipo de razonabilidad jurídica ni financiera, y ordenó la liquidación del Contrato, situaciones estas alrededor de las cuales al momento de su expedición, estaban siendo conocidas por el juez del Contrato.

“4.1.5. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 372 del 2 de octubre de 2017 proferida por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO -AVANTE SETP, acto administrativo este mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 331 del 25 de agosto de 2017 y confirmó las decisiones contenidas en ella.

“4.1.6. Que se declare que las Resoluciones 331 y 372 de 2018 han perdido fuerza ejecutoria en los términos del artículo 91 numeral dos (2) del CPACA,- Ley 1437 de 2011, toda vez que en el curso del proceso arbitral que arrojó como resultado el laudo del seis de septiembre de 2018, la Entidad Contratante pagó al Contratista el 100% del presupuesto contractual, reconociendo por lo tanto su cumplimiento, por lo cual se encuentra probado la desaparición de los fundamentos de hecho y de derecho de las Resoluciones 331 y 372 de 2018.

“4.1.7. Que se condene en costas y agencias en derecho a la Entidad Contratante.

“4.2. PRIMERAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

“4.2.1. Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO-AVANTE SETP continuó con el proceso sancionatorio en contra de SICE y adoptó una decisión que tratando de ocultar sus propias responsabilidades, pretende generar la posibilidad de exigir el pago de una suma infundada a SICE.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

“4.2.2. Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO -AVANTE SETP actuó de mala fe, en claro desconocimiento del derecho de defensa, proporcionalidad de la sanción, y en abierta enfrenta a la autoridad del juez del contrato.

“4.2.3. Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO-AVANTE SETP decretó el incumplimiento parcial del Contrato a cargo de mi poderdante, la imposición de la Cláusula Penal y la exigencia de una indemnización sin ningún tipo de razonabilidad jurídica ni financiera, y ordenó la liquidación del Contrato, situaciones estas alrededor de las cuales al momento de su expedición estaban siendo conocidas por el juez del Contrato, tiene una tasación desproporcionada e irracional que atenta contra el principio de proporcionalidad y graduación de las sanciones.

“4.2.4. Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO - AVANTE SETP no hizo estimación alguna de los perjuicios, y respecto de la estimación del 10% de la Cláusula Penal incluido en el Artículo Segundo de la parte resolutive de la Resolución 331 de 2017 no tiene ninguna razonabilidad de la sanción, y por lo tanto debe dejarse sin efecto alguno.

“4.2.5. Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO - AVANTE SETP no hizo estimación alguna de los perjuicios, y respecto de la estimación de los perjuicios causados por \$2.550 Millones incluidos en el Artículo Noveno de la parte resolutive de la Resolución 331 de 2017 no tiene ninguna razonabilidad de la sanción, y por lo tanto debe dejarse sin efecto alguno.

“4.2.6. Que en consecuencia se revoque el Artículo Segundo y Noveno de la Parte Resolutive de la Resolución 331 del 25 de agosto de 2017 proferida por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO -AVANTE SETP y se fije la parte proporcional correspondiente al posible incumplimiento en el que se incurrió por parte de SICE a la terminación del periodo contractual, y que sea demostrado en el proceso arbitral.

“4.2.7. Que se condene en costas y agencias en derecho a la convocada.

“4.3. SEGUNDAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

“4.3.1. Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO - AVANTE SETP no tenía competencia para continuar con el proceso administrativo sancionatorio en contra de mi representada y concluir el mismo con los actos administrativos de incumplimiento - Resoluciones 331 y 372 de 2017 como en efecto lo hizo.

“4.3.2. Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO - AVANTE SETP continuó con el proceso sancionatorio en contra de SICE y adoptó una decisión que tratando de ocultar sus propias responsabilidades, pretende generar la posibilidad de exigir el pago de una suma infundada a SICE.

“4.3.3. Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO -AVANTE SETP actuó de mala fe, en claro desconocimiento del derecho de defensa, proporcionalidad de la sanción, y en abierta enfrenta a la autoridad del juez del contrato.

“4.3.4. Que se declare que ante las Resoluciones Nos. 331 del 25 de agosto de 2017 y la 372 del 2 de octubre de 2017 de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

DE TRANSPORTE PÚBLICO -AVANTE SETP, ha procedido la figura del decaimiento del acto administrativo.

“4.3.5. Que se condene en costas y agencias en derecho a la convocada.”

4.2 Los Hechos que sirven de soporte a las pretensiones planteados en la Demanda Arbitral y los fundamentos jurídicos de las mismas

Los hechos que soportan las pretensiones de la demanda arbitral están relacionados y debidamente clasificados en su texto que obran a folios 3 a 13 del Cuaderno Principal No 1.

Los fundamentos jurídicos, entre ellos los conceptos de la presunta violación de las Resoluciones acusadas, están contenidos en el texto de la demanda arbitral que obran a folios 15 a 32 y en el texto de la subsanación de la misma que obran a folios 163 a 170 del Cuaderno Principal No. 1.

4.3. El juramento estimatorio

En virtud de lo dispuesto en el artículo 206 del Código General del Proceso, en el escrito de subsanación de la demanda arbitral, la Parte Convocante, bajo juramento, estimó razonadamente la cuantía del proceso en la suma de DOS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$2.663.508.336), estimación que determinó por concepto de las sanciones que en desarrollo del Proceso Administrativo Sancionatorio impuso la Unidad Administrativa Especial del Sistema Estratégico de Transporte Público -AVANTE SETP- en contra de la Sociedad Ibérica de Construcciones Eléctricas S.A. - Sucursal Colombia.

La anterior suma, dijo, se compone de los siguientes conceptos:

Por concepto de Cláusula Penal impuesta por la Unidad Administrativa Especial del Sistema Estratégico de Transporte Público -AVANTE SETP- en contra de la Sociedad Ibérica de Construcciones Eléctricas S.A. - Sucursal Colombia, en el artículo tercero de la Resolución No. 331 del 25 de agosto de 2017, confirmada mediante Resolución No. 372 del 2 de octubre de 2017: CIENTO TRECE MILLONES QUINIENTOS OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$113.508.336).

Por concepto de Indemnización de Perjuicios cuyo pago ordenó la Unidad Administrativa Especial del Sistema Estratégico de Transporte Público -AVANTE SETP- en contra de la Sociedad Ibérica de Construcciones Eléctricas S.A. - Sucursal Colombia por el incumplimiento de la Parte Convocante, según AVANTE, en el artículo noveno de la Resolución No. 331 del 25 de agosto de 2017 confirmada mediante Resolución No. 372 del 2 de octubre de 2017: DOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$2.550.000.000).

4.4. No formulación de excepciones, oposiciones u objeciones

La Parte Convocada no contestó la demanda arbitral y, por lo mismo, no se pronunció sobre las pretensiones, los hechos que les sirven de causa, los fundamentos jurídicos de las mismas ni sobre el juramento estimatorio, al tiempo que no formuló excepciones ni pidió pruebas para demostrarlas o controvertir las aportadas con la demanda arbitral.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

5. TRÁMITE DEL PROCESO

5.1. La demanda arbitral

El 3 de abril de 2019, la sociedad **IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.S. SUCURSAL COLOMBIA**, por intermedio de apoderada judicial especial, solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la integración de un Tribunal de Arbitramento para dirimir sus controversias con la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP –** derivadas del CONTRATO No. 2013-014.

5.2. Árbitros

En aplicación de lo dispuesto en la Cláusula Trigésima Segunda del Contrato, las Partes, en reunión de designación de árbitros celebrada en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 22 de abril de 2019, de común acuerdo designaron como principales para integrar este tribunal a los Árbitros Jorge Enrique Ibáñez Najar, Mauricio Fajardo Gómez y Antonio Pabón Santander y como suplente al Árbitro Juan Andrés Carreño Cardona; los Árbitros Ibáñez Najar y Fajardo Gómez aceptaron en término su designación, mientras que el Árbitro Pabón Santander declinó de la misma; en vista de la no aceptación por parte del Árbitro Pabón, el Centro de Arbitraje comunicó la designación al Árbitro Juan Andrés Carreño Cardona quien no se pronunció en el término indicado por la ley.

Debido a la falta de pronunciamiento del Árbitro Carreño Cardona, las Partes designaron de común acuerdo, mediante memorial suscrito por la apoderada de la Convocante, fechado 23 de mayo de 2019, coadyuvado por el apoderado de la Convocada mediante correo electrónico de 24 de mayo de 2019, como principal al Árbitro Hernando Herrera Vergara y como suplentes a los Árbitros Carlos Felipe Mayorga y Samuel Yong Serrano; el Árbitro Herrera Vergara manifestó en término la aceptación a su designación.

Con ocasión del salvamento de voto presentado por el Árbitro Mauricio Fajardo Gómez, en audiencia de 12 de febrero de 2020, las Partes designaron de común acuerdo el Árbitro Carlos Felipe Mayorga Patarroyo, quien manifestó en término la aceptación a su designación y se integró al Tribunal para con él continuar el proceso arbitral.

5.3. Instalación

El Tribunal de Arbitramento se instaló el 8 de agosto de 2019, en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En la audiencia fue designada como Secretaria del Tribunal la Abogada María Isabel Paz Nates, quien posteriormente aceptó el cargo y tomó posesión del mismo.

5.4. Admisión de la demanda

En la audiencia de instalación, el Tribunal, entre otros, reconoció personería a los apoderados de las Parte Convocante y Convocada y fijó su sede. Además, por encontrar que el texto de la demanda no reunía los requisitos formales previstos en el estatuto procesal, inadmitió la misma y concedió a la Parte Convocante el término de cinco (5) días para que subsanara los defectos que le fueron

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

señalados. Encontrándose dentro del término concedido por el Tribunal, la apoderada de la Convocante presentó escrito subsanatorio de la demanda el 15 de agosto de 2019. Una vez revisado el escrito de subsanación, el Tribunal encontró que el mismo cumplió con los requerimientos hechos mediante Auto de 8 de agosto de 2019, razón por la cual, mediante Auto No. 3 de 22 de agosto de 2019, admitió la demanda.

5.5. Notificación del Auto admisorio de la demanda

El 3 de septiembre de 2019, por Secretaría, se notificó personalmente el auto admisorio de la demanda, en la forma y términos establecidos por el artículo 612 del Código General del Proceso.

5.6. No contestación de la demanda arbitral

Habiéndose notificado en debida forma a la Parte Convocada, ésta no contestó la demanda arbitral presentada por la SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA y, por lo mismo, no se pronunció sobre las pretensiones, los hechos que les sirven de causa y los fundamentos jurídicos de las mismas, al tiempo que no formuló excepciones ni pidió pruebas para demostrarlas o controvertir las aportadas con la demanda arbitral.

5.7. Audiencia de conciliación

El 29 de noviembre de 2019 se llevó a cabo la audiencia de conciliación de que trata el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012. Teniendo en cuenta que las Partes no llegaron a ningún acuerdo conciliatorio, el Tribunal procedió a fijar los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral.

5.8. Pago de los gastos del proceso

Dentro de la oportunidad legal, la Parte Convocante pagó los honorarios fijados a su cargo, mientras que la Unidad Administrativa Especial del Sistema Estratégico de Transporte Público – AVANTE SETP., no realizó pago alguno por concepto de honorarios y gastos del Tribunal decretado a cargo de la Parte Demandada.

En vista de la ausencia de pago por parte de la Convocada, la Convocante, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, pagó en término los honorarios fijados a cargo de esta.

5.9. Primera Audiencia de Trámite

La Primera Audiencia de Trámite se llevó a cabo los días 5 de febrero, 12 de febrero y 21 de abril de 2020.

Mediante Auto No. 9 de 5 de febrero de 2020 el Tribunal Arbitral se declaró competente para conocer y decidir las pretensiones formuladas por la SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA contenidas en la demanda

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

arbitral. Dicho Auto fue objeto de recurso de reposición interpuesto por la señora Agente del Ministerio Público y coadyuvado por el señor apoderado de la Convocada.

Mediante Auto No. 11 de 12 de febrero de 2020, el Tribunal Arbitral confirmó en su totalidad el Auto recurrido, decisión que fue objeto de salvamento de voto por el Árbitro Mauricio Fajardo Gómez al considerar que el Tribunal carece de competencia para resolver el asunto objeto de litigio, razón por la cual, en virtud de lo previsto en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, cesó de manera inmediata en sus funciones como Árbitro.

Con ocasión de la cesación de las funciones del Árbitro Mauricio Fajardo Gómez, las Partes designaron de común acuerdo al Árbitro Carlos Felipe Mayorga Patarroyo quien manifestó en término la aceptación a su designación, por lo que reintegrado el Tribunal Arbitral, en audiencia que tuvo lugar el 21 de abril de 2020, culminó la primera audiencia de trámite con el decreto de las pruebas solicitadas por la Convocante y el decreto de pruebas de oficio por parte del Tribunal Arbitral.

Al término de la Primera Audiencia de Trámite, el Tribunal adelantó el control de legalidad del proceso para lo cual consideró que las actuaciones procesales se desarrollaron de conformidad con la Constitución Política, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, la Ley arbitral, el Reglamento de Procedimiento de Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y las demás normas aplicables por lo que no encontró causal de nulidad o irregularidad alguna que exigiera adoptar medidas de saneamiento, razón por la cual declaró y dejó constancia que todas las actuaciones se cumplieron con apego a la finalidad de las normas constitucionales y procesales aplicadas, con el debido respeto de los derechos constitucionales de audiencia, defensa, contradicción y, en general, del debido proceso, y no encontró vicio constitutivo de nulidad que debiera ser saneado. Así mismo, los apoderados de las Partes señalaron que, en su criterio, la actuación hasta ese momento surtidas se encontraban conformes con las normas constitucionales y procesales, que no encontraron irregularidades constitutivas de nulidades y que les fueron garantizados sus derechos fundamentales.

5.10. Etapa Probatoria

El Tribunal tuvo como pruebas las documentales aportadas por la Parte Convocante en el escrito de demanda y en el escrito de subsanación de ésta.

Así mismo, el Tribunal decretó de oficio la incorporación del expediente distinguido con radicado 5109 que culminó con el Laudo proferido el 6 de septiembre de 2018 por el Tribunal constituido para dirimir las controversias entre la **SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA** y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**, integrado por los Árbitros **JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS, DAVID LUNA BISBAL** y **EDUARDO FONSECA PRADA** y como Secretaria **JEANNETTE NAMÉN BAQUERO**.

En atención al decreto de oficio del Tribunal, la Cámara de Comercio de Bogotá, remitió con destino al expediente, copia integra digital del expediente 5109, mediante escrito remitido a la secretaria del Tribunal el 27 de abril de 2020.

El Tribunal también decretó de oficio la incorporación al expediente de los procesos sancionatorios iniciados por AVANTE SETP en contra de la **SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA** que dieron lugar a la expedición de las Resoluciones 331 de 25 de agosto de 2017 y 372 de 2 de octubre de 2017.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

En cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal Arbitral, el 28 de abril de 2020, la Convocada allegó al expediente copia de los procesos sancionatorios iniciados por AVANTE SETP en contra de la sociedad Convocante.

El 27 de mayo de 2020 (Acta No. 11), se decretó el cierre de la Etapa Probatoria y se adelantó el control de legalidad del proceso. El Tribunal consideró que las actuaciones procesales se desarrollaron de conformidad con la Constitución Política, la Ley arbitral, y las demás normas aplicables por lo que no encontró causal de nulidad o irregularidad alguna que exigiera adoptar medidas de saneamiento, razón por la cual declaró y dejó constancia que habiendo concluido la instrucción de este proceso arbitral todas las actuaciones se cumplieron con apego a la finalidad de las normas constitucionales y procesales aplicadas, con el debido respeto de los derechos constitucionales de audiencia, defensa, contradicción y, en general, del debido proceso, y no encontró vicio constitutivo de nulidad que debiera ser saneado. Así mismo, los apoderados de las Partes señalaron que, en su criterio, la actuación hasta ese momento surtidas se encontraban conformes con las normas constitucionales y procesales y no encontraron irregularidades constitutivas de nulidades y que les fueron garantizados sus derechos fundamentales.

5.11 Alegaciones y concepto del Ministerio Público

La audiencia de alegaciones se cumplió el 17 de junio de 2020 y en ella, las Partes expusieron sus alegaciones orales y la señora Agente del Ministerio Público rindió su concepto; tanto las Partes como el Ministerio Público presentaron sendos escritos que contienen sus intervenciones los cuales fueron incorporados al Expediente y a los cuales se hará mención al estudiar y resolver las pretensiones de la demanda arbitral.

En esta fecha, de nuevo el Tribunal hizo control de legalidad del proceso sin que se advirtiera por el Tribunal o las partes situaciones o hechos que afectarían la nulidad del proceso que obligaran a su saneamiento razón por la cual declaró y dejó constancia que habiendo concluido las alegaciones en este proceso arbitral todas las actuaciones se cumplieron con apego a la finalidad de las normas constitucionales y procesales aplicadas, con el debido respeto de los derechos constitucionales de audiencia, defensa, contradicción y, en general, del debido proceso. Así mismo, los apoderados de las Partes señalaron que, en su criterio, la actuación hasta ese momento surtidas se encontraban conformes con las normas constitucionales y procesales y no encontraron irregularidades constitutivas de nulidades y que les fueron garantizados sus derechos fundamentales (Acta No. 12).

Adicionalmente, mediante Auto No. 18 de esa fecha, se citó a las Partes a audiencia de lectura de la parte resolutive del Laudo para el 28 de julio de 2020 a las 3:00 p.m., fecha que luego fue modificada por Auto del 27 de julio y se fijó para el 6 de agosto de 2020.

6. LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS

El Tribunal considera útil y necesario, para el sustento de la decisión que adoptará en este Laudo, relacionar los medios de prueba decretados en este proceso arbitral.

Las pruebas que se practicaron y obran en el expediente son las siguientes:

6.1. Pruebas solicitadas por la SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

6.1.1. Documentales

Se decretaron como pruebas, con el valor que les otorga la ley, las documentales presentadas por SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA, con su demanda arbitral y con la subsanación de esta.

6.2. Pruebas decretadas de oficio por el Tribunal Arbitral.

El Tribunal decretó de oficio:

6.2.1. La incorporación del expediente distinguido con radicado 5109 que culminó con el Laudo proferido el 6 de septiembre de 2018 por el Tribunal constituido para dirimir las controversias entre la **SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA** y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**, integrado por los Árbitros **JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS, DAVID LUNA BISBAL** y **EDUARDO FONSECA PRADA** y como Secretaria **JEANNETTE NAMÉN BAQUERO**.

6.2.2. La incorporación al expediente de los procesos sancionatorios iniciados por AVANTE SETP en contra de la **SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA** que dieron lugar a la expedición de las Resoluciones 331 de 25 de agosto de 2017 y 372 de 2 de octubre de 2017.

7. AUDIENCIAS

Durante este proceso arbitral, el Tribunal ha sesionado en catorce (15) audiencias, incluyendo ésta de juzgamiento.

8. TÉRMINOS DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, mediante el Auto No. 9 proferido en la Primera Audiencia de Trámite cumplida el 5 de febrero de 2020 (Acta No. 7), el Tribunal fijó el término de duración de este proceso en seis (6) meses, contados a partir de la finalización de la misma, lo cual ocurrió el 21 de abril de 2020, dado que en la cláusula arbitral no se estableció un término distinto, con lo cual el plazo de este trámite vencería inicialmente el 21 de octubre de 2020. Sin embargo, según lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, para el cómputo del término del proceso se deben considerar los días en que éste ha estado suspendido y, en tal sentido, consta en el expediente que, por solicitud conjunta de las Partes, el proceso se suspendió así:

- Entre el 28 de mayo de 2020 y el 16 de junio de 2020, ambas fechas inclusive (13 días hábiles).
- Entre el 18 de junio de 2020 y el 27 de julio de 2020, ambas fechas inclusive (25 días hábiles)

En consecuencia, el proceso se ha suspendido durante 38 días hábiles, con lo cual el término del presente trámite arbitral se extiende hasta el 17 de diciembre de 2020.

9. PRESUPUESTOS PROCESALES

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos necesarios para la validez del proceso y que las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones legales. Además, no se advierte causal alguna de nulidad procesal, lo cual fue advertido por el Tribunal en la audiencia de 17 de junio de 2020, al momento de hacer el control de legalidad de este trámite, en los términos ordenados por el artículo 132 del C. G. del P., una vez concluyó la etapa de alegaciones, frente a lo cual los apoderados de las Partes no hicieron manifestación sobre vicio o irregularidad constitutivo de nulidad que debiera ser saneada hasta ese momento.

Por lo expuesto, es procedente dictar Laudo de mérito, que según lo acordado en la cláusula compromisoria debe proferirse en derecho, para lo cual se tiene en cuenta que de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

9.1. Demanda en forma

En su oportunidad, una vez subsanada, el Tribunal verificó que la demanda cumplía con las exigencias procesales y, por ello, la sometió oportunamente a trámite.

9.2. Capacidad

Del estudio de los documentos aportados por las Partes al expediente se observa que tanto la Sociedad Convocante, como la entidad pública Convocada son sujetos plenamente capaces para comparecer a este proceso; su existencia y representación legal están debidamente acreditadas y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna y, además, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por intermedio de sus representantes legales y apoderados, debidamente constituidos.

II. ASUNTO PREVIO

SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

1. Antecedentes

Con el Auto No. 9 del 5 de febrero de 2020 (Acta No. 6), proferido al iniciar la primera audiencia de trámite, el Tribunal advirtió que en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 116 de la Constitución Política, las Partes al momento de la suscripción, el 23 de diciembre de 2013, del “*CONTRATO No. 2013-014*”, decidieron libre y autónomamente incorporar en aquel una cláusula compromisoria para sustraer de la justicia ordinaria, permanente o institucional del Estado el conocimiento y decisión de las controversias que pudieran derivarse de dicho negocio jurídico, para que fueran resueltas por particulares investidos excepcional y temporalmente de jurisdicción, lo cual se materializó en la Cláusula Trigésima Segunda del referido Contrato.

Así mismo, del análisis de la demanda arbitral, el Tribunal consideró que en materia de competencia ella era precaria como lo fue al momento de admitir la demanda, y lo seguía siendo a esa altura de la actuación procesal, por lo cual no era del caso ahondar sobre el alcance de las mismas con el fin de no anticipar una decisión de mérito que resolviera el fondo del asunto. En tal virtud, observadas las pretensiones, prima facie, el Tribunal Arbitral concluyó que era competente para conocer de las cuestiones a que se refiere la demanda arbitral, sin perjuicio de que en el Laudo Arbitral debiera

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

analizarse de nuevo este asunto frente a los hechos que resultaren demostrados con base en las pruebas que se recaudaran dentro del trámite del proceso.

Recurrida la citada providencia mediante recurso de reposición interpuesto por la señora Agente del Ministerio Público, el cual fue coadyuvado por la Parte Convocada, con el Auto No. 11 del 12 de febrero de 2020 (Acta No. 8), el Tribunal consideró de nuevo que del análisis de la demanda arbitral, las controversias puestas en su conocimiento se encuentran comprendidas dentro del alcance de la Cláusula Compromisoria, porque conciernen directamente a la ejecución contractual, son todas de naturaleza patrimonial y de contenido particular y concreto y se refieren al estudio del trámite sancionatorio adelantado por la entidad Convocada en contra de la Convocante, que culminó con la expedición de la Resolución 331 de 25 de agosto de 2017, confirmada mediante la Resolución 372 de 2 de octubre de 2017, así como a la solicitud de declaración por parte del Tribunal Arbitral de la nulidad de citadas resoluciones o de la declaración de pérdida de ejecutoria de las mismas.

Con sus alegatos de conclusión, las Partes no cuestionaron la competencia del Tribunal para conocer de este proceso.

Empero, en la vista fiscal, la señora Agente del Ministerio Público sí cuestionó la competencia del Tribunal para conocer, tramitar y decidir la controversia, por las siguientes consideraciones:

“Un punto de controversia es si estamos en ejercicio de cláusulas excepcionales o poderes excepcionales y si la limitación de conocimiento de los tribunales arbitrales es de solo una de ellas o de las dos; otro aspecto es el relativo al conocimiento de efectos económicos de actos administrativos y uno más versa sobre si en el presente proceso, las pretensiones están ligadas exclusivamente con los efectos económicos de los actos administrativos. Analizaremos cada uno de estos eventos.

“6.2.1 Falta de competencia por ser los actos demandados consecuencia de un poder excepcional de la administración.

“La tesis del M.P. es que la limitación legal para que dicho tema sea conocido y fallado por un Tribunal Arbitral, en este caso, tiene que ver con actos expedidos en poderes o facultades excepcionales, no solo con cláusulas excepcionales taxativas; al tenor del literal c) del artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, norma especial que prima sobre la general.

*c) Tanto los árbitros como los amigables compondores **no tendrán competencia** para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de **facultades excepcionales**;*

“Sustenta dicha argumentación, además, que el artículo 32 del contrato objeto de la presente controversia, el cual es ley para las partes indica expresamente:

“La aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas a arbitramento”.

“Por su parte, la Ley 769 de 2002 (Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones), define en su artículo 2:

“Semáforo: Dispositivo electromagnético o electrónico para regular el tránsito de vehículos, peatones mediante el uso de señales luminosas”.

“El artículo 117 del mismo estatuto indica por su parte:

ARTÍCULO 117. CLASIFICACIÓN DE SEMÁFOROS. *Los semáforos son elementos para regular y ordenar el tránsito y se clasifican en:*

Semáforos para control de vehículos.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

Semáforos para peatones.

Semáforos especiales.

Semáforos de aproximación a cruces de transporte masivo, trenes y guardarrieles.

Semáforos direccionales, intermitentes y otros.

“Coherente con ello, La Ley 1682 de 2013 (Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias), señala:

ARTÍCULO 1o. *Las disposiciones de la presente ley se aplicarán a la infraestructura del transporte.*

ARTÍCULO 2o. *La infraestructura del transporte es un sistema de movilidad integrado por un conjunto de bienes tangibles, intangibles y aquellos que se encuentren relacionados con este, el cual está bajo la vigilancia y control del Estado, y se organiza de manera estable para permitir el traslado de las personas, los bienes y los servicios, el acceso y la integración de las diferentes zonas del país y que propende por el crecimiento, competitividad y mejora de la calidad de la vida de los ciudadanos.*

...

ARTÍCULO 4o. INTEGRACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE. *La infraestructura de transporte está integrada, entre otros por:*

1. *La red vial de transporte terrestre automotor con sus zonas de exclusión o fajas de retiro obligatorio, instalaciones operativas como estaciones de pesaje, centros de control de operaciones, estaciones de peaje, áreas de servicio y atención, facilidades y su señalización, entre otras.*

2. *Los puentes construidos sobre los accesos viales en Zonas de Frontera.*

3. *Los viaductos, túneles, puentes y accesos de las vías terrestres y a terminales portuarios y aeroportuarios.*

4. *Los ríos, mares, canales de aguas navegables y los demás bienes de uso público asociados a estos, así como los elementos de señalización como faros, boyas y otros elementos para la facilitación y seguridad del transporte marítimo y fluvial y sistemas de apoyo y control de tráfico, sin perjuicio de su connotación como elementos de la soberanía y seguridad del Estado.*

5. *Los puertos marítimos y fluviales y sus vías y canales de acceso. La infraestructura portuaria, marítima y fluvial comprende las radas, fondeaderos, canales de acceso, zonas de maniobra, zonas de protección ambiental y/o explotación comercial, los muelles, espigones diques direccionales, diques de contracción y otras obras que permitan el mantenimiento de un canal de navegación, estructuras de protección de orillas y las tierras en las que se encuentran construidas dichas obras.*

6. *Las líneas férreas y la infraestructura para el control del tránsito, las estaciones férreas, la señalización y sus zonas de exclusión o fajas de retiro obligatorio.*

7. *La infraestructura logística especializada que contempla los nodos de abastecimiento mayorista, centros de transporte terrestre, áreas logísticas de distribución, centros de carga aérea, zonas de actividades logísticas portuarias, puertos secos y zonas logísticas multimodales.*

8. *La infraestructura aeronáutica y aeroportuaria destinada a facilitar y hacer posible la navegación aérea.*

9. *Los Sistemas de Transporte por Cable: teleférico, cable aéreo, cable remolcador y funicular, construidos en el espacio público y/o con destinación al transporte de carga o pasajeros.*

10. *La infraestructura urbana que soporta sistemas de transporte público, sistemas integrados de transporte masivo, sistemas estratégicos de transporte público y sistemas integrados de transporte público; el espacio público que lo conforman andenes, separadores, zonas verdes, áreas de control ambiental, áreas de parqueo ocasional, así como ciclorrutas, paraderos, terminales, estaciones y plataformas tecnológicas.*

11. *Redes de sistemas inteligentes de transporte.*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

PARÁGRAFO 1o. *La integración a la que se refiere el presente artículo no modifica las competencias, usos, propiedad o destinación adicionales que el legislador haya previsto respecto de los bienes antes descritos.*

PARÁGRAFO 2o. *Las zonas de exclusión o fajas de retiro obligatorio deberán ser previamente adquiridas por el responsable del proyecto de infraestructura de transporte, cuando se requiera su utilización.*

ARTÍCULO 14. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. *Para la solución de las controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, las partes podrán incluir cláusulas compromisorias, debiendo siempre observar lo previsto en la Ley 1563 de 2012 y demás normas que la adicionen, modifiquen, sustituyan o reglamenten, en especial, las normas que regulen el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias para las entidades públicas. Así mismo, de manera especial aplicarán las siguientes reglas:*

(...)

c) Tanto los árbitros como los amigables compondores no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales;

(...)

e) El ejercicio de dichos mecanismos no suspenderá de manera automática el ejercicio de las facultades ajenas al derecho común de que gozan las entidades contratantes, salvo que medie medida cautelar decretada en los términos del Capítulo XI del Título V de la Parte Segunda de la Ley 1437 de 2011 o demás normas que le adicionen, modifiquen o sustituyan;

(...)

“Ello sumado a que la potestad de declarar el incumplimiento de un contrato, de manera unilateral, o de tasar perjuicios unilateralmente (contenida en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011) es un privilegio exclusivo de la administración que deviene del ejercicio del poder público regulado por los artículos 1 y 113 constitucionales, en concordancia con los artículos 3, 4,¹ 14 y 20 de la Ley 80 de 1993.

¹ Nota Original del Concepto del Ministerio Público: “**ARTÍCULO 4o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES.** Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

1o. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.

2o. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

...

4o. Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan.

Las revisiones periódicas a que se refiere el presente numeral deberán llevarse a cabo por lo menos una vez cada seis (6) meses durante el término de vigencia de las garantías.

5o. Exigirán que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, sin perjuicio de la facultad de exigir que tales bienes o servicios cumplan con las normas técnicas colombianas o, en su defecto, con normas internacionales elaboradas por organismos reconocidos a nivel mundial o con normas extranjeras aceptadas en los acuerdos internacionales suscritos por Colombia.

6o. Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado.

7o. Sin perjuicio del llamamiento en garantía, repetirán contra los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual.

8o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

9o. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

ARTÍCULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. *Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.

PARÁGRAFO. *En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.” Ley 80 de 1993.*

“6.2.2 Si bien de manera general puede haberse aceptado la competencia para temas económicos, en casos como el presente y dado que lo accesorio sigue la suerte de los principal, no es posible estudiar el segundo tema, sin estudiar la legalidad, por ser el efecto económico consecuencia de un acto sancionatorio.

(...)

“Ahora bien, lo que debe quedar claro, es que dado que las Resoluciones demandadas hacen parte del ordenamiento jurídico, se presumen legales y tienen fuerza ejecutoria y carácter ejecutivo, deben cumplirse y no pueden ser revocadas, modificadas, ni interpretadas por el presente Tribunal Arbitral. “Para ello hay que tener en cuenta que la jurisprudencia ha sido consistente en los límites de los tribunales arbitrales al respecto, en providencias posteriores al año 2009 y en vigencia de la ley 1563 de 2012:

“Para la Sala es claro que la competencia de los jueces arbitrales no solamente se encuentra limitada en un aspecto temporal, sino también en un aspecto material teniendo en cuenta el tipo de asuntos que pueden ser sometidos a su conocimiento, estudio y decisión. (...) No obstante lo anterior y tal como ahora expresamente lo establece el último inciso del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, los jueces

...? Artículo 4, Ley 80 de 1993.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

*arbitrales sí ostentan la competencia para pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos expedidos en el ejercicio de las referidas potestades excepcionales al derecho común. (...)*²

“De hecho, el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 solo se refiere a los efectos económicos de los actos administrativos.

ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN, MODALIDADES Y PRINCIPIOS. *El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.*

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.

“Lo accesorio sigue la suerte de lo principal. No es posible pronunciarse frente a los efectos económicos de un acto sancionador, dejando de lado el tema de la legalidad (artículo 6 de la Constitución Política y naturaleza del estado social de derecho donde el primer obligado a cumplir la ley es el Estado).

Por ello, la razonabilidad de la fundamentación jurídica está ligada con un pronunciamiento de fondo del asunto, que debe desvirtuar la presunción de legalidad de las resoluciones sancionatorias.

“6.2.3 Las pretensiones no están formuladas en términos de atacar los efectos económicos del acto sino su nulidad.”³

Finalmente, la señora Agente del Ministerio Público hizo un análisis general de las pretensiones de la demanda arbitral y concluye, en síntesis, que se alega por la demandante (acorde con las pretensiones):

“a) La carencia de competencia de la demandada para proferir los actos administrativos impugnados.

² Nota original del Concepto del Ministerio Público: “² Consejo de Estado, expediente 208785811001-03-26-000-2016-00099-00 (57422^a) Sentencia, 31/10/2016, Sección Tercera Subsección C, Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Actor: Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P., Demandado: Distrito Capital y Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP”

³ Nota original del Concepto del Ministerio Público: “³ Ley 1437 de 2011: **ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.** Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

ARTÍCULO 89. CARÁCTER EJECUTORIO DE LOS ACTOS EXPEDIDOS POR LAS AUTORIDADES. Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional.

ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

...
2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

“b) La falsa motivación de los actos administrativos demandados.

“c) La mala fe y la violación al derecho de defensa en la expedición de los actos administrativos.

“d) La nulidad de los actos administrativos.

“e) La pérdida de ejecutoria de los actos administrativos por el pago del valor del contrato.

“De manera subsidiaria el ocultamiento de la administración al expedir los actos administrativos.

“En ese sentido es claro que las pretensiones implican analizar la validez de los actos administrativos.”

Por todo lo cual, para el Ministerio Público, debe ser la jurisdicción de lo contencioso administrativo el juez natural para resolver la presente Litis y no este Tribunal de Arbitramento.

2. Consideraciones

Le corresponde al Tribunal mediante esta providencia pronunciarse de manera definitiva sobre su competencia para conocer o no de los asuntos sometidos a su conocimiento, para lo cual señala lo siguiente.

La jurisdicción y competencia de este Tribunal de Arbitramento surge conjuntamente del artículo 116 de la Constitución Política, de la Ley 270 de 1996, modificada por la Ley 1285 de 2009, Estatutaria de la Administración de Justicia, de la Ley 1563 de 2012 y de la clara e inequívoca voluntad de las Partes de someterse a la jurisdicción arbitral, según lo consignado en la cláusula compromisoria que fue citada y transcrita antes en esta providencia.

Esta voluntad de las Partes se materializó con la convocatoria de este Tribunal y la presentación de la demanda arbitral, con el propósito de que las pretensiones formuladas sean resueltas de manera definitiva mediante un Laudo Arbitral.

Debe advertirse que ninguna de las Partes de este proceso negó la existencia de pacto de arbitral en los términos del parágrafo del artículo 3º de la Ley 1563 de 2012.

El Tribunal reitera que revisadas las pretensiones principales formuladas por la Parte Convocante, ellas se distribuyen en tres clases, a saber:

Primera: Las contenidas en los numerales 4.1.1. a 4.1.3 de la demanda arbitral en las que se pretende que *“se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO - AVANTE SETP no tenía competencia para continuar con el proceso administrativo sancionatorio”* en su contra *“y concluir el mismo con los actos administrativos de incumplimiento -Resoluciones 331 y 372 de 2017 como en efecto lo hizo”*; que *“se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO - AVANTE SETP apeló a una falsa motivación para continuar con el proceso sancionatorio”* en su contra *“y terminar el mismo con los actos administrativos de incumplimiento, como en efecto lo hizo”*; y, que *“se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO - AVANTE SETP actuó de mala fe, en claro desconocimiento del derecho de defensa y en abierto desconocimiento a la autoridad del juez del contrato.”*

Segunda: Las pretensiones 4.1.4 a 4.1.5. con las cuales se pide *“que se declare la nulidad de la Resolución No. 331 del 25 de agosto de 2017, a través de la cual la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO - AVANTE SETP decretó el incumplimiento parcial del Contrato a su cargo, la imposición de la Cláusula Penal y la exigencia de una*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

indemnización sin ningún tipo de razonabilidad jurídica ni financiera, y ordenó la liquidación del Contrato, situaciones estas alrededor de las cuales al momento de su expedición, estaban siendo conocidas por el juez del Contrato”, por una parte y, por la otra, que “se declare la nulidad de la Resolución No. 372 del 2 de octubre de 2017 proferida por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO -AVANTE SETP, acto administrativo este mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 331 del 25 de agosto de 2017 y confirmó las decisiones contenidas en ella.”

Tercera: La pretensión 4.1.6 con la cual se pide que *“se declare que las Resoluciones 331 y 372 de 2018 (sic) han perdido fuerza ejecutoria en los términos del artículo 91 numeral dos (2) del CPACA, - Ley 1437 de 2011, toda vez que el curso del proceso arbitral que arrojó como resultado el laudo del seis de septiembre de 2018, la Entidad Contratante pagó al Contratista el 100% del presupuesto contractual, reconociendo por lo tanto su cumplimiento, por lo cual se encuentra probada la desaparición de los fundamentos de hecho y de derecho de las Resoluciones 331 y 372 de 2018 (sic).”*

Análisis similar cabría hacer, en su orden, tanto de las primeras como de las segundas pretensiones subsidiarias, con las diferencias específicas que ellas contemplan.

En el caso de las pretensiones que se relacionan con la actuación que luego culmina con la expedición de las Resoluciones 331 y 372 de 2017 cabría distinguir entre lo que se relaciona con la actuación propiamente dicha respecto de la cual no cabe afirmar que se esté en presencia aún de un acto administrativo que es el resultado de la misma y los actos administrativos ya expedidos que con motivo de dicha actuación, a juicio del actor, podrían estar incurso en las causales de nulidad por falta de competencia, irregular expedición, falsa motivación y desconocimiento de los derechos de audiencia, defensa y contradicción.

En relación con la validez de los actos administrativos demandados hay dos temas diferentes a saber: i) la determinación de los actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades excepcionales o lo que es lo mismo, la definición de los casos en los cuales se ejercen potestades excepcionales mediante actos administrativos; y, ii) la arbitrabilidad de los actos administrativos, tema respecto del cual existe una línea jurisprudencial trazada a partir de la Sentencia C-1436 de 2000, proferida por la Corte Constitucional, seguida luego de una unidad jurisprudencial del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, a partir del 10 de junio de 2009, conforme a la cual, los tribunales de arbitramento no pueden conocer de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las potestades excepcionales previstas en el artículo 14 y concordantes de la Ley 80 de 1993, las cuales están vigentes, excepto de los efectos económicos de los mismos. A contrario sensu, los tribunales de arbitramento pueden conocer de la validez de los demás actos administrativos y obviamente de sus efectos económicos.

Precisamente, el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 señala que en los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho

A ello se agrega que el literal c) del artículo 14 de la Ley 1682, sancionada en 2013, establece que los árbitros “no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales”, norma aplicable al presente proceso en tanto en cuanto el campo de aplicación de dicha ley 1682 se refiere a la infraestructura vial de la cual hace parte el sistema de señalización que incluye la semaforización.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

2.1. Las potestades o facultades excepcionales en materia de contratación estatal

Es amplia la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo y de la Corte Constitucional acerca de las potestades excepcionales en materia de contratación estatal que se ejercen en todo caso mediante la expedición de actos administrativos, así como la doctrina en esta materia contenida en decisiones judiciales arbitrales. De tales jurisprudencia y doctrina se infieren interesantes discusiones con el objeto de resolver, entre otros, los siguientes interrogantes: ¿Cuáles son las potestades o facultades excepcionales de la administración en materia contractual? Son ellas las que están comprendidas únicamente en las cláusulas excepcionales al derecho común contenidas en los contratos estatales y cuya regulación está prevista en los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes o van más allá de éstas? Es o no potestad o facultad excepcional la que la ley le permite a la administración imponer multas conminatorias o la que le permite imponer o exigir la cláusula penal pecuniaria luego de un procedimiento sancionatorio contractual o la que le permite liquidar unilateralmente el contrato estatal?

Aunque no se crea, es un debate inacabado o por lo menos hasta ahora no resuelto por la jurisprudencia de las altas cortes y mucho menos por los tribunales arbitrales, lo cual no ha impedido resolver de mérito las controversias sometidas a consideración tanto de la jurisdicción contencioso administrativa como de la justicia arbitral en ejercicio de las acciones contractuales, solo que para ello, existe otra vía de análisis e interpretación, consistente en la teoría acerca de la arbitrabilidad o no de los actos administrativos, la cual se viene aplicando por los jueces de constitucionalidad, de contencioso administrativo y arbitral, para establecer la vocación que tienen determinados asuntos de ser objeto de decisión por un tribunal de arbitramento, así como la posibilidad de ciertos sujetos de acudir a este mecanismo de resolución de conflictos, pues ella proporciona parámetros para identificar los límites a la voluntad de las partes que configura el tribunal arbitral, al determinar qué tipo de controversias pueden someterse a arbitraje y quiénes pueden hacer uso de este mecanismo.

Así, entonces, respetando otras posiciones respetuosas de la doctrina que señalan la existencia de otras potestades excepcionales, del análisis acerca de la arbitrabilidad o no de los actos administrativos y por lo tanto, de la competencia de los tribunales de arbitramento para conocer o no de actos administrativos contractuales, se puede inferir que conforme a la jurisprudencia uniforme tanto de la Corte Constitucional, Sala Plena, como del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, no son arbitrables los actos administrativos expedidos en ejercicio de las potestades o facultades excepcionales al derecho común contenidas en las cláusulas excepcionales previstas de manera restringida en los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993, esto es, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la terminación unilateral, el sometimiento a las leyes nacionales, la caducidad y reversión. A contrario sensu, son arbitrables, los demás actos administrativos contractuales, entre ellos, los resultantes de procesos administrativos sancionatorios, los que imponen multas, los que declaran el incumplimiento del contrato, el que liquida unilateralmente el contrato o el que determina la exigibilidad de garantías, todos los cuales no se expiden en ejercicio de potestades o facultades excepcionales al derecho común.

Para corroborar el anterior aserto y sin perjuicio del amplio análisis que se hará más adelante al respecto, por ahora y para los efectos de esta decisión arbitral, bástenos solo señalar una de las providencias más recientes de la Corte Constitucional acerca de las potestades excepcionales en materia de contratación, que por haber hecho tránsito a cosa juzgada constitucional con efectos erga omnes, es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades, entre ellos, los Tribunales arbitrales. Se trata de la Sentencia C-499-15, en la cual la Corte Constitucional señaló:

“4.5.1.3. La particular finalidad del contrato estatal no sólo afecta los derechos y las obligaciones de las partes, que son diferentes, sino que también incide en la normatividad aplicable al mismo. Conforme a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, las normas aplicables al contrato estatal son las comerciales y civiles, salvo en las materias reguladas de manera especial por la ley. Entre las materias que tienen una regulación especial, que difieren con claridad de lo que suele ocurrir en las

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

normas comerciales y civiles, se encuentran las denominadas potestades excepcionales de las entidades estatales, que son aplicables y se entienden pactadas incluso si no se consignan de manera expresa en el contrato⁴. Estas potestades excepcionales no se reconocen a los contratistas.

“4.5.1.4. Para efectos de establecer el criterio de comparación en el presente juicio integrado de igualdad es menester advertir que, en el plano legal, existen una serie de normas que brindan un trato distinto a las entidades estatales y a los contratistas, con fundamento en la especial finalidad que tiene el contrato estatal, que está determinada tanto por la Constitución como por la ley. Esta diferencia de trato es evidente en materia de las potestades excepcionales, como pasa a verse enseguida.

“4.5.1.4.1. Sólo la entidad estatal puede interpretar unilateralmente el contrato, por medio de un acto administrativo debidamente motivado, cuando surgen discrepancias sobre su sentido, si de ello se puede seguir la paralización o afectación grave del servicio público a satisfacer y no se llega a un acuerdo entre las partes. Al declarar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 80 de 1993, que regula esta potestad excepcional, en la Sentencia C-1514 de 2000, se puso presente que:

‘El legislador cuenta con una amplia facultad para dictar el régimen de los contratos, tanto públicos⁵ como privados⁶. En esta materia no está obligado a brindar idéntico tratamiento a cada materia contractual. Antes bien, la Carta le impone el deber de tener presente ciertas características de cada contrato, como ocurre en materia laboral (C.P. art. 53) o en contratación pública (C.P. art. 2). Ello implica que la situación de las partes frente al contrato no necesariamente se rigen por relaciones de igualdad, sino que, habida consideración de circunstancias particulares - sujetos del contrato, su objeto, etc.-, resulta necesario partir del reconocimiento de que se está en presencia de una situación de desigualdad, que define connotaciones especiales de cada contrato.

(...)

‘De ello se deriva que en materia de contratación pública no se está en presencia de una situación *ab initio* de igualdad entre las partes contratantes, sino que una de ellas encuentra limitada su voluntad contractual, la cual se sujeta a severas prescripciones normativas, tanto en lo que al objeto del contrato respecta (cumplir los fines estatales), como al proceso de selección de contratistas, y demás aspectos relativos a precios, plazos, etc.’

“4.5.1.4.2. Sólo la entidad estatal puede modificar unilateralmente el contrato, por medio de un acto administrativo debidamente motivado, si es necesario para evitar la parálisis o la afectación grave del servicio público que deba satisfacerse con él, si no se llega a un acuerdo entre las partes. Al declarar exequible la expresión “*y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas necesarias para garantizar la terminación del objeto mismo*”, contenida en el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 80 de 1993, que regula esta potestad excepcional, en la Sentencia C-949 de 2001, se precisó que su ejercicio está reglado, en la medida en que requiere de unos supuestos fácticos y de un acto administrativo motivado.

“4.5.1.4.3. Sólo la entidad estatal puede disponer la terminación anticipada del contrato, por medio de un acto administrativo debidamente motivado, cuando las exigencias del servicio público lo requieran, la situación de orden público lo imponga, o cuando sobrevengan acontecimientos relevantes respecto del contratista, como cesación de pagos, su quiebra o embargos judiciales que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato, o su muerte si es persona natural o su disolución si es persona jurídica⁷.

“4.5.1.4.4. Sólo la entidad estatal puede declarar la caducidad del contrato, por medio de un acto administrativo debidamente motivado, cuando el incumplimiento del contratista afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que se puede llegar a su paralización. En la aludida

⁴ Artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

⁵ Ver, entre otras, sentencias C-772 de 1998 y C-897 de 1999.

⁶ Ver, entre otras, sentencias C-232 de 1997 y C-269 de 1999.

⁷ Artículo 17 de la Ley 80 de 1993.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

Sentencia C-949 de 2001, al declarar la exequibilidad de las expresiones ‘*bien sea*’ y ‘*o de otro contratista*’, contenidas en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, que regula esta potestad excepcional, se señaló que:

‘Finalmente, téngase en cuenta que la declaratoria de caducidad así como las restantes medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, son una herramienta de uso excepcional cuya finalidad es evitar la paralización o afectación grave del servicio con prevalencia del interés público social, justificación que constitucionalmente se considera razonable y proporcional.’”

2.2. La no arbitrabilidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades excepcionales y la posibilidad de hacerlo frente a los demás

Frente a la arbitrabilidad de los actos administrativos un punto de partida para resolver cualquier discusión al respecto fue el contenido en la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, del 23 de febrero 23 de 2000, en la cual, en un principio, se señaló la falta de competencia de los árbitros para pronunciarse sobre los actos administrativos proferidos por la administración-contratante, en los siguientes términos:

“Si bien es factible que las partes de un contrato -en donde una de ellas sea una entidad del Estado-, pueden convenir en someter la decisión de árbitros a las controversias que entre ellas surjan por situaciones de hecho derivadas del desarrollo o ejecución de dicho contrato, en modo alguno puede predicarse lo mismo respecto de la definición de legalidad de los actos administrativos que la entidad contratante expida con motivo de la celebración y ejecución del contrato, por cuanto las diferencias que el contratista pueda tener acerca del contenido y los efectos de este tipo de actos, no son, ni pueden ser, objeto de transacción y, por ende, tampoco de arbitramento, dado que en ello está comprometido el orden jurídico y el ejercicio del poder público, materias éstas que, en modo alguno, están sujetas a la disposición de las partes, vale decir, escapan a la capacidad de negociación, criterio éste adoptado hoy por el legislador en el artículo 111 de la Ley 446 de 1998.

“...

“De admitirse que un juez pueda pronunciarse sobre los efectos del acto administrativo y que otro sea el que juzgue la legalidad de ese mismo acto, se escindirían la continencia de la causa; es decir, se desarticularía la unidad que debe imperar en todo tipo de proceso, para que se tramite sólo una acción, ante un solo juzgador y entre los mismos sujetos procesales, evitándose así fallos diferentes entre idénticas partes respecto de los mismos hechos.

“...

“...no todas las controversias que se susciten entre la administración y los particulares pueden ser objeto de conciliación o de transacción, puesto que de ello deben excluirse aquellas controversias o discrepancias que tengan relación directa con los poderes y prerrogativas del poder público, de las cuales no puede válidamente la administración desprenderse o renunciar, en la medida que tales poderes y facultades le son otorgadas por la Constitución y la ley como uno de los medios para atender y satisfacer las necesidades de los administrados y, en general, para proveer a la realización de los fines esenciales del Estado, de donde surge de modo necesario e indiscutible la imposibilidad de disposición y de negociación de tales materias. La protección de los derechos de los particulares en este campo encuentra soporte y garantía, de una parte, en los mecanismos de autocontrol de la administración, como lo son la vía gubernativa y la revocatoria directa y, de otra, en el control judicial que de los actos administrativos está asignado al juez contencioso administrativo, sin perjuicio de que pueda acudirse a otros medios y acciones de control y de defensa que consagran la Constitución y la ley.

“En tal virtud, como el ejercicio de poder público no es una materia susceptible de transacción, no es posible que la justicia arbitral pueda decidir acerca de la legalidad de los actos administrativos en los cuales la administración ejerce las potestades exorbitantes que en materia de contratación le atribuye la ley... ni tampoco le es factible pronunciarse sobre los efectos de este tipo de actos, y menos restarle

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

eficacia, toda vez que, sólo es posible someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento aquellas controversias contractuales que versen sobre aspectos susceptibles de transacción.

“... ”

“No obstante lo anterior, la Sala estima importante precisar, que no por el sólo hecho de que la administración expida un acto administrativo en uso de sus facultades exorbitantes o de poder público de que está investida, desaparece en forma absoluta la posibilidad de que las controversias contractuales que se susciten entre las partes puedan ser conocidas y decididas por un Tribunal de Arbitramento, en aplicación de la cláusula compromisoria o el compromiso que aquellas hayan pactado. No, únicamente quedan excluidas de esa posibilidad, las diferencias o querellas contractuales que tengan relación directa con esos actos administrativos que eventualmente la administración haya proferido.”⁸

Posteriormente, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, en sentencia del 8 de junio del mismo año 2000, reiteró las conclusiones expresadas en la anterior providencia y, de manera general, negó la competencia de los árbitros respecto de los actos administrativos pues precisó que el examen de dicho asunto “con antelación a la vigencia de la Ley 80 de 1993”, permitía arribar a las siguientes conclusiones:

“1° La jurisdicción contencioso administrativa se encuentra establecida por la Constitución y la ley para resolver, de manera exclusiva y excluyente, los asuntos relativos a la legalidad de los actos administrativos y los efectos que sean consecuencia directa de ella.

“2° La cláusula general de competencia atribuida por la Constitución Política y la ley al juez administrativo, respecto del juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos, es intransferible, indelegable, improrrogable e innegociable, porque es un regla imperativa de orden público, que emana del poder soberano del Estado. Un acuerdo en contrario estaría viciado de nulidad absoluta por existir objeto ilícito.

“3° La justicia arbitral puede ser habilitada por las partes para conocer y resolver controversias en materia de contratación estatal, en todos aquellos asuntos de carácter transigible que surjan entre personas capaces de transigir (art. 111, Ley 446 de 1998).

“4° Cuando la administración hace uso de sus poderes exorbitantes, produciendo una decisión, que se materializa en un acto administrativo, aquélla solamente puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa, y no puede ser sometida al conocimiento de la justicia arbitral, porque la regla de competencia establecida por la Constitución y la ley para dilucidar su legalidad es de orden público y, por ende, intransigible (...).”

Respecto de los “alcances y límites de la justicia arbitral en la Ley 80 de 1993”, señaló que

“... en ningún momento el estatuto de contratación estatal haciendo referencia a los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993] autoriza a las partes para que habiliten a los árbitros para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos que se produzcan con ocasión de la relación contractual.

“De tal manera que, si bien el compromiso o la cláusula compromisoria nacen de un acuerdo de voluntades de las partes contratantes, al habilitar a particulares para que administren justicia en forma transitoria y excepcional por autorización constitucional y legal, no pueden conferir a los árbitros atribuciones que el ordenamiento legal no autoriza, como la de resolver sobre asuntos sobre los cuales no tienen la capacidad de transigir, pues es de exclusiva competencia del legislador determinar las materias y la forma en que los particulares pueden administrar justicia, en la condición de árbitros, y establecer los límites, términos y facultades para el ejercicio de dicha función.

(...)

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de febrero 23 de 2000. C.P. Germán Rodríguez Villamizar. Exp. No. 16.394. Actor: Consorcio Hispano-Alemán.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

“En conclusión, de conformidad con el actual estatuto de contratación estatal (ley 80 de 1993), los actos administrativos que se produzcan en ejercicio de la actividad contractual solamente pueden ser impugnados judicialmente ante su juez natural, esto es, ante el juez contencioso administrativo.”

En tal virtud, acerca del control de legalidad de los actos administrativos, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, concluyó en esa oportunidad que:

“... es una materia ajena a cualquier clase de negociación, por encontrarse comprometida la soberanía del Estado y el orden público, como ha sido la tesis constante de la jurisprudencia nacional y de la doctrina; y siendo, pues, un tema extraño a la transacción, lo será también a la competencia de los tribunales de arbitramento, constituidos por particulares que ejercen excepcionalmente funciones de administración de justicia.

(...)

“Es obvio que el examen que pueden realizar los árbitros sobre la correspondencia con el ordenamiento legal de los actos administrativos que tienen relación con el conflicto, es una facultad puramente tangencial, destinada a establecer su sentido, incidencia y alcance en las materias puestas a su conocimiento, lo cual significa que, en ningún caso, podrán desconocer implícita o expresamente dichos actos y menos aún declarar su legalidad.”

A su turno, la Corte Constitucional, con la Sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000, proferida al revisar la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, señaló con efectos erga omnes, cuáles actos no son del conocimiento de la justicia arbitral y cuales sí. En el proceso en el que se discutió este tema, el problema jurídico consistió en que la demandante consideró que los citados artículos 70 y 71 de la Ley 80 1993 eran contrarios a la Constitución Política, por permitir a su juicio, que los particulares, investidos de la calidad de árbitros, pudieran emitir fallos arbitrales que involucren la legalidad de los actos administrativos que dicte la administración durante la celebración, la ejecución, el desarrollo y la liquidación de contratos estatales, hecho que, dijo la actora, vulneraría no sólo el debido proceso, sino la facultad que le otorgó la Constitución a la jurisdicción contencioso administrativa de resolver los conflictos entre la administración y los particulares, por los actos expedidos por aquélla. Dijo entonces la Corte:

“De la definición que hace el legislador, se infiere que la competencia de los árbitros está limitada no sólo por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues sólo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros. Significa lo anterior que la competencia de los árbitros es de carácter limitada, tanto por el aspecto temporal como el material, pues como lo ha señalado esta Corporación *‘no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente a su conocimiento, como por ejemplo, los relacionados con el estado civil de las personas, ...’* (sentencia C-247 de 1994).

“El carácter restrictivo de la competencia de los árbitros, fue recientemente reiterado por esta Corte, al establecer que *‘Si bien la Corte ha avalado la justicia arbitral como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, ello no puede interpretarse en el sentido que aquélla resulte privilegiada frente a la función permanente de administrar justicia por parte del Estado, ni que ésta puede verse cada vez más sustituida o reducida en su campo de acción’* (sentencia C-672 de 1999).

“Dentro de este contexto, no es difícil arribar a la conclusión según la cual los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos.

‘No es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (CP art 113). Tampoco resulta admisible ampliar la materia arbitrable a asuntos que trascienden la capacidad de disposición de las partes y respecto de los cuales no sea posible habilitación alguna.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

‘No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral.’ (sentencia T-057 de 1995).

“Estas breves consideraciones, le sirven de marco a esta Corporación para analizar el punto sobre la facultad que tienen los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos de la administración, y, específicamente, de aquellos que dicta el Estado cuando actúa como contratista.

“Los actos administrativos. El control de legalidad

“El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.

“Como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad.

“Presunción de legalidad que encuentra su contrapeso en el control que sobre él puede efectuar la jurisdicción. Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición.

“En este sentido, debemos decir que la administración debe actuar con sujeción al orden público normativo, entendido éste como *‘el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar a los principios fundamentales de la sociedad, de una institución o de las garantías precisas para su subsistencia...’* (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas), en donde el legislador ha previsto, como una forma de mantener el respeto por ese orden normativo, las acciones de simple nulidad (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo), cuyo propósito principal es la conservación y restitución del principio de legalidad y las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 del Código Contencioso Administrativo), en las que no sólo se busca la efectividad del principio de legalidad sino la indemnización de los daños causados con la expedición del acto administrativo correspondiente.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

“Dentro de este contexto, considera esta corporación que la facultad que tiene el Estado, a través de la jurisdicción, para confrontar las actuaciones de la administración con el ordenamiento constitucional y legal normativo, a efectos de determinar si éstas se ajustan al principio de legalidad que les es propio, es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral.

“Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna.

“La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de diciembre 12 de 1991, señaló sobre el particular que *‘es la jurisdicción la llamada a despejar la certidumbre que el particular suscite sobre la validez del acto, sobre su acomodo a los moldes jurídicos que trazan el obrar estatal.’* Y en relación con la procedencia de la conciliación contenciosa administrativa, frente a la legalidad de los actos, expresó: *‘Bajo la óptica de la institución de la conciliación administrativa prevista en las normas sub-juice (ley 23 de 1991) y contraída a los casos que en precedencia fueron examinados, no entrañan posibilidad alguna de que la legalidad del acto o su firmeza pendan del mero querer de las partes involucradas en la litis contenciosa, lo cual sería a todas luces inaceptable por inconstitucional.’*

“En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado conceptuó: *‘... a diferencia de lo que contemplaba el artículo 59 de la ley 23 de 1991 (según el cual se podía conciliar sobre los aspectos individuales y patrimoniales que pudiesen ventilarse ante la jurisdicción a través de las acciones de nulidad y restablecimiento; reparación directa ...) el artículo 6 de éste (decreto 2651 de 1991) sólo permite la conciliación en las dos referidas controversias contencioso administrativas (responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual del Estado) para excluir de modo inequívoco, la posibilidad de conciliar controversias contencioso administrativas que se funden en peticiones tendientes a que se declare la nulidad de actos administrativos. Ello debido a que todas las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho tienen por fundamento la infracción de normas de derecho público que, como tal, no pueden ser objeto de renuncia, conciliación o transacción.’*

“En conclusión, el análisis sobre la validez de los actos que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de árbitros.

“4. La contratación administrativa. La resolución de los conflictos surgidos en torno a los contratos celebrados entre el Estado y los particulares.

“La entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, mediante la cual se dictó un nuevo régimen de contratación administrativa, vino a zanjar las discrepancias en torno a la distinción que hizo la ley, la jurisprudencia y la doctrina desde los años cuarenta, entre contratos administrativos y contratos privados de la administración, cuya diferencia, en nuestro ordenamiento, estribaba fundamentalmente, en la inserción en el contrato de la cláusula de caducidad. Distinción que determinó durante años, entre otros aspectos, la competencia de diversos órganos judiciales para conocer y decidir las controversias que se suscitaban en las distintas etapas contractuales, cuando una de las partes era el Estado.

“Inicialmente, al considerarse que el Estado, al contratar, lo hacía en igualdad de condiciones con los particulares, la Constitución de 1886 asignó a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer de los procesos contenciosos donde tuviera parte la Nación. Esta norma determinó, entonces, la competencia de la justicia ordinaria para conocer de los conflictos surgidos de los contratos en los

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

que las distintas entidades estatales hacían parte. Dentro de este contexto, vale señalar que la ley 167 de 1941, expresamente prohibió que las resoluciones de las autoridades que tuvieran origen en un contrato, fueran definidas por el contencioso administrativo.

“Sin embargo, en boga la teoría francesa del servicio público y con ésta, la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la administración, se hicieron grandes esfuerzos para modificar la legislación, a fin de que las controversias surgidas con ocasión de los contratos denominados administrativos, que no eran otros que aquellos en donde se pactaba la cláusula de caducidad, fueran de conocimiento de la jurisdicción contenciosa. Así, el Decreto-Ley 528 de 1964, en relación con los denominados contratos administrativos, asignó a la jurisdicción contenciosa administrativa la competencia para conocer de las divergencias surgidas en torno a éstos, en oposición a los denominados contratos privados de la administración, frente a los cuales, la justicia ordinaria quedó facultada para dirimir cualquier conflicto. Posteriormente, esta distinción quedó consagrada expresamente en el decreto 222 de 1993, en donde se estatuyó la competencia del contencioso administrativo para conocer únicamente de los conflictos surgidos frente a los contratos administrativos.

“Al expedir la Ley 80 de 1993, el legislador decide terminar con la distinción que venía rigiendo los contratos celebrados por la administración, al señalar que los contratos en donde intervienen las entidades estatales, sin distingo alguno, son contratos estatales (artículo 2 y 32), regidos por las disposiciones comerciales y civiles correspondientes (artículo 13), salvo en las materias particularmente reguladas en esa ley, y asignó la competencia para conocer de las controversias originadas en ellos, exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 75).

“De esta forma, a partir del año 1993, los conflictos surgidos de la actividad contractual del Estado, quedó radicada definitivamente en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa.

“Sin embargo, el propio legislador, en esta misma ley, facultó a las partes, administración y particular, para sustraer del conocimiento de la jurisdicción contenciosa los conflictos que, en virtud de la celebración, el desarrollo, la ejecución y la liquidación de los contratos estatales llegasen a surgir, al señalar que éstos buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, a través de los mecanismos alternos de solución de conflictos, tales como el arbitramento, la conciliación, la amigable composición y la transacción (artículo 68). Prohibiendo expresamente a las autoridades, impedir el uso de estos mecanismos, o la inclusión en los contratos estatales de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal (artículo 69).

“Significa lo anterior que el Estado, al igual que los particulares, puede someter las divergencias surgidas con ocasión de un contrato donde es parte, a la decisión de terceros investidos de la facultad de dirimir definitivamente la controversia, sin que con ello se considere vulnerado el interés público que los contratos estatales implícitamente ostentan, o se discuta la facultad de la administración para transigir, tal como aconteció hasta no hace pocos años.

“Los límites al pronunciamiento arbitral, en este caso, están determinados entonces, por la naturaleza misma del arbitramento y las prescripciones legales sobre la materia, según las cuales, éste sólo es posible en relación con asuntos de carácter transigible.

“La pregunta que surge, entonces, es si los árbitros, en estos casos, pueden pronunciarse también, frente a las divergencias que surjan entre las partes en relación con los actos administrativos que dicta la administración con ocasión de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación del contrato, teniendo en cuenta que si bien el Estado en materia contractual se rige por los principios de la contratación entre particulares, con preeminencia de la autonomía de la voluntad y la igualdad entre las partes contratantes, también se rige por disposiciones extrañas a la contratación particular, las cuales buscan la conservación y prevalencia del interés general, como la satisfacción de las necesidades de la comunidad, implícitas en los contratos estatales. Al respecto, ha dicho la doctrina que:

‘las diferencia entre unos y otros, en este aspecto [refiriéndose a los contratos celebrados por los particulares y entre éstos y el Estado] reside que en que mientras las convenciones hechas

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

en un contrato de derecho privado son inmutables y sus términos inflexibles, las que conforman el contrato administrativo no gozan de esa inmutabilidad e inflexibilidad rigurosa, sino que admiten cierto grado de mutabilidad cuando lo impone el interés público que constituye la finalidad del contrato, mutabilidad que queda restringida a límites reducidos ya que lo estipulado por las partes en el contrato administrativo debe respetarse en su esencia, de modo tal que no resulten alterados el objeto y el contenido de la convención.’ (ESCOLA, Héctor Jorge, Tratado Integral de los Contratos Administrativos).

“Al hablar de ‘disposiciones extrañas a la contratación particular’, se hace referencia específicamente a las llamadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, a través de las cuales a la entidad pública contratante se le reconoce una serie de prerrogativas que no ostentan los particulares, y que tienen como fundamento la prevalencia no sólo del interés general sino de los fines estatales. Estos interés y fines permiten a la administración hacer uso de ciertos poderes de Estado que como lo expone el tratadista Garrido Falla, en su Tratado de Derecho Administrativo ‘*determina una posición también especial de las partes contratantes, así como una dinámica particular de la relación entre ellos, que viene a corregir típicamente la rigurosa inflexibilidad de los contratos civiles*’. Poderes de carácter excepcional a los cuales recurre la administración en su calidad de tal, a efectos de declarar la caducidad del contrato; su terminación; su modificación e interpretación unilateral, como medidas extremas que debe adoptar después de agotar otros mecanismos para la debida ejecución del contrato, y cuya finalidad es la de evitar no sólo la paralización de éste, sino para hacer viable la continua y adecuada prestación del servicio que estos pueden comportar, en atención al interés público implícito en ellos. Sobre el ejercicio de estos poderes ha dicho el H. Consejo de Estado:

‘Son actos unilaterales de indiscutible factura y sólo pueden ser dictados por la administración en ejercicio de poderes legales, denominados generalmente exorbitantes. El hecho que tales actos se dicten en desarrollo de un contrato, no les da una fisonomía propia, porque el contrato no es la fuente que dimana el poder para expedirlos, sino ésta está únicamente en la ley. Esos poderes, así, no los otorga el contrato y su ejercicio no puede ser objeto de convenio.’ (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, abril 13 de 1994).

“En este orden de ideas, las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos, como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, pues si bien los mencionados actos a través de los cuales estas cláusulas se hacen aplicables, tienen implicaciones de carácter patrimonial tanto para el contratista particular como para el Estado, asunto éste que no se puede desconocer y que sería la base para que los árbitros pudieran pronunciarse, estas implicaciones son consecuencia del ejercicio por parte del Estado de sus atribuciones y, por consiguiente, el análisis sobre éstas, sólo es procedente si se ha determinado la legalidad del acto correspondiente, asunto éste que es de competencia exclusiva de los jueces e indelegable en los particulares, dado que la determinación adoptada en esta clase de actos, es expresión directa de la autoridad del Estado y como tal, únicamente los jueces, en su condición de administradores permanentes de justicia, tienen la función de establecer si el acto correspondiente se ajusta a los parámetros legales, analizando, específicamente, si las motivaciones expuestas en él, tienen como sustento real, la prevalencia del interés público y el cumplimiento de los fines estatales, aspectos estos que son el fundamento del ejercicio de las facultades excepcionales reconocidas al Estado-contratista. Este análisis, entonces, no puede quedar librado a los particulares, pues a éstos no se les puede transferir la competencia de decidir sobre las cuestiones que tocan con funciones de carácter estatal, atribución ésta, exclusiva de los jueces.

“Por consiguiente, y como manifestación del poder público del Estado, el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, no puede quedar librado a los particulares. Por otra parte, las consecuencias patrimoniales que se pueden derivar de aplicación de estas cláusulas, no pueden ser fundamento suficiente para que se considere procedente la derogación de la jurisdicción contenciosa administrativa. Las consideraciones de tipo económico no pueden justificar una separación de competencias entre la jurisdicción contenciosa y los árbitros, que permita a estos últimos pronunciarse sobre el aspecto económico de la decisión unilateral de la administración, dejando en cabeza de la jurisdicción contenciosa el pronunciamiento sobre la validez del acto respectivo. La unidad de jurisdicción en este punto debe prevalecer, como manifestación no sólo de un poder que es indelegable, sino en la seguridad jurídica que debe darse a los asociados.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

“Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política. Tal es la orientación, entre otras, de las sentencias de 15 de marzo de 1992 y 17 de junio de 1997, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

“Tanto es ello así, que de manera exclusiva y excluyente, el citado artículo 238 de la Constitución autoriza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para ‘suspender provisionalmente’ los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por la vía judicial, asunto este que, ni por asomo, podría dejarse dentro del campo de acción de los particulares investidos en forma transitoria de jurisdicción como árbitros.

“Entonces, a fortiori, ha de concluirse que si dentro de la competencia de los árbitros no queda comprendida, ni puede quedar en ningún caso, competencia para la suspensión provisional de los efectos de actos administrativos, con mucha mayor razón queda excluida tal competencia para decidir sobre la legalidad de tales actos, pues, en guarda de la lógica jurídica, ha de reiterarse que quien no puede lo menos, jamás podrá lo más.

“De idéntica manera, ha de recordarse que la regla general es la de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los litigios con la administración y sólo por excepción de ellos conocerán los árbitros, en virtud de la autorización constitucional contenida en el artículo 116 de la Carta. Por ello, lo atinente a la competencia de los árbitros es de interpretación restrictiva, sin que pueda llegar a trocarse lo que es la excepción en la regla general, ni tampoco autorizarse como legítima una interpretación que transforme la regla general, es decir la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, en la excepción para concluir en contravía de la Constitución que esta sólo puede actuar en ausencia de los Tribunales de Arbitramento.

“Así las cosas, pese a que las normas acusadas de la Ley 80 de 1993 no señalan expresamente que los árbitros tienen la competencia para pronunciarse en relación con los actos administrativos de carácter unilateral que dicta la administración, con fundamento en la autoridad que le es propia y reconocida expresamente por el legislador, para salvaguardar el interés público que está implícito en los contratos estatales y lograr el cumplimiento de los fines estatales, éstas tampoco pueden interpretarse en tal sentido, pues ello desconocería no sólo la naturaleza del mecanismo arbitral, sino las potestades del Estado, en cuanto a la administración de justicia y su indelegabilidad en aspectos que son esenciales a él.

“La discusión que plantea la ciudadana demandante no se presentaría si el legislador expresamente hubiese excluido la posibilidad de que los árbitros se pronuncien sobre la legalidad de los actos administrativos dictados por la administración contratista y producto de las cláusulas exorbitantes, tal como lo hiciera en regulaciones anteriores en esta materia, específicamente en relación con la cláusula de caducidad. El decreto 222 de 1983, por ejemplo, que contenía el régimen contractual derogado por la ley 80 de 1993, establecía que la cláusula de caducidad y sus efectos, no era susceptible de decisión arbitral. Y antes de la expedición de este estatuto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ya había determinado que la cláusula compromisoria *‘no podía derogar la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las controversias que surjan con motivo de la cláusula de caducidad y de las restantes cláusulas exorbitantes, como las que autorizan a la administración a imponer unilateralmente multas por incumplimiento.’* (auto de noviembre 2 de 1977).

“Esta doctrina del Consejo de Estado aún hoy, después de la expedición de la Constitución de 1991, y la inclusión en ella, del artículo 116, está plenamente vigente, pues no existe presupuesto

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

constitucional alguno que permita afirmar que la decisión sobre la legalidad de los actos administrativos, y, específicamente, de aquellos que dicta la administración en uso de sus facultades excepcionales, esté librada al arbitrio de los particulares. Doctrina que, en pronunciamientos más recientes del Consejo de Estado se sigue prohijando, y que esta Corporación no puede desechar. Basta examinar no sólo el fallo que la ciudadana Suárez Giraldo cita para sustentar los cargos de su demanda, de febrero de dos mil, citado en acápite anterior de esta providencia, sino uno más reciente, en donde esa Corporación, entre otras cosas, señaló:

‘Es obvio que el examen que pueden realizar los árbitros sobre la correspondencia con el ordenamiento legal de los actos administrativos que tienen relación con el conflicto, es una facultad puramente tangencial, destinada a establecer su sentido, incidencia y alcance en las materias puestas a su conocimiento, lo cual significa que, en ningún caso, podrán desconocer implícita o expresamente dichos actos y menos aún declarar su ilegalidad’ (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, junio 8 de 2000).

“En virtud de lo dicho, esta Corporación habrá de declarar exequibles los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.”

Por lo expuesto, la Corte Constitucional, resolvió declarar exequibles los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.

Posteriormente, en sede de tutela, con la sentencia SU-174 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda, la Sala Plena de la Corte Constitucional se pronunció respecto de la incompetencia constitucional de los árbitros para resolver sobre asuntos como la legalidad de actos administrativos expedidos en virtud de poderes exorbitantes, que involucran el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional. Dijo entonces la Corte:

“3. La arbitrabilidad objetiva y subjetiva: límites materiales y personales del arbitraje

“Una de las cuestiones medulares del arbitraje es la atinente a las materias que pueden ser objeto de arbitramento, así como las personas que pueden habilitar a los árbitros. Estas cuestiones son especialmente relevantes en el ámbito de lo contencioso administrativo porque en él una de las partes es una entidad pública de algún orden y los asuntos en controversia no siempre son exclusivamente económicos. De ahí que lo arbitrable en dicho ámbito haya sido objeto de regulación legal y pronunciamientos de esta Corte Constitucional, como se verá.

“La *arbitrabilidad* es el criterio que se ha de aplicar para establecer la vocación que tienen determinados asuntos de ser objeto de decisión por un tribunal de arbitramento, así como la posibilidad de ciertos sujetos de acudir a este mecanismo de resolución de conflictos. Proporciona parámetros para identificar los límites a la voluntad de las partes que configura el tribunal arbitral, al determinar qué tipo de controversias pueden someterse a arbitraje (arbitrabilidad objetiva), y quiénes pueden hacer uso de este mecanismo (arbitrabilidad subjetiva)⁹.

⁹ Nota original de la sentencia citada: “El tema de la arbitrabilidad ha sido explorado por la doctrina especializada en la materia. Así, se ha explicado que además de estar basado en el consentimiento válido de las partes, el pacto arbitral debe ser lícito, en el sentido de que debe referirse a asuntos susceptibles de ser resueltos mediante arbitramento, y debe haber sido suscrito por partes que pueden someter sus disputas a este mecanismo, condiciones que apuntan a la promoción del interés general. Ver, en este sentido, Emmanuel Gaillard y John Savage (eds.): ‘Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration’. Kluwer Law International, 1999: *‘Hemos visto que para que un acuerdo arbitral sea efectivo, debe ser el resultado del consentimiento válido de las partes. Sin embargo, también debe ser lícito. Esto quiere decir, en primer lugar, que el acuerdo debe referirse a un asunto de fondo que sea susceptible de ser resuelto mediante arbitraje y, segundo, que el acuerdo debe haber sido celebrado por partes con capacidad de someter sus disputas a arbitramento. Estas consideraciones se agrupan bajo*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

“3.1. La arbitrabilidad objetiva o *ratione materiae*.

(...)

“3.1.3. *El arbitraje en el ámbito de lo contencioso administrativo, la validez de los actos administrativos, y la resolución de conflictos contractuales de contenido económico.* De particular importancia para el caso concreto que se revisa, es el tema del control de legalidad de los actos administrativos y la diferencia entre el ejercicio de tal control de legalidad y la resolución de controversias económicas que puedan derivarse de la adopción de determinados actos administrativos. A este respecto, resulta relevante una lectura cuidadosa de los reales alcances de la decisión adoptada por el pleno de esta Corporación en la sentencia C-1436 de 2000.

“3.1.3.1. En tal oportunidad, se demandaron ante la Corte los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto de Contratación Estatal), que regulan el tema del arbitramento en los contratos administrativos¹⁰. Se argumentaba en la demanda que es contrario a la Constitución permitir que los árbitros adopten laudos que se pronuncien sobre la legalidad de los actos administrativos dictados durante la celebración, ejecución, desarrollo y liquidación de contratos administrativos, específicamente aquellos actos que manifiestan el ejercicio de las cláusulas exorbitantes, por ser contrario al debido proceso y a la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa.

“3.1.3.2. La Corte reiteró, en primer lugar, que de la definición legal del arbitramento, se infiere que la competencia de los árbitros es restringida por límites materiales atinentes al asunto objeto de arbitramento, dado que sólo pueden pronunciarse sobre materias transigibles¹¹. En ese orden de ideas,

la categoría de ‘arbitrabilidad’, y se fundan en la protección del interés general. Lo anterior en oposición al requisito de validez del consentimiento, que busca proteger los intereses privados de las partes al acuerdo arbitral’ (traducción libre). Otros sistemas jurídicos extranjeros contemplan claros límites a las materias que pueden ser objeto de arbitramento. Así, por ejemplo, en Argentina, están excluidas expresamente de la posibilidad de ser sometidas a arbitramento las materias que no pueden ser objeto de transacción, de conformidad con el artículo 737 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, lo cual incluye: las acciones penales derivadas de hechos ilícitos –aunque se puede pactar respecto de los efectos civiles del delito–, asuntos relativos al matrimonio y al estado civil y capacidad de las personas, derechos eventuales sobre una sucesión, cosas fuera del comercio, y asuntos en los que esté interesado el orden público. Ver, a este respecto, Caivano, Roque: ‘Arbitraje’, Villela Editor, Buenos Aires, 2000.”

¹⁰ Nota original de la sentencia citada: “El texto de dichos artículos es el siguiente:

‘Artículo 70.- DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA. En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. // El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro. // La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia. // Los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo. // En los contratos con personas extranjeras y en los que incluyan financiamiento a largo plazo, sistemas de pago mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional.

Artículo 71.- Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su desarrollo, terminación y liquidación. // En el documento de compromiso que se suscriba se señalará la materia objeto de arbitramento, la designación de los árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos de los mismos.’

‘La decisión adoptada por la Corte en esta oportunidad fue: **EXEQUIBLES** los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.’”

¹¹ Nota original de la sentencia citada: “Dijo la Corte: ‘El arbitramento, así concebido, está definido hoy como ‘un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral’ (Ley 446 de 1998, artículo 111). // De la definición que hace el legislador, se infiere que la competencia de los árbitros está limitada no sólo por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues sólo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros. Significa lo anterior que la competencia de los árbitros es de carácter limitada, tanto por el aspecto temporal como el material, pues como lo ha señalado esta Corporación ‘no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente a su conocimiento, como por ejemplo, los relacionados con el estado civil de las personas, ...’ (sentencia C-247 de 1994).’”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

se afirmó que los árbitros no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucran el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, que están reservados por su naturaleza a la decisión de los órganos jurisdiccionales del Estado¹².

“3.1.3.3. A continuación, la Corte explicó que el control de legalidad de los actos administrativos es ejercido por el Estado, a través de la jurisdicción contencioso administrativa, y como contrapeso a la presunción de legalidad que ampara las manifestaciones de voluntad de la Administración: *Presunción de legalidad que encuentra su contrapeso en el control que sobre él puede efectuar la jurisdicción. Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición*. Para la Corte, el control de legalidad de los actos administrativos es una facultad exclusiva del Estado en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa, de la cual no pueden derogar los particulares por medio de un pacto arbitral; los árbitros sólo se pueden pronunciar sobre los aspectos de los que pueden disponer las partes en conflicto, que no incluyen este aspecto del orden jurídico, el cual atañe al orden público normativo: *Dentro de este contexto, considera esta corporación que la facultad que tiene el Estado, a través de la jurisdicción, para confrontar las actuaciones de la administración con el ordenamiento constitucional y legal normativo, a efectos de determinar si éstas se ajustan al principio de legalidad que les es propio, es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral. // Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna. (...) En conclusión, el análisis sobre la validez de los actos que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de árbitros*. Esta postura, afirmó la Corte, ha sido sostenida por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado¹³.

“3.1.3.4. En este orden de ideas, la Corte señaló que la Ley 80 de 1993 facultó a las partes en un contrato administrativo a someter las diferencias entre ellas, derivadas de la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación del contrato, a la decisión de tribunales arbitrales; sin embargo, afirmó que en estos casos, los límites al pronunciamiento arbitral están dados por la naturaleza del arbitramento y

¹² “En términos de la sentencia: *‘Dentro de este contexto, no es difícil arribar a la conclusión según la cual los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos*.’”

¹³ “Explicó esta Corporación: *‘La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de diciembre 12 de 1991, señaló sobre el particular que ‘es la jurisdicción la llamada a despejar la certidumbre que el particular suscite sobre la validez del acto, sobre su acomodo a los moldes jurídicos que trazan el obrar estatal*’. Y en relación con la procedencia de la conciliación contenciosa administrativa, frente a la legalidad de los actos, expresó: *‘Bajo la óptica de la institución de la conciliación administrativa prevista en las normas sub-judice (ley 23 de 1991) y contraída a los casos que en precedencia fueron examinados, no entrañan posibilidad alguna de que la legalidad del acto o su firmeza penden del mero querer de las partes involucradas en la litis contenciosa, lo cual sería a todas luces inaceptable por inconstitucional*’. // En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado conceptuó: *‘... a diferencia de lo que contemplaba el artículo 59 de la ley 23 de 1991 (según el cual se podía conciliar sobre los aspectos individuales y patrimoniales que pudiesen ventilarse ante la jurisdicción a través de las acciones de nulidad y restablecimiento; reparación directa (...) el artículo 6 de éste (decreto 2651 de 1991) sólo permite la conciliación en las dos referidas controversias contencioso administrativas (responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual del Estado) para excluir de modo inequívoco, la posibilidad de conciliar controversias contencioso administrativas que se funden en peticiones tendientes a que se declare la nulidad de actos administrativos. Ello debido a que todas las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho tienen por fundamento la infracción de normas de derecho público que, como tal, no pueden ser objeto de renuncia, conciliación o transacción*’.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

las normas legales aplicables, que sólo permiten decidir sobre los asuntos de carácter transigible¹⁴. Así, explicó que en relación con los actos administrativos dictados con ocasión de la celebración, desarrollo, terminación y liquidación del contrato, se debe tener en cuenta que aunque el Estado al contratar se rige por los principios de contratación entre particulares –con preeminencia de autonomía de la voluntad e igualdad entre las partes–, también hay disposiciones extrañas a la contratación particular que apuntan a la conservación y prevalencia del interés general; concretamente es el caso del ejercicio de las facultades exorbitantes de la administración, que rompen el principio de igualdad. Sobre *‘si los árbitros, en estos casos, pueden pronunciarse también, frente a las divergencias que surjan entre las partes, en relación con los actos administrativos que dicta la administración’*, la Corte concluyó que el análisis sobre la validez de los actos exorbitantes que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de los árbitros. Esto debido a que *‘las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos, como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, pues si bien los mencionados actos a través de los cuales estas cláusulas se hacen aplicables, tienen implicaciones de carácter patrimonial tanto para el contratista particular como para el Estado, asunto éste que no se puede desconocer y que sería la base para que los árbitros pudieran pronunciarse, estas implicaciones son consecuencia del ejercicio por parte del Estado de sus atribuciones y, por consiguiente, el análisis sobre éstas, sólo es procedente si se ha determinado la legalidad del acto correspondiente, asunto éste que es de competencia exclusiva de los jueces e indelegable en los particulares, dado que la determinación adoptada en esta clase de actos, es expresión directa de la autoridad del Estado y como tal, únicamente los jueces, en su condición de administradores permanentes de justicia, tienen la función de establecer si el acto correspondiente se ajusta a los parámetros legales, analizando, específicamente, si las motivaciones expuestas en él, tienen como sustento real, la prevalencia del interés público y el cumplimiento de los fines estatales, aspectos estos que son el fundamento del ejercicio de las facultades excepcionales reconocidas al Estado-contratista. Este análisis, entonces, no puede quedar librado a los particulares, pues a éstos no se le puede transferir la competencia de decidir sobre las cuestiones que tocan con funciones de carácter estatal, atribución ésta, exclusiva de los jueces’*.

“3.1.3.5. Ahora bien, la Corte trazó una distinción, que para el caso concreto que se revisa es pertinente, entre el control de la validez de un acto administrativo y la disputa que *‘se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial’*, así éstas *‘tengan como causa un acto administrativo’*; y afirmó que cuando se trate de evaluar exclusivamente las consecuencias patrimoniales de estos actos administrativos, sin controlar su validez, es constitucionalmente legítimo que los árbitros administren justicia, puesto que no se estarían pronunciando sobre asuntos reservados a la órbita exclusiva de la jurisdicción estatal: *‘cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política. Tal es la orientación, entre otras, de las sentencias de 15 de marzo de 1992 y 17 de junio de 1997, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado’*.

“Puntualizó la Corte que si bien el ejercicio de los poderes exorbitantes de la Administración puede traer ‘consecuencias patrimoniales’, dichas consecuencias no le permiten a los árbitros pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos mediante los cuales la administración ejerció tales poderes.

“3.1.3.6. Para la Corte en dicha sentencia, esta conclusión resulta reforzada adicionalmente por dos argumentos: (i) la Constitución atribuye exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa la facultad de decidir sobre la suspensión provisional de los actos administrativos, por lo cual *a fortiori* es únicamente esta jurisdicción la que puede pronunciarse sobre su validez, y nunca los árbitros; y (ii) la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las controversias con la Administración es la regla general, y la resolución de conflictos por los árbitros es la excepción¹⁵.

¹⁴ “Los límites al pronunciamiento arbitral, en este caso, están determinados entonces, por la naturaleza misma del arbitramento y las prescripciones legales sobre la materia, según las cuales, éste sólo es posible en relación con asuntos de carácter transigible.”

¹⁵ Nota original de la sentencia citada: “Tanto es ello así, que de manera exclusiva y excluyente, el citado artículo 238 de la Constitución autoriza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para “suspender provisionalmente” los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por la vía judicial, asunto este que, ni por asomo, podría dejarse dentro del campo de acción de los particulares

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

“3.1.3.7. Como consecuencia, fueron declarados exequibles los artículos demandados, en el entendido de que los árbitros designados para resolver conflictos contractuales *‘no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la Administración en ejercicio de sus poderes excepcionales’*¹⁶.

“3.1.4. En la presente providencia, la Corte reiterará la doctrina constitucional plasmada en la sentencia C-1436 de 2000, que se acaba de reseñar, en especial la distinción trazada por la Corte entre el control de la validez de los actos administrativos dictados con ocasión de la actividad contractual del Estado, por una parte, y la resolución de las controversias exclusivamente económicas que surjan entre las partes contractuales -sea con motivo de tales actos administrativos o por causa de otras circunstancias propias de la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación de los contratos administrativos-, por otra. Es perfectamente factible que para la resolución de estas controversias exclusivamente económicas, los tribunales arbitrales no examinen la legalidad ni cuestionen en absoluto la validez de los actos administrativos; si la disputa es económica, los aspectos centrales de su resolución tienen que ver con asuntos como la existencia, el contenido, los alcances y las condiciones de la obligación pecuniaria objeto de controversia; en otros términos, si existe una deuda contractual, y cómo se ha de cuantificar. No es necesario efectuar pronunciamientos sobre la validez de actos administrativos contractuales para efectos de adoptar una decisión sobre estos puntos.”

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, en sentencia del 10 de junio de 2009, teniendo presente lo resuelto con efectos erga omnes por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-1436 de 2000 que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, luego de un amplio y razonado análisis, varió su jurisprudencia anterior y concluyó lo siguiente sobre la arbitrabilidad de los actos administrativos y, en particular, de aquellos expedidos con ocasión de la celebración y ejecución de los contratos estatales:

- Que la ratio decidendi del pronunciamiento de exequibilidad condicionada contenido en la sentencia C-1436 de 2000 se encuentra en la precisión que hizo el máximo Tribunal Constitucional al señalar que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado.

- Para lograr la mejor comprensión acerca del condicionamiento que la Corte Constitucional impuso a la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 y con el fin de cumplir, acatar y respetar la mencionada sentencia de constitucionalidad C-1436 de 2000 en sus verdaderos sentido y alcance, se imponía indagar y clarificar qué fue exactamente lo que la Corte Constitucional entendió por tales “actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales” y al efectuar el examen detallado y cuidadoso de la Sentencia C-1436 de 2000, encontró que el condicionamiento mencionado fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos actos administrativos –cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros– son precisamente los que profieren las entidades estatales

investidos en forma transitoria de jurisdicción como árbitros. // Entonces, a fortiori, ha de concluirse que si dentro de la competencia de los árbitros no queda comprendida, ni puede quedar en ningún caso, competencia para la suspensión provisional de los efectos de actos administrativos, con mucha mayor razón queda excluida tal competencia para decidir sobre la legalidad de tales actos, pues, en guarda de la lógica jurídica, ha de reiterarse que quien no puede lo menos, jamás podrá lo más. // De idéntica manera, ha de recordarse que la regla general es la de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los litigios con la administración y sólo por excepción de ellos conocerán los árbitros, en virtud de la autorización constitucional contenida en el artículo 116 de la Carta. Por ello, lo atinente a la competencia de los árbitros es de interpretación restrictiva, sin que pueda llegar a trocarse lo que es la excepción en la regla general, ni tampoco autorizarse como legítima una interpretación que transforme la regla general, es decir la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, en la excepción para concluir en contravía de la Constitución que esta sólo puede actuar en ausencia de los Tribunales de Arbitramento”.

¹⁶ Nota original de la sentencia citada: “La sección pertinente de la parte resolutive dice: ‘Declaranse **EXEQUIBLES** los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.’”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir: **a)** interpretación unilateral del contrato; **b)** modificación unilateral del contrato; **c)** terminación unilateral del contrato; **d)** sometimiento a las leyes nacionales; **e)** caducidad y **f)** reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión.

- Que “dilucidados y limitados así tanto el sentido como el alcance del condicionamiento al cual la Corte Constitucional supeditó la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, todo en íntima conexión y con estricto apego a la ratio decidendi que le sirvió de fundamento, se impone concluir que los demás actos administrativos contractuales –es decir aquellos que están excluidos del conjunto de las facultades que de manera expresa recoge el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, conjunto al cual la Corte Constitucional circunscribió en esa ocasión la noción de ‘poderes excepcionales’–, los demás actos administrativos contractuales –se repite– sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros, en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna al respecto.”

Para abundar en absoluta claridad al respecto, véase a continuación lo dicho expresamente por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en la Sentencia proferida el 10 de junio de 2009 con la cual, desde entonces, esa Corporación varió y precisó su jurisprudencia acerca de la materia relacionada con las facultades de los tribunales de arbitramento para pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos y, en particular, de aquellos expedidos con ocasión de la celebración, ejecución y terminación de los contratos estatales:

“Acerca de la materia relacionada con las facultades de los tribunales de arbitramento para pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos y, en particular, de aquellos expedidos con ocasión de la celebración de los contratos estatales, la Sala considera oportunas las siguientes reflexiones y precisiones:

“1.- Breve recuento de los criterios jurisprudenciales que han orientado las decisiones de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sobre dicha materia.

“Si bien la Sala se ha ocupado en varias ocasiones del preciso asunto que en esta oportunidad se pretende revisar, sin duda alguna del sinnúmero de pronunciamientos que al respecto se han efectuado resultan de gran importancia y relevancia los criterios y motivaciones contenidos en los fallos que a continuación se reseñan:

“En sentencia del 23 de febrero de 2000¹⁷ se precisó que ‘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’; así mismo se dijo que los antecedentes jurisprudenciales existentes permitían:

*‘... resaltar el criterio constante de **entender excluidas de la competencia de los jueces arbitrales, el control de los actos administrativos atinentes a la declaratoria de caducidad y sus efectos, incluido el incumplimiento del contratista, por cuanto este aspecto constituye causal para declarar la caducidad de contrato. Es más, igual deducción podía hacerse válidamente, como en efecto se hizo, con relación a los demás actos en que la administración hiciera uso de las facultades excepcionales de que se halla revestida (v. gr. terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato; imposición de multas; declaración del incumplimiento del contratista;***

¹⁷ Nota original de la sentencia citada: “Expediente No. 16.394. Actor: Consorcio Hispano-Alemán. Consejero Ponente Dr. Germán Rodríguez Villamizar.”

TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–

liquidación unilateral del contrato, etc.), en orden a procurar y garantizar el buen servicio público y la preservación del interés público.
(...)

*No obstante lo anterior, la Sala estima importante precisar, que **no por el sólo hecho de que la administración expida un acto administrativo en uso de sus facultades exorbitantes o de poder público de que está investida**, desaparece en forma absoluta la posibilidad de que las controversias contractuales que se susciten entre las partes puedan ser conocidas y decididas por un Tribunal de Arbitramento, en aplicación de la cláusula compromisoria o el compromiso que aquellas hayan pactado. No, **únicamente quedan excluidas de esa posibilidad, las diferencias o querellas contractuales que tengan relación directa con esos actos administrativos que eventualmente la administración haya proferido.**' (Se resalta).*

“En sentencia del 8 de junio de 2000¹⁸ la Sala reiteró las conclusiones expresadas en la citada sentencia del 23 de febrero de 2000, al paso que negó, de manera general, la competencia de los árbitros respecto de los actos administrativos. En efecto, allí se precisó que el examen de dicho asunto ‘con antelación a la vigencia de la Ley 80 de 1993’, permitía arribar a las siguientes conclusiones:

1° La jurisdicción contencioso administrativa se encuentra establecida por la Constitución y la ley para resolver, de manera exclusiva y excluyente, los asuntos relativos a la legalidad de los actos administrativos y los efectos que sean consecuencia directa de ella.

2° La cláusula general de competencia atribuida por la Constitución Política y la ley al juez administrativo, respecto del juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos, es intransferible, indelegable, improrrogable e innegociable, porque es un regla imperativa de orden público, que emana del poder soberano del Estado. Un acuerdo en contrario estaría viciado de nulidad absoluta por existir objeto ilícito.

3° La justicia arbitral puede ser habilitada por las partes para conocer y resolver controversias en materia de contratación estatal, en todos aquellos asuntos de carácter transigible que surjan entre personas capaces de transigir (art. 111, ley 446 de 1998).

4° Cuando la administración hace uso de sus poderes exorbitantes, produciendo una decisión, que se materializa en un acto administrativo, aquélla solamente puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa, y no puede ser sometida al conocimiento de la justicia arbitral, porque la regla de competencia establecida por la Constitución y la ley para dilucidar su legalidad es de orden público y, por ende, intransigible (...).’ (Se resalta).

“Seguidamente, frente a los ‘alcances y límites de la justicia arbitral en la Ley 80 de 1993’, se mantuvo en esencia ese mismo criterio considerando que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, la justicia arbitral debe operar en los términos que determine la ley y que

‘en ningún momento el estatuto de contratación estatal haciendo referencia a los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993] autoriza a las partes para que habiliten a los árbitros para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos que se produzcan con ocasión de la relación contractual.

De tal manera que, si bien el compromiso o la cláusula compromisoria nacen de un acuerdo de voluntades de las partes contratantes, al habilitar a particulares para que administren justicia en forma transitoria y excepcional por autorización constitucional y legal, no pueden conferir a los árbitros atribuciones que el ordenamiento legal no autoriza, como la de resolver sobre asuntos sobre los cuales no tienen la capacidad de transigir, pues es de exclusiva competencia del legislador determinar las materias y la forma en que los particulares pueden administrar justicia, en la condición de árbitros, y establecer los límites, términos y facultades para el ejercicio de dicha función.

¹⁸ Nota original de la sentencia citada: “Expediente No. 16.973. Actor: Consorcio Amaya – Salazar. Consejero Ponente Dr. Alier E. Hernández Enríquez.”

TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–

(...)

‘En conclusión, de conformidad con el actual estatuto de contratación estatal (ley 80 de 1993), los actos administrativos que se produzcan en ejercicio de la actividad contractual solamente pueden ser impugnados judicialmente ante su juez natural, esto es, ante el juez contencioso administrativo.’

“Se consideró igualmente que **el control de legalidad de los actos administrativos:**

*‘es una materia ajena a cualquier clase de negociación, por encontrarse comprometida la soberanía del Estado y el orden público, como ha sido la tesis constante de la jurisprudencia nacional y de la doctrina; y **siendo, pues, un tema extraño a la transacción, lo será también a la competencia de los tribunales de arbitramento, constituidos por particulares que ejercen excepcionalmente funciones de administración de justicia.**’ (Se resalta)*

“Por consiguiente, se concluyó que

*‘Es obvio que **el examen que pueden realizar los árbitros sobre la correspondencia con el ordenamiento legal de los actos administrativos que tienen relación con el conflicto, es una facultad puramente tangencial,** destinada a establecer su sentido, incidencia y alcance en las materias puestas a su conocimiento, lo cual significa que, **en ningún caso, podrán desconocer implícita o expresamente dichos actos y menos aún declarar su legalidad.**’ (Se resalta y subraya)*

“En la sentencia del 23 de agosto de 2001¹⁹ se mantuvo el criterio reseñado, esta vez con apoyo en lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000, para señalar que ya con anterioridad a dicho pronunciamiento constitucional la Sala había advertido **‘sobre la incompetencia de la justicia arbitral para conocer sobre los actos administrativos que se expiden en desarrollo de la actividad contractual’**; al efecto hizo mención de los siguientes fallos:

*‘A partir de la **sentencia del 15 de mayo de 1992** ⁽²⁰⁾ sostuvo que si bien el juzgamiento sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales estaba reservado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo ‘) las partes podían válidamente atribuir competencia a los jueces arbitrales para conocer de las consecuencias económicas de dichos efectos (...).’*

*‘Posteriormente en **sentencia de 16 de junio de 1997** precisó que no era posible que tanto la justicia arbitral como la contenciosa administrativa pudieran conocer y decidir sobre la misma materia (...).*

‘La posición anterior, ha sido reiterada por esta Sección, entre otros, en sentencias proferidas dentro de los juicios 16.394 del 23 de febrero de 2000 y 16.973 del 8 de junio de 2000.’

“En idénticos términos se pronunció la Sala dentro del expediente 21.704²¹ mediante providencia en la cual también fueron acogidos los señalamientos efectuados en la sentencia de 23 de febrero de 2000.

“A su turno, en el fallo del 27 de junio de 2002²², la Sala sostuvo que

*‘La Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de dicho artículo y del 70 de la ley 80 de 1993, en fallo proferido el día 25 de octubre de 2000 aclaró que la facultad dada a los árbitros para resolver conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, desarrollo, terminación y liquidación de los contratos estatales **no se extiende a los actos administrativos expedidos en desarrollo de dicho proceso ...**’*

¹⁹ Nota original de la sentencia citada: “Expediente No. 19.090. Actor: Instituto de Desarrollo Urbano. Consejero Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez.”

²⁰ Nota original de la sentencia citada: “Nota original de la sentencia citada: ‘Expediente No. 5326’.”

²¹ Nota original de la sentencia citada: “Sentencia del 7 de febrero de 2002. Actor: Coodeter Ltda. Consejero Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez.”

²² Nota original de la sentencia citada: “Expediente No. 21.040. Actor: INVILAS. Consejero Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

“Al aplicar ese criterio en el caso objeto de su decisión, concluyó que las controversias expuestas por la convocante ‘sí podían ser sometidos al conocimiento de la justicia arbitral, ya que no se encuentra tal controversia **dentro de la zona vedada a la justicia arbitral como es la de conocer o pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos**’.

“El criterio al cual se viene haciendo mención fue nuevamente acogido por la Sala el 4 de julio de 2002²³, en los siguientes términos:

‘La Corporación ha considerado que las controversias relativas a la validez de los actos administrativos son de competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa, en la medida en que, como consecuencia del principio de no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas, no le es dable al Estado despojarse de sus competencias legales, renunciar a ellas, dejar de ejercerlas, ni negociarlas, y por lo tanto, no le es dable transigir sobre la legalidad de los actos expedidos en su ejercicio.’ (Se resalta)

“En esa misma fecha, dentro del expediente No. 19.333²⁴, se afirmó igualmente que ‘no es posible someter a la decisión de árbitros el juzgamiento de actos administrativos’, entendiendo por tales las ‘expresiones de la administración’ que ‘constituyen o contienen el uso de poderes y prerrogativas propias del Estado y, por tanto, exorbitantes de las facultades y derechos que se predicán respecto de las relaciones contractuales de los particulares’. Este criterio fue acogido por la Sala en sentencias del 9 de octubre de 2003²⁵ y 11 de marzo de 2004²⁶.

“Así mismo, en providencia del 20 de mayo de 2004²⁷ la Sala sostuvo que

‘En relación con los conflictos derivados de los contratos estatales la ley facultó a las partes para someterlos al ámbito de competencia de la justicia arbitral, salvo en lo relacionado con el control jurídico de los actos administrativos, el cual no fue incluido en forma expresa dentro de las diferencias que pueden ser sometidas a su conocimiento.’ (Se resalta)

“En apoyo de lo dicho se hizo referencia al artículo 70 de la Ley 80 de 1993, así como a lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000, para finalmente concluir que:

‘De lo estudiado, para la Sala se desprende la primera conclusión atinente a que por virtud de la ley, las controversias presentadas en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos estatales pueden ser sometidas al conocimiento de la justicia arbitral siempre y cuando no tengan que ver con aspectos de legalidad de los actos dictados por la Administración en desarrollo de los poderes excepcionales ...’ (negritas del texto original).

“Seguidamente, en la sentencia del 10 de marzo de 2005²⁸ la restricción al ejercicio de la competencia arbitral frente a los actos administrativos contractuales se estableció en los siguientes términos:

‘... las controversias presentadas en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos administrativos pueden ser sometidas al conocimiento de la justicia arbitral siempre y cuando no tengan que ver con los aspectos de legalidad de los actos administrativos materiales.’

²³ Nota original de la sentencia citada: “Sentencia proferida dentro del expediente No. 21.217. Consejero Ponente Dr. Alier E. Hernández Enríquez.”

²⁴ Nota original de la sentencia citada: “Sentencia del 4 de julio de 2002. Actor: Consorcio Carlos Julio Rivera-José Fernando Peñalosa Rengifo. Consejero Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar.”

²⁵ Nota original de la sentencia citada: “Expediente No. 16.718. Actor: Departamento de Casanare. Consejero Ponente Dr. Germán Rodríguez Villamizar.”

²⁶ Nota original de la sentencia citada: “Expediente No. 25.021. Actor: CISA. Consejero Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez.”

²⁷ Nota original de la sentencia citada: “Expediente No. 25.154. Actor: Municipio de Recetor. Consejero Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez.”

²⁸ Nota original de la sentencia citada: “Expediente No. 27.946. Actor: AEROCIVIL. Consejero Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

“En el fallo del 14 de abril de 2005²⁹, la Sala nuevamente hizo referencia a los actos administrativos proferidos en ejercicio de las potestades excepcionales:

*‘La causal fundada en la imposibilidad que tienen los árbitros de juzgar actos administrativos no se configura, en tanto la jurisprudencia mayoritaria de esta sección³⁰ y de la Corte Constitucional³¹ que se ha desarrollado sobre el tema, señalan que **lo vedado a los árbitros es asumir el juzgamiento de los actos administrativos expedidos por la entidad pública en ejercicio de sus potestades exorbitantes, actos inseparables que inciden en la relación negocial misma y que mantienen su naturaleza contractual.**’ (Se resalta).*

“Y en providencia del 28 de abril siguiente³² puntualizó lo siguiente:

*‘En ese sentido el juez arbitral no se pronunció sobre puntos no sujetos a su conocimiento, ni sobre aquellos frente a los cuales están vedadas sus competencias, como cuando dicha cláusula permitiría **el juzgamiento de aspectos que comprometen el orden público, el régimen constitucional, o cuando implican un menoscabo de la autoridad del Estado.**’ (Se resalta).*

“Al proferir la sentencia de agosto 29 de 2007³³ se insistió en que ‘**el control de legalidad de los actos administrativos escapa al conocimiento de la justicia arbitral**’. Al efecto se hizo mención de lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000, así como de lo dicho por la Sala en pronunciamientos anteriores a propósito de lo cual se transcribieron algunos apartes del proveído de junio 8 de 2000 en el cual se hace expresa alusión a los actos administrativos expedidos en ejercicio de los poderes exorbitantes.

“En sentencia del 27 de marzo de 2008³⁴ la Sala dijo reiterar su posición en el sentido de que

*‘no es posible que la justicia arbitral conociera y determinara la **legalidad de actos administrativos generales y aquellos actos particulares contractuales que involucren el ejercicio de potestades exorbitantes, cuya competencia en cuanto a determinar su validez corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.**’*

“En esa misma fecha, dentro del expediente 36.644³⁵, con apoyo en la normatividad vigente, así como en los lineamientos expuestos por la Corte Constitucional sobre la materia, la Sala efectuó las siguientes precisiones respecto de la competencia de los jueces arbitrales para pronunciarse acerca de la legalidad de actos administrativos lo cual obviamente comportó una modulación significativa en relación con la postura uniforme y reiterada que hasta entonces se había sostenido, al señalar que:

*‘**En materia contractual se encuentran excluidos de la competencia de los árbitros i) los actos administrativos de contenido particular y concreto que se expidan en ejercicio de potestades o facultades excepcionales en los términos previstos por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-1436 de 2000 y ii) los actos administrativos de carácter general proferidos en desarrollo de la actividad contractual de la Administración. Podrán, en cambio, ponerse en conocimiento de los árbitros los actos administrativos contractuales de contenido particular que no provengan del ejercicio de facultades excepcionales, dado que respecto***

²⁹ Nota original de la sentencia citada: “Expediente 25.489. Actor: Electrohidráulica S.A. Consejero Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.”

³⁰ Nota original de la sentencia citada: “Nota original de la sentencia citada: ‘Sentencia de 11 de junio de 2000. Exp. 16.973.’”

³¹ Nota original de la sentencia citada: “Nota original de la sentencia citada: ‘Mediante sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000 se declaró la exequibilidad condicionada de los arts. 70 y 71 de la ley 80 de 1993, ‘bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.’”

³² Nota original de la sentencia citada: “Expediente 25.811. Actor: Rafael Tono Lemaitre. Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra.”

³³ Nota original de la sentencia citada: “Expediente No. 15.469. Actor: Mario Eduardo Rosasco.”

³⁴ Nota original de la sentencia citada: “Expediente No. 33.645. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. Consejero Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.”

³⁵ Nota original de la sentencia citada: “Demandante: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

de tales actos se reconoce la capacidad dispositiva de las partes, según se desprende de la misma sentencia C-1436 de 2000 en consonancia con los artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998.

‘En asuntos de otra naturaleza, queda también proscrito para los árbitros adelantar juicios de legalidad referidos a i) actos administrativos generales, así como respecto de ii) actos administrativos de contenido particular y concreto que por expresa disposición legal deban someterse a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En cambio, tal competencia sí se advierte respecto de los actos administrativos de contenido particular, ya que el hecho de su transigibilidad, fundado en los artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998, hace operante el enunciado normativo del artículo 115 del Decreto 1818 de 1998’

“Finalmente, las sentencias de octubre 15³⁶ y diciembre 3 de 2008³⁷ reiteraron in extenso los pronunciamientos efectuados por la Sala en las sentencias de 23 de febrero de 2000 y 23 de agosto de 2001, limitando, en consecuencia, la competencia de la justicia arbitral al conocimiento de las controversias contractuales transigibles, criterio bajo el cual se excluye de ese ámbito el control jurídico de los actos administrativos expedidos por la Administración en ejercicio de las potestades exorbitantes que en materia de contratación le confiere la ley.

“Tal ha sido y es, entonces, el estado de la cuestión en la jurisprudencia de esta Corporación.

“2.- Decisiones de la Corte Constitucional respecto de la competencia de la justicia arbitral para pronunciarse sobre los actos administrativos expedidos con ocasión del contrato estatal.

“En cuanto atañe a las controversias que pueden suscitar los contratos estatales, la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000, al resolver la demanda de inconstitucionalidad formulada contra los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993³⁸, declaró la exequibilidad de tales disposiciones pero la condicionó en los siguientes y precisos términos:

*‘Decláranse **EXEQUIBLES** los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, **no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.**’ (Se resalta y subraya)*

“De la mayor importancia resulta tener presente que al momento de proferir la aludida declaratoria de exequibilidad condicionada de los mencionados artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, la Corte Constitucional se apoyó en los razonamientos y en las argumentaciones que se transcriben a continuación:

³⁶ Nota original de la sentencia citada: “Expediente No. 35.483. Actor: Electroatlántico Ltda. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.”

³⁷ Nota original de la sentencia citada: “Expediente No. 34.302. Actor: Lotería de Santander. Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra.”

³⁸ Nota original de la sentencia citada: “**Artículo 70.- DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA.** En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro.

La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia. Los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo.

En los contratos con personas extranjeras y en los que incluyan financiamiento a largo plazo, sistemas de pago mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional.

‘Artículo 71.- Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su desarrollo, terminación y liquidación.

‘En el documento de compromiso que se suscriba se señalará la materia objeto de arbitramento, la designación de los árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos de los mismos.’”

TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–

Los límites al pronunciamiento arbitral, en este caso, están determinados entonces, por la naturaleza misma del arbitramento y las prescripciones legales sobre la materia, según las cuales, éste sólo es posible en relación con asuntos de carácter transigible.

La pregunta que surge, entonces, es si los árbitros, en estos casos, pueden pronunciarse también, frente a las divergencias que surjan entre las partes en relación con los actos administrativos que dicta la administración con ocasión de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación del contrato, teniendo en cuenta que si bien el Estado en materia contractual se rige por los principios de la contratación entre particulares, con preeminencia de la autonomía de la voluntad y la igualdad entre las partes contratantes, también se rige por disposiciones extrañas a la contratación particular, las cuales buscan la conservación y prevalencia del interés general, como la satisfacción de las necesidades de la comunidad, implícitas en los contratos estatales.

(...)

‘Al hablar de ‘disposiciones extrañas a la contratación particular’, se hace referencia específicamente a las llamadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, a través de las cuales a la entidad pública contratante se le reconoce una serie de prerrogativas que no ostentan los particulares, y que tienen como fundamento la prevalencia no sólo del interés general sino de los fines estatales. Estos intereses y fines permiten a la administración hacer uso de ciertos poderes de Estado que como lo expone el tratadista Garrido Falla, en su Tratado de Derecho Administrativo ‘determina una posición también especial de las partes contratantes, así como una dinámica particular de la relación entre ellos, que viene a corregir típicamente la rigurosa inflexibilidad de los contratos civiles’. Poderes de carácter excepcional a los cuales recurre la administración en su calidad de tal, a efectos de declarar la caducidad del contrato; su terminación; su modificación e interpretación unilateral, como medidas extremas que debe adoptar después de agotar otros mecanismos para la debida ejecución del contrato, y cuya finalidad es la de evitar no sólo la paralización de éste, sino para hacer viable la continua y adecuada prestación del servicio que estos pueden comportar, en atención al interés público implícito en ellos.

(...)

*En este orden de ideas, las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos, como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, **sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia**, pues si bien los mencionados actos a través de los cuales estas cláusulas se hacen aplicables, tienen implicaciones de carácter patrimonial tanto para el contratista particular como para el Estado, asunto éste que no se puede desconocer y que sería la base para que los árbitros pudieran pronunciarse, estas implicaciones son consecuencia del ejercicio por parte del Estado de sus atribuciones y, por consiguiente, el análisis sobre éstas, sólo es procedente si se ha determinado la legalidad del acto correspondiente, asunto éste que es de competencia exclusiva de los jueces e indelegable en los particulares, dado que la determinación adoptada en esta clase de actos, es expresión directa de la autoridad del Estado y como tal, únicamente los jueces, en su condición de administradores permanentes de justicia, tienen la función de establecer si el acto correspondiente se ajusta a los parámetros legales, analizando, específicamente, si las motivaciones expuestas en él, tienen como sustento real, la prevalencia del interés público y el cumplimiento de los fines estatales, aspectos estos que son el fundamento del **ejercicio de las facultades excepcionales reconocidas al Estado-contratista**. Este análisis, entonces, no puede quedar librado a los particulares, pues a éstos no se les puede transferir la competencia de decidir sobre las cuestiones que tocan con funciones de carácter estatal, atribución ésta, exclusiva de los jueces.*

Por consiguiente, y como manifestación del poder público del Estado, el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, no puede quedar librado a los particulares.

*‘Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, **en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral**, pues, en todas estas hipótesis, el Estado*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política.’ (Se ha resaltado y subrayado).

“En tanto dicha decisión se encuentra acompañada de los efectos propios de la cosa juzgada constitucional, naturalmente resulta de obligatorio acatamiento para esta Corporación, en razón a lo dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política.

“Sin embargo, advierte la Sala que el condicionamiento al cual sujetó la Corte Constitucional la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, esto es en cuanto se entienda que esas normas legales no facultan a los árbitros ‘para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales’, estuvo fundado en y limitado a la precisa comprensión que al momento de adoptar tal decisión tuvo la Corte respecto de los aludidos ‘poderes excepcionales’ que en materia de contratación le han sido atribuidos a las Entidades del Estado, asunto que integra la ratio decidendi del fallo³⁹.

“En efecto, la ratio decidendi, ‘entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica’⁴⁰, tal como lo ha señalado la propia Corte Constitucional, debe ser identificada y precisada en sus alcances por ‘los jueces posteriores, o el mismo juez, en casos ulteriores ... de suerte que la doctrina vinculante de un precedente ‘puede no ser la ratio decidendi que el juez que decidió el caso hubiera escogido **sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores**.’⁴¹ (Se resalta).

“A esta particular condición de la ratio decidendi se ha referido la doctrina en los siguientes términos:

‘... sólo con base en un análisis ulterior de los hechos, pretensiones, disposiciones constitucionales relevantes y los criterios determinantes de la decisión puede el juez posterior determinar cuál fue la ratio decidendi de un caso anterior y, de esta manera, aplicarla a un caso actual.

(...) A pesar de que en una determinada sentencia la Corte singularizara una ratio decidendi, en un caso posterior la propia Corte podría identificar una ratio decidendi distinta en una sentencia anterior, para comenzar desde allí una nueva línea jurisprudencial.

Por todo esto debe decirse que la determinación de la ratio decidendi es una tarea que le compete sólo al juez del caso posterior. Es únicamente este juez el autorizado para interpretar las sentencias anteriores, identificar en ellas los precedentes y, hacia el futuro, aplicarlos o modificarlos’⁴².

De igual manera ha precisado la Corte Constitucional que para la identificación de la ratio decidendi “es necesario tener en cuenta tres elementos: (i) la norma objeto de la decisión de la Corte, (ii) el referente constitucional que sirvió de base a la decisión y (iii) el criterio determinante de la decisión.”⁴³

“Pues bien, al examinar la referida sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional, a la luz de tales criterios, encuentra la Sala –como ya se ha indicado– que (i) las disposiciones normativas objeto de dicho pronunciamiento fueron los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 relativos a la autorización que la ley impartió a las entidades estatales contratantes para pactar la cláusula compromisoria en sus contratos; (ii) los referentes constitucionales que sirvieron de base a la decisión fueron los artículos 116 –ejercicio de la función jurisdiccional– y 238 –atribuciones y competencias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo– de la Constitución Política; finalmente, (iii) el criterio determinante al cual acudió la Corte Constitucional para proferir su decisión, como ya quedó resaltado, consistió en

³⁹ Nota original de la sentencia citada: “En este sentido, ver Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 3 de diciembre de 2008. Expediente No. 34.745. Demandante: Móvil Tech S.A.”

⁴⁰ Nota original de la sentencia citada: “Corte Constitucional. Sentencia SU-1300 de 6 de diciembre 2001. Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.”

⁴¹ Nota original de la sentencia citada: “Corte Constitucional. Sentencia SU- 047 de 29 de enero de 1999.”

⁴² Nota original de la sentencia citada: “BERNAL PULIDO, Carlos. ‘El Derecho de los Derechos’. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá. 2005. Págs. 179, 180.”

⁴³ Nota original de la sentencia citada: “Sentencia C- 039 de 28 de enero de 2003. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

puntualizar que los **actos administrativos contractuales derivados del ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales** al derecho común comportan la expresión de la autoridad del Estado, materia que, para efectos de su control judicial, constitucionalmente se encuentra reservada a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

“Ese mismo entendimiento aparece ratificado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-174⁴⁴, en la cual dijo reiterar la doctrina constitucional plasmada en la sentencia C-1436 de 2000, en cuanto allí ‘concluyó que el análisis sobre **la validez de los actos exorbitantes** que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de los árbitros’.

“Con base en tales presupuestos concluye la Sala que la ratio decidendi del pronunciamiento de exequibilidad condicionada contenido en la sentencia C-1436 de 2000 se encuentra en la precisión que hizo el máximo Tribunal Constitucional al señalar **que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado.**

“Ahora bien, para lograr la mejor comprensión acerca del condicionamiento que la Corte Constitucional impuso a la exequibilidad de los referidos artículos 70 y 71 de la Ley 80 y con el fin de cumplir, acatar y respetar la mencionada sentencia de constitucionalidad C-1436 de 2000 en sus verdaderos sentido y alcance, se impone indagar y clarificar qué fue exactamente lo que la Corte Constitucional entendió por tales ‘actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales’.

“Y al efectuar el examen detallado y cuidadoso de la Sentencia C-1436 de 2000, la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos actos administrativos –cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros– son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993⁴⁵, es decir: **a)** interpretación unilateral del contrato; **b)** modificación unilateral del contrato; **c)** terminación unilateral del contrato; **d)** sometimiento a las leyes nacionales; **e)** caducidad y **f)** reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión.

“Dilucidados y limitados así tanto el sentido como el alcance del condicionamiento al cual la Corte Constitucional supeditó la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, todo en íntima conexión y con estricto apego a la ratio decidendi que le sirvió de fundamento, **se impone**

⁴⁴ Nota original de la sentencia citada: “Proferida el 14 de marzo de 2007. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.”

⁴⁵ Nota original de la sentencia citada: “**ARTICULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejercite algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente. (...).” (Subrayas fuera del texto).

TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–

concluir que los demás actos administrativos contractuales –es decir aquellos que están excluidos del conjunto de las facultades que de manera expresa recoge el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, conjunto al cual la Corte Constitucional circunscribió en esa ocasión la noción de ‘poderes excepcionales’–, los demás actos administrativos contractuales –se repite– sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros, en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna al respecto’. (Destaca y subraya el Despacho en esta oportunidad).⁴⁶

La anterior posición jurisprudencial se reafirmó más adelante en sentencia de 22 de octubre de 2012, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Enrique Gil Botero, en los siguientes términos:

“4. Alcance del control judicial de los tribunales de arbitramento, y de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sobre las controversias contractuales derivadas de actos administrativos.

“En muchas ocasiones esta Sección se ha pronunciado sobre el tema, señalando, esencialmente, lo que se transcribe a continuación, que resume de manera perfecta la posición más destacada al respecto. Por ejemplo, en la sentencia del 8 de junio de 2000 –exp. 16.973–, la Sala manifestó que no era posible que la justicia arbitral conociera sobre la validez de los actos administrativos:

‘En conclusión, de conformidad con el actual estatuto de contratación estatal (ley 80 de 1993), los actos administrativos que se produzcan en ejercicio de la actividad contractual solamente pueden ser impugnados judicialmente ante su juez natural, esto es, ante el juez contencioso administrativo.

‘En este contexto y con estas limitaciones, se debe situar e interpretar el art. 218 del C.C.A., en cuanto autoriza que los procesos contractuales puedan terminar por transacción.

‘Cuanto hasta aquí se ha dicho, por lo demás, tiene perfecta correspondencia con algunas de las regulaciones más sobresalientes de los países europeos, como lo destaca un informe elaborado por la Sección de Informes y Estudios y adoptado por la Asamblea General del Consejo de Estado francés, el 4 de febrero de 1993’⁴⁷.

‘De dicho documento menciona la Sala lo siguiente:

‘En cuanto concierne al arbitramento, este es un modo propiamente jurisdiccional de componer los litigios, con todos los efectos que son propios a su carácter. Pero esta es una justicia convencional, privada, derivada del acuerdo de las partes, lo que explica la desconfianza de la ley y la jurisprudencia respecto de su aplicación, en materia administrativa, sin que esta fuerte reserva, sin embargo, se traduzca en una prohibición total. (...)’

‘Una última observación se puede hacer: un desarrollo prudente de los nuevos modos de solución de conflictos en ningún caso puede desconocer los principios fundamentales sobre los cuales, desde hace dos siglos, reposa nuestro derecho administrativo –primacía del interés general, control de legalidad de los actos de la administración, compromiso de su responsabilidad, dualismo jurisdiccional, acceso fácil al juez, existencia de un cuerpo de reglas específicas aplicables a las relaciones entre las colectividades públicas y las personas privadas ...’⁴⁸

‘En relación con la transacción, el Consejo de Estado francés ha precisado que, de conformidad con la ley, ‘no está permitido transigir sobre materias de orden público’; esta regla es general en el extranjero, como en Bélgica lo ha recordado la Corte de Trabajo de Bruselas’⁴⁹.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de junio de 2009. C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00001-00(36252). Actor: Consorcio Porvenir. Demandado: Instituto Colombiano de Desarrollo Rural - INCODER

⁴⁷ Nota original de la sentencia citada: “Cf. *Régler Autrement Les Conflits. Conciliation, Transaction, Arbitrage en matière administrative. Conseil d’État, Section du rapport et des études. Paris: La Documentation française. 1993.*”

⁴⁸ Nota original de la sentencia citada: “*Ibidem* p. 22.”

⁴⁹ Nota original de la sentencia citada: “*Ibidem* p. 51.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

(...)

‘Es obvio que el examen que pueden realizar los árbitros sobre la correspondencia con el ordenamiento legal de los actos administrativos que tienen relación con el conflicto, es una facultad puramente tangencial, destinada a establecer su sentido, incidencia y alcance en las materias puestas a su conocimiento, lo cual significa que, en ningún caso, podrán desconocer implícita o expresamente dichos actos y menos aún declarar su ilegalidad.’

“En esta sentencia se volvió a mencionar, previo estudio sobre los alcances y límites de la justicia arbitral, el principio de indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos, de una parte, y el juzgamiento sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales, de otro lado. En este sentido se llegó a las siguientes conclusiones:

‘1° La jurisdicción contencioso administrativa se encuentra establecida por la Constitución y la ley para resolver, de manera exclusiva y excluyente, los asuntos relativos a la legalidad de los actos administrativos y los efectos que sean consecuencia directa de ella.

‘2° La cláusula general de competencia atribuida por la Constitución Política y la ley al juez administrativo, respecto del juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos, es intransferible, indelegable, improrrogable e innegociable, porque es un regla imperativa de orden público, que emana del poder soberano del Estado. Un acuerdo en contrario estaría viciado de nulidad absoluta por existir objeto ilícito.

‘3° La justicia arbitral puede ser habilitada por las partes para conocer y resolver controversias en materia de contratación estatal, en todos aquellos asuntos de carácter transigible que surjan entre personas capaces de transigir (art. 111, ley 446 de 1998).

‘4° Cuando la administración hace uso de sus poderes exorbitantes, produciendo una decisión, que se materializa en un acto administrativo, aquella solamente puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa, y no puede ser sometida al conocimiento de la justicia arbitral, porque la regla de competencia establecida por la Constitución y la ley para dilucidar su legalidad es de orden público y, por ende, intransigible.’

“No obstante, respecto del tema, esta Corporación ya se había pronunciado en reiteradas oportunidades⁵⁰. En una de ellas la Sección Tercera expresó lo siguiente -sentencia del 23 de febrero de 2000⁵¹:-

‘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, aún 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 éste 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 Constitución 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 ().

⁵⁰ Nota original de la sentencia citada: “Sentencia de 5 de septiembre de 1968. Exp. 973. Actor: Empresa Puertos de Colombia. Conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 12 de julio de 1972. Exp. 656, consulta formulada por el Ministro de Justicia y de 23 de mayo de 1977. Exp. 1.143, consulta formulada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público. Sentencia de 8 de junio de 2000. Exp. 16.973. Actor: Consorcio Amaya Salazar.”

⁵¹ Nota original de la sentencia citada: “Expediente 16.394. Actor: Consorcio Hispano Alemán. Demandado: ETMVA LTDA.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

‘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 ().

‘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 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’.

“En una perspectiva parcialmente distinta expresó recientemente la Sala, en la sentencia del 10 de junio de 2009 –exp. 36.252-, que se debía precisar la tesis que hasta el momento se había expuesto, en el sentido de indicar que los tribunales de arbitramento pueden conocer de los conflictos derivados de los actos administrativos expedidos con ocasión de la relación contractual, excepto de los proferidos con fundamento en los poderes exorbitantes a que se refiere el art. 14 de la ley 80 de 1993, según una lectura hecha a partir de la sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional, a propósito del estudio de exequibilidad de los arts. 70 y 71 de la ley 80 de 1993. Se expresó en esa ocasión:

‘Sin embargo, advierte la Sala que el condicionamiento al cual sujetó la Corte Constitucional la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, esto es en cuanto se entienda que esas normas legales no facultan a los árbitros “para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”, estuvo fundado en y limitado a la precisa comprensión que al momento de adoptar tal decisión tuvo la Corte respecto de los aludidos “poderes excepcionales” que en materia de contratación le han sido atribuidos a las Entidades del Estado, asunto que integra la ratio decidendi del fallo⁵².

(...)

*‘Ese mismo entendimiento aparece ratificado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-174⁵³, en la cual dijo reiterar la doctrina constitucional plasmada en la sentencia C-1436 de 2000, en cuanto allí ‘concluyó que el análisis sobre **la validez de los actos exorbitantes** que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de los árbitros’.*

*‘Con base en tales presupuestos concluye la Sala que la ratio decidendi del pronunciamiento de exequibilidad condicionada contenido en la sentencia C-1436 de 2000 se encuentra en la precisión que hizo el máximo Tribunal Constitucional al señalar **que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado.***

‘Ahora bien, para lograr la mejor comprensión acerca del condicionamiento que la Corte Constitucional impuso a la exequibilidad de los referidos artículos 70 y 71 de la Ley 80 y con el fin de cumplir, acatar y respetar la mencionada sentencia de constitucionalidad C-1436 de 2000 en sus verdaderos sentido y alcance, se impone indagar y clarificar qué fue exactamente lo que la Corte Constitucional entendió por tales ‘actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales’.

*‘Y al efectuar el examen detallado y cuidadoso de la Sentencia C-1436 de 2000, la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos actos administrativos –cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros– son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993⁵⁴, es decir: **a)***

⁵² Nota original de la sentencia citada: “En este sentido, ver Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 3 de diciembre de 2008. Expediente No. 34.745.”

⁵³ Nota original de la sentencia citada: “Proferida el 14 de marzo de 2007.”

⁵⁴ Nota original de la sentencia citada: “**Art. 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

interpretación unilateral del contrato; b) modificación unilateral del contrato; c) terminación unilateral del contrato; d) sometimiento a las leyes nacionales; e) caducidad y f) reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión.

‘Dilucidados y limitados así tanto el sentido como el alcance del condicionamiento al cual la Corte Constitucional supeditó la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, todo en íntima conexión y con estricto apego a la ratio decidendi que le sirvió de fundamento, se impone concluir que los demás actos administrativos contractuales—es decir aquellos que están excluidos del conjunto de las facultades que de manera expresa recoge el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, conjunto al cual la Corte Constitucional circunscribió en esa ocasión la noción de ‘poderes excepcionales’—, los demás actos administrativos contractuales—se repite— sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros, en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna al respecto.’

*‘En este orden, y en esta lógica, la conclusión que parece uniforme en estas líneas es que existen múltiples actos administrativos que pueden dictarse al interior de una relación contractual, y que entre ellos, una parte, los derivados de las potestades exorbitantes de la ley 80 de 1993, no pueden ser juzgados por los tribunales de arbitramento; **los demás actos administrativos contractuales sí**’ (Se destaca).*

“Fue así como la Sala señaló⁵⁵:

‘Posteriormente, en sentencia del 10 de junio de 2009⁵⁶, la Sala volvió sobre el tema y precisó, con toda claridad, el ámbito de los poderes excepcionales a los cuales se refirió la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000:

‘... la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos actos administrativos—cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros— son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir: a) interpretación unilateral del contrato; b) modificación unilateral del contrato; c) terminación unilateral del contrato; d) sometimiento a las leyes nacionales; e) caducidad y f) reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión ...’.

‘Así, pues, la Sala precisó que, si bien los ‘poderes excepcionales’ con los cuales cuenta la administración pública en desarrollo de la acción contractual comprenden no sólo el ámbito del ejercicio de las denominadas cláusulas excepcionales al derecho común, sino que abarcan ‘... la totalidad de facultades, atribuciones o competencias que autorizan a las entidades estatales contratantes—en la esfera de los contratos de derecho público— para adoptar

‘1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

‘En los actos en que se ejercite algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

‘Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

‘2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

‘Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignent expresamente. (...).’ (Subrayas fuera del texto).

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto de 27 de febrero de 2013, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 20.521.

⁵⁶ Nota original de la sentencia citada: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 36.252.”

TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–

*decisiones unilaterales que resultan vinculantes para los particulares contratistas quienes no se encuentran en un plano de igualdad sino de subordinación jurídica respecto de su contratante la Administración Pública ...*⁵⁷, **lo cierto es que los únicos actos administrativos cuyo control se encuentra excluido de la competencia arbitral son, en vigencia de la Ley 80 de 1993, aquellos dictados en ejercicio de las potestades consagradas exclusivamente por el artículo 14** (en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 eran los señalados en el artículo 76), pues así lo entendió la Corte Constitucional al pronunciar la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, **de modo que los demás actos administrativos proferidos en desarrollo de la relación contractual no se hallan excluidos de la competencia arbitral** (...).

*‘Conforme a lo expuesto, el control de legalidad de los actos administrativos cuestionados en el presente proceso no se halla excluido del conocimiento de la justicia arbitral y, desde luego, el pronunciamiento acerca del incumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, por la ocurrencia de hechos jurídicos que, en opinión de la demandante, son constitutivos del mismo, tampoco lo está, de manera que el pacto arbitral incluido en la cláusula ‘DÉCIMO QUINTA’ del contrato de interventoría DAVM-05-93 tiene plena eficacia en este caso y ello se traduce en que el conocimiento del asunto se halle excluido de la jurisdicción del Estado, por voluntad de las partes’. (Se deja destacado en negrillas y en subrayas).’*⁵⁸

Posteriormente, expedidas tanto las reglas contenidas en el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 como en el literal c) del artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, de manera uniforme tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han mantenido sin variación alguna la anterior posición y para lo cual siempre han invocado como sustento de sus decisiones, la *ratio decidendi* de la Sentencia C-1436 de 2000 que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, con efectos erga omnes y que no obstante la derogatoria de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, mantiene entonces la cosa juzgada implícita de tales disposiciones en sentido material por referirse ellas a los mismos presupuestos normativos que fueron objeto de análisis en la citada sentencia proferida por la Corte Constitucional. En otros términos, producidas tales nuevas reglas legales, no obstante no haberse producido hasta ahora una sentencia de mérito acerca de su constitucionalidad, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, han mantenido vigente la cosa juzgada implícita de tales disposiciones por referirse ellas a los mismos presupuestos normativos que fueron objeto de análisis en la citada sentencia C-1436 de 2000, proferida por la Corte Constitucional, lo cual descarta de plano que la citada *ratio decidendi* ya no tenga aplicación alguna, tal como puede verse a continuación.

En primer lugar, el Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, en Sentencia del 8 de noviembre de 2012, Conjuez Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, señaló que frente a la validez del acto administrativo por medio del cual la entidad procede a la liquidación unilateral del contrato, comoquiera que ello no comporta el ejercicio de una exorbitancia, los árbitros sí pueden y deben pronunciarse, tal como lo ha considerado esa Corporación al abordar y rectificar su jurisprudencia en este punto, para lo cual señaló:

“3.- En relación con los actos administrativos proferidos por el liquidador de CAJANAL en los que éste se pronuncia sobre las glosas a las facturas presentadas por el Contratista resulta evidente su naturaleza contractual, en la medida en que ellos se resuelve sobre reclamaciones que surgieron durante la ejecución del contrato, punto sobre el cual se volverá más adelante.

“Si tales actos son contractuales, en la medida en que no son de aquellos a los cuales se refiere la sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional, debe concluirse que el Tribunal de Arbitramento sí tenía competencia para resolver las pretensiones del Contratista, así su pronunciamiento afectara tales actos.

“En efecto:

⁵⁷ Nota original de la sentencia citada: “*Ibidem.*”

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Enrique Gil Botero, Sentencia del 22 de octubre de 2012. Rad. No. 39.942

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

“a.- La Sala en este punto debe aplicar la línea jurisprudencial vigente, sentada por la Sección Tercera del Consejo de Estado a partir de la sentencia proferida el 10 de junio de 2009, en la cual se lee:

‘... se impone concluir que los demás actos administrativos contractuales -es decir aquellos que están excluidos del conjunto de las facultades que de manera expresa recoge el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, conjunto al cual la Corte Constitucional circunscribió en esa ocasión la noción de ‘poderes excepcionales’-, los demás actos administrativos contractuales - se repite- si pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros, en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna al respecto

‘En efecto, según se desarrolló anteriormente, de conformidad con la ratio decidendi de la Sentencia C-1436 de 2000, en esa ocasión la Corte Constitucional -bueno es reiterarlo- asimiló o identificó los ‘poderes excepcionales’ que en materia de contratación se encuentran consagrados a favor de las entidades estatales, con el conjunto de facultades -y exclusivamente esas- que la Ley 80 de 1993 consagra en su artículo 14.

‘Por el contrario, para la mayoría de la Sala los poderes excepcionales o tradicionalmente conocidos también como exorbitantes -en cuanto exceden la órbita que integra el marco dentro del cual se desarrollan los contratos que, en pie de igualdad jurídica, celebran los particulares entre sí, de conformidad con la teoría general de los contratos-, corresponden a la totalidad de facultades, atribuciones o competencias que autorizan a las entidades estatales contratantes -en la esfera de los contratos de derecho público- para adoptar decisiones unilaterales que resultan vinculantes para los particulares contratistas quienes no se encuentran en un plano de igualdad sino de subordinación jurídica respecto de su contratante la Administración Pública, a la cual le corresponde velar por el interés general cuya satisfacción se encuentra inmersa en la celebración y consiguiente ejecución de cada contrato estatal.

‘Desde esa perspectiva cabe precisar entonces que la diferencia que existe en cuanto al contenido o el alcance de las dos clases o especies de la noción de poderes excepcionales que aquí se han descrito, esto es aquella a la cual hace referencia la Corte Constitucional en su sentencia C-1436 de 2000, por un lado y, por el otro, el concepto al cual de ordinario alude en asuntos de contratación pública la mayoría de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radica en que mientras el Tribunal Constitucional identificó en su condicionamiento de exequibilidad los ‘poderes excepcionales’ con aquellos que consagra exclusivamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, esta Sala, por el contrario, considera que forman parte del género de los ‘poderes excepcionales’ todas aquellas facultades, atribuciones o prerrogativas que autorizan o permiten a las entidades estatales contratantes la adopción de actos administrativos contractuales, incluidos aquellos a los que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 pero sin limitarse a ellos, por manera que además de las referidas competencias para adoptar decisiones unilaterales vinculantes en virtud de a) la interpretación unilateral; b) la modificación unilateral; c) la terminación unilateral; d) la caducidad administrativa; e) el sometimiento a las leyes nacionales, y f) la reversión, también deben entenderse como parte de los ‘poderes excepcionales o exorbitantes’ -pero no para efectos del entendimiento y aplicación de la sentencia C-1436 de 2000-, los demás actos administrativos contractuales como son, por ejemplo, los que imponen multas, de conformidad con las previsiones del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; los que declaran la terminación unilateral del contrato por la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en alguno de los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, según los dictados del artículo 45 del mismo Estatuto de Contratación Estatal; los que corresponden a la liquidación unilateral de los contratos, de conformidad con las previsiones del artículo 61 de la misma Ley 80; los que determinan u ordenan la exigibilidad de las garantías constituidas para amparar diversos riesgos de naturaleza contractual; etc.’⁵⁹

⁵⁹ Nota original de la sentencia citada: “Sentencia del 10 de junio de 2009, expediente, No 110010326000200900001 00, expediente 36.252. Consejero Ponente, doctor Mauricio Fajardo Gómez.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

“b.- En el pronunciamiento anterior se precisa que la sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional, según la cual es inconstitucional que los árbitros se pronuncien sobre actos administrativos contractuales se limita a los descritos en el artículo 14 de la ley 80 de 1993; y que cualquier otro acto administrativo contractual sí puede ser materia de pronunciamiento por un Tribunal de Arbitramento.

“c.- No podría, concluirse que los actos Administrativos del Liquidador de Cajanal no tienen carácter contractual porque no está previsto en el estatuto de contratación pública (ley 80 de 1993) y que, por ende, los árbitros no pueden pronunciarse respecto de ellos, porque tales actos tienen las mismas características de los actos contractuales:

- Surgen y sólo se explican a partir de la existencia de una relación contractual previa entre CAJANAL que es la entidad contratante y el Consorcio Contratista que hizo la reclamación.

- Fueron expedidos por quien tiene la condición el mismo alcance de una liquidación unilateral de un contrato en el que se determinan cuáles son las obligaciones a cargo de la entidad.

- Al igual que cualquier acto administrativo contractual, están revestidos de presunción de legalidad.

“4.- Ahora bien, así se concluyera que los actos administrativos del liquidador no tienen carácter contractual por no estar prevista su expedición en las normas del estatuto de contratación pública, se advierte que, aparte de la establecida específicamente de representante legal de la Contratante que es su Liquidador.

- Se pronuncian sobre la existencia de una obligación contractual, con respecto de los actos administrativos contractuales a los que se refiere la sentencia C1436 de 2000 de la Corte Constitucional, en el ordenamiento jurídico colombiano no se ha introducido ninguna otra restricción a la facultades de los Tribunales de Arbitramento para pronunciarse sobre actos administrativos o que limite las competencias que éstos pueden ejercer en su condición de particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política.

“Por el contrario, las consideraciones relativas a la transigibilidad de las controversias respecto de las cuales esté involucrado un acto administrativo que se hacen en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 10 de junio de 2009, son predicables de cualquier acto administrativo susceptible de impugnación.

‘Se tiene que desde el punto de vista constitucional para que los árbitros jueces privados-puedan administrar justicia se requiere que sean expresamente habilitados por las partes; que su competencia sea temporal y que proceda de conformidad con la ley,

‘Corresponde entonces al legislador la definición de las competencias de la justicia arbitral y según se verifica, la ley no ha impuesto restricción alguna para su ejercicio, distinta al carácter transigible que deben caracterizar los asuntos sometidos a su conocimiento, así como la sujeción de sus actuaciones al procedimiento señalado para tal efecto.

‘Ciertamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, el arbitramento es un mecanismo para la solución de conflictos ‘de carácter transigible’, esto es aquellos frente a los cuales las partes ‘cuenten con capacidad dispositiva’.⁶⁰

"Ahora bien, comoquiera que la transigibilidad constituye un supuesto inherente al carácter conciliable de ciertos asuntos, bueno es precisar que en materia de conciliación, la Ley 446 de 1998 preceptúa lo siguiente:

‘Art. 70. Asuntos susceptibles de conciliación. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

⁶⁰ Nota original de la sentencia citada: “Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de 2007”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

‘Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo. (...)’ (Se resalta)

‘Art. 71. Revocatoria Directa. El artículo 62 de la Ley 23 de 1991 quedará así:

‘Artículo 62. Cuando medie acto administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto sustituido por el acuerdo logrado.’

“A su turno, el artículo 2º del Decreto 1818 de 1998 dispuso que ‘Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley’.

“Como bien se observa, es la misma ley la que de manera expresa atribuye a los actos administrativos de contenido particular el carácter de asuntos transigibles, disponibles si se quiere, pues no de otra manera se podría explicar la procedibilidad del mecanismo de la conciliación respecto de las cuestiones que jurisdiccionalmente estarían llamadas a tramitarse tanto por la vía de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho -artículo 85 del C. C. A.-, como por la misma Acción Contractual - artículo 87 del C.CA-, previendo incluso que el acuerdo que sobre tales asuntos se logre determine para la entidad pública correspondiente la revocatoria directa, la cual como claramente se desprende del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, presupone la invalidez del respectivo acto.

“Por lo tanto, comoquiera que por expresa previsión legal los actos administrativos que se adopten en materia contractual son de carácter particular y de contenido económico, sin duda alguna se constituyen en asuntos transigibles.⁶¹

“5.- En otros términos, así se concluyera que el acto del liquidador no tiene el carácter de acto administrativo contractual por no estar previsto en el estatuto de contratación de las entidades estatales, su condición de simple acto administrativo involucrado en el asunto que debe ser resuelto por los árbitros no excluye la competencia de éstos para pronunciarse sobre el mismo.

“Aquí es claro que:

“a.- Existe una cláusula arbitral que habilita a las partes a acudir ante un Tribunal de Arbitramento para resolver las controversias que surjan de la ejecución de un contrato.

“b.- El conflicto sometido a la decisión de los árbitros surge de la ejecución de dicho contrato.

“c.- Ese conflicto habría podido transigirse por las partes en una audiencia de conciliación caso en el cual los actos administrativos proferidos por la Contratante se habría entendido revocados por el acuerdo; si esto puede hacerse conforme con la ley, con más razón el mismo conflicto puede ser resuelto por un Tribunal de Arbitramento.

“6.- Por último, la norma que le otorga a los actos del Liquidador de CAJANAL el carácter de actos administrativos tampoco puede fundamentar una limitación de la competencia del Tribunal de Arbitramento para pronunciarse sobre un conflicto contractual afectando lo resuelto en ellos.

“El artículo 7 del decreto ley 254 de 2000 dispone:

‘Los actos del liquidador relativos a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos y en general, los que por su naturaleza constituyen ejercicio de funciones administrativas,

⁶¹ Nota original de la sentencia citada: “Sentencia del 10 de junio de 2009, expediente, No 110010326000200900001 00, expediente 36.252. Consejero Ponente, doctor Mauricio Fajardo Gómez.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

constituyen actos administrativos y serán objeto de control por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Los actos administrativos del liquidador gozan de presunción de legalidad y su impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no suspenderá en ningún caso el proceso de liquidación.

‘Contra los actos administrativos del liquidador únicamente procederá el recurso de reposición; contra los actos de trámite, preparatorios, de impulso o ejecución del proceso, no procederá recurso alguno.

‘El liquidador podrá revocar directamente los actos administrativos manifiestamente ilegales o que se hayan obtenido por medios ilegales.’

“Contra los actos contractuales previstos en la Ley 80 de 1993 también cabe el recurso de reposición y ellos también son susceptibles control ante la jurisdicción contencioso administrativa, lo que no impide que respecto de ellos pueda pronunciarse un Tribunal de Arbitramento, el cual debe considerarse como parte de dicha jurisdicción cuando resuelve un conflicto entre un particular y el Estado.

“7.- De no existir una cláusula arbitral que excluyera del conocimiento de los jueces estatales la resolución de los conflictos surgidos del contrato, el Contratista que obró como convocante en el presente caso tendría que haber acudido a la jurisdicción contencioso administrativa a formular la acción correspondiente contra los actos administrativos de liquidador acreditando en ella que sí tenía derecho al pago de las obligaciones que fue negado en tales actos. Al haberse pactado arbitramento entre las partes para resolver todos los conflictos derivados de la ejecución del contrato, el Contratista podía acudir legítimamente a un Tribunal de Arbitramento con tal propósito.

“8.- Es evidente que en el presente caso que el Contratista no convocó un Tribunal de Arbitramento para que éste estableciera cuáles de las actas no glosadas por el LIQUIDADOR estaban pendientes de pago, que fue lo que finalmente terminó haciendo el Tribunal en el Laudo. Acudió al Tribunal de Arbitramento con el objeto de que éste estableciera si tenía derecho al reconocimiento de las obligaciones impagadas por CAJANAL, contenidas en las facturas relacionadas en el hecho No 7 de la demanda.

“En la medida en que el Tribunal no se pronunció sobre este punto por considerar que carecía de competencia para pronunciarse sobre actos administrativos que debía ser impugnados por la Contratista ante la jurisdicción contencioso administrativa, es evidente que el laudo incurrió en la causal de nulidad invocada en el recurso; y al prosperar dicha causal le corresponde a la Sala adicionar el laudo y pronunciarse sobre la pretensión no resuelta en el laudo.”⁶²

Así, entonces, al no haberse pronunciado el Tribunal Arbitral sobre el acto administrativo contractual de liquidación, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, debió hacerlo y para tal efecto adicionó el Laudo Arbitral.

Así mismo, sobre la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre la nulidad de actos administrativos que no comportan el ejercicio de potestades excepcionales, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en Sentencia del 12 de agosto de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez⁶³, reiteró que frente a la validez de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad impone multas al contratista, comoquiera que ello no comporta el ejercicio de una exorbitancia, los árbitros sí pueden pronunciarse, tal como lo ha considerado la Corporación al abordar y rectificar su jurisprudencia en tan importante punto, para lo cual retomó

⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 8 de noviembre de 2012, Conjuer Ponente: Martín Bermúdez Muñoz. Rad. 11001-03-26-000-2009-00040-00(36709). Recurso de anulación del laudo arbitral. Convocante: Consorcio Proinsalud Ltda. Consimet Ltda. Convocado: Cajanal S.A. EPS en Liquidación.

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 12 de agosto de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01334-01(28730), Actor: RCN Televisión S.A. Demandado: Comisión Nacional de Televisión.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

y, por ende, reiteró las consideraciones y el análisis que sobre la facultad que le asiste a los árbitros para decidir sobre la validez de los actos administrativos contractuales se efectuó en las sentencias que atrás se transcribieron *in extenso*.

En el caso concreto analizado en esta Sentencia, el Consejo de Estado, al revisar el contenido del Contrato de Concesión No. 140 del 26 de diciembre de 1997, celebrado entre RCN Televisión S.A. y la Comisión Nacional de Televisión, advirtió la existencia de cláusula compromisoria por virtud de la cual las partes expresamente acordaron que las discrepancias surgidas con ocasión del negocio jurídico en referencia -incluidas las relacionadas con la validez de las resoluciones que impusieron multas- debía ser resueltas por un Tribunal de Arbitramento, por lo que señaló lo siguiente:

“Es clara entonces la voluntad que plasmaron las partes con el propósito de definir que las diferencias que se susciten en torno al contrato de concesión deben ser resueltas a través del arbitramento, independientemente de que no se hubiere propuesto como excepción en la contestación de la demanda.

“Así mismo, ha de advertirse que las pretensiones de la demanda se dirigen a obtener la nulidad de las Resoluciones 082 y 371 de 2000, actos administrativos por medio de los cuales se impuso y se confirmó una multa a la compañía R.C.N., TELEVISIÓN S.A., por el supuesto incumplimiento contractual, lo cual impone concluir que su expedición no entrañó el ejercicio de las potestades excepcionales consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y en tal virtud el estudio de su prosperidad debe ser abordado por la Justicia Arbitral.

“Las circunstancias anotadas se erigen como impedimento para que esta Jurisdicción pueda conocer del asunto por falta de jurisdicción y de competencia.

“Así las cosas, a la luz de lo dispuesto en el artículo 145 de C. de P.C., las nulidades insaneables se deben declarar de oficio en cualquier momento del proceso y como en este caso se ha advertido su configuración, hay lugar a decretarlo así en esta oportunidad, a pesar de que el tema no haga parte del debate propuesto en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

“Entonces, ante la existencia de la cláusula compromisoria, resulta evidente que se carece de jurisdicción y de competencia para conocer el asunto.

“Si bien es cierto que en la perspectiva de la tesis Jurisprudencial que aquí se adopta, según los términos expuestos y explicados, no resulta legalmente posible que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conozca y decida de fondo en aquellos casos concretos como el que ahora se examina, se impone precisar que tal imposibilidad legal para proferir un fallo válido de fondo no deviene del cambio de Jurisprudencia sino de la aplicación de las normas legales, imperativas y de orden público, que regulan la materia, a cuya observancia no puede sustraerse el Despacho.

“Téngase presente que la aplicación imperativa de las normas legales aludidas, entre las cuales se encuentran tanto aquellas que establecen y reconocen los efectos y las características de la cláusula compromisoria, las que definen cuál es el juez competente para conocer de determinados litigios, como aquellas que consagran las causales de nulidad procesal que son insubsanables y que obligan al juez a declararlas de manera oficiosa cuando encuentre configurado uno de tales vicios, dice relación directa e inmediata con el deber que la Constitución Política le impone a los Jueces de la República de respetar y observar la garantía fundamental del Debido Proceso.

“Agréguese a lo anterior que la medida que aquí deberá proferirse no impide la solución de la controversia contractual citada en la referencia, sino que se encamina a adecuar la actuación procesal para efecto de identificar el juez natural con competencia y jurisdicción que de manera válida pronuncie la decisión que en derecho corresponda para dirimir el litigio existente, lo cual supone respetar tanto la voluntad que de manera espontánea, libre y vinculante manifestaron en su debida oportunidad las partes, al convenir una cláusula compromisoria como mecanismo para resolver los conflictos que surjan de su contrato estatal, como los efectos procesales que a dicha cláusula atribuye

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

la ley, sin que esas partes puedan ahora desconocer su propio pacto y sin más, de manera unilateral, acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para la solución de sus controversias.

“Tal como ya se ha dejado expuesto, el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil determina que la actuación es nula cuando se adelanta sin jurisdicción o sin competencia, de conformidad con los dictados de sus numerales 1 y 2, a cuyo tenor:

‘Artículo 140.- Causales de nulidad. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

‘1.- Cuando corresponde a distinta jurisdicción.

‘2.- Cuando el juez carece de competencia’.

“A su turno, se tiene que el inciso final del artículo 144 del mismo Estatuto Procesal establece la imposibilidad de que puedan sanearse las nulidades que se configuren por razón de falta de jurisdicción o de competencia funcional, de conformidad con los siguientes términos:

‘No podrán sanearse las nulidades de que tratan las nulidades (sic) 3 y 4 del artículo 140, ni la proveniente de falta de jurisdicción o de competencia funcional’ (Se deja resaltado).

“Añádase a lo anterior que el juez de la causa se encuentra en el deber legal de declarar, de manera oficiosa, las nulidades procesales que advierta con anterioridad a la expedición de la sentencia correspondiente, según lo ordena el artículo 145 del referido Código de Procedimiento Civil:

‘Artículo 145.- Declaración oficiosa de la nulidad. En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades que observe. Si la nulidad fuere saneable ordenará ponerla en conocimiento de la parte afectada por auto que se le notificará como se indica en los numerales 1º y 2º del artículo 320. ... en caso contrario, el juez la declarará’ (las negrillas no son del texto original).

“Así las cosas y dado que las normas legales transcritas, por ser procesales, ‘... son de derecho público y de orden público y, por consiguiente de obligatorio cumplimiento ...’, según los precisos y perentorios mandatos del artículo 6º de esa misma Codificación, en esta oportunidad el Despacho se encuentra en el deber de declarar la nulidad de todo lo actuado en el proceso de la referencia por encontrar configuradas las aludidas causales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C., por falta de jurisdicción y de competencia.

“En consecuencia, se ordenará remitir el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá, no sin antes precisar, con el fin de garantizar la efectividad del Derecho Fundamental de Acceso a la Administración de Justicia, que para todos los efectos se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta Jurisdicción, esto es el día 19 de junio del año 2000.

“Lo anterior en cumplimiento de las previsiones contenidas en el inciso tercero del artículo 143 del Código Contencioso Administrativo⁶⁴, a cuyo tenor:

‘En caso de falta de jurisdicción o competencia mediante decisión motivada el juez ordenará remitir el expediente al competente, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la Corporación o juzgado que ordena la remisión.’

⁶⁴ Nota original de la sentencia citada: “La transcrita disposición del inciso 3º de artículo 143 del Código Contencioso Administrativo encuentra total y plena correspondencia en la disposición del artículo 168 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437, según el cual: *‘En caso de falta de jurisdicción o de competencia, mediante decisión motivada el Juez ordenará remitir el expediente al competente, en caso de que existiere, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión.’*”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

“Adicionalmente y siguiendo las directrices trazadas por la Corte Constitucional en su Sentencia C-662 de 2004⁶⁵, se señalará un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente Tribunal de Arbitramento.”

Por su parte, ante la Corte Constitucional se demandaron por inconstitucionales apartes del artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 respecto de los cuales la accionante planteó que la norma introdujo dos categorías de actos administrativos susceptibles de ser cuestionados ante los tribunales de arbitramento: (i) los actos contractuales de carácter general (u ordinario) y (ii) los actos de carácter excepcional o extraordinarios previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.⁶⁶ En relación con los primeros, dijo, “se incluyen en el precepto acusado todos los actos vinculados con la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación del contrato estatal, en los que, de forma clara, se establece que la competencia arbitral se extiende tanto a disponer la nulidad del acto administrativo contractual, como a resolver sobre los correspondientes efectos patrimoniales. En cuanto a los segundos (esto es, los actos de modificación, terminación o interpretación unilateral y caducidad), el precepto demandado igualmente les otorga facultades jurisdiccionales a los árbitros para pronunciarse sobre su legalidad, así como respecto de los efectos patrimoniales que hayan podido generar.” Esta interpretación se deriva de la literalidad de la norma, cuando expresamente dispone que: “*incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las facultades excepcionales (...)*”, de donde se infiere que, en criterio de la accionante, el uso de la expresión “incluyendo” significa la incorporación de “algo adicional a lo primero, es decir, el tribunal arbitral asume competencia para definir la legalidad del acto administrativo y, por añadidura, lo relacionado con su efecto económico, es decir, tiene competencia para lo uno y para lo otro”.

A partir de la identificación de los citadas reglas de procedencia de la justicia arbitral, se consideró por la accionante que el precepto demandado violaba la garantía del juez natural, pues dijo que de tiempo atrás, la Corte había señalado que los tribunales de arbitramento no tienen competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales, ya que su control le

⁶⁵ Nota original de la sentencia citada: “Corte Constitucional, Sentencia C-662 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes: **‘SEGUNDO.** Declarar inexecutable el numeral 2º del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por el artículo 11 de la ley 794 de 2003, en cuanto se refiere a la excepción de compromiso o cláusula compromisoria prevista en el numeral 3º del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil. En este caso, en el mismo auto, el juez señalará un plazo judicial razonable para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente tribunal de arbitramento, mientras el legislador no regule de manera distinta el tema.’ (Se subraya).”

⁶⁶ Nota original de la sentencia citada: “La norma en cita dispone que: **‘Artículo 14.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: **1.-** Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. // En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial. // Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley. // **2.-** Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. // Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. // En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente. // **Parágrafo.-** En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.’”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

competente de forma exclusiva a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo⁶⁷. Además señaló que, en la medida en que el examen sobre la legalidad de un acto administrativo es un asunto no susceptible de transacción, es innegable que los tribunales de arbitramento no pueden asumir competencia para pronunciarse sobre dicha materia⁶⁸. Adicional a lo expuesto también señaló que se desconocían los artículos 116 y 238 del Texto Superior, referentes a la *exclusividad* de la jurisdicción. En este punto la accionante señaló que, desde una consideración eminentemente normativa, es el citado artículo 238 el que le otorga, de manera exclusiva a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos de la administración, sin que se hubiese realizado distinción alguna respecto de los actos cobijados por esa regla. Al pasar por alto esta disposición constitucional, dijo, igualmente se vulneraría el artículo 116 de la Carta, “por la sencilla razón de que dicha norma hace una separación precisa entre la jurisdicción de lo contencioso y la jurisdicción arbitral, por lo que las competencias asignadas de manera exclusiva y privativa [a la primera], no pueden ser asumidas por la [segunda]”.

Al revisar la demanda, con la Sentencia C-457 de 2015 la Corte Constitucional señaló que la demandante le atribuyó a la norma demandada un alcance específico que partió de la consideración según la cual allí se establecía una habilitación para que los árbitros, en ejercicio de sus competencias, puedan pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos proferidos con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación de los contratos estatales, consecuente con lo cual podrían anularlos total o parcialmente con los efectos que dicha declaratoria conlleva. Ello es así a partir de afirmaciones tales como: “... *el tribunal asume competencia para definir la legalidad del acto administrativo y, por añadidura, lo relacionado con su efecto económico, es decir, tiene competencia para lo uno y para lo otro*”.

No obstante lo cual, dijo la Corte, “resulta palmario que no logró evidenciar argumentativamente que, en realidad, tal sea la genuina finalidad de la disposición cuestionada, en la medida en que su texto, tal y como fue puesto de manifiesto por la mayoría de los intervinientes, bien podría admitir un entendimiento distinto del que la demandante prioritariamente le asigna, como sería el que da cuenta de que los conflictos a dirimir por la justicia arbitral en los que intervenga una entidad pública o que desempeñe funciones administrativas, relacionadas con la actividad contractual, el laudo respectivo deberá, necesariamente, proferirse en derecho” y agregó que “La posibilidad de que el significado de la disposición demandada gravite, en realidad, en torno a dicho propósito no aparece claramente descartada con arreglo de los argumentos que la demandante pretende hacer valer, los cuales, se reitera, enfocan el contenido normativo con una visión distinta según lo que atrás quedo expresado. Ante esa situación es evidente la insuficiencia del cargo en lo que respecta a la clara identificación de los alcances del enunciado normativo cuya constitucionalidad se objeta, lo cual le impide a la Sala desatar la causa mediante un pronunciamiento de mérito.”

En consecuencia, la Corte consideró que demanda era sustancialmente inepta y no tuvo alternativa diferente a declararse inhibida para resolver de fondo.

Así mismo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, en sentencia del 29 de junio de 2017,⁶⁹ al analizar la solicitud encaminada a obtener la declaratoria de incumplimiento del contratista, la responsabilidad solidaria de la aseguradora por haberse declarado su incumplimiento, la liquidación del contrato, con el consecuente reconocimiento de perjuicios restringidos al monto correspondiente a la cláusula

⁶⁷ Nota original de la sentencia citada: “En este punto, se transcribe el aparte pertinente de la Sentencia C-1436 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.”

⁶⁸ Nota original de la sentencia citada: “Para estos efectos se hace alusión a las Sentencias SU-174 de 2007 y C-014 de 2010.”

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Dr. Ramiro Pazos, en sentencia del 29 de junio de 2017. Rad. No. 07001-23-31-000-2003-00393-01(35870). Actor: Empresa de Licores de Cundinamarca. Demandado: TRITO LTDA., y LIBERTY SEGUROS.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

penal pecuniaria, además de los costos financieros en que incurrió la entidad, considero que tales asuntos por la existencia de pacto expreso de las partes, debían decidirse por los árbitros y en tal sentido declaró la excepción de falta de jurisdicción, para lo cual invocó las razones expuestas en la Sentencia C-1436 de 2000, en los siguientes términos:

“A partir de los elementos de convicción referidos, la Sala concluye que las partes del contrato de distribución 084 de 1999, incorporaron una cláusula compromisoria para someter las diferencias surgidas con ocasión del contrato a tribunal arbitral. A la par, dada la tipología contractual⁷⁰ incluyeron cláusulas excepcionales, entre ellas, la caducidad del contrato, declarada por la Empresa de Licores de Cundinamarca mediante acto administrativo.

“Ahora bien, la Sala conviene en precisar que el artículo 70 de la Ley 80 de 1993⁷¹ admitió la posibilidad de que en los contratos estatales se incluyera cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que pudieran surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. Entre tanto, el artículo 71 del mismo estatuto, dispuso que en aquellos contratos en donde no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podría solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

“Es del caso señalar que la Corte Constitucional, en sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000 declaró condicionalmente exequibles los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.

“Con ocasión de la sentencia C-1436 de 2000, la Sección Tercera de esta Corporación concluyó, para los efectos del fallo de constitucionalidad, que está vedado del conocimiento de los árbitros el examen de legalidad de los actos administrativos proferidos por las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades previstas por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, a saber: i) interpretación unilateral del contrato; ii) modificación unilateral del contrato; iii) terminación unilateral del contrato; iv) sometimiento a las leyes nacionales; v) caducidad y vi) reversión⁷². En consonancia, los actos administrativos contractuales excluidos del ejercicio de las facultades concedidas por el artículo 14, son susceptibles de conocimiento de la justicia arbitral.

“Finalmente incumbe resaltar el criterio unificado de la Sección Tercera de la Corporación frente al reconocimiento de la voluntad de las partes de someter las diferencias que surjan con ocasión del contrato estatal a la justicia arbitral, contenida en pacto expreso y solemne, a través de cláusula compromisoria o compromiso, sin que pueda entenderse invalidada esta manifestación de voluntad por una renuncia tácita cuando acuden al juez institucional del contrato o por su comportamiento procesal⁷³.

“De lo anterior la Sala colige, acorde con el criterio mayoritario de la Sección Tercera, que la cláusula compromisoria a través de la cual, las partes de un contrato entregan al conocimiento de los árbitros las controversias que se susciten con ocasión del mismo, opera, siempre y cuando no pretendan controvertir la legalidad de los actos administrativos expedidos por la entidad estatal contratante en

⁷⁰ De conformidad con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en aquellos contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal se pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad. En consonancia, la Sección Tercera de esta Corporación ha considerado que la distribución de licores departamentales constituye el ejercicio de un monopolio rentístico, a la luz de lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 14 de 1983, por lo que resulta imperativa la inclusión de cláusulas excepcionales (Sentencia de 28 de agosto de 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón (E), exp. 37279).

⁷² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2009, Exp. 36252, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁷³ Así se consideró en la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Corporación, del 18 de abril de 2013, Exp. 17859, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

ejercicio de las facultades excepcionales previstas por el artículo 14 de la ley 80 de 1993, por tratarse de un asunto de competencia exclusiva de la jurisdicción contenciosa administrativa.

“A partir de lo considerado en precedencia, la Sala encuentra que las pretensiones formuladas por la entidad demandante deben agruparse en aquellas susceptibles de conocimiento de la justicia arbitral en razón a la cláusula compromisoria contemplada de mutuo acuerdo en el contrato de distribución y las pretensiones cuyo conocimiento correspondería al juez contencioso administrativo.

“La solicitud encaminada a obtener la declaratoria de incumplimiento del contratista, la responsabilidad solidaria de la aseguradora por haberse declarado su incumplimiento, la liquidación del contrato, con el consecuente reconocimiento de perjuicios restringidos al monto correspondiente a la cláusula penal pecuniaria, además de los costos financieros en que incurrió la entidad, son asuntos que por pacto expreso de las partes deben decidirse por los árbitros. En tal sentido corresponde declarar la excepción de falta de jurisdicción que inicialmente fuera invocada por la parte demandada respecto de las pretensiones primera, segunda, cuarta, quinta, sexta, séptima y octava.

“La Sala debe ahora pronunciarse si corresponde a la jurisdicción contenciosa resolver de fondo la pretensión tercera de la demanda, en donde expresamente la entidad demandante solicita *‘se declare la legalidad de la resolución n.º 0434 del 1º de noviembre de 2001, por medio de la cual la Empresa de Licores de Cundinamarca declaró la caducidad del contrato n.º 084 de 1999 suscrito por la sociedad Triton Ltda., y además declaró la ocurrencia del siniestro por incumplimiento del contratista afectando la póliza n.º 9502275, y la legalidad de la resolución 0163 de 20 de marzo de 2002 por medio de la cual se desató el recurso interpuesto y confirmó la resolución n.º 434 de 2001’*.

“Para el efecto, impera advertir que el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, permite enjuiciar a través de la acción de controversias contractuales los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual. En consecuencia, la pretensión que contra estos actos dirija el demandante debe encaminarse a su impugnación, no a obtener su convalidación en sede judicial, en tanto de los actos proferidos por la administración emana una presunción de legalidad, que le atribuye un carácter ejecutivo y ejecutorio⁷⁴.

“La Sala ha considerado, en este mismo sentido, que *‘los actos adoptados por la administración como expresión patente de su voluntad o deseo, en ejercicio de sus competencias, gozan en el ordenamiento jurídico nacional de las prerrogativas de presunción de legalidad y ejecutividad, de acuerdo con las cuales: se presumen ajustados al ordenamiento jurídico y son ejecutables en forma inmediata, por manera que si la administración se ha pronunciado para crear, modificar o extinguir un derecho, esa determinación es obligatoria para sus destinatarios y se considera legal. Es evidente que la inconformidad del administrado con este tipo de decisiones unilaterales de la administración debe plantearla ante el juez competente, para que se pronuncie sobre su legalidad o no y disponga, de aparecer fundamento para ello, su suspensión o anulación. Mientras ello no ocurra, la decisión así adoptada mantiene su carácter ejecutivo y ejecutorio’*⁷⁵.

“En consecuencia, la Sala deberá declararse inhibida para pronunciarse frente a la pretensión tercera de la demanda ante su ineptitud, toda vez que si bien esta Jurisdicción se encuentra facultada para pronunciarse acerca de la impugnación de los actos administrativos contractuales proferidos en uso de facultades excepcionales, la forma en que fue dirigida la pretensión de la entidad demandante no admite pronunciamiento, atendiendo lo considerado en precedencia.

“1.2. Ahora bien, en tratándose de la falta de jurisdicción ya advertida, no debe perderse de vista que la misma constituye causal de nulidad procesal⁷⁶ insaneable de conformidad con el último inciso del

⁷⁴ De conformidad con el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo: “los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados.”. A su vez el artículo 66 de la misma normativa dispone que los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

⁷⁵ Ver en sentencia de 8 de julio de 2016, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Exp. 28885, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁷⁶ Nota original de la sentencia citada: “Al tenor de lo previsto en el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo serán causales de nulidad en los procesos regidos por esta normativa, las previstas en el Código de Procedimiento Civil.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

artículo 144 del C. de P. C⁷⁷. En consecuencia en esta oportunidad se declarará de oficio⁷⁸ por la Sala la nulidad parcial de la actuación, en lo que concierne al conocimiento de las pretensiones primera, segunda, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava y novena de la demanda, a partir de la providencia de 9 de diciembre de 2003, mediante la cual se admitió el libelo introductorio (f. 78 c.1).

“En consecuencia, se ordenará remitir el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá y al hacerlo se advierte que para hacer efectivo el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (art. 229 superior), para todos los efectos se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción, vale decir, el 6 de octubre de 2003, con base en lo dispuesto en el artículo 143 del C.C.A.

“Finalmente y en atención a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 2004, mediante la cual declaró inexecutable el numeral 2º del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por el artículo 11 de la ley 794 de 2003, se señalará un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente Tribunal de Arbitramento.

“1.3. Así las cosas, en estricta técnica jurídica, la pretensión de legalidad formulada por la Empresa de Licores de Cundinamarca impide un pronunciamiento de fondo de la jurisdicción contencioso administrativa. En consecuencia la Sala modificará la sentencia de primera instancia para en su lugar declarar probada la excepción de falta de jurisdicción respecto a las pretensiones primera, segunda, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava y novena de la demanda y se declarará inhibida para pronunciarse frente a la pretensión tercera de la demanda.”

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, resolvió modificar la sentencia del 19 de junio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, cuya parte resolutive quedó así:

“1. Declárese inhibida esta Corporación para pronunciarse frente a la pretensión tercera de la demanda por los motivos expuestos en la providencia.

“2. Declárese probada la excepción de falta de jurisdicción respecto a las pretensiones primera, segunda, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava y novena de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

“3. Declárese la nulidad parcial de lo actuado dentro del proceso de la referencia por falta de jurisdicción y de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de las pretensiones primera, segunda, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava y novena de la demanda, ante la existencia de cláusula compromisoria celebrada entre las partes del contrato estatal alrededor del cual gira la controversia planteada en la demanda.

“4. En firme esta providencia, ENVIAR el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá, para lo de su cargo y señalar que, para todos los efectos, se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta Jurisdicción, es decir 6 de octubre de 2003.

A su vez, el numeral 1º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil determina que la actuación es nula cuando se adelanta sin jurisdicción.”

⁷⁷ Nota original de la sentencia citada: “El artículo 144 citado exceptuó de saneamiento la nulidad procesal originada por la ausencia de jurisdicción al disponer en el último inciso: ‘No podrán sanearse las nulidades de que tratan las nulidades 3 y 4 del artículo 140, ni la proveniente de falta de jurisdicción o de competencia funcional’ (subrayas fuera del texto original).”

⁷⁸ Nota original de la sentencia citada: “En virtud de lo dispuesto en el artículo 145 del C. de P. C., que en su texto consagró: ‘En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que observe’.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

“5. Señalar el plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente Tribunal de Arbitramento.”

Téngase presente que en el proceso D-11522 se tramitó ante la Corte la acción de inconstitucionalidad contra el literal c) del artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, pero con la Sentencia C-045 de 2017, la Corte Constitucional señaló que las acusaciones formuladas por el actor en realidad no eran específicas ni suficientes razón por la cual se inhibió para resolver de mérito dicha demanda.

Con todo, se destaca que en el proceso de constitucionalidad en el que se produjo esta Sentencia, intervinieron varias entidades públicas y señalaron que tal norma es constitucional con fundamento en las mismas razones expuestas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1436 de 2000, con lo cual, en el fondo, se adujo la cosa juzgada implícita que cabe inferir para la regla contenida en la citada disposición.

En efecto, en dicho proceso intervino el Ministerio de Justicia y del Derecho el cual consideró que la norma demandada es exequible, por cuanto no hace otra cosa distinta que expresar una limitación ya contenida en el orden jurídico, en virtud de la cual las partes no pueden habilitar a los árbitros o amigables componedores para resolver controversias originadas en la legalidad de actos administrativos proferidos en ejercicio de facultades excepcionales. Sostuvo ese Ministerio que en la jurisprudencia nacional esta limitante se entiende como derivada de la Constitución, de acuerdo con la sentencia C-1436 de 2000 y C-457 de 2015, por lo cual, dijo que “*en la jurisdicción administrativa, al igual que en la jurisdicción constitucional, los actos administrativos en ejercicio de las facultades excepcionales no son susceptibles de ser analizados por Tribunales Arbitrales en lo que tiene que ver con su control de legalidad*”. También intervino en ese proceso el Ministerio de Transporte y señaló que el sentido de la norma acusada, de acuerdo con su tenor literal, sus antecedentes y su interpretación sistemática, es que no autoriza a someter a la decisión de árbitros y amigables componedores controversias originadas en “*actos expedidos por la entidad concedente/contratante que se refieran a la interpretación unilateral, terminación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral y/o caducidad de los contratos adjudicados para el desarrollo de la infraestructura de transporte*”. Del mismo criterio fue la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado que en su intervención señaló que de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia constitucional, en especial de acuerdo con la sentencia C-1436 de 2000, no pueden someterse a arbitraje las controversias sobre la legalidad de actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales.

Finalmente, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Stella Conto Diaz Del Castillo, en Sentencia del 7 de septiembre de 2018,⁷⁹ revisó la controversia en la cual el recurrente solicitó declarar la nulidad del laudo, por cuanto afirmó que el juez arbitral carecía de competencia para pronunciarse como lo hizo sobre la validez de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 2663 de 10 de octubre de 2013 y 63189 de 24 de julio de 2014, mediante las cuales el IDU declaró el incumplimiento del contrato de interventoría N° IDU-171 2007, ya que, a su juicio, la competencia de la entidad demandada para expedir tales resoluciones comportaba el ejercicio de potestades o facultades excepcionales de la administración y, por lo tanto, los tribunales arbitrales no son competentes para conocer de tales actos.

En esta Sentencia, luego de referirse puntualmente a la *ratio decidendi* contenida en la Sentencia C-1436 de 2000 proferida por la Corte Constitucional y con fundamento en ella, al análisis realizado

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Stella Conto Diaz Del Castillo, Sentencia del siete (7) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00013-00(58647). Actor: Pöyry Infra S.A. Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano – IDU.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

por el Consejo de Estado en la sentencia de 10 de junio de 2009,⁸⁰ lo mismo que a lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C-499 del 15 de agosto de 2016, mediante la cual declaró exequible el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011,⁸¹ en cuanto facultó a las entidades públicas para cuantificar los perjuicios generados por el contratista, al tiempo de declarar el incumplimiento de los contratos estatales, el Consejo de Estado señaló que al margen de la declaratoria de constitucionalidad de la norma, no puede pasar por alto que la misma ley, si bien le atribuyó su carácter especial, no le otorgó el carácter de exorbitante a la decisión de la administración relativa a la penalidad, para efectos de cuantificar los perjuicios. En efecto, afirma que el artículo 17 de la Ley 1150 guardó silencio, en cuanto no le atribuyó dicho carácter, pues la efectividad de la cláusula penal, más bien comporta la posibilidad de la administración de tasar anticipadamente los perjuicios, dado el incumplimiento de su extremo contractual; la facultad que tiene la administración para hacer efectiva la penalidad, encierra una decisión que pone al descubierto una situación jurídica nueva, que no existía con anterioridad y en ese ámbito busca cuantificar los perjuicios causados; y, en ese orden, debe entenderse que el legislador solo quiso excluir del conocimiento de la justicia arbitral las facultades previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y así lo entendió atinadamente la Corte Constitucional, cuando declaró la Constitucionalidad de los artículos 70 y 71 referidos.

Todo lo anterior significa que, dijo el Consejo de Estado en esta Sentencia al revisar el caso concreto, los árbitros sí tenían competencia para conocer sobre la legalidad de las Resoluciones 2663 de 10 de octubre de 2013 y 63189 de 24 de julio de 2014, mediante las cuales el IDU declaró el incumplimiento del contrato de interventoría N° IDU-171 2007 y ordenó hacer efectiva la penalidad, por no constituir una decisión resultante de una potestad excepcional o exorbitante de la administración.

Para abundar en absoluta claridad, téngase presente lo que de manera expresa señaló el Consejo de Estado en esta providencia:

“En cuanto a la naturaleza de las facultades exorbitantes, se ha sostenido que las mismas derivan su nombre de las potestades con que el ordenamiento reviste a sus autoridades en orden a preservar valores y principios superiores no sujetos a la autonomía de la voluntad y por lo mismo excepcionales en el marco contractual al que concurren la administración en igualdad de condiciones con los particulares que respondieron al llamado de colaboración⁸².

“Ahora, vale precisar que en sentencia C-1436 del 2000⁸³, sobre la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, se sostuvo que el arbitramento, como mecanismo alterno de solución de conflictos, deroga la jurisdicción frente a un conflicto determinado, actual o futuro, que será definido por terceros erigidos temporalmente como jueces, en derecho o equidad, porque las partes involucradas en el conflicto así lo convinieron. En materia contractual, el legislador faculta a las partes para sustraer del conocimiento de la jurisdicción contenciosa los conflictos que, en virtud de la celebración, el desarrollo, la ejecución y la liquidación de los contratos estatales llegasen a surgir. Siendo así, también el Estado, como los particulares, pueden convenir en someter las divergencias surgidas en el marco de la relación negocial a la decisión de terceros, sin que por este solo hecho se considere vulnerado el interés público que los contratos comprometen. Bajo ese razonamiento, los límites del juez arbitral se determinan por la naturaleza misma del arbitramento y las prescripciones legales sobre la materia, a cuyo tenor la competencia arbitral se circunscribe a derechos e intereses de naturaleza dispositiva⁸⁴.

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Proceso N° 36252. Actor Consorcio Porvenir.

⁸¹ Corte Constitucional, expediente C-499 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁸² Nota original de la sentencia citada: “Palacio Jaramillo, María Teresa, Potestades Excepcionales y su Nueva Regulación Legal y Reglamentaria-Poderes de la Administración; *“Reforma al Régimen de Contratación Estatal”*, Universidad de los Andes, Primera Edición 2010, pág. 343.”

⁸³ Nota original de la sentencia citada: “Sentencia de 25 de octubre del año 2000, proferida por la H. Corte Constitucional. Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.”

⁸⁴ Nota original de la sentencia citada: “Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 15 de febrero de 2012, expediente n.º 40247. M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

“Bajo esta perspectiva, la Corte declaró exequibles los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, en el entendido que los árbitros no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en el marco de las relaciones contractuales y acorde con sus poderes excepcionales, consagrados de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir interpretación, modificación y terminación unilateral, el sometimiento a las leyes nacionales, la caducidad y la reversión. De manera que decisiones ajenas a las restricciones señaladas, extrañas a las prerrogativas estatales, pueden ser sometidas al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros⁸⁵.

“Puntualmente se señaló:

‘En este orden de ideas, las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos, como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, pues si bien los mencionados actos a través de los cuales estas cláusulas se hacen aplicables, tienen implicaciones de carácter patrimonial tanto para el contratista particular como para el Estado, asunto éste que no se puede desconocer y que sería la base para que los árbitros pudieran pronunciarse, estas implicaciones son consecuencia del ejercicio por parte del Estado de sus atribuciones y, por consiguiente, el análisis sobre éstas, sólo es procedente si se ha determinado la legalidad del acto correspondiente, asunto éste que es de competencia exclusiva de los jueces e indelegable en los particulares, dado que la determinación adoptada en esta clase de actos, es expresión directa de la autoridad del Estado y como tal, únicamente los jueces, en su condición de administradores permanentes de justicia, tienen la función de establecer si el acto correspondiente se ajusta a los parámetros legales, analizando, específicamente, si las motivaciones expuestas en él, tienen como sustento real, la prevalencia del interés público y el cumplimiento de los fines estatales, aspectos estos que son el fundamento del ejercicio de las facultades excepcionales reconocidas al Estado-contratista. Este análisis, entonces, no puede quedar librado a los particulares, pues a éstos no se les puede transferir la competencia de decidir sobre las cuestiones que tocan con funciones de carácter estatal, atribución ésta, exclusiva de los jueces.

‘Por consiguiente, y como manifestación del poder público del Estado, el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, no puede quedar librado a los particulares. Por otra parte, las consecuencias patrimoniales que se pueden derivar de aplicación de estas cláusulas, no pueden ser fundamento suficiente para que se considere procedente la derogación de la jurisdicción contenciosa administrativa. Las consideraciones de tipo económico no pueden justificar una separación de competencias entre la jurisdicción contenciosa y los árbitros, que permita a estos últimos pronunciarse sobre el aspecto económico de la decisión unilateral de la administración, dejando en cabeza de la jurisdicción contenciosa el pronunciamiento sobre la validez del acto respectivo. La unidad de jurisdicción en este punto debe prevalecer, como manifestación no sólo de un poder que es indelegable, sino en la seguridad jurídica que debe darse a los asociados.

‘Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contenciosa administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política. Tal es la orientación, entre otras, de las sentencias de 15 de marzo de 1992 y 17 de junio de 1997, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

‘Tanto es ello así, que de manera exclusiva y excluyente, el citado artículo 238 de la Constitución autoriza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para "suspender provisionalmente" los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por la vía judicial, asunto este que, ni por asomo, podría dejarse dentro del campo de acción de los particulares investidos en forma transitoria de jurisdicción como árbitros.

⁸⁵ Nota original de la sentencia citada: “*Ibidem.*”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

‘Entonces, a fortiori, ha de concluirse que si dentro de la competencia de los árbitros no queda comprendida, ni puede quedar en ningún caso, competencia para la suspensión provisional de los efectos de actos administrativos, con mucha mayor razón queda excluida tal competencia para decidir sobre la legalidad de tales actos, pues, en guarda de la lógica jurídica, ha de reiterarse que quien no puede lo menos, jamás podrá lo más.

‘De idéntica manera, ha de recordarse que la regla general es la de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los litigios con la administración y sólo por excepción de ellos conocerán los árbitros, en virtud de la autorización constitucional contenida en el artículo 116 de la Carta. Por ello, lo atinente a la competencia de los árbitros es de interpretación restrictiva, sin que pueda llegar a trocarse lo que es la excepción en la regla general, ni tampoco autorizarse como legítima una interpretación que transforme la regla general, es decir la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, en la excepción para concluir en contravía de la Constitución que esta sólo puede actuar en ausencia de los Tribunales de Arbitramento.

‘Así las cosas, pese a que las normas acusadas de la ley 80 de 1993 no señalan expresamente que los árbitros tienen la competencia para pronunciarse en relación con los actos administrativos de carácter unilateral que dicta la administración, con fundamento en la autoridad que le es propia y reconocida expresamente por el legislador, para salvaguardar el interés público que está implícito en los contratos estatales y lograr el cumplimiento de los fines estatales, éstas tampoco pueden interpretarse en tal sentido, pues ello desconocería no sólo la naturaleza del mecanismo arbitral, sino las potestades del Estado, en cuanto a la administración de justicia y su indelegabilidad en aspectos que son esenciales a él.’

“En cuanto a las facultades de los Tribunales de Arbitramento para pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos y, en particular, de aquellos expedidos con ocasión de la celebración de los contratos estatales, esta Sala se pronunció inicialmente sobre la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, para el juzgamiento de los actos de la administración en general y privativamente de aquellos que comprometen el ejercicio del poder público, que por lo mismo no resultan transigibles, pues no se sujetan a la autonomía negocial⁸⁶. Empero, en decisión posterior, la Sala morigeró la línea jurisprudencial para sostener, en armonía con lo decidido por la Corte Constitucional, en la sentencia C-1436 de 2000, que las controversias relacionadas con la celebración, ejecución y liquidación de los contratos estatales pueden ser sometidas al conocimiento de la justicia arbitral, siempre que no confronten la legalidad de los actos dictados por la administración, en desarrollo de los poderes excepcionales relacionados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

“En efecto, en sentencia de 10 de junio de 2009⁸⁷, la Sala se pronunció sobre la base de que el pacto arbitral confiere competencia para resolver las controversias contractuales que le fueren propuestas a los particulares temporalmente investidos de jurisdicción, enmarcadas en los precisos límites fijados en la Constitución y la ley. Precisó que, con excepción de los actos administrativos proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales, previstos de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, los árbitros pueden resolver litigios sobre actos administrativos, así la litis comprenda su validez, siempre que el legislador no los hubiere excluido expresamente.

“En suma se sostuvo:

4.- Conclusión

‘A partir de lo expuesto y con base en las argumentaciones que aquí se han desarrollado, la Sala modifica la tesis que ha venido sosteniendo jurisprudencialmente para sostener entonces que con excepción de los actos administrativos que sean proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales previstos de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 –a los cuales la Corte Constitucional circunscribió el condicionamiento del cual hizo pender la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993–, todos los demás actos administrativos contractuales que expidan las entidades del Estado –independientemente de que en la concepción de la mayoría de esta Corporación, según ya se explicó ampliamente, esos otros actos administrativos contractuales también puedan considerarse como especies del género de los poderes o cláusulas excepcionales o exorbitantes–

⁸⁶ Nota original de la sentencia citada: “Sentencia de 23 de febrero de 2000. Expediente n.º 16.394. Actor: Consorcio Hispano-Alemán. Consejero Ponente Dr. Germán Rodríguez Villamizar.”

⁸⁷ Nota original de la sentencia citada: “Proceso n.º 36252. Actor Consorcio Porvenir. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Mauricio Fajardo Gómez.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

bien pueden ser sometidos al conocimiento de la denominada justicia arbitral en procura de obtener los pronunciamientos a que haya lugar sobre la validez y los efectos de los mismos.

‘Naturalmente esta conclusión tiene que aparejarse con la anotación adicional, que le resulta inescindible, de que al ejercer las funciones judiciales que en relación con los actos administrativos contractuales distintos de los previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, les autorizan la Constitución Política y las normas legales vigentes, los árbitros debidamente habilitados para ello por las partes no podrán, en evento alguno, suspender provisionalmente los efectos de tales actos administrativos contractuales, puesto que, de conformidad con los dictados del artículo 238 de la Carta, esa competencia la reservó el Constituyente de 1991 a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de la cual no forman parte los jueces particulares (árbitros).’

“La anterior línea de argumentación se ha mantenido por la Sala, en cuanto ha analizado la competencia de la justicia arbitral respecto de los actos administrativos de índole contractual, con excepción de los proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, tal y como se sostiene en la abundante jurisprudencia recogida en el Laudo acusado. Ahora, para resolver el cargo sobre la falta de competencia del juez arbitral, corresponde volver sobre el alcance de los poderes excepcionales de la administración.

“Se destaca entonces que, el privilegio de autotutela administrativa, comporta la capacidad de las entidades públicas contratantes para tutelar sus propios intereses en vía declarativa o ejecutiva, sin necesidad de acudir a un juez, una competencia funcional que la entidad no puede adquirir por convención. En ese orden, vale recordar el tránsito legislativo desde la vigencia del Decreto 222 de 1983, mediante el cual las cláusulas excepcionales se entendían incorporadas en los contratos gobernados por dicho estatuto a la luz del artículo 65, al tiempo que el artículo 60 previó cuales cláusulas forzosamente debían contener los contratos. La norma derogada preveía:

Artículo 60º. De las cláusulas que forzosamente deben contener los contratos. *Salvo disposición en contrario, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a tu naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar. Así mismo en los contratos administrativos y en los de derecho privado de la administración en que se pacte la caducidad, se incluirán como cláusulas obligatorias los principios previstos en el título IV de este estatuto.*

Siempre deberán precisarse el objeto, la cuantía y el plazo para la ejecución completa del contrato.

“La jurisprudencia reiteradamente sostuvo que, en vigencia del Decreto 222 de 1983, la administración tenía competencia para declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, por constituir una valoración anticipada de los perjuicios, en virtud del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Competencia que desapareció en vigencia de la Ley 80 de 1993, de modo que las partes bien podían convenir en una sanción pecuniaria, pero no atribuir la facultad de imponerla unilateralmente a la entidad contratante. Facultades que se encontraban reguladas y limitadas en el numeral 2º del artículo 14 del estatuto contractual, así:

Artículo 14º.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. *Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

(...)

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.’

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

“Lo anterior, significa que en vigencia de la Ley 80 compete al juez del contrato resolver sobre las multas e inclusive sobre la cláusula penal pecuniaria convenida, contrario a la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007⁸⁸, conforme a la cual la administración si puede en ejercicio de su autoridad sancionar al contratista en los términos del artículo 17, así como hacer efectiva la penalidad por el incumplimiento de su colaborador estatal.

“Resulta imprescindible insistir en este aspecto, en tanto y en cuanto, el contrato se suscribió en vigencia de la Ley 1150 de 2007, norma promulgada el 16 de julio de la misma anualidad, según da cuenta el Diario Oficial No. 46.691 y aunque la mayoría del articulado entró en vigencia seis meses después, el artículo 17 comenzó a regir desde la promulgación de la ley, mismo que facultó a las entidades estatales para imponer multas e inclusive para declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, disposición que gobierna la ejecución del contrato 171 de 2007.

“En ese orden, el privilegio de autotutela administrativa, para que las entidades públicas contratantes puedan tutelar sus propios intereses en vía declarativa o ejecutiva, comporta una competencia funcional otorgada expresamente por la Ley y en el ámbito de la misma, se define el alcance y límites de las facultades con que cuentan la administración.

“Ahora, aunque no se puede pasar por alto que en sentencia C-499 de 15 de agosto de 2016, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011⁸⁹, en cuanto facultó a las entidades públicas cuantificar los perjuicios generados por el contratista, al tiempo de declarar el incumplimiento de los contratos estatales. En esa oportunidad, el argumento central que llevó al Juez Constitucional, luego de analizar el cargo relacionado con la violación al principio de igualdad tuvo que ver con:

‘4.5.3.2. El medio empleado para obtener las anteriores finalidades: facultar a la entidad estatal para cuantificar los perjuicios que se hubieren causado por el incumplimiento del contratista, previa declaración del mismo, luego de haberse surtido un proceso administrativo, de haberse practicado pruebas y de haberse citado y oído al contratista y a su garante, tampoco está prohibido por la Constitución⁹⁰. Por lo tanto, es un medio legítimo. Esta facultad está reglada y se ejerce conforme a un procedimiento administrativo, del que debe darse cuenta en un acto administrativo motivado, de tal suerte que la cuantificación de los perjuicios no obedece a la mera discrecionalidad de la entidad estatal, ni es fruto de su capricho. Además, frente a dicho acto administrativo el contratista o su garante pueden presentar, en la vía gubernativa, el recurso de reposición, y, además, pueden someter el acto administrativo al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

‘4.5.3.3. Al ser legítimos tanto los fines perseguidos como el medio empleado por la expresión demandada, resta por establecer si el medio es adecuado para conseguir el dichos fines. La cuantificación de los perjuicios por parte de la entidad estatal, que es una facultad que se desprende de la declaración unilateral del incumplimiento del contrato, es una herramienta adecuada para la protección efectiva del interés general, en la medida en que permite a la entidad estatal actuar de manera expedita, pero sometida a un procedimiento reglado y con el deber de dar cuenta de su decisión, y, en esta medida, también es adecuada para luchar contra la corrupción, en tanto

⁸⁸ Nota original de la sentencia citada: “Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. **Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.**

PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.”

⁸⁹ Nota original de la sentencia citada: “Corte Constitucional, expediente C-499 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.”

⁹⁰ Nota original de la sentencia citada: “Infra II, 5.5.3., 5.5.4. y 5.5.5.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

representa una herramienta idónea para la intervención pronta y cumplida de la entidad estatal frente a prácticas que tienen una alta probabilidad de causarle perjuicios y que pueden deberse, en no pocos eventos, a prácticas corruptas.’

“Y en cuanto a la violación del debido proceso, sostuvo:

‘(i) para advertir que la cuantificación de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato estatal debe hacerse por medio de una resolución motivada de la entidad estatal, luego haberse seguido un procedimiento administrativo, al cual el contratista y su garante son citados, pueden intervenir y tienen la posibilidad de presentar pruebas y controvertir las que se presenten en su contra; (ii) para indicar que ni la existencia de los perjuicios ni su cuantía se presumen, sino que resultan del ejercicio probatorio, que brinda los elementos empíricos necesarios para desvirtuar la presunción de buena fe; (iii) para constatar que, al fundarse en pruebas, la cuantificación de los perjuicios obedece a la realidad de la ejecución del contrato y, en modo alguno, comporta la prevalencia de las formas sobre el derecho sustancial; y (iv) para destacar que el procedimiento administrativo en su trámite y, en especial, en cuanto atañe a la práctica, controversia y valoración de las pruebas, no desconoce el derecho a un debido proceso.

‘6. Razón de decisión. Establecer, en el contexto de los contratos estatales, un trato especial en favor de las entidades estatales, para permitirles, en caso de declararse el incumplimiento del contrato por parte del contratista, cuantificar los perjuicios que de él se deriven, en el marco de un procedimiento administrativo reglado, que prevé su audiencia y participación, y con fundamento en las pruebas en él practicadas, para luchar contra la corrupción y para garantizar la protección efectiva del interés general, tiene justificación constitucional y, en consecuencia, no desconoce ni el preámbulo ni los artículos 13, 29, 83 y 228 de la Constitución.’

“Lo dicho por el juez constitucional resulta suficiente para entender que la declaratoria de incumplimiento del contrato, más allá de ejercer una competencia legítima, reglada y especial, que afecta a los extremos contractuales, también tiene que ver con una justificación que protege intereses generales, en tanto el contratista tiene la condición de colaborador estatal. Ahora, al margen de la declaratoria de constitucionalidad de la norma, tampoco se pasa desapercibido el hecho que la misma ley, si bien le atribuyó su carácter especial, no le otorgó el carácter de exorbitante a la decisión de la administración relativa a la penalidad, para efectos de cuantificar los perjuicios.

“En efecto, el artículo 17 de la Ley 1150 guardó silencio, en cuanto no le atribuyó dicho carácter, pues la efectividad de la cláusula penal, más bien comporta la posibilidad de la administración de tasar anticipadamente los perjuicios, dado el incumplimiento de su extremo contractual. La facultad que tiene la administración para hacer efectiva la penalidad, encierra una decisión que pone al descubierto una situación jurídica nueva, que no existía con anterioridad y en ese ámbito busca cuantificar los perjuicios causados.

“En ese orden, debe entenderse que el legislador solo quiso excluir del conocimiento de la justicia arbitral las facultades previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y así lo entendió atinadamente la Corte Constitucional, cuando declaró la Constitucionalidad de los artículos 70 y 71 referidos.

“Lo anterior significa que, los árbitros tenían competencia para conocer sobre la legalidad de las Resoluciones 2663 de 10 de octubre de 2013 y 63189 de 24 de julio de 2014, mediante las cuales el IDU declaró el incumplimiento del contrato de interventoría N° IDU-171 2007 y ordenó hacer efectiva la penalidad, por no constituir una decisión exorbitante.

“En consecuencia, el cargo no tiene vocación de prosperidad, al margen de la facultad de la administración para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.”

En conclusión de todo lo anteriormente expuesto, partiendo de lo dicho y resuelto tanto por la H. Corte Constitucional como por el H. Consejo de Estado en las providencias que han sido citadas, el Tribunal señala que los actos administrativos sometidos a su revisión en el presente proceso arbitral, no corresponden a aquellos que comportan el ejercicio de potestades o facultades excepcionales al derecho común, motivo por el cual encuentra que son objeto de arbitrabilidad por esta autoridad judicial, con lo cual reitera que es competente para evaluar tanto los asuntos relativos

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

al trámite sancionatorio adelantado por la entidad contratante que ha sido Convocada a este proceso, así como las pretensiones de nulidad de los actos administrativos formulada por la Convocante en la demanda arbitral.

Por último, no hay discusión alguna respecto a que independientemente del tema relacionado con la nulidad de los actos administrativos demandados, el Tribunal tiene igualmente competencia para decidir la pretensión principal relacionada con la pérdida de ejecutoriedad de las Resoluciones demandadas o la pretensión subsidiaria de que frente a ellas ha procedido la figura del decaimiento.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral reafirma que es competente para conocer de las cuestiones a que se refiere la demanda arbitral.

Agotado el tema acerca de su competencia, el Tribunal abordará a continuación el análisis del caso concreto.

III. CONSIDERACIONES

La SOCIEDAD IBERICA DE CONSTRUCCIONES S.A., SUCURSAL COLOMBIA, en lo sucesivo “SICE” o “LA CONVOCANTE”, dio inicio al presente trámite arbitral a través de la presentación de la que denominó DEMANDA DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES en contra de los Actos Administrativos Contractuales, Resoluciones No. 331 y No. 372 de 2017 proferidas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATEGICO DE TRANSPORTE PUBLICO – AVANTE SETP -, en lo sucesivo “AVANTE” o “LA CONVOCADA”, mediante las cuales se *“resuelve sobre el incumplimiento parcial y la ocurrencia del siniestro del Contrato LP 2013-014 suscrito entre AVANTE SEPT y la SOCIEDAD IBERICA DE CONSTRUCCIONES ELECTRICAS – SICE”*, para el caso de la Resolución 331 y, *“se resolvió un recurso de reposición”*, para el caso de la Resolución 372.

A. LAS PRETENSIONES DE NULIDAD, LOS HECHOS QUE LES SIRVEN DE CAUSA Y LOS FUNDAMENTOS DE LAS MISMAS

1. Las Pretensiones de nulidad

Las pretensiones de nulidad invocadas se resumen a continuación:

Luego de consignar en el CAPITULO TERCERO todos los hechos que sirven de causa de pedir a sus solicitudes, en el CAPITULO CUARTO de la demanda LA CONVOCANTE formula un grupo de pretensiones principales y dos grupos de pretensiones subsidiarias (primeras subsidiarias y segundas subsidiarias). Efectuado el análisis de cada una de las mismas el Tribunal advierte que en su redacción LA CONVOCANTE no solo consigna la formulación de la correspondiente pretensión sino que, además, en algunos casos, incluye en la misma la mención a algunos de los hechos que les sirven de fundamento y en otros incluye algunos de los fundamentos jurídicos que se invocan como motivo de la declaración solicitada. Por otro aspecto, advierte el Tribunal que en algunas de las pretensiones formuladas LA CONVOCANTE reitera las mismas solicitudes ya efectuadas previamente en distintas pretensiones del mismo grupo, o formuladas previamente en otro grupo de pretensiones por lo que la primera labor que abordará el Tribunal será la de (i) analizar el alcance de cada una de las pretensiones formuladas, (ii) unificar las pretensiones que se formulan al amparo de la misma causal o motivo de nulidad y, finalmente, (iii) determinar el orden en que

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

habrán de ser examinadas y decididas todas ellas en el desarrollo del presente Laudo Arbitral, a lo que procede a continuación.

Las pretensiones principales se dirigen a solicitar la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 331 y 372 de 2017 con fundamento en las causales de nulidad denominadas falta de competencia y falsa motivación.

En efecto, en lo que hace relación con la pretendida falta de competencia, en este grupo de pretensiones la demandante solicita se declare que AVANTE “... *no tenía competencia para continuar con el proceso administrativo sancionatorio, ... y concluir el mismo con los actos administrativos de incumplimiento...*” y que además “... *apeló a una falsa motivación para continuar con el proceso sancionatorio...*” (PRETENSIONES PRINCIPALES 4.1.1. y 4.1.2); que actuó “... *de mala fe en claro desconocimiento del derecho de defensa y en abierto desconocimiento a la autoridad del Juez del Contrato...*” (PRETENSION PRINCIPAL 4.1.3.); que se declare que AVANTE “... *decretó el incumplimiento parcial del contrato ..., la imposición de la cláusula penal y la exigencia de una indemnización ... y ordenó la liquidación del contrato, situaciones estas alrededor de las cuales al momento de su expedición estaban siendo conocidas por el Juez del Contrato*” (PRETENSION PRINCIPAL 4.1.4).

Por otra parte, en lo que hace relación con la alegada falsa motivación, en este grupo de pretensiones la demandante solicita se declare que AVANTE “... *apeló a una falsa motivación para continuar con el proceso sancionatorio... y terminar el mismo con los actos administrativos de incumplimiento*” (PRETENSION PRINCIPAL 4.1.2.) y que la Resolución No. 331 del 25 de agosto de 2017, “... *decretó el incumplimiento parcial del Contrato a cargo de mi poderdante, la imposición de la Cláusula Penal y la exigencia de una indemnización sin ningún tipo de razonabilidad jurídica ni financiera, y ordenó la liquidación del Contrato...*” (PRETENSION PRINCIPAL 4.1.4.)

A continuación se solicita “*Que se declare la nulidad de la resolución 331 del 25 de agosto del 2017*” (PRETENSION PRINCIPAL 4.1.4.) y “... *la nulidad de la resolución 372 de 2 de octubre de 2017, proferida por AVANTE acto administrativo mediante el cual, se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución 331 de 25 de agosto de 2017 y confirmó las decisiones contenidas en ella*”. (PRETENSION PRINCIPAL 4.1.5.)

2. Los Hechos

2.1. Hechos relacionados con la Falta de Competencia

Los hechos en los que se funda la solicitud de nulidad basada en la falta de competencia de AVANTE pueden sintetizarse así:

Luego de relacionar como hechos base de sus pretensiones, aquellos relacionados con el adelantamiento de la Licitación Pública No. 2013-06 cuyo objeto fue: “... *contratar el SUMINISTRO, INSTALACION Y PUESTA EN MARCHA DEL SISTEMA DE SEMAFORIZACION DE LA CIUDAD DE PASTO, proceso de selección regido por la Ley 80 de 1993 y el Decreto 734 de 2012*” (HECHO 3.1.1.) “... con miras a la celebración de un “... *contrato de suministro en la modalidad de precios unitarios...*” según los términos del pliego de condiciones (HECHO 3.1.2.), y referirse a la participación de SICE como oferente dentro del citado proceso de selección (HECHO 3.1.3.), la adjudicación a SICE del contrato y la suscripción el 23 de diciembre de 2013 del Contrato de Suministro No. 2013-014, cuyo alcance “... *comprendía el suministro e instalación, incluida la obra civil de las setenta y cinco (75) intersecciones semaforizadas previstas en los apéndices del pliego de condiciones*” (HECHO 3.1.5), señala LA CONVOCANTE que “... *teniendo en cuenta que durante el término de ejecución del contrato se presentaron diferentes dificultades por las anomalías presentadas por la fibra óptica, entre otros, se celebraron varias prórrogas siendo la última el Acta de Modificación No 6 la cual fue suscrita el 4 de marzo de 2016 y prorrogó el plazo de ejecución en dos meses más, contados a partir del 5 de marzo de 2016*”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

Refiere LA CONVOCANTE como, una vez vencido el término contractual, requirió a AVANTE para proceder a efectuar de común acuerdo la liquidación del contrato en la que aspiraba le fueran reconocidas “...*las mayores cantidades de obra...*”; sin embargo la entidad oficial se abstuvo de dar respuesta y “... *en cambio el día 19 de noviembre de 2016 , mediante comunicación OFC-0-704 dio inicio a un proceso administrativo sancionatorio en su contra por presuntos incumplimientos en desarrollo de las obligaciones derivadas del contrato.*” (HECHO 3.1.7).

Adicionalmente refiere como una vez vencido el término para efectuar la liquidación del contrato, la contratista presentó solicitud de convocatoria a un Tribunal de Arbitramento el 21 de marzo de 2017, con el fin de que se “...*reconociera el cumplimiento del contrato, las mayores cantidades de obra por \$2.550 Millones de pesos*”, Tribunal instalado el 26 de Julio de 2017, misma fecha en la cual se admitió la demanda arbitral (HECHOS 3.1.9 a 3.1.12), tramite en el que LA CONVOCANTE además solicitó la práctica de medidas cautelares (HECHO 3.1.17).

Sostiene LA CONVOCANTE que la presentación de la demanda arbitral ocasionó la pérdida de competencia para resolver un supuesto incumplimiento, a pesar de lo cual, la entidad pública profirió, con posterioridad a la presentación y admisión de la demanda arbitral, las resoluciones 331 y 372 de 2017 a través de las cuales, declaró el incumplimiento parcial del contratista, declaró la ocurrencia del siniestro e hizo efectiva la póliza de cumplimiento por el valor máximo pactado en la cláusula penal, ordenó la liquidación del contrato y ordenó el pago de una indemnización por \$2.550 millones de pesos. Estas situaciones eran objeto de discusión en el Tribunal Arbitral, razón por la cual, la entidad pública no podía efectuar ningún pronunciamiento sobre ellas y, por el contrario, debía sujetarse al juez del contrato. (HECHOS 3.1.13 a 3.1.16).

Finalmente señala como, el Tribunal Arbitral mediante auto de 9 de octubre de 2017 dictó medidas cautelares en contra de Avante, ordenando a la entidad suspender el proceso sancionatorio y suspender los efectos de la resolución 331 de 2017 y cualquier acto confirmatorio de la misma. También se le ordenó abstenerse de realizar cualquier pronunciamiento sobre incumplimientos y los asuntos sometidos a la decisión del Tribunal (HECHOS 3.1.19 y 3.1.20).

2.2. Los hechos relacionados con la presunta falsa motivación

Por su parte, los hechos que sustentan las pretensiones de nulidad por falsa motivación se resumen a continuación:

Afirma LA CONVOCANTE que las resoluciones no tienen ningún sustento válido ni soportado, “...*para considerar que del supuesto incumplimiento hubo unos perjuicios para la Entidad de \$2.550 Millones*” en tanto que “... *la única relación que sorprendentemente hace la Entidad para valorar los perjuicios, es la cuantía de las pretensiones de la misma demanda arbitral*”. (HECHO 3.1.22). Por lo tanto, “... *no existió por parte de la Entidad ninguna valoración razonada de los perjuicios en la sede administrativa*” (HECHO 3.1.24.)

También alega que la Resolución 372 mantiene “... *la falta de coherencia entre los cargos que fueron imputados y que dieron como resultado las sanciones contenidas en la Resolución No. 331*”, al igual que se mantiene la “... *inexistencia de una lógica razonabilidad en la tasación de los perjuicios que adelantó AVANTE, al igual que la falta de proporcionalidad al aplicar la cláusula penal*”. (HECHO 3.1.23)

Por otro aspecto, la falsa motivación también se hace consistir en el propósito de la entidad, el cual: “... *nunca fue el de adelantar un proceso administrativo sancionatorio que reflejara la realidad contractual, sino el de adoptar medidas coercitivas con el fin de atemorizar a los responsables de SICE con el pago de las sumas cuantiosas y evitar el pago de la sumas reclamadas*” (HECHO 3.1.26)

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

En relación con el contenido de las resoluciones, se afirma que del análisis de las resoluciones: “...no existe ningún sustento válido ni soportado para considerar que hubo incumplimiento” lo que fundamenta en la decisión adoptada en el numeral sexto de la parte resolutive del laudo arbitral. (HECHO 3.1.27).⁹¹

3. Los fundamentos jurídicos y concepto de la violación

La Parte Convocante relaciona en los acápites de la demanda denominados fundamentos de derecho y concepto de la violación, los argumentos de derecho con fundamento en los cuales efectúa sus alegaciones de nulidad y pérdida de efectos de los actos administrativos.

No obstante, desde ya advierte el Tribunal que la convocante hace referencia a los mismos argumentos como fundamento jurídico y concepto de violación en diferentes causales de nulidad, algunas de ellas diferentes a las causales invocadas en las pretensiones de la demanda. No obstante, en atención al principio de congruencia y en ejercicio de sus deberes de interpretación de la demanda, este Tribunal se pronunciará respecto de las causales específicamente invocadas en las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta los fundamentos de derecho y el concepto de la violación consignados en la misma.

Los principales fundamentos jurídicos y concepto de la violación que soportan las pretensiones de nulidad de la demanda, se resumen a continuación:

3.1. Fundamentos jurídicos y concepto de la violación relacionados con la causal de nulidad por la presunta falta de competencia

Sostiene LA CONVOCANTE que por virtud del pacto arbitral contenido en el Contrato, las diferencias surgidas con ocasión de éste, deben someterse al Tribunal Arbitral y no a la jurisdicción permanente del Estado, por voluntad de las partes. Por lo tanto, el proceso de incumplimiento debió haber cesado cuando se instauró la demanda arbitral, dado que ello implicaba el inicio de un mecanismo de solución directa de controversias y además que los hechos que habrían dado lugar al inicio del proceso de incumplimiento fueron los mismos puestos a consideración del Tribunal Arbitral. (FUNDAMENTOS DE DERECHO 5.1.)

También invoca LA CONVOCANTE que la entidad pública, al haber declarado el incumplimiento del contrato, impuesto una cláusula penal, ordenado el pago de una indemnización de perjuicios y al haber ordenado proceder a la liquidación del contrato, se pronunció sobre todas las pretensiones de la demanda arbitral en curso y que, a la postre fueron resueltas por el Tribunal Arbitral. Por ello y teniendo en cuenta además las medidas cautelares allí decretadas, la entidad pública habría perdido toda competencia para pronunciarse sobre estos aspectos los cuales ya eran de conocimiento del Juez del Contrato. (NUMERAL 5.1. DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO)

Invoca adicionalmente que la competencia se habría trasladado de la entidad pública al Tribunal Arbitral para preservar derechos constitucionales como el acceso a la administración de justicia, garantizar el derecho objeto de litigio, prevenir daños, garantizar la efectividad del laudo arbitral y

⁹¹ “3.1.27. Respecto a las decisiones adoptadas, se encuentra del análisis de las mismas que no existe ningún sustento válido ni soportado para considerar que hubo incumplimiento: al contrario, el juez del contrato determinó en el laudo lo siguiente:

SEXTO: Declarar que en la medida en que el Sistema Semafórico objeto del Contrato No 2013-014 fue entregado por el Contratista y recibido por la Entidad Contratante, procede el pago de las sumas adeudadas por esta última al Contratista, por razón de la ejecución de las actividades y obligaciones contractuales que se encuentran debidamente verificadas y avaladas por el Interventor del Contrato, sólo respecto a lo contratado y efectivamente ejecutado. En consecuencia prospera parcialmente la pretensión 3.1.2.3., por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo (Negrilla y subrayado fuera de texto)

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

del debido proceso (NUMERALES 5.2 Y 5.3., 5.4., 5.5., 5.8, 5.9 DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO).

La expedición de las resoluciones por parte de la entidad pública sin ninguna competencia, por haberla perdido desde la presentación de la demanda arbitral por parte de SICE, desconoció la cláusula 32 del Contrato, el artículo 1502 del Código Civil, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 116 de la Constitución Política. (NUMERAL 4 LITERALES A Y B DEL ESCRITO QUE SUBSANÓ LA DEMANDA.)

3.2. Fundamentos jurídicos y concepto de la violación relacionados con la causal de nulidad por la presunta falsa motivación

En relación con esta causal LA CONVOCANTE invoca como argumentos de derecho los siguientes:

En primer lugar, afirma que no son ciertos “...por haberlo decidido el juez del contrato”, los supuestos incumplimientos en los que se basó AVANTE para proferir las resoluciones, al “...haberse decretado en ellas el incumplimiento parcial del contrato..., la imposición de la cláusula penal, la exigencia de una indemnización sin ningún tipo de razonabilidad jurídica ni financiera”, y ordenar “...la liquidación del Contrato”. Que las condenas impuestas por el Tribunal de Arbitramento lo llevaron a declarar en el numeral sexto de la parte resolutive del laudo arbitral y como antecedente a la imposición de éstas “...el cumplimiento del Contrato” por parte del contratista. Por lo tanto, dicha situación “... corresponde a una realidad jurídica y judicial contenida en un Laudo arbitral que hace tránsito a cosa juzgada y el cual fue proferido por el Juez del Contrato”. Por lo tanto, LA CONVOCANTE afirma que las resoluciones “...carecen de toda motivación jurídica, carecen de toda legalidad, y por ende, deben ser anuladas.” (NUMERAL 5.1. FUNDAMENTOS DE DERECHO)

Por otra parte afirma LA CONVOCANTE que desde el momento en que fueron presentados los descargos por parte del Contratista, “...el contrato estaba cumplido” por lo cual, debió cerrarse la actuación por parte de la entidad contratante por virtud de lo dispuesto por el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 por “...estar al frente de situaciones inexistentes y superadas por la convocatoria del Tribunal de Arbitramento”. Afirma también que el proceso de incumplimiento habría iniciado con posterioridad a la fecha de entrega del informe final del proyecto por parte de la interventoría “... el cual acreditaba el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista” y además, durante el curso del proceso, la entidad pagó el valor total de las obras pactadas, “... pago que se hizo por la sencilla razón de que el Contrato estaba ejecutado en un 100%, por lo que no se explica la decisión de declaratoria parcial de incumplimiento y mucho menos hacer efectiva una cláusula penal equivalente al 10% del valor del contrato, y la exigencia de una excesiva y desarticulada indemnización sin ningún tipo de fundamentación fáctica ni jurídica, e inobservando criterios elementales de tasación.” (NUMERALES 5.6. y 5.7. FUNDAMENTOS DE DERECHO)

Se alega también que si en gracia de discusión “faltaban aspectos accesorios, como pudo ser la pintura en algunas intersecciones por retrasos que no fueron imputables a SICE es innegable que la sanción de la cláusula penal es reflejo de la desviación de poder y falsa motivación, pues lo único que se trataba de hacer era intimidar a SICE con el fin de poder tratar de compensar las dos cifras – incumplimiento con la de mayores obras”, proceder a calificar como una “actitud caprichosa y arbitraria de la entidad utilizada para evadir sus obligaciones de paso a mi representada” (NUMERAL 5.7.. FUNDAMENTOS DE DERECHO)

Afirma además LA CONVOCANTE que no habría existido “... una valoración de los perjuicios por parte de la Entidad”, pues la suma establecida a título de indemnización corresponde con las sumas de las pretensiones de la primera demanda arbitral, lo que demostraría que “... la intención de AVANTE no era otra que dejar sin efecto económico un laudo en su contra”. Critica igualmente la sanción impuesta al interventor por no haber formado éste parte del proceso sancionatorio y la imposición

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

de solidaridad sin explicar las razones para ello. (NUMERAL 4º, LITERAL C) ESCRITO QUE SUBSANO LA DEMANDA).

Se invoca también que las resoluciones presentarían *“divergencias incuestionables entre la realidad fáctica y jurídica, debido a que siempre la administración trató de amedrentar a la empresa con sus facultades legales para sancionarlo y así persuadirlo de desistir de las reclamaciones legítimas que se tenían”*. Lo anterior lo sustenta en los siguientes *“errores”* (i) conforme se evidencia del Laudo Arbitral, *“... nunca existió un perjuicio para la entidad y al contrario, existieron unas mayores cantidades de obra que han sido obligados a pagar en la liquidación”*, (ii) la entidad mantuvo funciones *“... con las cuales no contaban para mantener un proceso administrativo en el cual se declaró el incumplimiento en las resoluciones impugnadas”* y, (iii) decretaron unos perjuicios *“sin ninguna valoración objetiva”*. (NUMERAL 4º, LITERAL D) ESCRITO QUE SUBSANO LA DEMANDA).

Por último insiste en que dado que el Laudo Arbitral de 6 de septiembre de 2018 *“... no declara el incumplimiento contractual de SICE”*, la Resolución No. 331 de agosto de 2017 al declarar el incumplimiento del Contratista e imponer la cláusula penal más una indemnización de perjuicios *“... obvió la verdadera realidad material que rodeaba como supuesto fáctico el cumplimiento de las obligaciones del Contratista, y lo cual evidenció claramente el Juez del Contrato 2013-014 en su laudo arbitral.”* (NUMERAL 4º, LITERAL D) ESCRITO QUE SUBSANO LA DEMANDA).

Planteado así el litigio el Tribunal abordará inicialmente el análisis de las pretensiones de nulidad basadas en la falta de competencia examinando si AVANTE no podía continuar con el proceso administrativo sancionatorio y concluirlo con la expedición de los actos administrativos (4.1.1); y si AVANTE carecía de competencia para pronunciarse respecto del incumplimiento parcial del contrato por parte del contratista, la imposición de una cláusula penal, la exigencia de una indemnización y para ordenar la liquidación del contrato, por estar estas situaciones siendo entonces conocidas por el Juez del Contrato (4.1.4); examinará, por último, si AVANTE habría actuado con mala fe, al desconocer el derecho de defensa y en abierto desconocimiento a la autoridad del Juez del Contrato (4.1.3).

Posteriormente, el Tribunal abordará el análisis de la pretensión de nulidad por falsa motivación para determinar si se configura la causal de nulidad invocada, esto es, si existía razonabilidad jurídica o financiera que sustentara el haber decretado el incumplimiento parcial del contrato, imponer una cláusula penal y exigir una indemnización. (4.1.4.)

En caso de resultar desestimadas las pretensiones principales o de encontrar prosperidad únicamente de manera parcial, el Tribunal se pronunciará en relación con las pretensiones subsidiarias en el orden en que han sido formuladas.

4. El análisis de las causales de nulidad

Se entiende por acto administrativo la manifestación unilateral de la voluntad de una autoridad en ejercicio de una función o potestad administrativa que contiene una decisión expresada en la forma prevista en la ley con efectos jurídicos vinculantes para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones en situaciones generales o particulares para sus destinatarios o para la propia Administración.

La administración tiene la facultad de proferir actos administrativos durante la actividad contractual tales como el de caducidad, los de terminación, modificación e interpretación unilaterales y el de liquidación, dotados, como los demás, de las presunciones de legalidad y veracidad, pero que afectan la relación negocial. Por lo tanto, cuando la ley hace referencia a los actos administrativos

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

contractuales, menciona aquellos actos que no que pueden ser concebidos sin el contrato mismo y que contienen una expresión del poder público y ejercicio de la autoridad administrativa.⁹²

La Ley 80 de 1993 dispone en el artículo 24 numeral 7, que los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia.

Por su parte, el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 dispone:

“ARTÍCULO 77. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. *En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.*

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.”

El Consejo de Estado ha considerado que los actos que se producen “... con motivo u ocasión de la actividad contractual”, son todos aquellos que se expiden dentro de la operación contractual, vale decir, los que tienen relación directa con las actividades que se cumplen desde la iniciación del proceso de selección del contratista hasta la terminación y liquidación del contrato, diferenciándose sí los de la etapa precontractual (separables o previos) de los contractuales propiamente dichos⁹³

Los actos administrativos expedidos con ocasión del contrato pueden ser previos, concomitantes o posteriores a la celebración o a su ejecución, constituyen verdaderos actos administrativos y son susceptibles de ser enjuiciados a través de la acción contractual con excepción de los actos previos a su celebración, como lo dispone el artículo 141 del C.P.A.C.A. según el cual cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, se ordene su revisión, se declare su incumplimiento o la nulidad de los actos administrativos contractuales.

Estos actos pueden ser expedidos en ejercicio de poderes excepcionales, esto es, manifestaciones unilaterales de la administración pública que contienen una decisión con efectos jurídicos vinculantes para crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones en situaciones generales o particulares, proferidas en ejercicio de las facultades o potestades consagradas por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, como lo son, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la terminación unilateral, el sometimiento a las leyes nacionales, la caducidad y reversión. Como ya se observó, los demás actos contractuales, como los que se refieren a la imposición de multas, declaración de incumplimiento, liquidación unilateral, exigibilidad de garantías, no son expedidos en ejercicio de facultades excepcionales.

⁹² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de junio de 2010, expediente 16496, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En la sentencia en cita se reitera la sentencia del 21 de julio de 2005, expediente 13.920 en la que se señaló: “Tratándose de relaciones contractuales, estas bien pueden manifestarse a través típicos actos administrativos...o a través de comunicaciones que no alcanzan a constituir actos administrativos, pero que sí exteriorizan la voluntad de la administración, en relación con el manejo y desarrollo del contrato. En el primer caso, lo que caracteriza al acto administrativo es la expresión del poder público y el ejercicio de la autoridad administrativa, contenida en la decisión misma; mientras que, en el segundo caso, se trata de las relaciones propias de quien es parte en un contrato, y se pronuncia sobre el desarrollo del mismo a la luz de su posición como parte del mismo, sin que el ejercicio del poder estatal caracterice su comportamiento...”.

⁹³ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Ricardo Hoyos, 10 de Mayo de 2001.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

En el presente asunto los actos administrativos impugnados mediante los cuales LA CONVOCADA declaró el incumplimiento del contrato, impuso la cláusula penal más una indemnización de perjuicios y declaró la ocurrencia del siniestro, constituyen actos administrativos contractuales expedidos en ejercicio de función administrativa.

Ahora bien, en asuntos en los cuales se predica la nulidad de un acto administrativo contractual el accionante deberá impugnar la legalidad del acto administrativo acusado para desvirtuar la presunción que lo ampara; en otras palabras su ataque deberá dirigirse contra los presupuestos de validez del acto, entendidos como las condiciones que determinan que sean valorados positivamente por encontrarse ajustados al ordenamiento y cumplir con las formalidades sustanciales que se exigen para su producción.

Los presupuestos de validez del acto administrativo son aquellos necesarios para que la decisión de la administración nazca a la vida jurídica, como son: Ser expedido por el órgano competente; de conformidad con la Constitución y el ordenamiento jurídico vigente; que su expedición sea regular y que los motivos y los fines que le sirven de fundamento sean lícitos.

En concordancia con ello el artículo 137 del CPACA dispone:

*“**ARTÍCULO 137. NULIDAD.** Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.*

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

- 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.*
- 2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.*
- 3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.*
- 4. Cuando la ley lo consagre expresamente.*

***PARÁGRAFO.** Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente.”*

En el caso concreto, LA CONVOCANTE ha atacado los actos administrativos contractuales por dos causales a saber: (i) falta de competencia; y, (ii) falsa motivación. Por lo tanto, el Tribunal se ocupará de analizar si las resoluciones impugnadas adolecen de tales vicios, a lo cual se procede.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

4.1. La falta de competencia como causal de nulidad del acto administrativo

El proceso de formación y expedición de un acto administrativo corresponde a la administración pública, - servidores públicos o particulares con atribuciones administrativas -, única a quien le ha sido asignada la competencia para adoptar decisiones unilaterales a través de las cuales se creen, modifiquen o extingan situaciones jurídicas.

Para que la manifestación de voluntad del Estado sea válida se requiere, entre otros aspectos, que al sujeto de quien emana le haya sido atribuida, vía constitucional, legal o reglamentaria, la facultad de tomar dicha decisión. Por ello, la competencia administrativa ha sido entendida como la atribución que por ministerio de la Ley ha sido otorgada a algunas personas u órganos del Estado para conocer y decidir un determinado asunto. Esta facultad ha de ser expresa, tiene carácter irrenunciable e improrrogable y debe ser ejercida directa y exclusivamente por el órgano o funcionario que la tiene atribuida como propia.

Su consagración en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra desde la propia Constitución Política, artículos 121,122 y 123⁹⁴, según los cuales, ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución, la ley y el reglamento.

Por su parte, la doctrina ha considerado que el examen sobre la competencia es un debate jurídico que se dirige a determinar si a un sujeto de derecho le ha sido concedida la aptitud jurídica para actuar como portador de la voluntad estatal y la facultad para dictar actos creadores de situaciones jurídicas particulares o de carácter general.

Presupuesto fundamental de la competencia es entonces que el funcionario público haga uso de una función que le ha sido asignada legalmente:

*“La validez del acto administrativo depende, entre otras razones, de que sea **expedido por el funcionario o la autoridad pública habilitada por el ordenamiento jurídico para ello, es decir, que tal función se encuentre dentro de la órbita de las atribuciones asignadas en la Constitución, la ley o el reglamento.** Así lo ha precisado la Sala, entre otras, en sentencia 24 de agosto de 2018, proferida dentro del expediente 11001-03-24-000-2008-00388-00 Acumulado 11001-03-24-000-2008-00173-00), en la que se afirmó sobre la competencia como un requisito de validez de los actos administrativos, lo siguiente:*

“La Sala recuerda, con apoyo en la doctrina, que la competencia como elemento de validez del acto administrativo, esto es, como presupuesto de regularidad jurídica de dicha manifestación estatal, es desde un punto de vista activo la aptitud o autorización que tiene todo funcionario u organismo estatal para ejercer las funciones y la autoridad que le han sido asignadas, dentro de circunstancias objetivas y subjetivas señaladas en la Constitución, la ley o el reglamento, y sólo dentro de ellas; y desde una perspectiva pasiva, el conjunto de asuntos que a toda autoridad pública le está atribuido por la Constitución, la ley o el reglamento, para que actúe o provea en orden a la atención de los mismos. La competencia significa que todo funcionario público, en el desempeño de su cargo, sólo puede hacer lo que le está permitido, situación inversa de la capacidad propia de

⁹⁴ “**ARTICULO 121.** Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.”
“**ARTICULO 122.** No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.
Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.(...).”

“**ARTICULO 123.** Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

los particulares, puesto que éstos pueden hacer todo lo que no les está jurídicamente prohibido. Es una consecuencia de la limitación del poder público que surgió con el Estado de Derecho, es decir, del principio de legalidad, y una forma de llevar tal limitación a toda persona que ejerza dicho poder.⁹⁵

Por consiguiente, la competencia es la capacidad jurídica del sujeto que profiere el acto administrativo, que le ha sido atribuida por la Constitución, la Ley o el Reglamento y constituye por tanto, un presupuesto de validez del acto administrativo. Y para determinarla, debemos identificar las funciones, obligaciones, facultades y responsabilidades asignados al sujeto que ejercerá la función administrativa de que se trate.

La asignación de competencias a la administración pública atiende a diferentes factores como el funcional, el material, el territorial y, en algunos casos, el temporal. El factor funcional se refiere al ejercicio de atribuciones según el grado jerárquico que ostenta el servidor público o el particular que ejerce funciones administrativas; el factor material implica que el acto administrativo se expida en desarrollo de una competencia asignada a la autoridad que lo expidió; el factor territorial se relaciona con el espacio geográfico en el que la autoridad administrativa se encuentra habilitada para ejercer sus funciones; y finalmente, el temporal, se relaciona con los eventos en que la ley impone un límite de tiempo para que la administración ejerza sus facultades.

En el evento que el acto administrativo se profiera por un sujeto sin capacidad jurídica para ello bien sea porque lo hace por fuera de las atribuciones que la Constitución, la ley o el reglamento le han asignado, o bien porque no corresponde a los asuntos que por razón de la materia, el territorio, la persona, el grado funcional o jerárquico o el tiempo puede resolver, el acto quedará viciado de nulidad por falta de competencia.

Por ello el artículo 137 del CPACA consagra la falta de competencia como uno de los vicios invalidantes de los actos administrativos.

En relación con las distintas modalidades de este vicio y sus efectos, ha señalado el Consejo de Estado⁹⁶:

“En el derecho positivo colombiano, a diferencia de otros ordenamientos, no se hacen gradaciones respecto de los efectos de la incompetencia. Entre nosotros, la incompetencia es una sola y produce un solo efecto: la nulidad del acto. No obstante, en razón de los eventos en que se estructura, la podemos clasificar en las siguientes clases: en cuanto a la materia; el territorio; el tiempo; el grado de horizontalidad; el grado de verticalidad; por usurpación de poder; por la presencia de funcionarios de hecho. La anterior clasificación no es excluyente, por lo que la existencia de un vicio cualquiera puede ser adecuada a varias de las modalidades indicadas

INCOMPETENCIA RATION MATERIAE

Se caracteriza esta incompetencia porque se concreta sobre la materia u objeto específico del acto, esto es, sobre las potestades otorgadas por el ordenamiento a los órganos o sujetos de la administración. Constituye la regla general en materia de incompetencia y puede decirse que, en su mayoría, las otras modalidades de incompetencia son especificidades suyas”.

[...]

“INCOMPETENCIA “RATIONE LOCI” O TERRITORIAL

⁹⁵ Cfr. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia 18 de julio de 2019 M.P. Oswaldo Giraldo.

⁹⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P. Jaime Orlando Santofimio. 8 de junio de 2016

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

Como su nombre lo indica, es el ejercicio de competencias con violación de las circunscripciones territoriales o ámbito territorial asignado a cada órgano o funcionario de la Administración Pública; puede depender de las siguientes circunstancias

Por proferirse actos, por una autoridad administrativa, para que surtan efectos en el espacio territorial de otra; como lo indica ESCOLA, en estas oportunidades el “órgano pretende ampliar su ámbito de acción dictando actos que sean aplicables o produzcan sus efectos naturales de los límites territoriales que tienen señalados.

Por proferirse, por una autoridad administrativa, decisiones por fuera de las demarcaciones geográficas de la entidad a que pertenece; se configura el vicio porque, a no dudarlo, la capacidad o competencia orgánica va unida indisolublemente a la jurisdicción territorial”

[..]

“INCOMPETENCIA RATIONE TEMPORIS

Se presenta en los casos en que las competencias asignadas a un órgano o funcionario deben ser ejercidas bajo condición temporal. Estaremos frente a una incompetencia de esta clase cuando dichas competencias son ejercidas en las siguientes oportunidades: antes del tiempo o momento en que legalmente le correspondía actuar al funcionario respectivo; con posterioridad al vencimiento de la oportunidad en la cual podía válidamente, la administración, adoptar la decisión”.

[...]

“INCOMPETENCIA EN RAZÓN DEL GRADO DE HORIZONTALIDAD

En estos casos se configura el vicio en razón de la violación, por parte de la administración, de la independencia funcional de que gozan los poderes legislativo y judicial. ... El órgano administrativo en estos casos invade el ámbito de acción de algunas de las ramas del poder público...”

[...]

“INCOMPETENCIA EN RAZÓN DEL GRADO DE VERTICALIDAD

Al contrario de lo anterior, en este tipo de incompetencia existe algún grado de jerarquización entre los organismos y entre los sujetos de la Administración Pública en los cuales se presenta la usurpación funcional... La competencia no puede ser modificada sino por quien la ha instituido.

[...]

COMPETENCIA DE LOS FUNCIONARIOS DE HECHO

Se trata de una interesante excepción a la teoría de la incompetencia. En nuestro medio, el funcionario de hecho es un servidor público que no genera, respecto de los actos que produzca, vicio alguno, en razón de las deficiencias con que ejerce el cargo. Se presenta en los casos de existir un funcionario público que aparentemente ejerce las funciones públicas que le corresponderían si hubiere sido designado de manera legítima, creando la impresión en el conglomerado social, no obstante existir en sus condiciones o procedimientos de designación graves violaciones de la ley”⁹⁷.

⁹⁷ Cfr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Tratado de Derecho Administrativo Tomo II, Bogotá, 2003 págs. 370 y ss.
Cámara de Comercio de Bogotá - Centro de Arbitraje y Conciliación
Laudo Arbitral – Página 79

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

Específicamente en cuanto a la incompetencia temporal, la sentencia del Consejo de Estado de 22 de junio de 2000⁹⁸ precisa que la falta de competencia en el tiempo como causal de nulidad de los actos administrativos, se da cuando se cumplen dos requisitos concurrentes. El primero cuando la ley otorga un plazo especial o, en su defecto general, para dictar un acto administrativo y el segundo requisito, cuando la ley:

- señala expresamente la pérdida de competencia, o
- sanciona ese incumplimiento en el tiempo con la invalidez del acto, por la expedición extemporánea, y/o
- traslada esa competencia a otra autoridad.

Así, no basta que se presente uno solo de tales eventos, sino que es menester la concurrencia simultánea de al menos dos de ellos: a) el otorgamiento específico de un plazo para el ejercicio de la competencia de que se trate y b) que exista la expresa manifestación de la ley del efecto consistente en la pérdida de competencia o la específica sanción de invalidez por su ejercicio inoportuno o la transferencia en dicho evento de esa competencia a otra autoridad, pues aún en ausencia de alguna de estas últimas hipótesis, el solo vencimiento del plazo no constituye, *per se*, un evento de pérdida de competencia.

Por consiguiente, si el funcionario encargado de pronunciarse no lo hace dentro del término fijado por la ley, salvo que la ley prevea una sanción diferente incurrirá en principio en causal disciplinaria y el acto administrativo no estará viciado de nulidad por incompetencia temporal, siempre y cuando dicha competencia no se entienda en tal evento transferida por la ley a otra Autoridad.

4.1.1. Análisis del caso concreto

En esencia, afirma LA CONVOCANTE que AVANTE decretó el incumplimiento parcial del contrato, la imposición de la cláusula penal y la exigencia de una indemnización a pesar de que tales discusiones jurídicas estaban siendo conocidas por el juez del contrato en el proceso arbitral, por lo cual la entidad contratante habría perdido competencia para pronunciarse sobre estos extremos. También se afirma que los hechos a partir de los cuales se había estructurado el proceso de incumplimiento guardaban total coherencia y relación con aquellos en que se soportó la convocatoria al Tribunal Arbitral, razón por la cual la competencia se desplazó de la administración a los árbitros para preservar derechos constitucionales como el acceso a la administración de justicia, garantizar el derecho objeto del litigio, prevenir daños, garantizar la efectividad del laudo arbitral y preservar el derecho al debido proceso. Por lo tanto, al ser declarado el incumplimiento por parte de la administración, ésta se estaría pronunciando sobre el presunto incumplimiento del contratista, lo cual ya había sido asumido por competencia del Tribunal de Arbitramento en la medida en que ya hacía parte de las pretensiones.

También alega que con fundamento en la cláusula compromisoria, continuaban en cabeza de la administración todas las facultades frente al contrato “... *siempre que no se haya iniciado ningún mecanismo de solución directa de controversias para procurar dicha liquidación*”. En este caso, en el entendimiento de LA CONVOCANTE el mecanismo de “solución directa de controversias” se habría dado con la presentación de la demanda arbitral, razón por la cual lo procedente era la no continuación del proceso de incumplimiento desde que se instaló el Tribunal y admitió la demanda.

Pues bien, procede este Tribunal al análisis de los ataques concretos, estudio que será abordado en el siguiente orden:

⁹⁸ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. M.P. María Elena Giraldo Gómez. 22 de junio de 2000. Radicación Número: 12723.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

- La existencia de habilitación legal para expedir los actos administrativos demandados
- Si la función administrativa es diferente de la jurisdiccional. Y si existía causa legal de cesación de la función administrativa.
- Si la iniciación del trámite arbitral anterior extinguió la facultad sancionatoria de la administración.
- Si la existencia de medidas cautelares decretadas en el anterior trámite arbitral enervaron la competencia de la administración.

4.1.1.1. La existencia de la habilitación legal para expedir los actos demandados

Dado que en las resoluciones objeto del presente proceso se adoptaron determinaciones relativas a la declaración de incumplimiento, aplicación de la cláusula penal y determinación de la indemnización correspondiente, analizará el Tribunal la existencia de facultades específicas para adoptar las citadas determinaciones por parte de AVANTE.

En relación con la cláusula penal pecuniaria, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 otorgó expresamente competencia y la facultad de las entidades públicas para declarar, a través de un acto administrativo, el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la misma, siempre que exista pacto a propósito en el contrato y con el debido respeto del derecho de audiencia del afectado y mediante un procedimiento mínimo que garantice el debido proceso.⁹⁹

A su turno, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, consagró la facultad de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación, para declarar el incumplimiento del contratista, imponer multas y sanciones pactadas en el contrato, así como para hacer efectiva la cláusula penal, conforme el siguiente procedimiento:

“Artículo 86. Imposición de Multas, Sanciones y Declaratorias de Incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

*“a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. **En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las***

⁹⁹ Señala la norma:

ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. **En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;**

“b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. **Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante,** para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

“c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

“d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento” (la negrilla no es del texto).

Es evidente entonces que las normas citadas facultan a las entidades públicas sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración para: (i) declarar el incumplimiento del contrato, (ii) cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento, (iii) imponer las multas y las sanciones pactadas, y (iv) hacer efectiva la cláusula penal, sujetándose al procedimiento allí establecido con el cual busca garantizarse la observancia plena del derecho al debido proceso.

Por lo tanto, se concluye que a partir de las citadas disposiciones existe la atribución legal para las entidades públicas de proferir los actos administrativos a través de los cuales puedan declarar el incumplimiento del contratista y efectuar las declaraciones consecuenciales a dicho incumplimiento, como lo es la cuantificación de los perjuicios ocasionados por el mismo y la imposición de las sanciones previstas en la ley y en el contrato, aspecto este de la competencia, por lo demás, no discutido en el presente proceso.

Ahora bien; sobre el ejercicio de esta facultad, el Consejo de Estado ha considerado que se halla sometida al principio de legalidad en cuanto a su carácter discrecional o reglado y espacio temporal, entre otros aspectos:

*“La potestad sancionadora se halla sometida al principio de legalidad en los siguientes aspectos: 1. Su atribución; 2. El carácter discrecional o reglado de su ejercicio; 3. El espacio temporal en que puede utilizarse, y 4. Las formalidades procedimentales exigidas para imponer una sanción (...) El sancionar en el ámbito contractual es posible porque está expresamente establecido en el ordenamiento jurídico. Ello significa que aun cuando se reconozca en la actualidad que a la Administración se le confía parte del *ius puniendi* del Estado,*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

la posibilidad de su ejercicio se supedita a una habilitación legal expresa, pues como ya tuvo oportunidad de decirse, en este ámbito se presenta una vinculación de carácter positivo con el principio de legalidad¹⁰⁰”.

Así las cosas, si como se ha visto para el análisis de la competencia en la expedición de un acto administrativo debemos determinar la existencia de habilitación constitucional, legal o reglamentaria y éste presupuesto se cumple sin lugar a dudas en un caso como el presente, pues el legislador a través de las normas precitadas dotó de habilitación a las entidades públicas para expedir, en ejercicio de su función administrativa, el acto a través del cual se declare el incumplimiento del contratista.

Por otro aspecto, y en lo que hace al aspecto temporal del ejercicio de esta facultad, es claro que para la fecha de expedición de las resoluciones objeto de impugnación AVANTE gozaba de la prerrogativa que le permitía adoptar tales determinaciones frente al contratista, aun con posterioridad al vencimiento del plazo del contrato, como quiera que para entonces aún no se había adelantado la liquidación del contrato.

A este propósito, cabe destacar aquí la posición del Consejo de Estado en relación con la oportunidad para el ejercicio de esta facultad:

“De otro lado, y en sentido contrario, la Sección Tercera también se ha pronunciado en relación con la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Al respecto sostiene, invariablemente, que no sólo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, sino también cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación, de manera que la vigencia del plazo no limita la competencia sancionatoria. En este sentido ya expresó la Subsección C de la Sección Tercera –sentencia del 25 de mayo de 2011, Exp. 18.017-, providencia que reitera la posición histórica de la Sala –incluso se citan dos providencias que hacen la línea jurisprudencial- que:

(...)

“Pero este poder de declarar el incumplimiento no podrá ejercerse en forma ilimitada en el tiempo porque no podrá declararse después de vencido el plazo que la Administración tiene para liquidar tales contratos. Es apenas obvio que no pueda cumplirse después de esa liquidación, háyase hecho en forma unilateral o de común acuerdo entre los contratantes. Si lo primero y la Administración guardó silencio de ese incumplimiento en su acto, no podrá revocarlo sin consentimiento del contratista ya que creó una situación individual o concreta a su favor. Y si lo segundo (liquidación de común acuerdo) el acto será intocable unilateralmente por conformar un acuerdo de voluntades logrado entre personas capaces de disponer. En suma, la Administración podrá declarar el incumplimiento después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste.

“Esta postura, inclusive, la conserva esta Corporación en la actualidad. Es decir, que hoy admite la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, una vez vencido el contrato. Esto no se discute ni siquiera en vigencia de la ley 1.150 de 2007; menos tratándose de un contrato regido por el Decreto 222 de 1983 y algunas normas especiales que regulan el juego del chance –como en el caso concreto-. “ En este orden de ideas, la Sala precisa que luego de terminado el plazo de ejecución del contrato. ..., lo procedente, actualmente, como se establece en la reforma que introdujo al régimen de contratación pública la Ley 1150 de 2007, será la declaratoria unilateral de incumplimiento del contratista por parte de la entidad pública contratante para hacer efectiva la cláusula penal y a la vez las garantías que amparen el contrato, como constitutivo ese hecho del siniestro que las hace exigibles, además, por supuesto, podrá ejercer la acción contractual por el incumplimiento. Esta solución tiene precedentes en nuestra legislación, pues en vigencia del Decreto ley 222 de 1983 (arts. 72 y 73), si el plazo se vencía y se advertía el incumplimiento del contrato,

¹⁰⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá, D.C., sentencia de 22 de octubre de 2012.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

la Administración, mediante acto administrativo motivado, podía declararlo y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria...” (...) “

‘En esos eventos, luego de terminado el plazo de ejecución, la Administración, como se dijo, podrá declarar el incumplimiento del contrato (según se establecía expresamente en el artículo 62 del Decreto ley 222 de 1983 y actualmente en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007), para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento y la cláusula penal si trata de obtener anticipada y previamente a la instancia judicial el resarcimiento de los perjuicios que la infracción del contrato le generó, pero ya le habrá fenecido la facultad excepcional de imponer la sanción de caducidad al contratista.’

(...)

‘No obstante, en vigencia de la Ley 1150 de 2007 este mismo problema – competencia temporal para imponer sanciones-, en relación con las multas y la cláusula penal pecuniaria, cambió de sentido, esta vez no por una variación introducida por la jurisprudencia a sus propias tesis, sino porque la ley 1150 reguló expresamente el tema, señalando que la competencia sancionatoria se conserva “mientras esté pendiente la ejecución” del contrato, así es que de ninguna manera quedó limitado a que se haga sólo “durante el plazo” del contrato. En este sentido, el inciso primero del art. 17 de esta ley expresa categóricamente: “... Esta decisión... procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista...”’¹⁰¹

Esta posición fue reiterada más recientemente por la Corporación:

‘Atendiendo a esa misma lógica, en lo que atañe a la cláusula penal como mecanismo indemnizatorio de perjuicios, esta Subsección ha discurrido que la declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva aquella podrá realizarse luego de vencerse el plazo contractual, autorización que, como se anotará en el acápite siguiente, no podrá hacerse extensiva en el evento en que esa declaratoria se produzca con miras a imponer una multa:

‘... la Administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que se haya vencido el plazo contractual, sin que éste hubiere ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, únicamente como medida para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria’ (destaca la Sala).’¹⁰²

Por lo anterior la potestad sancionatoria de la que hizo uso la entidad pública para declarar el incumplimiento y adoptar las consecuencias previstas en la Ley fue ejercida dentro del periodo durante el cual tenía competencia para ello, esto es, durante la ejecución del contrato como lo señala el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y en el plazo máximo señalado por la jurisprudencia, correspondiente a la liquidación del contrato lo que descarta, por este respecto, falta de competencia temporal de la administración.

Ahora bien; si bien es cierto que es un aspecto pacífico que una vez formulada por el contratista una pretensión jurisdiccional con el objeto de que el operador jurídico adelante la liquidación judicial del contrato la administración pierde la competencia para efectuarla, no es menos cierto que en el presente asunto la actuación administrativa adelantada por la entidad no tenía por objeto adelantar la liquidación del contrato, sino un aspecto muy diferente como lo era determinar la existencia del alegado incumplimiento y, en su caso, la cuantificación de los perjuicios ocasionados por el mismo y/o la imposición del cláusula penal pactada, por lo que por este aspecto ninguna incidencia tendría la solicitud de liquidación judicial formulada por el demandante en relación con los específicos motivos de incumplimiento y el preciso objeto de la actuación administrativa que culminó con las resoluciones impugnadas.

¹⁰¹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Enrique Gil Botero. 24 de octubre de 2013

¹⁰² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Marta Nubia Velasquez. 1 de febrero de 2018.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

Por lo demás la formulación de una pretensión de liquidación no implica que todas las controversias existentes o que pudieren derivarse de la relación contractual, queden sometidas a dicha acción contractual. La acción judicial sólo podrá referirse a las específicas controversias a ella sometidas. Sobre este aspecto, cabe hacer mención a la decisión del Consejo de Estado según la cual:

“En todo caso y sin perjuicio que no pueden pasarse por alto, los actos que preceden a la liquidación no se confunden con ésta de modo que su mención en el acto de liquidación unilateral no tiene efecto distinto a realizar el cruce de cuentas. De modo que las controversias en contra del ejercicio liquidatorio, amén de otras decisiones contractuales, bien pueden entablarse conjunta o separadamente, pero siempre habrán de individualizarse los actos administrativos objeto de la impugnación judicial.”¹⁰³

Así las cosas, de conformidad con las anteriores consideraciones, se concluye lo siguiente:

La ley consagró la facultad de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, para declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal pactada con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, sancionar su incumplimiento y determinar la extensión de los daños derivados del mismo.

El contrato prevé en la cláusula Décima, una cláusula penal por incumplimiento o caducidad del contrato, por el equivalente al 10% de su valor. Si bien el Tribunal observa que la citada cláusula no dispone que la aplicación de la cláusula penal se realizará con el procedimiento establecido por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, como sí lo hace respecto de las multas pactadas, en todo caso, la norma en comento establece que dicho procedimiento es aplicable para la imposición de tal sanción.¹⁰⁴

Se concluye que la CONVOCADA tenía la facultad legal de declarar el incumplimiento del contratista, hacer efectiva la cláusula penal y efectuar la cuantificación de los perjuicios causados por el citado incumplimiento, aplicando el procedimiento previsto por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 por lo que, por este aspecto, la entidad pública tenía la facultad de expedir los actos administrativos ahora impugnados.

4.1.1.2. La función administrativa es diferente de la función jurisdiccional. La inexistencia de causa legal de cesación de la función administrativa.

Por otro aspecto, LA CONVOCANTE afirma que las resoluciones demandadas desconocen la existencia del pacto arbitral por cuya virtud se “... *excluye de plano la competencia de cualquier otra jurisdicción*” y, adicionalmente que, en un contrato como el que ahora nos ocupa, que contenga pacto arbitral, las diferencias presentadas durante la ejecución del contrato, solo pueden ser de conocimiento del Tribunal de Arbitramento.¹⁰⁵

13. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección b. C.P. Stella Conto Díaz del castillo. 31 de mayo de 2013. radicación número: 25-000-23-26-000-1998-01361-01(26707).

¹⁰⁴ CLAUSULA DECIMA. - CLAUSULA PENAL PECUNIARIA

Si se declara el incumplimiento del contrato o la caducidad del contrato, se causará el pago de una pena pecuniaria a favor de AVANTE SETP y a cargo del Contratista, en una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total de este contrato.”

La cláusula Décima Quinta del Contrato, prevé adicionalmente la posibilidad de imponer multas, así:

“CLAUSULA VIGESIMA QUINTA. MULTAS

Como apremio al contratista por mora o incumplimiento parcial de alguna de las obligaciones a su cargo, a continuación se pactan las siguientes multas, cuyo procedimiento e imposición se realizará de acuerdo a lo establecido al artículo 86 de la ley 1474 de 2011 y normas que lo sustituyan o complementen (...).”

¹⁰⁵ Se afirma en el escrito que subsanó la demanda:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

El Tribunal estima necesario iniciar por destacar como la facultad consagrada en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 es de carácter administrativo y por ello, totalmente diferente al ejercicio de la función judicial.

A propósito de la diferente naturaleza de la actividad administrativa y de la jurisdiccional propiamente tal ha señalado la Corte Constitucional:

“Entre el proceso judicial y el administrativo existen diferencias importantes que se derivan de la distinta finalidad que persigue cada uno. Mientras el primero busca la resolución de conflictos de orden jurídico, o la defensa de la supremacía constitucional o del principio de legalidad, el segundo tiene por objeto el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general.”¹⁰⁶

Se trata entonces de funciones por completo diferentes, pues mientras la autoridad pública expide un acto administrativo, -susceptible de control jurisdiccional-, la autoridad judicial resuelve controversias a través de decisiones definitivas con alcance de cosa juzgada.¹⁰⁷

Así, considera el Tribunal que la existencia de un pacto arbitral no enerva *per se* las competencias de la administración previstas legal y contractualmente en relación con la declaración de

“En este orden de ideas con la expedición de las Resoluciones demandadas no solo se estaría desconociendo las normas contractuales en materia de Cláusula Compromisoria, sino que además se estaría violando las normas del hoy vigente Estatuto Arbitral – Ley 1563 de 2012, y sobre lo cual el Consejo de Estado en vigencia de las normas de arbitramento anteriores se ha pronunciado sobre la naturaleza del pacto arbitral, y al respecto ha concluido que una vez pactado el mismo por voluntad de las partes, corresponde al Tribunal de Arbitramento conocer sobre las diferencias presentadas durante la ejecución del contrato y excluye de plano la competencia de cualquier otra jurisdicción. Con todo lo anterior, además se estaría violando igualmente con las decisiones administrativas adoptadas por la entidad convocada el artículo 116 de la Constitución Nacional, al desconocer la voluntad de las partes al suscribir la Cláusula Compromisoria, de delegar en virtud del Principio de Habilitación, la resolución de los conflictos derivados del Contrato en terceros diferentes a los Jueces Ordinarios”.

¹⁰⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C -640 de 13 de agosto de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁰⁷ Sobre este particular, cabe citar la decisión C-189 de 1998 de la Corte Constitucional:

“Para responder a esa pregunta, la Corte debe estudiar qué sentido tiene que la ley atribuya a un acto singular de un determinado órgano estatal una naturaleza administrativa. Ahora bien, esa caracterización tiene como consecuencia, entre otras cosas, que éste, por oposición a los actos jurisdiccionales, no tiene la fuerza de cosa juzgada, pues no sólo es revocable y modificable por la propia administración, como es obvio, dentro de ciertas condiciones sino que, además, puede ser revisado por las autoridades judiciales, en virtud del principio de legalidad. Por el contrario, el acto jurisdiccional, una vez ejecutoriado, es definitivo, pues tiene la virtud de la cosa juzgada. Por eso, amplios sectores de la moderna doctrina jurídica consideran que si bien es muy difícil encontrar elementos sustantivos que distingan un acto administrativo de uno jurisdiccional, pues ambos en el fondo son la producción de una norma singular dentro del marco de posibilidades establecido por una norma general, lo cierto es que existen elementos formales que permiten establecer una diferencia entre ambos tipos de actos¹⁰⁷. De un lado, por sus efectos, pues el acto administrativo no goza de fuerza de cosa juzgada mientras que el jurisdiccional es definitivo, por lo cual el primero puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada, mientras que el acto jurisdiccional, una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, es irrevocable. De otro lado, estos actos también se diferencian por la naturaleza de sujeto que los emite, pues sólo puede producir actos judiciales un funcionario que tenga las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces, En efecto, lo propio del juez es que no sólo debe estar previamente establecido por la ley (juez natural) sino que, además, debe ser ajeno a las partes en la controversia (imparcial), sólo está sujeto al derecho y no a instrucciones de sus superiores o de los otros poderes (independiente), y goza de una estabilidad suficiente para poder ejercer su independencia y autonomía (inamovilidad)¹⁰⁷. Por el contrario, el funcionario administrativo carece de algunos de esos rasgos.”

Y en el mismo sentido, la decisión C-1038 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre.

“Es pues necesario adelantar unos criterios que permitan entonces determinar si la función ejercida por un particular, o por una autoridad es o no de naturaleza judicial. Y en tal contexto, la Corte considera que existen algunos elementos formales y materiales que son útiles para dirimir esas controversias.

De un lado, existen criterios formales, en torno a los cuales parece existir un cierto consenso académico y jurisprudencial¹⁰⁷. Así, en primer término, es de la esencia de los actos judiciales su fuerza de cosa juzgada, mientras que los actos administrativos suelen ser revocables. Esto significa que una decisión judicial es irrevocable una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, mientras que un acto administrativo puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada. En segundo término, la función judicial es en principio desplegada por funcionarios que deben ser jueces, o al menos tener las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces. Finalmente, y ligado a lo anterior, el ejercicio de funciones judiciales se desarrolla preferentemente en el marco de los procesos judiciales. Por consiguiente, conforme a esos tres criterios formales, se presumen judiciales aquellas (i) funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada, o (ii) son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces, o (iii) se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

incumplimiento, aplicación de cláusula penal y determinación de perjuicios derivados del mismo; toda vez que las mismas son la expresión de una competencia administrativa de la entidad cuya decisión como tal no hace tránsito a cosa juzgada y es susceptible de control jurisdiccional.

En otras palabras, por virtud del pacto arbitral la entidad no se despoja de su facultad administrativa de adelantar y concluir dicha investigación relacionada con el incumplimiento; cosa distinta es que el acto administrativo que ponga fin a la misma, es sujeto de control jurisdiccional, bien ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, bien ante la Justicia Arbitral, para el caso en que este tipo de controversia se encuentre comprendida dentro del objeto del pacto arbitral.

Analizado entonces el fenómeno, desde la perspectiva de la competencia no es dable afirmar que la sola celebración del pacto desplaza la competencia administrativa en favor del Juez del Contrato, pues, se insiste, cada una de tales actividades, la administrativa y la jurisdiccional, tiene una naturaleza, finalidad y objeto propios. Por ello la entidad pública conserva la plenitud de sus facultades legales y contractuales para el desarrollo y culminación de su actividad administrativa y, entre ellas, la potestad sancionatoria en contra del contratista incumplido.

Así lo ha establecido reiteradamente el Consejo de Estado:¹⁰⁸:

*“La Sala considera que le asiste razón a la entidad demandada, ya que si bien las partes del contrato podían pactar el sometimiento de sus controversias a la decisión de árbitros elegidos en la forma por ellas dispuesta en la cláusula compromisoria, sustrayendo tal litigio de su jurisdicción natural, y por lo tanto, era perfectamente factible, tal y como lo hicieron (...), someter a la decisión de un tribunal de arbitramento los conflictos y controversias que surgieran de la ejecución o liquidación de dicho contrato, **ello no significa que la inclusión de la cláusula compromisoria en el mismo se traduzca en una renuncia de la entidad contratante a ejercer las atribuciones y potestades que le han sido asignadas legalmente**, lo que por otra parte resulta imposible, puesto que se trata del ejercicio de la **función administrativa que se debe desarrollar dentro de los precisos límites impuestos por la ley.**”*

(...)

*“57. Los anteriores planteamientos en torno a **la prevalencia de las competencias legalmente otorgadas a la administración frente al pacto arbitral contenido en la cláusula compromisoria, se pueden predicar en relación con la facultad legal atribuida a las entidades estatales en general**—puesto que la norma no hace excepciones— por el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo para declarar la obligación, a través de un acto administrativo, con el fin de hacer efectivas las garantías constituidas a su favor, lo que implica, respecto de las pólizas de seguro de las que sea beneficiaria una entidad estatal, la declaratoria de ocurrencia del siniestro.”* (Destacado ajeno al texto).

Por último, la propia Ley 1682 de 2013 consagra que para la solución de las controversias derivadas de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, las partes podrán pactar cláusulas compromisorias y que el ejercicio de dicho mecanismo no suspende de manera automática el ejercicio de las facultades legalmente asignadas a la entidad contratante. En efecto, dispone la norma en comentario:

Artículo 14. Solución de controversias. Para la solución de las controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, las partes podrán incluir cláusulas compromisorias, debiendo siempre observar lo previsto en la Ley 1563 de 2012 y demás normas que la adicionen, modifiquen, sustituyan o reglamenten, en especial, las normas que regulen

¹⁰⁸ Cfr. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 12 de octubre de 2011.M.P. Danilo Rojas Betancourth.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias para las entidades públicas. Así mismo, de manera especial aplicarán las siguientes reglas:

(...)

e) El ejercicio de dichos mecanismos no suspenderá de manera automática el ejercicio de las facultades ajenas al derecho común de que gocen las entidades contratantes, salvo que medie medida cautelar decretada en los términos del Capítulo XI del Título V de la Parte Segunda de la Ley 1437 de 2011 o demás normas que le adicionen, modifiquen o sustituyan;”

La anterior disposición confirma que el pacto arbitral e incluso, la iniciación de un trámite arbitral, no suspenden ni mucho menos impiden el ejercicio de las facultades de la administración como el que aquí se discute, salvo que medie una medida cautelar que las suspenda.

Por tanto el Tribunal considera que si bien la existencia del pacto arbitral excluye toda posibilidad de pronunciamiento sobre las materias objeto del mismo por parte de otra jurisdicción, para el caso la jurisdicción contencioso administrativa, no es cierto, como erróneamente lo sugiere la convocante, que ello implique una exclusión o pérdida de la función administrativa de que es titular la entidad, pues ésta, se reitera, no es en rigor otra jurisdicción sino, se insiste, el ejercicio de una función administrativa con la naturaleza y características que ya han quedado señaladas en precedencia.

Ahora bien; el Tribunal analizará si dicha atribución entonces está legalmente sujeta al límite temporal que se sugiere en el cargo de falta de competencia consistente en que sobrevenga un trámite arbitral que, en el caso concreto, habría tenido el efecto de hacer cesar dicha atribución.

El Tribunal inicia por señalar que, como lo señala la jurisprudencia antes descrita, el ejercicio de la función administrativa bajo análisis está sujeta al principio de legalidad y, por lo tanto, la atribución legal, su límite temporal, formalidades y decisiones, se encuentran reguladas en un todo por la ley. Así, del examen de los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 se advierte, de una parte, que la función administrativa de examinar el incumplimiento del contratista, y en su caso sancionarlo a través de la imposición de la cláusula penal, puede ser ejercida mientras el contrato esté en ejecución, - que se reitera no es lo mismo a que aun este vigente el plazo de ejecución contractual-; y de otra parte, que no está previsto por la ley que dicha facultad cese o concluya cuando se inicien acciones judiciales en donde se discuten algunos aspectos de la ejecución contractual.

En relación con el primer aspecto, la Jurisprudencia ha establecido que la facultad sancionatoria, entre ellas la derivada del ejercicio de la facultad consagrada por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2017, puede ejercerse en tanto no se haya efectuado la liquidación del contrato. Y para el evento en que el contrato no se haya liquidado, ello no extiende indefinidamente la facultad de la administración para sancionar al contratista, sino que por el contrario, cualquier facultad de la administración para llevarlo a cabo de manera unilateral o para solicitar del Juez del Contrato tal declaración, se encuentra supeditada al término de caducidad de la acción.¹⁰⁹

Y en relación con el segundo aspecto, no existe una previsión según la cual la función administrativa sancionatoria se pierda ante la iniciación de un trámite arbitral.

Si bien el acuerdo de deferir ciertas o todas las controversias derivadas de la ejecución contractual a un trámite arbitral, - cláusula compromisoria o compromiso- , impone con carácter vinculante que

¹⁰⁹ El artículo 164 del C.P.A.C.A. dispuso los siguientes términos para presentar la demanda, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, “*so pena de que opere la caducidad*”:

“*¡) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento*”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

las controversias de naturaleza jurisdiccional suscitadas entre las partes respecto de los asuntos allí previstos deben ser de conocimiento de un Tribunal de Arbitraje, ello en manera alguna otorga al Tribunal Arbitral el ejercicio de funciones administrativas. Cosa distinta que la decisión final resultante de la actuación administrativa adelantada por la entidad pública pueda ser sometida al control de la jurisdicción arbitral y, es en ese momento, que el pacto arbitral despliega la plenitud de sus efectos.

Y es tan así, que hasta la propia contratista al mismo tiempo que suscribía el pacto arbitral aceptó otras disposiciones contractuales en las que se establecía expresamente la facultad del contratante de aplicar las multas. No otra puede ser la interpretación del contrato de suministro suscrito entre las partes, en el cual, además de establecerse el pacto arbitral, el contratista declaró conocer y aceptar las condiciones generales para el desarrollo de sus actividades de servicio descritas en la Cláusula Primera, Parágrafo Primero, así:

“J. el CONTRATISTA acepta la aplicación de las multas y sanciones establecidas en el presente contrato de manera que el suministro de los servicios sea realizado en óptimas condiciones y dentro de los tiempos establecidos por EL CONTRATANTE”

Visto lo anterior el Tribunal concluye entonces que, respecto de la facultad administrativa para examinar el presunto incumplimiento del contratista, no existe una previsión legal que imponga su cesación como consecuencia del inicio de un trámite arbitral relacionado con el contrato por lo que no encuentra procedente la afirmación en la que viene fundada la demanda según la cual, el inicio de un trámite arbitral de esa naturaleza tenía *per se* el efecto de hacer cesar la citada competencia administrativa.

Por este aspecto se concluye que, de un parte la celebración del pacto arbitral no enerva la competencia de la administración para proferir los actos administrativos unilaterales a los que se encuentra facultado legalmente y, de la otra, que la facultad para continuar la actuación administrativa ya iniciada contra el contratista no cesó por virtud de la iniciación del trámite arbitral.

El contratista funda esta impugnación además en el hecho de que en el Tribunal Arbitral se discutían las mismas materias que eran objeto de examen en la actuación administrativa, por lo que el Tribunal abordará el estudio de dicho aspecto en el siguiente acápite.

4.1.1.3. La iniciación del trámite arbitral anterior no extinguió la facultad sancionatoria de la administración

Ahora bien, afirma LA CONVOCANTE que *“... los hechos que dieron lugar al inicio del Proceso de Incumplimiento que arrojó como resultado la citada resolución, fueron prácticamente los mismos que fueron puestos a consideración del Tribunal de Arbitramento y fallados por éste último en cumplimiento de la cláusula compromisoria, generándose en la actualidad dos (2) decisiones contradictorias.”*

El Tribunal examinara si existía dicha correspondencia entre los hechos con base en los cuales se adelantó la actuación administrativa que culminó con la declaratoria de incumplimiento y los hechos que servían de fundamento a la reclamación judicial para posteriormente entrar a evaluar los posibles efectos que una eventual correspondencia o identidad entre los mismos pudiera traer como consecuencia en relación con la competencia de AVANTE para proferir las resoluciones materia de impugnación.

Ya se vio como el Art. 86 de la Ley 1474 de 2011 al regular el procedimiento para la determinación del incumplimiento señala como, en la citación, la Entidad *“... hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación”.

A su turno, el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra la acción de controversias contractuales, según la cual, cualquiera de las partes de un contrato podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas. También podrá solicitarse la liquidación judicial del contrato, cuando ésta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado dentro de los términos de ley.

Por su parte, establece el Artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que toda demanda deberá contener, a más de la precisa designación de las partes entre quienes se suscita la controversia, *“Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad.”*, así como *“Los hechos y omisiones que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.”*, y *“Los fundamentos de derecho de las pretensiones”*, indicando además que cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo la relación de fundamentos de derecho deberá incluir las específicas normas violadas y el concepto de su violación, norma esta que impone el deber de determinar dentro del cuerpo de la demanda, con la suficiente precisión tanto el fundamento fáctico como el fundamento jurídico, con apoyo en el cual se elevan ante la jurisdicción las solicitudes declarativas y de condena correspondientes, que resultan de especial relevancia para establecer la específica causa de pedir de unas determinadas reclamaciones, así como el genuino alcance del efecto de cosa juzgada que mediante la decisión que la dirima se produce.¹¹⁰

En el evento que dos procesos judiciales se basen en los mismos fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la demanda, nos encontraremos frente a la misma causa petendi. Si además, tienen por objeto las mismas pretensiones y existe identidad de parte, estaremos frente al fenómeno de la cosa juzgada.¹¹¹ Para la determinación de la cosa juzgada, lo fundamental es que el núcleo de la causa petendi, del objeto y de las pretensiones de los dos procesos, evidencien tal identidad esencial que permita inferir que la segunda acción se refiere a la misma cuestión litigiosa.

Así, es en el momento en el cual se traba la relación jurídico procesal en un juicio arbitral, cuando los específicos conflictos y pretensiones, con el alcance que ha quedado definido, sometidos a la decisión del Tribunal de Arbitramento, se convierten en materias objeto de decisión judicial respecto de las cuales se producirá el efecto de cosa juzgada.

El Tribunal procederá efectuar el análisis de correspondencia de los hechos argumentos jurídicos (causas de pedir) que se adelantaban en cada una de las actuaciones a fin de determinar si en efecto se ventilaban los mismos aspectos, como lo sostiene LA CONVOCANTE.

El proceso sancionatorio adelantado por la entidad pública tenía por objeto determinar el incumplimiento del contratista basado en dos hechos o “cargos” fundamentales: la no culminación de las actividades a la fecha de terminación del plazo contractual y el incumplimiento consistente

¹¹⁰ Cfr. T.162 de 1998. Corte Constitucional. M.P. Eduardo Cifuentes:

“La determinación del objeto del proceso se rige por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes que interesan al mismo, respecto de los cuales el juez del contrato está limitado a su alegación por la parte demandante. La identificación de la causa petendi, debe investigarse en el ruego introductorio y responde a la cuestión de por qué se litiga, con apoyo en qué, al soporte del petitum¹¹⁰, en otras palabras, a las razones que sustentan las peticiones del demandante. Se compone de un aspecto fáctico, constituido por los hechos concretos y, por el agregado jurídico, constituido por las normas jurídicas a las cuales se deben adecuar los hechos materia de la litis, como al proceso argumentativo que sustenta la calificación de los hechos jurídicos respecto de los cuales se busca extraer una consecuencia jurídica.”

¹¹¹ El artículo 303 de la Ley 1564, establece que “[...] la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes [...]”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

en no haber respetado los valores de la oferta incluyendo ítems respecto de los cuales no existía acuerdo contractual lo que habría generado inconsistencias en el tema financiero del contrato y ocasionado perjuicios a la entidad contratante.¹¹²

Visto el material probatorio obrante en el expediente el Tribunal advierte lo siguiente:

Mediante comunicación de 1 de noviembre de 2016, AVANTE citó a LA CONVOCANTE, a una audiencia para la declaratoria de un posible incumplimiento del contrato 2013-014. En dicha comunicación se señaló que de conformidad con el informe presentado por el Supervisor del contrato el 23 de septiembre de 2016 se evidenciaba un posible incumplimiento por parte del contratista respecto a sus obligaciones contractuales en los siguientes términos:

“... toda vez que a dicha fecha y vencido el término de ejecución del contrato SICE, no se cumplió con los plazos fijados en la ejecución del contrato, situación que puede observarse plenamente en el año 2015 en donde no se entregó ni a la Interventoría como a la Supervisión de la UAE SETP un cronograma de actividades, situación por la cual el día 04 de mayo de 2016 fecha de terminación del contrato aún existen obras inconclusas y la INTERVENTORIA no puede dar un recibo a satisfacción de ejecución del objeto contractual por que

¹¹² Expresamente señaló la Resolución 331 de 2017:

“Cargo 1. LA SOCIEDAD IBERICA DE CONSTRUCCIONES ELECTRICAS, no cumplió con los plazos fijados en la ejecución del contrato, situación que puede observarse plenamente en el año 2016, en donde no se entregó ni a la Interventoría ni a la Supervisión de AVANTE SETP un cronograma de actividades.”

“Cargo 2. LA SOCIEDAD IBERICA DE CONSTRUCCIONES ELECTRICAS, no conservo los valores iniciales de la oferta en cuanto a los ítems que fueron modificados mediante actas de concertación de precios y actas modificatorias que no fueron avaladas por AVANTE SETP”.

Por su parte, en la resolución se decidió:

ARTICULO PRIMERO.- DECLARAR el incumplimiento parcial del contrato No. 2013 - 014 por parte de la SOCIEDAD IBERICA DE CONSTRUCCIONES ELECTRICAS - SICE con NIT. 444444642, representada legalmente por el señor FRANCISCO JOSÉ MASET VAZQUEZ o quien haga sus veces, de conformidad con la parte motiva de la presente Resolución.”

“ARTICULO TERCERO.- De conformidad con lo anterior hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria al interior del contrato de suministro 2013-014, equivalente a un diez por ciento (10%), del valor del contrato, esto es por la suma de CIENTO TRECE MILLONES QUINIENTOS OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (\$113.508.336.) M/CTE.”

“ARTICULO NOVENO. ORDENAR el pago a título de indemnización al cuantificar que el valor de los perjuicios causados al interior del contrato de suministro 2013-014, hacienden a la suma de DOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$ 2.550.000.000). Dicho suma deberá ser asumida de manera solidaria entre la SOCIEDAD IBERICA DE CONSTRUCCIONES ELECTRICAS - SICE y el CONSORCIO SEMAFORIZACION PASTO quien ejerció la correspondiente interventoría del contrato (2014- 001).”

Por su parte, en la Resolución 372 de 2017 que resolvió el recurso de reposición, la entidad adoptó, entre otras, las siguientes decisiones:

“ARTICULO CUARTO.- DECLARAR el incumplimiento parcial del contrato No. 2013 - 014 por parte de la SOCIEDAD IBERICA DE CONSTRUCCIONES ELECTRICAS - SICE con NIT.444444642, representada legalmente por el señor FRANCISCO JOSE MASET VAZQUEZ o quien haga sus veces, de conformidad con la parte motiva de la presente Resolución.

ARTICULO SEXTO.- De conformidad con lo anterior hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato de suministro 2013-014, equivalente a un diez por ciento (10%) del valor del contrato, esto es por la cláusula penal que es del diez por ciento (10 %) del valor del incumplimiento que es el uno punto cinco por ciento (1.5%) de ejecución del contrato: CIENTO SETENTA MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON TREINTA Y TRES CENTAVOS (\$170.263.245,33) por el diez por ciento (10%) equivalente a DIECISIETE MILLONES VEINTISEISMIL TRESCIENTOS VEINTICUATRO PESOS CON CINCUENTA Y TRES CENTAVOS (\$ 17.026.324,53) por concepto de clausula penal.”

ARTICULO DECIMO SEGUNDO. ORDENAR el pago a título de perjuicios causados por incumplimiento la suma de MIL NOVECIENTOS TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$1.903.500.000), al contratista SOCIEDAD IBERICA DE CONSTRUCCIONES ELECTRICAS – SICE a favor de AVANTE SETP valores que serán integrados a las cuentas de la entidad.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

no se cumple con los requisitos establecidos en el contrato de suministro. Sumado a que existen un sin número de inconsistencias en el tema Financiero del contrato.”

Adicionalmente, en la citada comunicación se advirtieron al contratista las posibles consecuencias así:

“La audiencia va encaminada a determinar si hay lugar a decretar un presunto incumplimiento del contrato de suministro 2013 – 014 suscrito con SICE – Sociedad Ibérica de Construcciones Eléctricas cuyo objeto es el “suministro, instalación y puesta en marcha del sistema de semaforización de la ciudad de Pasto”. Se le advierte al contratista que una vez escuchados los descargos de las partes y teniendo en cuenta el acervo probatorio si se determina que efectivamente incumplió con sus obligaciones contractuales, se hará necesario hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula décima del contrato suministro 2013 -014, en donde se establece que si se declara el Incumplimiento del contrato, se causara el pago de una pena pecuniaria a favor de AVANTE SETP y a cargo del Contratista en una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato.”

En la audiencia de descargos se otorgó la oportunidad al contratista de expresar sus opiniones respecto de los informes de la interventoría CSP 269 del 18 de abril de 2016, CSP 278 de 3 de mayo de 2016 y del informe de presunto incumplimiento de 23 de septiembre de 2016 presentado por el Supervisor del contrato, así como también frente a las manifestaciones consignadas en la audiencia de descargos presentada por la interventoría los días 10 y 11 de noviembre de 2016.

A su turno, el proceso arbitral tenía por objeto principalmente determinar el incumplimiento de la entidad pública en los deberes de planeación del contrato lo que habría significado la alteración de la oferta presentada por SICE, la afectación del plan de negocio, la modificación del cronograma de ejecución del contrato y consecuentemente habría generado sobrecostos por mayor permanencia para SICE. Por consiguiente, las pretensiones principales versaban sobre la existencia de posibles sobrecostos por concepto de gastos administrativos.¹¹³

También formó parte de la controversia la determinación de la modalidad del contrato, esto es, si era un contrato por precios unitarios, caso en el cual se solicitaba declarar que el contrato fue objeto

¹¹³ Estando en curso el proceso sancionatorio, el contratista presentó el 21 de marzo de 2017 solicitud de convocatoria a un Tribunal de Arbitramento en contra de la entidad pública. El Tribunal se instaló el 26 de julio de 2017. La demanda arbitral tenía por objeto las siguientes pretensiones:

“3.1. PRETENSIONES PRINCIPALES

3.1.1. PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA INDEBIDA PLANEACIÓN DE LA ENTIDAD CONTRATANTE

3.1.1.1. *Que se declare que AVANTE SETP faltó al deber de planeación consagrado en los artículos 25 y siguientes de la Ley 80 1993, al contratar el suministro, instalación y puesta en marcha del sistema de semaforización de la ciudad de Pasto, sin que previamente se hubieran concluido por parte de sus contratistas las obras civiles y de infraestructura necesarias para la instalación de las intersecciones semaforicas.*

3.1.1.2. *Que se declare que AVANTE SETP faltó al deber de planeación consagrado en la Ley 80 de 1993 al exigir al Contratista efectuar y garantizar la conexión de las intersecciones semaforicas sobre los anillos de fibra optica ya instalados por el Municipio de Pasto, red de fibra optica que no cumplía con la totalidad de las condiciones necesarias para la ejecución del proyecto contratado.*

3.1.1.3. *Que se declare que la indebida planeación de AVANTE SETP trajo consigo la alteración de la oferta presentada por SICE, la afectación del plan de negocio, la modificación del cronograma de ejecución del contrato y sobrecostos por mayor permanencia para SICE.*

3.1.1.4. *Que se declare que como consecuencia de la indebida planeación de AVANTE SETP y de la mayor permanencia en la ejecución del Contrato No.2013-014, SICE tuvo que incurrir en sobrecostos para poder cubrir los gastos administrativos del contrato*

3.1.1.5. *Que se declare que, a la fecha, AVANTE SETP no ha reconocido los sobrecostos en que tuvo que incurrir SICE para poder cubrir los gastos administrativos ocasionados por la mayor permanencia en la ejecución del Contrato 2013-014.*

3.1.1.6. *Que como consecuencia de todo lo anterior se condene a AVANTE SETP al pago de los gastos administrativos no reconocidos a SICE y asumidos por este, desde el 17 de mayo de 2015 en adelante, hasta la fecha de finalización definitiva de actividades, en consideración a la suma que resulte probada dentro del proceso.*

3.1.1.7. *Que para efectos de la liquidación del Contrato 2013-014, y el reconocimiento de las sumas a favor de SICE, el Tribunal deberá tener en cuenta los gastos administrativos en que debió incurrir SICE, a partir del 17 de mayo de 2015, y hasta la fecha de terminación del Contrato.*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

de cambios de las condiciones técnicas y características de los bienes a suministrar e instalar, así como a la ejecución de ítems no previstos en el proyecto inicial, que implicaron para el Contratista la ejecución de **mayores cantidades de suministros y de obras** al igual que el suministro de bienes y **la ejecución de obras adicionales**.¹¹⁴

También se pretendía que el Tribunal adelantara la liquidación del contrato, incluyendo las cantidades no pagadas por la Entidad Contratante al Contratista, en particular las que se encuentran relacionadas en la Planilla No. 10, de fecha 3 de septiembre de 2016, por valor total de \$2.525.672.077, suma esta que incluye tanto las actividades previstas en el objeto contractual como las mayores cantidades de obra y obras adicionales.¹¹⁵

Ahora bien; subsidiariamente se solicitaba declarar que en el caso que el contrato fuera a precio global fijo, debido a cambios de las condiciones técnicas y características de los bienes a suministrar e instalar, así como a la ejecución de ítems no previstos en el proyecto inicial, el Contratista incurrió en la ejecución de mayores cantidades de suministros y obras al igual que de suministros y obras adicionales, lo que le habría generado un desequilibrio económico. Por lo tanto, se solicitó condenar a la entidad pública a pagar el valor de las sumas adeudadas por concepto de las actividades ejecutadas en desarrollo del Contrato que constan en la Planilla 10, por valor de (\$2.525.672.077).¹¹⁶

¹¹⁴ Las pretensiones invocadas por este respecto fueron las siguientes:

“3.1.2 PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PAGO DE LAS SUMAS PENDIENTES POR CAMBIOS EN LAS CONDICIONES ORIGINALES DEL CONTRATO No.2013-014

“3.1.2.1 Que se declare que el Contrato No. 2013-014 suscrito entre AVANTE SETP y SICE para el “SUMINISTRO, INSTALACIÓN Y PUESTA EN MARCHA DEL SISTEMA DE SEMAFORIZACIÓN DE LA CIUDAD DE PASTO” era un contrato a precios unitarios, cuyo valor se definiría de acuerdo con las cantidades de obras y bienes efectivamente suministrados e instalados por el Contratista, debidamente certificados por el Interventor designado por la Entidad Contratante.

3.1.2.2. Que se declare que durante la vigencia del Contrato No. 2013-014, entre la Entidad Contratante directamente o a través de la Interventoría y el Contratista, se acordaron cambios de las condiciones técnicas y características de los bienes a suministrar e instalar, así como a la ejecución de ítems no previstos en el proyecto inicial, que implicaron para el Contratista la ejecución de mayores cantidades de suministros y de obras al igual que el suministro de bienes y la ejecución de obras adicionales.

3.1.2.3. Que se declare que en la medida en que el Sistema Semafórico objeto del Contrato No.2013-014 fue entregado por el Contratista y recibido por la Entidad Contratante, procede el pago de las sumas adeudadas por esta última al Contratista, por razón de la ejecución de las actividades y obligaciones contractuales que se encuentran debidamente verificadas y avaladas por el Interventor del Contrato.

(...)

3.1.2.5. Que como consecuencia de estas declaraciones se condene a pagar a la Convocada la suma de DOS MIL QUINIENTOS VEINTICINCO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETENTA Y SIETE PESOS (\$2.525.672.077) como suma impaga de los servicios y reconocimientos del Contrato 2013-014, o la suma que resulte probada en el proceso.

3.1.2.6. Que se condene a AVANTE SETP a pagar sobre las sumas a que se refiere la pretensión 3.1.2.5 anterior, intereses moratorios a la tasa de mora prevista en la Ley 80 de 1993, desde la fecha de terminación del contrato y hasta la fecha de su pago efectivo a SICE.

¹¹⁵ 3.1.2.4. Que debido a que no se ha iniciado el proceso de liquidación del contrato, se adelante la mencionada liquidación ante ese Tribunal y se declaren como ciertas las cantidades que han sido dejadas de pagar por la Entidad Contratante al Contratista, en particular las que se encuentran relacionadas en la Planilla No. 10, de fecha 3 de septiembre de 2016, correspondiente a la Consolidación Final del Contrato de Suministro Instalación y Puesta en Marcha del Sistema de SemafORIZACIÓN para la Ciudad de Pasto, por valor total de DOS MIL QUINIENTOS VEINTICINCO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETENTA Y SIETE PESOS (\$2.525.672.077), suma esta que incluye tanto las actividades previstas en el objeto contractual como las mayores cantidades de obra y obras adicionales ejecutadas por el Contratista, actividades todas estas que fueron verificadas y avaladas por el Interventor del Contrato según consta, adicionalmente, en el Informe Final presentado por este último.

¹¹⁶ Las pretensiones por este respecto, fueron las siguientes:

3.2.1. PRETENSIONES RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE LA ENTIDAD CONTRATANTE Y LA RESTAURACIÓN DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL.

3.2.1.1. Que en el evento que no se considere que el Contrato No. 2013- 014 suscrito entre AVANTE SETP y SICE para el “SUMINISTRO, INSTALACIÓN Y PUESTA EN MARCHA DEL SISTEMA DE SEMAFORIZACIÓN DE LA CIUDAD DE PASTO”, es un contrato de precios unitarios, se establezca si este era un contrato a precio global fijo, cuyo valor se definió de acuerdo con las cantidades de obras y bienes proyectados

3.2.1.2 En el evento en que el contrato se considere a precio global fijo, se declare que durante la vigencia del Contrato No. 2013-014 y su adición, se ejecutaron las actividades y obras, acordadas entre la Entidad Contratante directamente o a través de la Interventoría y el Contratista, y que debido a cambios de las condiciones técnicas y características de los bienes a suministrar e instalar, así como a la ejecución de ítems no previstos en el proyecto inicial, el Contratista incurrió en la ejecución de mayores cantidades de suministros y obras al igual que de suministros y obras adicionales.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

El trámite arbitral tenía adicionalmente una pretensión para que se declarara que el contrato había finalizado el 4 de junio de 2016, por haber operado el silencio administrativo frente a la solicitud de prórroga presentada por el contratista.¹¹⁷

Visto lo anterior para el Tribunal no es cierto que los dos asuntos tenían los mismos hechos ni se discutieran los mismos problemas jurídicos, pues unas eran las discusiones que servían de base a la reclamación ante el Tribunal Arbitral y otras las que servían de base a la investigación administrativa.

En efecto, la discusión sometida a decisión del Tribunal Arbitral era la de si siendo el contrato de precios unitarios su valor se definiría “... de acuerdo con las cantidades de obra y bienes efectivamente suministrados e instalados por el Contratista” y por lo tanto si, “... procede el pago de las sumas adeudadas por esta última al Contratista, por razón de la ejecución de las actividades y obligaciones contractuales que se encuentran debidamente verificadas”, en particular las relacionadas en la planilla 10 por valor de \$2.525.672.077 suma que incluiría “...las actividades previstas en el objeto contractual como las mayores cantidades de obra y obras adicionales ejecutadas por el contratista, actividades todas estas que fueron verificadas y avaladas por el Interventor del contrato.”¹¹⁸

Pero esta es una controversia diferente a que se declare que el contratista entregó en la oportunidad prevista en el contrato las obras o, en general, a que se declare si el contratista se encontraba cumplido en todas sus obligaciones y si ello hacia precedente o no la declaración de incumplimiento y la imposición de una cláusula penal. Se trata de dos disputas por completo diferentes, que además, pueden coexistir sin que la una excluya la otra.¹¹⁹

3.2.1.3. *Que se declare que al haberse tenido que adelantar las obras conforme a las solicitudes de la Entidad, se ha generado un desequilibrio económico del contrato el cual debe ser reconocido por la Entidad Contratante, a efectos de no generarle cargas imposibles de asumir al contratista*

3.2.1.4. *Que se declare que la Entidad Contratante incumplió el Contrato al no pagar al Contratista los suministros y obras relacionados en la Planilla No. 10, de fecha 3 de septiembre de 2016, correspondiente a la Consolidación Final del Contrato de Suministro Instalación y Puesta en Marcha del Sistema de Semafización para la Ciudad de Pasto, por valor total de DOS MIL QUINIENTOS VEINTICINCO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETENTA Y SIETE PESOS (\$2.525.672.077), suma esta que incluye tanto las actividades previstas en el objeto contractual como las mayores cantidades de obra y obras adicionales ejecutadas por el Contratista, actividades todas estas que fueron verificadas y avaladas por el Interventor del Contrato.*

3.2.1.5. *Que como consecuencia de la declaratoria de afectación del equilibrio económico del Contrato y del incumplimiento por parte de AVANTE SETP, se condene a AVANTE SETP a pagar a SICE el valor de las suma adeudadas por concepto de las actividades ejecutadas en desarrollo del Contrato, y que fueron debidamente verificadas por la Interventoría en la Planilla No. 10 del 3 de septiembre de 2016, por valor de DOS MIL QUINIENTOS VEINTICINCO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETENTA Y SIETE PESOS (\$2.525.672.077), en un todo de acuerdo con los precios pactados en el Contrato y en las Actas de Concertación de Precios, o la suma que resulte probada en el proceso.*

3.2.1.6. *Que se condene a AVANTE SETP a pagar sobre la suma a que se refiere la pretensión 3.2.1.5 anterior, intereses moratorios a la tasa de mora prevista en la Ley 80 de 1993, desde la fecha de terminación del contrato y hasta la fecha de su pago efectivo a SICE.*

3.2.1.7. *Que como consecuencia de las anteriores pretensiones, el Tribunal proceda a liquidar el Contrato 2013-014, teniendo en cuenta las condenas y las compensaciones a las que haya lugar en el presente proceso.”*

¹¹⁷ La pretensión invocada fue la siguiente:

3.1.3. PRETENSIÓN RELACIONADA CON LA FECHA EFECTIVA DE LA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO 2013-014

3.1.3.1. *Que se declare que el Contrato 2013-014 finalizó el día 4 de junio de 2016, al operar el silencio administrativo positivo derivado de la no respuesta de AVANTE SETP a la solicitud de prórroga presentada por el Contratista, solicitud esta que presentaba concepto de viabilidad por parte del Interventor.*

¹¹⁸ Así lo interpretó el Tribunal en el Laudo Arbitral cuando al interpretar las pretensiones afirmó:

“El segundo grupo de pretensiones se encuentra expresado dentro del subcapítulo 3.1.2. (con sus numerales subalternos) y se concreta en la solicitud de condena al pago de \$2.525.672.077, más intereses de mora, por concepto de obras ejecutadas por SICE, recibidas y no pagadas por AVANTE, “suma esta que incluye tanto las actividades previstas en el objeto contractual como las mayores cantidades de obra y obras adicionales ejecutadas por el Contratista, actividades todas estas que fueron verificadas y avaladas por el Interventor del Contrato según consta, adicionalmente, en el Informe Final presentado por este último” o, en su defecto, que se condene por este concepto al pago de la suma que resulte probada en el proceso.”

¹¹⁹ Quiere precisar aquí el Tribunal que si bien en la demanda que dio inicio al primer trámite arbitral entre las partes, se señaló como uno de los fundamentos jurídicos que: “No se dan las condiciones para hacer efectiva la totalidad de la cláusula penal pecuniaria establecida en la cláusula décima del contrato 2013-014” ello sólo constituyó una alegación asilada efectuada en

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

Bien puede ocurrir que el contratista en un contrato a precios unitarios haya ejecutado la totalidad de las obras contratadas y que por ello tenga derecho a percibir la totalidad de la remuneración pactada en función de las cantidades de obra realmente ejecutadas. Y ello puede haber ocurrido o bien porque el contratista culminó sus trabajos en oportunidad, o bien porque entregó después del vencimiento del término contractual. En ambos casos su derecho a percibir la remuneración, en línea de principio, se encuentra a salvo y podrá reclamarlo.

Pero esta conclusión no excluye materialmente la discusión que puede suscitar su co-contratante en relación con la oportunidad en el cumplimiento de la prestación, - entrega de suministros y/o de las obras -, y si existiendo mora en la conclusión de las mismas ella ha generado o no perjuicios a la otra parte y la extensión y cuantía de los mismos, ni la discusión consistente en si la pretendida modificación del contrato, mediante actas de concertación de precios y actas modificatorias que no fueron avaladas por AVANTE constituye o no un incumplimiento contractual. Para el Tribunal se trata de dos controversias que tienen motivos de hecho y fundamentos jurídicos diversos y que por tanto, pueden naturalmente co - existir.

Es tan clara la diferencia de objeto de cada uno de los tramites, de una parte el proceso administrativo y de la otra el trámite arbitral, que hasta la propia convocante reconoce la procedencia de un medio de control diverso o distinto frente a las resoluciones, el cual no habría intentado, por cuanto las resoluciones fueron posteriores a la presentación de la demanda arbitral. No obstante, el Tribunal advierte que tampoco fueron incluidos en una reforma de la demanda arbitral, a pesar de que ello hubiere sido posible procesalmente.

Así, por este aspecto el Tribunal considera que los hechos y causa de pedir que se discutían en cada uno de los tramites si bien derivados del mismo contrato, eran diferentes y tenían fundamentos facticos y jurídicos diversos, que impiden encontrar entre los mismos la identidad que reclama la demanda, por lo que no encuentra el Tribunal ajustada a la realidad la afirmación de LA CONVOCANTE según la cual *“los hechos que dieron lugar al inicio del Proceso de Incumplimiento que arrojó como resultado la citada Resolución, fueron prácticamente los mismos que fueron puestos a consideración del Tribunal de Arbitramento y fallados por este último en cumplimiento de la cláusula compromisoria, generándose en la actualidad dos (2) decisiones contradictorias”*.

4.1.1.4. La existencia de medidas cautelares decretadas en el anterior trámite arbitral, tampoco enervó la competencia de la administración

En adición a lo anterior, la falta de competencia invocada por la Convocante se sustenta en el hecho de que en el anterior trámite arbitral se decretaron medidas cautelares, circunstancia adicional que impedía a la Administración proferir cualquier decisión en relación con los posibles incumplimientos del contratista. En particular la demanda sostiene que luego de proferida la resolución que puso término al procedimiento administrativo fue decretada una medida cautelar tendiente a obtener la suspensión del mismo amparada en que *“... el hecho de que la Entidad Contratante continuara con el Proceso Sancionatorio citado, era un claro desconocimiento al inicio del trámite del Tribunal de Arbitramento en desarrollo de la cláusula compromisoria pactada legalmente entre las partes del Contrato, entre otros derechos, que fueron esbozados por el apoderado del Contratista en el escrito de solicitud de medidas cautelares”* (HECHO 3.1.17)

Sobre este particular, el Tribunal encuentra acreditado en el expediente lo siguiente:

la demanda, que no desarrolló ninguna pretensión principal ni subsidiaria de la misma, y por ende, desprovista de análisis y pronunciamiento alguno por parte del Tribunal en el Laudo Arbitral de 6 de septiembre de 2018.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

Con posterioridad a la expedición de la Resolución 331 de 25 de agosto de 2016, el contratista presentó el 7 de septiembre de 2017 solicitud para el decreto de medidas cautelares ante el Tribunal Arbitral, así:

“1. Se ordene a AVANTE como medida cautelar suspender de manera inmediata el procedimiento sancionatorio de declaratoria de incumplimiento que adelanta en contra de SICE y en consecuencia suspenda los efectos de la Resolución NO. 331 de agosto 25 de 2017 en su parte resolutive y en lo que afecte de forma directa o indirecta a SICE

2. Se ordene a AVANTE como medida cautelar, se abstenga de hacer efectiva o cobrar los valores de que trata la parte Resolutiva del Acto Administrativo de agosto 25 de 2017, con el cual se dio por terminado el Proceso de Incumplimiento.

3. Se ordene a AVANTE como medida cautelar, se abstenga de hacer pronunciamientos, declaraciones, manifestaciones, juicios y ejecutar actos o aplicar decisiones sobre incumplimientos y los asuntos sometidos a decisión del Tribunal Arbitral, hasta tanto no se pronuncie el juez competente sobre las pretensiones de la demanda arbitral, y

4. Se ordene a AVANTE cualquier otra medida cautelar que sea necesaria para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad del laudo arbitral”

Mediante resolución 372 de 2 de octubre de 2017, la entidad pública resolvió el recurso de reposición contra la resolución 331 de 25 de agosto de 2016, quedando agotada la vía gubernativa.

En providencia de 9 de octubre de 2017 el Tribunal arbitral decretó las siguientes medidas cautelares:

“1. Ordenar que AVANTE suspenda de manera inmediata el procedimiento sancionatorio de declaratoria de incumplimiento que adelanta en contra de SICE y en consecuencia suspenda los efectos de la Resolución No. 331 de agosto 25 de 2017 en su parte resolutive y en lo que afecte de forma directa o indirecta a SICE y de cualquier acto confirmatorio de la misma.

2. Ordenar a AVANTE, se abstenga de hacer efectiva o cobrar los valores de que trata la parte Resolutiva del Acto Administrativo de agosto 25 de 2017, con el cual se dio por terminado el Proceso de Incumplimiento y de cualquier acto confirmatorio de la misma.

3. Ordenar a AVANTE, que se abstenga de hacer pronunciamientos, declaraciones, manifestaciones, juicios y ejecutar actos o aplicar decisiones sobre incumplimientos y los asuntos sometidos a decisión del Tribunal Arbitral, hasta tanto no se pronuncie el Tribunal las pretensiones de la demanda arbitral.”

Lo primero que advierte el Tribunal en este aspecto es que el decreto de medidas cautelares se produjo con posterioridad a las fechas en que se profirieron las Resoluciones 331 y 372 de 2017 y por lo tanto, desde la perspectiva de la vigencia temporal y efecto de la misma, su adopción no tendría la virtualidad de haber privado de capacidad legal a la entidad pública para expedir los actos administrativos enjuiciados, actos administrativos cuyo nacimiento a la vida jurídica habría acaecido con anterioridad. Dicha determinación del Tribunal Arbitral por su naturaleza solo pudo empezar a producir sus efectos a partir de su ejecutoria razón por la cual la sola solicitud de medidas cautelares impetradas por LA CONVOCANTE no tuvo ningún efecto vinculante para la entidad.

Ahora bien, los actos administrativos que profieran las administraciones públicas o los particulares en el ejercicio de la función administrativa, por regla general son ejecutables y producen efectos desde que adquieren firmeza y carácter ejecutorio; sin embargo, por virtud de las medidas cautelares

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

decretadas, se ordenó suspender los efectos de las Resoluciones 331 y 372¹²⁰, pero ello sólo ocurrió con efectos hacia el futuro, una vez decretadas las cautelas y de manera temporal, hasta que se profiriera una decisión de fondo en el citado Tribunal Arbitral.

Por lo demás, sabido es que las medidas cautelares son una institución por naturaleza temporal y cuyo objeto esencial es el de proteger el resultado del proceso en el cual son adoptadas. A este propósito vale destacar, de una parte, que la medida decretada fue la de ordenar suspender el procedimiento sancionatorio de declaratoria de incumplimiento y ordenar la suspensión de los efectos de la Resolución No. 331 de agosto 25 de 2017 en su parte resolutive y ordenar a AVANTE se abstuviera de hacer efectiva o de cobrar los valores de que trata la parte resolutive de la misma y de cualquier acto confirmatorio, así como abstenerse de hacer pronunciamientos, declaraciones, manifestaciones, juicios y ejecutar actos o aplicar decisiones sobre incumplimientos y los asuntos sometidos a decisión del Tribunal Arbitral, hasta tanto no se pronunciara el Tribunal frente a las pretensiones de la demanda arbitral.

Y dicho efecto se agotó durante el trámite arbitral anterior pues ninguna prueba obra en el expediente que dé cuenta de que una vez decretada la medida cautelar, se haya continuado con el procedimiento administrativo o se haya procedido con la ejecución de las decisiones en ellas contenidas, aspectos estos por lo demás ajenos a la materia objeto del presente debate. Destaca si el Tribunal que además dicha medida fue posteriormente levantada una vez agotó su objeto y se profirió el Laudo decidiendo las pretensiones de la demanda arbitral.

En conclusión, el decreto de las medidas cautelares se produjo con posterioridad a la expedición de los actos administrativos y las mismas sólo tuvieron un efecto limitado en el tiempo a partir de su decreto y hasta que se profirió el Laudo Arbitral de 6 de septiembre de 2018.

Por consiguiente, en nada restaron capacidad jurídica a la entidad para la expedición de los actos aquí impugnados.

Por último LA CONVOCANTE ha invocado que las Resoluciones impugnadas habrían sido expedidas además “... *de mala fe en claro desconocimiento del derecho de defensa y en abierto desconocimiento a la autoridad del Juez del Contrato...*” alegación que hace consistir esencialmente que la CONVOCADA habría (i) continuado con el proceso de incumplimiento y proferido la resolución No 331 de agosto 25 de 2017; (ii) desconocido la cláusula compromisoria y se habría abrogado las facultades propias del Juez del Contrato; y (iii) que la demanda arbitral correspondiente se encontraba admitida para el día 25 de agosto de 2017, fecha de expedición de la citada resolución (Num. 5.7 Fundamentos de Derecho).

Frente a ello el Tribunal reitera que la CONVOCADA se encontraba para la fecha de expedición de las Resoluciones legalmente facultada para adelantar el proceso administrativo de incumplimiento y que, como ya se vio, ni la demanda arbitral ni las medidas cautelares tuvieron incidencia frente a la competencia de la CONVOCADA para continuar y culminar el citado procedimiento administrativo mediante la expedición de las resoluciones aquí impugnadas, por lo que no encuentra fundamento el Tribunal a la alegación de mala fe y desconocimiento de derecho de defensa o desconocimiento a la autoridad del Juez del contrato elevada por la CONVOCANTE.

¹²⁰ **ARTÍCULO 91 CPACA. PÉRDIDA DE EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.** Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

Conforme la motivación detallada, el Tribunal concluye lo siguiente:

La entidad pública se encontraba habilitada legalmente para adelantar un proceso sancionatorio contra el contratista con ocasión de su posible incumplimiento.

No existió ninguna causa legal para la cesación de las funciones de la entidad pública

La iniciación del trámite arbitral anterior no extinguió la facultad sancionatoria de la administración. El proceso sancionatorio y el trámite arbitral conocieron de hechos y controversias judiciales diferentes e independientes.

El decreto de medidas cautelares en el anterior trámite arbitral, tampoco enervó la competencia de la administración.

Por consiguiente, desde el punto de vista de la competencia que es el aspecto que aquí se examina, no se violó ninguna de las disposiciones legales y contractuales invocadas en la demanda (cláusula trigésimo segunda del contrato, artículo 1602 del Código Civil, Artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y, artículo 116 de la Constitución Política), así como tampoco actuó de mala fe, o con desconocimiento del debido proceso ni del derecho de defensa de la Contratista ni de la autoridad del Juez del Contrato. En este aspecto la entidad pública actuó conforme la Constitución Política, la ley y la previsión contractual que la habilitaban para ejercer su atribución, decretar el incumplimiento, imponer multas y en su caso las demás sanciones previstas en la Ley al contratista.

Por lo anterior el Tribunal negará las pretensiones principales de la demanda: 4.1.1., parcialmente la pretensión 4.1.2., - en tanto en esta pretensión también se alega la falta de competencia para haber continuado con el proceso sancionatorio -, y 4.1.3. y, por lo mismo, negará la declaratoria de nulidad de las resoluciones 331 y 372 de 2017 invocadas en las pretensiones 4.1.4. y 4.1.5. , por la causal de falta de competencia.

4.2. La falsa motivación

Ya se vio como los presupuestos de validez del acto administrativo son aquellos necesarios para que la decisión de la administración nazca a la vida jurídica, como son: Ser expedido por el órgano competente; de conformidad con la Constitución y el ordenamiento jurídico vigente, que su expedición sea regular y que tenga motivos y fines lícitos.

Por consiguiente, el Tribunal se ocupará ahora de la causal de nulidad de falsa motivación, invocada por LA CONVOCANTE contra los actos administrativos impugnados.

4.2.1. La falsa motivación como causal de nulidad del acto administrativo

La motivación de un acto de la administración es la expresión de la causa que justifica la manifestación de voluntad de la administración y por lo tanto, es un elemento esencial de los actos administrativos. Está constituida por la representación y valoración que el sujeto titular del poder administrativo hace de unos hechos, que lo impulsan a declarar su voluntad y a generar con ella determinados efectos jurídicos.

Los motivos del acto administrativo han sido entendidos como las circunstancias de hecho y de derecho que determinan las decisiones de la administración. La motivación supone entonces la fijación de unos hechos o supuestos fácticos, la invocación de las normas jurídicas aplicables al asunto y la exposición de las razones que justifican la decisión. Así entendida, la motivación permite

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

determinar si la decisión se ajusta a los fines de la administración y a la vez garantiza los derechos de contradicción y defensa, ya que sus destinatarios pueden conocer los hechos y argumentos con fundamento en los cuales se ha adoptado la decisión, impidiendo así que la administración actúe de manera arbitraria. Por ello constituye un presupuesto de validez del acto, “...ya que la exteriorización de los móviles de la decisión, serán determinantes para que se reconozcan los aspectos sobre los cuales podría existir un disenso jurídico que amerite la impugnación del acto e inclusive el control judicial del mismo.”¹²¹

La motivación debe proporcionar la información sustancial fáctica y jurídica que permita la comprensión de las razones de la decisión y acredite la legalidad del acto. La motivación constituye entonces, “... uno de los elementos esenciales o fundamentos de legalidad del acto administrativo, al tal punto que cuando se pretermite, o cuando se demuestra que las razones que sustentan la decisión no son reales, no existen o están distorsionadas se presenta un vicio que lo invalida”¹²².

En relación con la importancia de la motivación ha señalado el Consejo de Estado:

“La importancia de la motivación ha sido desarrollada también por la jurisprudencia constitucional, en la cual se ha señalado claramente que en el estado social de derecho, tal exigencia de motivación tiene relación directa con los principios constitucionales de publicidad, debido proceso y defensa: “La motivación de los actos administrativos responde a la garantía de los principios de legalidad y de publicidad y al respeto al derecho al debido proceso, toda vez que dicha motivación permite el ejercicio del derecho a la defensa, lo cual evita la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas. Por lo tanto, la motivación de los actos administrativos asegura la garantía constitucional al derecho fundamental al debido proceso”¹²³

Por su parte, la Corte Constitucional ha definido la motivación como “...la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad”¹²⁴.

La doctrina¹²⁵, por su parte, ha señalado que para analizar la motivación de los actos administrativos, se deben distinguir dos elementos:

(i) Los hechos y consideraciones que sirven de fundamento al acto y se relacionan tanto con la oportunidad del acto como con su legalidad. Respecto de la oportunidad del acto, éste debe mencionar los hechos concretos, la importancia que la administración le otorgue y la influencia que esos hechos han tenido sobre el ejercicio del poder discrecional. Y respecto de la legalidad, el acto debe contener la explicación del sentido de la ley, la constatación de los hechos que constituyen la condición para la aplicación de la ley y una afirmación de que estos hechos han sido sometidos a una calificación jurídica apropiada.

ii) La motivación del acto, trátase de la interpretación que el autor le ha dado a la ley, la constatación de los hechos, la calificación jurídica de éstos, o los hechos y consideraciones a las que el autor otorga una importancia fundamental, deben tener correspondencia con la materia reglada por el acto.

¹²¹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. M.P. Julio Roberto Piza. 18 de julio de 2019.

¹²² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. 12 de marzo de 2020.

¹²³ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala de Consulta y Servicio Civil. M.P. William Zambrano. 4 de julio de 2013.

¹²⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-250 de 1998, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

¹²⁵ Cfr. Manuel María Díez. “El Acto Administrativo”. Tipográfica Editora Argentina S.A. Buenos Aires. 1993. Doctrina citada en la sentencia del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, M.P. Hugo Fernando Bastidas. 22 de marzo de 2011.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

Así las cosas, podemos concluir que la motivación de un acto hace referencia a la causa que justifica la manifestación de voluntad la administración, debe obedecer a una certeza de los hechos y a una debida calificación jurídica y apreciación razonable, respetando siempre los criterios de legalidad.

La validez del acto administrativo requiere que los motivos por los cuales se expide sean ciertos, que correspondan con la materia reglada del acto de que se trate y que tengan el mérito suficiente para justificar la decisión. Cuando la representación y valoración de los hechos se ajusta a la realidad, el acto administrativo será regular y legal. Por el contrario, si la declaración de voluntad se fundamenta en hechos que no existieron o que fueron diferentes a como los presenta el sujeto titular del poder administrativo, el elemento causal del acto en este aspecto, se encontrará viciado, presentándose un caso de falsa motivación. Igualmente, cuando se aplican normas no llamadas a disciplinar el caso, o se distorsiona el mismo alcance de las normas llamadas a disciplinarlo el elemento causal del acto se encontrará igualmente viciado por este otro aspecto.

En consecuencia, para que el vicio de legalidad de falsa motivación puede configurarse, debe demostrarse:

Un desconocimiento de los supuestos fácticos en que debe soportarse la decisión porque la autoridad no los tiene en cuenta o, porque haciendo mención a los mismos, deforma la realidad de tal manera que deja por fuera o introduce algunas circunstancias de tiempo, modo y lugar, desconociendo la premisa según la cual, todo acto administrativo debe fundarse en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de su emisión; o,

Un desconocimiento de los supuestos jurídicos, porque no existen las normas en que se fundamentó la manifestación de voluntad de la administración, se utilizan preceptos que no tienen una relación con las hipótesis de hecho objeto de decisión o se invocan las disposiciones adecuadas pero se hace una interpretación errónea de las mismas.¹²⁶

También el Consejo de Estado¹²⁷ ha considerado que la falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas o contrarias a la realidad:

“La administración, por regla general, no tiene por qué expresar los motivos que le sirven de apoyo a su medida, ya que el deber de motivar constituye la excepción. Pero de esta observación no se concluye que los actos administrativos puedan carecer de motivo legal porque es bien sabido que éstos tienen que corresponder a la existencia de una situación fáctica o legal anterior de carácter determinante, máxime cuando con dichos actos se afecten ciertas situaciones jurídicas ya creadas.

“De allí que la carencia de motivos justificativos deje ver que la administración obró por razones ocultas, por fuera del interés de la comunidad; o por simple capricho, desviándose en ambas hipótesis de sus fines propios.”

¹²⁶ En el mismo sentido, ha dicho el Consejo de Estado:

“Así las cosas, el vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de tres eventos a saber:

- Cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados;
- Cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración, los que habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta.
- Por apreciación errónea de los hechos, «de suerte que los hechos aducidos efectivamente ocurrieron, pero no tienen los efectos o el alcance que les da el acto administrativo [...]». Cfr. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. M.P. William Hernández. 28 de febrero de 2020.

¹²⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Segunda. M.P. Carlos Aníbal Restrepo. Sentencia de 30 de agosto de 1977.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

Así mismo, la Jurisprudencia ha señalado que la falsa motivación se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación.

En todo caso, por virtud de la presunción de legalidad de la cual goza el acto administrativo, quien alega su nulidad por falsa motivación debe denunciar y demostrar la inexistencia o el error de los antecedentes de hecho y derecho que facultan su expedición, así como demostrar que los motivos para expedir el acto, no fueron los que la ley señala para el efecto.

Por consiguiente, procede el Tribunal a examinar si en la expedición de los actos administrativos se produjo alguna de las modalidades de falsa motivación ya señaladas.

4.2.1.1 El caso concreto

LA CONVOCANTE solicita se declare que AVANTE “... apeló a una falsa motivación para continuar con el proceso sancionatorio... y terminar el mismo con los actos administrativos de incumplimiento” (PRETENSION PRINCIPAL 4.1.2) y que la Resolución No. 331 del 25 de agosto de 2017, “... decretó el incumplimiento parcial del Contrato a cargo de mi poderdante, la imposición de la Cláusula Penal y la exigencia de una indemnización sin ningún tipo de razonabilidad jurídica ni financiera, y ordenó la liquidación del Contrato...”.

Acusa las resoluciones de “... la falta de coherencia” entre los cargos que fueron imputados y las impuestas sanciones y de adolecer de “...inexistencia de una lógica razonabilidad en la tasación de los perjuicios” y “... que la única relación que sorprendentemente hace la Entidad para valorar los perjuicios, es la cuantía de las pretensiones de la misma demanda arbitral que reconoce expresamente existe”.

También se afirma la “...falta de proporcionalidad al aplicar la cláusula penal”, así como considera que las resoluciones no tienen “...ningún sustento válido ni soportado para considerar que hubo incumplimiento” y por ello, “... no se explica la decisión de hacer efectiva una cláusula penal equivalente al 10%”.

Alega que no son ciertos “por haberlo decidido el juez del contrato”, los supuestos incumplimientos en los que se basó AVANTE para proferir las resoluciones, pues las condenas impuestas por el Tribunal de Arbitramento lo llevaron a declarar “...el cumplimiento del Contrato” por parte del contratista, en el numeral sexto de la parte resolutive del laudo arbitral. Por lo tanto, en opinión de LA CONVOCANTE dicha situación “... corresponde a una realidad jurídica y judicial contenida en un Laudo arbitral que hace tránsito a cosa juzgada y el cual fue proferido por el Juez del Contrato”.

Sostuvo igualmente que desde el momento en que fueron presentados los descargos por parte del Contratista, “...el contrato estaba cumplido” por lo cual, debió cerrarse la actuación por parte de la entidad contratante por virtud de lo dispuesto por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 por “...estar al frente de situaciones inexistentes y superadas ...”, que el informe final del proyecto presentado por la interventoría “...acreditaba el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista” y además, durante el curso del proceso, la entidad pagó el valor total de las obras pactadas.

La falsa motivación también se hace consistir en el propósito de la entidad, que según LA CONVOCANTE fue el de “... adoptar medidas coercitivas con el fin de atemorizar a los responsables de SICE con el pago de las sumas cuantiosas y evitar el pago de la sumas reclamadas” Las resoluciones presentarían “divergencias incuestionables entre la realidad fáctica y jurídica, debido a que siempre la administración trató de amedrentar a la empresa con sus facultades legales para sancionarlo y así persuadirlo de desistir de las reclamaciones legítimas que se tenían.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

Finalmente, afirma LA CONVOCANTE que la entidad pública incurrió en los siguientes errores: (i) “...nunca existió un perjuicio para la entidad y al contrario, existieron unas mayores cantidades de obra que han sido obligados a pagar en la liquidación”; (ii) la entidad mantuvo funciones “... con las cuales no contaban para mantener un proceso administrativo en el cual se declaró el incumplimiento en las resoluciones impugnadas” y, (iii) decretaron unos perjuicios “sin ninguna valoración objetiva”.

Así las cosas, el Tribunal procede a analizar las razones alegadas por LA CONVOCANTE como constitutivas de falsa motivación en las resoluciones impugnadas, en el siguiente orden:

- (i) Si a la terminación del contrato, el presunto incumplimiento era un hecho superado;
- (ii) Si el Tribunal Arbitral habría declarado en el Laudo de 6 de septiembre de 2018 el cumplimiento del contrato por parte del Contratista.
- (iii) Si en caso de haberse presentado algún incumplimiento, se aplicó desproporcionadamente la cláusula penal.
- (iv) Si existió perjuicio adicional alguno para la entidad contratante y;
- (v) En caso de haberse causado perjuicio adicional, si su monto fue determinado sin ninguna razonabilidad.

4.2.1.2. A la terminación del contrato, el presunto incumplimiento no era un hecho superado.

Afirma LA CONVOCANTE que desde el momento en que fueron presentados los descargos por parte del Contratista, “...el contrato estaba cumplido” por lo cual, debió cerrarse la actuación por parte de la entidad contratante por virtud de lo dispuesto por el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 por “...estar al frente de situaciones inexistentes y superadas ...”. También se alega que el informe final del proyecto presentado por la interventoría “...acreditaba el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista” y además, durante el curso del proceso, la entidad pagó el valor total de las obras pactadas.

Sobre el estado de ejecución del objeto del contrato a la fecha de terminación del contrato, la prueba recaudada en el trámite arbitral da cuenta de lo siguiente:

De conformidad con las distintas modificaciones efectuadas por las partes al contrato de suministro, el plazo de ejecución se prorrogó hasta el día 4 de mayo de 2016.

En comunicación de CSP 269 18 de abril de 2016 la interventoría del contrato anunció que SICE a esa fecha, había incumplido con las fechas previstas para la entrega de los avances de los pendientes del proyecto.

Según informe del Supervisor del Contrato, presentado el 23 de septiembre de 2016, mediante Oficio CSP-272 de fecha 20 de abril de 2016, la Interventoría rindió informe sobre el estado de ejecución del proyecto, así:

“COMUNICACIONES

- Red de Fibra Óptica: Falta el envío de carteras, el cual es el documento clave para verificar las longitudes instaladas y que es constatado por las pruebas de reflectometría. Faltan las pruebas reflecto métricas. La red sigue presentando inestabilidad.

INTERSECCIONES

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

- Falta Configuración y comunicación con central de todas las cámaras Trafican, se encuentran 97 configuradas de 110.
- Falta Habilitar falla de energía para el reporte al centro de control.
- Falta instalación de las UPS y baterías en funcionamiento, para cada regulador.
- Falta Instalación breaker para las UPS e independizar el circuito.
- Falta Configuración y comunicación con central de los 4 PMV
- Falta Aplicativo de inventario que le permita llevar un control del amoblamiento semafórico y de los equipos de control local instalados.
- Falta Mediciones de sistema puesta a tierra de las intersecciones faltantes.

SEÑALIZACION HORIZONTAL

- Falta Señalización Horizontal (Pintura), se han pintado 55 cruces de 79, Falta en todos la línea amarilla de anti bloqueos por intersección.

CENTRO DE CONTROL

- Faltan Tarjetas para el video Wall.
- Se presenta Redundancia automática en el servidor principal del centro de control.
- Falta Certificado de ethical hacking.
- Falta Documentación General de Acuerdo al Apéndice.
- Falta Capacitación Finalización de tema Topología de red de Fibra Óptica.

La Interventoría, mediante oficio CSP-278-16 de 2 de mayo de 2016 advirtió a la entidad pública que a la fecha de culminación del contrato (4 de mayo de 2016) no era posible que el contratista pudiera cumplir con el 100% de la ejecución, ya que aún existían algunos pendientes relacionados con ítems de comunicaciones, intersecciones, señalización horizontal, centro de control. En consecuencia, la interventoría recomendó la ampliación del plazo del contrato de suministro, con el fin de que SICE pudiera acreditar todos los requerimientos establecidos en el contrato. En todo caso, la interventoría afirmó que a dicha fecha no podía dar un recibido a satisfacción de la ejecución del objeto contractual.¹²⁸

Mediante comunicación de 3 de mayo de 2016 (fecha erradamente 2015), referencia COL-2016-05-03-0001, el Contratista informó al Interventor que el proyecto se encontraba prácticamente terminado pero quedaban algunos pendientes que no impedían que el sistema de semaforización funcionara y que en, su opinión, habrían sido ocasionados por motivos ajenos.¹²⁹ Expresamente afirmó el Contratista:

¹²⁸ Dice textualmente esta comunicación:

“En las últimas semanas esta interventoría ha venido adelantando pruebas al sistema con el fin de verificar el cumplimiento de los requerimientos establecidos por AVANTE SETP del Contrato de Suministro y los apéndices del Pliego de Condiciones. Sin embargo, debemos informarles que, a la fecha, siguen sin ser acreditados por parte de SICE entre el listado general de pendientes al cual se le ha hecho seguimiento conjuntamente entre las partes algunos pendientes vitales para el Proyecto de Semaforización que no van a poder ser subsanadas antes del vencimiento del plazo de ejecución del contrato.

(...)

(...) En todo caso, en las condiciones actuales, esta interventoría no puede dar un recibido a satisfacción de ejecución del objeto contractual porque no se cumplen con los requisitos establecidos en el contrato de suministro. De no ampliarse el plazo de ejecución del Contrato de Suministro, a partir de 5 de mayo se entraría en su fase de liquidación sin que durante esa etapa sea viable la ejecución de actividades por parte de SICE o la realización de pruebas por parte de esta interventoría.”

Esta comunicación forma parte de los documentos remitidos por la entidad demandada en respuesta al oficio librado por este Tribunal.

¹²⁹ En el presente Tribunal no ha sido enjuiciado la decisión de la administración de no acceder a los motivos o justificaciones presentadas por SICE con base en las cuales pretendía justificar la falta de ejecución de algunas obras. No obstante se señala que en la citada comunicación, se señalaron como motivos los siguientes:

- Retrasos en obras civiles en vía, relacionados con contratos de CASS en calle 17 carrera 19.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

“Por todo lo anterior hemos tenido que hacer un gran esfuerzo de trabajo adicional con sobrecostos para poder terminar la obra a tiempo en relación con lo que se tenía pactado en el contrato principal, y a pesar de todo lo arriba mencionado es muy importante resaltar que tan solo hemos incurrido en pequeños retrasos de ajuste y de mínima cuantía en relación con el valor total del contrato, ya que como hemos dicho la obra está prácticamente terminada como puede constatarse fácilmente en un simple recorrido de la ciudad y centro de control, motivo por el cual le solicitamos que se nos reciba la orden con un acta de entrega de Con pendientes y se nos autorice un plazo máximo de 45 días calendario para cerrarlos.”

Frente a esta manifestación, la Interventoría habría enviado una comunicación en fecha 3 de mayo informando a la entidad pública que se encontraba de acuerdo en conceder la prórroga pero por un lapso de un mes, a pesar de lo cual, dicha prórroga nunca fue formalizada. Igualmente, señaló la Interventoría que el otorgamiento de la prórroga podría concederse sin perjuicio de llevar a cabo el proceso previsto por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.¹³⁰

En el informe final de cierre el Interventor afirmó:

“El tiempo previsto para la ejecución del contrato fue hasta el 4 de mayo de 2016 a pesar de la solicitud realizada por el Contratista y avalada por la Interventoría para ampliar el plazo de ejecución. Teniendo en cuenta que, como consta en el concepto técnico de la interventoría, la ampliación del plazo era indispensable para culminar las actividades del contrato por parte del contratista, muchas de esas actividades se continuaron realizando por parte del Contratista con el fin de no afectar la continuidad del servicio y la movilidad de los habitantes de la ciudad.”

Así las cosas, el Tribunal tiene por demostrado que al momento de terminación del contrato, la circunstancia fáctica correspondía a la no ejecución por parte del contratista de la totalidad de las actividades contractuales dentro del plazo acordado. Es decir, la prestación no se satisfizo íntegramente en la forma y oportunidad debida.¹³¹

- Por las obras de Empopasto en calle 12 carrera 19, en avenida Idema, y en la zona de la universidad de Nariño.
- Por los trabajos adicionales de movimientos ejecutados por remodelación de andenes por terceros en calle 20 calle 16 solicitados por Avante infraestructura.
- Por los movimientos y replanteos no imputables a Sice solicitados por la interventoría y Avante
- Por el tiempo y el recurso invertido en la reparación de los daños ocasionados por accidentes de tráfico
- Por replanteo en giro de cruces en la 19 ya instalados
- Por el daño en cable causados por mordeduras de roedores que afectan cámaras.
- Por la mayor cantidad de obra ejecutada con respecto a las cantidades iniciales del contrato principal
- Por la demora administrativa en el PMT que generó retrasos en las obras civiles de canalización
- Por la demora en los permisos como los de CEDENAR para la energización de los cuatro PMVs que no dependían del contratista.
- Por el retraso frecuente en los pagos de la obra ejecutada en el contrato que afectó de manera crítica el flujo de caja del proyecto

¹³⁰ Dijo el Interventor en la comunicación:

“Que con base en los argumentos expuestos por SICE, y después de un análisis técnico del estado actual de la ejecución del proyecto, de acuerdo al seguimiento de los pendientes generales y prioritarios que la interventoría ha realizado, listado en el oficio COL 2016-05-03-0001 y revisando la CLAUSULA SEGUNDA PLAZO DE EJECUCION del Contrato 2013-014 “Suministro e instalación y puesta en marcha del sistema de semaforización de la ciudad de Pasto”, esta interventoría considera VIABLE ampliar solo en 1 mes el plazo de ejecución del contrato, con el fin de que puedan finalizarse la totalidad de los trabajos pendientes. Lo anterior teniendo en cuenta que, de acuerdo al último PMT aprobado por la secretaria de tránsito, el contratista debe culminar trabajos antes del 31 de Mayo de 2016. Lo anterior sin perjuicio de que AVANTE SETP adelante durante este mes de ampliación la audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con el fin de determinar las responsabilidades en los retrasos y aplicar las sanciones a que hubiera lugar.”

¹³¹ Al respecto, téngase en cuenta las siguientes disposiciones legales:

Art. 1626 Código Civil: “el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”.

Art. 1627 Código Civil: “el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

El Tribunal quiere destacar que el estado de ejecución de las obras debe valorarse al momento en que expiró el plazo contractual, - 4 de mayo de 2016-, pues en esta fecha era exigible para el Contratista la entrega de la totalidad de las obras contratadas y no a la fecha de presentación del informe del supervisor o de inicio del proceso sancionatorio, eventos que ocurrieron en el periodo post- contractual.

Recuérdese que el artículo 1551 del Código Civil, indica que *“el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación”*.

A propósito de la función y carácter vinculante del plazo, ha señalado el Consejo de Estado:

“... abarca las obligaciones y los derechos, se trata de un hecho futuro y cierto del que pende el nacimiento o extinción de aquellas y de éstos; debe ser determinado (tanto días, meses o años después de la fecha), o determinable (se ignora el día, pero se sabe que llegará, como es el hecho de la muerte). El plazo puede ser suspensivo, que es aquel en el que se suspenden tanto el derecho como la obligación, hasta que llegue el día fijado, momento en el cual se podrá ejercer el derecho y exigir la obligación; y puede ser extintivo, cuando el derecho o la obligación subsisten sólo hasta el cumplimiento del término fijado, llegado el cual, aquellos se extinguirán. [...] Ahora bien, se advierte que el plazo de un contrato es un elemento accidental de éste, que es fijado por las partes teniendo en cuenta el tiempo preciso que se requiere para el cumplimiento de las obligaciones recíprocas y la ejecución del objeto contractual, determinando la existencia misma del negocio jurídico, pues vencido el plazo, este se extingue. Por ello, una vez se pacta, resulta imperativo cumplir las prestaciones en ese lapso. En los contratos de las entidades estatales, aunque los plazos no son un elemento esencial, juegan un papel importante en la vida de los mismos, pues influyen en los actos de ejecución, señalando su periodo máximo de duración.”¹³²

Ahora bien; respecto de la fecha de vencimiento del contrato, ninguna duda le asiste al Tribunal en cuanto que la prórroga solicitada por el contratista el 3 de mayo de 2016 nunca se formalizó, ni operó el silencio administrativo positivo, razón por la cual, el contrato venció el 4 de mayo de 2016. Y es que la prórroga del contrato debe entenderse como un acuerdo entre las partes, sometido desde luego a la existencia de todos los presupuestos sustanciales y formales para que ésta produzca efectos.

Recuérdese aquí que, como lo ha considerado el Consejo de Estado:

“A este respecto, vale la pena recordar, en primer lugar, que varias disposiciones que regulan la contratación pública, contenidas tanto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como en varios regímenes especiales, aluden a la prórroga de los contratos celebrados por las entidades estatales. Así, por ejemplo, el artículo 27 de la Ley 1150 de 2007 regula la prórroga de los contratos de concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones y de televisión, los artículos 6 y 7 de Ley 1508 de 2012 se refieren a la prórroga de los contratos de asociación público-privada, y el artículo 6° de la Ley 1369 de 2009 dispone sobre la prórroga del contrato de concesión para la prestación del servicio de correo. Lo anterior demuestra que la prórroga de los contratos de ejecución sucesiva no resulta extraña a la contratación estatal, y así lo ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia. La posibilidad de prorrogar tales contratos obedece también, como en los contratos de derecho privado, a la autonomía de la voluntad, principio que no es ajeno a la contratación estatal. Pero en este campo la posibilidad de prorrogar los contratos y las condiciones de tales acuerdos están sujetas a límites y restricciones especiales que se derivan en unos casos de normas especiales, como las que se ha citado, y en otros, de los principios generales a los cuales se somete la contratación de todas las entidades estatales, como lo dispone explícitamente el artículo 13 de la Ley 1150. Por esta razón, tanto

Art- 1649 Código Civil: “el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.”

¹³² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. María Adriana Marín. 31 de enero de 2019.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han considerado, por ejemplo, que no resultan viables las prórrogas automáticas en esta clase de contratos. (...)

(...)

La línea jurisprudencial que se ha descrito, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, permite extraer las siguientes conclusiones generales sobre la prórroga de los contratos celebrados por las entidades públicas: (i) La prórroga de tales contratos no resulta en sí misma ilegal ni inconstitucional, porque la ley no la prohíbe, salvo en casos especiales, ni es contraria a los principios y las normas constitucionales que regulan el ejercicio de la función pública y, en particular, la contratación estatal.

(...)

(iv) En cualquier caso, tanto la decisión de prorrogar un contrato celebrado por alguna entidad pública, como la duración y las condiciones de dicha prórroga, deben obedecer a lo previsto en la ley y a la aplicación de los principios generales que gobiernan la contratación estatal, entre ellos el de planeación. En general, la prórroga puede celebrarse si constituye en cada caso concreto un medio adecuado, eficiente, económico y eficaz para realizar el interés público o general involucrado en el respectivo contrato, y no exclusiva ni principalmente para favorecer al contratista respectivo. (v) En consecuencia, la prórroga de cualquier contrato celebrado por una entidad estatal debe obedecer, no solamente a la voluntad de las dos partes, sino en especial, a la decisión consciente, informada, razonada y deliberada de la entidad pública contratante, luego de evaluar las opciones jurídicas que tenga a su disposición en cada caso, con relación a la terminación o a la continuación del contrato, y de analizar cuidadosamente sus costos, riesgos, ventajas y, en general, sus pros y contras. (vi) Por lo tanto, no puede considerarse que la prórroga de los contratos estatales constituya un derecho del contratista.”¹³³

Por consiguiente, teniendo en cuenta que el contrato estatal está sujeto a la formalidad sustancial de ser celebrado por escrito y que los actos que lo modifican se encuentran sujetos a la misma formalidad, al no probarse que existió un acuerdo celebrado entre las partes por escrito modificando el plazo, es claro entonces para el Tribunal que el plazo contractual expiró el 4 de mayo de 2016.

Por ello la conducta de la entidad con posterioridad al 4 de mayo de 2016, que según el contratista y la interventoría sugería la aceptación de la prórroga, no tiene ninguna incidencia ni tiene efectos con alcance de modificar el contrato, pues el contrato estatal no puede ser modificado tácitamente.

A este propósito ha señalado dicho el Consejo de Estado:

*“Como argumento final, el bien jurídico que se ampara, esto es, la ejecución del objeto contratado, no se puede proteger mediante la declaratoria de caducidad cuando el plazo para la ejecución del contrato –pactado originariamente en el contrato o en la adición u otrosí que para el respecto se suscriba– haya expirado. Si bien es cierto que en ocasiones el contratista ejecuta obras pactadas después de expirado el plazo, incluso con la aquiescencia de la entidad, tal comportamiento no genera jurídicamente extensión alguna del plazo de ejecución, puesto que un contrato que es solemne por prescripción legal –como el contrato estatal y dentro de este, por supuesto, la cláusula que establece el plazo de ejecución–, solo se puede modificar a través de un acuerdo o convención que se ajuste a las mismas formalidades requeridas para la creación del contrato originario, dado que la convención modificatoria está tomando el lugar del contrato originario y la solemnidad que se predica legalmente de éste, se exige para reconocer existencia, validez y eficacia a la convención que lo modifica”.*¹³⁴

¹³³ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 2 de diciembre de 2015, C.P. Álvaro Namén Vargas.

¹³⁴ El artículo 1602 del Código Civil, claramente consagra esta regla al señalar que: “[T]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, de suerte que el consentimiento mutuo para modificar o adicionar esa ley particular que es el contrato debe corresponder a las condiciones legales, por ende a las solemnidades, que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente n.º 15596, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

No sobra afirmar aquí que, en cuanto a la posible configuración de un silencio administrativo como consecuencia del cual se hubiere generado un acto ficto o presunto de carácter positivo que habría prorrogado el plazo por el término solicitado por el Contratista, el anterior Tribunal Arbitral ya se pronunció con efectos de cosa juzgada, negando la pretensión que en ese sentido le fue invocada.¹³⁵

Por último, si bien el Tribunal advierte que el Contratista durante el trámite sancionatorio alegó que existían algunos hechos ajenos a su voluntad que, en su opinión, justificaban la solicitud de una prórroga, - como los retrasos en obras civiles con contratos de CASS en calle 17 carrera 19 y las obras de EMPOPASTO, en calle 12 con carrera 19-, en todo caso, en este proceso no se presentó ninguna pretensión dirigida a solicitar la nulidad de las resoluciones invocando esas circunstancias como fundamento, motivo por el cual el Tribunal, por razones de congruencia, se abstiene de efectuar pronunciamientos por este respecto.

Así las cosas, al haber expirado el plazo contractual el 4 de mayo de 2016 y encontrarse demostrado que a dicha fecha las obras no habían culminado, es claro que al momento de la expedición de los actos administrativos objeto de este proceso, el hecho consistente en que LA CONVOCADA “... no cumplió con los plazos fijados en la ejecución del contrato” y “... el no cumplimiento de las obligaciones contractuales de manera oportuna y correcta dentro del término de ejecución del contrato” no se trataba de una situación superada.

Por todo lo anterior el Tribunal concluye que, por este aspecto, no se ha desvirtuado la legalidad de los actos administrativos impugnados.

4.2.1.3. El Laudo Arbitral de 6 de septiembre de 2018 no declaró el cumplimiento del contrato por parte del Contratista.

Por otra parte, afirma LA CONVOCANTE como fundamento de la falsa motivación que no son ciertos “por haberlo decidido el juez del contrato”, los supuestos incumplimientos en los que se basó AVANTE para proferir las resoluciones, pues las condenas impuestas por el Tribunal de Arbitramento lo llevaron a declarar “...el cumplimiento del Contrato” por parte del contratista, en el numeral sexto de la parte resolutive del laudo arbitral. Por lo tanto, en opinión de LA CONVOCANTE dicha situación “... corresponde a una realidad jurídica y judicial contenida en un Laudo arbitral que hace tránsito a cosa juzgada y el cual fue proferido por el Juez del Contrato”.

Por este respecto, lo primero que destaca el Tribunal es que el análisis de la legalidad de las resoluciones impugnadas debe efectuarse con base en las precisas circunstancias que existían en el

¹³⁵ Respecto de la fecha de finalización del contrato, el Tribunal compartió plenamente lo expresado por el Señor Procurador judicial en su Concepto, y concluyó en el Laudo Arbitral de 6 de septiembre de 2017 lo siguiente:

“En este cargo reseña el contratista que solicitó antes del vencimiento del plazo el 3 de mayo de 2016 a la entidad contratante, una ampliación de 45 días al término de ejecución del contrato a efectos de terminar los pendientes, solicitud que fue considerada viable por la interventoría pero por el lapso de un mes, y considerando que a la fecha la administración después de haber transcurrido más de tres meses, conforme a lo previsto en el numeral 16 del art. 25 de la ley 80 de 1993, no ha dado respuesta, se observa la procedencia del silencio administrativo positivo, en el sentido de entender que la administración otorgó la prórroga al plazo inicialmente pactado, para que el contratista complementara en los días adicionales que requería y finalmente utilizó con la aprobación expresa del interventor y tácita del supervisor, las actividades necesarias para cumplir plenamente el objeto contractual.

(...)

Descendiendo el anterior marco jurisprudencial al caso concreto, para esta Agencia Pública, es claro que la solicitud de ampliación de 45 días al término de ejecución del contrato, elevada por SICE, así hubiera sido presentada antes del vencimiento del plazo contractual y haya sido avalada por el interventor, no tenía la virtualidad de prorrogar el plazo del contrato ni sustituir la voluntad de los contratantes, como quiera que para tal efecto se requería un acuerdo de ambas partes, ya que se estaba modificando una cláusula contractual tan importante como el plazo, aunado a que tampoco se estaba en presencia de un derecho preexistente a favor del contratista.”

En atención a lo expuesto atrás, el Tribunal considera que no prospera esta Pretensión al no configurarse el silencio administrativo alegado por la Convocante.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

momento en que las mismas fueron expedidas, sin que en dicho juicio de legalidad deban tenerse en cuenta circunstancias futuras o hechos futuros, sobrevinientes y, en todo caso, inexistentes para el funcionario que está desarrollando la función administrativa consistente en examinar el eventual incumplimiento de su contratista.

Esta razón de suyo bastaría para desechar el ataque de nulidad fundado en el hecho de haberse **proferido** una decisión arbitral en relación con algunos aspectos de la ejecución contractual del contrato objeto de análisis, con posterioridad a la fecha de expedición las resoluciones impugnadas.

No obstante, dado que el cargo de nulidad viene fundado en el hecho de que existiría una declaración de cumplimiento del contrato por parte del contratista, el Tribunal efectuará el análisis de la veracidad de dicha afirmación para a continuación efectuar la valoración jurídica que corresponda.

En este aspecto, el Tribunal reitera que de la lectura tanto de los hechos que sirvieron de base a la demanda arbitral y al procedimiento administrativo, se desprende que en cada uno de estos trámites se debatieron incumplimientos de diversa naturaleza, sin que se hubiere invocado pretensión alguna en la cual se solicitara que el Tribunal examinara y declarara que el contratista había cumplido en tiempo con todas sus obligaciones contractuales, o si era improcedente la aplicación al contratista de una cláusula penal e indemnización de perjuicios.

Como ya se expuso, en cada uno de los trámites (arbitral y administrativo) se debatieron incumplimientos de diversa naturaleza, como quiera que en el arbitraje se discutía el incumplimiento de la entidad pública de sus obligaciones de planeación del contrato con el correspondiente reconocimiento de mayores costos administrativos, así como se solicitaba una declaración en relación con la naturaleza del contrato (precios unitarios) y la consecuente condena al pago de la totalidad de las obras ejecutadas, sin que se hubiere invocado pretensión alguna en la cual se solicitara que el Tribunal examinara y declarara que el contratista había cumplido con todas sus obligaciones contractuales, si había cumplido en tiempo con la entrega de la obra, o si era improcedente la aplicación al contratista de una cláusula penal e indemnización de perjuicios.

Este asunto tampoco fue sometido a decisión del Tribunal por parte de LA CONVOCADA, que no efectuó ninguna solicitud para contrademandar a LA CONVOCANTE con una controversia como la señalada, la cual era para aquella época adelantada y surtida al interior del procedimiento administrativo y por lo mismo, el Laudo Arbitral no contiene ninguna decisión en tal sentido¹³⁶

En este punto el Tribunal quiere detenerse en los siguientes aspectos:

LA CONVOCANTE sostiene que la pretensión de cumplimiento en su favor estaría contenida en la pretensión 3.1.2.3. en la cual se solicitaba al Tribunal: “3.1.2.3. *Que se declare que en la medida en que el Sistema Semafórico objeto del Contrato No.2013-014 fue entregado por el Contratista y recibido por la Entidad Contratante, procede el pago de las sumas adeudadas por esta última al Contratista, por razón de la ejecución de las actividades y obligaciones contractuales que se encuentran debidamente verificadas y avaladas por el Interventor del Contrato.*”¹³⁷

¹³⁶ Se dejó constancia en el Laudo Arbitral de 6 de septiembre de 2018, que el día 13 de septiembre de 2017, mediante correo certificado se notificó el auto admisorio de la demanda a la parte convocada. El día 20 de noviembre de 2017, venció en silencio, el término para contestar la demanda.

¹³⁷ Se afirma en la demanda en el hecho 3.1.27 lo siguiente:

“3.1.27. *Respecto a las decisiones adoptadas, se encuentra del análisis de las mismas que no existe ningún sustento válido ni soportado para considerar que hubo incumplimiento: al contrario, el juez del contrato determinó en el laudo lo siguiente:*

SEXTO: Declarar que en la medida en que el Sistema Semafórico objeto del Contrato No 2013-014 fue entregado por el Contratista y recibido por la Entidad Contratante, procede el pago de las sumas adeudadas por esta última al Contratista, por razón de la ejecución de las actividades y obligaciones contractuales que se encuentran debidamente verificadas y avaladas por el Interventor del Contrato, sólo respecto a lo contratado y efectivamente ejecutado. En consecuencia prospera parcialmente la pretensión 3.1.2.3., por las razones expuestas en la parte

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

El Tribunal no comparte esta afirmación, toda vez que dicha pretensión de una parte esta formulada como parte de la solicitud de reconocimiento de los valores de obra ejecutada sin incluir ninguna consideración relacionada con el cumplimiento del contrato y de la otra, no está fundamentada en ningún hecho que haga referencia a que las citadas obras fueron entregadas en oportunidad, y por tanto el pronunciamiento a través del cual ha sido reconocido no ha hecho sino acceder a su procedencia en atención a los hechos causa de pedir con base en los cuales ha sido formulada que, se insiste, no parten de la base del cumplimiento del contratista sino de la realidad de la ejecución de tales obras lo que es causa suficiente para reconocer su valor, fenómenos con alcance y efectos bien distintos.¹³⁸

Por lo anterior, este Tribunal concluye que en el anterior Laudo Arbitral, no existió un pronunciamiento, con alcance de cosa juzgada, que haya declarado el cumplimiento del contratista, que pueda desvirtuar la existencia del incumplimiento con fundamento en el cual, se impuso la cláusula penal al contratista, razón por la cual no prosperan las peticiones de la demanda por este respecto.

4.2.1.4. La proporcionalidad en la cuantificación de la cláusula penal

Agotado el análisis sobre los anteriores puntos, procede el Tribunal a analizar los específicos ataques formulados en relación con la inadecuada aplicación de la cláusula penal. En este aspecto, encuentra el Tribunal que los cargos efectuados en la demanda en relación con la pretendida desproporcionalidad en la aplicación de la cláusula penal se relacionaron con la imposición de la misma sin ningún sustento válido ni soportado para considerar que hubo incumplimiento y para aplicar una cláusula penal por el 10% del valor del contrato.

En efecto, LA CONVOCANTE acusa las resoluciones de adolecer de “...*falta de proporcionalidad al aplicar la cláusula penal*”, así como afirma que las resoluciones no tienen “...*ningún sustento válido ni soportado para considerar que hubo incumplimiento*”, por lo que no se explica la decisión de hacer efectiva una cláusula penal equivalente al 10%.

El Tribunal ya ha resuelto en precedencia lo relativo a la alegación de inexistencia de soporte del incumplimiento al vencimiento del plazo del contrato, por lo que centrará su análisis en este acápite en el ataque relativo a la falta de aplicación proporcional de la cláusula penal.

motiva de este laudo (Negrilla y subrayado fuera de texto)

¹³⁸ En efecto; la citada pretensión tiene apoyo en los siguientes hechos de la demanda:

- Afirmó LA CONVOCANTE que durante la ejecución del contrato “... *se acordaron variaciones en las condiciones técnicas y características de los bienes y actividades a suministrar y/o realizar por el contratista*”, variaciones que se habrían asentado en el acta Modificatoria No. 2, Acta de Concertación de Precios 01, Acta Modificatoria No 2 de 1 de noviembre de 2015, Acta de Concertación de Precios No, 02, Acta de Concertación de Precios Señalización Horizontal, Acta de Concertación de Precios Socialización Proyecto Semaforización Pasto, Acta de Aceptación no instalación VoIP Centro de Control, y Acta de Aceptación Monitores Estaciones de Trabajo Centro de Control.
- Como se habría relacionado en las actas anteriores, durante la ejecución del contrato se presentaron “... *diversos factores, tanto internos como externos, que significaron variaciones en la ejecución del mismo, no sólo en los tiempos, condiciones técnicas, y costos presupuestados sino en la inclusión de obras e ítems no previstos en el proyecto inicial que fue objeto de la licitación adjudicada al contratista, así como la necesidad de ejecutar menores cantidades de obra de algunos de los ítems inicialmente planeados*”.
- Como consecuencia de las variaciones efectuadas en el proyecto “... *por razón de los cambios en especificaciones técnicas, inclusión de ítems no previstos, obras adicionales y mayores y menores cantidades de obra ejecutadas*” la contratista reclamaba la suma de \$1.781.430.110,76.
- Que a la fecha de presentación de la demanda, se encontraba pendiente de pago la planilla N. 10 de 3 de septiembre de 2016 por valor de \$2.525.672.077, “... *valor este que incluye tanto las actividades previstas en el objeto contractual así como las mayores cantidades de obra y obras adicionales ejecutadas por el Contratista, actividades todas estas que se encuentran debidamente avaladas por el Interventor del Contrato y acordadas desde el punto de vista contractual por las partes*”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

Por este respecto, el Tribunal considera:

En materia de contratación estatal las disposiciones contenidas en la legislación mercantil y civil gozan de plena aplicación, salvo en los asuntos expresamente regulados por la Ley 80 de 1993, y demás normas que la reglamentan, los cuales deberán someterse a su imperio. En efecto, por virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, los contratos celebrados por las entidades públicas a que se refiere el estatuto de contratación estatal, se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo las materias particularmente reguladas en la ley.

En este sentido, dado que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no incluyó regulación específica alguna sobre la cláusula penal pecuniaria, para el análisis de este aspecto nos remitieron a las normas comerciales y civiles.

La institución de la cláusula penal se encuentra regulada, de manera principal en las siguientes disposiciones:

El Artículo 867 Código de Comercio señala:

“Artículo 867. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

“Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

*“Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, **podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.**” (Negrilla fuera del texto)*

Por su parte, el artículo 1592 del Código Civil dispone que:

“La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”

A su turno, en relación con el derecho a obtener la reducción proporcional de la cláusula penal para los eventos de cumplimiento parcial de la obligación principal, señala el Artículo 1596 Código Civil:

“Artículo 1596. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.”

Por último, en relación con la improcedencia de alegar la inexistencia de perjuicio por parte del deudor, el Artículo 1599 Código Civil dispone:

“Artículo 1599. Exigibilidad de la pena. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.”

Pues bien; la cláusula penal ha sido concebida entonces por el legislador como una obligación accesoria que puede cumplir diversas funciones, según la precisa voluntad de las partes, entre las

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

cuales destacamos por su relación con este asunto, la de servir como medio para establecer de manera anticipada la indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento del contrato en el cual se pactó. El efecto esencial de dicho pacto anticipado es el de relevar al acreedor de probar la existencia y monto de los perjuicios generados a la contratante por el hecho consistente en la infracción del contrato, en tanto que éstos ya han sido determinados y tasados de antemano por las partes. Esta es la llamada cláusula penal compensatoria, en la cual los contratantes acuerdan de manera previa la forma en que serán reparados los perjuicios en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales, o como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, esta estipulación; “...permite eximir al reclamante de la carga de demostrar los perjuicios que se le causaron con ocasión de la infracción de la obligación principal y cuál la naturaleza de éstos, pues mediando la cláusula penal, dichos perjuicios se presumen *juris et de jure*, en forma tal que el deudor no es admitido a probar en contrario, extendiéndose este beneficio probatorio a la acreditación de la cuantía de los perjuicios, porque en virtud de ella este monto queda fijado de antemano.”¹³⁹

También ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

*“Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad.”*¹⁴⁰

Tratándose de contratos estatales, la cláusula penal pecuniaria cumple la misma función de servir de estimación anticipada y definitiva de los perjuicios que se derivan para la entidad contratante del incumplimiento de su contratista y que usualmente se tasa en un determinado porcentaje del valor total del contrato. Así, en relación con el relevo de prueba del perjuicio y cuantía del mismo cuando existe pacto de cláusula penal ha señalado el Consejo de Estado:

*“De lo expuesto se infiere, que la cláusula penal consiste entonces en la estipulación contractual según la cual, el contratista se obliga a pagar a título de tasación anticipada de perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado, en dos eventos: a) En el evento de la declaratoria de caducidad del contrato; y b) En el evento en que se declare el incumplimiento del mismo, aún vencido el plazo de ejecución del contrato. Lo anterior, sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración, aunque deberá sí declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista.”*¹⁴¹

También ha precisado el Consejo de Estado:

*“La Sala resalta que, pese a que la cláusula penal es una tasación anticipada y definitiva de perjuicios, pueden presentarse dos situaciones: una, que el monto estipulado no cubra todos los perjuicios irrogados por el incumplimiento, es decir, que estos superan la sanción acordada; y otra hipótesis se constituye en el evento de que la entidad imponga al contratista incumplido el monto total de la cláusula, la cual puede ser considerada por el contratista como excesiva, en consideración a la ejecución parcial que haya hecho del objeto del contrato.”*¹⁴²

¹³⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Margarita Cabello, 15 de febrero de 2018.

¹⁴⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Carlos Esteban Jaramillo 23 de Mayo de 1996.

¹⁴¹ Cfr. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de octubre 19 de 2005.

¹⁴² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. C.P. Enrique Gil Botero.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

En conclusión, con la inserción de esta cláusula en el negocio jurídico, se releva a la administración de la carga de acreditar la existencia y monto de los perjuicios cuando declara la caducidad o el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la pena pecuniaria, de tal manera que declarado aquél, puede proceder al cobro de ésta hasta por el monto pactado en el contrato, reduciendo “...*equitativamente la pena...*” cuando quiera que haya habido ejecución parcial de la obligación, o rebajando “...*proporcionalmente la pena...*” cuando medie ejecución y recibo parcial del objeto contractual, según la disciplina legal ya señalada.

Vista brevemente la enunciación teórica sobre la cláusula penal en lo que atañe al caso concreto, procede el tribunal a examinar el ataque concreto respecto de la aplicación que de dicho instrumento realizó LA CONVOCADA en los actos administrativos impugnados.

El contrato de suministro, instalación y puesta en marcha del sistema de semaforización de la ciudad de Pasto, objeto de este trámite, contiene el pacto de la cláusula penal en la Cláusula Décima del Contrato así:

“CLAUSULA DECIMA.- CLAUSULA PENAL PECUNIARIA

Si se declara el incumplimiento del contrato o la caducidad del contrato, se causará el pago de una pena pecuniaria a favor de AVANTE SETP y a cargo del Contratista, en una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total de este contrato.”

Como se observa de la cláusula citada, esta se pactó en caso de que se cumpliera la condición allí prevista¹⁴³, esto es, el incumplimiento del contrato.

Para determinar el monto de la cláusula penal a aplicar, las resoluciones impugnadas se basaron esencialmente en las siguientes consideraciones jurídicas:

Para el 4 de mayo de 2016 aún existían obras inconclusas, lo que puede comprobarse con la comunicación CSP 269 del 18 de abril de 2016 mediante la cual la Interventoría informó que aún existían 136 ítems pendientes del proyecto de semaforización y, por lo tanto, se presentaba un incumplimiento en las fechas de entrega, avances del contrato y actividades necesarias para su cierre. Adicionalmente, en comunicación CSP 278-16 de 3 de mayo de 2016, la Interventoría informó que no podía dar un recibo a satisfacción de ejecución del objeto contractual, ya que “... *no se cumple con los requisitos establecidos en el contrato de suministro...*”. En su informe final, la Interventoría evidenció que el contratista no cumplió el 100% del porcentaje total de ejecución del contrato al 4 de mayo de 2016.

Si bien en la Resolución 331 de 25 de agosto de 2017, AVANTE decidió “*hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria al interior del contrato de suministro 2013-014, equivalente a un diez por ciento (10%), del valor del contrato, esto es, por la suma de CIENTO TRECE MILLONES QUINIENTOS OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (\$113.508.336) MCTE*”, en la Resolución 372 de 2 de octubre de 2017, AVANTE modificó su decisión, para aplicar proporcionalmente la sanción, en función del porcentaje de ejecución de obra no satisfecho.

En efecto, AVANTE al considerar que se demostró el incumplimiento del contrato por no terminar la totalidad de las obras en el plazo contractual, concluyó que la cláusula penal debía aplicarse proporcionalmente en función de la ejecución del contrato, en tanto que, en el proceso sancionatorio se acreditó que el contratista había cumplido el 98.5% de la ejecución contractual.

Por lo tanto, al encontrar probado que dado que el incumplimiento del contrato ascendió al 1.5% de la totalidad de las obras y que la cláusula penal correspondía al 10% del valor del contrato, la

¹⁴³ El artículo 1530 del Código Civil dispone:

“Art. 1530- Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

pena a aplicar debía corresponder al 1.5% del 10% del valor total del contrato, esto es, la suma de \$17.026.324,53.

Este entendimiento y alcance es el que fue consignado en el Artículo Sexto de la Resolución 372 del 2 de octubre de 2017, que modificó el Artículo Tercero de la Resolución 331 de agosto 25 de 2017, al haberse señalado allí que la cláusula penal es el 10% del valor del incumplimiento, que corresponde al 1.5% de la ejecución del contrato. Por tanto al resolver la reposición, la cláusula penal se redujo a la suma de \$17.026.324,53., suma ésta recogida en el Artículo Sexto de la Parte Resolutiva de la Resolución 372 de 2 de octubre de 2017.

Pues bien, en relación con el cargo de falta de proporcionalidad en la aplicación de la cláusula penal y el porcentaje de cumplimiento del contrato a la fecha de terminación del mismo, encuentra probado el Tribunal lo siguiente:

La Interventoría, mediante oficio CSP 269 del 18 de abril de 2016, informó que en el cronograma de actividades del contrato de SICE 2013-014 existían algunos pendientes del proyecto de semaforización de Pasto.

Afirma el Supervisor del contrato que mediante Oficio CSP-272 de fecha 20 de abril de 2016, la Interventoría rindió informe en el cual informó los pendientes que se encontraban hasta ese entonces en la ejecución del proyecto.

La Interventoría, mediante oficio CSP-278-16 de 2 de mayo de 2016, radicada el 3 de mayo de 2016, advirtió a la entidad pública de la existencia de unos pendientes que no podrían ser terminados por el contratista a la fecha de vencimiento del contrato. Los pendientes se relacionaban con ítems de Comunicaciones, intersecciones, señalización horizontal, centro de control.

Mediante comunicación de 3 de mayo de 2016 (erradamente 2015), referencia COL-2016-05-03-0001, el Contratista informó al Interventor que el proyecto se encontraba prácticamente terminado pero quedaban algunos pendientes que no impedían que el sistema de semaforización funcionara.

En el Informe de cierre presentado por la interventoría, éste señaló:

“3.14 Señalización Horizontal.

*El Contratista frente a lo establecido en el Contrato No 2013 014, licitación pública 2013-006 del Apéndice A. Especificaciones Técnicas de los Equipos de Semaforización, literal **3.9.1 Señalización Horizontal, no es conforme**, ya que no se realizó la totalidad de la señalización, exigida en el Pliego de Condiciones Apéndice A, debido a que el Contratista SICE no terminó los trabajos para este ítem, quedando algunos cruces sin señalización, aunque sí hizo llegar las certificaciones de calidad de los materiales, además se hicieron las respectivas verificaciones del material, se anexa cuadro detallado de los cruces con intervención así como los que no tuvieron trabajos.”*

(...)

*El Contratista frente a lo establecido en el Contrato No 2013 014, licitación pública 2013-006 del Apéndice A. Especificaciones Técnicas de los Equipos de Semaforización, literal **3.9.21 Señalización Horizontal, no es conforme**, debido a que fue terminada parcialmente la señalización horizontal de 83 intersecciones semaforizadas quedando pendientes 21, que representan un 25.3% de cruces pendientes los retrasos en la señalización horizontal fueron a causa de:*

- Demora en la aprobación por SICE, Concertación de precios de pintura.*
- Mal tiempo (clima)*
- Paro camionero, afecto por la entrega de materiales”*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

En audiencia de descargos rendida por la Interventoría, llevada a cabo el día 11 de noviembre de 2016, la Representante del Interventor afirmó: *“A la fecha de terminación del contrato, la ejecución del contrato de suministro correspondía al 98% del total del contrato”*

En la audiencia de descargos rendida por el Contratista el 13 de diciembre de 2016, éste reconoció que a la finalización del contrato, se había ejecutado un 98,5%:

“Proporcionalidad legal de la Pena.- Aún si fuera, remotamente responsable el contratista lo que se cae por varios argumentos incluyendo el anterior; la tasación yerra en desconocer el avance de la obra. El artículo 1596 del Código Civil de forma meridiana establece (...). Al respecto ha sido evidente, con el mismo pago de las sumas del contrato y con afirmaciones hechas por la interventoría y administración, que el avance de la obra es del 98.5%, razón por la cual la cuantificación de perjuicios sería en realidad de algo más de \$113.5 Millones de pesos, en caso remoto de la aplicación de los perjuicios”.

Se afirma en la Resolución 331 de 2017, que la Interventoría entregó los informes Nos. 24, 25 y final, en los cuales certificó el 98% de la ejecución del contrato hasta el 04 de mayo de 2016.

LA CONVOCANTE no aportó ninguna prueba en este proceso, que desvirtuara las probanzas citadas.

Así las cosas, este Tribunal concluye que existe un consenso entre la Entidad Pública, la Interventoría y el Contratista, en cuanto que a la fecha de terminación del contrato, esto es, 4 de mayo de 2016, el Contratista había ejecutado el 98,5% del contrato. Y esta situación si bien evidencia la falta de ejecución de parte de las obligaciones contratadas dentro del plazo previsto, prevista en el literal f) de la Cláusula Quinta del Contrato, esto es, *“Ejecutar las actividades que hacen parte del provento, en los términos, calidades y específicamente previstas en este contrato, en el pliego de condiciones, sus adendas, apéndices y anexos”*; en todo caso, refleja que la mayor parte del contrato sí fue ejecutado, razón por la cual, la pena prevista ante el incumplimiento contractual debía tasarse en su justa proporción.

Ya se vio cómo, tratándose de una sanción impuesta por la administración a un particular, ésta debe llevar a cabo un juicio de proporcionalidad en el ejercicio de su competencia administrativa al momento de determinar el incumplimiento del contratista respecto de sus obligaciones contractuales y la consecuencia de dicho incumplimiento para lo cual, como lo ha señalado la Jurisprudencia, se pueden considerar entre otros criterios principales: (i) el porcentaje de ejecución o realización de la obra o tarea encomendada al contratista y, ii) el grado de incidencia que la parte no ejecutada pueda tener en relación con la satisfacción del interés del acreedor.

Bien puede ocurrir que aunque poco significativo porcentualmente, una inejecución del objeto contractual puede llegar a frustrar totalmente el interés del acreedor o viceversa, que una inejecución más representativa no tenga, dada la naturaleza del contrato y de las prestaciones que de él se derivan, una incidencia tan determinante en la insatisfacción del interés del acreedor, factores todos que han de ser tenidos en cuenta por el fallador al desarrollar su labor de determinar la parte proporcional de la pena que juzgue adecuada para sancionar el incumplimiento de que se trate.

Así lo ha sostenido el Consejo de Estado cuando al ocuparse de los criterios para desarrollar este juicio ha señalado:

“Al respecto, la Sala quiere resaltar que del juicio de proporcionalidad y razonabilidad que se propone frente a la tasación de multas, clausula penal o perjuicios no es de carácter meramente métrico, por el contrario, con él se busca la valoración de todas y cada una de las variables o circunstancias de peso o importancia que rodean la ocurrencia de los hechos a fin de establecer una estimación equitativa y razonada que se corresponda con los postulados de la justicia e igualdad material.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

En el caso de autos, por ejemplo, la Sala observa que el contratista cumplió con la etapa de ejecución contractual, en cuanto al diseño e implantación del objeto contratado y que su incumplimiento se dio con posterioridad, en la etapa de puesta en funcionamiento del sistema, situación que, a priori, conllevaría a deducir un incumplimiento del 50%, frente al cual correspondería hacer efectiva la cláusula penal en el mismo 50% incumplido.

Sin embargo, el verdadero juicio de proporcionalidad y razonabilidad conlleva valorar criterios adicionales que permitan alcanzar una condena que materialice la justicia, tanto en el contratista como en la contratante. Criterios estos que en el caso de autos están dados por la funcionalidad del sistema contratado, pues es evidente que, aunque el contratista cumplió con una parte de sus obligaciones, el incumplimiento posterior fue de tal importancia que imposibilitó la puesta en marcha del servicio y funcionamiento del software, lo que nos lleva a concluir que el interés público bajo el cual se justificó la contratación no se vio satisfecho, ni siquiera, en un mínimo porcentaje o, si así es, ello no quedó acreditado en el plenario, razón por la cual la cláusula penal habrá de aplicarse en un ciento por ciento (100%).

En el caso concreto, el monto máximo de la cláusula penal correspondería al 10% del valor total del contrato que ascendió a la suma de \$11.350.883.622; por lo tanto, el valor máximo de cláusula penal aplicable ascendería a la suma de \$1.135.088.362. Ahora bien, teniendo en cuenta que el porcentaje de no ejecución del objeto contractual a la fecha de terminación del contrato, 4 de mayo de 2016, ascendía al 1,5%, aplicando inicialmente el criterio de ejecución contractual ya mencionado, el valor proporcional de la cláusula penal ascendería a \$17.026.325,43

Ahora bien; según obra en el informe de cierre de la Interventoría la obra no ejecutada por SICE no tuvo ninguna incidencia en relación con la satisfacción del principal interés del acreedor que para este caso estaba representado en la instalación y puesta en marcha del sistema de semaforización.¹⁴⁴

No obstante, de la ponderación de ambos factores el Tribunal encuentra ajustada a la normatividad aplicable la tasación que de la cláusula penal efectuó la convocada, al considerar en la Resolución 372 de 2017 que la inexecución correspondía al 1.5% del valor total del contrato, esto es, la suma de \$170.263.245,33, reconociendo con ello la verdadera magnitud del incumplimiento contractual y fue solo sobre éste monto que calculó el 10% correspondiente a la cláusula penal, lo que arrojó un resultado final de \$17.026.324,53 cuantificación que el Tribunal encuentra razonada y que recogía las circunstancias del caso, - y aún hasta las alegaciones expresadas por LA CONVOCANTE en vía gubernativa en lo relativo a proporcionalidad de la pena -, razón por la cual por este aspecto no se accederá a la solicitud de nulidad deprecada.

4.2.1.5. Inexistencia de otros perjuicios para AVANTE

¹⁴⁴ Se afirma en el informe respecto del componente de obra civil del contrato:

“En este componente para la entrega total y final del componente de obra civil, para la señalización horizontal no se logró con la entrega total de cruces semafóricos. Como se detalla en este informe, se verificaron en terreno los metros lineales y cuadrados que el contratista ejecutó. Nota: Se ha definido 3 Niveles de Prioridades con el fin de definir la criticidad de las actividades pendientes no entregadas por el Contratista SICE, como se muestra en la tabla 1.

Prioridad Nivel 1: *Las actividades que se encuentran catalogadas como nivel 1 afectan directamente a la funcionalidad y operatividad del sistema. Son actividades necesarias para la operación del sistema.*

Prioridad Nivel 2: *Las actividades que se encuentran catalogadas como Nivel 2 sirven como soporte a la operación y a la funcionalidad. El no cumplimiento de alguna de estas actividades no afectara la funcionalidad del sistema.*

Prioridad Nivel 3: *Las actividades que se encuentren catalogadas como Nivel 3 son actividades menores, que no afectan ni la funcionalidad ni la operación del sistema.”*

El ítem de señalización horizontal, el cual no fue terminado quedando pendientes 21, que representan un 25.3% de cruces pendientes, fue catalogado como Nivel 2.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

LA CONVOCANTE fundamenta por este aspecto su solicitud de nulidad en los siguientes argumentos:

(i) Las resoluciones no tienen ningún sustento válido ni soportado, “para considerar que del supuesto incumplimiento hubo unos perjuicios para la Entidad de \$2.550 Millones” en tanto que “...la única relación que sorprendentemente hace la Entidad para valorar los perjuicios, es la cuantía de las pretensiones de la misma demanda arbitral”.

(ii) Que se realiza una tasación “excesiva y desarticulada” de la indemnización “sin ningún tipo de fundamentación fáctica ni jurídica, e inobservando criterios elementales de tasación.”

(iii) Que el valor de la indemnización fue obtenido “... sin acudir a criterios de razonabilidad jurídica ni económica” y además afirma: “Si en gracia de discusión faltaban aspectos accesorios, como pudo ser la pintura en algunas intersecciones por retrasos que no fueron imputables a SICE, es innegable que la sanción de la cláusula penal es reflejo de la desviación de poder y falsa motivación, pues lo único que se trataba de hacer era intimidar a SICE con el fin de poder tratar de compensar las dos cifras – incumplimiento con la de mayores obras. Ello es solo una muestra de la actitud caprichosa y arbitraria de la entidad utilizada para evadir sus obligaciones de pago a mi representada”.

La responsabilidad civil ha sido definida como el deber de reparar las consecuencias de un hecho dañoso por parte del causante, bien porque dicho hecho sea consecuencia de una relación jurídica previa entre ambos, o bien porque el daño acaezca sin que exista ninguna relación jurídica previa entre agente y víctima.

La responsabilidad civil contractual es aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. De conformidad con el artículo 1602 del Código Civil, “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento o por causas legales”, lo que implica que las partes están llamadas a atender las prestaciones a su cargo en los tiempos y forma debidos, so pena de hacerse acreedor a las sanciones que de su omisión emerjan.

Para la prosperidad de la acción de responsabilidad contractual, deberán acreditarse los siguientes supuestos:

*“i) que exista un vínculo concreto entre quien como demandante reclama por la inapropiada conducta frente a la ejecución de un convenio y aquél que, señalado como demandado, es la persona a quien dicha conducta se le imputa (existencia de un contrato); ii) que esta última consista en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa de una obligación que por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante del ameritado vínculo (incumplimiento culposo), iii) y en fin, que el daño cuya reparación económica se exige consista, básicamente, en la privación injusta de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño) de no mediar la relación tantas veces mencionada (relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño)”*¹⁴⁵

Por su parte, ha considerado el Consejo de Estado:

“Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido. No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que “el pago

¹⁴⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC 380-2018 22 de febrero de 2018.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

efectivo es la prestación de lo que se debe”, que “el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes” y que “el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.” En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor. Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de “no cumplimiento” y esta situación, por regla general, no da lugar a la responsabilidad civil.

(...) El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.

En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediablemente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación

Causar un daño genera la obligación de reparar el perjuicio causado con él pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía.”

Por consiguiente, para la adecuada cuantificación del perjuicio, deberá demostrarse no solo el incumplimiento de la obligación contractual, sino que dicho incumplimiento ocasionó efectivamente un daño y que este ha repercutido desfavorablemente en el patrimonio del acreedor; no basta afirmar que mediante aquél se produjo el perjuicio, sino que deberá demostrarse además en qué consistió y aportar la prueba correspondiente o de lo contrario, nos encontraremos en simples conjeturas.

Por este respecto, ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

“H) EL DAÑO. Tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como la del Consejo de Estado han sido reiterativas en el sentido de que “el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y en cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía o señalando a este respecto cuando menos, bases para su valoración.”¹⁴⁶

Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado:

*“La responsabilidad civil persigue la reparación del daño y es por esto que cuando de alguien se predica que es civilmente responsable, simplemente se está diciendo que debe reparar el daño causado. El daño que ha de ser indemnizado puede derivarse, entre otras, de la transgresión del deber genérico del *neminem laedere* o del incumplimiento de un determinado deber de comportamiento que surgió de un acuerdo contractual. Pero en uno y en otro caso, si la responsabilidad civil consiste en el deber de reparar el daño, se puede afirmar que por regla general no hay responsabilidad civil si no hay daño. Así que entonces, generalmente, toda indagación sobre una responsabilidad civil debe comenzar precisamente por dilucidar si ha habido daño porque la inexistencia de este haría inútil la averiguación de los otros elementos de la responsabilidad.”¹⁴⁷*

¹⁴⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia noviembre 10 de 1944. M.P. Hernán Salamanca.

¹⁴⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Jaime Orlando Santofimio. 31 de enero de 2011.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

La Jurisprudencia ha establecido que solamente el daño cierto y concreto tiene el carácter de indemnizable. La certeza del daño hace relación a la evidencia y seguridad de su existencia, independientemente de que sea presente o futura, que en efecto produzca un detrimento del patrimonio de quien lo sufre; por su parte, el daño eventual ha sido considerado como aquel que cuya existencia es hipotética y depende de circunstancias que pueden o no ocurrir.

“Para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de cierto, concreto o determinado y personal. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio. Tal es el caso de los autores Mazeaud y Tunc, quienes sobre el particular afirman:

“Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha. Pero importa poco que el perjuicio de que se queje la víctima se haya realizado ya o que deba tan sólo producirse en lo futuro. Ciertamente, cuando el perjuicio es actual, la cuestión no se plantea: su existencia no ofrece duda alguna. Pero un perjuicio futuro puede presentar muy bien los mismos caracteres de certidumbre. Con frecuencia, las consecuencias de un acto o de una situación son ineluctables; de ellas resultará necesariamente en el porvenir un perjuicio cierto. Por eso, no hay que distinguir entre el perjuicio actual y el perjuicio futuro; sino entre el perjuicio cierto y el perjuicio eventual, hipotético (...)”¹⁴⁸

Por otra parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano ha señalado la necesidad de que el daño, para aspirar a ser indemnizado, tiene que estar revestido de certeza¹⁴⁹. No puede por tanto tratarse de un daño genérico o hipotético sino un daño específico¹⁵⁰:

“En este orden de ideas, la certeza del daño hace relación a la evidencia y seguridad de su existencia independientemente de que sea presente o futura, mientras que la eventualidad precisamente se opone a aquella característica, es decir, es incierto el daño “cuando hipotéticamente puede existir, pero depende de circunstancias de remota realización que pueden suceder o no”¹⁵¹ y por lo tanto, no puede considerarse a los efectos de la responsabilidad extracontractual. Y la concreción del daño se dirige a que el bien que se destruye, deteriora o modifica se precisa finalmente en la determinación o cuantificación del monto indemnizable”¹⁵².

En este orden de ideas, la certeza del perjuicio hace relación a la evidencia y seguridad de su existencia, independientemente de que sea presente o futura, mientras que la eventualidad precisamente se opone a aquella característica, es decir, es incierto el daño “cuando hipotéticamente puede existir, pero depende de circunstancias de remota realización que pueden suceder o no”¹⁵³ y, por lo tanto, no puede considerarse a los efectos de la responsabilidad patrimonial. Y la concreción del daño se dirige a que el bien que se destruye, deteriora o modifica se precisa finalmente en la determinación o cuantificación del monto indemnizable.”¹⁵⁴

Ahora bien, dispone el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011:

¹⁴⁸ Mazeaud, Henri y León y Tunc, André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1977. 5ª. Edición. Tomo I, Vol. I. págs. 301-302.

¹⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de junio 2 de 1994, exp. 8.998, Consejero Ponente Julio César Uribe Acosta.

¹⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de octubre 19 de 1990, exp. 4.333, Consejero Ponente Gustavo de Greiff Restrepo.

¹⁵¹ Sentencia del 8 de agosto de 1988, expediente No.5154, actor: Hugo Napoleón Tovar Silva y Otros, C.P. Carlos Ramírez A.

¹⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de mayo 7 de 1998, exp. 1998-N10397, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque.

¹⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de agosto de 1988, exp.5154, Consejero Ponente Carlos Ramírez A.

¹⁵⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo. 27 de enero de 2012.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

“ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

“...”.

La norma citada introdujo entonces una nueva facultad para la administración como lo es la de declarar el incumplimiento y cuantificar los perjuicios derivados del mismo, facultad que debe ejercerse por parte de la entidad pública respetando íntegramente el debido proceso y a través de actos administrativos motivados, los cuales, teniendo por objeto verdaderos juicios de responsabilidad contractual en sede administrativa habrán de agotar rigurosamente el análisis de todos los presupuestos de este tipo de responsabilidad, a saber, existencia del débito contractual que se estima infringido y la forma en que el mismo ha sido incumplido, el perjuicio real y efectivo que dicho incumplimiento ha traído como consecuencia para la entidad determinando de manera fundada su extensión y la necesaria relación de causalidad existente entre éste y aquél.

Específicamente lo relativo a la facultad de cuantificar los perjuicios, al igual que ocurre con todos los elementos estructurales propios del juicio de responsabilidad, se destaca como ella no puede obedecer a una mera discrecionalidad, arbitrariedad o capricho, sino que debe ser ejercida a través de un acto que cumpla rigurosamente con los requisitos de debida motivación y sujeción al régimen legal y, para el caso particular, con la verificación de todos los requisitos legalmente establecidos para la determinación de daños y perjuicios en nuestro ordenamiento jurídico.

Sobre el particular, es importante traer a colación el Proyecto de Ley 142 de 2010, citado por la Corte Constitucional, que a la postre se convirtió en la Ley 1474 de 2011, que justificó el proyecto de normatividad en los siguientes términos:

“B. En segundo lugar, no existe en la actualidad un procedimiento expedito para premiar o castigar al contratista incumplido. El Estado debe poder contar con instrumentos efectivos para premiar el cumplimiento del contrato, como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. A pesar del progreso hecho a ese respecto por la Ley 1150 de 2007, es necesario complementarla a propósito de dotar a la entidad estatal de un procedimiento expedito para adoptar esas medidas, respetando en todo momento el debido proceso. Para el efecto se establece un procedimiento administrativo oral, de una audiencia, para que previa citación, el contratista ejerza su derecho a la defensa, y la entidad adopte la decisión que corresponda en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.

4.5.3.1.3. La expresión demandada, que en el informe de ponencia está contenida en el artículo 89 y que en la Ley 1474 de 2011 aparece en el artículo 86, como se acaba de ver, tiene la finalidad general de luchar contra la corrupción y la finalidad específica de dotar al Estado de un instrumento idóneo para sancionar al contratista incumplido y para proteger el interés público de los efectos nocivos del incumplimiento. Ni la finalidad general ni la finalidad específica de la expresión demandada están prohibidas por la constitución. Por tanto, ambas son legítimas. Como lo reconoce el informe de ponencia para primer debate, uno de los escenarios más delicados en materia de corrupción es el de los contratos estatales y, como también lo destaca este informe, la protección del interés general, que prevalece sobre el particular, debe ser efectiva.

4.5.3.2. El medio empleado para obtener las anteriores finalidades: facultar a la entidad estatal para cuantificar los perjuicios que se hubieren causado por el incumplimiento del contratista, previa declaración del mismo, luego de haberse surtido un proceso administrativo, de haberse practicado pruebas y de haberse citado

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

y oído al contratista y a su garante, tampoco está prohibido por la Constitución. Por lo tanto, es un medio legítimo. Esta facultad está reglada y se ejerce conforme a un procedimiento administrativo, del que debe darse cuenta en un acto administrativo motivado, de tal suerte que la cuantificación de los perjuicios no obedece a la mera discrecionalidad de la entidad estatal, ni es fruto de su capricho. Además, frente a dicho acto administrativo el contratista o su garante pueden presentar, en la vía gubernativa, el recurso de reposición, y, además, pueden someter el acto administrativo al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

4.5.3.3. Al ser legítimos tanto los fines perseguidos como el medio empleado por la expresión demandada, resta por establecer si el medio es adecuado para conseguir el dichos fines. La cuantificación de los perjuicios por parte de la entidad estatal, que es una facultad que se desprende de la declaración unilateral del incumplimiento del contrato, es una herramienta adecuada para la protección efectiva del interés general, en la medida en que permite a la entidad estatal actuar de manera expedita, pero sometida a un procedimiento reglado y con el deber de dar cuenta de su decisión, y, en esta medida, también es adecuada para luchar contra la corrupción, en tanto representa una herramienta idónea para la intervención pronta y cumplida de la entidad estatal frente a prácticas que tienen una alta probabilidad de causarle perjuicios y que pueden deberse, en no pocos eventos, a prácticas corruptas.”

En el mismo sentido la Corte Constitucional precisó en la misma sentencia C-499 de 2015 que el acto administrativo que se ejerza en aplicación de la facultad prevista en el artículo 86 precitado, “...debe fundarse en hechos verificados por medio de pruebas, no en suposiciones y prejuicios de la entidad estatal, lo que significa que tanto la existencia de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato como la responsabilidad del contratista en ellos debe estar probada”.

Pues bien; en este específico aspecto las resoluciones impugnadas consideraron que existió incumplimiento por parte del Contratista al no conservar los valores iniciales de la oferta, por incluir ítems que fueron modificados mediante actas de concertación de precios y actas modificatorias que no fueron avaladas por Avante.¹⁵⁵

Específicamente se sostuvo que estaba probada la extralimitación del contratista al aumentar el valor del contrato, pues a pesar de haberse pagado en su totalidad, aún existía “...una pretensión de cobrar la suma de \$2.550.000.000 mediante al llamado a un tribunal de arbitramento, desconociendo las cláusulas del contrato y sin haber acudido al requerimiento escrito y directo”.

Luego de considerar una extralimitación del contratista la circunstancia de que las reclamaciones extracontractuales se soportaban en actas que no estaban formalizadas y no tenían la aprobación de la gerencia de Avante y que ello había generado inconsistencias financieras, concluye la Resolución señalando que la interventoría “... permitió un incremento irregular e ilegal del presupuesto ejecutado por valor de \$1.903.500.000, generando de esta manera unos perjuicios a la entidad...” perjuicios que encontraba demostrados mediante la pretensión en la demanda ante el Tribunal de Arbitramento. Con base en ello resolvió:

“ARTICULO NOVENO. ORDENAR el pago a título de indemnización al cuantificar que el valor de los perjuicios causados al interior del contrato de suministro 2013-014 hacienden (sic) a la suma de DOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$2.550.000.000). Dicha suma deberá ser asumida de manera solidaria entre la SOCIEDAD IBERICA DE CONSTRUCCIONES

¹⁵⁵ Para la entidad pública, tales circunstancias constituían incumplimiento a las obligaciones contractuales del contratista previstas en la Cláusula Quinta, obligaciones del Contratista, literales p) y s):

“p) el contratista deberá solicitar autorización previa y escrita de LA ENTIDAD para adelantar cualquier otro tipo de obligación adicional a las relacionadas con el objeto del contrato. En caso de que se presente cualquier actividad adicional sin la debida autorización .

S) Atender las instrucciones del interventor, en las condiciones y términos establecidos en este contrato. Para tales efectos El Contratista deberá tener en cuenta que el Interventor no podrá modificar o adicionar el presente contrato”.

Y también se hizo referencia a la cláusula 39 del contrato según la cual:

“este contrato no podrá ser modificado sino por acuerdo expreso y escrito debidamente firmado por los representantes legales debidamente autorizados por las partes”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

*ELECTRICAS – SICE y el CONSORCIO SEMAFORIZACION PASTO quien ejerció la
correspondiente interventoría del contrato (2014-001)”*

Al desatar la reposición, en particular en lo relativo a la cuantificación de perjuicios, AVANTE reitero que esta “... *quedó probada con la reclamación de pago de mayores valores que no fueron autorizados, valores que se configuraron en los informes presentados a la interventoría y se ratifican en los informes 23,24,25 de 2016. El contratista no logró probar que haya mantenido su pacto de respetar los valores contractualmente pactados, no demostró que el daño y perjuicio financiero alegado por la entidad determinado es mayor a la cláusula penal, un daño financiero por omisión por valor de \$1.903.500.000, perjuicio que resulta de los mismos informes de la interventoría ha hecho valer sobre la reclamación del Contratista, sin que a la fecha exista prueba de haberse subsanado.*”

A renglón seguido, la entidad pública consideró que la aplicación de la cláusula penal no le impide solicitar del contratista la totalidad de los perjuicios causados, “*en los que excedan del valor de la cláusula penal pecuniaria*” y que en este caso existiría un “*perjuicio financiero*”, representado en el mayor valor del contrato reclamado por el contratista, que excede el monto de la cláusula penal y que en la resolución 331 de 2017 consideró equivalente al valor reclamado por el contratista en el trámite arbitral, por valor total de (\$2.525.672.077)¹⁵⁶, pero que en la resolución 372 de 2017 lo cuantificó en la suma de \$1.903.500.000, suma a la que habrían hecho referencia los informes de interventoría 23, 24 y 25.

Pues bien; habiendo agotado el análisis del cargo efectuado frente a la cláusula penal aplicada y obrando siempre dentro de los precisos límites de la causal de nulidad formulada, abordara el Tribunal el análisis de la falsa motivación de las resoluciones impugnadas que viene fundado en la carencia de razones jurídicas para considerar que “... *del supuesto incumplimiento hubo unos perjuicios para la Entidad de \$2.550 Millones*” en tanto que “...*la única relación que sorprendentemente hace la Entidad para valorar los perjuicios, es la cuantía de las pretensiones de la misma demanda arbitral*”, por lo que la tasación es “*excesiva y desarticulada*” y “*sin ningún tipo de fundamentación fáctica ni jurídica, e inobservando criterios elementales de tasación.*”

Lo primero que advierte el Tribunal es que la determinación adoptada por AVANTE consistente en condenar al pago de una indemnización equivalente al valor de la reclamación de pago de mayores valores que no fueron autorizados se efectuó en adición a la indemnización ya aplicada como consecuencia de la aplicación de la cláusula penal pactada. No obstante, dado que ningún ataque se formula en la demanda en relación con la procedencia de dicha acumulación, el Tribunal restringirá su análisis a la alegación de la demanda según la cual carece de fundamento jurídico haber considerado dicho concepto un perjuicio y haber tasado su monto en suma igual a los valores reclamados en la demanda arbitral o contenidos en los informes de interventoría que harían referencia a los mismos.

Lo segundo que pone de presente es que tratándose de una declaración de incumplimiento y la cuantificación del perjuicio correspondiente, correspondía a la entidad la carga de la prueba para demostrar la existencia de un perjuicio, - que corresponda a una afectación patrimonial que pueda tener dicha calificación.

Para resolver este aspecto de la impugnación, el Tribunal encuentra acreditado que:

Que al termino de la ejecución contractual, existía una controversia relacionada en lo esencial con la naturaleza del contrato y con el valor final del mismo. Esta controversia tenía dos componentes fundamentales: (i) Que se reconocieran las mayores cantidades de obra respecto de las cuales existía

¹⁵⁶ Valor que incluía tanto las actividades previstas en el objeto contractual así como las mayores cantidades de obra y obras adicionales ejecutadas por el Contratista.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

acuerdo contractual y (ii) Que se reconocieran otras obras adicionales que no fueron acordadas en el contrato inicial ni en modificación celebrada por las partes.

Que el contratista había presentado una factura a la entidad por la suma de \$2.525.672.077, con apoyo en lo señalado en la Planilla 10, la cual incluye valores por conceptos de: “Contrato Inicial”, “Adición”, “Retenciones y Correcciones de Planillas”, y “Movimientos”.

Esta diferencia existente entre las partes, sólo fue resuelta a través del Laudo Arbitral de 6 de septiembre de 2018, decisión posterior a la expedición de los actos administrativos impugnados. En la decisión, el Tribunal sólo reconoció y ordenó pagar a AVANTE SEPT, las mayores cantidades de obra, por valor de (\$1.013.573.458,74), respecto de las cuales sí existía un contrato y/o modificación celebrado por las partes. Las pretensiones relacionadas con el pago de obras que no contaban con acuerdos contractuales, fueron negadas.

Así las cosas, considera el Tribunal que la existencia en la época en que se profirieron las resoluciones impugnadas de una disputa en relación con la naturaleza del contrato y el valor final del mismo en función de la obra ejecutada al amparo del mismo no constituye un perjuicio jurídicamente indemnizable que pudiera ser legítimamente reconocido.

Lo primero, por cuanto la existencia de una “disputa” entre las partes, relacionada con el valor total ejecutado en el contrato y el valor final al que tendría derecho el contratista, no puede considerarse un perjuicio jurídicamente tal. Y es que, - al margen de toda consideración en relación con el débito que se dice incumplido, esto es, si existía o no un deber de no cobrar tales cantidades adicionales o si ello era o no una obligación de no hacer que se derivara de este contrato como para evaluar su cumplimiento -, lo cierto que la existencia misma de la disputa no tiene la entidad perjudicial que permita calificarla como un resultado dañino para la entidad.

Se trata por el contrario del legítimo derecho del contratista a someter su diferencia ante el Juez acordado para dirimirla de acuerdo con lo prevenido en el contrato. Descalificar el hecho de reclamar por las vías contractualmente acordadas, una específica diferencia suscitada durante la ejecución del contrato y considerarla un perjuicio indemnizable sería tanto como impedir a la parte que se considera afectada acceda a los medios legítimos para ventilar su diferencia, so pena de indemnizar perjuicios, lo cual naturalmente ni se deduce del acuerdo existente entre las partes y desde luego atentaría contra los legítimos derechos del contratista, no solo derivados del contrato, sino aun a sus garantías al debido proceso y acceso a la justicia.

Por lo anterior, este Tribunal concluye que la controversia relacionada con la determinación del valor final de obra finalmente ejecutada durante la ejecución contractual, no constituye ni daño ni perjuicio jurídicamente indemnizable causado a la entidad pública.

En segundo término, por cuanto -, el perjuicio para ser tal debe estar representado en una afectación patrimonial, que no se tenga el deber jurídico de soportar o de asumir. Por ello, las erogaciones o desembolsos, - en rigor reducciones del patrimonio -, que tienen origen en los propios débitos o responsabilidades carecen de la nota esencial de antijuridicidad que permita calificarlos de perjuicios. No padece un perjuicio el contratante que paga sus débitos, sino que atiende el pago de sus obligaciones, determinadas o determinables.

Y si la naturaleza misma de los contratos a precios unitarios implica que la Administración debe reconocer la totalidad de las obras en la medida de su efectiva ejecución, siempre que correspondan a obras que tengan un precio unitario pactado contractualmente; y si el valor total del contrato, resulta de multiplicar las cantidades ejecutadas por los precios unitarios establecidos en el contrato, entonces la existencia de mayores cantidades a las señaladas inicialmente o de obras adicionales o

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

ítems no previstos en el contrato, no pueden ser considerados como “perjuicio” para la entidad pública.

La entidad contratante se encuentra obligada a cancelar el valor total de la obra contratada, aun cuando ésta haya excedido el presupuesto inicial, siempre que se encuentre debidamente comprobada y conste en acuerdos celebrados por las partes con los requisitos legal y contractualmente establecidos.

Siendo ello así, entonces el pago que deba efectuarse en función de las obras efectivamente ejecutadas, con base en los acuerdos de precios celebrados entre las partes, en manera alguna pueden considerarse un perjuicio, máxime si además han sido determinadas por el Juez del contrato. Estas erogaciones son los valores por las prestaciones acordadas, ejecutadas y recibidas, una vez definida la extensión de las mismas, lo que no permite sostener válidamente que el valor de dicha reclamación, pueda llegar a ser considerada un perjuicio.

Por último, la cuantificación del perjuicio efectuada en las Resoluciones impugnadas adolece de toda razonabilidad, por otro respecto, pues el valor reclamado por el contratista en el anterior trámite arbitral, o el mayor valor que por este concepto se mencionaba en los informes de interventoría, no podían considerarse como prueba ni de la existencia ni de la cuantía del perjuicio, pues se trataba además, de sumas por completo inciertas. Dicho de otra manera, la suma de \$2.550.000.000.oo contenida en la demanda arbitral, o la suma de \$1.903.500.000.oo. a la que se contraían los informes de interventoría 23, 24 y 25 no eran valores efectivamente desembolsados por la entidad, ni pasivos definitivos y aceptados por la misma, toda vez que su determinación final estaría sujeta a las resultas del proceso en el cual se discutía su reconocimiento, lo que hacía por este aspecto incierto no solo su existencia como perjuicio, sino también, la determinación de su cuantía.

Tan incierta era esta condición que el mismo Tribunal Arbitral en el Laudo Arbitral de 6 de septiembre de 2018 negó la reclamación efectuada por Contratista en lo relativo a las obras que no contaban con contrato, y redujo de manera importante la cifra que correspondía a mayores valores por obra efectivamente ejecutada que si contaba con precios acordados.¹⁵⁷

Al haber tenido como fundamento de la determinación de perjuicios, hechos que no habían en rigor acaecido, perjuicios que no habían en rigor sobrevenido y al darles al valor de dichas reclamaciones tratamiento de perjuicio indemnizable contrariando las normas que disciplinan este tipo de reconocimientos, la motivación vertida en el acto en este específico punto resultó falsa, cuando en realidad ni tales hechos habían acaecido, no había habido erogación efectiva de tales sumas, ni el reclamo podía ser tratado como un perjuicio, como no fuera con sacrificio del recto entendimiento jurídico de este concepto.

¹⁵⁷ En efecto, concluyó allí el Tribunal:

2.2.2.5.2. Ítems no previstos. Otras cantidades de obra ejecutadas por SICE por fuera de las previsiones iniciales del contrato y del Acta de Modificación No. 5, son aquellas que no se encontraban dentro del objeto de tales contrato y adición, y no tenían precios unitarios convenidos.

En relación con estas obras, es necesario observar que el precio -y, en su caso, el precio unitario- es un elemento esencial del contrato, de modo que el acuerdo de voluntades entre las partes no puede excusarse para que se tenga por modificado el contrato original en esta materia. Un contrato estatal no se puede modificar verbalmente (reuniones), y se observa que ninguna de las actas aportadas al proceso en que aparece una fijación o concertación de precios unitarios está firmada por el Representante Legal de AVANTE. Casi siempre por un representante de la Interventoría y, en ocasiones, por un funcionario de AVANTE que tuvo a su cargo la supervisión del contrato de interventoría (Acta Modificatoria No. 2, sin fecha, Acta Modificatoria No. 2 (sic) de fecha 1 de noviembre de 2015, Acta de Concertación de Precios No 01 de fecha 17 de nov. de 2015, Acta de Concertación de Precios No 02 de fecha 1 de nov. de 2015, Acta de Concertación de Precios de Señalización Horizontal de fecha 2 de mayo de 2016). A este respecto, es fundamental tener en cuenta que el mismo contrato, en su cláusula Trigésima Novena, estipula que “Este Contrato no podrá ser modificado sino por acuerdo expreso y escrito debidamente firmado por los representantes legales debidamente autorizados de las partes”

“...”

Por las razones aquí expuestas, no se accederá a condenar a AVANTE por la ejecución de ítems no previstos en el contrato o en su adición del Acta de Modificación No. 5 que, por no haber sido previstos, ni contratados, no contaban con precios unitarios.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

Así las cosas, el Tribunal concluye que las resoluciones demandadas contienen parcialmente, una falsa motivación, al considerar que la reclamación efectuada por el contratista, respecto de ítems no previstos y un mayor valor del contrato por este respecto, pueda considerarse un perjuicio jurídicamente indemnizable para la entidad pública derivado de la infracción contractual que se investigaba y porque además, la determinación de la cuantía de dicho “perjuicio” adolece de motivación debidamente soportada y probada durante el trámite sancionatorio

Por lo anterior, el Tribunal accederá parcialmente a la pretensión principal 4.1.2 y accederá parcialmente a la pretensión 4.1.5., declarando la nulidad del artículo décimo segundo de la parte resolutive de la Resolución 372 de 2 de octubre de 2017, que modificó el artículo noveno de la Resolución 331 de 25 de Agosto de 2017.

Finalmente, como se anotó anteriormente, LA CONVOCANTE sustenta la falsa motivación de las resoluciones en cuanto a la imposición de la cláusula penal y la determinación de los perjuicios, en la presunta “... *desviación de poder y falsa motivación, pues lo único que se trataba de hacer era intimidar a SICE con el fin de poder tratar de compensar las dos cifras – incumplimiento con la de mayores obras. Ello es solo una muestra de la actitud caprichosa y arbitraria de la entidad utilizada para evadir sus obligaciones de pago a mi representada*”.

Sobre este particular, considera el Tribunal que del análisis de los cargos por falsa motivación ya detallados, el Tribunal ha concluido que la imposición de la cláusula penal por parte de LA CONVOCADA fue adecuada y ajustada a la realidad de los hechos, así como cumple con los requisitos de proporcionalidad, al haber sido tasada en proporción a la parte no cumplida de la ejecución contractual.

Por último, el Tribunal destaca como la Resolución 372 del 2 de octubre de 2017 “*Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición*” materialmente se ocupó de decidir todos los motivos de la impugnación efectuada frente a la Resolución 331 del 25 de agosto de 2017, y aunque no incluyó en su parte resolutive una expresa manifestación a la confirmación o modificación de algunas de las decisiones contenidas en la Resolución inicial, las únicas determinaciones actualmente existentes y objeto de valoración son las contenidas en la Resolución 372 del 2 de octubre de 2017 y, por ello, no es jurídicamente procedente efectuar pronunciamientos sobre la nulidad de las determinaciones inicialmente adoptadas en la Resolución 331 del 25 de agosto de 2017, motivo por el cual se desecharán las pretensiones contenidas en el numeral 4.1.4. de las pretensiones principales de la demanda.

B. LA PRETENSIÓN DE DECLARATORIA DE PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DE LAS RESOLUCIONES 331 Y 372 DE 2017, LOS HECHOS QUE LE SIRVE DE CAUSA Y LOS FUNDAMENTOS DE LA MISMA

1. La Pretensión

La última pretensión principal invocada en la demanda, pretende la declaratoria de pérdida de fuerza ejecutoria de las resoluciones impugnadas, aspecto sobre el cual, procede a pronunciarse el Tribunal.

2. La Pérdida de Fuerza Ejecutoria de los Actos Administrativos

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

Los actos administrativos, por regla general, son obligatorios mientras no hayan sido suspendidos o declarados nulos por la jurisdicción contenciosa administrativa y por lo tanto, la pérdida de la fuerza ejecutoria procede de manera excepcional. Este fenómeno jurídico, consagrado legalmente en el artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, surge por circunstancias posteriores al nacimiento del acto, que no discuten su validez y por las siguientes causales:

Consagra la norma citada:

“ARTÍCULO 91. PÉRDIDA DE EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. *Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:*

- 1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*
- 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.*
- 3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.*
- 4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.*
- 5. Cuando pierdan vigencia.”*

La pérdida de efectos administrativos opera por las precisas causales señaladas en el artículo precitado, entre ellas, por desaparecer los fundamentos fácticos o jurídicos que dieron lugar a su expedición. El acto pierde su carácter vinculante y no podrá ser aplicado por la administración, de manera que las obligaciones contenidas en los actos pierden su poder coercitivo respecto de sus destinatarios.

Se trata de una figura jurídica que opera de pleno derecho, y por tanto no se requiere adelantar ninguna actuación para que opere, salvo en el caso de la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria que a la luz del artículo 92 del CPACA exige que el interesado se oponga a la ejecución del acto administrativo.

El Consejo de Estado ha precisado que el decaimiento del acto administrativo “... opera hacia el futuro y es un fenómeno que en nada afecta su validez ni contraría su presunción de legalidad, pues esta solamente puede ser desvirtuada por el juez.”¹⁵⁸.

En efecto, el juicio de la ejecutoriedad del acto es diferente al juicio de legalidad, pues el primero se relaciona con los efectos del acto, con la posibilidad de hacer cumplir el acto existente y válido y a la existencia de circunstancias posteriores que afecten su obligatoriedad, en tanto que el juicio de legalidad se circunscribe a circunstancias anteriores y concomitantes a la expedición del acto que afectan su licitud y que dan lugar a la nulidad del mismo.

Así lo ha precisado el Consejo de Estado:

¹⁵⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. M.P. German Alberto Bula, 5 de marzo de 2019.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

“También ha considerado que no puede confundirse la ocurrencia de la pérdida de fuerza de ejecutoria del acto administrativo con las causales de nulidad del mismo. Las causales de nulidad se encuentran previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo [art. 137, CPACA] y se dan desde la misma formación o expedición del acto, bien sea porque se aparta de las normas en que debía fundarse, o porque fue expedido por funcionario u organismo incompetente o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de defensa o mediante falsa motivación o desviación de poder. “La pérdida de fuerza ejecutoria es un fenómeno jurídico distinto (...) dicha figura está referida específicamente a uno de los atributos o características del acto administrativo, cual es la de la ejecutividad del mismo, es decir, la obligación que en él hay implícita de su cumplimiento y obediencia, tanto por parte de la Administración como de los administrados en lo que a cada uno corresponda, consagrada en el primer inciso del precitado artículo 66, al disponer que “salvo norma en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos...”. Dentro de las cinco circunstancias o causas de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, está (...) la desaparición de sus fundamentos de derecho (numeral 2, artículo 66 cit.), cuya ocurrencia para nada afecta la validez del acto, en cuanto deja incólume la presunción de legalidad que lo acompaña, precisamente el atributo de éste que es el objeto de la acción de nulidad. Por lo mismo, tales causales de pérdida de ejecutoria, vienen a ser situaciones posteriores al nacimiento del acto de que se trate, y no tienen la virtud de provocar su anulación.”¹⁵⁹

Para el caso que nos ocupa, la causal de pérdida de fuerza ejecutoria alegada lo es el desaparecimiento de las circunstancias de hecho y de derecho que dieron lugar a la expedición del acto administrativo, que la doctrina y la jurisprudencia han entendido que se produce cuando ya no existen las circunstancias de modo, tiempo y lugar que le sirvieron de base, pero que deja incólume la presunción de legalidad del acto administrativo.

Conforme a estas precisiones generales, procederá el Tribunal a examinar si dicho fenómeno ha ocurrido en relación con las resoluciones impugnadas en este asunto:

3. Análisis del caso concreto

La pretensión de declaratoria de la pérdida de fuerza ejecutoria de las Resoluciones 331 y 372, ha sido invocada con fundamento en que “...toda vez que en el curso del proceso arbitral que arrojó como resultado el laudo del seis de septiembre de 2018, la Entidad Contratante pagó al Contratista el 100% del presupuesto contractual, reconociendo por lo tanto su cumplimiento, por lo cual se encuentra probado la desaparición de los fundamentos de hecho y de derecho de las Resoluciones 331 y 372 de 2018”. (PRETENSION PRINCIPAL 4.1.6.).

Afirma LA CONVOCANTE además que los presuntos incumplimientos del contrato, “... han quedado desvirtuados con el Laudo Arbitral de 6 de septiembre de 2018 y con todas las pruebas que obraron dentro del expediente y que llevaron al Tribunal de Arbitramento a establecer que el sistema de semaforización de Pasto (Departamento de Nariño) se encuentra en plena operación y fue entregado en debida forma como lo acreditaron los testimonios de la interventoría y de la supervisión que adelantó AVANTE SETP”.

Por lo anterior, considera LA CONVOCANTE que “... han desaparecido todos los fundamentos de hecho y por ende de derecho, en que se soportaba el acto administrativo y aquel que lo confirmó, toda vez que como lo estableció el Tribunal de Arbitramento en su Laudo del 6 de septiembre de 2018 (numeral Sexto), el sistema de semaforización fue entregado en tiempo, funciona y se encuentra en etapa de mantenimiento, por lo tanto es improcedente desde el punto de vista jurídico, mantener una sanción antijurídica y desproporcionada como la que impuso AVANTE SETP a mi representada.”

¹⁵⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. M.P. Milton Chávez García, 15 de agosto de 2018.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

No obstante, a más de los anteriores argumentos, alega LA CONVOCANTE que la pérdida de fuerza ejecutoria se demuestra dada la “... ausencia de fundamentos para ser ejecutadas” las resoluciones y, además, por “... la ya declarada ausencia de incumplimiento por parte del Tribunal de Arbitramento y a cargo del Contratista” así como “... el hecho de que los perjuicios deben ser demostrados y la decisión de la imposición de incumplimiento no puede ser una fuente de enriquecimiento para la Entidad”.

A renglón seguido, LA CONVOCANTE concluye que con la Resolución 331 de 2017 se desconocieron los siguientes postulados jurídicos: (i) “No existía competencia de la entidad para continuar el proceso sancionatorio e imponer sanción por incumplimiento, por lo cual es un acto viciado de nulidad”; (ii) la entidad “... desconoció que ante el juez del contrato se estaba discutiendo el cumplimiento o no del contrato, por lo tanto obrando de forma malintencionada se abrogó funciones que ya no tenía”; (iii) la “falta de coherencia entre los cargos que se imputan y los hechos en que estos se fundan, y desconocimiento de los fines de la imposición del incumplimiento”; (iv) No hubo un análisis de las pruebas aportadas en los descargos, y “... no existe una coherencia entre lo alegado por la entidad inicialmente, las motivaciones y las decisiones de la resolución”; (v) el pliego de cargos del proceso sancionatorio inició “... cuando ya había sido entregado el informe final del cierre del proyecto por parte de la interventoría que daba cuenta de cumplimiento del contrato, tal como fue reconocido en el laudo Arbitral”. (vi) En el curso del proceso, AVANTE pagó al contratista el 100% del presupuesto contractual “... si bien no reconoció las mayores cantidades de obras adicionales y actividades adicionales que fue reclamado en la demanda y sobre el cual se dieron reconocimientos por parte del Tribunal de Arbitramento), reconociendo por lo tanto su cumplimiento. Por lo anterior, entra en contradicción la administración al reconocer el pago del 100% del presupuesto contractual y sostener que está incumplido”. (vii) En las resoluciones se dio “... una indebida tasación técnica de perjuicios, en la medida en que los perjuicios que se pretenden cobrar deben ser demostrados” y lo que en realidad estaría detrás de las decisiones es “... evadir sus responsabilidades como contratante frente a los pagos adendados al Contratista imponiéndole unas cargas dinerarias inexistentes e infundadas”. (viii) Insiste LA CONVOCANTE que al inicio del proceso sancionatorio, el sistema de semaforización estaba entregando y en funcionamiento y “... los hechos faltantes con lo inicialmente contratado se centraron en las discusiones de una pintura de algunas intersecciones semafóricas que por circunstancias ajenas al contratista no se pudieron ejecutar y que no ascendían en términos económicos a más del 3% del contrato”, siendo ello un “... incumplimiento mínimo que no tiene ninguna proporcionalidad con las decisiones adoptadas” (NUMERAL 5.10 DE LOS FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA DEMANDA).

Pues bien; lo primero que advierte el Tribunal es que habiendo resultado procedente la declaratoria de nulidad en relación con la cuantificación de los otros perjuicios contenida en la resoluciones impugnadas, no es necesario efectuar un nuevo análisis en relación con esa precisa pretensión, por lo que el análisis de pérdida de fuerza ejecutoria se limitará al resto de las determinaciones materia de las resoluciones impugnadas y en particular a la declaratoria de incumplimiento para el efecto de hacer efectiva la cláusula penal.

De la lectura de la pretensión y los fundamentos jurídicos que se vienen de sintetizar advierte el Tribunal que algunas de las razones por las cuales LA CONVOCANTE alega el decaimiento de los actos demandados se relacionan con circunstancias concomitantes a la expedición de los actos y que, además, se dirigen a atacar la validez de las resoluciones como en efecto ocurre con las alegaciones de falta de competencia, la falsa motivación en cuanto a los presuntos incumplimientos, la indebida tasación y cuantificación de la cláusula penal y la indemnización de perjuicios.

Por ende, dado que en el juicio de ejecutoriedad de los actos administrativos sólo son incidentes circunstancias sobrevinientes a la expedición del acto y que no atacan la presunción de legalidad, resulta contradictorio que LA CONVOCANTE, alegando los mismos hechos constitutivos de los vicios de nulidad que demandó en este asunto, pretenda ahora hacer uso de dichas circunstancias para desconocer no ya la validez del acto, sino su obligatoriedad.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

Con base en ello, el Tribunal desestimaré las razones invocadas por LA CONVOCANTE que corresponden a motivos o causales de nulidad de los actos, y que ya fueron además ampliamente analizadas en esta decisión, como razones de la pérdida de fuerza ejecutoria de las resoluciones.

Así las cosas, el Tribunal se ocupará de estudiar únicamente las siguientes razones, constitutivas estas sí de circunstancias posteriores a la expedición del acto, para establecer si éstas son suficientes para predicar el decaimiento de las resoluciones:

(i). Que en el curso del proceso arbitral que arrojó como resultado el laudo del seis de septiembre de 2018, la Entidad Contratante pagó al Contratista el 100% del presupuesto contractual, reconociendo por lo tanto su cumplimiento, por lo cual se encuentra probado la desaparición de los fundamentos de hecho y de derecho de las Resoluciones.

(ii). Que los presuntos incumplimientos del contrato, “... *han quedado desvirtuados con el Laudo Arbitral de 6 de septiembre de 2018 y con todas las pruebas que obraron dentro del expediente y que llevaron al Tribunal de Arbitramento a establecer que el sistema de semaforización de Pasto (Departamento de Nariño) se encuentra en plena operación y fue entregado en debida forma como lo acreditaron los testimonios de la interventoría y de la supervisión que adelantó AVANTE SETP*”.

En relación con el primero de los argumentos expuestos por LA CONVOCANTE, el Tribunal reitera que en su entender, es diferente la controversia relacionada con determinar si el contratista entregó o no en el plazo contractual la totalidad de las obras y si ello hacia procedente o no la declaración de incumplimiento y la imposición de una cláusula penal, con la controversia relacionada con el pago de la totalidad de la obra ejecutada. Y ello es así pues bien puede presentarse la situación en la cual el contratista en un contrato a precios unitarios haya ejecutado la totalidad de las obras contratadas y que por ello tenga derecho a percibir la totalidad de la remuneración pactada en función de las cantidades de obra realmente ejecutadas, pero que la culminación de los trabajos haya ocurrido con posterioridad al vencimiento del plazo contractual, incurriendo así en el incumplimiento de una obligación del contrato, como lo es el cumplimiento del objeto en el término o plazo acordado.

Como ya se dejó analizado en acápite anterior, el Tribunal ha concluido que el incumplimiento con base en el cual fue finalmente aplicada la cláusula penal, no constituía un hecho superado, como quiera que al vencimiento del plazo contractual no se habían ejecutado la totalidad de las obras, circunstancia definitiva que debía valorarse al momento del vencimiento del término contractual. Por lo demás, se insiste que LA CONVOCANTE ha reconocido plenamente la falta de ejecución de la totalidad de las obras en el plazo del contrato, circunstancia que reiteró una vez más en esta acusación al afirmar: “... *los hechos faltantes con lo inicialmente contratado se centraron en las discusiones de una pintura de algunas intersecciones semaforicas que por circunstancias ajenas al contratista no se pudieron ejecutar y que no ascendían en términos económicos a más del 3% del contrato*”, siendo ello un “... *incumplimiento mínimo que no tiene ninguna proporcionalidad con las decisiones adoptadas*”.

Por consiguiente, dado que el incumplimiento por el cual fue sancionada LA CONVOCANTE lo fue la no ejecución de la totalidad de las obras en el plazo contractual, y que ello constituyó un incumplimiento no superado y totalmente diferente al pago de la totalidad de las obras ejecutadas, el Tribunal considera que no ha desaparecido la circunstancia de hecho con fundamento en la cual se profirió la decisión de declarar el incumplimiento del contrato por parte de SICE y de imposición de la cláusula penal.

Por otro respecto, en relación con el segundo de los argumentos con fundamento en los cuales se predica la pérdida de fuerza ejecutoria del acto, esto es, que el Laudo Arbitral de 6 de septiembre de 2018 habría declarado el cumplimiento de SICE de sus obligaciones contractuales, se reitera que a juicio de este Tribunal, en el anterior Laudo Arbitral, no existió un pronunciamiento, con alcance

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

de cosa juzgada, que haya declarado el cumplimiento del contratista, que pueda extinguir o desaparecer los fundamentos de hecho y de derecho que soportan los actos impugnados, razón por la cual no prosperan las peticiones de la demanda por este respecto.

C. SOBRE LAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Las pretensiones subsidiarias invocadas a este Tribunal han sido divididas en dos grupos que sin embargo, en esencia contienen los mismos pedimentos efectuados en las pretensiones principales. Por consiguiente, considera que el Tribunal ya se ha pronunciado materialmente respecto de tales pretensiones, como se procede a detallar.

1. Las primeras pretensiones subsidiarias

La pretensión 4.2.1. buscan declarar que AVANTE “... *continuó con el proceso sancionatorio en contra de SICE y adoptó una decisión que tratando de ocultar sus propias responsabilidades, pretende generar la posibilidad de exigir el pago de una suma infundada a SICE*”.

Respecto de esta pretensión, considera el Tribunal que nuevamente se dirige a atacar los verdaderos motivos de la resolución y el soporte para la determinación de las sumas por las cuales se impuso la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, al sugerir que dichos motivos se dirigen a ocultar sus propias responsabilidades y que constituyen valores infundados.

Por consiguiente, dado que el Tribunal ya se ha pronunciado a través del estudio de las pretensiones principales, específicamente en cuanto a los fundamentos y el valor de la cláusula penal y la indemnización de perjuicios impuesta en las resoluciones, para considerarlas a ajustada a derecho la primera y declarar la nulidad parcial de la resolución en cuanto a la indemnización de perjuicios, concluye el Tribunal que las mismas motivaciones y decisiones son aplicables para el estudio de esta pretensión.

Por su parte, en cuanto a la pretensión 4.2.2., ésta se dirige a declarar que AVANTE “... *actuó de mala fe, en claro desconocimiento del derecho de defensa, proporcionalidad de la sanción y, en abierta enfrenta a la autoridad del juez del contrato*”, el Tribunal encuentra que esta pretensión es igual a la pretensión principal 4.1.3, la cual ha sido negada expresamente al estudiar el cargo de falta de competencia.

En cuanto a la pretensión 4.2.3. en la cual LA CONVOCANTE solicita se declare que AVANTE “... *decretó el incumplimiento parcial del Contrato..., la imposición de la Cláusula Penal y la exigencia de una indemnización sin ningún tipo de razonabilidad jurídica ni financiera, y ordenó la liquidación del Contrato, situaciones estas alrededor de las cuales al momento de su expedición estaban siendo conocidas por el juez del Contrato*” el Tribunal concluye que esta petición es igual a la invocada en la pretensión principal 4.1.4., la cual ya fue estudiada y negada en el capítulo correspondiente a la invocada falta de competencia.

Por lo demás, la pretensión solicita se declare que AVANTE efectuó “... *una tasación desproporcionada e irracional que atenta contra el principio de proporcionalidad y graduación de las sanciones*”; aspecto sobre el cual el Tribunal ya se ha pronunciado al resolver el cargo de falsa motivación sobre la tasación de la cláusula penal y la indemnización de perjuicios efectuada en las resoluciones impugnadas, por lo cual, por sustracción de materia, no se efectuará pronunciamiento adicional.

Respecto de la pretensión 4.2.4, en la cual se solicita declarar que AVANTE “... *no hizo estimación alguna de los perjuicios, y respecto de la estimación del 10% de la Cláusula Penal incluido en el Artículo Segundo de la parte resolutive de la Resolución 331 de 2017 no tiene ninguna razonabilidad de la sanción*”, el Tribunal concluye que ya se ha pronunciado sobre la tasación de la cláusula penal y la indemnización de

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

perjuicios efectuada en las resoluciones impugnadas, al resolver sobre el cargo de falsa motivación, por lo cual, por sustracción de materia, no se efectuará pronunciamiento adicional.

En relación con la pretensión 4.2.5., en la cual se solicita declarar que AVANTE “... *no hizo estimación alguna de los perjuicios*” y respecto de la estimación efectuada por \$2.550 millones incluida en el artículo noveno de la parte resolutive de la resolución 331 de 2017 “... *no tiene ninguna razonabilidad de la sanción, y por lo tanto debe dejarse sin efecto alguno*”, reitera el Tribunal que ya existe pronunciamiento y decisión en relación con la tasación de perjuicios efectuada en las resoluciones impugnadas, razón por la cual, no se efectúa pronunciamiento adicional.

En cuanto a la pretensión 4.2.6, en la cual se solicita revocar los artículos 2 y 9 de la parte resolutive de la Resolución 331 de 25 de agosto de 2017 y “... *se fije la parte proporcional correspondiente al posible incumplimiento en el que se incurrió por parte de SICE a la terminación del periodo contractual, y que sea demostrado en el proceso arbitral*”, precisa el Tribunal que dado que tales artículos hacen referencia a la imposición de la cláusula penal contra el contratista y la cuantificación de la indemnización de perjuicios, respecto de los cuales ya se ha efectuado pronunciamiento expreso, es innecesario volver sobre dicho aspecto.

2. Frente a las segundas pretensiones subsidiarias

Por este respecto, el Tribunal encuentra lo siguiente:

- La pretensión 4.3.1. es igual a la pretensión principal 4.1.1.
- La pretensión 4.3.2. es igual a la pretensión primera subsidiaria 4.2.1. cuyo objeto fue resuelto al desatar las pretensiones principales.
- La pretensión 4.3.3. es igual a la pretensión principal 4.1.3.
- La pretensión 4.3.4. es igual a la pretensión 4.1.6.

Así las cosas, al tratarse de pretensiones iguales, respecto de las cuales ya ha existido pronunciamiento, el Tribunal no volverá sobre los mismos aspectos.

D. SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS EFECTOS CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 206 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO RELATIVO AL JURAMENTO ESTIMATORIO

El artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, que fue modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, concordante con el numeral 7 del artículo 82 del Código General del Proceso, preceptúa:

“**Artículo 206. Juramento estimatorio.** Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. (...).

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.
(...)

“Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

“El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento. (...)

“Parágrafo. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

“La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.”

Para el Tribunal la imposición de las sanciones contempladas en la norma en estudio no es automática, sino que, entre otros, debe encontrarse que la suma estimada bajo juramento exceda del 50% de aquella que resulte probada en el proceso, o que se nieguen las pretensiones de condena por no haberse demostrado el monto de la *“indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras”* y que tal hecho sea atribuible a la conducta negligente o temeraria de la parte actora.

En el auto No. 02 proferido por este Tribunal, se solicitó a LA CONVOCANTE que dado que las pretensiones solicitadas tenían un contenido económico aunque de tipo declarativo, debía presentarse el juramento estimatorio.

En cumplimiento de dicha disposición, LA CONVOCANTE en el escrito mediante el cual subsanó la demanda, estimó razonadamente la cuantía en la suma de \$2.663.508.336, estimación que determinó con base en las sanciones que le fueron impuestas en los actos impugnados, compuesta del valor de la cláusula penal, que señaló es de un valor de \$113.508.336 y de la indemnización de perjuicios, que se afirma por SICE asciende a \$2.550.000.000

Por este respecto considera el Tribunal que dado que en este asunto no existe una pretensión de condena en la que se solicite el pago de una indemnización de perjuicios, y aunque en todo caso las pretensiones de nulidad tienen un contenido económico, dado que la declaratoria de nulidad deprecada genera efectos de tal naturaleza para las partes, no es procedente efectuar ningún pronunciamiento relacionado con la existencia o no de sanción por la sobreestimación de los perjuicios reclamados, ya que el presupuesto jurídico para ello, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 206 del Código General del Proceso, hace referencia a un exceso del 50% en la cantidad estimada frente a la cantidad probada, supuesto de hecho que no es de ocurrencia en el caso concreto.

Por las razones anteriores, el Tribunal considera que en este caso no hay lugar a imponer las sanciones contempladas en el artículo 206 del C.G.P.

E. SOBRE COSTAS

Corresponde al Tribunal resolver sobre la petición de condena al pago de costas y agencias en derecho que ha solicitado la Parte Convocante, para lo cual se remite a lo establecido por el artículo 365 del Código General del Proceso que, en lo pertinente para este trámite arbitral, dispone:

“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, (...).

(...).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

“2. La condena se hará en sentencia (...).

(...).

“5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.
(...)”.

Para resolver, el Tribunal tiene en cuenta que, conforme quedó establecido en capítulos anteriores de este Laudo, se han acogido algunas pretensiones principales de la demanda arbitral.

En ese punto el Tribunal destaca que las posiciones contrarias de las Partes sobre los asuntos sometidos a su conocimiento y decisión no se basaron en interpretaciones infundadas, caprichosas o temerarias, sino que obedecen al entendimiento que tuvieron sobre las obligaciones emanadas del mismo, por lo que se requirió la intervención de este Tribunal para dilucidarlo.

Por lo expuesto, y con fundamento en lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., el Tribunal, atendidas las resultas del proceso, así como la conducta procesal de las Partes y de sus apoderados, que estuvo exenta de mala fe y temeridad, no impondrá condena en costas. Esta decisión no comprende lo relativo a los gastos y honorarios del Tribunal, expensas que se rigen por lo previsto en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012.

IV.- DECISIÓN

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral convocado por la **SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA** para dirimir sus controversias con la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP**, derivadas de la ejecución del **CONTRATO No. 2013-014**, proceso distinguido con el No. de Radicación No. 114813, administrando justicia por habilitación de las Partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Denegar la **PRETENSIÓN PRINCIPAL 4.1.1.** de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo Arbitral.

Segundo: Denegar parcialmente la **PRETENSIÓN PRINCIPAL 4.1.2** de la demanda en cuanto a la falta de competencia para haber continuado con el proceso sancionatorio, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo Arbitral.

Tercero: Denegar la **PRETENSIÓN PRINCIPAL 4.1.3.** de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo Arbitral.

Cuarto: Denegar parcialmente la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 331 y 372 de 2017 invocadas en las pretensiones 4.1.4. y 4.1.5., por la causal de falta de competencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo Arbitral.

Quinto: Denegar la **PRETENSIÓN PRINCIPAL 4.1.4.**, por las demás razones expuestas en la parte motiva de este Laudo Arbitral.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S.A.
SUCURSAL COLOMBIA Vs UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA
ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP–**

Sexto: Declarar parcialmente la prosperidad de las **PRETENSIONES PRINCIPALES 4.1.2 y 4.1.5** de la demanda, de conformidad con lo señalado en la parte motiva del presente Laudo Arbitral. En consecuencia **DECLARAR LA NULIDAD** del **ARTÍCULO DECIMO SEGUNDO** de la Resolución 372 expedida por **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP** el 2 de octubre de 2017, que modificó el artículo **NOVENO** de la Resolución 331 expedida por **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO –AVANTE SETP** el 25 de Agosto de 2017.

Séptimo: Denegar la **PRETENSIÓN PRINCIPAL 4.1.6.**, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo Arbitral.

Octavo: Denegar las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo Arbitral.

Noveno: Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, que no hay lugar a imponer en este trámite arbitral las sanciones previstas en el artículo 206 del Código General del Proceso.

Décimo: Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, que no hay lugar a imponer condena en costas y agencias en derecho.

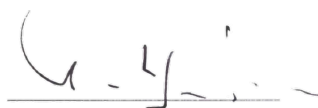
Décimo Primero: Ordenar la expedición, por Secretaría, de copia auténtica de este Laudo a cada una de las Partes y al Ministerio Público, con las constancias de ley.

Décimo Segundo: Ordenar el envío de copia de este Laudo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

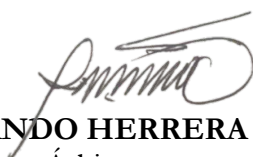
Décimo Tercero: Disponer que, en su oportunidad, se devuelva, para su archivo, el expediente contentivo de este Proceso Arbitral al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Décimo Cuarto: Una vez se cumplan los presupuestos previstos en el artículo 28 de la Ley 1563 de 2012, ordenar su aplicación.

Notifíquese y Cúmplase.



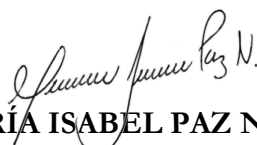
JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Árbitro Presidente



HERNANDO HERRERA VERGARA
Árbitro



CARLOS FELIPE MAYORGA PATARROYO
Árbitro



MARÍA ISABEL PAZ NATES
Secretaria