



## PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA

Santiago de Cali, noviembre 23 de 2018

Doctor:

**DIEGO SUAREZ ESCOBAR**

Árbitro

Centro de Conciliación y Arbitraje Cámara de Comercio de Cali

E. S. D.

REFERENCIA:	<b>CONTROVERSIA CONTRACTUAL</b>
CONVOCANTE:	<b>DURAN OSORIO</b>
CONVOCADO:	<b>METROCALI</b>
ASUNTO:	<b>CONCEPTO SOBRE FORMULA DE CONCILIACION</b>

Procede esta Agencia del Ministerio Público dentro de la oportunidad otorgada por el árbitro, a conceptuar en el proceso arbitral de la referencia que se adelanta en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, refiriendo al acuerdo presentado por las partes como fórmula de conciliación y aceptado por el convocante, en audiencia de conciliación que tuvo lugar dentro del trámite arbitral el día 08 de noviembre del año en curso, ello de conformidad a lo establecido en el último inciso del artículo 24 de la Ley 1563 de 2012 y que a la letra señala "...El Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado podrán intervenir activamente en la audiencia con el fin de lograr que las partes concilien sus diferencias y expresar sus puntos de vista sobre las fórmulas que se propongan..." .

### COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

Las partes objeto de la Litis, pactaron en ejercicio de la autonomía de la voluntad la respectiva cláusula compromisoria, con el fin de que las controversias surgidas en la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación del contrato, fuesen sustraídas de la jurisdicción contenciosa.

#### De la jurisdicción arbitral

Tiene como objeto la solución directa y pacífica de conflictos, aceptada en la Constitución Política, cuando en su artículo 116 numeral 4º indica que "Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley". Disposición constitucional que se refleja en el contenido de los artículos 68 y 69 de la ley 80 de 1993, 226 y 227 del decreto 1818 de 1998 y en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, en las que se fija que las entidades estatales y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, acudiendo a los mecanismos alternativos de solución de conflictos.



## PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA

La doctrina sentada por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado<sup>1</sup>, precisa:

*“De conformidad con las normas constitucionales relativas al ejercicio de autoridad judicial por los particulares, en concordancia con los artículos 70 a 72 de la ley 80 de 1993 incorporados en los artículos 228 a 230 del decreto 1818 de 1998 o norma compiladora de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, así como en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, la acción contractual podrá ser ejercida ante los tribunales de arbitramento, conformados por particulares, elevados a la categoría de árbitros, a través de la habilitación, que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, efectúan las partes contratantes, para resolver los litigios o controversias que surjan del contrato mismo, o los que se adviertan con posterioridad y que sean de carácter transigible<sup>2</sup>.”*

Habilitación esta que se caracteriza por ser solemne, contenida en pactos arbitrales que pueden tener la forma de **cláusula compromisoria**, la cual tiene su “...fuente jurídica en el contrato, pero goza de autonomía plena frente a este, en la realidad de las cosas es otro negocio jurídico y su finalidad no es otra que la de procurar la solución ágil de los eventuales conflictos que surjan entre las partes3...”, o de compromiso, que “...es un negocio jurídico autónomo, al contrario de lo que ocurre con la cláusula compromisoria, tiene como punto de partida la existencia4 de un litigio presente y determinado emanado de un contrato estatal, se trata por lo tanto de un pacto en el cual las partes acuerdan someter una diferencia preexistente de naturaleza contractual a la decisión de los árbitros y relativas a la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del mismo5...” y a las cuales acude la administración partiendo del “...principio de planeación de los contratos públicos...”.

Entonces, “...el arbitraje a través de tribunales de arbitramento, se desarrolla como un instrumento viable, en tratándose de los conflictos susceptibles de transacción que se presenten en las relaciones contractuales de las entidades estatales, (...) lo cual excluye<sup>6</sup>, en consecuencia, materias como la legalidad del ordenamiento jurídico aplicable al contrato, o

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., seis (6) de junio de dos mil trece (2013), Radicación: 11001-03-26-000-2013-00003-00 (45922)

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Junio 8 de 2000. Mp Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp No 16973.

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Diciembre 4 de 2002. C.p Germán Rodríguez Villamizar Exp No 17951. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia.

<sup>4</sup> Artículo 119 del Decreto 1818 de 1998. “...El documento de compromiso, que tiene lugar cuando se han presentado diferencias entre las partes...” MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte Especial. Bogotá: 8ª Edición, Editorial ABC, 1983, p. 445; “...Mediante un compromiso, después que el litigio haya surgido...” DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo III. El Proceso Civil. Volúmen Segundo. Parte Especial. Bogotá: 6ª Edición, Editorial Colinter, 1985, p. 821; “...Las partes, mediante el contrato de compromiso, pueden someter al conocimiento y decisión de árbitros o arbitradores las controversias existentes entre ellas, específicamente determinadas...” MONROY CABRA, Marco Gerardo. Consideraciones sobre el Arbitraje Comercial en Colombia. En: Alternativas a la Justicia Institucional. Arbitraje. Conciliación. Conferencias. Biblioteca de la Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1986, p. 43; “...Mediante...el compromiso, las partes deciden someter a la consideración de la justicia arbitral las desaveniencias existentes que sean objeto de delimitación convencional...” JARAMILLO J, Carlos Ignacio. Solución Alternativa de Conflictos en el Seguro y en el Reaseguro. Santafé de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, p. 267.

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Agosto 29 de 2002. C.p Germán Rodríguez Villamizar Exp No 18673. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia T -058 de 2009. Mp Jaime Araujo Rentería. “.. debido a que de conformidad con la Carta Política y la jurisprudencia constitucional, la jurisdicción contenciosa administrativa es la única autoridad judicial con competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos”.



## PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA

*de los actos administrativos que se presenten en el desarrollo de la actividad contractual<sup>7</sup>...*

### **Sobre la acción contractual**

Siguiendo igualmente la doctrina jurisprudencial del H. Consejo de Estado, debe decirse que la acción contractual establecida en el artículo 87 del CCA, hoy en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, es una acción "...de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible y pluripretensional a...", norma que a la letra, establecía:

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

Y según se dispone por el inciso 3.º del artículo 87 CCA, según las modificaciones introducidas por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, y el artículo 136.10 CCA, conforme a las modificaciones aportadas por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción contractual puede ser objetiva, cuando se pretenda la nulidad absoluta del contrato, para lo cual sólo se legitima por activa a las partes del contrato; el Ministerio Público y el tercero que acredite un interés directo, cuando lo que se pretende es exclusivamente la simple nulidad de un acto administrativo contractual de carácter general, marco normativo que se reitera y continúa en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ley 1437 de 2011 artículo 141.

### **De la conciliación en el proceso arbitral.**

La conciliación es un importante mecanismo para la composición de litigios y para la descongestión de despachos judiciales con el fin de asegurar un eficaz acceso a la Administración de Justicia, tal y como lo ordenan el Preámbulo y los artículos 2 y 229 de la Constitución Política<sup>8</sup>. Pero esta consideración, no puede conducir a la aprobación judicial mecánica de las conciliaciones de las partes, sin detenerse a precaver la posible indebida utilización que se pueda hacer de esta institución y en las defraudaciones que, por su aplicación, se puedan producir al tesoro público<sup>9</sup>,

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1436 del 25 de Octubre de 2000. Mp Alfredo Beltrán Sierra. "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, ..." 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".

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, auto de 10 de noviembre de 2000, Exp. 18298.

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Exp. 7891, Auto de 13 de octubre de 1993, en el mismo sentido Exp.16298, Auto 30 de septiembre de 1999.



## PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA

comoquiera que la conciliación, como fuente reguladora de conflictos, supone la legalidad de este negocio jurídico, en tanto que la posibilidad de disponer de los intereses estatales debe ajustarse rigurosamente al ordenamiento vigente<sup>10</sup>, por ello si la misma opera en sede prejudicial exige previa homologación judicial.<sup>11</sup>

En otros términos, si bien la conciliación propende por la descongestión de la Administración de Justicia y por la composición del conflicto a través de una solución directa acordada por las partes, no lo es menos que todo acuerdo conciliatorio debe ser verificado por el juez, en este caso por el árbitro, quien para aprobarlo debe establecer que éste sea legal y no resulte lesivo al patrimonio público.

Y en esta tarea el administrado de justicia ante quien se somete a consideración el acta donde consta el acuerdo conciliatorio, debe realizar las valoraciones correspondientes que le permitan concluir si la conciliación se ajusta a la ley.<sup>12</sup>

Ahora bien, dentro del trámite del proceso arbitral se ha previsto, como una alternativa o como un acto procesal ineludible, la citación de las partes en litis a una audiencia de conciliación, dentro de la cual los árbitros designados habrán de fomentar un acuerdo que pongan fin al proceso o por lo menos la limitación y circunscripción de los aspectos y cuestiones litigiosas que deben ser objeto de un pronunciamiento final, tal diligencia, en la medida en que se vea estrictamente como un acto procesal previamente establecido en el respectivo reglamento arbitral, o tal alternativa, en la medida en que dicha citación provenga directamente de las partes o a instancia de los árbitros, en todo caso supone entender que a través de la misma se trata de cambiar conceptualmente el marco adversarial en que se desenvuelve el arbitraje, y adoptar una orientación cooperativa en la que la solución no sea impuesta por el tercero, sino que resulte de la voluntad de ambas partes que deciden terminar el conflicto en virtud de haber alcanzado una síntesis mutuamente satisfactoria, siguiendo esta filosofía y orientación general, la legislación colombiana, desde hace varios años, ha consagrado la necesidad que se lleve a cabo como acto procesal, dentro del desarrollo del proceso arbitral, una audiencia de conciliación en la cual se les permita a las partes, con la intervención del Tribunal de Arbitramento, llegar o por lo menos explorar fórmulas de arreglo que conlleven a la solución de las diferencias que promovieron la instalación de dicho Tribunal, de forma tal que dicha solución total

---

<sup>10</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Exp. 8331, Auto de 7 de febrero de 2002, en el mismo sentido Exp. 20801, Auto de diciembre 12 de 2001. Según la doctrina nacional “en derecho administrativo la conciliación debe ajustarse rigurosamente a la solución jurídica que da el ordenamiento al conflicto planteado... (supone) necesariamente que en todos sus aspectos aquélla se conforme rigurosamente a la norma positiva. Es por ello que no se trata de un mecanismo jurídico que a cualquier precio permita la solución de litigios, sino uno que implica que dicha solución siendo justa equilibre la disposición de intereses con la legalidad...Debe estar claro que la conciliación en derecho administrativo supone el estudio jurídico pormenorizado del caso sometido a estudio. La conciliación en este campo, se insiste, no es sólo un problema de voluntad sino de legalidad y de conocimiento jurídico” (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, La conciliación...Op. Cit., p. 15)

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Exp. 7891, Auto de 13 de octubre de 1993, en el mismo sentido Exp.16298, Auto 30 de septiembre de 1999.

<sup>12</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Exp. 15872, Auto de 20 de mayo de 1999.



## **PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA**

o parcial cuente con el advenimiento de las partes enfrentadas y no sea impuesta, como de hecho sucedería con el laudo que al final del trámite habrán de proferir los árbitros

En términos generales La conciliación se encuentra reglada en las leyes 23 de 1991, 446 de 1998 y 640 de 2001, preceptos normativos en los que se condiciona la aprobación de la Conciliación tanto extrajudicial como Judicial a la concurrencia de tres claros criterios normativos: a) Que no sea contraria a la Ley; b) Que exista el suficiente acervo probatorio que sustente el acuerdo conciliatorio; y c) Que lo acordado no atente contra el patrimonio público.

### **1. Antecedentes**

El día 27 de junio del 2018, la sociedad DURAN & OSORIO ABOGADOS ASOCIADOS actuando por medio de apoderado judicial, presentó ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de Cámara de Comercio de Cali, solicitud de tribunal de arbitramento en contra de METRO CALI S.A, en ocasión al Pacto arbitral pactado en el contrato de prestación de servicios profesionales,

El día 31 de julio del 2018, se llevó a cabo la designación de árbitro por mutuo acuerdo entre las partes, y se designó al Doctor Suarez Escobar Diego quien mediante memorial de fecha 24 de agosto del 2015 aceptó el nombramiento como árbitro único.

Mediante acta No 1 del 13 de septiembre del año en curso se llevó a cabo la instalación del tribunal e inadmite la demanda arbitral presentada por Duran & Osorio asociados y se otorgan 5 días para subsanar los defectos que la generaron.

Mediante memorial de fecha 19 de septiembre del año en curso el apoderado de la parte convocante presenta escrito de subsanación y como consecuencia de lo anterior el árbitro mediante acta No 2 de fecha 24 de septiembre del 2018 admite la demanda arbitral, la cual se fundamenta principalmente en los siguientes hechos, pretensiones y solicitud de declaraciones.

Que mediante compromiso suscrito entre las partes el 28 de febrero de 2018, Duran y Osorio se compromete a asumir la totalidad de los honorarios y gastos que se causen como consecuencia de someter la controversia a un tribunal de arbitramento.

La demanda se formuló bajo los siguientes presupuestos:

#### **1.1 Hechos**

El día dieciséis de diciembre del 2015, METRO CALI S.A suscribió contrato de "prestación de servicios profesionales especializados para desarrollar actividades de representación judicial, asesoramiento y acompañamiento a Metro Cali S.A, en defensa de los intereses de la empresa con ocasión del tribunal de arbitramento convocado por el GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO y/o POR LA UNION METROPOLITANA DE TRANSPORTADORES S.A, bien sea que se adelante en uno o dos tribunales" No PS. 917.104.2-493-2015 por un valor de \$ 1.160.000.000, mediante el cual se estableció un plazo hasta el 31 de diciembre del 2016.



## **PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA**

Durante la ejecución del contrato, METRO CALI S.A Y D&O tuvieron diferencias con respecto al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el CONTRATO.

### **1.2 Pretensiones**

#### **1.2.1 Pretensiones principales.**

- Se declare el incumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales del contrato celebrado entre METRO CALI S.A. Y D&O.
- Que se declare la mora en el contrato de prestación de servicios por parte de la sociedad de Metro Cali al no hacer y pagar oportunamente los aportes de dinero a que se obligó y no cumplió.
- Que se declare la condición resolutoria del Contrato de Prestación de servicios por el Incumplimiento de METROCALI S.A
- Que se declare la terminación del contrato por incumplimiento del contrato de prestación de servicios por parte de METROCALI S.A.
- Se declare la responsabilidad patrimonial, se condene a METROCALI y se le ordene la restitución de la totalidad de los daños causados a los convocantes, valor indicativo y no limitativo a las pretensiones que resulte probado en el proceso, debidamente indexados o actualizados, junto con los respectivos intereses de mora o los que considere el Tribunal de arbitramento. Por lo cual debe condenarse al pago de la totalidad del contrato de conformidad con la condición resolutoria.
- Que se condene en costas y agencias en derecho a la convocada.

#### **1.1.2.2 Pretensiones subsidiarias**

- Que se declare la terminación del contrato por incumplimiento.
- Que como consecuencia de lo anterior se ordene y condene Metrocali al pago de la cláusula penal pecuniaria.

### **1.2 contestación de la demanda**

La contestación de la demanda se sufrió dentro de términos el día 23 de octubre del 2018, conforme se detalla, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones bajo los siguientes argumentos:

#### **1.2.1 Respeto de las pretensiones principales**

Se opone a ellas bajo estos argumentos:



**PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA**

- sostiene que las partes no lograron un acuerdo sobre la liquidación del contrato ya que la entidad descentralizada del orden territorial consideró que no había lugar a honorarios, toda vez que la firma no contesto la demanda arbitral. De lo que difiere el contratista que las causas del incumplimiento es atribuible a Metro Cali S.A ya que nunca otorgó el poder.
- Alude no encontrarse frente de un incumplimiento, ya que la firma no radico la contestación de demanda arbitral y de acuerdo a la literalidad del contrato era esa la condición para el pago resaltando la cláusula 4 del contrato de prestación de servicios No 917.104.2.493.2015, de la siguiente manera:

Forma de pago	Estos valores se pagaran siempre y cuando se dé trámite en un solo tribunal de arbitramento a la demanda de solo uno de los concesionarios (GIT MASIVO S.A – UNIMETRO) y el otro no promueva demanda arbitral dentro del plazo estimado del presente contrato.	Estos valores se pagaron en forma integral siempre y cuando se dé trámite en un solo tribunal de arbitramento a la demanda de los dos concesionarios (GIT MASIVO S.A – UNIMETRO S.A ) o en forma proporcional y los hitos correspondientes en caso de adelantarse en tribunales separados.
Un primer pago que se causará a la radicación de la contestación de la demanda y demanda de reconvención si hubiese lugar a ello.	\$174.000.000 incluido IVA	\$ 348.000.000 incluido IVA
Un segundo pago que se causará una vez agotada la primera audiencia de trámite	\$87.000.000 incluido IVA	\$ 174.000.000 incluido IVA
Un tercer pago que se causará contra la apertura de la	\$ 43.500.000 incluido IVA	\$ 87.000.000 incluido IVA



## PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA

etapa probatoria		
Un cuarto pago que se causara una vez se agote la promulgación del laudo arbitral.	43.500.000 incluido IVA	\$ 87.000.000 incluido IVA

- Sostiene la apoderada de la convocada que no le asiste razón al convocante de conformidad con el artículo 1609 del Código civil que determina: "ARTICULO 1609. <MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES>. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos." Razón por la cual no existe ningún incumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes.
- El contrato estaba condicionado al cumplimiento de unas actividades para proceder a su pago, lo anterior demuestra que es imposible acceder a la pretensión del contratista.

### 1.2.2 Respetto de las pretensiones subsidiarias.

- Se opone a las pretensiones considerando que no hay incumplimiento, no existe a la fecha una obligación clara, expresa y exigible.
- Se opone a la pretensión, ya que la cláusula penal en los contratos del estado, es una facultad que solo podrá ser soportada por la entidad estatal, ya que la misma busca asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contrato.

### 1.2.3 Excepciones de mérito:

Objeción al juramento estimatorio. De conformidad con el artículo 206 del Código General del proceso, se formula la objeción al rubro que se compone de la estimación realizada por la contratista con la diferencia en la estimación fórmula del perjuicio a favor de Metro Cali. El contrato estimo el valor, que se ejecutó con el contratista y que buscarían un acercamiento, del cual fue objeto la conciliación la cual no fue aprobada.



## **PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA**

### **1.2.4. Imposibilidad de reclamar perjuicios infundados.**

Solo abra lugar al reconocimiento de perjuicios ciertos y directos, pero no hay lugar a reconocimientos de orden especulativos, no existe soporte que demuestre el daño de METRO CALI S.A le generó al contratista.

### **1.2.5 Improcedencia de reconocimiento de perjuicios inexistentes.**

### **1.2.6 Improcedencias de la condena en costas.**

Al no configurarse ninguno de los presupuestos procesales no procederá la condena en costas.

### **1.2.7 falta de causa legítima de la contraprestación económica pretendida por el contratista.**

## **1.3 Oposición a la contestación de la demanda.**

Las excepciones propuestas por la parte convocada van encaminada a oponerse al valor de la reparación del daño solicitado por el convocante, mas sin embargo se debe establecer en el proceso la cuantía de la reparación. De igual manera manifiesta el incumplimiento del deber y obligación contractual por parte de la entidad convocada y el daño que se ha producido al contratista. Además aduce que en material de incumplimiento contractual es el valor total del contrato que se debe cuando la parte cumple y pone a su contratista en imposibilidad de cumplir, yendo en contra de las cargas contractuales y la buena fé del contratista.

### **1.3.1 Pronunciamiento frente a las excepciones:**

#### **1.31.1 En cuanto al juramento estimatorio:**

“Sea lo primero anotar, que el Artículo 206 del Código General del Proceso, señala que para que proceda esta objeción este debe especificar razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación, para el caso in-examine, nunca se ha señalado de manera clara cual es lo fabuloso en la cifra pretendida. La cifra pretendida es el valor del contrato, en razón a que el mismo no se cumplió por causas imputables a Metro Cali. Las preguntas que surgen, señor Arbitro, es válido que el contratista solicite como pretensión principal el pago del valor total del contrato, cuando no lo pudo ejecutar por voluntad injustificada de su contratante? Es temerario solicitar el pago del valor del contrato, cuando el mismo no se ejecutó por el simple capricho de las directivas de la entidad contratante en su momento?

Por otro lado, el Tribunal no ha advertido que la estimación es notoriamente injusta o ilegal, o hizo reparos frente al mismo, motivo por el cual se puede concluir que esta se ajusta a los parámetros normativos. Es de recordar, que la razón de ser del juramento es la transparencia y lealtad



## **PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA**

en el reclamo que, en su beneficio, hace la parte interesada por los conceptos señalados, al fijar el monto solicitado en una suma concreta que estima con juramento y que está dispuesta a probar si hay lugar a ello. Los pedimentos de la demanda están relacionados con el valor de la cuantía de un contrato y lo que pudo haber recibido y ganado el convocante por los hechos que han dado lugar al reclamo.

De lo anterior se infiere que, aunque el artículo 206 del Código General del Proceso, consagra en su inciso cuarto una sanción para el evento de que exista una diferencia del 50% entre la cantidad estimada y la probada en el proceso, equivalente al 10% de esa diferencia, tal sanción no es aplicable en este caso, por cuanto, en primer lugar, la parte convocada no objetó la estimación de debida forma, lo cual ameritaba tenerlos como probados; y en segundo término, no se observa temeridad en la estimación, debido a que los perjuicios totales se acercan siempre a ese valor, incluso si no se accede a reconocerlos. Por otro lado, nunca se ha actuado de forma temeraria al realizar la estimación que es lo que pretende sancionar la norma en mención.

En efecto, según sentencia C-279 del 2013 de la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Ignacio Pretelt Chaljub, dice:

“Las sanciones previstas en el artículo 206 de la Ley 1564 de 2012 tienen finalidades legítimas, tales como preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas “temerarias” y “fabulosas” en el sistema procesal colombiano, fundamentales en la violación de un bien jurídico muy importante como es la eficaz y recta administración de justicia que puede ser afectado a través de la inútil, fraudulenta o desproporcionada puesta en marcha de la Administración de Justicia. Es así como el inciso cuarto y el parágrafo de artículo (206 de la Ley 1564 de 2012), establecen sanciones específicas por la estimación incorrecta de las pretensiones”.

Es claro, que la presente demanda no es temeraria y fabulosa, pues lo que se pretende se fundamenta en un contrato suscrito, el cual fue incumplido por el convocado, además el valor fue estimado en razón del valor total del mismo, como el posible lucro cesante y pérdida de la oportunidad que pudo tener mi poderdante, incluidos dentro del mismo valor contractual. Al no haberse ejecutado el contrato no se pudo generar el pago del mismo, siendo una pérdida clara del ingreso derivado de la oportunidad de ejecución del mismo. En síntesis, no habría mérito para aplicarle la sanción procesal que consagra la ley a cargo de la parte convocada, por cuanto nunca hubo temeridad.”

### **1.3.1.2 En cuanto a la imposibilidad de reclamar perjuicios infundados.**

En este sentido, el análisis de la remuneración a que tiene derecho un abogado por su gestión girará en torno al alcance del servicio prestado, de manera que, con probar dicha prestación, el juez procederá a reconocer los honorarios con base en la cuantía fijada entre las partes o, en defecto de esta, con base en la regla de la equidad. En el caso que



## **PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA**

nos ocupa, está plenamente acreditado la gestión realizada por D&O en el marco del Contrato.

No obstante, Metro Cali sostuvo en la primera audiencia de conciliación y en el Acta 1 que, debido a que la 'condición suspensiva' nunca acaeció (i.e., la radicación de la contestación a la demanda y eventual reconvencción), la obligación de remunerar una gestión efectuada en múltiples e ingentes horas de trabajo nunca nació a la vida jurídica. Como si se tratara de una comisión de éxito en virtud de la cual D&O accedía a 'apostarle' a elaborar y presentar unos documentos legales y si se verificaba una condición de éxito (i.e., su radicación) nacía a favor de D&O el derecho a percibir honorarios. De ninguna manera se podía interpretar así las prestaciones y el contenido del Contrato, máxime cuando este tipo de obligaciones condicionales son excepcionales y requieren texto contractual expreso e inequívoco en ese sentido, so pena de entenderse como puras y simples en caso de duda.<sup>3</sup> Si la intención de las Partes hubiese sido la de redactar una comisión de éxito sujeta a la radicación de los documentos, lo hubiesen hecho en los mismos términos del párrafo primero de la cláusula cuarta del Contrato, en donde sin lugar a equívocos las partes pactaron honorarios atados a la ocurrencia de un hecho incierto y futuro y asumiendo el riesgo de manera absoluta el contratista.

Concebir la radicación de la contestación a la demanda arbitral y la eventual reconvencción, hecho que materialmente no fue posible por decisión exclusiva de Metro Cali, como condición para el nacimiento de la contraprestación de un trabajo efectivamente realizado por D&O, no solo es abiertamente injustificado y contrario a los elementos básicos de la equidad, la reciprocidad y la ética en el tráfico comercial, sino que, también, rompería con la lógica conmutativa del Contrato toda vez que las prestaciones no serían equivalentes entre sí.

De esta forma, Metro Cali recibiría un trabajo riguroso reflejado en el recurso de reposición al auto que admitió la demanda arbitral, la contestación a la demanda arbitral y la reconvencción presentadas todas diligentemente a Metro Cali tal como versa en los hechos y en las pruebas de este escrito, y D&O no recibiría contraprestación alguna por su trabajo.

Al respecto, Metro Cali sugirió, en un primer momento, la aleatoriedad del Contrato al afirmar que el hecho de no haber radicado la contestación hace improcedente el pago de honorarios (vid. Acta del Comité). Pero es perversa tal afirmación cuando no se radicó precisamente por la conducta de la misma Metro Cali, que no entregó el poder y la autorización precisamente para sustraerse de su obligación contractual a través de su propia culpa. Vale recordar el aforismo NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS, el cual contiene un principio y la prohibición general de abusar del derecho propio como forma de acceder a ventajas indebidas e incluso inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico. Nadie puede alegar a su favor su propia culpa generando el deber de los Tribunales de negar toda súplica cuya fuente es la incuria, el dolo o mala fe en que se ha incurrido.



## **PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA**

Nada más alejada de la verdad y de la esencia del Contrato esta interpretación que hizo Metro Cali del aludido negocio jurídico que, en todo caso, va en contravía con el importante criterio de interpretación contenido en el artículo 28 de la ley 80 de 1993 según el cual:

En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos. (Se hace énfasis).

Por virtud de este criterio legal, se debe preferir la interpretación que entiende que debe haber un equilibrio en las prestaciones del contrato y, por ende, debe reconocerse el pago de honorarios a D&O por los servicios prestados y debidamente acreditados, por encima de la teoría que sostiene que la no radiación de la contestación a la demanda arbitral es una condición para el nacimiento del pago de honorarios y que la no acaecer dicho evento futuro, aquellos no son exigibles.

Por consiguiente, D&O invitó a Metro Cali a que, de manera sensata y de buena fe, verificara nuevamente las gestiones realizadas en el marco del Contrato, cuyos documentos soporte han sido aportados con este escrito, y reconsiderara su posición que, en cualquier caso, la podía situar en un escenario indeseable e ineficiente para las partes de pleito judicial para resolver las controversias que nos convocan.

La indemnización de perjuicios por incumplimiento en el pago del valor del contrato, así como el reconocimiento de intereses moratorios comerciales de conformidad con lo pactado por los contratistas, el Consejo de Estado en la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera en Sentencia del 21 de Febrero de 2002, que:

“Cuál es la indemnización que la administración debe al contratista cuando incumple con el pago total o parcial del valor del contrato o retarda el mismo? Cuando se deben sumas de dinero o se retarda su pago, los intereses de mora a cargo del deudor tienen como finalidad indemnizar los perjuicios causados al acreedor, cualquiera sea el origen de la obligación. Como quiera que se ha dicho que los perjuicios causados a un contratista con el incumplimiento de la administración en el pago del valor del contrato, se indemnizan con la actualización del capital debido a título de daño emergente y con el reconocimiento de intereses desde el momento en que nació la obligación de pago hasta que éste se satisfaga (lucro cesante),(...). ” Nota de Relatoría: Ver sentencia 6094 del 19 de noviembre de 2001 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia”.

Por lo tanto, todas las pretensiones en la presente demanda son reales, porque se fundamentan en el valor total de un contrato, que claramente configura un lucro cesante así mismo el pago de los intereses. Conforme lo dispuesto en el Artículo 50 de la Ley 80 de 1993.



## PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA

### 1.3.1.3 Frente a la improcedencia de condena en costas.

“La condena en costas debe darse en los parámetros señalados en el artículo 365 del Código General del Proceso, que contempla la posibilidad de expedir condenas en costas a la parte vencida del proceso. “

### 1.3.1.4 Frente a la excepción de falta legítima de la contraprestación económica:

*D&O* está legitimado en la causa por activa, porque se suscribió el contrato de prestación de servicios entre el convocante y la convocada. Siendo suficiente motivo para que ambas partes se encuentren legítimas para comparecer al presente tribunal de arbitramento, más aún cuando están reconocidos y probados incumplimientos contractuales por parte de Metro Cali.

El valor del contrato está establecido en el mismo documento, comprendiendo el valor de las contraprestaciones del contratista. Si el contratista fue puesto en una situación de no poder cumplir pero cumplió hasta donde pudo, el valor de la indemnización equivale al valor del contrato, por vía de pérdida de la oportunidad, lucro cesante, lo dejado de percibir o la penalidad por la situación en la que el contratante lo puso en su poder.

De esta forma descorremos el traslado de las excepciones propuestas reiterando que, simplemente se presenta el valor del contrato como límite a la pretensión general, estando abiertos a resolver nuestra reclamación de forma conciliatoria en un menor valor.

## 2. DEL ACUERDO CONCILIATORIO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 1563 del 2012, La audiencia de conciliación dentro del presente trámite arbitral tuvo lugar el día 8 de noviembre del 2018, en la diligencia las parte demandada presento formula conciliatorio en los presentes términos, propuesta que documenta a través de certificación suscrita por la secretaria técnica en la que consta que el representante legal de la entidad autorizó proponer la siguiente formula conciliatoria:

*“ Se autoriza al apoderado presentar propuesta de conciliación por un valor de CIENTO NOVENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS (191.400.000) MCTE que equivale a un 55% del capital pactado del primer hito, sin intereses, valor que los miembros del comité, luego de un análisis del acervo probatorio considera como justa de la contraprestación de actividades realizadas por la firma de abogados, hasta el momento la reunión realizada el 22 de abril del 2016, fecha en la cual Metro Cali S.A le manifestó a D&O su voluntad de dar por terminado el contrato. Finalmente, se aclara al apoderado, que debe manifestar al momento de formular la propuesta de conciliación que el pago se realizará dentro de los 15 días hábiles siguientes a la radicación de los documentos de cobro por parte del apoderado del actor. Previa revisión y aprobación de la dirección financiera”*



## PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA

En virtud de la propuesta el árbitro pone de presente la fórmula conciliatoria al extremo demandante y este se pronuncia aludiendo encontrarse de acuerdo con la propuesta y aceptando los términos de la misma.

Acto seguido se corre traslado de la fórmula de conciliación al Ministerio público para que se pronuncie al respecto, otorgando para ello el término de diez 10 días hábiles.

Dentro del transcurso del término para conceptuar y como quiera que se advirtió que en el expediente trasladado no obraba ni la propuesta de conciliación en mayor detalle, ni los fundamentos fácticos y jurídicos que consideró Metrocali para formular propuesta conciliatoria, se solicitó al tribunal se corra traslado del acta de comité e conciliación de la entidad, del cual se determinó que la propuesta se concretó previo análisis principal del siguiente argumentos en otros accesorios al asunto :

*“Como se sustentó en sesión del Comité de Conciliación de fecha 7 de julio de 2017, en donde se autorizó presentar propuesta de conciliación, por un valor de Ciento Noventa y Un Millones Cuatrocientos Mil pesos (\$191.400.000) equivalente a un cincuenta y cinco por ciento (55%) del capital (\$348.000.000) pactado para el pago del primer hito, estipulado en el contrato de prestación de servicios No. 917.104.2.493.2015 de diciembre 16 de 2015, sin intereses, que a la fecha, la acción contractual no se encuentra caduca, se recomienda **CONCILIAR en las mismas condiciones pactadas en el comité del 7 de julio de 2017.***

*Porque, si bien la Entidad había manifestado **su voluntad** de dar por terminado el contrato y el contratista no dejó constancia ni salvedad de oponerse a dicha terminación, sino que, por el contrario, firmó una lista de asistencia de fecha 22 de abril del 2016 a la reunión programada “para dar por terminado los tres contratos suscritos con esa firma contratista”, lo cierto es que, tales intentos no maduraron formalmente en un ACTA DE TERMINACION DE MUTUO ACUERDO DEL CONTRATO, por lo que, en virtud del principio de SOLEMNIDAD y FORMALIDAD del contrato estatal que obliga a la forma escrita para deshacerlo o modificarlo, se concluye definitivamente que, el vínculo obligacional se mantuvo vigente en las condiciones iniciales y que la entrega de los productos ocurrió en pleno rigor de la vigencia del contrato, configurando la responsabilidad de la entidad contratante.*

*Por lo tanto, el contrato firmado y vigente hasta el 31 de diciembre de 2016, es el respaldo para que reclame ahora -de cara a la liquidación final- en sede judicial el pago de una actividad típicamente contractual en el marco del contrato de prestación de servicios 917.104.2.493.2015 de diciembre 16 de 2015, que tenía un valor fijo y predeterminado en el contrato.*

*Fuera de lo anterior, Metro Cali S.A.- ciertamente- recibió la minuta de la contestación; la minuta de reconvenición; el estudio que contenía el diagnóstico del pleito, su valoración y la estrategia para encararlo, sin contar las informes, presentaciones y visitas requeridas por la entidad.”*

### **2.1 Análisis jurídico - Marco normativo y jurisprudencial de la conciliación judicial en materia contractual, sus elementos, límites y principios para tener en cuenta – marco jurisprudencial.**

Sobre la conciliación judicial en materia contractual destaca la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado<sup>13</sup>:

---

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil cinco (2005), Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A



## PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA

- El Juez en materia de lo contencioso administrativo ejerce un control de legalidad sustentado en el PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

*“No debe perderse de vista que, por definición, el juez administrativo ha sido desde siempre el guardián de la legalidad administrativa y el control asignado a la jurisdicción contencioso administrativa en materia de conciliaciones no podía ser la excepción. En efecto, la justicia administrativa desde sus orígenes fue concebida como el medio más idóneo de fiscalización a la administración, en orden a garantizar la vinculación total positiva del ejecutivo a la ley como manifestación de la voluntad general, como que el ejercicio de la función administrativa, como observa Laubadère, está dominado por el principio fundamental de la legalidad, este principio significa que las autoridades administrativas, en las decisiones que adoptan, están obligadas a conformarse a la ley, o más exactamente a la legalidad, es decir, a un conjunto de reglas de derecho de rangos y contenidos diversos. Este principio concierne a todas las actividades de las autoridades administrativas: en primer lugar, las decisiones administrativas individuales y los contratos, por las cuales este principio significa que toda medida particular debe estar conforme a las reglas preestablecidas. ...”*

- En un Estado de Derecho debe atenderse al Principio de Legalidad el cual irradia igualmente la relación contractual.

*“Toda democracia liberal se construye a partir de la sumisión de la Administración al derecho que se confunde con la misma idea de Estado de Derecho: la cual constituye una limitación del poder administrativo. El rol del ejecutivo no es otro que asegurar la traducción de la ley en la realidad y si la función de la administración es esencialmente ejecutiva es claro que ella encuentra en la ley no sólo el fundamento, sino el límite a su acción. Principio de legalidad de la actividad administrativa que obviamente se predica también respecto de las relaciones contractuales del Estado, como expresión de la función administrativa, tal y como recientemente lo advirtió esta Sala. Por ello el control asignado a todo juez administrativo, como medio más eficaz para asegurar el principio de legalidad de la Administración, comporta por antonomasia apreciar la vinculación de la Administración en su accionar a la ley, de modo que toda solución judicial a él asignada por la ley pasa por la revisión de conformidad con el ordenamiento jurídico y, por ello, está obligado a pronunciarse en derecho sobre la sujeción del servidor público a la legalidad. Estas consideraciones, que pueden resumirse en que la Administración actúa secundum legem al ser una actividad estatal sub-legal en palabras de Marienhoff, tienen su proyección nítida en el derecho positivo colombiano.”*

- El control de legalidad no puede confundirse con la simple conveniencia o discrecionalidad que impone el examen como concepto jurídico indeterminado:

*“...Uno de los pilares de la construcción de una teoría general del derecho administrativo estriba justamente en dar por sentado que el examen o fiscalización de la legalidad de los actos de la Administración supone la separación entre justicia y administración: “la justicia administrativa es un trozo de la justicia y no de la administración” y a ella compete un juicio de segundo grado en cuanto recae sobre el que ha debido realizar la Administración, juicio que en todo caso sólo puede justificarse en las razones del Derecho. Los dominios de la conveniencia son los de la administración, mientras que los de la revisión de su legalidad atañen al*



## PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA

*juez administrativo, de modo que en derecho colombiano no puede pretenderse que el juez a la vez desempeñe el doble papel de órgano judicial y administrativo, debido al modelo de separación de poderes adoptado entre nosotros y al tipo de justicia administrativa especializada que tenemos desde hace ya 90 años. De allí que, aún la evaluación en sede judicial de una actuación discrecional de la administración no sea en realidad un análisis de conveniencia sino de legalidad, pues no es posible una justicia administrativa sin fiscalización jurídica...."*

(...)

*Del ámbito de la discrecionalidad y su limitación a través del control jurisdiccional es la lucha del derecho administrativo en los últimos cincuenta años, que cubre incluso a los llamados "conceptos jurídicos indeterminados" que en realidad no le dejan a la Administración la libertad de optar entre varias posibilidades de actuación, en tanto no hay múltiples soluciones para la Administración, sino una sola justa, esto es, ajustada a los fines del derecho. Al fin y al cabo, la limitación de la actividad discrecional en función de la idea de fin, únicamente puede hacerse efectiva mediante la fiscalización jurisdiccional, en tanto -como afirma Vedel-discrecionalidad no quiere decir arbitrariedad, es más se trata de conceptos antagónicos.*

- La conciliación no puede fundarse en razones de conveniencia sino en la prueba del perjuicio sin razón jurídica.

*"Por lo que dice relación a la tercera de las causales del artículo 69 del C.C.A., esto es, cuando con el acto se cause agravio injustificado a una persona, no reviste en realidad- como lo afirma parte de la doctrina nacional- un juicio de conveniencia, sino que se trata en realidad de una hipótesis que involucra una valoración estrictamente jurídica en tanto que exige la presencia de un perjuicio sin motivo, razón o fundamento a una persona, el cual sólo puede darse cuando medie la ilegalidad del acto, o cuando se rompe el postulado de la igualdad ante las cargas públicas, principio que, a su vez, retoma lo dispuesto por el artículo 13 Superior."*

- La conciliación debe ampararse en el examen de la alta probabilidad de condena y en las pruebas suficientes y necesarias para tal fin.

*"La verificación de legalidad a cargo del juez administrativo, implica que desde su perspectiva las causales del artículo 69 del C.C.A. aplicadas al proceso conciliatorio, tienen todas el carácter de juicio de legalidad, por lo que la exigencia de alta probabilidad de condena también resulta aplicable a este caso, no obstante invocarse una causal de "conveniencia". Nótese que, acorde con las voces del artículo 73 in fine de la ley 446 de 1998 ( que incorporó el artículo 65 A a la ley 23 de 1991, compilado por el artículo 60 del Decreto 1818 de 1998), el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en "las pruebas necesarias", exigencia cuyo alcance jurisprudencial ha sido que las mismas permitan deducir una alta probabilidad de condena contra el Estado - en el evento de que el interesado decidiese ejercitar las acciones pertinentes -, de modo tal que lo acordado no resulte lesivo del patrimonio público o violatorio de la ley. Por consiguiente, la jurisprudencia de la Sala en modo alguno está creando una nueva condición no prevista por la ley, como asegura el recurrente, por lo que dicha exigencia no puede cambiarse al antojo del intérprete, como sugiere el escrito impugnatorio, al proponer un pretendido requisito de "sensatez de lo conciliado". Nota de Relatoría: Ver Exps. 17219 del 10 de agosto, 16758 del 9 de marzo, 16116 de 29 de junio todas de 2000; y 22232 del 22 de enero de 2003"*



## PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA

- La infracción al principio de legalidad vulnera de contera el principio de igualdad

*“Conviene agregar que la infracción del principio de legalidad, en este caso de las normas de la ley 80, comporta en últimas la violación de la cláusula constitucional de igualdad, en tanto este principio, en su acepción “formal” o “estática” equivale simplemente al cumplimiento de la ley (inciso primero del art. 13 C.P.), como que en estos eventos el operador jurídico al aplicar la ley -sin distingos- no hace nada distinto que realizar la igualdad. El respeto de la “regla de justicia”, vale decir, tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual, es desde este punto de vista, en palabras de Bobbio, lo mismo que el respeto a la legalidad.”*

- Se define el objeto de la conciliación judicial y su homologación

*“La conciliación en el proceso administrativo es un importante mecanismo para la composición de litigios y para la descongestión de despachos judiciales con el fin de asegurar un eficaz acceso a la Administración de Justicia, tal y como lo ordenan el preámbulo y los artículos 2 y 229 de la Carta Política. Pero esta consideración, como ya lo tiene determinado de antaño esta Sección, no puede conducir a la aprobación judicial mecánica de las conciliaciones de las partes, sin parar mientes en la indebida utilización que se pueda hacer de esta institución y en las defraudaciones que, por su aplicación se puedan producir al tesoro público, comoquiera que la conciliación, como fuente reguladora de conflictos, supone la legalidad de la transacción jurídica, en tanto que la posibilidad de disponer de los intereses estatales debe ajustarse rigurosamente al ordenamiento vigente y, por ello mismo, exige previa homologación judicial. Y en esta tarea el juez, ante quien se somete a consideración el acta donde consta el acuerdo conciliatorio, debe realizar las valoraciones correspondientes que le permitan concluir si la conciliación se ajusta a la ley y si refleja favorabilidad cuantitativa para la administración. O lo que es igual, la conciliación en el derecho administrativo -y por ende en controversias contractuales del Estado- como solución alternativa de conflictos debe estar precedida, conforme el pensamiento uniforme y reiterado de la Sala, de un estudio jurídico comprensivo de las normas jurídicas y de la doctrina y jurisprudencia aplicables al caso, pues al comprometer recursos del erario es claro que su disposición no se puede dejar a la voluntad libérrima de los funcionarios, sino que amerita el cumplimiento de reglas y exigencias muy severas y precisas que impiden el uso de la conciliación para fines no previstos y no queridos por la ley. Por lo mismo, la conciliación sólo produce efecto hasta tanto el juez contencioso imparte su aprobación, en otros términos, para su eficacia jurídica requiere de homologación judicial. En tales condiciones se tiene que la conciliación contencioso administrativa como instituto de solución directa de conflictos, construida a partir de la capacidad dispositiva de las partes y cuya bondad -tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia-, como fórmula real de paz (en tanto borra las huellas negativas del conflicto) y como instrumento de descongestión de los despachos judiciales, está suficientemente demostrada, no puede convertirse en un procedimiento expedito para manejar a su arbitrio el tema de la contratación pública. Así -por ejemplo- en otras oportunidades, la Sección ha improbadado solicitudes de conciliación que buscaban que la jurisdicción de lo contencioso administrativo permitiera cambiar el rubro presupuestal de pago que sería afectado en futuro y por ello en esa oportunidad se señaló enfáticamente que no se puede recurrir al mecanismo de conciliación para que el juez administrativo corrobore una actuación ilegal de la Administración. Nota de Relatoría: Ver Exps. 7633 del 5 de febrero de 1993, 14919 del 22 de octubre de 1998, 15872 del 20 de mayo y 16298 del 30 de septiembre*



## PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA

*ambos 1999, 16116 del 29 de junio y 18298 del 10 de noviembre ambos de 2000, 20801 del 12 de diciembre de 2001, 8331 del 7 de febrero.*

### 2.2 Requisitos para conciliar

En primer lugar se tiene como fuente normativa el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012, el cual se armoniza para la definición sobre la aprobación del acuerdo conciliatorio las siguientes disposiciones, artículo 65A de la Ley 23 de 1991, adicionado por el artículo 73 de la Ley 446 de 1998, compilado por el artículo 60 del Decreto 1818 de 1998, el artículo 24 de la Ley 640 de 2001, amén de las disposiciones contenidas en el Decreto 1716 de 2009, que reglamentan los artículos 13 de la Ley 1285 de 2009 y 75 de la Ley 446 de 1998, el Capítulo V de la Ley 640 de 2001, el inciso segundo del artículo 309 de la Ley 1437 de 2011 que derogó el inciso 5 del artículo 35 de la Ley 640 del 2001, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, derogado a su vez por el artículo 626 de la Ley 1564 de 2012 y los artículos 161, 180-8 y 192 de la Ley 1437 de 2011.

Por otro lado y acudiendo a la jurisprudencia del H. consejo de Estado<sup>14</sup>, en orden a concluir en el asunto que se examina se tendrá en cuenta los presupuestos de la conciliación en materia contencioso administrativa, ellos son:

“-Que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes.

-Que las entidades estén debidamente representadas.

-Que los representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar y disponer de la materia objeto de convenio.

-Que no haya operado la caducidad de la acción.

**-Que no resulte abiertamente inconveniente o lesivo para el patrimonio de la administración.**

**Que los derechos reconocidos estén debidamente respaldados por las probanzas que se hubieren arimado a la actuación. ....”**

(Nota de Relatoría: Reitera autos 15421 y 15872 del 25 de marzo y del 8 de abril de 1999, respectivamente.)

### 3 CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Se plantea entonces si en esta ocasión el acuerdo conciliatorio se ajusta a los tres claros criterios y presupuestos a saber: a) Que no sea contraria a la Ley; b) Que exista el suficiente acervo probatorio que sustente el acuerdo conciliatorio; y c) Que lo acordado no atente contra el patrimonio público.

#### Del apego a la ley.

El principio de legalidad implica que la administración debe sujetarse en todos sus actos a las normas jurídicas que le son propios, de suerte que el principio de legalidad constituye una limitación a la actividad de la administración, por cuanto significa que ella no puede hacer todo cuanto quiera, sino solamente aquello que le permite la ley.

---

<sup>14</sup> Providencia con ponencia del Consejero Dr.: GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR, de fecha enero 30 de 2003 y número de radicación 22232-03



## **PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA**

En el caso en estudio se tiene que las partes refieren única y exclusivamente a los asuntos respecto a los cuales puede disponer en el giro ordinario de sus negocios, más precisamente en el contrato objeto de controversia, pues la fórmula propuesta no desborda los límites de la actividad contractual pactada por los extremos contratantes, por el contrario precisa puntualmente el cumplimiento de las cargas correspondientes a Metrocali.

En el desarrollo del objeto contractual se encuentra demostrado que efectivamente la entidad por diversos factores evidenciados en los documentos en el cartulario incumplió sus obligaciones en el desarrollo del objeto contractual, a su vez no existe evidencia alguna que el contratista hubiese por su parte faltado con los deberes a su cargo, por el contrario se evidencia que propendió por el adecuado desarrollo de sus obligaciones contractuales, todo ello según lo obrante en el expediente.

El acuerdo conciliatorio versa sobre derechos de contenido particular y económico, disponibles por las partes (artículo 59 de la Ley 23 de 1991 y 70 de la Ley 446 de 1998), como quiera que se debate una controversia de carácter particular y de contenido económico, pues las pretensiones se encuentran encaminadas a lograr la cancelación de valores respecto de los cuales el contratista considera tiene Derecho en virtud del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes. De manera que en cuanto a este requisito, el acuerdo alcanzado por las partes sería válido por cuanto no se menoscaban derechos ciertos e indiscutibles, y se obtiene la satisfacción del derecho reclamado por el solicitante, como quiera que al convocante le asiste legalmente el derecho que es materia de Conciliación, esto bajo el entendido que la jurisprudencia ha retirado que las controversias sobre pretensiones económicas son conciliables, mientras que los conflictos en torno a derechos ciertos e indiscutibles no lo son.

De lo anterior se colige que encuentra apego a la norma la posibilidad que el Metrocali acuda a este mecanismo de solución de conflictos, sin exceder el marco normativo que le es propia a esta figura jurídica.

### **Del material probatorio que sustenta el acuerdo conciliatorio.**

Del acervo probatorio se evidencia como elemento fundamental que Metrocali incumplió sus obligaciones contractuales, obstaculizando el adecuado desarrollo de las propias de su contratista, quien pese a tales vicisitudes se allanó al desarrollo de las mismas hasta donde le fue posible, de suerte que cumplimiento el primer hito contractual se encuentra plenamente desarrollado con la formulación de la contestación de la demanda entre otras actuaciones, remitidas a la entidad a través de correo electrónico ya que la radicación de la misma no podía cursar si la convocada no extendía el poder para tales fines.

Se arriba a la conclusión que la firma Duran Osorio S.A. se allanó a cumplir con sus obligaciones al punto de documentar para dar cumplimiento al desarrollo del primer hito contractual todos los pasos previos pertinentes tales como: asistencia a la audiencia de designación de árbitros, presentaciones de seguimiento al asunto, reuniones de trabajo con la entidad contratante, respuestas a las solicitudes de MetroCali respecto al caso, cruce de información y de correos entre los extremos contractuales, compilación de información, elaboración del recurso de reposición contra el auto de admisión de la demanda arbitral, presentación de un documento contentivo de la valoración del pleito que incluyó análisis cualitativo, cuantitativo y revisión de los



## PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA

conceptos de fortaleza de la defensa, fortaleza probatoria, presencia de riesgos procesales y nivel de jurisprudencia, revisión y estudio de la demanda arbitral, entre otros relacionados. Que conforme a lo anotado la obligación contractual de contestar la demanda y formular la demanda DE RECONVENCIÓN FUE DEBIDAMENTE SATISFECHA POR la demandante, y de ello da cuenta el correo electrónico enviado a MetroCalí el día 27 de mayo de 2016 previamente al vencimiento de los términos procesales para tales fines, de suerte que la entrega de los productos ocurrió en pleno rigor de la vigencia del contrato, configurándose la responsabilidad de la entidad contratante, de quien habrá de decirse, que conforme al material probatorio obrante en el cartulario, no honro sus obligaciones contractuales, y promovió concretar la terminación del contrato sin atemperarse al procedimiento legal para ello y sin que hasta la fecha el mismo se haya documentado.

Por otra parte, si bien es cierto la entidad convocada había manifestado su voluntad de dar por terminado el contrato, también lo es, que tal iniciativa no se concretó formalmente en ni en acta de terminación de mutuo acuerdo del contrato, ni en la liquidación de mutuo acuerdo o unilateral del contrato, que le permitiera al contratista manifestar su posición al respecto, y que conforme principio de solemnidad y formalidad del contrato estatal que obliga a la forma escrita para deshacerlo o modificarlo, el vínculo contractual se mantuvo vigente en las condiciones iniciales durante su ejecución.

Por lo anotado, es innegable que se encuentran probados los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute, de suerte que el acuerdo cumple con la carga probatoria que le es propia, pues los medios probatorios son idóneos y suficientes el cuanto al derecho objeto de controversia de tal manera que es posible avizorar la existencia de una posible condena y por lo tanto el acuerdo resulta en extremo provechoso para los intereses de las partes en conflicto.

### **Que lo acordado no atente contra el patrimonio público.**

La cláusula cuarta del Contrato génesis del presente arbitramento, describe detalladamente los hitos de pago, así:

<b>FORMA DE PAGO</b>	<i>Estos valores se pagaran siempre y cuando se le dé trámite en un solo tribunal de arbitramento a la demanda de solo uno de los concesionarios (GIT MASIVO S.A. – UNIMETRO S.A) y el otro no promueva demanda arbitral dentro del plazo estimado del presente contrato.</i>	<i>Estos valores se pagaran en forma integral siempre y cuando se le dé trámite en un solo tribunal de arbitramento a la demanda de los dos concesionarios (GIT MASIVO S.A. – UNIMETRO S.A) o en forma proporcional y en los hitos correspondientes en caso de adelantarse en tribunales separados.</i>
<i>Un primer pago que se causará a la radicación de la contestación</i>	<i>\$174.000.000 incluido IVA</i>	<i>\$348.000.000 incluido IVA</i>



**PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA**

<i>de la demanda y demanda de reconvencción si hubiera lugar a ello</i>		
<i>Un segundo pago que se causará una vez agotada la primera audiencia de trámite</i>	<i>\$87.000.000 incluido IVA</i>	<i>\$174.000.000 incluido IVA</i>
<i>Un tercer pago que se causara contra la apertura de la etapa probatoria</i>	<i>\$43.500.000 incluido IVA</i>	<i>\$87.000.000 incluido IVA</i>
<i>Un cuarto pago que se causará una vez se agote la promulgación del laudo arbitral</i>	<i>\$43.500.000 incluido IVA</i>	<i>\$87.000.000 incluido IVA</i>

El valor inicial a cancelar corresponde al primer hito contractual, por la suma de \$348.000.000 incluido IVA, ello como quiera que conforme al sustento probatorio las demandas de GIT MASIVO y UNIMETRO iniciaron conjuntamente bajo la egida de un solo tribunal de arbitramento en contra de Metrocali; Es respecto a esta primera actuación procesal sobre la cual gira la formula conciliatoria, en una suma que alcanza el 55% del valor asignada a la misma, esto es \$191.4000.000 CIENTO NOVENTA Y UN MILLONES CUATROSCIENTOS MIL PESOS.

De suerte que el análisis financiero que le permitió arribar la entidad convocada a la concreción de la formula conciliatoria, lejos de atentar contra el patrimonio público, lo salvaguarda en gran medida, pues de las pretensiones de la demanda se tiene que las mismas alcanzan la suma de \$1.600 millones de pesos, mientras que el acuerdo conciliatorio se concreta en la suma de CIENTO NOVENTA Y UN MILLONES CUATROSCIENTOS MIL PESOS \$(191.400.000), que equivalen a un 55% del capital pactado del primer hito, sin intereses, de modo que evidentemente se genera una reducción significativa, excluyéndose riesgos asociados a eventuales condenas por altos valores económicos en el contexto de declararse el incumplimiento del contrato de prestación de servicios por parte de Metrocali, máxime cuando del análisis del recaudo probatorio obrante en el proceso es posible arribar a la conclusión de una de eventual condena en suma muy superior a la hoy consensuada.

Por lo anterior considera esta agencia del ministerio público, que las condiciones del acuerdo alcanzado entre las partes favorecen los intereses de la entidad estatal que lo suscribe, cumpliéndose por la tanto con la obligación de que la conciliación no



## PROCURADURÍA 19 JUDICIAL II PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA

resulte lesiva para los intereses públicos en juego,<sup>15</sup> pues es evidente en efecto, que gracias al presente acuerdo Metrocali, precave el riesgo de que el laudo sea proferido en condiciones sustancialmente más gravosas para sus intereses.

Es necesario precisar que de conformidad al documento denominado **“paz y salvo”** fechado 31 de octubre de 2018, el apoderado de la parte demandante con facultades para conciliar, expresa que una vez aprobado el acuerdo conciliatorio y efectuado el pago, libera a Metrocali, de todas las pretensiones derivadas de la ejecución y terminación del contrato objeto del presente proceso, con los efectos libradores previstos en la ley.

De manera que las partes con el presente acuerdo conciliatorio dirimen totalmente el conflicto surgido entre ellas hasta el punto de declararse a paz y salvo por todo concepto en cuanto la relación contractual contenida en el contrato No PS. 917.104.2-493-2015 suscrito el dieciséis de diciembre del 2015, cuyo objeto consistió en la *“prestación de servicios profesionales especializados para desarrollar actividades de representación judicial, asesoramiento y acompañamiento a Metro Cali S.A, en defensa de los intereses de la empresa con ocasión del tribunal de arbitramento convocado por el GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO y/o POR LA UNION METROPOLITANA DE TRANSPORTADORES S.A, bien sea que se adelante en uno o dos tribunales”*

Finalmente es necesario –sino obrare en el expediente- requerir que se integre formalmente al mismo, tanto el acta de sesión del comité de conciliación de Metrocali, donde se discutió el asunto, como el documento denominado **“paz y salvo”** a través del cual la demandante libera a la entidad convocada, una vez aprobado el acuerdo conciliatorio, de todas las pretensiones derivadas de la ejecución y terminación del contrato.

Por todo lo anteriormente expuesto, considera esta procuraduría, que se presentan los supuestos de hecho y de Derecho para que sea aprobado el acuerdo conciliatorio alcanzado por las partes, en consecuencia así se solicita al señor árbitro.

Del señor arbitro Atentamente,

**LESSDY DENISSE LOPEZ ESPINOSA**

Procuradora 19 Judicial II para la Conciliación Administrativa

---

<sup>15</sup> Ello sin perjuicio de la acción de repetición a que puede haber lugar en razón de la misma.