**LAUDO ARBITRAL**

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**

**CONSORCIO CIC**

**contra**

**SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO**

Bogotá, veintiséis (26) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el Tribunal de Arbitramento integrado por los Árbitros **Carmenza Mejía Martínez** – Presidente, **Fernando Álvarez Rojas** y **Álvaro Mendoza Ramírez**, con la secretaría de **Eugenia Barraquer Sourdis**, a dictar el Laudo que pone fin al proceso y que resuelve las diferencias surgidas entre **CONSORCIO CIC integrado por CARLOS JULIO RIVERA CORREAL, MAX OJEDA GÓMEZ, CONSTRUCTORA COCELCA LTDA. hoy GRUPO CONSTRUCTORA PRISMA S.A.S y ORLANDO ROJAS M & CIA LTDA. hoy OBRACIC S.A.S.** parte convocante y la **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO**, parte convocada.

El presente Laudo se profiere en derecho.

**CAPITULO I**

**ANTECEDENTES**

**1. LAS PARTES**

Actúa como parte demandante CONSORCIO CIC integrado por CARLOS JULIO RIVERA CORREAL, MAX OJEDA GÓMEZ, CONSTRUCTORA COCELCA LTDA. hoy GRUPO CONSTRUCTORA PRISMA S.A.S y ORLANDO ROJAS M & CIA LTDA. hoy OBRACIC S.A.S., en adelante CONSORCIO CIC.

Actúa como parte demandada SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO, en adelante SED.

**2. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA**

La cláusula compromisoria, es la contenida en la cláusula decimoctava del contrato de Consultoría y de Obra Nº 196 de 2003, que es del siguiente tenor:

*“DÉCIMA OCTAVA.- DIFERENCIAS ENTRE LA PARTES Las diferencia que surjan entre las partes por asuntos diferentes a la aplicación de la cláusula de caducidad y de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, serán dirimidas mediante la utilización de mecanismos de solución ágil de conflictos previstos en la ley, tales como arreglo directo, amigable composición, conciliación, transacción y si tales diferencias tienen carácter de insalvables, acudirán al arbitramento, de acuerdo con lo establecido en la normas vigentes.”*

**3. EL TRÁMITE**

El 24 de noviembre de 2017, la convocante, mediante apoderado judicial, presentó en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la demanda que dio origen a este trámite arbitral.

En sesión llevada a cabo el día 11 de enero de 2018 se realizó el nombramiento de Árbitros. En dicha reunión las partes de común acuerdo

designaron como integrantes del presente Tribunal a los doctores CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ, FERNANDO ÁLVAREZ ROJAS y ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ, quienes oportunamente aceptaron su designación, por lo que está debidamente integrado el Tribunal.

El 5 de abril de 2018 se realizó la Audiencia de Instalación en donde se profirió el Auto Admisorio de la demanda. La entidad demandada se notificó personalmente ese mismo día, el Ministerio Público y la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, fueron notificados el 14 y 15 de junio de 2018, respectivamente.

El 4 de mayo de 2018, la convocada presentó la contestación de la demanda, en la que formuló excepciones de merito, objeción al juramento estimatorio y solicitó pruebas. Mediante Auto Nº 5 del 7 de septiembre de 2018 se corrió el traslado para solicitar pruebas adicionales relacionadas con los hechos en que se fundan las excepciones de mérito y con la objeción al juramento estimatorio. Oportunamente, la apoderada de la convocante presentó escrito descorriendo el traslado pero no solicitó pruebas adicionales.

En audiencia llevada a cabo los días 21 de septiembre y 26 de octubre de 2018, se adelantó la oportunidad conciliatoria prevista en la ley, la cual se declaró concluida sin que hubiera arreglo alguno. En la sesión del 26 de octubre de 2018 se profirió el Auto mediante el cual el Tribunal resolvió respecto de las sumas por concepto de honorarios y gastos. Los dineros correspondientes a las sumas decretadas se consignaron en su totalidad por la parte convocante.

El 26 de noviembre de 2018 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite en la que el Tribunal profirió el Auto mediante el cual se declaró competente para conocer de las pretensiones propuestas, así como de las excepciones de mérito formuladas y dictó el auto de decreto de pruebas.

En el proceso se hizo parte el Ministerio Público representado a través del doctor EFRÉN GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Procurador Judicial II 138 Administrativo. No hubo intervención de la ANDJE.

Durante el trámite del proceso el Tribunal sesionó en 13 audiencias. Agotada la instrucción, en la audiencia del 10 de enero de 2019 el Tribunal oyó a los apoderados de las partes en sus alegatos de conclusión y al señor Agente del Ministerio Público en su concepto final.

Por no haber estipulado las partes el término de duración del proceso, de conformidad con lo establecido en la Ley, este término es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la Primera Audiencia de Trámite y en consecuencia el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir Laudo.

**4. EL CONFLICTO SOMETIDO A CONSIDERACIÓN DEL TRIBUNAL**

En su demanda CONSORCIO CIC formuló las siguientes pretensiones (visibles a folios 3 a 5 del Cuaderno Principal Nº 1):

***A. DECLARATIVAS:***

*1.- Se declare que la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO incumplió sus obligaciones contractuales pactadas en el contrato de consultoría y obra Nº. 196 del 31 de diciembre de 2003.*

*2.- Se liquide vía arbitral el contrato No. 196 de 2003, en la cual se establezca el balance real económico y financiero del mismo, así como el reconocimiento de aquellas sumas que por concepto de perjuicios materiales reclama el contratista y que son materia del presente litigio.*

*3.- De acuerdo al tenor del artículo 5 de la ley 80 de 1993, y conforme lo probado en el presente proceso se declare patrimonialmente responsable a la entidad pública convocada de los perjuicios causados a la parte convocante al incumplir el contrato de consultoría y obra pública No. 196 de 2003, en consecuencia se ordene a la Secretaría de Educación del Distrito el reconocimiento y pago relativo al mayor valor de la obra por mayor área construida de las obras contempladas en el diseño de área cubierta construida, obras exteriores y área de zonas verdes, de la mayor permanencia en obra del personal técnico y profesional y demás ítems contractuales que resulten probados.*

*4.- Se declare que la convocada incumplió con el principio de buena fe objetiva la no adoptar las medidas necesarias para mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras durante la ejecución del contrato No. 196 de 2003, ante los inadecuados e imprevisibles cambios al proceso constructivo; así como por haber actuado en forma omisiva en la corrección de los ajustes, lo que llevó a que el contrato en mención fuera ejecutado en condiciones desfavorables al contratista y en detrimento de su propio patrimonio.*

*5.- Se ordene a la Secretaría de Educación del Distrito, la indemnización integral de los perjuicios ocasionado por la conducta omisiva de los funcionarios de la contratante al ignorar de plano la reclamación formal elevada el 5 de diciembre de 2005, ante le Secretario de Educación del Distrito capital, protocolizada ante la Notaría 33 del círculo de Bogotá el 11 de marzo de 2006, silencio administrativo positivo.*

*6.- Se declare que la entidad es responsable del reconocimiento y pago del saldo insoluto del valor del contrato, que dada la conmutatividad del contarto estatal no debe quedar sin retribución económica alguna.*

*7.- Se declare que la entidad demandada es responsable del reconocimiento y pago de la ejecución de obras adicionales (obras exteriores y zonas verdes) no canceladas; que dada laconmutatividad del contrato estatal no deben quedar sin retribución económica alguna.*

*7.-* (sic) *Que se declare que la entidad es responsable de los perjuicios pretendidos bajo los títulos de imputación desarrollados y en últimas, en virtud del título de imputación del no enriquecimiento sin causa contractual por parte de la SED.*

***B. CONDENATORIAS:***

*1- Como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL – SED, al pago de la suma de DOS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS SIETE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON VEINTIOCHO CENTAVOS ($2,241,307,687.28), o en su defecto a las cifras que logren ser demostradas pericialmente dentro del proceso, discriminado en los siguientes conceptos:*

******

*2- Se ordene la actualización de la anterior sumado anteriormente solicitada, con base en las fórmulas económicas aceptadas.*

*3- Se condene en costos y gastos del proceso la entidad pública demandada.*

*4- Se ordene a la demandada a dar cumplimiento al fallo condenatorio ejecutoriado en los términos del artículo 192 de la Ley 14 37 2011.*

La SED se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló la excepción de mérito (visible a folios 121 y 122 del Cuaderno Principal Nº 3) que denominó:

*1. Imposibilidad de reclamación teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del objeto del contrato.*

La parte convocante fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda visibles a folios 5 a 13 del Cuaderno Principal Nº 1 La respuesta de la parte convocada a los mismos, está en la contestación de la demanda, visible a folios 111 a 113 del Cuaderno Principal Nº 3.

Según la demanda, los hechos pueden resumirse así:

La Secretaría de Educación del Distrito Capital, abrió la convocatoria Pública número SED-PMC-SPF-269-2003, el día primero (1) de Diciembre de 2003, con el objeto de contratar el Diseño y Construcción del I.E.D. El Bosque, en el que se requería la ejecución de un Área total construida de 4.677,00 M2 y el diseño de las áreas libres.

El día 11 de Diciembre de 2003 el consorcio CIC presentó su propuesta en la que ofreció la construcción de un total de 4.784.60 M2, y el diseño de áreas libres requeridas

El día 30 de diciembre de 2003 se expide la Resolución 4220 mediante la cual se adjudica la convocatoria al CONSORCIO CIC.

El día 31 de diciembre de 2003 se firma el contrato No. 196 de 2003. En el transcurso del mismo se firmaron 7 modificaciones.

De acuerdo a la propuesta económica presentada por el CONSORCIO CIC se establecen los valores del metro cuadrado de construcción así:



Del total del área solicitada en pliegos de condiciones se deduce que dentro del Total del área a Construir no se encontraban incluidasla ejecución de la cancha múltiple, ágora exterior, patio de banderas, zonas de parqueo, plazoletas de acceso y zonas verdes empradizadas.

Una vez adjudicado el contrato, se inicia la etapa de diseño basada en el anteproyecto presentado en la propuesta. A este diseño se le efectúan las correspondientes revisiones y por solicitud del Supervisor de Diseño de la Secretaria de Educación del Distrito, se llevan a cabo una serie de cambios que modifican sustancialmente el anteproyecto inicial, cambios estos que representaron mayores cantidades de áreas construidas y obras adicionales a las ofrecidas inicialmente.

Se presentan varias demoras en la ejecución del proyecto, debido a modificaciones en diseño y múltiples demoras en pagos por parte de la Secretaria de Educación del Distrito Capital. A pesar de lo anterior el CONSORCIO CIC sigue respondiendo.

Durante el transcurso de la ejecución del respectivo contrato se efectuaron actas de compensación de obras, es decir, se construyeron nuevas obras no contempladas en el anteproyecto inicial y se compensaron con el no suministro de Transformadores y Luminarias.

El CONSORCIO CIC entrego la totalidad de la obra pactada y donde se encuentran construidos y recibidos a satisfacción por la Interventoría y Secretaria de Educación del Distrito Capital mediante dos entregas, primera parcial el 5) días de marzo de 2005 y segunda final el 30 de diciembre de 2006 para un total de áreas construidas cubiertas de 5.542,86 M2 y obras exteriores construidas por 4.758.85 M2

El proyecto se construyó de acuerdo a los diseños y planos aprobados por la entidad, sin embargo en la construcción final hay un aumento considerable en las áreas construidas entregadas y en funcionamiento, por lo que resulta manifiesto el mayor costo de la ejecución de las obras contratadas, trayendo como resultado un Desequilibrio en las Finanzas del Consorcio CIC.

Habiéndose presentado Desequilibrio Económico durante la ejecución del contrato, se instauró Reclamación Formal radicada ante la Secretaria de Educación del Distrito el 7 de Diciembre de 2005.

Se solicitó igualmente el pago para esa fecha de $1.372´558.675,75, correspondientes al valor de las referidas áreas adicionales ya ejecutadas y en uso pleno y total por parte de la Secretaría de Educación Distrital.

La Secretaría de Educación Distrital no se pronunció respecto a la solicitud anterior, por lo que el día 11 de marzo de 2006, ante la Notaría 33 del Círculo de Bogotá se procedió conforme lo previsto para el caso, a elevar a escritura pública el Silencio Administrativo Positivo.

La Secretaría de Educación del Distrito, mediante Resolución No. 911 del 16 de marzo de 2006, declara la Caducidad Administrativa del contrato No.196 de 2003. El CONSORCIO CIC, el 19 de abril de 2006 interpuso Recurso de Reposición. La Secretaría de Educación del Distrito Capital mediante Resolución No. 4849 del 31 de octubre de 2006 resolvió favorablemente el recurso de reposición impetrado.

Con el ánimo de terminar las obras faltantes aproximadamente en un 5% del valor total del contrato, los intervinientes acordaron suscribir un contrato de Transacción.

El Desequilibrio Financiero presentado durante la ejecución del Contrato de la referencia, ha conllevado al menoscabo de los patrimonios de los integrantes del CONSORCIO CIC y el incumplimiento de pagos de deudas a proveedores, contratistas y empleados.

El CONSORCIO CIC, ha presentado para la liquidación del contrato toda la documentación solicitada por la Secretaria de Educación del Distrito Capital, la cual en forma engañosa y desleal ha proyectado tres 3 actas de liquidación las cuales nunca pasaron de simples proyectos. La última de ellas fue suscrita por interventor, coordinadora del SED, jefe de plantas físicas y contratista quedando únicamente pendiente la firma del Secretario de Educación la cual nunca se suscribió, documento este que tiene fecha de octubre 15 de 2008.

El 16 de diciembre de 2008 se radicó en la Procuraduría Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca solicitud de audiencia de conciliación prejudicial, la cual se llevó a cabo el día 3 de abril de 2009 y fracasó.

El día 4 de septiembre de 2009, la Directora de contratación de la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO CAPITAL, expide una certificación de obra donde se lee:

Área cubierta construida y/o intervenida: 5.542,82 M2

Área exterior construida y/o intervenida: 4.758,85 M2

Cumplimiento: de conformidad con el acta de terminación, se cumplió con el objeto contractual.

El CONSORCIO CIC, contrató el avaluó de las obras ejecutadas en el cual se aprecia que las obras superan en la actualidad la suma de 17.722,17 SMMLV.

Se instauró demanda contenciosa ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Subsección B, que en Auto de fecha 25 de abril de 2014, declaró nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción, decisión que fue confirmada por el Consejo de Estado en providencia del 30 de agosto de 2017.

El Consejo De Estado, en el numeral segundo de su providencia, señaló un plazo de 45 hábiles, contados a partir de la ejecutoria de la misma, para que las partes iniciaran el trámite de integración del correspondiente Tribunal de Arbitramento.

Por su parte, de la contestación de la demanda los argumentos de defensa se pueden resumir así:

El contrato 196 de 2006 tenía por objeto la contratación a precio global fijo el diseño arquitectónico – técnico y posterior construcción de la Institución Educativa Distrital IED EL BOSQUE.

DE acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, en los contratos celebrados bajo esta modalidad, el contratista recibe como remuneración una suma fija que incluye todos los costos directos e indirectos que no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas. Que no obstante lo anterior, el contratista tiene derecho a reclamar en oportunidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato, pero que en el caso en cuestión el contratista nunca manifestó ningún tipo de inconformidad con la obligaciones contenidas en el contrato y respecto de las cuales brindó su consentimiento al momento de suscribir el contrato.

Le asiste razón a la convocante cuando afirma que contrato 196 de 2003 fue objeto de 7 modificaciones, pero se debe recalcar que el contratista estuvo de acuerdo con cada una de ellas y no manifestó ningún tipo de inconformidad teniendo la oportunidad de hacerlo.

Quiere decir lo anterior, que desde el comienzo el contratista conoció el contenido del contrato y cada una de sus modificaciones, aceptándolos sin modificación alguna.

Por estas razones la parte convocante no puede sostener que incurrió en mayores cantidades de obra y/o mayores áreas construidas ya que desde la etapa precontractual conocía a cabalidad el contenido del contrato y dada la naturaleza jurídica del contrato, sabía que bajo esta modalidad no se origina el reconocimientos de obras adicionales o mayores cantidades de obra.

Con base en estos argumentos la convocada considera que no están presentes los elementos para la configuración del desequilibrio económico del contrato.

**5. LAS PRUEBAS.**

Con base en las pruebas oportunamente solicitadas por las partes, y en la facultad oficiosa prevista en la ley, el Tribunal decretó las siguientes:

**5.1. PRUEBAS DECRETADAS POR SOLICITUD DE CONSORCIO CIC**

Todas las documentales aportadas que obran en el expediente.

Los testimonios de las siguientes personas:

* Max Ojeda
* Orlando Peña
* Jairo Iván Loaiza
* Carlos Fernando González
* Gisela Beltrán
* Carlos Benavides
* Harro Foster

Un dictamen pericial rendido por un experto Ingeniero Civil, sobre el valor de la mayor área construida cubierta y de la cantidad de obra adicional representada en obras exteriores y zonas verdes, determinadas en el dictamen que obra en el legajo original de las actuaciones adelantadas en el Consejo de Estado. Además, el valor por mayor permanencia en obra.

Previo a resolver respecto de la solicitud de oficiar a la convocada para que “allegue copia autentica de la totalidad de la actuación administrativa precontractual, y contractual y postcontractual que se haya realizado con relación al contrato de Consultoría y Obra No. 196 de 31 de Diciembre de 2003 y demás actuaciones conexas, en especial de los estudios realizados con anterioridad al inicio de la etapa de selección del contratista”, se requirió a la convocante para que precisara con total claridad cuáles son los documentos que requería de la parte contraria y que no obraran ya en el expediente.

Frente a la solicitud de oficiar a la demandada para que “demuestre cuales (sic) fueron los estudios previos a la Convocatoria Publica (sic) SED-PMC-SPF-269-2003 en cuanto al área y presupuesto oficial (este debe incluir los costos directos y los costos indirectos) de la cual se origina el contrato de Consultoría y Obra No. 196 del 31 de Diciembre de 2003.”, se negó la prueba tal y como había sido solicitada y en su lugar se dispuso requerir a la demanda para que informará cuáles fueron los estudios previos a la Convocatoria Pública SED-PMC-SPF-269-2003 en cuanto al área y presupuesto oficial, de los cuales se originó el contrato de Consultoría y Obra No. 196 del 31 de Diciembre de 2003.

En relación con la petición especial formulada en el sentido de que se oficie al H. Consejo de Estado y/o al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca para que remitiera la totalidad de lo actuado conforme lo dispuesto en providencia de fecha 30 de agosto de 2017, atendiendo al hecho que mediante Oficio Nº B-2017-1153-D de fecha 6 de diciembre del 2017, radicado en la Cámara de Comercio de Bogotá el 19 de diciembre de 2017, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en cumplimiento de lo dispuesto en proveído del 30 de agosto de 2017 remitió, en 33 cuadernos, el expediente cuya referencia es: Expediente Nº 25000232600020090083301 (54802), Actor: CARLOS JULIO RIVERA CORREAL, MAX OJEDA GÓMEZ, OSCAR CASTAÑO BARRETO, GRUPO CONSTRUCTOR PRIMA LTDA, el Tribunal dispuso tener como prueba los documentos remitidos.

**5.2. PRUEBAS DECRETADAS POR SOLICITUD DE LA SED**

Los testimonios de las siguientes personas:

* Oscar Castaño Barreto
* Max Ojeda Gómez

**5.3. PRUEBAS DECRETADAS POR EL TRIBUNAL DE OFICIO**

Un oficio al H. Consejo de Estado, Secretaría de la Sección Tercera para que, respecto de la providencia de fecha 30 de agosto de 2017 (visible en el expediente a folios 189 a 194 del Cuaderno principal Nº 2) certifique la fecha en que dicha providencia quedó ejecutoriada.

Un dictamen pericial por parte de un perito con experiencia en liquidación de contratos de construcción, con el objeto de que asista al Tribunal en el posible ejercicio de liquidación del contrato, tomando en cuenta los documentos que reposan en el expediente, las cifras que arrojen, el estado de cuenta entre las partes y los valores que resulten cómo créditos y obligaciones.

**6. DESARROLLO DE LA FASE PROBATORIA**

La fase probatoria se inició el 26 de noviembre de 2018.

Se incorporaron al expediente todos los documentos oportunamente aportados.

Se recibieron las declaraciones de los señores Max Ojeda Gómez y Oscar Castaño Barreto, y fueron desistidos los de los señores Orlando Peña, Jairo Iván Loaiza, Carlos Fernando González, Gisela Beltrán, Carlos Benavides y Harro Foster.

Se recibió e incorporó al expedeinte un CD remitido por la convocada que contiene “(…) copia de los antecedentes de la etapa precontractual del contrato de consultoría y obra Nº. 196 de 2003”.

Se desistió del dictamen pericial que sería rendido por un experto Ingeniero Civil y el Tribunal prescindió de las pruebas decretadas de oficio.

**7. ALEGATOS**

En la audiencia llevada a cabo el 10 de enero de 2019, los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión y en la misma audiencia se recibió el concepto final del señor Agente del Ministerio Público.

**8. CONTROL DE LEGALIDAD**

Dando cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 42 y en el artículo 132 del Código General del Proceso, el Tribunal realizó el control de legalidad de la actuación procesal, en virtud del cual se concluyó que (i) que todas las pruebas solicitadas por las partes fueron decretadas y, las decretadas no desistidas fueron practicadas, (ii) que se practicaron todas las pruebas en debida forma, (iii) que no existen causales de nulidad o irregularidades que afecten el presente trámite y (iv) que no es necesario adoptar medidas de saneamiento.

**9. LEY PROCESAL APLICABLE**

Analizado el pacto arbitral, y en atención a la fecha de presentación de la demanda, este proceso se rigió por las disposiciones de la Ley 1563 de 2012 y en lo no previsto en ellas por las normas del Código General del Proceso.

En lo sustantivo, se trata de un contrato estatal, regido por la Ley 80 de 1993.

**10. PRESUPUESTOS PROCESALES**

El Tribunal de Arbitramento se declaró competente para conocer de las cuestiones sometidas a decisión arbitral; la demanda se ajustó a lo dispuesto por las normas que regulan la materia y no se observa causal de nulidad alguna; las partes son personas jurídicas, cuya existencia y representación están debidamente acreditadas; comparecen al proceso apoderadas por abogados inscritos cuyos documentos de mandato han sido examinados, encontrándose correctos en todo sentido; tienen capacidad jurídica para transigir y las cuestiones sometidas a la decisión del Tribunal son susceptibles de transacción; está debidamente acreditada la existencia de la cláusula compromisoria, y en su momento se cumplió debidamente el trámite para la designación de los señores Árbitros, quienes aceptaron oportunamente y asumieron su cargo en legal forma, se cumplieron debidamente todos los trámites del proceso arbitral y se cumplió debidamente con el control de legalidad.

Así las cosas, el Tribunal se encuentra plenamente habilitado para entrar a resolver sobre el fondo de la controversia, como a continuación pasa a hacerlo.

**CAPÍTULO II**

**CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Antes de abordar el análisis de la controversia puesta en conocimiento de este Tribunal Arbitral es necesario verificar si se cumplen los presupuestos procesales, definidos como *“antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal[[1]](#footnote-1)”.*

Dentro de ellos se encuentra la caducidad y la transacción, los cuales, incluso, están previstos en el numeral 3 del artículo 278 del Código General del Proceso (CGP) como causal de sentencia anticipada:

*“Artículo 278. Clases de providencias.**Las providencias del juez pueden ser autos o sentencias.*

*Son sentencias las que deciden sobre las pretensiones de la demanda, las excepciones de mérito, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, las que deciden el incidente de liquidación de perjuicios, y las que resuelven los recursos de casación y revisión. Son autos todas las demás providencias.*

*En cualquier estado del proceso, el juez deberá dictar sentencia anticipada, total o parcial, en los siguientes eventos:*

*“3. Cuando se encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa.”*

A fin de exponer que en el presente asunto se presenta la caducidad del medio de control, de la que el Tribunal Arbitral tuvo conocimiento a través de la fijación de la fecha de terminación del contrato 196 de 2003 de que da cuenta la transacción celebrada por las partes el 31 de octubre de 2006, se hará alusión a la transacción como *obiter dictum,* siendo la existencia de la caducidad la razón determinante de la decisión en el presente caso, en el entendido de lo dispuesto por el artículo 280 del C.G.P. sobre contenido de la sentencia, artículo que tiene equivalencia en el 187 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) aplicable a las sentencias en que son partes las entidades estatales, lo cual permite al Tribunal hacer un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales y doctrinarios pertinentes.[[2]](#footnote-2)

La decisión se hará bajo las pautas fijadas por el artículo 282 del Código General del Proceso que dispone:

“*En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.*

*Cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada.*

*Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes. En este caso si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia.*

*Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario se limitará a declarar si es o no fundada la excepción.”*

Anunciado que presentada la caducidad del medio de control el Tribunal rechazará la totalidad de las pretensiones formuladas en el presente caso, se hace al efecto el análisis crítico de las pruebas y se exponen los siguientes razonamientos:

1. Que no obstante que el alcance de la transacción y la caducidad de la acción (hoy medio de control) no fueron asuntos puestos de presente en la instancia arbitral ni en la contestación a la misma, como sí lo habían sido ante el contencioso administrativo, la evidencia probatoria recaudada durante el proceso permiten determinar la existencia de la caducidad.

Ante la jurisdicción contenciosa la accionada propuso la excepción de caducidad y, para el efecto, dató el inicio del cómputo del término de caducidad en la fecha en que se radicó la petición del contratista de hacer contrato adicional para reconocer las obras realizadas (7 de diciembre de 2005), precisando que ese era el motivo de hecho o de derecho a partir del cual debía contarse la caducidad (Folios 41 y 42 Cuaderno de Pruebas Nº 2). Pasó inadvertido que el contrato No 196 de 2003 requería liquidación, por lo que el conteo del término de caducidad se debe realizar en atención a las disposiciones legales que señalan que el cómputo del término de caducidad inicia al vencimiento del tiempo que las partes pactaron contractualmente para la liquidación después de la terminación del contrato, sumado el tiempo para la liquidación unilateral. Éste cómputo es el que hará el Tribunal, ceñido a las disposiciones legales.

1. Que analizado el contrato de transacción, este se produjo cuando el plazo del contrato 196 de 2003 ya había concluido y, a través del mismo, las partes zanjaron sus diferencias sin que hubiera dejado salvedad alguna respecto de reclamaciones litigiosas posteriores, además, de que del mismo y de otros documentos contractuales, se revela la fecha de terminación del contrato.
2. Que el cómputo de los términos dan como conclusión que la presente acción o medio de control se encuentra caducado.
3. **Evidencias probatorias que permiten determinar la existencia de la caducidad del medio de control**

El Tribunal arbitral, al momento de admitir la demanda, se encontraba huérfano de la información suficiente para analizar la caducidad del medio de control, en tanto que los hechos de la demanda no fijaban el plazo contractual, ni cuándo había terminado el contrato, pese a que en el hecho 9 se indicó que hubo una entrega parcial el 5 de marzo de 2005 y una segunda entrega de obra el día 30 de diciembre de 2006, sin que en la contestación de la demanda haya habido oposición o determinación en cuanto al momento de cada una de las dos actas. Por el contrario, se afirma que “*el contratista cumplió con la construcción del área establecida en los pliegos definitivos y en el contrato*”.

El hecho 11 de la demanda determina que con fecha 7 de diciembre de 2005 se hizo petición de contrato adicional para restablecer el equilibrio económico del contrato. Este hecho es reconocido por la Secretaría de Educación demandada, sin precisar el momento en que el contrato 196 de 2003 se hallaba.

El hecho 12 afirma que la Secretaría de Educación no se pronunció y que, en consecuencia, se produjo un silencio positivo contractual – la demanda cita el artículo 18 de la Ley 80, cuando la norma que lo consagra es el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 que prescribe:

*“16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley.”*

Es importante la transcripción de la disposición porque fija la circunstancia de tiempo: la solicitud que conduce al silencio administrativo positivo debe presentarse en la “*ejecución del contrato*”. Así que escrito el hecho y no contradicho por la parte demandada que manifiesta que “*en principio es una afirmación cierta*.”, sin advertir nada sobre la oportunidad, hacía suponer que el contrato estuviese vigente a esa época (7 de diciembre de 2005).

En esa medida, al momento de la demanda y su contestación no estaba determinada con precisión la fecha de terminación del contrato.

En el análisis de esta circunstancia llama la atención del Tribunal que, cuando la Secretaría de Educación contesta el hecho 15, indica que “*la declaratoria de caducidad se revocó con el fin de buscar que se terminara la obra en el porcentaje que hacía falta culminar*.”

Una lectura calificada de esta respuesta está referida al artículo 18 de la Ley 80 que dispone:

*“La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.”*

En principio, la lectura de la contestación de la demanda llevaba a concluir que el contrato 196 de 2003 estaba vigente al 16 de marzo de 2006, fecha de expedición de la Resolución No. 911 de 2016 (Cuaderno de Pruebas Nº 1 Anexo 15 del CD), pues la caducidad del contrato declarada mediante dicha resolución, cuyo efecto es la terminación del mismo, carece de materia cuando el contrato ya está expirado.

Razón adicional para que el Tribunal, al admitir la demanda, considerara que al menos al 16 de marzo de 2006 el contrato 196 de 2003 estaba en ejecución, mucho más cuando se revoca la caducidad para que el contratista pudiera terminar la obra faltante.

De otra parte, el hecho 14 de la demanda señala que uno de los motivos de inconformidad contra la Resolución 911 de 16 de marzo de 2006 era su extemporaneidad, pero la explicación que se consigna no corresponde a lo que se lee en el recurso de reposición, lo que al momento de admisión de la demanda no era identificada como una pieza relevante que el Tribunal debiera revisar.

Para proferir este laudo, el Tribunal encuentra que en el recurso se expresa por qué el ejercicio de la potestad excepcional de declarar la caducidad del contrato es extemporánea: al decir del recurrente, la resolución de caducidad se produce en la etapa de liquidación, inclusive vencido el plazo contractual para la liquidación, esto es, tanto los ciento veinte (120) días calendario para la liquidación bilateral como el plazo legal para la liquidación unilateral de dos meses. Para el convocante y en ese momento recurrente, el término de liquidación había vencido el 24 de febrero de 2006.

Evidentemente, esta es una fecha de absoluta trascendencia e incidencia procesal para lo que se refiere a la caducidad del medio de control. Sin embargo, el no estar revelada con precisión la fecha de terminación del contrato por parte de la accionante en la demanda, como tampoco por parte de la convocada en su contestación, llevó a que el Tribunal admitiera la demanda arbitral sin reparar en la caducidad o en la transacción.

En el curso del recaudo probatorio se escucharon los testimonios del diseñador y miembro del consorcio, Max Ojeda y Oscar Castaño Barreto, que refirieron la existencia de una declaratoria de caducidad contractual y la existencia de un contrato de transacción suscrito entre las partes, como una situación que sobrevino a la mencionada caducidad, con lo cual el Tribunal arbitral alcanzó a advertir la procedencia de una sentencia anticipada, la cual, sin embargo, no llegó a ser proferida de esa manera ante la circunstancia de haberse agotado todas las oportunidades procesales, la realización de la totalidad de las pruebas vigentes y la formulación de los alegatos de conclusión, todo lo cual permite al Tribunal proferir el presente Laudo final.

Del análisis de la prueba testimonial y documental recaudada, concluye el Tribunal arbitral que para la parte accionante hay manifestación expresa de la fecha a partir de la cual comienza a correr el término de caducidad del medio de control y, lo que es más diciente, que la caducidad del contrato se decretó vencido el tiempo contractual y legal de liquidación, es decir, corriendo los dos (2) años para que se produzca la caducidad del medio de control y de ahí que la demanda, en el hecho 14, aluda a la extemporaneidad de la decisión.

De otro lado, desde el recaudo de la prueba testimonial, las declaraciones ponen en evidencia la existencia de la transacción que había sido mencionada en el hecho 16 de la demanda, sin precisar la fecha de su celebración. El hecho 16 contiene un extracto del contrato de transacción con el siguiente texto: “*que la SED y el CONSORCIO CIC se reunieron con la voluntad e intensión de mudar la relación jurídica dudosa a que hace referencia el artículo 1º de este acuerdo por otra relación cierta y firme para de esta manera eliminar convencionalmente la incertidumbre generada en la ejecución del contrato*”.

Lo que la transacción, celebrada dentro del plazo de liquidación del contrato 196 de 2003 de diseño y obra pública, muda es una relación incierta a una cierta. La mutación no está referida al contrato que ya está finalizado, sino a lo que surge a su terminación: un faltante de obra del cinco por ciento (5%) que de mantenerse llevaría a la declaratoria de un incumplimiento y el valor de ese faltante, que la transacción estipula y que es el mismo valor no ejecutado del contrato de diseño y obra pública.

La contestación se refiere así al mencionado hecho 16: “*En principio es una afirmación cierta, de acuerdo con los medios de prueba documentales que fueron allegados por la parte convocante y que obra en el expediente.*”

Procesalmente, a la altura de la demanda y la contestación, parecía una cuestión pacífica la transacción, la que, sin embargo, una vez analizada por el Tribunal de arbitramento como parte del acervo probatorio documental, indica que:

1. Se firma el día 31 de octubre de 2006 (Folio 740 del Cuaderno de Pruebas Nº 3) haciendo uso de la facultad legal contenida en el artículo 60 de la Ley 80 que permite la transacción en la etapa de liquidación.
2. Se precisa que la fecha de terminación del contrato es el 30 de septiembre de 2005 (Pág 8) Folio 737 del Cuaderno de Pruebas Nº 3), lo que hace obvio que la transacción se firma en la etapa de liquidación.
3. La Resolución 911 de 16 de marzo de 2006 que declara la caducidad del contrato, atacada por extemporaneidad según se escribió antes, es revocada el 31 de octubre de 2006, esto es en la misma fecha en que se celebra la transacción, mediante Resolución 4849 (Cuaderno de Pruebas Nº 1 Anexo 17 del CD), afirmación contenida en el hecho 15 a la cual la convocada respondió que se revocó la caducidad del contrato con el fin de que se terminara la obra.

En efecto, sin que la Resolución 4849 de 31 de octubre de 2006, aluda a la transacción, lo cierto es que es coincidente con la firma de dicho contrato.

Con los elementos de análisis que poseía el Tribunal al momento de la demanda arbitral y de la contestación, que no revelaban con certeza la fecha de terminación del contrato, fecha indispensable para el cómputo de los términos de caducidad de la acción, ni el alcance de la transacción, el Tribunal procedió a admitir la demanda y darle curso al proceso por aplicación del principio *pro actione*.

El Consejo de Estado ha referido que la posibilidad de aplicar el principio *pro actione* en desarrollo del derecho constitucional de acceso a la administración de justicia, según se evidencia, entre otros en sentencia de 9 de mayo de 2011[[3]](#footnote-3), en que señala:

*“Debe entenderse la caducidad como un fenómeno jurídico en virtud del cual el administrado pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho dentro del término que señala la ley. Esto ocurre cuando el plazo concedido por el legislador para formular una demanda vence sin que se haya hecho ejercicio del derecho de acción, y ello está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, invariable, para que quien considere ser titular de un derecho opte por accionar o no.*

*La facultad potestativa de accionar comienza con el término prefijado por la ley, y nada obsta para que se ejercite desde el primer día, pero fenece definitivamente al caducar o terminar el plazo, momento en el que se torna improrrogable y, por ende, preclusivo.*

*De otra parte, es importante destacar la posibilidad de dar aplicación, en precisos eventos, al principio pro actione (a favor del demandante), de manera concreta cuando exista una duda razonable que impida al juez, en sede del análisis de la admisión de la demanda, arribar a una conclusión clara y definida acerca del acaecimiento o no de la caducidad de la acción.*

*Al respecto, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado:*

*“Sin embargo, la Sala ha sido flexible y ha garantizado el acceso a la administración de justicia en eventos en los que no se tiene certeza sobre cuándo se inicia el cómputo del término de caducidad, para que dentro del proceso se demuestren las condiciones que permitan determinar si operó o no dicho fenómeno (...) En casos, como el que se analiza, la Sala ha sido flexible y ha garantizado el acceso a la justicia para que dentro del proceso se demuestren las condiciones que permitan suponer una fecha distinta - a la que primeramente parece obvia -, para iniciar el cómputo del término de caducidad. En otras palabras, cuando no es manifiesta la caducidad, es viable admitir la demanda sin perjuicio de que el juez al momento de fallar, previo el análisis del material probatorio, vuelva sobre el punto. Con fundamento en todo lo anterior la Sala revocará el auto apelado y se resolverá sobre la admisión de la demanda. Ahora bien, de su estudio, encuentra la Sala que sí cumple con los requisitos formales previstos en la ley y, por lo tanto la admitirá.”[[4]](#footnote-4) (destaca la Sala).”* (Subrayado fuera de texto).

Ya en el curso del proceso quedó revelada la existencia tanto de una transacción como de la referida caducidad del presente medio de control, que se ligan en la medida que la primera precisa un acuerdo de parte sobre el estado en que el contrato de diseño y obra se hallaba -etapa de liquidación contractual-, lo que determina que la transacción no podría haber ampliado un plazo de vigencia del contrato ya vencido, ni entrar a disponer sobre el indisponible término de caducidad, por ser este de orden público. La transacción concede un plazo de (treinta) 30 días, para terminar el cinco por ciento (5%) de la obra faltante que se paga con el valor remanente del contrato de diseño y obra, pendiente de ejecución.

A tales conclusiones se arribó, según se ha anticipado, del estudio conjunto de la prueba documental (contrato de transacción, resolución de caducidad, impugnación a la caducidad) y del análisis de los testimonios de los señores Max Ojeda y Oscar Castaño Barreto.

En efecto, el estudio del conjunto probatorio pone en evidencia del Tribunal arbitral las siguientes circunstancias:

1. El contrato de obra 196 de 2003, sus prórrogas de plazo y suspensiones de ejecución.
2. La Resolución 911 de 16 de marzo de 2016 que declara la caducidad del contrato.
3. El escrito de reposición contra la resolución de caducidad de fecha 19 de abril de 2006 (Cuaderno de Prueba Nº1 Anexo 16 del CD).
4. El contrato de transacción de 31 de octubre de 2006 que tuvo acta de inicio de la obra objeto de transacción, el 1 de diciembre de 2006, con un plazo de ejecución de 30 días calendario, para terminar el día 30 de diciembre de 2006.

En esa medida, el acervo probatorio conduce al Tribunal de Arbitramento a un discernimiento de la transacción que permite, al propio tiempo, encontrar que se produjo la caducidad del presente medio de control.

El raciocinio que a continuación se consigna corresponde al curso que siguió el Tribunal arbitral para develar la existencia y efectos de la caducidad de la acción de la presente controversia contractual, como también de la transacción celebrada por las partes.

1. **Análisis de la transacción**

Se repite que lo que se alude a continuación es un raciocinio lateral que fortalece la posición del Tribunal y que atiende al principio de razón suficiente que debe contener una decisión judicial. La decisión es la caducidad, pero el Tribunal no puede pasar por alto la transacción, sin que esta sea la razón de su decisión pero si el razonamiento complementario, que no mediando caducidad, enervaría las pretensiones.

Contexto procesal en que surge el análisis de la transacción:

Ante la evidencia probatoria de la existencia de la transacción puesta de presente por los testimonios rendidos por los señores Max Ojeda y Oscar Castaño Barreto y corroborada por el documento que contiene el contrato de transacción (Folios 730 a 740 Cuaderno de Pruenas Nº 3), el Tribunal realiza un análisis del medio probatorio documental y testimonial que valora como suficientes y satisfactorios para otorgar credibilidad a dicho negocio jurídico, sin contraprueba que pudiese generar duda razonable sobre la existencia y validez de la transacción.

Alertado el Tribunal arbitral por los testimonios y la corroboración documental sobre la existencia de la transacción, se consideró pertinente, como garantía procesal, llamar a las partes para que éstas expresaran su posición frente a lo escuchado de los testigos, avalado por la prueba documental.

Las partes fueron contestes en calificar y avalar su participación, en atención al llamado efectuado por el Tribunal, como sus alegatos de conclusión y, en efecto, en ellos se refirieron tanto al contrato de transacción como a los temas del fondo de la controversia (Audiencia de fecha 10 de enero de 2019).

Pendiente como estaba la práctica de medios de convicción, la convocante desistió de los mismos, sin oposición de la convocada. En atención a ello, el Tribunal consideró que resultaba innecesaria la prueba conducente a establecer el fechado de la presentación de la demanda arbitral, en tanto que acreditada probatoriamente la existencia de la transacción que determina exactamente, tal como se desarrolla más adelante, la fecha en que se celebra y el estado en que se hallaba el contrato 196 de 2003, hacía indiferente la fecha en que se presentó la demanda arbitral.

Al propio tiempo, la presentación de la demanda arbitral resulta secundaria respecto de la fecha de presentación de la demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, producida sin lugar a cavilaciones, el 9 de octubre de 2009 (Folios 6 a 20 Cuaderno de Pruenas Nº 2).

El auto del Consejo de Estado, de fecha 30 de agosto de 2017, ordenó Folios 189 a 194 del Cuaderno Principal Nº 2):

“**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto de 25 de abril de 2014 proferido por la Sección Tercera, Subseccción “B” del tribunal Administrativo de Cundinamarca en lo relacionado con la existencia de falta de jurisdicción y la declaratoria de nulidad de todo lo actuado en el proceso, desde el auto 5 de febrero de 2010, inclusive.

**SEGUNDO: SEÑALAR** el plazo de cuarenta y cinco (45) dñias hábiles, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente Tribunal de Arbitramento.

**TERCERO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

La primera pregunta que se formuló el Tribunal de Arbitramento, inducida por la parte convocada que observó que había un doble fechado en la notificación de esa providencia que fijaba el plazo para la presentación de la demanda arbitral, fue: ¿La demanda fue interpuesta en tiempo ante el Centro de Arbitraje?

Sin embargo, la duda motivada sobre la fecha de presentación de la demanda arbitral, derivada del doble fechado de la notificación del auto que fijaba el término de cuarenta y cinco (45) días para la presentación de la demanda ante la competencia arbitral, se vuelve inane, cuando en el curso de la práctica probatoria surge el tema de la caducidad del medio de control y de la transacción cuyos efectos recaen sobre la acción misma y cuando lo que se pone de presente, como realidad ineludible, es que cuando la parte convocante concurre como demandante a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, presenta la demanda cuando el medio de caducidad ha acaecido.

Es así como la pregunta sobre si la demanda arbitral fue presentada en tiempo, atendiendo a la providencia del Consejo de Estado, es secundaria respecto de dos preguntas:

1. ¿Las partes, con fuerza de cosa juzgada, convinieron arreglo a sus disputas mediante el contrato de transacción?
2. ¿La demanda contenciosa, presentada sin lugar a dudas el 9 de octubre de 2009 ante la Secretaría de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Folios 6 a 20 Cuaderno de Pruenas Nº 2), tal como se constata en el cuerpo del libelo, fue presentada en tiempo, en forma tal que interrumpió la caducidad del medio de control de controversias contractuales?

Esta última pregunta es pertinente, en tanto que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al declarar la nulidad de la actuación no realizó el estudio de la caducidad de la acción, en ninguna de sus dos instancias, precisamente por carecer de competencia, dejando en claro que para efectos de la caducidad, la fecha de presentación de la demanda era el 9 de octubre de 2009. Es el juez con competencia quien debe estudiar y pronunciarse sobre la caduidad.

De esta manera la atención desplazada hacia la transacción o la caducidad, ambas con efecto extintivo de la controversia o del medio de control, lo que relega como cuestión secundaria el discernimiento sobre si la demanda arbitral fue presentada en el tiempo señalado por la providencia confirmatoria de la nulidad proferida del Consejo de Estado al resolver la apelación contra la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declara la nulidad de lo actuado y ordena ventilar la demanda ante la competencia arbitral.

En otras palabras, mediando transacción y/o caducidad que atacan la pertinencia del litigio o la procedencia de la acción, no es decisivo para resolver el asunto saber cuál es la fecha de notificación de la providencia del Consejo de Estado a partir de la cual han de contarse los cuarenta y cinco (45) días para la interposición de la demanda arbitral. Dentro de esa lógica y por esa razón, el Tribunal desistió de la prueba decretada de oficio tendiente a establecer la real fecha de notificación de la providencia que concedía el plazo para la presentación de la demanda arbitral.

Así las cosas, la competencia arbitral es a la que le corresponde analizar y resolver sobre la transacción y la caducidad, por ser estas condiciones que, de haberse producido, imposibilitan cualquiera otra consideración.

Cumplidas todas las etapas procesales; no habiendo prueba pendiente de práctica; habiéndose dado la oportunidad procesal para alegar de conclusión y habiéndolo hecho las partes; mediando manifestación expresa proveniente del convocante y la convocada como del ministerio público respecto de haberse cumplido con las exigencias del debido proceso y no existir situaciones que ameriten medidas de saneamiento de una posible nulidad, la oportunidad de un laudo anticipado, mediando transacción o caducidad, perdió también procedencia, para entrar el Tribunal arbitral a producir laudo final atendiendo al análisis de esos extintivos de la controversia y del medio de control.

Consideración acerca de la transacción:

El Tribunal de Arbitramento en ruta de aquello que los testimonios antes referidos y el documento que contiene la transacción indican, y luego de oír la posición de las partes, realiza el siguiente análisis y raciocinio:

El contrato típico de transacción (Arts. 2469 C.C y siguientes) es definido en los siguientes términos:

*“ARTICULO 2469. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.”*

La definición es heredada del Código Civil chileno[[5]](#footnote-5) y también se encuentra en el Código Civil Ecuatoriano[[6]](#footnote-6). El fundamento de las definiciones está en el artículo 2044 del Código Civil francés inspirado en Domat que define la transacción como: *«un contrato por el cual las partes ponen término a un litigio ya nacido o previenen un litigio por nacer».*

Analizado el material probatorio documental, el Tribunal encuentra que las partes celebraron un contrato de transacción fechado el 31 de octubre del año 2006 (Folios 730 a 740 Cuaderno de Pruenas Nº 3), cuya existencia y validez no ha sido rechazada o cuestionada por ninguna de ellas, según se ha anotado anteriormente.

Al respecto, en la etapa de alegato de conclusión, la convocada expresó que su objeto era otorgar un plazo adicional para la terminación de las obras, quedando en pie las demás estipulaciones del contrato, con la cadena de ajustes que previamente se le habían hecho y que aparecen listados en el mismo documento de transacción al cual se refiere ese contrato.

Conforme a la definición legal la transacción es un vehículo jurídico de autocomposición que termina o precave un litigio, de allí que el efecto jurídico del contrato de transacción es el efecto de cosa juzgada, afirmación que en derecho se soporta en la disposición contenida en el Código Civil que define:

*“ARTICULO 2483. La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes.”*

La Corte Suprema de Justicia ha agregado que

“*ese convenio puede o no conllevar concesiones patrimoniales individuales o recíprocas*[[7]](#footnote-7).

En derecho civil comparado las definiciones legales de transacción se orientan por el Código Civil Italiano de 1942, que a más del propósito de la transacción (solucionar diferencias y precaver eventuales litigios), propio del código francés, atiende a su contenido de voluntad de los contratantes “*haciéndose concesiones recíprocas*” de ahí que las concesiones recíprocas es elemento típico de la transacción como lo establecen múltiples legislaciones[[8]](#footnote-8).

A su turno, el Consejo de Estado ha precisado:

*“La transacción es uno de los mecanismos de solución directa de las controversias contractuales, aunque regido por el derecho privado, en particular por el artículo 2469 del Código Civil, a cuyo tenor:*

*“Artículo 2469. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.*

*No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.”*

*En efecto, la transacción es un arreglo amigable de un conflicto surgido entre las partes, que esté pendiente de decisión judicial o que no haya sido sometido aún a ella, por medio de concesiones recíprocas, pues no hay transacción si una de las partes se limita a renunciar sus derechos y la otra a imponer los suyos*.[[9]](#footnote-9) *Por eso, puede ser definida la transacción como un negocio jurídico por el cual las partes terminan una contienda nacida o previenen una por nacer, haciéndose concesiones recíprocas*[[10]](#footnote-10). *Desde el punto de vista procesal es un medio anormal de ponerle fin al proceso, cuando se refiere a la totalidad de las cuestiones debatidas entre las partes del mismo o, en el evento de ser parcial, clausura el debate en relación con las pretensiones sobre las cuales haga referencia*.[[11]](#footnote-11)

*Es decir, el artículo 2469 del Código Civil le otorga a la transacción el carácter de negocio jurídico extrajudicial, o sea, de acto dispositivo de intereses con efectos jurídicos sustanciales; y de existir un conflicto pendiente entre las partes que lo celebran, con efectos procesales de terminación del respectivo litigio, siempre que se allegue la prueba del mismo para que el juez pueda valorarlo, constatarlo y proceder a finalizar el proceso[[12]](#footnote-12), en el entendido de que en adelante carece de objeto, porque ya no habría materia para un fallo y de fin, porque lo que se busca con el juicio y la sentencia ya se obtuvo por las propias partes, que, en ejercicio de la autonomía privada, han compuesto o solucionado directamente sus diferencias.*[[13]](#footnote-13)

*Sin embargo, la definición que trae el artículo 2469 del Código Civil de la transacción sobre la base de que se trata de un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, ha sido criticada por inexacta y deficiente, por dos razones a saber: a) porque este negocio jurídico per se no crea obligaciones sino que las extingue y, b) porque en la definición legal no se incluyó expresamente el elemento de las “concesiones recíprocas de las partes”, que doctrina y jurisprudencia consideran que es en últimas el sello distintivo de esta figura. De ahí que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia haya sentado la siguiente doctrina:*

*“[S]on tres los elementos específicos de la transacción, a saber: primero, la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio; segundo, la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme; tercero, la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas (Cas. civil diciembre 12 de 1938, XLVII, 479-480; cas. junio 6 de 1939, XLVIII, 268). (…) Cabe recordar además que, como también lo ha dicho la Corte, la transacción suele presentarse combinada con otras figuras jurídicas auxiliares y que no se la debe confundir con fenómenos afines, tales como la renuncia de un derecho, la aceptación de una demanda, el desistimiento, la conciliación, la dación en pago, la remisión de una deuda, el compromiso, y el laudo arbitral.”*[[14]](#footnote-14)

*En suma, la transacción elimina un litigio presente o futuro, comporta la extinción de obligaciones e implica la determinación de los intereses contrapuestos dando certidumbre a la relación jurídica en disputa, a través de concesiones mutuas. Por eso, la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia entre las partes, sin perjuicio de que pueda impetrarse la declaración de nulidad o de rescisión, en conformidad con la ley (art. 2483 C.C.).*

*Ahora bien, por regla general, la transacción es un contrato consensual (art. 1500 C.C.), es decir, tiene libertad de forma o lo que es igual no requiere de solemnidades, de manera que puede ser celebrado verbalmente o por escrito (en documento público o privado), salvo los casos expresamente señalados en la ley, como cuando afecta bienes inmuebles (arts. 12 del Decreto 960 de 1970, y 2º del Decreto 1250 de 1970), o en los procesos en curso (art. 430 C.P.C.). Además, la transacción debe reunir los requisitos generales de todo negocio jurídico (art. 1502 C.C.), y los presupuestos de validez (capacidad, objeto y causa lícitos, consentimiento exento de vicios -arts. 2476 a 2479 C.C.-, no contrariar las normas imperativas o el orden público o las buenas costumbres).*

*Así, de conformidad con el artículo 2470 del Código Civil, la transacción requiere de la disponibilidad del derecho materia del convenio y capacidad de obrar de las partes que lo celebran y si lo hacen por conducto de apoderado, se exige que éste deba tener expresa facultad para celebrar la transacción en nombre de su poderdante (art. 2471 ejusdem) para que pueda vincularlo y serle oponible sus efectos.*

*En efecto, la transacción requiere que los derechos sean susceptibles de libre disposición por las partes, o sea, que verse sobre derechos e intereses de contenido particular, crediticio o personal, con una proyección patrimonial o económica y que, por lo mismo, resultan renunciables (arts. 15, 1495, 1602 del C.C.), razón por la cual no es posible, por ejemplo, transar en materia de estado civil (arts. 2472 a 2474 C.C.), o sobre derechos que no existen (art. 2475 C.C.).*

*Cabe anotar que, en tratándose de la transacción celebrada por entidades públicas el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, señala que “los representantes de la nación, departamentos, intendencias, comisarías y municipios no podrán transigir sin autorización del gobierno nacional, del gobernador, intendente, comisario o alcalde, según fuere el caso”; y [c]uando por ley, ordenanza o acuerdo se haya ordenado promover el proceso en que intervenga una de las mencionadas entidades la transacción deberá ser autorizada por un acto de igual naturaleza.” Norma que resulta concordante con el artículo 218 del Código Contencioso Administrativo por cuya inteligencia para la terminación de procesos por transacción la Nación requerirá autorización del Gobierno Nacional; y las demás entidades públicas sólo podrán hacerlo previa autorización expresa y escrita del Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador o Alcalde que las represente o a cuyo despacho estén vinculadas o adscritas.*

*Quiere decir lo anterior que para la Nación, los departamentos, los municipios y los establecimientos públicos la celebración de la transacción es restringida, pues requieren cumplir con la autorización previa, expresa y escrita de la autoridad que señala la norma, formalidad que encuentra fundamento en el interés general y el patrimonio público confiado a los agentes del Estado (arts. 1 y 2 Constitucionales); y en el principio de legalidad que gobierna las actuaciones de todas las autoridades de la República (artículos 1, 2, 3, 4, 6, 121 y 122 Constitución Política).*

*En esta perspectiva, el Consejo de Estado, con base en la normativa civil, ha considerado que la transacción es un contrato*[[15]](#footnote-15) *y no ha dudado en la procedencia de las transacciones bajo el imperio de las normas civiles por parte de entidades estatales, con la sola diferencia de que en materia de contratación estatal el contrato es solemne y no consensual, lo que implica que la ausencia del documento escrito conlleva a que se miren como no celebrados[[16]](#footnote-16); además debe ser suscrito por quien tenga la representación legal de la entidad, quien es el único que tiene la competencia para vincularla contractualmente y debe cumplir con las formalidades previstas en la ley para su procedencia, entre ellas la autorizaciones de ley.*

No compete al Tribunal arbitral juzgar si el legislador colombiano acierta o se equivoca en la no exigencia de concesiones mutuas en los sujetos que enfrentados, potenciales o actuales, optan por transigir.

Lo cierto es que en el presente caso: la convocante recibió la gabela de liberarse de la caducidad administrativa del contrato que había sido recurrida y que se revoca el mismo día que se pacta la transacción, además de obtener un plazo adicional para la terminación de las obras que se habían determinado como pendientes en la etapa de liquidación y que son detalladas en el texto de la transacción. No mediando un plazo adicional para la ejecución faltante, el contratista, en la etapa de liquidación, quedaba expuesto a una declaratoria de incumplimiento.

La transacción le permite al contratista liberarse de una posible declaratoria de incumplimiento y acceder a los recursos con que se remuneran dichas obras faltantes.

El beneficio que obtiene la Administración es la ejecución total de la obra conforme el precio convenido en el contrato de diseño y construcción.

Ambas partes se libran de eventuales litigios derivados del Contrato 196 de 2003, tal como a continuación se analiza:

Tal como se itera, al Tribunal arbitral no se sometió pretensión alguna referida a la validez de la transacción y que el contrato de transacción no contiene cláusula compromisoria, así que la transacción se analizará sólo en su incidencia en el tema litigioso y no respecto de su validez.

La contestación de la demanda al hecho 15, según se ha referido previamente, y la fecha coincidente entre la transacción y la Resolución 4849 de 31 de octubre de 2006, así como el objeto de la transacción, permiten determinar que su objeto era poner punto final a una situación de enfrentamiento entre contratista y contratante sobre las obras que, habiendo concluido el contrato de diseño y construcción 196 de 2003, se hallaban pendientes de ejecución.

En tal sentido y con este propósito el hecho número 16 de la demanda ante el contencioso manifiesta “*Que con el ánimo de terminar las obras faltantes aproximadamente en un cinco (5) por ciento del valor total del contrato No. 196 de 2003, los intervinientes acordaron suscribir contrato de TRANSACCIÓN…”*

La transacción precisa que el faltante de construcción era del cinco por ciento (5%) y que había un saldo pendiente por cancelar de $280.776.946,38, y determina que la misma está autorizada para poner fin a las controversias, conforme al texto del artículo 60 de la Ley 80 de 1993,anterior a la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007 (*16 de enero de 2008*), aplicable en el presente caso:

“Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento de que se efectuará dentro del término fijado por el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acurdo que la disponga.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación de exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicios suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.” (Resaltado fuera del texto)

Es evidente que el propósito de la transacción era convenir el arreglo de las diferencias surgidas en torno a obras pendientes, tanto así que las enlista y les asigna un valor, otorgándosele al contratista que transige, un tiempo para su ejecución de 30 días calendario.

Observa el Tribunal que ante la inejecución contractual, la Administración había optado por declarar la caducidad contractual y el contratista la había impugnado argumentando, entre otras razones, la extemporaneidad de esa decisión, la que es relevante para efectos de la caducidad porque pone de presente que la caducidad del contrato se produce en la etapa de liquidación contractual y no en la vigencia del contrato de diseño y obra pública.

Lo cierto es que las partes zanjan sus diferencias y proceden del siguiente modo: La Secretaría de Educación declina la caducidad del contrato, que revoca el mismo día que se firma la transacción, sin que en el contrato de transacción se manifieste la revocatoria de la caducidad como efecto de la transacción, en tanto que la revocatoria de un acto administrativo por vía de transacción, generaría una discusión sobre la validez del acuerdo sobre cuestión no transigible. A su turno el contratista se obliga a realizar las obras inconclusas determinadas por la misma transacción, en un plazo de 30 días calendario y por un valor cierto, en monto igual al recurso del contrato que se hallaba pendiente de ejecutar.

Hay pues concesiones mutuas: la parte contratante renuncia al uso de su prerrogativa –denomínese caducidad o un posterior acto de incumplimiento– y el contratista se allana a cumplir con la obra que no había construido en el plazo contractual.

Desde la perspectiva del contratista, habida cuenta de unas reclamaciones pendientes, vencido el plazo contractual acepta cumplir con la construcción faltante dentro del término que fija la transacción.

La fuente de la obligación constructiva y de pago por parte de la Secretaría de Educación, deja de ser el contrato de obra y pasa a ser el de transacción –de allí que se muda una situación incierta en una cierta-. La transacción señala el plazo y la remuneración por reconocer ante la ejecución de la obra faltante, las dos –obras faltantes y dineros no ejecutados ni cancelados- derivadas del Contrato 196 de 2003 de diseño y obra.

Así pues, las partes pactan en el contrato de transacción el arreglo de las diferencias surgidas en la ejecución del Contrato 196 de 2003, con la decisión transaccional de ejecutar las obras pendientes en un plazo de treinta (30) días y con un valor igual al valor pendiente de ejecutar, convenida mediante transacción celebrada en la etapa de liquidación del mencionado contrato.

Frente a la contingencia litigiosa las partes pactaron en el punto décimo:

*“La Secretaría de Educación del Distrito Capital y el Consorcio CIC transan las diferencias y la relación jurídica que se presentaba en relación con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones de este contrato y por tanto, renuncian de manera definitiva a cualquier acción extrajudicial y/o judicial que se hubiere iniciado o se inicie en contra de cada una de ellas y/o de sus funcionarios respectivamente en todo aquello que tenga que ver con la presente transacción, independientemente de su naturaleza o denominación”.*

A pesar de que la expresión “*este contrato*” resulta ambigua, pues podría tomarse en el sentido de que es a la transacción, para el Tribunal este entendimiento es imposible pues sobre lo transigido no podían existir todavía diferencias, siendo claro entonces que la proposición “*este contrato*” está referida al contrato No. 196 de 2003 que es el que suscita el acuerdo transaccional. Esta es la hermenéutica contractual eficiente (Art. 1620 C.C.).[[17]](#footnote-17)

En atención a lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 80 de 1993[[18]](#footnote-18), es claro que la transacción se refiere a concluir la obra contratada. No pudiéndose realizar una ejecución por fuera de la expiración del plazo contractual No. 196 de 2003, el vehículo jurídico que permitía ese propósito era la transacción. Es en la ejecución del contrato 196 que se puede precisar que existen unas obras faltantes y es en la liquidación del mismo contrato 196 que se puede pactar la transacción.

Adicionalmente, la interpretación se soporta en el análisis en contexto de la transacción, siempre referida a las obras faltantes y los valores aún no pagados generados en el contrato No. 196 de 2003.

Por lo demás, la renuncia a posibles acciones judiciales o extrajudiciales solamente podía referirse a posibles nacidas de actuaciones contractuales anteriores a la transacción donde efectivamente la caducidad contractual había hecho evidentes las posiciones enfrentadas de las partes.

De otra parte, la fuerza de cosa juzgada no afecta relaciones inciertas de acaecimiento futuro, sino situaciones ciertas de conflicto existentes *ex ante* de la transacción.

El contratista no se opone a la transacción, a las consideraciones y a los acuerdos; no deja constancia en ningún documento de que no puede predicarse incumplimiento cuando hay un exceso de cumplimiento. Si hay una ejecución superior al 100% no puede haber un faltante por ejecutar, por ende, si hay exceso en el cumplimiento, ontológicamente, no puede haber obra carente de ejecución, sino sobre ejecución; pero el contratista nada manifestó al respecto.

Adicionalmente, sobre si quedó algún reclamo pendiente derivado de la ejecución del Contrato No. 196 de 2003 o si toda diferencia fue transigida, existe un argumento en lógica simple que se puso de presente en el testimonio de Oscar Castaño Barreto (Audiencia de fecha 4 de diciembre de 2018): la ausencia de salvedad o manifestación expresa sobre disputas que se excluían de la transacción, silencio que el contratista observó a lo largo de la ejecución contractual, sin que existiera trazo de resistencia a los otrosíes firmados. Adicionalmente, el contrato se ejecuta sobre el diseño efectuado por el mismo contratista.

Cuando se conviene la transacción y el valor, no se plantea reclamo alguno por el contratista. Hay silencio sobre la diferencia que trae a litigio ante el Tribunal arbitral. Ese silencio es constante en la ejecución contractual, donde las actas de obra y, seguramente, las bitácoras de obra, presentadas y ejecutadas, respectivamente, por el contratista permitían establecer la ejecución de obras en exceso, si es que estas realmente tienen esta entidad o simplemente son ejecución del diseño elaborado por el mismo contratista. Del análisis integral del testimonio del representante del consorcio se concluye que es disiente de su tolerancia pasiva a la ejecución de obras no previstas en el diseño original. (Audiencia de fecha 4 de diciembre de 2018).

Sobre este aspecto encuentra el Tribunal que:

1. En la transacción no se hace alusión ni inclusión de obras adicionales. No hay constancia de acuerdos sobre los APU de obras no previstas.
2. Se acepta que hay un pendiente contractual por ejecutar, sin formular salvedad respecto de que hubiera una ejecución mayor.

En el proceso arbitral se reclama que hay una ejecución contractual no reconocida. Mediando una transacción en que se afirma que hay una obra pendiente de ejecución, el contratista ha debido manifestar que en un contrato sobre-ejecutado, es imposible sostener que hay obras no ejecutadas, o dejar salvedad en el sentido de que se allana a la ejecución, pero que reclamará el reconocimiento y pago de lo ejecutado en exceso.

Resultaba connatural a la ejecución contractual que, advirtiendo el contratista la ejecución de obras adicionales, avisara a su contratante, con el fin de que se promovieran los procedimientos y ajustes contractuales.

El Consejo de Estado se ha referido en distintas oportunidades al deber de consignar las salvedades, entre otras en sentencia de 2 de marzo de 2017[[19]](#footnote-19) así:

*“27. En este momento la Sala se permite recordar que la Sección Tercera de esta Corporación ha sostenido de forma repetida que la suscripción de actas y contratos adicionales sin salvedades enerva cualquier tipo de pretensión que se pretenda elevar judicialmente por los asuntos que se pretendieron regular mediante esos documentos. Así, se reitera que[[20]](#footnote-20):*

*No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato.*

*Ahora, en los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada consiste en que ella fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una prolongación de la prestación debida, sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual. Por su parte, las obras adicionales o complementarias hacen referencia a ítems o actividades no contempladas o previstas dentro del contrato que requieren ser ejecutadas para la obtención y cumplimiento del objeto contractual y, por tal motivo, para su reconocimiento se requiere de la suscripción de un contrato adicional o modificatorio del contrato inicial. En este contexto, debe precisarse que ha sido criterio jurisprudencial consistente de la Corporación que para el reconocimiento de mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias, las mismas deben haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante, aquiescencia que debe formalizarse en actas y contratos modificatorios o adicionales, según el caso.*

*Por eso, durante el desarrollo de un contrato como el de obra, en el que pueden sobrevenir una serie de situaciones, hechos y circunstancias que impliquen adecuarlo a las nuevas exigencias y necesidades en interés público que se presenten y que inciden en las condiciones iniciales o en su precio, originados en cambios en las especificaciones, incorporación de nuevos ítems de obra, obras adicionales o nuevas, mayores costos no atribuibles al contratista que deban ser reconocidos y revisión o reajuste de precios no previstos, entre otros, la oportunidad para presentar reclamaciones económicas con ocasión de las mismas y para ser reconocidas es al tiempo de suscribir o celebrar el contrato modificatorio o adicional. Igualmente, cuando las partes determinen suspender el contrato deben definir las contraprestaciones económicas que para ellas represente esa situación, con el fin de precaver reclamaciones y la negativa al reconocimiento por parte de la entidad contratante, dado que en silencio de las partes ha de entenderse que las mismas no existen o no se presentan en caso de que éstas no las manifiesten en esa oportunidad.*

*Con mayor razón legal se genera este efecto jurídico, tratándose de posibles reclamos en materia de desequilibrios económicos del contrato al momento de convenir las condiciones del contrato modificatorio o adicional, en tanto el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que si la igualdad o equivalencia financiera se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, “…las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”, suscribiendo para tales efectos “los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar…”*

*Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea “venire contra factum propium non valet”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.*

*En este orden de ideas, en relación con los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato.”* (Subrayado fuera de texto).

El Contrato No 196 de 2003, tuvo innumerables prórrogas y suspensiones sin que se hubiese formulado reclamación alguna por parte del contratista, que como bien lo indica la demanda arbitral esperó hasta el 7 de diciembre de 2005, cuando el contrato ya había terminado por expiración del plazo, para presentar la reclamación por desequilibrio económico, sugiriendo la celebración “*de un contrato adicional que cubriera las obras adicionales ya realizadas y entregadas*”. Obvio es que la pretensión era legalizar, si fuese el caso, hechos cumplidos, lo que es desde todo punto de vista reprochable.

De otra parte, concluido el contrato, ya no hay lugar a la configuración de actos administrativos por silencio administrativo positivo respecto a solicitudes que deben formularse en la ejecución del contrato y no respecto de contratos concluidos[[21]](#footnote-21), amén de que la petición es la celebración de un contrato adicional, no una adición a un contrato, la que no podría realizarse respecto de un contrato que ya había terminado por expiración del plazo. Pero es claro, que para ese momento, cuando se eleva la petición, para la parte accionante hay el conocimiento de una condición de hecho que soporta una pretensión de reclamación económica contractual. De allí que para la parte convocada esta sea una fecha decisiva en el conteo de la caducidad del medio de control y que será un hito que el Tribunal tomará para efecto de construir uno de los escenarios de cuenta de la caducidad. No obstante, se recuerda, que la transacción se firma expirado el plazo del contrato 196 de 2003, en su etapa de liquidación y que la solicitud de firma de contrato adicional, ocurre también vencido el plazo del contrato 196 de 2003.

La transacción sin salvedades, sin limitación de su propósito y objeto, sin condición de ser parcial, sin que se hayan excluido temas pendientes no resueltos, abarca la totalidad de las relaciones entre las partes derivadas del contrato 196 de 2003 y de todas sus modificaciones.

La transacción hizo también evidente que se había producido la caducidad de la presente acción según la fecha en que fue presentada ante el Contencioso administrativo -9 de octubre de 2009- fecha que quedó ratificada expresamente en la providencia del Consejo de Estado precisamente para efectos de la prescripción o de la caducidad.

Si la transacción afirmaba la existencia de obras no concluidas y les daba un valor cierto, eso excluye que haya obras adicionales, pues la ejecución de obras adicionales, que son una sobre-ejecución, por definición impide que exista al propio tiempo un porcentaje de inejecución.

Alegado por el contratista que tenía unas obras no ejecutadas, es claro que está renunciando a reclamar una sobre-ejecución. Podría haber guarecido de la transacción las obras adicionales que decía haber ejecutado, si así lo hubiese consignado como salvedad o como reserva a la transacción, no lo hizo.

La demanda contenciosa determinó la cuantía con base en “*mayor cantidad de obra realizada en cumplimiento del contrato pactado*”. El hecho 6 se refiere a “*mayores cantidades de áreas construidas y obras adicionales ofrecidas*” (hecho 6 de la demanda ante el Tribunal); el hecho 10 de la demanda ante el contencioso, refiere que *“EXISTEN MAYORES AREAS CONSTRUIDAS, MAYORES CANTIDADES DE OBRA*…”, igual texto se replica en el numeral 10 de los hechos de la demanda arbitral. En el hecho 11 de la demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa, se manifiesta que el día 7 de diciembre de 2005 se pidió que se suscribiera “*un contrato adicional que cubriera las obras adicionales ya realizadas y entregadas para esa fechas (sic) a la entidad contratante*”.

El hecho número 8 de la demanda contenciosa y de la demanda arbitral, indica que hubo compensación de obras. Al contestar la demanda arbitral, se califica el hecho como “*No es cierto, se trata de una conclusión a la cual llega la parte actora que le corresponde probar*.”

El consorcio CIC alega ante el Tribunal arbitral más ejecución de obra: obras adicionales (Pretensión 7), al tiempo que en la pretensión tercera elevada ante el contencioso administrativo pidió “…*el reconocimiento y pago… mayor cantidades de obras, mayor permanencia en obra del personal técnico y profesional*…”

Lo cierto es que, de cara a la transacción, se listan obras faltantes que se encuentran en el edificio CIRE: zona de banderas, parqueaderos cancha múltiple. En educación media: zona cancha múltiple nivel +4,80 mt, zona cancha múltiple nivel +3,20 mt. (Folio 737 Cuaderno de Pruebas Nº 3)

La transacción alude a obras que el contratista reclama como adicionales, pero en el momento de la transacción no hizo la salvedad correspondiente ni pidió el reconocimiento de valores adicionales, sino que acordó no solamente su realización, sino que el valor de los trabajos pendientes estaban incluidos en el valor inicial del contrato y se pagarían con el valor pendiente de ejecución.

A lo anterior se suma un argumento lógico, antes enunciado: no puede existir y aceptarse que hay un faltante del cinco por ciento (5%) de ejecución, cuando existe la ejecución adicional de obra. La ejecución en exceso cubre cualquier faltante, sustrayendo la posibilidad de que exista algo por realizar. El contrasentido es mucho más evidente si se tiene en cuenta que a la obra pendiente por ejecutar se le dio un valor de $280.776.946,38 y la reclamación de obras no pagadas es de $2.241’307.687,28 en Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes del 2009, conforme al juramento estimatorio consignado en la demanda arbitral.

Como conclusión de lo reseñado, expuesto y analizado, no cabe duda al Tribunal que, conforme lo acordado en el ordinal décimo del contrato de transacción, las partes transigieron “*las diferencias y la relación jurídica dudosa que se presentaba en relación con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones de este contrato y por tanto, renuncian de manera definitiva a cualquier acción extrajudicial y/o judicial que se hubiere iniciado y/o se inicie en contra de cada una de ellas…*”

Una transacción, como reiteradamente lo ha afirmado la jurisprudencia, implica entre otras cosas la existencia de unas diferencias previas que se pretende arreglar a través de ella y la existencia de recíprocas concesiones. En este caso no es admisible que simplemente se hizo un acuerdo sobre unas obras faltantes y sobre el precio de las mismas, porque en tal caso no se estarían arreglando diferencias previas, sino pactando para el futuro. Respecto de la necesidad del plazo adicional y del valor de los trabajos por ejecutar, no se invoca ninguna discusión o disentimiento. Estos se mencionan sí con relación a las circunstancias anteriores.

Si hubiese quedado algo pendiente por resolver, si el contratista hubiese considerado que no tenía obras pendientes por ejecutar sino que había sobre-ejecutado el contrato; que el precio de remuneración por las obras no era el pactado inicialmente, sino que debía de ser reajustado; que había obras aludidas en la transacción que no estaba obligado a realizar porque no estaban previamente establecidas; que había reconocimientos pendientes y que por lo tanto la transacción dejaba reclamos insatisfechos, ha debido manifestarlo así. Nada de eso hizo.

Es más, cuando el Tribunal le pide explicación a haber guardado silencio, no dio una explicación razonable[[22]](#footnote-22).

El Tribunal hace suya la siguiente reflexión del Consejo de Estado:

*“Sin embargo, la Sala debe recordar que el principio con el cual se cumplen las obligaciones de un negocio jurídico es aquél que dispone que las partes quedan forzadas a cumplir los acuerdos en los términos en que fueron establecidos, y que nadie está forzado a ejecutar una prestación distinta, de la misma manera que no es posible exigir más de lo acordado, ni entregar menos de lo pactado, porque esto se convierte en ley para las partes.”[[23]](#footnote-23)*

Habiendo reclamado el 6 de diciembre de 2005 el reconocimiento de *“las obras adicionales ya realizadas y entregadas*”, mediante la celebración de un contrato adicional (Cuadreno de Pruebas Nº 1 Anexo 13 del CD), lo que se conviene es un contrato de transacción, el 31 de octubre de 2006, en que omite reclamar la ejecución de esas obras adicionales.

La manifestación testimonial de que el consorcio CIC había actuado comercialmente, no excusa deberes jurídicos indeclinables por estar asociados directamente con el principio de buena fe contractual.

Así que esto es lo probado. Cualquier análisis adicional sobre la transacción sobra, por lo que en adelante se tratará el tema de la caducidad.

1. **Análisis de la caducidad**

Sobre este aspecto lo medular es preguntarse: ¿la demanda interpuesta ante la jurisdicción contencioso administrativa y que dio origen a la actuación procesal que fue anulada en el momento de proferir sentencia, se presentó en tiempo o se presentó ya caducado el medio de control?

Ese es el verdadero interrogante y la auténtica cuestión, más allá de la cortina de humo de si la demanda arbitral fue extemporáneamente presentada en referencia al término de cuarenta y cinco (45) días otorgado por el Consejo de Estado.

Como se señaló anteriormente, con la contestación de la demanda arbitral, no se formuló excepción alguna sobre los presupuestos de la acción de caducidad y transacción, comportamiento procesal que contrasta con la posición de la contestación de la demanda ante la jurisdicción, en que sí se formulan esas excepciones.

Ordena el inciso primero del artículo 280 del CGP *“El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.”*

La ausencia de alegación de la excepción de caducidad y transacción sorprende, cuando en la actuación procesal contenciosa, sí se efectuó tal planteamiento exceptivo tanto referido a la caducidad como a la transacción.

Curioso es que una formula propia del oficio que es la proposición de la excepción genérica, tampoco se consigna en el escrito de contestación de demanda en el trámite arbitral.

Así que la pregunta que surge es si, al margen de que se hubieran planteado ante el Contencioso administrativo, la carencia de defensa en el curso del trámite arbitral impide al Tribunal analizar la caducidad.

Dado que ese fue el ejercicio de defensa, es preciso determinar si la no alegación de pronunciamiento exceptivo o de defensa sobre la existencia de transacción y caducidad sustrae del conocimiento del Tribunal arbitral el análisis de estos asuntos.

La cuestión se resuelve en derecho en orden a lo preceptuado por el artículo 282 del Código General del Proceso, que a la letra dispone:

*Artículo 282. Resolución sobre excepciones. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.*

*Cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada.*

*Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes. En este caso si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia.*

*Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario se limitará a declarar si es o no fundada la excepción.*

Según la disposición legal en cita, el Tribunal debe analizar los hechos que puedan configurar una excepción. Es una aplicación del brocardo *Da mihi factum, dabo tibi ius*. Expresado de otra manera, a los hechos acreditados en el proceso el juez les confiere la forma jurídica que les corresponde.

Así que la habilitación legal permite al Tribunal de Arbitramento encarar la caducidad. Al efecto, los documentos probatorios que a continuación se referencian y analizan ponen de manifiesto la existencia de la caducidad, como se razona a continuación:

Para el cómputo del inicio del término de caducidad se articula lo consignado en la transacción con la ocurrencia de la caducidad, no en cuanto al efecto jurídico de la transacción sino con respecto al término que allí se pacta y a las fechas que contiene.

La transacción tiene un cuándo, un tiempo preciso en que se pacta y una justificación sobre la cual las partes mismas hacen declaración expresa. El Tribunal se refiere a que el contrato de transacción expresa que el fundamento de la habilitación legal para pactarla está en el artículo 60 de la ley 80 de 1993[[24]](#footnote-24) que autoriza la celebración de transacciones en la etapa de liquidación.

El documento transaccional, si bien no se incorpora en un acta de liquidación del contrato, sí precisa que el contrato ha expirado, es más, determina la fecha de terminación el **30 de septiembre de 2005** (Pág 8). Tal como se precisa más adelante, en la Resolución de Caducidad No.911 de 16 de marzo de 2006 la fecha de terminación es el 24 de octubre de 2005. La demanda ante lo contencioso se presentó el 9 de octubre de 2009, lo que arroja que con respecto a cualquiera de las dos fechas la caducidad había acaecido al momento de la presentación de la demanda.

A su turno, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado el objeto de la liquidación de los contratos de tal forma que ahorra mayor cavilación sobre ese aspecto, por lo que el Tribunal hace suyo lo que esa corporación ha expuesto, así:

*“La liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución. La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación las partes valoran su resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a éste.”*

Siendo la liquidación contractual una determinación del estado de cuenta de un negocio jurídico extendido en el tiempo, el Tribunal encuentra que en referencia a ese aspecto en el contrato de transacción se precisa:

“*Que se han cancelado 11 actas quedando un saldo pendiente de $280.776.946,38*”.

No hay lugar a dudas que el arreglo plasmado en dicha acta de transacción se refiere a un contrato terminado del cual se realiza un balance de ejecución. El aserto se corrobora cuando se lee que el documento contractual refiere los antecedentes económicos y fácticos del contrato que da origen a la fase de liquidación del contrato de diseño y obra en que se produce la transacción (Folio 738 Cuaderno de Pruebas Nº 3)

La memoria cuidadosa que se hace de todo el curso del contrato en el documento de transacción, lleva a entender que las partes abocadas a liquidar el contrato, precisan establecer el estado de ejecución, para concluir:

“*Que con la intención de garantizar la terminación de la obra y poder certificar por parte de la Secretaría, la interventoría y el mismo contratista una correcta ejecución se requiere realizar este procedimiento de transacción”.*

En este párrafo existe una inequívoca referencia a la integridad del contrato, cuyas incidencias habían sido relatadas en las consideraciones antecedentes. Esta frase hace una clara referencia a la necesidad de abrir la puerta para que pudiera reconocerse la ejecución total del contrato.

Así que finalizado el plazo contractual y estando el mismo en etapa de liquidación, se encontró que el contratista no había satisfecho el cien por ciento (100%) del objeto contractual, que había un pendiente de ejecución y que las partes convinieron una salida a esa situación: pactar un plazo para la ejecución faltante. En ese sentido, en el punto primero del acuerdo se dice:

“*El Contratista, Consorcio CIC, se obliga para con la SED a ejecutar las obras faltantes para la terminación total del colegio, de acuerdo con el anexo de “Obras Faltantes por Ejecutar” que se agrega al presente contrato y que describe las obras que no han sido terminadas en el Colegio El Bosque. Igualmente teniendo en cuenta las obras contratadas, ejecutará y terminará cualquier obra por fuera del anexo que sea contractual y necesaria para la terminación del objeto contractual”* (negrilla y subrayados fuera del texto).

El inciso primero del artículo 1551 del Código Civil define:

*“El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo.”*

El artículo 1553 agrega:

*“El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo,”*

El artículo siguiente determina que “*El deudor puede renunciar el plazo*”.

Las normas citadas permiten que el Tribunal concluya en derecho que, solo al vencimiento del plazo concedido a favor del contratista de diseño y obra, era posible establecer que había una obra pendiente aún de ejecución.

En concomitancia con la transacción, existe un hecho que relató el testigo Max Ojeda consistente en la caducidad del contrato declarada por la Secretaría de Educación que lo llevó a él a buscar una solución.

*“DRA. MEJÍA: Por favor indíquenos lo que usted recuerde y le conste en relación con la controversia que se ha suscitado entre el Consorcio CIC y la Secretaría de Educación del D.C. en este caso.*

*SR. OJEDA: Me gustaría aclarar la participación mía sin apartarme de su pregunta doctora, en el sentido de que yo formé parte del Consorcio CIC en el 2003, en el momento en que la Secretaría Sacaba un concurso arquitectónico y luego realizaba las obras… yo fui el autor del diseño del Colegio El Bosque se llamaba posteriormente le cambiaron el nombre, entonces conozco los antecedentes y estuve vinculado hasta la obtención de la licencia de la construcción del colegio.*

*He sido enterado de algunos desacuerdos inclusive fuimos afectados a nivel de determinado momento donde prácticamente se dictaminó o se dio una caducidad, estuvimos a punto de cerca de tener una caducidad del mismo por el manejo que se había dado a la obra y tuve una directa participación precisamente en ese tema, logrando un acuerdo entre las partes para salvar el colegio en beneficio tanto de la Secretaría como del Consorcio Brasil y… ese ha sido prácticamente mi conocimiento de los hechos que han ocurrido.*

*Posteriormente también tengo entendido que el Consorcio Brasil hizo una reclamación en relación a mayores áreas construidas en relación a la licencia de construcción y a…”* (Audiencia del 3 de diciembre de 2018)

De todo lo anterior se concluye que la transacción se firma expirado el plazo contractual, expiración que permite que se haga un balance de obra ejecutada y del que se concluye que el contratista tiene un pendiente de obra por ejecutar.

Alertado el Tribunal arbitral sobre la declaratoria de caducidad del contrato, el examen trasciende a la transacción, para entrar a determinar si operó dicho fenómeno conforme lo establece la ley.

1. **Cómputo de los términos que evidencian que el medio de control esta caducado**

La doctrina alemana ha distinguido al lado de los derechos reales y subjetivos, los derechos de potestad (Rechte des reitlichen Könnes (derechos de poder jurídico) o Kann Rechte)[[25]](#footnote-25), dentro de los cuales se encuentra el derecho de acción que confiere al titular de un derecho, el poder jurídico de exigir del juez un pronunciamiento sobre la existencia del mismo, para que lo declare frente a quien rehúsa reconocerlo y se ordene su restablecimiento y, de ser el caso, reparación, en forma de condenas concretas. En otras palabras el derecho a pedir que el derecho objetivo actué como coacción.

Así como los derechos personales y reales que no se ejercen prescriben extintivamente, el derecho de acción debe ser ejercido en determinado tiempo, so pena de caducar.

Pronunciarse sobre el derecho de acción no significa pronunciarse sobre el derecho fuente de la obligación. Puede que este se tenga o no, pero para hacer posible el pronunciamiento judicial sobre la obligación, se requiere que previamente el juez analice si quien actúa en ejercicio de la acción lo hace en el tiempo legal para hacerlo, o el derecho de acción ha caducado al momento de presentación de la demanda.

Sobre la caducidad, Hernando Morales Molina[[26]](#footnote-26) escribió:

*“La caducidad consiste en que la ley establece determinados plazos perentorios e improrrogables para intentar ciertos procesos… La caducidad obedece a que deba presumirse la falta de interés de las partes, primordialmente la demandante, que durante un tiempo razonable no instan el proceso. Su efecto principal es la extinción del mismo, aún por razones de economía procesal.”*

El autor se apoya en Josserand para fijar las notas distintivas de la caducidad:

*“1º No admiten suspensión ni interrupción; por definición se consideran preconstituidos y se cumplen el día fijado…sin que su vencimiento pueda evitarse o diferirse aun por causa de fuerza mayor. 2º Con mayor razón estos plazos resultan inmodificables por la voluntad de los interesados, así se trate de hacerlo en un sentido o en otro; su reducción es tan inconcebible como su prorroga. 3º No pueden ser materia de convención antes de que se cumplan, ni después de transcurridos pueden renunciarse; el plazo prefijado obra independientemente y aun contra la voluntad del beneficiario. 4º El juez puede y debe declarar de oficio los plazos prefijados; la misma ley convida a respetarlos y a hacer que se respeten; ni siquiera se necesitan que hayan sido opuestos por uno de los litigantes contra el otro, actúan de pleno derecho. 5º Una vez producida la caducidad del término el derecho se extingue, en forma absoluta…”*

El autor concluye que *“… la caducidad puede ser declarada de oficio por el juez, pues sería inadmisible que vencido el plazo señalado por la ley para el ejercicio de la acción y del recurso, sin embargo, se oyera al promotor de una o del otro…En este sentido la caducidad opera ipso jure, vale decir que no es necesario instancia de parte para ser reconocida.”*

Los términos de caducidad tienen como propósito dotar de seguridad jurídica las controversias de los administrados y evitar que se acuda indefinidamente ante la jurisdicción, de tal manera que si no se accede a la administración de justicia de manera oportuna, dentro de los términos señalados en la ley, ese derecho perece definitivamente.

La caducidad de la acción o de los medios de control encuentra su razón de ser en el artículo 228 de la Constitución Política, que establece que a la función pública de administrar justicia le es inherente la obligación de los ciudadanos de colaborar con ella, de tal manera que su inactividad extingue el derecho de pedir que se imparta justicia en su caso.

Sobre este aspecto la Corte Constitucional ha señalado:

*“[L]a institución jurídica de la caducidad de la acción se fundamenta en que, como al ciudadano se le imponen obligaciones relacionadas con el cumplimiento de los deberes de colaboración con la justicia para tener acceso a su dispensación, su incumplimiento, o lo que es lo mismo, su no ejercicio dentro de los términos señalados por las leyes procesales -con plena observancia de las garantías constitucionales que integran el debido proceso y que aseguran plenas y amplias posibilidades de ejercitar el derecho de defensa-, constituye omisión en el cumplimiento de sus obligaciones de naturaleza constitucional y, por ende, acarrea para el Estado la imposibilidad jurídica de continuar ofreciéndole mayores recursos y oportunidades, ante la inactividad del titular del derecho en reclamar el ejercicio que le corresponde”[[27]](#footnote-27)*

Y en sentencia C-781 de 13 de octubre de 1999, expresó:

*“La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que, si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusas algunas para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado’. Ahora bien: los términos de caducidad no pueden interpretarse como una forma de negar el acceso a la justicia, precisamente porque la limitación de plazo para impugnar ciertos actos –y es algo en lo que se debe insistir– está sustentada en el principio de seguridad jurídica y crea una carga proporcionada en cabeza de los ciudadanos para que se interesen y participen prontamente en el control de actos que vulneran el ordenamiento jurídico’”.*

A su turno, en providencia de 25 de mayo de 2016[[28]](#footnote-28) proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado se hizo referencia al derecho de acción y a la caducidad, en los siguientes términos:

*“De manera mayoritaria se ha considerado que la acción es un derecho único, independiente, público, subjetivo, individual y abstracto que tienen todos las personas naturales o jurídicas y demás ficciones habilitadas por la ley para acudir al Estado[[29]](#footnote-29), con el objeto de que éste, en el despliegue de su función pública de administrar justicia[[30]](#footnote-30), inicie un proceso jurisdiccional que viabilice la obtención de una sentencia, en realización de varios fines estatales entre los que cabe resaltar la efectividad de los principios, los derechos y los deberes establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano, la protección al interés público, y la garantía de la convivencia pacífica y un orden justo[[31]](#footnote-31), de tal forma que el derecho en comento se garantiza con la mera iniciación y desarrollo del proceso judicial correspondiente.*

*(…)*

*13. Ahora bien, con observancia de lo señalado, especialmente de que las pretensiones provenientes de un interés particular se formulan en ejercicio del derecho de acción mediante el cual se posibilita el acceso a la administración de justicia para hacer efectivo el derecho conculcado u obtener la declaración judicial correspondiente -ver párrafos 12.1 a 12.5-, el legislador, en uso de su libertad configurativa, con el objeto de garantizar la seguridad jurídica y la no paralización del tráfico que se traba entre los administrados, instituyó la* ***caducidad de la acción*** *como un instituto en virtud del cual ese derecho de acceder a la jurisdicción se encuentra limitado en el tiempo, por lo que se pierde cuando no se utiliza en el período objetivo determinado por la ley para ello.*

El instituto de la caducidad se consagra para la seguridad jurídica, no solo del demandante, sino de la comunidad en general, de tal manera que *“no concede derechos subjetivos sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general”* *(Sentencias C-115 de 1998 y C-832 de 2001 de la Corte Constitucional)*

De esta forma, la caducidad no atañe al interés privado sino al interés público, por lo que no es dispositiva ni discrecional, escapándose a la libertad de la parte para entrar en el imperio del derecho. En esa medida los términos de caducidad son perentorios y dado su carácter impositivo, son indisponibles e inaplazables, además de preclusivos, pues quien no ha realizado la actuación pierde su oportunidad para hacerlo.

A esto se agrega que, como lo señala la Corte Constitucional la caducidad es “*una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia”*

En el presente caso la demanda arbitral se puso en conocimiento de la competencia de este Tribunal el 24 de noviembre de 2017, pero ésta fecha es indiferente frente a la caducidad pues tanto el artículo 90[[32]](#footnote-32) del Código de Procedimiento Civil como el 94[[33]](#footnote-33) del Código General del Proceso, establecen que la presentación de la demanda en tiempo impide que se produzca la caducidad.

El litigio se ventiló primigeniamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, quien declaró la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción, por lo que debe aplicarse lo prescrito en el inciso segundo del numeral quinto del artículo 95 del Código General del Proceso que prescribe:

*“En el auto que se declare la nulidad se indicará expresamente sus efectos sobre la interrupción o no de la prescripción y la inoperancia o no de la caducidad.”*

Examinadas las piezas procesales que contienen la actuación contenciosa, se evidencia que la jurisdicción no se pronunció al respecto de la caducidad. En el auto de 30 de agosto de 2017 del Consejo de Estado, que confirma la providencia del *a quo* en que se declara la falta de jurisdicción y nulidad de lo actuado, se dijo:

 *“23. Por otro lado, el a quo, al anular todas las actuaciones, concedió un término de 6 meses a partir de la ejecutoria del provisto de 25 de abril de 2014 para que las partes iniciaran los trámites para integrar el tribunal de arbitramento, so pena de entender desistida la acción. Empero, en atención a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 2004, mediante la cual declaró inexequible el numeral 2 del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por el artículo 11 de la Ley 794 de 2003, se variará dicho término judicial para en su lugar señalar un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que se inicie el trámite de integración del correspondiente Tribunal de Arbitramento, previa advertencia de 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 -9 de octubre de 2009-.”* (Subrayado fuera de texto)

En ese sentido el 9 de octubre de 2009 es la fecha que interesa a este Tribunal para determinar que para ese momento ya había acaecido la caducidad del medio de control, según se expone a continuación:

Conforme al artículo 40 de la Ley 153 de 1887, previsión que se conserva conforme el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012, *“los términos que hubieren comenzado a correr”* se rigen por la ley vigente al *“tiempo de su iniciación”* esto es al momento en que *“empezaron a correr los términos”.*

Para el caso que atañe el conocimiento de este Tribunal, la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso se entabló en vigencia del Decreto 01 de 1984, ya entrada en vigor la Ley 446 publicada el 8 de julio de 1998 en el Diario Oficial.

El término de caducidad, al tratarse de una controversia contractual, se ha de regir entonces por el numeral 10 literal d) del artículo 136 del C.C.A, modificado por la Ley 446, norma que tiene equivalencia en el literal j) del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, que disponen:

|  |  |
| --- | --- |
| ***Decreto 01 de 1984*** | ***Ley 1437 de 2011*** |
| *10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.**En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:**d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar* | *2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:**j) 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.**v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga;* |

Al no haberse liquidado el contrato, la fecha a partir de la cual terminó el contrato es la relevante para iniciar el cómputo de la caducidad.

* 1. **Terminación del contrato según la fecha precisada en el contrato de transacción:**

En el contrato de transacción (Folios 730 a 740 Cuaderno de Pruenas Nº 3), documento suscrito y aceptado por ambas partes, se expresa inequívocamente que el contrato 196 de 2003 terminó el **30 de septiembre de 2005,** fecha que a su vez corresponde al inicio del cómputo de los términos legales para efectos de determinar si se produce la caducidad.

No obstante este aserto, el Tribunal encuentra necesario hacer las precisiones que siguen.

 En la solicitud de conciliación presentada por la convocante, en el numeral 10 de los hechos, se lee: “*Según actas, el contrato No. 196 se inició el 13 de enero de 2004 y terminó su ejecución el 30 de diciembre de 2006, fecha en la cual se levantó acta donde el interventor califica la ejecución del contrato a entera satisfacción*.” (Folio 782 Cuaderno de Pruenas Nº 3)

El Tribunal distingue dos conceptos con efectos jurídicos diferentes: El de terminación del contrato por expiración de plazo y el de la terminación de la ejecución.

En principio, la oportunidad de ejecución concluye cuando fenece el tiempo pactado para su realización, esto es el plazo del que el contratista goza para cumplir con la obligación a su cargo. En ese momento, el contrato se extingue y entra en fase de liquidación, la cual debía realizarse en un periodo que las partes determinaron en ciento veinte (120) días (Cláusula Sexta, Hoja 5 Anexo Cuaderno de Pruebas Nº 1 Anexo 5 del CD), vencido el cual, legalmente sobreviene la posibilidad de liquidación unilateral por parte de la entidad contratante que se prolonga por dos (2) meses.

Cumplidos los ciento veinte (120) días y pasados los dos (2) meses, inicia el cómputo de la caducidad del medio de control de controversias contractuales, que habilita a las partes a una cualquiera de estas actuaciones: (i) liquidar de común acuerdo, (ii) que la entidad estatal contratante liquide mediante acto administrativo de liquidación unilateral o (iii) que se recurra al juez para que liquide el contrato.

El segundo concepto de los dos que deben ser precisados, es el concepto de ejecución de los trabajos. Este, como la solicitud de conciliación lo indica, se extendió más allá del tiempo contractual previsto. La razón de esa extensión radica en la transacción firmada.

En el acta fallida de liquidación de común acuerdo, que quedó firmada por el contratista, más no por el ordenador del gasto, que obra a folios 801 a 805 del Cuaderno de Pruebas Nº 3 se lee claramente bajo el acápite “7. PLAZO Y SUSPENSIONES” cómo el plazo final total, que resulta del término pactado de trescientos treinta (330) días calendario más el tiempo adicionado mediante las modificaciones (3, 4, 5, 6 y 7), arroja un plazo contractual de cuatrocientos ochenta y cinco (485) días calendario. Para la contabilización de ese plazo hay que tener en cuenta las actas de suspensión de ciento sesenta y un (161) días, para un TIEMPO TOTAL DE EJECUCIÓN MÁS SUSPENSIONES de seiscientos cuarenta y seis (646) días calendario.

Esos seiscientos cuarenta y seis (646) días calendario, corresponden al conteo del plazo contractual y es el que se menciona en el contrato de transacción, por lo que a pagina 8 reseña que el contrato concluyó el **30 de septiembre de 2005,** esto es contando las prórrogas y suspensiones.

Se tiene entonces que a la fecha de terminación del contrato -30 de septiembre de 2005- se debe agregar el plazo convencional de 120 días para la liquidación bilateral, más los dos (2) meses de liquidación unilateral, con lo cual los dos años para el inicio del cómputo de la caducidad habrían comenzado el 28 de marzo de 2006 y se habrían cumplido el **28** **de marzo de 2008.**

Aunque la presentación de solicitud de conciliación extrajudicial suspende el término de caducidad en 3 meses, para este caso, en el escenario de cómputo} que se está analizando, la solicitud fue presentada ante la Procuraduría General de la Nación por la apoderada Luz Adriana Muriel Castaño con posterioridad al 28 de marzo de 2008 (Folios 779 a 788 Cuaderno de Pruebas Nº 3), esto es el 16 de diciembre de 2008, actuando en ejercicio de poder otorgado el 9 de enero de 2008 (Folio 789 Cuaderno de Pruebas Nº 3), en un interregno temporal significativo entre el mandato y la gestión.

Lo que permite concluir que la solicitud de conciliación es posterior a la fecha de caducidad (28 de marzo de 2008), en este evento no podría suspender el término de caducidad de la misma y por tanto seria irrelevante para efectos de contar el término que ya había acaecido, conforme se precisa en el cuadro que se consigna a continuación:

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Fecha de terminación del contrato | 120 días previstos por el contrato para la liquidación | 2 meses para la liquidación unilateral (aplica el plazo legal del art.136 C.C.A. | 2 años término de caducidad | Presentación de conciliación extrajudicial(extemporánea) | Presentación de la demanda (extemporánea) |
| 30 de septiembre de 2005 | 28 de enero de 2006 | 28 de marzo de 2006 | 28 de marzo de 2008 | 19 de diciembre de 2008 | 9 de octubre de 2009 |

Como se observa, para el 9 de octubre de 2009 se encontraba ampliamente vencido el término de dos (2) años para presentar la demanda, con lo cual la caducidad se produjo inexorablemente desde la culminación de este término, el 28 de marzo de 2008 y así habrá de declararlo en el Laudo.

Al margen de la anterior declaración, al examinar la prueba documental se encontraron enunciadas varias fechas de terminación del contrato, de manera que para abundar en su examen el Tribunal abordó el estudio de todas ellas, para concluir que aún bajo tales hipótesis la demanda se habría presentado en forma extemporánea y habría operado la caducidad, según los escenarios que se contemplan a continuación:

* 1. **Terminación del contrato según la fecha enunciada en el acto administrativo de caducidad:**

Bajo la hipótesis de que a la fecha de terminación del contrato el 30 de septiembre de 2005, habría que agregar lo consignado por la entidad demandada en la Resolución 911 de 16 de marzo de 2006 (que declaró la caducidad administrativa del contrato), según la cual se compensaron veintitrés (23) días pactados en un Acta de Compensación (Pág. 4) (Cuaderno de Pruebas Nº 1 Anexo 16 del CD), el contrato habría terminado el 24 de octubre de 2005.

En relación con la fecha de terminación del contrato señalada en la Resolución 911 de 16 de marzo de 2006, Resolución que en su momento fue objeto de recurso de reposición, el recurrente argumentó:

 *“De lo transcrito, se desprende sin lugar a dudas, que la “AMPLIACIÓN” o “PLAZO DE GRACIA” otorgado por la jurisprudencia a la Administración para declarar la Caducidad (sic) de un Contrato (sic) encuentra su límite temporal en el vencimiento del término para liquidarlo, que en nuestro caso según la CLAUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA, es de cuatro meses contados a partir de la fecha de finalización del Contrato (sic), plazo que INEQUÍVOCAMENTE VENCIÓ el 24 de febrero de 2006, y por los mismo en ese momento perdió Usted (sic) la potestad de aplicar esa medida excepcional.”*

Más adelante, en el mismo recurso, precisa:

*“…resulta inconcebible, que si bien desde el 15 de junio del año anterior (este escrito está radicado el 19 de abril de 2006) se EVIDENCIÓ la imposibilidad de cumplir por Parte del Contratista, solo hasta el 23 de diciembre, dos meses después de vencido el plazo del contrato…”*

Si se tiene en cuenta la fecha de 24 de febrero de 2006 referida en el recurso de reposición contra el acto administrativo que declaraba la caducidad del contrato, que según el recurrente correspondía al vencimiento del plazo de cuatro meses para liquidarlo de común acuerdo, término que comprendía la compensación de 23 días de que trataba la Resolución 911, el contrato habría terminado entonces el 24 de octubre de 2005.

Lo anterior lleva a concluir:

1. La transacción, tal como se lee en su cuerpo, se produce en el periodo de liquidación y se fecha el 31 de octubre de 2006. Bajo la hipótesis de terminación del contrato el 24 de octubre de 2005, la transacción se habría firmado más de un año después de vencido el plazo contractual.
2. La transacción evita declarar un incumplimiento por obras inconclusas y evita el debate sobre la actuación de la administración, concediendo un término para la ejecución de las obras inconclusas y específicamente determinadas, por valor cierto.

La transacción, empero, no podía ampliar el plazo contractual ya expirado. Siendo la extensión del plazo contractual una modificación del contrato[[34]](#footnote-34), no se podía modificar lo que ya había terminado, así que, para poder ampliar el plazo contractual, el contrato debía estar vigente y el plazo debía estar corriendo.

Este argumento está en línea con lo sostenido por el Consejo de Estado no solo por la Sala de Consulta y Servicio Civil[[35]](#footnote-35), sino por la Sala Contenciosa, según reseña del concepto referenciado, al que se le pueden adicionar varias otras sentencias[[36]](#footnote-36), en el sentido de que las partes no pueden prorrogar un término vencido.

1. Vencido el plazo contractual sin prórroga en vigencia del contrato y cumplidos los plazos para su liquidación de común acuerdo y para la unilateral, en su caso, comienza a correr el término de caducidad.
2. A su turno, en la solicitud de conciliación presentada por la parte convocante –radicada el 16 de diciembre de 2008- (Folios 779 a 788 Cuaderno de Pruebas Nº 3) no se precisa la fecha de terminación del contrato. En la redacción del hecho 10 solo se afirma que la ejecución de las obras concluyó el 30 de diciembre de 2006, no que ese fuera el término en que habría vencido el contrato (Folio 782 Cuaderno de Pruebas Nº 3).
3. De otro lado, el proyecto de acta de liquidación de 15 de octubre de 2008 (Folios 801 a 805 Cuaderno de Pruebas Nº 3), la cual para entonces resultaba abiertamente extemporánea pues al momento de su producción el medio de control ya estaba caducado, afirma que la **terminación con transacción** es el 30 de diciembre de 2006.

El proyecto de acta de liquidación, sin embargo, es claro en precisar el término del plazo contractual de 646 días calendario (plazo inicial, más prórrogas y suspensiones) y a renglón seguido, anota el plazo de la transacción de treinta (30) días.

1. La transacción mal podía ampliar el plazo vencido, alterar las cláusulas del contrato No. 196 de 2003 o disponer sobre la caducidad del medio de control, por lo que el acuerdo sexto, en lo pertinente, expresa:

*“Todas la (sic) cláusulas y condiciones establecidas en la propuesta, términos de referencia y el Pliego de Condiciones que dieron lugar a la suscripción del Contrato 196 de 2003, así como las cláusulas y condiciones de este mismo, continúan vigentes en todo aquello que no este (sic) contemplado de manera concreta en la presente transacción...”*

1. En la transacción se acordó el tiempo y valor para la realización de la obra que resultaba pendiente de ejecución, finalizado el contrato: 5% con un valor de $201.034.204, que el contrato describe, agregando que el estado financiero del contrato muestra un saldo pendiente por cancelar de $280.776.946,38.

En estas circunstancias se firma la transacción que, conforme al acuerdo primero, obliga al contratista a realizar las obras faltantes para la terminación total del Colegio El Bosque. El acuerdo segundo señala que las obras faltantes corresponden al 5% de la obra inicial y que su valor asciende a $280.776.946,38. El acuerdo tercero concede para la ejecución treinta (30) días calendario.

1. El objeto de la transacción firmada en la etapa de liquidación del contrato No. 196 de 2003 que evidenciaba que el 5% de las obras no habían sido ejecutadas era resolver, en aras a satisfacer la necesidad educativa distrital, *“la relación jurídica dudosa que se presentaba en relación con la ejecución y el cumplimiento de este contrato”,* por lo que se le pacta una transacción para que en treinta días (30) calendario el contratista ejecute la obra contratada mediante el Contrato 196 de 2003, que en la etapa de liquidación, se precisó como pendiente de ejecución.
2. Evidentemente el contratista obtiene el beneficio de librarse de una declaratoria de incumplimiento, mas no puede pretender que ella tenga por efecto aplazar la fecha de terminación del contrato y por ende de caducidad del medio de control y extender el plazo para presentar su demanda.

Las partes no pueden disponer del término de caducidad, así que no existe posibilidad de que la transacción dispusiese sobre el plazo de caducidad, indefectiblemente la misma habría corrido a partir de la expiración del plazo contractual que en esta hipótesis es el 24 de octubre de 2005, cumplido el plazo de cuatro meses para la liquidación del contrato indicado en el recurso, o sea el 24 de febrero de 2006, seguido de los dos (2) meses que la ley concede para el ejercicio de la liquidación unilateral, que vencerían el 24 de abril de 2006. A partir de esta fecha habrían empezado a correr los dos (2) años de caducidad del medio de control, con lo que la caducidad se habría cumplido el 24 de abril de 2008.

En los mismos términos del cómputo anterior, se hace extemporánea la conciliación y la radicación del escrito de demanda según se precisa en el siguiente cuadro:

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Fecha de terminación del contrato | 120 días previstos por el contrato para la liquidación | 2 meses para la liquidación unilateral (no hay plazo contractual aplica el plazo legal del art.136 C.C.A.  | 2 años término de caducidad | Presentación de conciliación extrajudicial(extemporánea) | Presentación de la demanda (extemporánea) |
| 24 de octubre de 2005 | 24 de febrero de 2006 | 24 de abril de 2006 | 24 de abril de 2008 | 19 de diciembre de 2008 | 9 de octubre de 2009 |

* 1. **Cómputo de los términos de caducidad desde la supuesta razón de hecho o de derecho referida por la parte pasiva en la contestación de la demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa:**

La Secretaría de Educación propuso la excepción de caducidad al contestar la demanda contencioso administrativa, contados los dos años previstos por el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, desde que sucedió el motivo de hecho o de derecho que le habrían servido de fundamento.

En ese conteo de términos que realizó el demandado, el motivo de hecho o de derecho acaeció el día 7 de diciembre de 2005 con la presentación de una reclamación del contratista, y según se expone en la contestación (Folio 41 Cuaderno de Pruebas Nº 2) los dos (2) años iniciaban el día siguiente y vencían por consiguiente el día 8 de diciembre de 2007.

La caducidad para reclamaciones derivadas de contratos que han expirado y no se han liquidado, está regida por normas de orden público que señalan que solo puede ser contada a partir de la fecha real de terminación de los mismos, más los periodos de liquidación bilateral y unilateral, tal como se efectuó líneas atrás.

No obstante, puestos en ese hipotético escenario y conteo del demandado, también habría acaecido la caducidad, antes de presentar la conciliación extrajudicial y la demanda contenciosa, así:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Fecha de Situación de hecho o de derecho | 2 años término de caducidad | Presentación de conciliación extrajudicial(extemporánea) | Presentación de la demanda(extemporánea) |
| 7 de diciembre de 2005 | 8 de diciembre de 2007 | 19 de diciembre de 2008 | 9 de octubre de 2009 |

* 1. **Conteo de caducidad desde la terminación de obras pactadas en la transacción.**

Para terminar, y solo para abundar en el análisis, aún si se tomara como fecha de terminación del contrato la de terminación de las obras pactadas en la transacción, que se fijó en el 30 de diciembre de 2006, y que fue la referida en el borrador del acta de liquidación de 15 de octubre de 2008, la demanda también se habría presentado cuando ya había acaecido la caducidad, conforme se explica en el siguiente cuadro:

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Fecha de terminación del obras | 120 días previstos por el contrato para la liquidación | 2 meses para la liquidación unilateral (no hay plazo contractual aplica el plazo legal del artículo 136 C.C.A. | Presentación de conciliación extrajudicialY suspensión de 3 meses | 2 años término de caducidad adicionados los 3 meses de suspensión | Presentación de la demanda (extemporánea) |
| 30 de diciembre de 2006. | 29 de abril de 2007. | 29 de junio de 2007. | 16 de diciembre de 2008 Hasta 16 de marzo de 2009. | 29 de septiembre de 2009. | 9 de octubre de 2009 |

En relación con este punto cabe precisar que si bien la celebración de la audiencia de conciliación extrajudicial se llevó a cabo el 3 de abril de 2019 (Folios 790 a 792 Cuadernos de Pruebas Nº 3), la suspensión de la caducidad no procede por más de 3 meses, contados desde la fecha de presentación de la conciliación, por ende el término suspendido el 16 de diciembre de 2008 se reanudó el 16 de marzo de 2009, es decir por los 3 meses máximos permitidos por la disposición.

Lo anterior habida cuenta que el artículo 21 de la Ley 640 dispone:

*“ARTICULO 21. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION O DE LA CADUCIDAD. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.”* (Subrayado fuera de texto)

Sobre la norma en comento y el plazo máximo de suspensión de la caducidad por efecto de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, el Consejo de Estado entre otras, en providencia de 14 de abril de 2016[[37]](#footnote-37), sostuvo que:

*“En atención a lo establecido en la norma transcrita, es evidente que la suspensión del término de caducidad originada en el trámite de conciliación prejudicial no puede prorrogarse más allá de los tres meses siguientes a la presentación de la solicitud ante la Procuraduría General de la Nación y es el interesado en acudir a la Administración de Justicia, quien debe estar atento al vencimiento de dicho plazo a fin de evitar instaurar demandas por fuera de los términos legalmente establecidos.*

*(…)*

*Cabe resaltar que el hecho de que el actor no tuviera en su poder la constancia referida no lo imposibilitaba para acceder a la Administración de Justicia, ya que la Ley le permite tener por cumplido el requisito de procedibilidad cuando el trámite de la conciliación prejudicial no se puede completar dentro de los tres meses establecidos en el ordenamiento jurídico, ya sea porque no se logró celebrar la audiencia de conciliación en dicho lapso o porque la Procuraduría no expidió las constancias en tiempo.*

*La frase “lo que ocurra primero” consagrada en la parte final del artículo 21 de la Ley 640 de 2001, precisamente se estableció para ponerle un límite temporal a la suspensión del término de caducidad originada en la conciliación prejudicial y para evitar que el acceso a la Administración de Justicia se viera afectado eventualmente por la tardanza en el trámite de dicho requisito de procedibilidad ante la Procuraduría General de la Nación, por ello, cumplidos los tres meses a que se refiere la norma en comento, reinicia el computo del término de caducidad sin importar si está pendiente la celebración de la audiencia o la expedición de las constancias de no conciliación y el solicitante queda habilitado para instaurar la demanda correspondiente.* (Subrayado fuera de texto)

Lo anterior lleva inexorablemente a que en este hipotético escenario, el término de caducidad contado a partir de la terminación de las obras (30 de diciembre de 2006), extendido en el plazo convencional de 120 días para la liquidación bilateral y de dos meses para la unilateral del contrato (29 de junio de 2007) y que por ende vencía el 29 de junio de 2009, solo podía verse suspendido en 3 meses más (29 de septiembre de 2009), lo que necesariamente obligaba a presentar la demanda a más tardar en esta última fecha, de manera que presentada la demanda el 9 de octubre de 2009, fuerza concluir, como se ha anticipado a lo largo de los argumentos expuestos por este Tribunal, que la demanda se presentó, aun bajo este supuesto, cuando ya había caducado el medio de control.

De esta manera concluye el Tribunal que se encuentra plenamente demostrado que operó la caducidad del medio de control en este caso, lo cual conduce a rechazar todas las pretensiones de la demanda y así lo declarará en la parte resolutiva de este laudo.

**CAPÍTULO III**

**JURAMENTO ESTIMATORIO**

Como en el presente caso, tal y como quedó sentado, las pretensiones de la demanda no prosperarán, es necesario analizar si se debe o no dar aplicación a las consecuencias previstas en el artículo 206 del Código General del Proceso que dispone:

*“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. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.*

*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.*

*Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.*

*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.*

*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.*

*El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.*

*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.*

La norma transcrita menciona dos eventos distintos de sanción, el contemplado en el inciso cuarto y el del parágrafo.

El primero de ellos supone que se haya realizado un estudio de fondo que permita determinar que se causaron perjuicios y que se haya establecido el monto de los mismos para poder concluir si la cantidad estimada excedió o no a la probada. El segundo, que no prosperaran las pretensiones debido a que por el actuar negligente o temerario de la parte no se hubieran podido demostrar los perjuicios.

Para el Tribunal es claro que aunque en este caso fracasaron las pretensiones, la razón de ello no es ninguna de las hipótesis de la norma, por lo que no hay lugar a imponer condena alguna por estos conceptos,

**CAPÍTULO IV**

**COSTAS, GASTOS Y AGENCIAS EN DERECHO**

Mandan los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso que en las sentencias, para este caso en el presente Laudo, existan condenas en costas y agencias en derecho cuando quiera que se den los presupuestos contemplados en los mencionados artículos.

Siendo así que no prosperó ninguna de las pretensiones de la parte demandante, se procede a efectuar la liquidación de costas y agencias en derecho, según lo preceptuado en la Ley, condenando a quien ha resultado vencido en este proceso, según la siguiente liquidación:

1. En lo relativo a las agencias en derecho, el Tribunal las fija en la suma de veintidós millones de pesos ($22.000.000,oo), a cargo de la parte convocante y a favor de la convocada.
2. En lo que concierne a los honorarios del Tribunal y a los demás gastos del proceso, es decir, la suma de ciento ochenta y cuatro millones ciento veinte mil trescientos cincuenta y tres pesos ($184.120.356), ellos fueron sufragados en su totalidad por la convocante, por lo que no habrá lugar a restitución alguna por este concepto.

En conclusión, por concepto de costas y agencias en derecho, será de cargo de la convocante y a favor de la convocada, la suma de veintidós millones de pesos ($22.000.000,oo) que deberán pagarse dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo.

**CAPÍTULO V**

**DECISIÓN**

Por las razones expuestas en las consideraciones precedentes, el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver en derecho las controversias surgidas entre **CONSORCIO CIC integrado por CARLOS JULIO RIVERA CORREAL, MAX OJEDA GÓMEZ, CONSTRUCTORA COCELCA LTDA. hoy GRUPO CONSTRUCTORA PRISMA S.A.S y ORLANDO ROJAS M & CIA LTDA. hoy OBRACIC S.A.S.** parte convocante y la **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO**, parte convocada, en cumplimiento de la misión encomendada por las partes para tal fin, administrado justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO:** DECLARAR probada la excepción de Caducidad de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** RECHAZAR la totalidad de las pretensiones de la demanda, como consecuencia de encontrarse probada la excepción de Caducidad.

**TERCERO:** ABSTENERSE de decidir sobre las demás excepciones propuestas, de acuerdo con lo previsto en el inciso 3 del artículo 282 del Código General del Proceso.

**CUARTO:** CONDENAR a CONSORCIO CIC integrado por CARLOS JULIO RIVERA CORREAL, MAX OJEDA GÓMEZ, CONSTRUCTORA COCELCA LTDA. hoy GRUPO CONSTRUCTORA PRISMA S.A.S y ORLANDO ROJAS M & CIA LTDA. hoy OBRACIC S.A.S. a pagar a la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO, dentro de los treinta (30) días hábiles siguiente a la ejecutoria de este laudo, la suma de veintidós millones de pesos ($22.000.000,oo), por concepto de costas del proceso y agencias en derecho, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO:**  ORDENAR que se rinda por la Presidente la cuenta razonada a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y que se proceda a la devolución a las partes de las sumas no utilizadas de esta partida si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.

**SEXTO:** ORDENAR que en la oportunidad de ley, se archive este expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**SÉPTIMO:** ORDENAR la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley con destino a cada una de las partes.

El anterior laudo se notificó en audiencia.

**CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ**

Presidente

(con aclaración del voto)

**ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ**

Árbitro

**FERNANDO ÁLVAREZ ROJAS**

Árbitro

**EUGENIA BARRAQUER SOURDIS**

Secretaria

1. (Eduardo J. Couture, Fundamento del Derecho Procesal Civil, Depalma, Buenos Aires, 1958 Pág. 102 103). [↑](#footnote-ref-1)
2. **C.G.P. Artículo 280. Contenido de la sentencia.** La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.

La parte resolutiva se proferirá bajo la fórmula “administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley”; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código.

Cuando la sentencia sea escrita, deberá hacerse una síntesis de la demanda y su contestación.

**C.P.A.C.A. Artículo** **187. *Contenido de la sentencia.***La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no *reformatio in pejus*.

Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado - Sección Tercera - Subsección C. C.P: Enrique Gil Botero. Sentencia de 9 de mayo de 2011. Radicación número: 17001-23-31-000-1996-03070-01(17863). [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de noviembre de 2000, expediente: 18.805, M.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículo 2446 “La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.” [↑](#footnote-ref-5)
6. "Art. 2 372. Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.

No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa". [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil Sentencia SC8220-2016 de 20 de junio de 2016, Radicación n° 11001-31-03-014-2006-00390-01, Magistrado Ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez**.** [↑](#footnote-ref-7)
8. Código Civil Peruano: Artículo 1302.- «Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado. Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes. La transacción tiene valor de cosa juzgada»

Código Civil de la República Oriental del Uruguay: "Art. 2 417.- La transacción es un contrato por el cual, haciéndose recíprocas concesiones, terminan los contrayentes un litigio pendiente o precaven un litigio eventual".

Código Civil Mexicano: Artículo 2944 "La transacción es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura".

Código Civil y Comercial Argentino: Artículo 1641.-Concepto. La transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas.

Código Civil del Brasil "Art. 1 025.- *E lícito aos interessados prevenirem, ou terminarem o litigio mediante concesoes mutuas"* [↑](#footnote-ref-8)
9. Cfr. HINESTROSA, FERNANDO, Tratado de las Obligaciones, Universidad Externado de Colombia, Tercera Edición, Marzo de 2007, Pág. 735 y ss. [↑](#footnote-ref-9)
10. Cfr. JOSSERAND, LOUIS, Derecho Civil y contratos, Tomo II, Ed. Jurídicas Europa- América, 1984, pág. 389. [↑](#footnote-ref-10)
11. “ART. 340. CPC—Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, núm. 162.- Oportunidad y trámite. En cualquier estado del proceso podrán las partes transigir la litis. También podrán transigir las diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia./ Para que la transacción produzca efectos procesales, deberá presentarse solicitud escrita por quienes la hayan celebrado, tal como se dispone para la demanda, dirigida al juez o tribunal que conozca del proceso o de la respectiva actuación posterior a éste, según fuere el caso, precisando sus alcances o acompañando el documento que la contenga. Dicha solicitud podrá presentarla también cualquiera de las partes, acompañando el documento de transacción autenticado; en este caso se dará traslado del escrito a las otras partes, por tres días./ El juez aceptará la transacción que se ajuste a las prescripciones sustanciales y declarará terminado el proceso, si se celebró por todas las partes y versa sobre la totalidad de las cuestiones debatidas, quedando sin efecto cualquier sentencia dictada que no estuviere en firme. Si la transacción sólo recae sobre parte del litigio o de la actuación posterior a la sentencia, sólo se celebró entre algunos de los litigantes, el proceso o la actuación posterior a éste continuará respecto de las personas o los aspectos no comprendidos en aquélla, lo cual deberá precisar el juez en el auto que admita la transacción. El auto que resuelva sobre la transacción parcial es apelable en el efecto diferido, y el que resuelva sobre la transacción total lo será en el efecto suspensivo. / Cuando el proceso termine por transacción o ésta sea parcial, no habrá lugar a costas, salvo que las partes convengan otra cosa./ Si la transacción requiere licencia y aprobación judicial, el mismo juez que conoce del proceso resolverá sobre éstas; si para ello se requieren pruebas que no obren en el expediente, el juez las decretará de oficio o a solicitud de parte y para practicarlas otorgará un término de cinco días o señalará fecha y hora para audiencia, según el caso.” [↑](#footnote-ref-11)
12. Sobre el control jurisdiccional de la transacción ha dicho la Corte Suprema de Justicia: “Para que el acuerdo transaccional sustituya la jurisdicción, porque autocompone el conflicto de intereses, precisa no sólo su ´ajuste a las prescripciones sustanciales´ sino que la petición cumpla con los requisitos formales que para surtir efectos procesales establece el artículo 340 ibídem, pues no sobra advertir que ellos penden de la aprobación por parte del juez o magistrado. De manera que el juez controla la transacción desde un doble ángulo: como contrato, caso en el cual vela porque él cumpla los requisitos sustanciales, y como medio anormal de ponerle fin al proceso, cuando recae sobre la totalidad de las cuestiones debatidas (pero también cuando es parcial), exigiendo las condiciones formales que para tal acto procesal consagra el artículo 340 ibídem”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Auto de 5 de noviembre de 1996. Exp. 4546. [↑](#footnote-ref-12)
13. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de febrero de 1971. [↑](#footnote-ref-13)
14. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia de 6 de mayo de 1966, en GJ, t LXV, 634, y XC, 67. [↑](#footnote-ref-14)
15. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, sentencia de 16 de marzo de 1998, Exp. 11911. [↑](#footnote-ref-15)
16. Los artículos 18 y 39 del decreto ley 150 de 1976, 26 y 51 del decreto ley 222 de 1983 y 41 de la ley 80 de 1993 -según el caso-, han impuesto, perentoriamente y por regla general, la solemnidad del escrito para instrumentar la relación jurídico contractual, constituyéndose así en requisito *ad substantiam actus* y *ad probationem.* Vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, sentencia de 29 de noviembre de 2006, Exp. 16855. [↑](#footnote-ref-16)
17. **Artículo 1620. Preferencia del sentido que produce efectos.** El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno. [↑](#footnote-ref-17)
18. **Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales****.** En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas 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. [↑](#footnote-ref-18)
19. Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Radicación 30776 [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto del 2011, expediente 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En el mismo sentido ver: Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre del 2014, expediente 27648, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-20)
21. Artículo 25 Ley 80. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio: (…) 16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley. [↑](#footnote-ref-21)
22. Ver audiencia del 4 de diciembre de 2018. [↑](#footnote-ref-22)
23. Sentencia de 19 de octubre de 2011 de la Sección Tercera, Subsección C de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Radicación número: 25000-23-26-000-1992-07954-01(18082) [↑](#footnote-ref-23)
24. “En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.” [↑](#footnote-ref-24)
25. José Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, Reus, Madrid, 1922, T1 Pág. 69. [↑](#footnote-ref-25)
26. Hernando Morales Molina, Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, Editorial A.B.C. Bogotá, 1991, Pág. 386. [↑](#footnote-ref-26)
27. Sentencia C-165 de 1993. [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado - Sección Tercera - Sala Plena. C.P.: Danilo Rojas Betancourth. Sentencia de 25 de mayo de 2016. Radicación número: 66001-23-31-000-2009-00056-01(40077) [↑](#footnote-ref-28)
29. *“Teorías abstractas de la acción.*//*La característica principal de estas teorías reside en concebir a la acción como totalmente independiente del derecho material y dirigida a obtener una sentencia, sin tener en cuenta la decisión que en ella se tome. En consecuencia, toda persona está facultada para ejercer la acción, sin considerar a que sea el titular del derecho material reclamado.*//*Lo anterior implica que, en el supuesto de que la sentencia sea desfavorable al demandante, bien por falta del derecho material o, inclusive, porque a pesar de tenerlo, no se pudo demostrar, la acción se habrá ejercido en su totalidad.*

(…)

*Esta escuela abstracta, que hoy en día cuenta con el mayor número de seguidores, tiene varias tendencias. Vale citar como principales representantes a FRANCESCO CARNELUTTI, UGO ROCCO, COUTURE, LIEBMANN, etc. Entre nosotros, su principal sustentados ha sido HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, seguido por los nuevos procesalistas, HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO y MARCO GERARDO MONROY CABRA”*. Jaime Azula Camacho. *“Curso de Teoría General del Proceso”*, Editorial Librería Jurídica Wilches, Bogotá D.C., Colombia, 1986, p. 125, 132.

Con el objeto de ahondar sobre el desarrollo del concepto de acción, consultar: Hernando Devis Echandía. *“Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Teoría General del Proceso”*, editorial ABC, Bogotá D.C., Colombia, 1972 y *“Nociones Generales de Derecho Procesal Civil”*, editorial Aguilar, Madrid, España, 1966. Jaime Azula Camacho. *“Curso de Teoría General del Proceso”*, Editorial Librería Jurídica Wilches, Bogotá D.C., Colombia, 1986. [↑](#footnote-ref-29)
30. Artículo 228 de la Constitución Política: *“La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones será públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”*. [↑](#footnote-ref-30)
31. En Colombia, los fines del Estado son mencionados a rasgos generales en el artículo 2 de la Constitución Política*: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. //Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”*. [↑](#footnote-ref-31)
32. ARTÍCULO 90. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquélla, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado.

La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes.

Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo, se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos. [↑](#footnote-ref-32)
33. Artículo 94. Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora.

La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado.

La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.

La notificación del auto que declara abierto el proceso de sucesión a los asignatarios, también constituye requerimiento judicial para constituir en mora de declarar si aceptan o repudian la asignación que se les hubiere deferido.

Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos.

El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez. [↑](#footnote-ref-33)
34. Corte Constitucional Sentencia C-300 de 25 de abril de 2012, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [↑](#footnote-ref-34)
35. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 17 de marzo de 2016, Radicado 11001-03-06-000-2015-00128-00(2263), Consejero Ponente: Edgar González López:

Clases de límites para la modificación de los contratos.

Límites de orden temporal.

Relacionados con la vigencia del contrato.

La posibilidad de modificar un contrato solo puede ejercerse durante su vigencia, así se trate de la simple prórroga del plazo, pues no resulta viable jurídicamente realizar modificaciones sobre un contrato con un plazo contractual vencido, como lo ha reiterado el Consejo de Estado.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, a propósito de la necesidad de pacto expreso para prolongar el plazo, señaló:

"... se pone de presente la necesidad de pacto expreso para prolongar el plazo de ejecución, sin que en ningún momento ello pueda suplirse por la conducta de las partes, con mayor razón del comportamiento unilateral de una de ellas"

Por consiguiente, en cuanto a la "ratione temporis" para celebrar un contrato adicional, en aplicación a este criterio, solo sería viable jurídicamente mientras se encuentre vigente el contrato principal, entendido por la Sección Tercera como la vigencia del plazo para la ejecución del contrato.[ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. Exp. 17031] [↑](#footnote-ref-35)
36. Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia de 31 de julio de 2014, Radicado: 25000232600019970474101 (21184). Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-36)
37. Consejo de Estado - Sección Primera – C.P.: María Elizabeth García González. Sentencia de 14 de abril de 2016. Radicación número: 41001-23-33-000-2014-00263-01 [↑](#footnote-ref-37)