

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

DE

CONSORCIO MPS

CONTRA

**UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y
CARCELARIOS USPEC**

TRÁMITE No.15687

LAUDO ARBITRAL

INDICE

I. ANTECEDENTES

- 1. Partes procesales.**
 - 1.1. Parte Convocante.**
 - 1.2. Parte Convocada.**
- 2. El Contrato y el pacto arbitral.**
- 3. Hechos de la Demanda.**
- 4. Pretensiones de la demanda.**
- 5. Trámite pre-arbitral.**
 - 5.1. Designación de árbitros e integración del Tribunal Arbitral.**
 - 5.2. Audiencia de Instalación y admisión de la demanda.**
 - 5.3. Notificación y traslado de la demanda.**
 - 5.3.1. Notificación a la demandada.**
 - 5.3.2. Notificación al Ministerio Público.**
 - 5.3.3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.**
 - 5.4. Contestación de la demanda y excepciones propuestas.**
 - 5.5. Traslado a la contestación a la demanda.**
- 6. Audiencia de conciliación.**
- 7. Fijación y pago de honorarios del Tribunal Arbitral.**
- 8. Declaración de competencia del Tribunal Arbitral.**
- 9. Trámite arbitral.**
 - 9.1. Primera audiencia de trámite.**
 - 9.2. Pruebas.**
 - 9.2.1. Pruebas solicitadas por el CONSORCIO MPS.**
 - i. Documentales.**
 - ii. Testimoniales.**
 - iii. Dictamen pericial.**
 - 9.2.2. Pruebas solicitadas por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC**
 - i. Pruebas documentales.**
 - 9.2.3. Práctica de las pruebas decretadas.**

9.3. Audiencia de alegatos de conclusión.

9.4. Concepto del Ministerio Público.

9.5. Audiencia de fallo.

9.6. Término para fallar.

II. CONSIDERACIONES.

1. Consideraciones procesales frente a la controversia.

1.1. Presupuestos procesales.

1.2. Competencia del Tribunal.

1.3. Las Partes y su capacidad para concurrir al proceso.

2. Consideraciones del Tribunal Arbitral.

3. Costas y su liquidación.

III. PARTE RESOLUTIVA

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
DE
CONSORCIO MPS
CONTRA
UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y
CARCELARIOS USPEC
No. 15687

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veinte (2020).

Surtidas como se encuentran la totalidad de las actuaciones procesales previstas en la Ley 1563 de 2012 para la debida instrucción del trámite arbitral, y no habiendo observado causal alguna que invalide el proceso adelantado, siendo la fecha y hora señaladas para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo que resuelve las controversias surgidas entre el **CONSORCIO MPS**, integrado por las sociedades SERDEL SURCURSAL COLOMBIA, INGENIEROS MARE NOSTRUM S.L. y PEYCO COLOMBIA, y la **UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS - USPEC**, con ocasión de la celebración, ejecución y terminación del contrato de consultoría número 346, el 19 de diciembre 2014, suscrito entre éstas, conforme al acto de adjudicación, dentro del Concurso de Méritos No. USPEC-CM-024-2014, Resolución 1181 del 10 de diciembre de 2014, previos los siguientes antecedentes:

I. ANTECEDENTES

1. Partes procesales.

1.1. Parte Convocante.

La parte Convocante de este trámite arbitral es el **CONSORCIO MPS**, identificado con NIT. 900.800.883-4, representado legalmente por el señor IGNACIO MARTINEZ

GONZALEZ, identificado con pasaporte No. BF213676, y conformado por las siguientes personas jurídicas de derecho privado: i) SERDEL SURCURSAL EN COLOMBIA, constituida por Escritura Pública No. 2802 de la Notaría cuarenta y siete (47) del Círculo de Bogotá, del 16 de julio de 2013, identificada con NIT. 900.637.090-2¹, ii) INGENIEROS MARE NOSTRUM S.L., sociedad extranjera constituida mediante escritura número 98/2490 del 31 de julio de 1998 ante el Notario de Valencia – España, Don Carlos Salto Dolla, identificada con CIF número B-96787494², y iii) PEYCO COLOMBIA, constituida mediante Escritura Pública No. 4030 de la Notaría cuarenta y siete (47) del Círculo de Bogotá, del 30 de agosto de 2011, identificada con NIT. 900.462.129-8³.

En este trámite arbitral, la parte convocante ha estado representada judicialmente por el abogado **ORLANDO CORREDOR TORRES**, como apoderado ESPECIAL, de conformidad con el poder debidamente otorgado⁴.

1.2. Parte Convocada.

La parte convocada del presente trámite arbitral es la **UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS USPEC**, entidad pública creada a través del Decreto 4150 del 3 de noviembre de 2011 con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, identificada con NIT 900.523.392-1, y representada a lo largo del este trámite arbitral por Juan Carlos Restrepo Piedrahita, Matilde Mendieta Galindo y actualmente representada legalmente por el doctor Ricardo Gaitán III Varela de la Rosa⁵.

En este trámite arbitral, la parte convocada estuvo representada judicialmente, al inicio, hasta la designación de árbitros por el abogado **RUBÉN DARÍO BRAVO RONDÓN**, como apoderado ESPECIAL, conforme poder debidamente otorgado⁶, y a partir de la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral en adelante, por el abogado **FABIO RODRIGUEZ DIAZ**, como apoderado ESPECIAL, de conformidad con poder debidamente otorgado⁷ y la abogada **ANNY HERRERA DURAN**, conforme a sustitución del poder realizado para la audiencia del 21 de octubre de 2019⁸.

2. El contrato y el pacto arbitral.

Las controversias suscitadas entre las partes surgieron con ocasión de la celebración, ejecución y terminación del contrato de consultoría número 346 del 19 de diciembre 2014, cuyo texto íntegro obra dentro del expediente formalmente.

Dentro del mencionado contrato de consultoría suscrito entre las partes, se pactó la cláusula compromisoria contenida en la cláusula décima cuarta del contrato, que señala lo siguiente:

¹ Cuaderno Principal, folios 34 a 37 y 63 a 65.

² Cuaderno Principal, folios 33 y 45 a 51.

³, Cuaderno Principal, folios 38 a 40.

⁴ Cuaderno Principal, folio 32.

⁵ https://www.uspec.gov.co/?page_id=26348.

⁶ Cuaderno principal, folio 93 a 99.

⁷ Cuaderno principal, folio 219 a 222.

⁸ Cuaderno principal, folio 340.

*"CLAUSULA DECIMA CUARTA.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: Las partes, en aras de solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la ejecución del contrato, acudirán a los mecanismos de solución previstos en el Estatuto de contratación y la Ley, tales como el arreglo directo, la conciliación, amigable composición, transacción o el arbitraje."*⁹

3. Hechos de la Demanda.

Los hechos de la demanda principal obran a folios 004 al 012 del cuaderno principal, señalados por el convocante y son los siguientes:

1. *Mediante Resolución Número 1181 del 10 de diciembre de 2014, expedida por HARLOD ENRIQUE LINARES PRIETO la **USPEC** adjudicó el Concurso de Méritos 024 de 2014, al proponente **CONSORCIO MPS**, por valor de Mil Novecientos Treinta y Nueve Millones de Pesos (\$1.939.000.000, oo) M/Cte., cuyo objeto consistió en: "(...) Consultoría para la elaboración de estudios y diseños técnicos, arquitectónicos, trámites y permisos para la construcción del ERON EPMSC Riohacha en el Departamento de la Guajira. (...)".*
(ANEXO 1)

2. *En la etapa precontractual del respectivo proceso de selección se estimó como **riesgo previsible bajo** un denominado riesgo social o político consistente en las inconformidades de la comunidad o alguna oposición al proyecto que debía ser atendida, en todo caso, asignado y asumido por la Entidad Estatal licitante (USPEC), con una "probabilidad rara y un "impacto menor", a la luz de la matriz de riesgos diseñada para el concurso de méritos del contrato de consultoría ERON - Riohacha por parte de la entidad contratante.*

Sin embargo, como se verá más adelante, fue equívoca la valoración realizada por la entidad contratante al estimar una probabilidad, un impacto y una valoración del riesgo tan bajos, sin que correspondieran a la realidad de la zona de ejecución del contrato.
(ANEXO 2)

3. *El día 19 de diciembre de 2014, de una parte el señor **HAROL ENRIQUE LINARES PRIETO**, mayor de edad e identificado con Cédula de Ciudadanía No.79.289.093, en su calidad de **DIRECTOR DE INFRAESTRUCTURA** y **ORDENADOR DEL GASTO** de la **USPEC**, identificada con NIT 900.523.392-1, y de otra parte el señor **IGNACIO MARTINEZ GONZALEZ**, igualmente mayor de edad, e identificado con P.A. No. BF213676, en su Calidad de Representante Legal del **CONSORCIO MPS**, identificado con NIT 900.800.883-4, conformado por **SERDEL SUCURSAL EN COLOMBIA**, identificada con NIT 900637090-2, **INGENIEROS MARE NOSTRUM S.L.**, NIT **ID B9678749** y **PEYCO COLOMBIA**, identificada con NIT 900.462.129-8, suscribieron el **CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 346 de 2014 con la USPEC**; cuyo objeto contractual correspondía a la "(...) Consultoría para la elaboración de estudios y diseños técnicos, arquitectónicos, trámites y permisos para la construcción del ERON EPMSC Riohacha en el Departamento de la Guajira. (...)".*

⁹ Cuaderno de pruebas, folio 276.

El **plazo de ejecución** pactado fue de siete (7) meses y su **valor** de Mil Novecientos Treinta y Nueve Millones de Pesos (\$1.939.000.000) M/Cte. **(ANEXO 3 Y 5).**

4. El día treinta (30) de diciembre de 2014, las partes suscribieron Acta de Inicio del CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 346 de 2014 con la **USPEC. (ANEXO 4).**
5. El día 30 de diciembre de 2014, se entregó mediante correo electrónico el producto No. 1, consistente en el organigrama, cronograma y la totalidad de hojas de vida del personal requerido para llevar a cabo las actividades propias del cargo dentro del organigrama propuesto para la consultoría. Éstas fueron debidamente aprobadas por la entidad, tan así, que se procedió a su pago por parte de la **USPEC. (ANEXO 6).**
6. El día 30 de diciembre de 2014, se radicó la solicitud de desembolso del primer pago, por concepto del 10% del valor del contrato, esto es, por la suma de **CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS M/Cte.** (\$193.900.000.00), por concepto del producto No. 1. **(ANEXO 7)**
7. De acuerdo con lo estipulado en el contrato, el primer producto debió ser pagado el 29 de enero de 2015, el cual fue cancelado por la USPEC el día 13 de marzo de 2015.
8. Una vez iniciado el contrato referido, el contratista **CONSORCIO MPS** dispone su equipo de trabajo para iniciar las labores y actividades propias de la consultoría; es así como el día **10 de febrero de 2015**, realizó el desplazamiento hasta el lugar de ejecución contractual (Riohacha – Departamento de la Guajira – Republica de Colombia) para que le fuera entregado el predio objeto de consultoría, por lo que para esta fecha el contratista, en compañía de miembros del **INPEC** y la **USPEC** llegan al predio denominado "Laguneta", pero se encuentran con la sorpresa de que el mismo está invadido por la comunidad, y la vía de acceso bloqueada, factores inesperados que impidieron el inicio de los trabajos pertinentes para la normal ejecución del contrato.

Esta visita genero costos de desplazamiento, viáticos y honorarios que tuvieron que ser asumidos por el contratista.

En dicha visita al predio, el contratista manifiesta su disponibilidad para el inicio de los trabajos de topografía, geotecnia e inventario forestal, quedando a la espera de que la entidad contratante adelante los trámites pertinentes para superar dicha dificultad. **(ANEXO 8) (ANEXO 9) (ANEXO 14).**

9. El día 26 de febrero de 2015 se entregó el producto 2, consistente en la metodología PMI para el desarrollo de la consultoría. Ésta fue debidamente aprobada por la entidad, tan así, que se procedió a su pago por parte de la USPEC. **(ANEXO 10).**
10. El día 27 de febrero de 2015 se radicó la solicitud de desembolso del segundo pago equivalente al 20% del valor del contrato, y por consiguiente se consignó la suma de **TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y UN MIL TREINTA Y CINCO PESOS M/Cte.** (\$343.671.035.00), por concepto del producto No. 2, siendo pagado este valor el día 08 de julio de 2015. **(ANEXO 11).**
11. El día dos (2) de marzo de 2015, las partes suscribieron Acta de Suspensión del Contrato de Consultoría No. 346 de 2014, en consideración al oficio 150 – DINFRA 02443, radicado por los profesionales de apoyo a la supervisión el 11 de febrero de 2015, en el que

manifiestan la imposibilidad en la entrega del predio a los consultores, en razón a que el predio "Laguneta" se encuentra invadido por las personas de la región.

*Dicha suspensión se pacta por un período de sesenta (60) días calendario contados a partir de la suscripción de la misma. **(ANEXO 12).***

12. El día treinta (30) de abril de 2015 las partes suscriben un Acta de Prórroga de la Suspensión No. 1 al Contrato de Consultoría No. 346 de 2014.

*Dicha prórroga estuvo motivada en la continuidad de la situación anómala de invasión al predio y que dio origen a la primera suspensión. En ésta oportunidad se suspende por sesenta (60) días calendario más, a partir del primero (1°) de mayo de 2015. **(ANEXO 13).***

*13. Durante el mes de junio de 2015, el Contratista realizó una segunda visita al predio objeto de consultoría, pero el contratista se encontró con que la situación de invasión y oposición por parte de la comunidad persistía, bloqueando todo acceso al predio "Laguneta", sin que la entidad contratante, ni cualquier otra hubiese adelantado gestión alguna para superar aquella situación. Esta visita tuvo unos costos de desplazamientos, viáticos y honorarios que fueron asumidos por el Contratista. **(ANEXO 14)***

*14. El día treinta (30) de junio de 2015, las partes suscriben Acta de Ampliación de la Prórroga de Suspensión No. 1 al Contrato de Consultoría No. 346 de 2014, dada la persistencia en la situación en que se fundamentan los hechos siete (7), diez (10), once (11) y doce (12). El plazo contemplado en la mencionada ampliación fue de sesenta (60) días calendario, contados a partir del primero (1) de julio de 2015. **(ANEXO 15).***

*15. El día veintiocho (28) de agosto de 2015 las partes suscriben Acta de Ampliación de la suspensión No. 1 al Contrato de Consultoría, por un periodo de sesenta (60) días más, contados a partir del treinta (30) de agosto de 2015, toda vez que la situación que motivó la suspensión persistía. **(ANEXO 16).***

*16. Durante el mes de septiembre de 2015, más exactamente para el día 28, se realiza una reunión en las instalaciones de la Gobernación de la Guajira, en la que participaron miembros del **INPEC**, de la **USPEC**, el contratista, la Gobernación, miembros de la Comunidad y el **INCODER**, para concertar un acuerdo relacionado con el acceso al predio por parte de la comunidad. Sin embargo, el resultado de la reunión no fue el esperado, toda vez que el escenario de imposibilidad de acceso al predio continuó latente. **(ANEXO 17).***

17. A partir del día primero (1°) de noviembre del 2015, se reinició el contrato de consultoría, que había sido suspendido por un término de ocho (08) meses transcurridos entre el 2 de marzo y el 30 de octubre de 2015, en la medida en que finalizó el plazo de la última suspensión.

*18. Si bien es cierto que el contrato se reinició al culminarse el plazo de la suspensión, continuó la imposibilidad en la entrega del predio "Laguneta", lo cual conllevó a que no fuera posible continuar la ejecución de las obligaciones contractuales sin que la **USPEC** hubiera tomado las medidas correctivas del caso.*

19. En el desarrollo de la ejecución contractual, el contratista siempre se ha mostrado atento y dispuesto a dar fiel cumplimiento al objeto del contrato de consultoría, incluso en los

periodos suspendidos, asistiendo a todas las reuniones programadas (visitas de obra, reunión con autoridades competentes, entre otras) para efectos de resolver el asunto, realizando los desplazamientos requeridos por la entidad contratante, entregando los productos (entregables) que no dependen de la permanencia en el predio, y en todo caso siempre estando presto a colaborar a la entidad contratante en las medidas que ella considere pertinentes, de cara a los inconvenientes relacionados con la invasión y bloqueo del predio.

*De otro lado, el **CONSORCIO MPS** durante las distintas reuniones sostenidas con la **USPEC**, con los miembros del **INPEC**, Gobernación, demás autoridades competentes en el asunto, así como con la misma comunidad que impide el acceso al predio, ha puesto de presente que la situación de la suspensión del contrato de consultoría los está afectando gravemente, causándoles con ello un evidente perjuicio, toda vez que el negocio jurídico se pactó con un plazo de siete (7) meses, pero fue suspendido por ocho (8) meses y en su reinicio se ha manifestado verbalmente la intención de terminarlo de forma anticipada.*

20. *En ese orden, Señores Arbitros, dadas las suspensiones al Contrato de Consultoría No. 346 de 2014 relatadas en los hechos 10, 11, 13 y 14 del presente acápite y la persistencia de la invasión al predio por personas de la región que impiden la ejecución de las obligaciones contractuales, se ha generado para el **CONSORCIO MPS** un perjuicio económico, que como DAÑO CIERTO debe ser reparado por parte de la Entidad Contratante (USPEC), en tanto que, no sólo incurrió en gastos para llevar a cabo las obligaciones del contrato, sino que también se consolidó a su favor el derecho de recibir una utilidad por la ejecución y cumplimiento del negocio jurídico.*
21. *Frente al tercer producto-entregable pactado en el contrato de consultoría referido al esquema básico arquitectónico y estudios y diseños técnicos preliminares (cláusula octava), se pone de presente que tal como consta en los estudios previos del concurso de méritos del Contrato de Consultoría No 346, para la elaboración de dicho producto "no se requería tener necesariamente el terreno definitivo"¹⁰, por lo que la **USPEC** acordó en varias reuniones con el contratista que dicho producto se elaboraría por parte del **CONSORCIO MPS**, al no ser el predio un requisito sine qua non para su preparación.*

De ahí que el contratista adelantó, ejecutó y culminó los trabajos pertinentes para el producto No 3 (Esquema Básico Arquitectónico, estudios y diseños técnicos preliminares), habiendo realizado dicho producto conforme lo previsto en los estudios previos, lo pactado en la cláusula octava del contrato (forma de pago), y lo acordado en reuniones entre la entidad contratante y el contratista.

*Por lo tanto, se debe reconocer de forma integral el tercer pago, dispuesto en la cláusula octava del Contrato de Consultoría 346 de 2014 de la **USPEC**. (ANEXO 18).*

22. *Que el producto tercero correspondiente al esquema básico arquitectónico fue presentado a la **USPEC** en diversas reuniones, y finalmente es entregado en físico el 03 de marzo de 2016 Rad. 105-32909. (ANEXO 19)*

¹⁰ Estudios Previos para Contrato de Consultoría No. 346 de 2014 de la USPEC, disponibles en <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=14-15-3109026>. Pág. 7

Esquema básico: Corresponde al delineamiento general del proyecto y se elabora sin tener necesariamente el terreno definitivo, el programa y las necesidades precisas de la entidad contratante, sino información obtenida de las conversaciones preliminares, la experiencia del Arquitecto y las normas municipales vigentes. El esquema básico comprende dibujos esquemáticos a escala, cuya finalidad es indicar localizaciones de zonas o espacios, aislamientos, identificación de los espacios, funcionamiento y relación entre los ambientes, operación del esquema, accesos y obras exteriores

23. Con respecto al cuarto producto-entregable, pactado en el contrato de consultoría referido al anteproyecto arquitectónico y estudios y diseños técnicos, debe decirse que se incurrió en unos gastos para su respectiva elaboración, más exactamente los costos de desplazamiento del equipo de suelos y topografía, del personal profesional y técnico que adelantaría dicho trabajo, sus viáticos y demás.

*Esto con ocasión de la visita al predio "Laguneta" durante la semana del 6 al 13 de febrero de 2015, que fue acordada y planificada por la USPEC. No obstante, aún cuando la entrega del predio no se hubiese podido llevar a cabo por causas imputables al contratante, el contratista incurrió en los gastos referidos para dar efectivo cumplimiento a lo dispuesto por la entidad – **USPEC**, por lo que dichos gastos deben ser reconocidos dentro de la indemnización que a derecho corresponda a favor del **CONSORCIO MPS. (ANEXO 20)***

24. En lo que concierne a la forma de pago, debe indicarse que desde el pliego de condiciones del Concurso de Méritos **024-2014** se dispuso por parte de la Entidad en el numeral 5.5. – Forma de pago, que el valor del contrato sería pagado por la **USPEC**, así:

*"(...) a) **PRIMER DESEMBOLSO:** Se realizara un primer pago equivalente al DIEZ POR CIENTO (10%) del valor total del contrato, una vez el consultor reciba la aprobación por parte de la interventoría del organigrama, cronograma y todas las hojas de vida del personal requerido para llevar acabo las actividades propias del cargo dentro del organigrama propuesto para la consultoría.*

*b) **SEGUNDO DESEMBOLSO:** Se realizará un segundo desembolso equivalente al VEINTE POR CIENTO (20%) del valor total del contrato una vez se apruebe por parte de la interventoría la metodología PMI para el desarrollo de la consultoría.*

*c) **TERCER PAGO:** Se realizará un tercer pago equivalente al VEINTE POR CIENTO (20%) del valor total del contrato, a la entrega y aprobación por parte de la interventoría del Esquema Básico Arquitectónico y estudios y diseños técnicos preliminares.*

*d) **CUARTO PAGO:** Se realizará un cuarto pago equivalente al VEINTE POR CIENTO (20%) del valor total del contrato a la presentación y aprobación por parte de la interventoría del Anteproyecto arquitectónico y Estudios y diseños técnicos.*

*e) **QUINTO PAGO:** Se realizará un quinto pago equivalente al VEINTE POR CIENTO (20%) del valor total del contrato a la presentación y aprobación por parte de la interventoría del proyecto arquitectónico definitivo, estudios y diseños técnicos definitivos debidamente aprobados por las entidades competentes y aprobación del pago de expensas de la licencia de construcción.*

*f) **SEXTO PAGO: PAGO** Se realizará un sexto pago correspondiente al DIEZ POR CIENTO 10% del valor total del contrato a la liquidación del contrato. (...)"*

En lo sucesivo, en el Contrato de Consultoría No. 346 de 2014 se pactó conforme al principio de autonomía de la voluntad de las partes (*pacta sunt servanda*) lo propio frente a la forma de pago, disponiendo en la cláusula octava del contrato referido, la misma dinámica dispuesta desde los pliegos de condiciones, esto es:

"(...) CLÁUSULA OCTAVA-FORMA DE PAGO: La USPEC pagará al contratista el valor resultante por los cuales le fue adjudicado el contrato y recibidas a satisfacción. a) PRIMER DESEMBOLSO: Se realizará un primer pago equivalente al DIEZ POR CIENTO (10%) del valor total del contrato, una vez el consultor reciba la aprobación por parte de la interventoría del organigrama, cronograma y todas las hojas de vida del personal requerido para llevar a cabo las actividades propias del cargo dentro del organigrama propuesto para la consultoría. **b) SEGUNDO DESEMBOLSO:** Se realizará un segundo desembolso equivalente al VEINTE POR CIENTO (20%) del valor total del contrato una vez se apruebe por parte de la interventoría la metodología PMI para el desarrollo de la consultoría. **c) TERCER PAGO:** Se realizará un tercer pago equivalente al VEINTE POR CIENTO (20%) del valor total del contrato, a la entrega y aprobación por parte de la interventoría del Esquema Básico Arquitectónico y estudios y diseños técnicos preliminares. **d) CUARTO PAGO:** Se realizará un cuarto pago equivalente al VEINTE POR CIENTO (20%) del valor total del contrato a la presentación y aprobación por parte de la interventoría del Anteproyecto arquitectónico y Estudios y diseños técnicos. **e) QUINTO PAGO:** Se realizará un quinto pago equivalente al VEINTE POR CIENTO (20%) del valor total del contrato a la presentación y aprobación por parte de la interventoría del proyecto arquitectónico definitivo, estudios y diseños técnicos definitivos debidamente aprobados por las entidades competentes y aprobación del pago de expensas de la licencia de construcción. **f) SEXTO PAGO:** Se realizará un sexto pago correspondiente al DIEZ POR CIENTO 10% del valor total del contrato a la liquidación del contrato. (...)"

En efecto, al observarse lo pactado por las partes en cuanto a la forma de pago, y atendiendo a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad (art. 40 de ley 80 de 1993 y art. 1602 del Código Civil), de lo consagrado desde la propuesta económica del contratista, lo plasmado en el pliego de condiciones y en el Contrato de Consultoría No. 346 de 2014, resulta claro que esos fueron los parámetros de pago avalados por USPEC y el contratista, correspondiendo cada uno de estos pagos a los entregables dispuestos para los mismos. V.gr. 20% del valor del contrato por la metodología PMI, 20% del valor del contrato por el esquema básico arquitectónico y estudios y diseños técnicos preliminares. Para efectos gráficos, lo siguiente:

Organigrama, cronograma y todas las hojas de vida	10%	\$ 167,155,172.40
Metodología PMI	20%	\$ 334,310,344.80
Esquema Básico Arquitectónico y estudios y diseños técnicos preliminares	20%	\$ 334,310,344.80
Anteproyecto arquitectónico y Estudios y Diseños Básicos	20%	\$ 334,310,344.80

Proyecto arquitectónico definitivo, Estudios y Diseños Técnicos definitivos	20%	\$ 334,310,344.80
Liquidación	10%	\$ 167,155,172.40

En ese sentido, al haber sido esto lo pactado contractualmente, se estima que debe ser cumplido por las partes en la medida de su comprobación. (ANEXO 21)

25. *La distribución de riesgos del Contrato de Consultoría No. 346 de 2014, realizada por la Entidad, contempló algunos riesgos sociales o políticos, riesgos financieros, entre otros, consolidándose durante la ejecución del contrato un riesgo social referido a la invasión del predio por personas de la región, particularmente la matriz de riesgos (Anexo 15 del proceso oficial en el SECOP) recoge en su numeral 9 Riesgos Sociales o Políticos por Inconformidades de la comunidad o alguna oposición al proyecto que debe ser atendida.*

Dentro de la estimación de riesgos, éste fue erróneamente considerado como "riesgo bajo", toda vez que la Entidad consideró la probabilidad de ocurrencia como "Raro", al igual que el impacto calificado como "Menor". Además, éste riesgo fue asignado exclusivamente a la Entidad Estatal, quien tenía el deber de mitigar y propender por las acciones necesarias para superar de dichas situaciones.

Luego, la matriz de riesgos también presenta en su numeral 17 Riesgos Financieros por mayor tiempo de ejecución por causas no imputables al contratista que no estén concedidas en las prórrogas o las adiciones, circunstancia que en efecto se dio en el presente caso, pues se presentó un mayor costo de lo estimado para elaborar la consultoría, con motivo de la excesiva suspensión del contrato por causas imputables a la Entidad. Frente a este asunto se dispuso por la Entidad una probabilidad de posible, con un impacto moderado, con estimación de un riesgo bajo y asignado en su totalidad a la Entidad Estatal.

Con lo anterior se quiere significar que existió de parte de la Entidad una inadecuada estimación de probabilidades, impacto, clasificación del riesgo y valoración económica de los mismos, de cara a la verdadera situación que vive la región donde se ejecutó el contrato de consultoría y las cuales deben servir de sustento para respetar la forma de pago pactadas en el contrato.

26. *Finalmente considerando que durante el mes de diciembre de 2015 se manifestó al contratista, por parte de la entidad contratante, la intención de terminar anticipadamente el Contrato de Consultoría No. 346 de 2014, por motivo de la imposibilidad de disponer del predio "Laguneta", dado que aún se encuentra invadido, se configuró un incumplimiento al Contrato de Consultoría imputable a la entidad contratante, debido a sus falencias en el deber de planeación, por no haber mitigado el riesgo que había previsto en la matriz de riesgos del contrato, referido a las inconformidades de la Comunidad o alguna oposición al proyecto que debía ser atendida, por no haber tomado las medidas necesarias para superar la excesiva suspensión del contrato, generando todo esto un perjuicio al contratista, sobre el cual se sustenta la indemnización económica que se reclama y que a derecho corresponde a favor del **CONSORCIO MPS** bajo las estipulaciones contractuales acordadas con el contratista y bajo el marco normativo vigente aplicable en la actualidad.*

27. *Que frente a la imposibilidad de ejecutar la totalidad del contrato, y el no pago de los productos ejecutados la USPEC le adeuda al contratista los siguiente valores:*

"(...) **PAGO TERCER PRODUCTO:** Un tercer pago por la suma de **QUINIENTOS VEINTIOCHO MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS DIECISIETE PESOS M/CTE. (\$528.341.817)**, correspondiente al valor del producto anexo a 2017, toda vez que el literal c, de la cláusula octava del Contrato de Consultoría 346 de 2014 dispone:

c) **TERCER PAGO:** Se realizará un tercer pago equivalente al **VEINTE POR CIENTO (20%)** del valor total del contrato, a la entrega y aprobación por parte de la interventoría del Esquema Básico y estudios y diseños técnicos preliminares. (...)"

Producto que fue presentado a la entidad en diversas reuniones durante la ejecución del contrato y finalmente es entregado como anexo a la Reclamación administrativa el 03 de marzo de 2016.

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	DIAS A ACTUALIZAR (D)	TASA INFLACION AÑO ANTERIOR	FACTOR DE ACTUALIZACION	SUMA DEBIDA (SD)	SUMA DEBIDA INDEXADA (SDI)
1	2	3	4	5	6	7
03-mar-16	31-dic-16	304	6,77%	1,0561	\$ 387.800.000	\$ 409.549.204
01-ene-17	31-dic-17	365	5,75%	1,0575		\$ 433.086.515
TOTALES		669			\$ 387.800.000	\$ 433.086.515
1	SUMA DEBIDA	=			=	\$ 387.800.000
2	INTERESES MORA	=		SDI x D x 12% /365	=	\$ 95.255.302
3	INDEXACION	=		SDI - SD	=	\$ 45.286.515
4	CAPITAL + INT. MORA + INDEXACION					\$ 528.341.817

27.1 UTILIDAD ESPERADA: Por éste concepto se debe al **CONSORCIO MPS**, la suma de **CIENTO CUARENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS VEINTIDOS PESOS M/CTE. (\$143.669.322)**.

Valor obtenido, así:

El Contrato de Consultoría No. 346 de 2014 de la **USPEC** tenía un valor de Mil Novecientos Treinta y Nueve Millones de pesos M/cte (\$1.939.000.000). La utilidad esperada por la ejecución del contrato era de **Doscientos Cinco Millones Doscientos Treinta y Cuatro Mil Cuatrocientos Cuarenta y Tres Pesos M/cte (\$205.234.443)**. En virtud de dicho contrato se realizaron los dos primeros pagos pactados en el negocio jurídico, el primero por un valor de **Ciento Noventa y Tres Millones Novecientos Mil Pesos M/cte (\$193.900.000)**, a lo que se descontó entre otros, un valor de **Veintiséis Millones Setecientos Cuarenta y Cuatro Mil Ochocientos Veintisiete Pesos M/cte (\$26.744.827)**, por concepto de IVA.

Un segundo pago por valor de **Trescientos Ochenta y Siete Millones Ochocientos Mil Pesos M/cte (\$387.800.000)**, a lo que se le descontó entre otros, un valor de **Cincuenta y Tres Millones Cuatrocientos Ochenta y Nueve Mil Seiscientos Cincuenta y Cinco Pesos M/cte (\$53.489.655)**, por concepto de IVA. Del primer pago se abona a la utilidad un valor equivalente de **Veinte Millones Quinientos Veintitrés Mil Cuatrocientos Cuarenta y Cuatro Pesos M/cte (\$20.523.444)**, y del segundo pago se abona un valor

de **Cuarenta y Un Millones Cuarenta y Seis Mil Ochocientos Ochenta y Ocho Pesos M/cte (\$41.046.888)**, finalmente también se descuenta la utilidad del tercer pago, en razón a que dicho concepto es relacionado en numeral anterior.

De manera proporcional al porcentaje de pago, con lo cual, el valor adeudado por concepto de utilidad es de **Ciento Cuarenta y Tres Millones Seiscientos Sesenta y Cuatro Mil Ciento Diez Pesos M/cte (\$143.664.110)**.

Sin embargo, a éste valor se le debe deducir igualmente la utilidad que se genera del tercer pago que deberá realizar la Entidad; por dicho concepto se descontará **Cuarenta y Un Millones Cuarenta y Seis Mil Ochocientos Ochenta y Ocho Pesos M/cte. (\$41.046.888)**. El valor de la utilidad resulta de aplicar un porcentaje de utilidad de 12.28%, de acuerdo con lo ilustrado en el siguiente cuadro:

VALOR TOTAL DEL CONTRATO	VALOR TOTAL DEL CONTRATO SIN IVA	PORCENTAJE DE UTILIDAD	TOTAL UTILIDAD ESPERADA
\$1.939.000.000	\$1.6751.551.724	12.28%	\$205.234.443

VALOR TOTAL DEL CONTRATO	VALOR PAGADO	VALOR IVA	VALOR SIN IVA	PORCENTAJE DE UTILIDAD	UTILIDAD RECIBIDA
\$1.939.000					
PRIMER PAGO	\$193.900.000	\$26.744.827	\$ 67.155.172	12.28%	\$ 20.523.444
SEGUNDO PAGO	\$387.800.000	\$ 3.489.655	\$ 34.310.344	12.28%	\$ 41.046.888

UTILIDAD ESPERADA	UTILIDAD ABONADA EN PAGO No. 1	UTILIDAD ABONADA EN PAGO No. 2	UTILIDAD A PAGAR EN EL PAGO No. 3	TOTAL UTILIDAD ADEUDADA.
\$205.234.443	\$ 20.523.444,32	\$ 41.046.888,63	\$41.046.888	\$102.617.222

Dicho valor al agregarse el valor de los intereses moratorios e indexación queda el total anteriormente descrito, y discriminado a continuación:

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	DIAS A ACTUALIZAR (D)	TASA INFLACION AÑO ANTERIOR	FACTOR DE ACTUALIZACION	SUMA DEBIDA (SD)	SUMA DEBIDA INDEXADA (SDI)
1	2	3	4	5	6	7
01-ene-16	31-dic-16	365	6,77%	1,0677	\$ 102.617.222	\$ 109.565.489
01-ene-17	31-dic-17	365	5,75%	1,0575		\$ 115.862.356
TOTALES		730			\$ 102.617.222	\$ 115.862.356
1	SUMA DEBIDA	=			=	\$ 102.617.222
2	INTERESES MORA	=		SDI x D x 12% /365	=	\$ 27.806.966
3	INDEXACION	=		SDI - SD	=	\$ 13.245.134
4	CAPITAL + INT. MORA + INDEXACION					\$ 143.669.322

27.2 PAGO DE GASTOS INCURRIDOS PARA EL CUARTO PRODUCTO: Por éste concepto se debe a Consorcio MPS la suma de **VEINTISIETE MILLONES CIENTO OCHENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS M/CTE. (\$27.188.781).M/cte.** (\$15.209.724), correspondiente a los valores de los gastos de ejecución del cuatro producto indexados a 2017

27.3 Valor obtenido así: A continuación se detalla la lista de gastos en los que incurrió Consorcio MP para cumplir con este producto debidamente autorizados por la entidad:

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	DIAS A ACTUALIZAR (D)	TASA INFLACION AÑO ANTERIOR	FACTOR DE ACTUALIZACION	SUMA DEBIDA (SD)	SUMA DEBIDA INDEXADA (SDI)
1	2	3	4	5	6	7
13-feb-15	31-dic-15	322	3,66%	1,0322	\$ 17.334.053	\$ 17.892.325
01-ene-16	31-dic-16	365	6,77%	1,0677		\$ 19.103.824
01-ene-17	31-dic-17	365	5,75%	1,0575		\$ 20.201.745
TOTALES		1.052			\$ 17.334.053	\$ 20.201.745
1	SUMA DEBIDA	=			=	\$ 17.334.053
2	INTERESES MORA	=		SDI x D x 12% /365	=	\$ 6.987.036
3	INDEXACION	=		SDI - SD	=	\$ 2.867.692
4	CAPITAL + INT. MORA + INDEXACION					\$ 27.188.781

28. **GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:** Por éste concepto se debe a Consorcio MPS la suma de **SETENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS M/CTE. (\$79.683.559), correspondiente a los gastos de administración indexados a 2017**

Valor obtenido así: En la propuesta económica del **CONSORCIO MPS**, para el Contrato de Consultoría No. 346 de 2014 se consideró un valor de **Setenta y Seis Millones Ochocientos Treinta y Cuatro Mil Treinta y Dos Pesos M/cte. (\$76.834.032).**

Dentro de éste valor, el proponente consideró un costo mensual estándar por administración de **Doce Millones Ochocientos Cinco Mil Seiscientos Setenta y Dos Pesos M/cte. (\$12.805.672),** lógicamente durante la ejecución del contrato y aclarando que podría variar según lo requerido para el desarrollo de cada producto.

Se debe aclarar que aun durante el tiempo que el contrato estuvo suspendido, el **CONSORCIO MPS** debió incurrir en gastos de administración, entre tanto el hecho de la suspensión no implica abandono, más aún cuando ésta situación, según consta en las actas de suspensión, podía terminarse de forma anticipada al término previsto, una vez se resolvería la situación que la motivaba, y bajo esa premisa, la administración de Consorcio MPS debía estar disponible para ello. Además, durante dicho período, se realizaron reuniones, y otras diligencias de logística, tales como arriendo de oficina, entre otros y por consiguiente pago de servicios públicos, contador y en general aquellos propios de la actividad.

Para éste período donde el contrato se encontraba suspendido, el **CONSORCIO MPS** tuvo gastos de administración mensual de **Siete Millones Doscientos Ochenta Mil Trescientos Treinta y Seis Pesos M/cte. (\$7.280.336).**

Ahora bien, durante el período comprendido entre el 1° de marzo y el 31 de octubre de 2015, el costo de la administración debía resultar de calcular el valor mensual de administración fijado para los meses suspendidos, cual es, **Siete Millones Doscientos Ochenta Mil Trescientos Treinta y Seis Pesos M/cte. (\$7.280.336),** por el periodo de ocho meses, de lo que resultaría un valor total de **Cincuenta y Ocho Mil Doscientos Cuarenta y Dos Mil Seiscientos Ochenta y Ocho Pesos M/cte. (\$58.242.688).** No obstante a dicho valor, se le debe descontar el valor de administración incurrido para generar el producto tres, a decir, **Veintiún Millones Quinientos Treinta y Dos Mil Setecientos Trece Pesos M/cte. (\$21.532.713),** valor en el cual no se han tenido en cuenta el valor de administración ya cobrado en los productos 1 y 2, es decir, **Veintitrés Millones Cincuenta Mil Doscientos Diez Pesos M/cte. (\$23.050.210).** Esto con el fin de no hacer doble cobro por gastos de administración, lo que resulta un valor de **Treinta y Seis Millones Setecientos Nueve Mil Novecientos Setenta y Cinco Pesos M/cte. (\$36.709.975).**

A dicho valor se le debe adicionar los gastos de administración incurridos a la finalización de la suspensión del contrato, a decir, los correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2015 y enero de 2016, es decir, **Treinta y Ocho Millones Cuatrocientos Diecisiete Mil Dieciséis Pesos M/cte. (\$38.417.016).**

De la operación indicada en el párrafo previo, resulta un valor adeudado de **Setenta y Cinco Millones Ciento Veintiséis Mil Novecientos Noventa y Un Pesos M/cte. (\$75.126.991).**

El valor adeudado se explica en las siguientes tablas, así:

Cuadro 5						
DETERMINACION DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACION DURANTE EL PERIODO DE SUSPENSION DE OCHO MESES						
CONCEPTOS	Contrato en ejecución propuesta			Contrato suspendido		
	Sueldo	Dedicación	Valor mensual	Sueldo	Dedicación	Valor mensual
1	2	3	4=(2)x(3)	5	6	7=(5)x(6)
1 Director	\$ 6.500.000	100%	\$ 6.500.000	\$ 4.183.134	50%	\$ 2.091.567
2 Tiquetes internacionales	\$ 750.000	100%	\$ 750.000	\$ 575.532	50%	\$ 287.766
3 Gastos de alojamiento	\$ 1.671.290	100%	\$ 1.671.290	\$ 1.019.635	50%	\$ 509.818
4 Contador- Manuel Gómez	\$ 4.500.000	15%	\$ 675.000	\$ 3.312.500	15%	\$ 496.875
5 Secretaria-Milena Meriño	\$ 1.000.000	30%	\$ 300.000	\$ 4.063.116	30%	\$ 1.218.935
6 Viáticos	\$ 300.000	100%	\$ 300.000	\$ 300.000	50%	\$ 150.000
7 Arriendo oficina-Calle 163 No. 20-17-Jairo Hernando Rojas Franco	\$ 6.500.000	10%	\$ 650.000	\$ 6.448.000	10%	\$ 644.800
8 Servicios Públicos-CODENSA	\$ 600.000	10%	\$ 60.000	\$ 432.544	10%	\$ 43.254
9 Mensajería-Frank Díaz-Víctor Caipa	\$ 700.000	10%	\$ 70.000	\$ 718.350	10%	\$ 71.835
A. TOTALES			\$ 10.976.290			\$ 5.514.850
B. COSTO 8 MESES CONTRATO SUSPENDIDO (8 x \$5.545.056)						\$ 44.118.798
C. COSTO 3 MESES DE CONTRATO EN EJECUCION (NOVIEMBRE Y DICIEMBRE 2015 Y ENERO 2016) (3 x \$12.805.672)						\$ 32.928.871
D. COSTO TOTAL DE ADMINISTRACION (B + C)						\$ 77.047.669
E. COSTO QUE SE DEBE DEDUCIR: GASTOS DE ADMINISTRACION PARA REALIZAR EL TERCER PRODUCTO						\$ 21.532.713
F. TOTAL ADEUDADO POR GASTOS DE ADMINISTRACION (D - E)						\$ 55.514.956

29. Que el 03 de marzo de 2016 se radicó reclamación económica ante la entidad, de la cual solo se obtuvo respuesta escrita hasta el 29 de diciembre de 2016, en la cual en oficio 3-2016- 052687, se señala:

"(...) en atención al oficio del asunto, mediante el cual requiere la respuesta allegada a esta unidad el pasado 03 de marzo en donde reclama el reconocimiento económico, con ocasión del contrato de Consultoría N.346 de 2014, me permito reiterarle lo manifestado por esta dirección mediante oficio N. 150 DINFRA – 14691 de fecha julio 26 de 2016, en el sentido de allegar una nueva propuesta de liquidación, concertada en la mesa de trabajo del 21 de junio de 2016, con el fin de dar trámite al proceso de liquidación del contrato. (...)"

Sin embargo en la mesa de trabajo del 21 de junio no había llegado a compromiso alguno respecto de la liquidación más allá que la entidad reconociera la integridad de lo reclamado.

30. Que el Contrato de Consultoría 346 de 2014 contempló en su cláusula Decima Novena, lo siguiente respecto a la liquidación del contrato:

"(...) DECIMA NOVENA. La liquidación del contrato se realizará dentro de los cuatro meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o la expedición del acto administrativo que ordene la terminación del contrato o dentro de los términos previstos para tal efecto de conformidad con el Artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. (...)"

31. En razón a que el acta de inicio del contrato fue el 30 de diciembre de 2014, y el plazo del mismo fue de 07 meses, que a tan solo dos meses del inicio de la ejecución se realizó una suspensión, prorrogada en dos oportunidades, que llevó a la suspensión del contrato por ocho meses desde el 02 de marzo de 2015 hasta el 30 de octubre de 2015, quedando pendiente por ejecutar 05 meses, se tiene que el plazo de finalización del contrato fue el

29 de marzo de 2016, fecha a partir de la cual debe iniciarse el computó de los términos de liquidación.

Siendo los términos de liquidación contractualmente pactados 04 meses, 02 meses adicionales de liquidaciones unilaterales establecidos en la Ley 1150 y 24 meses correspondientes al término de liquidación judicial, se tiene entonces que la competencia para liquidar caducaría el próximo 30 de septiembre de 2018.

4. Pretensiones de la demanda.

En la demanda arbitral la parte convocante, formuló las siguientes pretensiones (folios 12 y 13, cuaderno principal), son las siguientes:

1. *Que se declare que la entidad de derecho público denominada Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios –USPEC, organizada y estructurada administrativamente conforme a lo establecido en el Decreto Nacional No. 4150 de 2011, como Unidad Administrativa Especial del orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, representada legalmente por el Director General de la entidad, con NIT 900.523.392-1, incumplió el Contrato de Consultoría N° 346 de 2014, celebrado el día 19 de diciembre de 2014, por falta de planeación causando daño cierto que debe ser indemnizado, al **CONSORCIO MPS**, identificado con NIT 900.800.883-4, conformado por **SERDEL SUCURSAL EN COLOMBIA**, NIT 900637090-2, **INGENIEROS MARE NOSTRUM S.L.**, y **PEYCO COLOMBIA**, NIT 900.462.129-8*
2. *Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios –USPEC-, organizada como Unidad Administrativa Especial del orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, representada legalmente por el Director General de la entidad, con NIT 900.523.392-1, a pagar al contratista, a título de **daño emergente**, , la siguientes sumas de dinero:*
 - a) **GASTOS DE ADMINISTRACION INCURRIDOS DURANTE LOS OCHO MESES DE SUSPENSION DEL CONTRATO.** Por valor de \$79.683.599 correspondiente al valor de los perjuicios indexados a 31 de diciembre de 2017.
 - b) **GASTOS INCURRIDOS PARA EL CUARTO PRODUCTO.** Por valor de \$27.188.781 correspondiente al valor de los perjuicios indexados a 31 de diciembre de 2017.
 - c) **PAGO DE TERCER PRODUCTO:** La contenida en el literal c, denominado "TERCER PAGO", que se encuentra pendiente de pago, contenida en la cláusula Octava del contrato N.º 346 de 2014, la cual asciende a **\$528.341.816** correspondiente al valor de los perjuicios indexados a 31 de diciembre de 2017.
3. *Que igualmente, como consecuencia de la declaración de incumplimiento se condene a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios –USPEC-, organizada como Unidad Administrativa Especial del orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, representada legalmente por el Director General de la entidad, con NIT 900.523.392-1, a pagar al contratista, a título de lucro cesante, por perjuicios materiales, las siguientes sumas de dinero en moneda legal colombiana, por la ganancia o provecho que dejo de percibir la*

CONVOCANTE, a consecuencia de no habersele permitido cumplir la obligación a cabalidad, las siguientes sumas de dinero:

- a) **UTILIDAD DEJADA DE PERCIBIR:** La suma de **\$143.699.322**, por concepto de daño emergente a no recibir la utilidad esperada o dejada de percibir dentro del contrato, correspondiente al valor de los perjuicios indexados a 31 de diciembre de 2017.
 - b) **MORA EN EL PRIMERO Y SEGUNDO PAGO.** La suma de **\$20.456.145**, en razón a que el primer pago se efectuó con una mora de 43 días y el segundo con 101 días, posteriores a lo pactado en el contrato. Este valor corresponde a los perjuicios indexados a 31 de diciembre de 2017.
4. *Que se efectuó la indexación de las sumas contenidas en las pretensiones anteriores, debidamente ajustada o actualizado, desde la fecha en que se probó la presentación de las cuentas hasta la fecha de la sentencia.*
5. *Que se condene en costas y en agencias en derecho, a la Convocada Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios –USPEC.*

5. Trámite pre - arbitral.

Con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en el contrato objeto de controversia y antes transcrita, el **CONSORCIO MPS** presentó solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento para decidir en derecho, y demanda arbitral en contra de la **UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS - USPEC** el día 22 de mayo del año 2018¹¹.

5.1. Designación de árbitros e integración del Tribunal Arbitral.

Mediante reunión de designación de Árbitros realizada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el día doce (12) de julio de 2018, las partes convocante y convocada, de mutuo acuerdo designaron como árbitros principales a los doctores HERNANDO HERRERA VERGARA, MARTHA CLEMENCIA CEDIEL DE PEÑA Y FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, y suplentes BETTY MARTÍNEZ CÁRDENAS, GERARDO LÓPEZ LONDOÑO y JUAN FERNANDO GAMBOA BERNATE.

Comunicadas las designaciones por el Centro de Arbitraje el día diecisiete (17) de julio de 2018, aceptan la designación los doctores HERNANDO HERRERA VERGARA (19 de julio)¹² y FABRICIO MANTILLA (17 de julio)¹³, la doctora MARTHA CLEMENCIA CEDIEL DE PEÑA no se pronunció, y por tanto el 27 de julio de 2018 fue comunicada la designación a la primera suplente, Dra. BETTY MARTÍNEZ CÁRDENAS, quien aceptó dicho nombramiento (27 de julio)¹⁴.

¹¹Cuaderno Principal, folios 3 a 31.

¹² Cuaderno Principal, folio 113.

¹³ Cuaderno Principal, folios 109 a 112.

¹⁴ Cuaderno Principal, folios 183 a 186.

Mediante comunicación electrónica remitida por el doctor FABRICIO MANTILLA ESPINOSA al Centro de Arbitraje el día jueves veintitrés (23) de agosto de 2018¹⁵, manifestó su declinación a la designación, por lo que el Centro procedió a comunicar la situación a los demás árbitros y a las partes¹⁶, continuó con la designación al siguiente árbitro de la lista de suplentes, doctor GERARDO LÓPEZ LONDOÑO, quien aceptó aquella el día cinco (5) de septiembre de 2018¹⁷.

Las anteriores aceptaciones fueron debidamente informadas a las partes sin que alguna de ellas se opusiera a la designación realizada.

Posteriormente a la admisión de la demanda arbitral y habiéndose dado contestación a la misma, el día treinta y uno (31) de enero de 2019, la doctora BETTY MARTÍNEZ CÁRDENAS, presentó renuncia a su encargo de árbitro¹⁸, por lo que se entregó el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá que procedió con la reintegración del Tribunal¹⁹, comunicando el nombramiento al árbitro suplente, doctor, JUAN FERNANDO GAMBOA BERNATE, el día 1º de febrero de 2019, árbitro que aceptó la designación (6 de febrero de 2019). Posteriormente, el Centro de Arbitraje procedió a informar sobre la reintegración del Tribunal a las partes, sin que ninguna de ellas manifestara oposición al nombramiento²⁰, quedando integrado el Tribunal por los doctores HERNANDO HERRERA VERGARA, GERARDO LÓPEZ LONDOÑO y JUAN FERNANDO GAMBOA BERNATE²¹.

5.2. Audiencia de Instalación y admisión de la demanda.

Una vez integrado el Tribunal conformado por doctores HERNANDO HERRERA VERGARA, BETTY MARTÍNEZ CÁRDENAS y GERARDO LÓPEZ LONDOÑO, mediante auto No. 1 de 09 de octubre de 2018 se instaló el Tribunal Arbitral, se designó como secretario ad-hoc a la doctora LEIDY ADRIANA PERALTA FAJARDO, se designó como secretario del Tribunal Arbitral al doctor JORGE H. DURÁN FORERO, y se fijó como lugar de funcionamiento y secretaría el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicada en la calle 76 No. 11-52 de la ciudad de Bogotá²², se reconoció personería jurídica a los apoderados de las partes, doctores ORLANDO CORREDOR TORRRES y FABIO RODRÍGUEZ DÍAZ, se indicaron las direcciones electrónicas de notificación, y se tomó el juramento estimatorio al apoderado de la convocante respecto de las sumas relacionadas en los capítulos 3 y 4 de la demanda.

Mediante auto No. 2 de la misma fecha, el Tribunal admitió la demanda arbitral, presentada por el **CONSORCIO MPS** y se ordenó su correspondiente notificación y traslado a **UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS – USPEC**, así como al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en los términos de Ley.

¹⁵ Cuaderno Principal, folio 193.

¹⁶ Cuaderno Principal, folios 194 a 198.

¹⁷ Cuaderno Principal, folios 199 a 204.

¹⁸ Cuaderno Principal, folios 240 y 241.

¹⁹ Cuaderno Principal, folios 242 y 243.

²⁰ Cuaderno Principal, folios 244 a 251.

²¹ Cuaderno Principal, folios 265 y 266.

²² Cuaderno Principal, folios 246 y 247.

De la anterior decisión la parte convocada elevó recurso de reposición argumentando que la cláusula compromisoria alegada en la demanda no es clara y que por el ello no es el Tribunal competente para dirimir la competencia del conflicto, e informó de haberse radicado demanda en contra del Consorcio MPS ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, recurso que fue denegado en consideración al no ser la oportunidad procesal para analizar la competencia del Tribunal.

5.3. Notificación y Traslado de la demanda.

5.3.1. La parte convocada, **UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS- USPEC.** fue notificada, de acuerdo con el artículo 23 de la Ley 1563 de 2012 en concordancia con los artículos 197 y 199 de la Ley 1437 de 2011 y 612 del Código General del Proceso; de la demanda y su admisión mediante comunicación certificada remitida al buzón electrónico: buzonjudicial@uspec.gov.co, de la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS -USPEC-, el día 22 de octubre de 2018²³.

5.3.2. El **MINISTERIO PÚBLICO**, fue notificado de la demanda y su admisión mediante comunicación radicada en la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, bajo número E-2018-515395 del 22 de octubre de 2018²⁴.

5.3.3. La **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, fue notificada, en orden a lo señalado en el artículo 12 de la Ley 1563 de 2012 y de acuerdo con el 612 del Código General del Proceso, de la demanda, la instalación de tribunal y la admisión de la demanda, a través del cargue de documentos en la plataforma electrónica dispuesta por la Agencia, el día 22 de octubre de 2018²⁵.

5.4. Contestación de la demanda y excepciones propuestas.

La parte convocada **UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS USPEC**, estando debidamente notificada de la demanda y de su admisión, presentó contestación a la demanda, el día 20 de diciembre de 2018, es decir, dentro del término de traslado de que trata el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, escrito en el cual la parte convocada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, aceptó el hecho primero como cierto, admitió el segundo como parcialmente cierto, y rechazó los restantes mediante la exposición general de su versión de los hechos, agrupándolos del hecho cuarto al treinta y uno.

En la contestación de la demanda, la convocada formuló excepciones tendientes a enervar las pretensiones de la demanda, así:

"1. Pago total de la obligación.

Es pertinente manifestar que la entidad de conformidad con lo estipulado en las cláusulas contractuales De conformidad con la CLÁUSULA OCTAVA del contrato, se realizaron dos

²³ Cuaderno Principal, folios 233, y 236 a 238.

²⁴ Cuaderno Principal, folio 239.

²⁵ Cuaderno Principal, folios 234 y 235

pagos equivalentes al 30% del valor del contrato por la suma de QUINIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS (\$581.700.000,00) discriminado así:

Primer pago del 10% el día 13 de marzo de 2015 por un valor de CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS (\$193.900.000). Los productos que se recibieron para realizar el pago fueron: cronograma, organigrama, hojas de vida.

Segundo pago del 20% el 16 abril de 2015 por un valor de TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES DE PESOS (\$387.000.000,00). El producto entregado fue la aprobación de la metodología PMI.

Lo que indica que la entidad hasta el componente de la metodología PMI cancelo las obligaciones, no obstante, este componente no fue aprobado por la entidad toda vez que no cumplió con las obligaciones exigidas en el pliego de condiciones.

2. Inexistencia de la Obligación.

A la fecha en que la demandante incoó la presente la entidad que represento cancelo todas las obligaciones estipuladas en el contrato en la CLÁUSULA OCTAVA del contrato, se realizaron dos pagos equivalentes al 30% del valor del contrato por la suma de QUINIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS (\$581.700.000,00) discriminado así:

Primer pago del 10% el día 13 de marzo de 2015 por un valor de CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS (\$193.900.000). Los productos que se recibieron para realizar el pago fueron: cronograma, organigrama, hojas de vida.

Segundo pago del 20% el 16 abril de 2015 por un valor de TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES DE PESOS (\$387.000.000,00). El producto entregado fue la aprobación de la metodología PMI.

3. Cobro de lo no debido.

Tal y como se ha nombrado a lo largo de esta contestación de demanda la entidad que represento pago en su totalidad los dineros adeudados hasta la aprobación del componente PMI que no fue aprobado por la entidad de conformidad con lo estipulado en el contrato 346/14.

4. No renuncia a la jurisdicción.

Si bien es cierto que en el contrato 346 de 2014, está estipulado el mecanismo de solución de conflictos que se susciten en el desarrollo del mismo, no está estipulado la entidad o la forma en que se tiene que dar el amigable componedor, igualmente tampoco está estipulado la renuncia en acudir a la Jurisdicción con el fin de dirimir los conflictos suscitados en desarrollo del contrato tal y como lo realizo la entidad que incoo demanda contractual ante el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca con el fin de que el Consorcio pague los dineros por incumplimiento del contrato tal y como se aportó en la audiencia de nombramiento de árbitros."

Las razones que sustentaron las excepciones enervadas por parte de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC-, son las siguientes:

"Dada la controversia planteada por los accionantes, es necesario tener en cuenta las competencias y responsabilidades de cada una de las entidades partícipes dentro del Sistema Penitenciario y Carcelario, y para el caso en concreto el de la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS- USPEC, y el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC -, así:

La UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS -USPEC entidad adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, fue creada a través del Decreto 4150 del 2011 con la finalidad de afianzar el cumplimiento de los mandatos del Estado Social y Democrático de Derecho, relacionados con el respeto a la dignidad humana y el ejercicio de los derechos fundamentales de la población privada de la libertad en los establecimientos de reclusión y contar con una entidad especializada en la gestión y operación para el suministro de los bienes y la prestación de los servicios requeridos para garantizar el bienestar de la población privada de la libertad¹. De esa finalidad, se identificó la necesidad de escindir del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC, funciones que permitan a la nueva entidad desarrollar de manera eficiente, eficaz y efectiva el objeto para la cual es creada, en directa consonancia con el objeto y demás funciones del INPEC.

A partir de la escisión señalada y de la complejidad que dicha decisión implicaba tanto para el INPEC como para la entidad recientemente creada, el Decreto 4150 de 2011 estableció en su artículo 29 un régimen de transición, el cual indico que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC continuaría ejerciendo las funciones escindidas hasta la entrada en operación de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC), durante los seis (6) meses siguientes a la expedición del citado decreto; es decir, hasta mayo de 2012 que la entidad que represento, empezó a cumplir las funciones que la ley le asignó indicadas en el artículo 5 del decreto mencionado anteriormente:

ARTÍCULO 5°. FUNCIONES. La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios - SPC, cumplirá las siguientes funciones:

- 1. Coadyuvar en coordinación con el Ministerio de Justicia y del Derecho y el INPEC, en la definición de políticas en materia de infraestructura carcelaria.*
- 2. Desarrollar e implementar planes, programas y proyectos en materia logística y administrativa para el adecuado funcionamiento de los servicios penitenciarios y carcelarios que debe brindar la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios - SPC al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC.*
- 3. Definir, en coordinación con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, los lineamientos que en materia de infraestructura se requieran para la gestión penitenciaria y carcelaria.*
- 4. Administrar fondos u otros sistemas de manejo de cuentas que se asignen a la Unidad para el cumplimiento de su objeto.*
- 5. Adelantar las gestiones necesarias para la ejecución de los proyectos de adquisición, suministro y sostenimiento de los recursos físicos, técnicos y tecnológicos y de infraestructura que sean necesarios para la gestión penitenciaria y carcelaria.*

6. *Elaborar las investigaciones y estudios relacionados con la gestión penitenciaria y carcelaria, en coordinación con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC y el Ministerio de Justicia y del Derecho y hacer las recomendaciones correspondientes.*

7. *Promover, negociar, celebrar, administrar y hacer seguimiento a contratos de asociaciones público-privadas o de concesión, o cualquier tipo de contrato que se suscriba que tengan por objeto la construcción, rehabilitación, mantenimiento, operación y prestación de servicios asociados a la infraestructura carcelaria y penitenciaria.*

8. *Realizar, directamente o contratar con terceros, las funciones de supervisión, interventorías, auditorías y en general, el seguimiento a la ejecución de los contratos de concesión y de las alianzas público-privadas, o de concesión, o cualquier tipo de contrato que se suscriba.*

9. *Gestionar alianzas y la consecución de recursos de cooperación nacional o internacional, dirigidos al desarrollo de la misión institucional, en coordinación con el Ministerio de Justicia y del Derecho y las autoridades competentes.*

10. *Asesorar, en lo de su competencia, en materia de gestión penitenciaria y carcelaria.*

11. *Diseñar e implementar sistemas de seguimiento, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos relacionados con el cumplimiento de la misión institucional.*

12. *Las demás que le correspondan de acuerdo con la naturaleza de la Entidad."*

Es importante dejar claro al despacho este marco temporal de creación y apropiación de funciones de la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS -USPEC, para indicar que la entidad hasta hace menos de tres años, asumió formalmente el cumplimiento de una funciones que trajeron como consecuencia, heredar y compartir toda una problemática estructural y compleja como es, entre otros, el hacinamiento carcelario del país, el cual se ha venido asumiendo con compromiso no solo desde el mismo empalme que se hizo con el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC el cual fue dispendioso y complejo, sino también con el desarrollo de procesos de mejoramiento estratégico y misional, concentrando sus esfuerzos en el logro de las metas trazadas en cada una de las vigencias y tangencialmente resolver los problemas de hacinamiento que propiciaron que se declarara la emergencia carcelaria a nivel nacional.

De esta manera la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS -USPEC, viene trabajando en dos frentes, el mejoramiento y rehabilitación de la infraestructura existente y la generación de nuevos cupos en los diferentes establecimientos penitenciarios y carcelarios.

La UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS -USPEC viene a partir de lo expuesto, trabajando en pro de mejorar las condiciones de la población privada de la libertad, con el fin de hacer prevalecer el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los Derechos Humanos universalmente reconocidos como lo dispone el artículo 5 de la Ley 1709 de 2014 que modifica parcialmente el Código Penitenciario

y Carcelario establecido en la Ley 65 de 1993.

*En ese sentido, hay que decir que los problemas que aquejan el Sistema Penitenciario y Carcelario, son estructurales y las soluciones para superarlos deben articularse con una serie de medidas a corto, mediano y largo plazo, las cuales la entidad desde su competencia funcional ha venido trazando dentro de sus planes y vigencias anuales, que permitan unas condiciones dignas para los internos e internas del país **y que se han venido priorizando por parte de la USPEC con base a las necesidades que reporta el INPEC y a las condiciones que la entidad va identificando a partir de las visitas técnicas que realiza a los diferentes establecimientos del país.***

La UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS -USPEC avanza en la ejecución de labores concretas y continua en ese proceso de mejoramiento, entendiendo que la problemática de años de hacinamiento es heredada, compartida y compleja; y su solución requiere de tiempo, planificación y especialmente de recursos, los cuales limitan muchas veces el actuar de la entidad, sin contar con el hecho de que en este proceso, intervienen otras entidades del orden municipal, departamental y nacional lo que hace todo más dispendioso.

Para dar mayor claridad respecto a la intervención de otras entidades, es importante mencionar que la Ley 1709 de 2014 que modificó el Código Penitenciario y Carcelario, en su artículo 7º modifica el artículo 15 de la Ley 65 de 1993 indicando que: "El Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario está integrado por el Ministerio de Justicia y del Derecho; el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec), como, adscritos al Ministerio de Justicia y del Derecho con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa; por todos los centros de reclusión que funcionan en el país; por la Escuela Penitenciaria Nacional; por el Ministerio de Salud y Protección Social; por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y por las demás entidades públicas que ejerzan funciones relacionadas con el sistema. El sistema se regirá por las disposiciones contenidas en este Código y por las demás normas que lo adicionen y complementen". Nótese entonces, como el Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario se integra a partir de distintas entidades, cada una de ellas con funciones específicas frente al sistema y las cuales necesariamente deben estar articuladas y concertadas entre sí.

5.5. Traslado a la contestación de la demanda.

Mediante auto número 5 del día ocho (8) de marzo de 2019, el Tribunal corrió traslado de las excepciones propuestas por la convocada, a lo que el Consorcio convocante, oportunamente recorrió el traslado con el cual acompañó copia del oficio PC-RIO-004-2015, recibido el 26 de febrero de 2015, por la señora Fabiola Bautista, que corresponde a la prueba documental número 10 de la demanda, también anexa al dictamen pericial.

6. Audiencia de conciliación.

Una vez surtidos los traslados de la demanda, y su respectiva contestación con la formulación de excepciones de mérito por parte de la convocada, mediante auto del 8 de marzo de 2019 el Tribunal Arbitral convocó a la diligencia de que tratan los artículos 24 y 25 de la Ley 1563 de 2012, para el día 27 de marzo de 2019 a las 11:30 a.m. en la sede del tribunal. Con dicha decisión se previno a las partes sobre la necesidad de su concurrencia junto con la de sus apoderados y se fijó en la sede de la secretaria del

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, también se notificó a las partes y al ministerio público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la ley 1563 de 2012, y el artículo 295, numeral 3, inciso 5, del C.G.P.

El día 27 de marzo de 2019, se dio inicio a la audiencia de conciliación, la cual, habida cuenta de que después de una espera y ante la inasistencia de la convocada, no fue posible que las partes surtieran la etapa conciliatoria, por lo que el Tribunal Arbitral, mediante auto número 5 declaró fracasada la etapa conciliatoria.

7. Fijación y pago de honorarios del Tribunal Arbitral.

Fracasada la etapa conciliatoria, en la misma audiencia celebrada el día 27 de marzo de 2019, se indexó los valores de la demanda teniendo en cuenta el tiempo transcurrido entre la fecha de presentación de la demanda arbitral y la de fijación de honorarios, luego procedió a fijar el monto de los honorarios los árbitros y el secretario, e indicó el valor de los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, tales valores, fueron oportunamente cancelados por la parte convocante, dentro de los plazos de Ley.

8. Declaración de competencia del Tribunal Arbitral.

Por medio de auto N° 9 del 13 de junio de 2019, este Tribunal se declaró competente para conocer y resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración.

En dicha oportunidad el Tribunal indicó:

"El Tribunal observa que en la anterior cláusula las partes dispusieron que cualquiera de las controversias que surgieran entre ellas de la ejecución del contrato, haciendo uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos que de manera opcional la Ley permite se haga uso, y particularmente en este caso por expresa manifestación de las partes al arreglo directo, la conciliación, amigable composición, transacción "o el arbitraje", instrumento al que acudió el Consorcio MPS mediante demanda instaurada el 22 de mayo de 2018, y en cuyo trámite las partes de manera voluntaria y de mutuo acuerdo realizaron la designación de los árbitros que lo integran, quedando inequívocamente establecida su intención de utilizar éste mecanismo de solución de controversias, así como que el texto de la cláusula compromisoria es acorde con la definición del artículo 4° de la Ley 1563 de 2012, estatuto que además regula todos los demás aspectos no indicados dentro del texto de la misma.

Lo anterior se ratifica, además, con lo dispuesto en el numeral 5.18 del pliego de condiciones el cual forma parte del contrato objeto de la presente controversia por expresa remisión que del mismo se hace en la cláusula trigésima del contrato de consultoría 346 del 19 de diciembre de 2014.

Revisadas las pretensiones de la demanda y las excepciones formuladas por la convocada, así como los fundamentos fácticos y jurídicos en que se fundan cada una de ellas, el Tribunal encuentra lo siguiente:

Aun cuando la parte convocada propone como excepción de fondo, la que denomina "no renuncia la jurisdicción", el Tribunal abordará de manera preliminar la misma, sin perjuicio de que se vuelva a pronunciar sobre esta al momento de proferir el laudo correspondiente. En relación con dicha excepción, la parte convocada indica que no quedó establecida la forma como se tiene que dar el "amigable componedor" ni renuncia a la jurisdicción, por lo que elevó demanda contractual ante el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca relativo a un incumplimiento del mismo contrato. A este respecto debe indicarse que una vez determinado que efectivamente las partes defirieron la resolución de controversias surgidas con ocasión del contrato a un Tribunal de Arbitramento, todo lo demás se encuentra resuelto por el estatuto arbitral, tal y como lo disponen los artículos 3º y siguientes de la Ley 1563 de 2012.

Hechas las anteriores precisiones, el Tribunal concluye que:

- 1. La controversia planteada gira alrededor del contrato de consultoría 346 del 19 de diciembre de 2014 y el incumplimiento de los términos de pago establecidos.*
- 2. Tanto las pretensiones de la demanda, así como las excepciones formuladas, delimitan no solo el thema decidendum, sino además la competencia del presente Tribunal de Arbitramento.*

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal encuentra que las diferencias entre las partes radican en el presunto incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato suscrito el 19 de diciembre de 2014, solicitando las consiguientes condenas de pago, indemnización de perjuicios y costas procesales. Cada parte ha rechazado las imputaciones que la otra le formula y en lo que respecta a la entidad demandada, ha invocado una serie de excepciones de fondo, a través de las cuales pretende enervar las pretensiones formuladas en la demanda arbitral.

El Tribunal también encuentra que dichas diferencias están comprendidas dentro del marco de la cláusula arbitral insertada en el contrato de consultoría 346 del 19 de diciembre de 2014 en cuanto se refieren a asuntos de naturaleza económica o patrimonial que requieren de una calificación jurídica, las cuales son susceptibles de disposición y transacción, y están vinculadas a una relación jurídica contractual específica, singular y concreta.

De otra parte, en ejercicio del derecho constitucional fundamental de acceso a la Administración de Justicia, las partes están facultadas para acudir al arbitraje como mecanismo alternativo de solución de las controversias derivadas de los actos jurídicos celebrados entre ellas, y han comparecido

a este trámite por conducto de sus apoderados, con la plenitud de las exigencias normativas.

Así mismo, y sin perjuicio de lo que se resuelva en el Laudo, en el presente asunto se reúnen los requisitos para que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre su competencia, ya que existen los presupuestos previstos por la ley, a saber: (a).- las partes procesales son plenamente capaces, están facultadas para disponer de sus derechos y fueron las suscriptoras del pacto arbitral, con lo cual se cumple con el elemento subjetivo; (b).- las pretensiones formuladas en la demanda y las excepciones están comprendidas dentro de los aspectos contemplados por el pacto arbitral, de manera que, desde el punto de vista objetivo también hay pleno cumplimiento, y (c).- el trámite para la constitución de este arbitraje se ha adelantado siguiendo los términos previstos por la ley vigente. ”

Así pues, el Tribunal se declaró competente, de decisión contra la cual el apoderado de la parte convocada presentó recurso que se desató el Tribunal, en el sentido de confirmar la decisión en transcurso de la misma diligencia.

9. Trámite arbitral.

9.1. Primera audiencia de trámite.

El 13 de junio de 2019 se realizó la primera audiencia de trámite, dispuesta en el artículo 30 de la ley 1563 de 2012, en la misma fecha²⁶, donde se dictó el auto No. 11 por medio de los cuales se abrió a pruebas el proceso.

9.2. Pruebas.

Dentro del proceso se decretaron el Tribunal decretó y ordenó la práctica practicó la de las siguientes pruebas de acuerdo con los autos N° 11 del 13 de junio de 2019, siguientes:

9.2.1. Pruebas solicitadas por el CONSORCIO MPS.

i) Documentales:

Todos los documentos referidos por la convocante y aportados en debida forma.

ii) Testimoniales:

Testimonios de:

- Rubén Darío Moncada Rojas.
- José Cristóbal Ríos Rodríguez.

²⁶ Cuaderno Principal, folios 339 y 342.

iii) **Dictamen Pericial:**

Previamente a su decreto y ordenar su traslado, y práctica, el Tribunal requirió a la convocante para que se acreditara el cumplimiento de los requisitos de ley, respecto del perito Miguel Ángel Rodríguez Parra.

9.2.2. Pruebas solicitadas por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC.

i) **Documentales:**

Todos los documentos referidos por la convocada y aportados en debida forma, quedando sin prueba del curso y avance del proceso bajo radicación como “Demanda USPEC vs Consorcio MPS 25000233600020180090000”.

9.2.3. Práctica de las pruebas decretadas.

El día 19 de julio de 2019, se llevó a cabo diligencia e la cual los señores José Cristóbal Ríos Rodríguez y José Cristóbal Ríos Rodríguez, rindieron sus testimonios, y acreditado el cumplimiento de los requisitos de la experticia, en dicha fecha se ordenó correr el correspondiente traslado del dictamen, así como el aporte por de copia auténtica del contrato 346 de 2014 por parte de la USPEC.

El 29 de junio de 2019, se efectuó el traslado del dictamen pericial a la USPEC, el cual, oportunamente descorrido por parte de la convocada, mediante comunicación electrónica del día 04 de septiembre de 2019, tras la suspensión número uno del trámite.

El día 9 de octubre de 2019, se requirió a la parte convocada para que aportara la copia auténtica del contrato 346 de 2014 ordenada el 19 de junio de 2019 y se corrió el traslado de la oposición dictamen elevada por la convocada a al Consorcio MPS.

El 15 de octubre de 2019, el apoderado de la parte convocante descorrió traslado del escrito presentado por la USPEC en relación con el Dictamen Pericial y dos días después, 17 de octubre, el apoderado de la parte convocada remitió por medios electrónicos copia del expediente del contrato No.346 de 2014, y anunció el envío de los anexos físicos por correo postal. Los documentos adjuntados con la comunicación electrónica fueron:

-  1.CT 346-2014 - Consorcio MPS.pdf
-  2.CT 346-2014 AI - Consorcio MPS.pdf
-  3.CT 346-2014 AS1 - Consorcio MPS.pdf
-  4.CT 346-2014 APS1 - Consorcio MPS.pdf
-  5.CT 346-2014 AAPS1 - Consorcio MPS.pdf
-  6.CT 346-2014 AAS1 - Consorcio MPS.pdf

En audiencia celebrada el día 21 de octubre de 2019, el Tribunal ordenó correr traslado de los documentos del contrato 346 de 2014 aportados por la USPEC, y negó la solicitud realizada en la diligencia por parte de la parte convocada de pedir la citación al perito que realizó el dictamen pericial aportado por la convocante a fin de explicar la ciencia de su dicho, ello como quiera que de dicho trabajo se corrió el traslado del dictamen a la convocada y esta se pronunció sin hacer tal petición, por lo que quedó precluida la oportunidad en la que debió realizarse el pedimento.

En dicha diligencia, fueron indagadas las partes a efectos de que manifestaran sobre la existencia de vicios, nulidades o de alguna irregularidad por subsana o prueba por decretar.

Vencido el traslado de los documentos aportados y habiendo tomado el Tribunal en audiencia anterior las medidas de saneamiento correspondientes, el 17 de octubre de 2019, mediante auto 17 de fecha 29 de octubre de 2019, se cerró el periodo probatorio, sin que las partes ejercieran oposición a la decisión.

9.3. Audiencia de alegatos de conclusión.

Conforme con auto No. 17 del 29 de octubre de 2019, se convocó a las partes para el día 15 de noviembre de 2019 a las 02:30 p.m., con el fin de efectuar la audiencia de que trata el artículo 33 de la ley 1563 de 2012, diligencia en cual los apoderados de las partes expusieron sus fundamentos probatorios y jurídicos correspondientes.²⁷

En la misma audiencia el señor agente del Ministerio Público, realizó un análisis jurídico sobre los fundamentos de la demanda y lo expuesto por la convocada, llegando a la conclusión de que *"en el caso analizado no existe mérito legal para acceder a las pretensiones de la demanda, por lo que, consecuentemente se solicita disponer en el Laudo respectivo su rechazo"*²⁸.

9.4. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público, a través de su agente designado, una vez presentadas las alegaciones de las partes, emitió concepto jurídico previo a la expedición del laudo arbitral, en el cual, tras hacer un resumen de los antecedentes indicó:

"2. CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

2.1. PROBLEMA JURÍDICO

En concepto respetuoso de esta Agencia Fiscal, y vistas las pretensiones de la demanda, los problemas jurídicos a resolver en la presente controversia se contraen a establecer: (i) si la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS –USPEC incumplió el

²⁷ Cuaderno Principal, folio 376.

²⁸ Cuaderno Principal folio....

Contrato de Consultoría No. 346 del 19 de diciembre de 2014, suscrito con el CONSORCIO MPS, por falta de planeación; (ii) según lo anterior, y atendiendo las pretensiones consecuenciales de condena de la demanda, si con el incumplimiento aludido, en caso de existir, se irrogó daño o perjuicio al contratista; y (iii) si, en tal caso, existe mérito para el reconocimiento y pago de los montos y conceptos reclamados en la demanda a título de daño emergente y lucro cesante, como consecuencia directa o causal del mencionado incumplimiento.

2.2. TESIS DEL MINISTERIO PÚBLICO

Este Agente del Ministerio Público, con máximo respeto, y luego de analizar los elementos fácticos, jurídicos y jurisprudenciales, así como las piezas materiales que obran en el expediente, considera que la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS –USPEC stricto sensu no incumplió el Contrato de Consultoría No. 346 del 19 de diciembre de 2014, por falta de planeación, como se afirma en la pretensión primera de la demanda, pues no quedó demostrado en el proceso que el ente estatal hubiere estructurado mal o erróneamente la matriz de riesgos, o que hubiere incurrido en alguna irregularidad u omisión en la etapa precontractual, de manera que, al no concurrir el hecho dañino invocado por la parte activa, consecuentemente no existe causalidad con los eventuales daños alegados, así como tampoco mérito legal para acceder a las pretensiones consecuenciales (de condena).

2.3. RAZONES EN QUE SE APOYA LA TESIS EXPUESTA

2.3.1. HECHOS PROBADOS

El Ministerio Público encuentra probados los siguientes supuestos fácticos:

- *Previo proceso de selección, entre la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS- USPEC y el CONSORCIO MPS (integrado por SERDEL SUCURSAL EN COLOMBIA, INGENIEROS MARE NOSTRUM S.L. y PEYCO COLOMBIA) se suscribió el Contrato de Consultoría No. 346 del 19 de diciembre de 2014, que tenía como objeto la CONSULTORÍA PARA LA ELABORACIÓN DE ESTUDIOS Y DISEÑOS TÉCNICOS, ARQUITECTÓNICOS, TRÁMITES Y PERMISOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL ERON EPMSC RIOHACHA EN EL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA;*
- *La respectiva acta de inicio fue suscrita por el supervisor del contrato y el Representante Legal Suplente del Consorcio, el día 30 de diciembre de 2014;*
- *El contrato se suspendió entre el 2 de marzo y el 1º de diciembre del 2015, por acuerdo entre las partes, con actas del 2 de marzo, 30 de abril, 30 de junio y 28 de agosto, todas de ese año, debido a la ocupación del predio por parte de miembros de la comunidad Wayuu, que impidieron el desarrollo del objeto contractual. **En dichas actas no aparece que el contratista informara o dejara constancia sobre daños o perjuicios causados con la suspensión o stand by;***

- *Debido a la ocupación del predio objeto del contrato de consultoría por parte de la comunidad, el objeto contractual no se pudo desarrollar en su totalidad por el Consorcio contratista;*
- *Aparece en el plenario que el contratista entregó organigrama, cronograma y hojas de vida, por lo que, con fecha 13 de marzo de 2015, según extracto bancario, recibió un pago o consignación por valor de CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS (\$193.900.000) M/CTE, correspondiente al 10% del valor del contrato;*
- *Del mismo modo, según lo aceptado en la demanda, aparece que recibió un pago por TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$387.800.000) M/CTE, equivalente al 20% del valor total del contrato, por el segundo entregable (metodología);*
- *El día 3 de marzo de 2016, la contratista formuló ante la USPEC reclamación administrativa, que fue atendida el 26 de julio del mismo año.*

2.3.2. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE

2.3.2.1. EL CONTRATO DE CONSULTORIA

De modo general, el contrato de consultoría encuentra su definición en el numeral segundo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

*«**Contrato de Consultoría.** Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.*

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

El Consejo de Estado, Sección Tercera en pleno, en sentencia de unificación jurisprudencial, de fecha 2 de diciembre de 2013, radicado 11001-03-26-000-2011-00039-00(41719), con ponencia del doctor JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, destacó los elementos y características diferenciadoras del contrato de consultoría, en los siguientes términos:

«Su objeto contractual está centrado hacia el desarrollo de actividades que implican el despliegue de actividades de carácter eminentemente intelectual, pero presenta como particularidad sustantiva que tales esfuerzos están dirigidos, específicamente, al cumplimiento de ciertos cometidos expresamente definidos por el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; esto es, para la realización de estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control o supervisión. Se incluyen dentro de este tipo aquellos contratos que tienen por objeto la

interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programas y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Además de estos objetos contractuales, se incluyen allí aquellos que las demás disposiciones legales especiales (y reglamentarias) establezcan.»

Del mismo modo, en sentencia del 30 de noviembre de 2006, radicado 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832), con ponencia del doctor ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ, la Sección Tercera del Órgano de Cierre Contencioso Administrativo, al tratar la diferencia del contrato de consultoría con el de prestación de servicios, dijo:

*«En principio se puede establecer una diferencia sustancial entre estos dos tipos de contratos, pues, **el de consultoría** consiste, básicamente, en la realización de estudios, diseños y en la asesoría técnica al control y supervisión de proyectos, así como en la interventoría y en la gerencia y dirección de obras o proyectos, lo cual encierra una variedad muy amplia de actividades, todas ellas regidas por un común denominador de índole técnico y cargadas de un matiz especializado en la ejecución de este tipo de contratos. De este modo, el contrato de consultoría se caracteriza porque sus obligaciones tienen un carácter marcadamente intelectual, como condición para el desarrollo de las actividades que le son propias, aunque también se asocia con la aplicación de esos conocimientos a la ejecución de proyectos u obras.»*

Así las cosas, resulta razonable inferir que el contrato de consultoría es una modalidad tipificada por la ley de contratación estatal, cuyo objeto consiste en el desarrollo o ejecución de actividades de naturaleza técnica e intelectual, principalmente, encausadas al cumplimiento de los propósitos allí mismo previstos en la norma referida, esto es, estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Del mismo modo, el contrato de consultoría puede tener por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

2.3.2.2. LOS RIESGOS CONTRACTUALES

Sobre este aspecto, al artículo 4º de la Ley 1150 del 2007, prescribe:

«Artículo 4º. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva».

A su turno, el artículo 22 del Decreto 1510 de 2013, por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública, estableció:

«Artículo 22. Pliegos de condiciones. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

1. La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo.
2. La modalidad del proceso de selección y su justificación.
3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.
4. Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista.
5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato.
6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta.
7. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar.
- 8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.**
9. Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones.
10. La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial.
11. Los términos, condiciones y minuta del contrato.
12. Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato.
13. El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir adendas.
14. El Cronograma.» (el resaltado es mío)

Dicha normativa fue compilada por el Presidente de la República en el artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, en los siguientes términos:

«Artículo 2.2.1.1.2.1.3. Pliegos de condiciones. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

1. La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo.
2. La modalidad del proceso de selección y su justificación.
3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.
4. Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista.
5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato.

6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta.
7. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar.
- 8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.**
9. Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones.
10. La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial.
11. Los términos, condiciones y minuta del contrato.
12. Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato.
13. El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir Adendas.
14. El Cronograma.» (este resaltado es mío)

El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, en decisión del 28 de agosto de 2014, radicado 85001-23-31-000-1998-00168-01(17660), con ponencia del doctor CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, señaló:

«La ejecución de un contrato involucra ciertas contingencias o riesgos que tienen la virtualidad de alterar, potencialmente, el sinalagma funcional que se pacta al inicio de la relación. Son los llamados riesgos contractuales, algunos de ellos previsibles y otros no.»

En el documento CONPES 3714 del 1º de diciembre de 2011, se alude a los riesgos contractuales como «aquellas circunstancias, que siendo potenciales alteraciones del equilibrio económico, puedan preverse por su acaecimiento en contratos similares; por la probabilidad de su ocurrencia en relación con el objeto contractual o por otras circunstancias que permitan su previsión. Dicha previsibilidad genera la posibilidad de establecer responsabilidades y tratamientos específicos de asignación y mitigación.»

Como puede notarse, los riesgos contractuales aluden a aquellos eventos futuros e inciertos que pueden alterar la ejecución del contrato, desde el punto de vista de la equivalencia de las obligaciones y derechos de las partes o relación sinalagmática (art. 27 Ley 80 de 1993), comúnmente definida como equilibrio económico del contrato.

En ese sentido, y comoquiera que la ocurrencia o materialización de riesgos en los contratos estatales dio lugar a múltiples litigios sobre desequilibrios contractuales, con las consecuentes condenas económicas para el presupuesto público, el Estado, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, sus decretos reglamentarios, y distintos documentos CONPES, ha pretendido introducir reglas claras en el sistema de contratación pública, con el objetivo de disminuir la posibilidad de condenas, generando al mismo tiempo confianza inversionista.

Por ello, corresponde a las entidades estatales, desde la etapa precontractual, y según las distintas modalidades de selección del contratista (art. 2º Ley 1150 de 2007), prever los riesgos asociados al respectivo contrato, la forma de mitigarlos y la distribución o asignación entre las partes contratantes (art. 4º Ley 1150 de 2007), todo lo cual comporta,

como se establece en el documento CONPES 3714 del 1º de diciembre de 2011, ya señalado, su tipificación, valoración y asignación.

Conforme a dicho documento, «la tipificación es el proceso de caracterización de los riesgos que puedan preverse en las diferentes etapas del contrato, agrupándolos dentro de diferentes clases que presenten características similares. Así, la tipificación de los riesgos previsibles podrá consistir en la identificación de los distintos riesgos que pueden ocurrir durante la ejecución del contrato y su incorporación en una clase si ella existe.»

El artículo 88 del Decreto 1474 de 2008, señala al respecto:

«Para los efectos previstos en el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales.»

Desde esta perspectiva, los riesgos contractuales pueden ser económicos, sociales o políticos, operacionales, financieros, regulatorios, de la naturaleza, ambientales, tecnológicos u otros.

La valoración consiste en estimar la probabilidad de ocurrencia y el nivel de impacto de los riesgos tipificados en la ecuación del contrato. A ese respecto, el referido artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, dice que «la entidad en el proyecto de pliego de condiciones deberá tipificar los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de cuantificar la posible afectación de la ecuación financiera del mismo»

Y, la asignación o distribución tiene que ver con la parte contratante que asume el riesgo, de tal manera que pueda controlarlo y administrarlo. El mismo artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, dice al respecto que «la entidad en el proyecto de pliego de condiciones [...] señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, o la forma en que se recobrará el equilibrio contractual, cuando se vea afectado por la ocurrencia del riesgo.»

En ese contexto, brevemente expuesto, surgen desde la perspectiva de este Ministerio Público, dos (2) conclusiones fundamentales para los efectos del presente trámite arbitral; una, que a partir de la Ley 1150 de 2007, sus decretos reglamentarios y los documentos CONPES del Gobierno Nacional, las entidades estatales, desde la etapa precontractual, deben prever la tipificación, valoración y asignación de los riesgos contractuales previsibles (principio de planeación²⁹), y, dos, que stricto sensu los riesgos contractuales, de tener

²⁹ La planeación, según Colombia Compra Eficiente, implica que la Entidades Estatales deben realizar un juicioso estudio de planeación identificando sus necesidades y los medios para satisfacerlas. La planeación requiere de la Entidad Estatal un proceso encaminado al conocimiento del mercado y de sus partícipes para utilizar sus recursos de la manera más adecuada y satisfacer sus necesidades generando mayor valor por dinero en cada una de sus adquisiciones.

Dicho en otros términos, la gestión contractual estatal comporta el desarrollo de estudios,

ocurrencia, tienen directa afectación en la ecuación contractual o equilibrio económico del contrato.

2.3.2.3. LOS RIESGOS CONTRACTUALES SON DISTINTOS DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

En efecto, como viene de mencionarse, el riesgo contractual responde a una noción de hecho o circunstancia futura que puede ocurrir o no, y que en caso de materializarse puede afectar el equilibrio económico del contrato. En tanto, las obligaciones contractuales corresponden al catálogo de aspectos que vinculan a las partes contratantes, es decir, el conjunto de relaciones jurídicas de contenido prestacional o no que deben observar aquellas.

En uno y otro caso, las consecuencias son diversas. Así, la materialización del riesgo contractual, como quedó señalado con arreglo al artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, comporta para la parte que lo haya asumido, la carga de restablecer el equilibrio económico del contrato, en lo que haya afectado el riesgo, v.g., el reconocimiento y pago de los mayores costos o precios por un cambio de política pública o de normatividad. Mientras que el incumplimiento obligacional conlleva a la indemnización o reparación de perjuicios (daño material e inmaterial), en el contexto de la responsabilidad civil o patrimonial contractual.

A ese respecto, precisa el doctor JOSE LUIS BENAVIDES, en su artículo intitulado «Riesgos Contractuales» contenido en el libro «Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007, publicado por la Universidad Externado de Colombia, abril de 2009, página 479, lo siguiente:

«La calificación de riesgos dada a las obligaciones de las partes no tiene por solo efectos crear confusión conceptual. Hemos ya expuesto cómo dicha calificación implica establecer consecuencias de riesgo a cada uno de los posibles incumplimientos, lo que auspicia contradicciones con la interpretación del alcance de las cláusulas contractuales³⁰. Pero, además, el incumplimiento de las obligaciones tiene efectos distintos de la ocurrencia de un riesgo contractual. Mientras el incumplimiento de una obligación genera la obligación de reparar todo el daño previsible (daño emergente y lucro cesante y, eventualmente, daños inmatrimoniales) causado a la otra parte, como lo recordamos en la primera parte de este estudio, siguiendo las reglas del código civil (arts. 1613 y ss.), el riesgo contractual constituye una carga para quien lo asume. Su materialización implica para ella soportar sus efectos, pero ello no le impone indemnizaciones complementarias a la otra parte.»

De tal manera, el riesgo contractual conlleva la carga de restablecer el equilibrio contractual afectado por su ocurrencia o materialización, en tanto que el incumplimiento

análisis, diseños y demás gestiones establecidas en la normatividad vigente, a efecto de definir en debida forma las condiciones del respectivo contrato a celebrar, de modo que este pueda satisfacer las necesidades requeridas y el fundamento constitucional, cual es la satisfacción del interés general.

³⁰ En este sentido, BECERRA (ob. Cit., pp. 61 y ss) describe una larga lista de riesgos inherentes en realidad a las prestaciones de las partes, reguladas por las cláusulas contractuales.

contractual comporta el reconocimiento y pago de indemnizaciones. Dicho en otro sentido, la ocurrencia del riesgo contractual no da lugar al pago de indemnizaciones.

Y ello resulta coherente y razonable en la opinión respetuosa de esta Vista Fiscal, pues, en la estructuración de la responsabilidad civil o patrimonial, no pudiera afirmarse que la ocurrencia del riesgo contractual llegase a configurar un hecho dañino.

Lo anterior, resulta distinto si en la etapa de planeación del contrato se soslayan aspectos esenciales en la tipificación, valoración o asignación del riesgo contractual, o se incurre en irregularidades graves, que conduzcan a la estructuración de ofertas con deficiencias o a la afectación de los derechos de los futuros contratistas. A este último respecto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, en providencia del 21 de septiembre de 2017, radicado 25000-23-26-000-2001-02144-01(37478), con ponencia del doctor RAMIRO PAZOS GUERRERO, dijo:

«[...] la Sección ha recordado que los inconvenientes derivados de la inobservancia del principio de planeación por parte del contratista, a quien también le resultan exigibles severas cargas de diligencia, rigor y seriedad a la hora de estructurar las ofertas que presenta ante las entidades estatales, que conducen a deficiencias en la configuración económica de la propuesta que le privan de obtener las utilidades que esperaba alcanzar como resultado de la ejecución del contrato, no pueden escudarse tras el ficticio ropaje de desbalances sobrevenidos en la ecuación financiera del negocio, pues en esos eventos las circunstancias en cuestión debieron haber sido previstas y planificadas por el contratista como experto y conocedor de las artes o actividades en el marco de las cuales ofrece sus servicios a la entidad estatal³¹».

2.3.3 SOLUCIÓN CONCRETA

De consuno con lo analizado, este Ministerio Público, con sumo respeto, considera lo siguiente frente al caso concreto:

- *La parte activa, en su primera pretensión (única declarativa), busca la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada, por incumplimiento del Contrato de Consultoría No. 346 del 19 de diciembre de 2014, **por falta de planeación**, con la consecuente indemnización de perjuicios a título de daño emergente y lucro cesante (pretensiones consecuenciales de condena).*

*Y, en esa dirección, la **falta de planeación**, se hace consistir en la demanda en la errónea o equivocada valoración del riesgo social o, incluso, en su ocurrencia, materializada en la ocupación de predio objeto del contrato de consultoría por parte de miembros de la comunidad Wayuu.*

Así, en el hecho No. 2 de la demanda, se lee:

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de enero de 2016, exp. 34.454, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Reiteración de la sentencia de la Subsección C del 18 de marzo de 2015, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, exp. 33.223. En el mismo sentido: Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2016, exp. 34.288, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

2. En la etapa precontractual del respectivo proceso de selección se estimó como **riesgo previsible bajo** un denominado riesgo social o político consistente en las inconformidades de la comunidad o alguna oposición al proyecto que debía ser atendida, en todo caso, asignado y asumido por la Entidad Estatal licitante (USPEC), con una "probabilidad rara y un "impacto menor", a la luz de la matriz de riesgos diseñada para el concurso de méritos del contrato de consultoría ERON - Riohacha por parte de la entidad contratante.

Sin embargo, como se verá más adelante, fue equívoca la valoración realizada por la entidad contratante al estimar una probabilidad, un impacto y una valoración del riesgo tan bajos, sin que correspondieran a la realidad de la zona de ejecución del contrato. **(ANEXO 5)**

De igual manera, en el hecho No. 25, se afirma:

25. La distribución de riesgos del Contrato de Consultoría No. 346 de 2014, realizada por la Entidad, contempló algunos riesgos sociales o políticos, riesgos financieros, entre otros, consolidándose durante la ejecución del contrato un riesgo social referido a la invasión del predio por personas de la región, particularmente la matriz de riesgos (Anexo 15 del proceso oficial en el SECOP) recoge en su numeral 9 Riesgos Sociales o Políticos por *Inconformidades de la comunidad o alguna oposición al proyecto que debe ser atendida.*

Dentro de la estimación de riesgos, éste fue erróneamente considerado como "riesgo bajo", toda vez que la Entidad consideró la probabilidad de ocurrencia como "Raro", al igual que el impacto calificado como "Menor". Además, éste riesgo fue asignado exclusivamente a la Entidad Estatal, quien tenía el deber de mitigar y propender por las acciones necesarias para superar de dichas situaciones.

Luego, la matriz de riesgos también presenta en su numeral 17 Riesgos Financieros *por mayor tiempo de ejecución por causas no imputables al contratista que no estén concedidas en las prórrogas o las adiciones*, circunstancia que en efecto se dio en el presente caso, pues se presentó un mayor costo de lo estimado para elaborar la consultoría, con motivo de la excesiva suspensión del contrato por causas imputables a la Entidad. Frente a este asunto se dispuso por la Entidad una probabilidad de posible, con un impacto moderado, con estimación de un riesgo bajo y asignado en su totalidad a la Entidad Estatal.

Con lo anterior se quiere significar que existió de parte de la Entidad una inadecuada estimación de probabilidades, impacto, clasificación del riesgo y valoración económica de los mismos, de cara a la verdadera situación que vive la región donde se ejecutó el contrato de consultoría y las cuales deben servir de sustento para respetar la forma de pago pactadas en el contrato.

A su turno, en los fundamentos de la demanda, se razona en algunos apartes –del numeral 4º- así:

4. Principio de planeación y previsión de los riesgos a cargo de las entidades estatales:

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP, expedido mediante Ley 80 de 1993, se consagró como una normatividad de principios, en ella se establece que las actuaciones de la administración referidas a la contratación estatal, deben atender los principios de transparencia, economía y responsabilidad, asimismo, los postulados que rigen la función administrativa, que según se estipula en el artículo 209 superior, son el principio de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Como consecuencia del principio de planeación, surge entre otras la obligación para la entidad contratante de prever los riesgos que podrían presentarse en el proceso contractual.

El reciente Decreto 1082 de 2015, como “*un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un contrato*”, es decir, que de su acaecimiento se genera una consecuencia negativa.

Lo anterior implica que la entidad contratante debe actuar conforme a los principios que regulan la función administrativa y la contratación estatal, de tal manera que actué de forma diligente en la previsión de los riesgos, no sólo al tipificarlos sino también en cuanto a su tratamiento y monitoreo, de tal manera que esté constantemente verificando la viabilidad del Proceso de

Contratación, para que al momento de concretarse alguno de ellos pueda atenderlo de forma oportuna.

No corresponde entonces, al buen actuar de la Administración Pública, que, por ejemplo, se presente un riesgo dentro de la etapa precontractual y que éste sea atendido hasta la ejecución del contrato estatal. Para ilustrar lo anterior, es un exabrupto que la entidad desee realizar un contrato de obra o de consultoría para realizar con posterioridad una obra civil y que no disponga en uno u otro caso del terreno porque antes de la suscripción del contrato fue invadido, inundado o cualquier otra causa que no fue atendida sino hasta la etapa de ejecución del contrato.

*Como se puede deducir, las razones en que se hace consistir la falta de planeación, tienen que ver con que la administración hubiere estimado el llamado riesgo social o político como **previsible bajo o raro**, todo lo cual, en la opinión del Consorcio demandante, es una valoración equivocada o errónea, o que responde a una inadecuada estimación de las probabilidades, lo que implicaría una actuación negligente.*

- *Sin embargo, este Ministerio Público no encuentra que se haya comprobado, o, por lo menos, sustentado, alguna irregularidad en la planeación del contrato de consultoría a la hora de la valoración de los riesgos, pues, el ente estatal, desde la etapa precontractual, presentó la respectiva matriz de riesgos, que fue de conocimiento de los posibles oferentes interesados, entre estos, el Consorcio contratista, asumiendo como suyo el riesgo social o político.*

El que se haya valorado el riesgo social o político como previsible bajo o raro, por cuanto se materializó posteriormente, no necesariamente implica error en la planeación, tipificación o valoración, a menos que se hubiere comprobado con datos ciertos y verificables que, v.g., debido a la zona, la región, la comunidad u otro factor, el riesgo era alto o de alta probabilidad de ocurrencia, en cuyo caso pudiese concluirse errores o deficiencias en la planeación. No obstante, como se menciona, sobre el particular no se observa que se haya probado algo de ello en concreto.

- *En el contexto expuesto, mal podría concluirse un incumplimiento contractual, por falta de planeación, por parte de la entidad estatal, solo porque en la matriz de riesgos aparece el riesgo social o político como previsible raro o bajo, o porque tuvo ocurrencia, afectando la ejecución del contrato de consultoría;*

- *Como la materialización del riesgo en el caso analizado, en la opinión de este Agente, no implica incumplimiento del contrato de consultoría por falta de planeación, como se invoca como presupuesto de base en la pretensión declarativa, habría de concluirse que no procede indemnización alguna, sino, en otro contexto, la asunción de la respectiva carga de restablecer el equilibrio contractual por parte del sujeto contratante a quien había quedado asignado el respectivo riesgo (**aspecto no pretendido en este caso**). Ello cambia sustancialmente la fuente u origen de cualquier pago, por ejemplo, por la utilidad dejada de esperar, porque no se trata entonces de un hecho dañino generador de responsabilidad (por incumplimiento), atribuible a la administración pública, sino de un restablecimiento de cargas (por la ocurrencia del riesgo). En otras palabras, no habiendo incumplimiento contractual en el sub lite, por falta de planeación, no es dable derivar condena alguna a título de indemnización.*
- *En otro sentido, y solo en caso de que el Tribunal considere que la ocurrencia del riesgo implica incumplimiento contractual, o que hubo falta de planeación al tipificar o valorar el riesgo, sería del caso tener en cuenta que, de igual modo, no es clara la procedencia de la condena por los eventuales daños y perjuicios reclamados, por deficiencia probatoria.*

En efecto, no se encuentra que al proceso se hubiere aportado el expediente administrativo contractual, que permitiese la verificación de las distintas situaciones ocurridas en desarrollo del contrato.

Ahora bien, de los soportes físicos obrantes en el plenario, por ejemplo, obran las actas de suspensión del contrato, en las cuales el Consorcio contratista no puso de presente que la suspensión le hubiere de generar algún tipo de daño, o que durante ese lapso continuaría desarrollando algún tipo de actividad o labor con el equipo de trabajo, que no podía hacerlo justamente porque el contrato estaba suspendido, por lo que cualquier labor se tendría por su propia cuenta y riesgo, a menos que la administración lo hubiere solicitado, de tal modo que posteriormente cualquier perjuicio pretendido durante ese tiempo vendría contra su propio acto.

Del mismo modo, no se observa acreditada la presentación en debida forma del tercer producto, que no fue remunerado, según la entidad demandada, por no haber sido aprobada por la supervisión, aunque no se encuentra el respectivo soporte probatorio.

En relación con los eventuales gastos administrativos para la preparación del cuarto producto, consistentes en el desplazamiento del equipo de trabajo a la ciudad de Riohacha, no se observa que de los documentos allegados se pueda constatar claramente los montos reclamados, puesto que no obra algún soporte o documento contable, o soporte de pagos de hoteles, alimentación, tiquetes, que demuestre el número de personas que viajaron, sitios de traslado, etc. En ese sentido, el peritaje aportado por la parte demandante, analizado con base en el artículo 232 del Código General del Proceso, parte de consideraciones jurídicas, calificaciones y descalificaciones restringidas por la normativa procesal, que le restan mérito, amén que, revisadas sus fuentes, no alude a la revisión de los papeles o sistema contables del consorcio o de las empresas que lo integraron, que permita constatar la certeza de los pagos y gastos causados durante la ejecución del contrato.

2.4. CONCLUSIÓN

De conformidad con los aspectos fácticos y jurídicos puestos de presente, esta Agencia Fiscal, del modo más respetuoso, y en términos del artículo 176 del Código General del Proceso, considera razonable concluir que no está probado el incumplimiento del Contrato de Consultoría No. 346 del 19 de diciembre de 2014, por falta de planeación, por parte de la USPEC, por lo que debería declararse, como en efecto se solicita por este Agente, no próspera la pretensión declarativa y, como consecuencia, tampoco las pretensiones consecuenciales de condena.

Según la conclusión a la que hubiere de llegar el Tribunal, resultaría del caso colegir, además, que no es clara la procedencia de las condenas pretendidas por los eventuales daños y perjuicios reclamados, por deficiencia probatoria.

"3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO"

"Este Ministerio Público, con base en la tesis expuesta y sus razones, considera que en el caso analizado no existe mérito legal para acceder a las pretensiones de la demanda, por lo que, consecuentemente, se solicita disponer en el laudo respectivo, su rechazo. En los anteriores términos dejó rendido el presente concepto."

9.5. Audiencia de fallo.

Mediante Auto No. 18 del 15 de noviembre de 2019, el Tribunal señaló como fecha para lectura del laudo el 29 de enero de 2019 a las 03:00 p.m., en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicadas en la calle 76 No. 11 – 52 de Bogotá.

9.6. Término para fallar.

Teniendo en cuenta que en su pacto arbitral las partes no fijaron término alguno para el laudo, se aplicará lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012 que señala:

"Si en el pacto arbitral no se señalare término para la duración del proceso, este será de seis (6) meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite. Dentro del término de duración del proceso, deberá proferirse y notificarse, incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición.

Dicho término podrá prorrogarse una o varias veces, sin que el total de las prórrogas exceda de seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello.

Al comenzar cada audiencia el secretario informará el término transcurrido del proceso."

De conformidad con la norma antes señalada, el plazo para emitir fallo es de 6 meses, plazo que inició el día 13 de junio de 2019, y cuyo vencimiento tras las suspensiones del plazo del tribunal realizadas mediante actas número 6, y 10, que en total suman 88 días calendario - primera suspensión del 9 al 30 de agosto de 2019 y segunda suspensión del 16 de noviembre de 2019 al 20 de enero de 2020-, se tiene que el vencimiento del plazo se daría día 6 de marzo de 2020, estando, por consiguiente, el Tribunal dentro del plazo y oportunidad procesal para emitir su decisión.

Por lo anterior, la expedición del presente laudo es oportuna y se hace dentro del término dispuesto en la ley.

II. Consideraciones

1. Consideraciones procesales frente a la controversia.

1.1. Presupuestos procesales.

En el presente caso se encuentran reunidos los presupuestos procesales para poder resolver de fondo el asunto; hay una demanda en forma que permite pronunciarse sobre la misma y, adicionalmente el proceso arbitral se ha surtido con respeto a la plenitud de las formas procesales que garantizan los derechos sustanciales que integran el concepto constitucional de debido proceso: garantía plena del derecho de acción o petición de justicia, así como el de defensa y contradicción tanto de las peticiones de las partes como de las pruebas decretadas y practicadas, cumplimiento riguroso del procedimiento legal correspondiente, que en este caso corresponde al arbitral, plenamente autorizado por la constitución política (artículo 116 de la Carta) , el estatuto arbitral vigente (ley 1563 de 2012), las normas que integran los vacíos del mismo (ley 1564 de 2012) y la voluntad inequívoca de las partes para arbitrar su causa, la cual no solo se dio en el contrato que contiene la cláusula compromisoria, sino en la conducta procesal de las partes, estando también manifestación de las partes y del Ministerio Públicos sobre la no ocurrencia de hechos ni situaciones que conlleven a invalidar el proceso que se ha llevado con riguroso sometimiento al estatuto arbitral y código general del proceso.

1.2.- Competencia del tribunal.

El Tribunal declaró su competencia para conocer y decidir el presente litigio que surge por las controversias entre las partes cobijadas con la cláusula compromisoria contenida en la cláusula décima cuarta del Contrato de Consultoría No. 346 de 2014, suscrito entre la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios USPEC y el Consorcio MPS el diecinueve (19) de diciembre de dos mil catorce (2014). Como se indicó en precedencia, con relación a las pretensiones de la demanda principal, así como a la oposición a las mismas, y las excepciones en el presente Tribunal de Arbitramento se declaró competente para conocer las diferencias surgidas entre las partes, en la audiencia celebrada el 13 de junio de 2019.

1.3.- Las Partes y su capacidad para concurrir al proceso.

Según lo visto en el trámite arbitral y como ya se señaló, el Tribunal ha encontrado que las partes intervinientes son plenamente capaces y están debidamente representadas.

En relación con la representación de las sociedades integrantes del Consorcio MPS y su representación legal el Tribunal tuvo en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, indicada, entre otros fallos, en el fallo de unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sala Plena, con ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez, del 25 de septiembre de 2013 (Rad.25000-23-26—000-1997-03930-01), donde señaló:

"En relación con las Uniones Temporales y los Consorcios, figuras descritas en el artículo 7 de la Ley 80 y autorizadas expresamente en el artículo 6 de ese mismo estatuto para "(...) celebrar contratos con las entidades estatales (...)", cabe señalar que resulta evidente que se trata de agrupaciones de contratistas u organizaciones empresariales que no configuran una persona jurídica nueva e independiente respecto de los miembros que las integran. En ese sentido, tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como la de la Corte Constitucional han señalado, de manera uniforme y reiterada, que el consorcio o la unión temporal que se conformen con el propósito de presentar conjuntamente una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con una entidad estatal, no constituyen una persona jurídica diferente de sus miembros individualmente considerados (...) en cuanto los consorcios y las uniones temporales carecen de personalidad jurídica propia e independiente, en otras oportunidades la Sala ha concluido que tampoco pueden comparecer en proceso ante autoridades judiciales, en virtud de lo prescrito en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, entendiéndose así que son las personas naturales y/o jurídicas que los integran las verdaderas titulares de la capacidad para actuar como sujetos procesales."

(...)

"A juicio de la Sala, en esta ocasión debe retomarse el asunto para efectos de modificar la tesis jurisprudencial que se ha venido siguiendo y, por tanto, debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas –comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales—, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –legitimatío ad processum—, por intermedio de su representante. Así se desprende con claridad del contenido del artículo 149 del C.C.A. (...) Téngase presente que la norma legal en cita condiciona la posibilidad de que las entidades públicas y privadas puedan obrar como demandantes, como

demandadas o como intervinientes, en los procesos contencioso administrativos, al cumplimiento de funciones públicas por parte de las mismas, mas no a la exigencia de que cuenten con personalidad jurídica independiente".

(...)

"Para abundar en razones que conducen a concluir que los consorcios y las uniones temporales se encuentran debidamente facultados para comparecer a los procesos judiciales que se promuevan u originen en relación con los procedimientos de selección o con los contratos estatales en los cuales aquellos pueden intervenir o asumir la condición de parte, según el caso, importa destacar que el inciso segundo del párrafo primero del artículo séptimo de la citada Ley 80, determina que "[l]os miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal (...)", cuestión que obliga a destacar que el legislador no limitó y no condicionó, en modo alguno, el amplio alcance de las facultades que, por mandato normativo, acompaña a quien se designe como representante de una de esas organizaciones, lo cual se opone por completo a las indicaciones anteriormente formuladas por la Sala en cuanto se venía sosteniendo que el representante de un consorcio o unión temporal tendría facultades para los solos efectos relativos a la celebración y ejecución del contrato".

(...)

"El efecto útil, como criterio rector de interpretación normativa, impone admitir que los artículos 6 y 7 de la Ley 80 tuvieron el claro y evidente propósito de dotar a los consorcios y a las uniones temporales de la capacidad jurídica necesaria tanto para celebrar contratos estatales como para comparecer en juicio, cuando se debatan asuntos relacionados con los mismos; si ello no fuere así y no produjere tales efectos en el campo procesal, habría que concluir entonces que las disposiciones legales aludidas saldrían sobrando o carecerían de sentido, criterio hermenéutico que llevaría a negarles la totalidad o buena parte de sus efectos".

Respecto de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios USPEC, se tiene que se encontró debidamente representada a través de apoderado judicial con facultades para designar árbitros y ejercer todos los actos propios de la defensa de la Entidad, conforme a los poderes y sus respectivos soportes obrantes en el expediente.

Así las cosas, una vez agotadas todas las etapas dispuestas por la ley, y no encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, el Tribunal está facultado para resolver de fondo la controversia suscitada entre las partes.

2. Consideraciones del Tribunal Arbitral.

En síntesis, las pretensiones de la demanda arbitral persiguen que este Tribunal a través del laudo que ponga fin al trámite, declare el incumplimiento del Contrato de Consultoría No. 346 de 2014 del 19 de diciembre de 2014 en lo que respecta a aquello que denominó

como "falta de planeación" en la que incurrió, según su dicho, la entidad pública contratante "Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios" –"USPEC"- y en tal virtud se le condene a esta última a pagarle al aquí convocante CONSORCIO MPS, en su condición de contratista, diversas sumas de dinero a título de daño emergente y lucro cesante, junto con su indexación, intereses, las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión de este proceso.

Por su parte, la convocada opuso las excepciones de: (i) pago total de la obligación, fundamentada en el hecho de que la USPEC canceló todas las sumas adeudadas al consorcio convocante, en un equivalente al treinta (30%) del valor total del contrato y que corresponden justamente a los productos entregados por el contratista hasta el componente de la metodología PMI, aun cuando sí deja a modo de argumentación respecto de esta última entrega ciertas reservas; (ii) inexistencia de la obligación que se demanda, por cuanto la USPEC desde su punto de vista se liberó de las obligaciones de pago a su cargo con la cancelación de los dos primeros pagos que realizó por el equivalente al treinta (30%) del valor total del contrato, esto es, por la cantidad de QUINIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS (\$581.700.000), de manera que cualquier suma que se estuviese reclamando en exceso es inexistente y por tanto, no debida. A lo anterior, sumó como defensa, la que denominó "no renuncia a la jurisdicción", a la que este Tribunal se refiere en otro aparte del presente laudo.

La demandante inició la controversia reprochando a la entidad pública contratante "Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios" –"USPEC"- que en la

"etapa (precontractual) del respectivo proceso de selección, se haya estimado como riesgo previsible un denominado 'riesgo social o político' consistente en las inconformidades de la comunidad o alguna oposición al proyecto que debía ser atendida, en todo caso, asignado y asumido por la Entidad Estatal licitante (USPEC), con una 'probabilidad rara y un 'impacto menor', a la luz de la matriz de riesgos diseñada para el concurso de méritos del contrato de consultoría ERON - Riohacha por parte de la entidad contratante".

Y, ya de cara a la ejecución del contrato, la demandante endilgó a la USPEC el incumplimiento a la obligación "principalísima" para el desarrollo del contrato de consultoría de "hacer la entrega efectiva" del predio "Laguneta", dado que durante la vigencia del contrato, la de sus suspensiones convenidas por las partes y a la finalización de éstas, permaneció invadido por la comunidad, con su única vía de acceso bloqueada, "factores inesperados" e insuficientemente contrarrestados por la entidad pública contratante, todo desde su punto de vista por "falta de planeación", lo cual generó al contratista CONSORCIO MPS un daño antijurídico que no está llamado a soportar y que debe "ser reconocido" y "reparado" por la entidad contratante.

Este planteamiento se controvirtió por la entidad pública contratante en el escrito en el que formuló oposición al dictamen pericial aportado dentro de la demanda y que retoma en su escrito de alegatos en estos términos:

"No fue un capricho de la entidad la asignación del riesgo social en los términos en que se estableció, dicho riesgo tiene como fundamento el análisis previo de todos los factores externos que afectarían el normal desarrollo del contrato, sin

embargo, se presentó a consideración de los interesados, junto con la publicación del estudio previo, el anexo No. 15 en el cual se determinó lo siguiente:

II	Específico	Externo	Ejecución	Riesgos Sociales o Políticos	Indefiniciones de la comunidad o alguna oposición al proyecto que debe ser atendida.	Retraso en las actividades contractuales.	Raro	menor	1	Riesgo bajo	Entidad Estatal	\$ 19.397.392
----	------------	---------	-----------	------------------------------	--	---	------	-------	---	-------------	-----------------	---------------

“Ahora bien, el contratista interesado verificó dicha estimación y no realizó ningún tipo de observación en el proceso de selección, y al momento de suscribir el contrato aceptó dichos valores, claramente estaba de acuerdo con dicho valor, el cual es de DIECINUEVE MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS M/CTE. (\$19.397.392).”

En este estado de cosas, el Agente del Ministerio Público concluye en su concepto que los “riesgos contractuales” son distintos de “las obligaciones contractuales” de tal manera que:

“[...] el riesgo contractual conlleva la carga de restablecer el equilibrio contractual afectado por su ocurrencia o materialización, en tanto que el incumplimiento contractual comporta el reconocimiento y pago de indemnizaciones. Dicho en otro sentido, la ocurrencia del riesgo contractual no da lugar al pago de indemnizaciones.”

Y culmina la Procuraduría su exposición con la indicación de que:

“[...] en caso de que el Tribunal considere que la ocurrencia del riesgo implica incumplimiento contractual, o que hubo falta de planeación al tipificar o valorar el riesgo, sería del caso tener en cuenta que, de igual modo, no es clara la procedencia de la condena por los eventuales daños y perjuicios reclamados, por deficiencia probatoria.”

Previo a que este Tribunal determine cuál es el problema jurídico a resolver en esta controversia, se hace necesario analizar cuál es el marco del debate fijado en la demanda. Es decir, si la llamada “*falta de planeación*” que atribuye el Consorcio demandante a la USPEC, tiene que ver con que la administración hubiere estimado el llamado riesgo social o político como previsible bajo o raro, responde a una subestimación de las probabilidades de un riesgo que terminó materializándose, centrándose el caso en una responsabilidad precontractual o “*in contrahendo*”, por negligencia estatal o si su alcance es otro.

Para este fin, el Consejo de Estado tiene reiterada jurisprudencia en el sentido de aplicar el principio “*iura novit curia*”, conforme al cual,

“corresponde al juez, frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, definir la norma o el régimen jurídico aplicable al caso, sin que ello comporte la modificación de la causa petendi, es decir sin variar los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de sus pretensiones. Así mismo, el Consejo de Estado ha considerado que la aplicación del principio *iura novit curia* comporta la necesidad de realizar una interpretación armónica y sistemática de todo el texto demandatorio con el propósito de desentrañar el querer del libelista y la fuente de su reclamación, so pena de quebrantar el principio constitucional que impone la prevalencia de lo sustancial sobre lo puramente... En el contexto jurisprudencial planteado se impone concluir que por ningún motivo puede dejarse de lado la responsabilidad que entraña el ejercicio de administrar justicia,

que entre muchos otros deberes y/o facultades determina al fallador la necesidad de realizar una interpretación armónica y sistemática de todo el texto demandatorio con el propósito de desentrañar el propósito real del libelista y la fuente de su reclamación, so pena de desconocer el principio constitucional que ordena la prevalencia de lo sustancial sobre la forma, todo aquello naturalmente sin poner en riesgo el debido proceso.”³²

Esta facultad interpretativa de la demanda permite a este Tribunal precisar cuáles son las pretensiones que efectivamente han sido formuladas y cuál la acción idónea para el efecto.

En punto a la aludida “falta de planeación”, el convocante arguye negligencia de la USPEC en lo que respecta a

“una inadecuada estimación de probabilidades, impacto, clasificación del riesgo y valoración económica de los riesgos, de cara a la verdadera situación que vive la región donde se ejecutó el contrato de consultoría”.

Pero también en el libelo introductorio se hace referencia a que el “*principio de planeación*” [...] “*permea la totalidad de los procesos contractuales*” al punto de que “*si la entidad contratante, realiza adecuadamente la tipificación, estimación y asignación del riesgo, su tratamiento y el monitoreo a los mismos, a la hora de configurarse un riesgo, se dispondrá de un plan de contingencia (o tratamiento, términos de Colombia Compra Eficiente), que permitirá atenderlo y mitigarlo*”. Asimismo, en desarrollo del principio de ejecución de buena fé de los contratos, precisó en el hecho 26 que:

“considerando que durante el mes de diciembre de 2015 se manifestó al contratista, por parte de la entidad contratante, la intención de terminar anticipadamente el Contrato de Consultoría No. 346 de 2014, por motivo de la imposibilidad de disponer del predio “Laguneta”, dado que aún se encuentra invadido, se configuró un incumplimiento al Contrato de Consultoría imputable a la entidad contratante, debido a sus falencias en el deber de planeación, por no haber mitigado el riesgo que había previsto en la matriz de riesgos del contrato, referido a las inconformidades de la Comunidad o alguna oposición al proyecto que debía ser atendida, por no haber tomado las medidas necesarias para superar la excesiva suspensión del contrato, generando todo esto un perjuicio al contratista, sobre el cual se sustenta la indemnización económica que se reclama y que a (sic) derecho corresponde a favor del CONSORCIO MPS bajo las estipulaciones contractuales acordadas con el contratista y bajo el marco normativo vigente aplicable en la actualidad.”

Sobre estas bases el Tribunal concluye que la causa petendi expuesta es la siguiente: El consorcio demandante pretende que se le indemnicen los perjuicios sufridos con la ejecución del contrato, porque por culpas ajenas a su voluntad se dio una imposibilidad en su ejecución, que según expone le produjo un daño antijurídico que está llamado a serle indemnizado, a título de responsabilidad contractual.

³² Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia del 12/03/2014, M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Providencias en igual sentido: 18 de enero de 2012, Exp. 19959; 29 de enero de 2009, Exp. 15662; Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 07 de octubre de 2009, Exp. 17629.

Todo con base en lo previsto en la Ley 80 de 1993 en su artículo 50 que invoca el consorcio convocante que establece que:

“De la Responsabilidad de las Entidades Estatales. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”.

DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEPRECADA

Como lo anota el profesor Antonio Rocha en su famosa obra, “De La Prueba en Derecho”,

“[...] para que el juez concluya y decida en una sentencia que una persona, llamada deudor, tiene una obligación que cumplir a cargo suyo y a favor de otra llamada acreedor, es necesario que ésta haya demostrado la existencia de uno o de varios hechos generadores, según la ley, de dicha obligación. Ese hecho generador viene a ser así la fuente de la obligación deducida en juicio.”

Es así como en materia de carga de la prueba el artículo 1757 del Código Civil dispone que: “*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta*” y en materia de responsabilidad contractual es imprescindible como presupuesto axiológico, acreditar la existencia precedente de un contrato celebrado entre las partes.

En este orden de ideas ha afirmado el Consejo de Estado que:

“[...] no es posible deducir responsabilidad patrimonial de tipo contractual cuando no se demuestra la existencia del contrato; este es un requisito imprescindible para que el juzgador acceda a las reclamaciones del actor, como que constituye el fundamento y razón de ser de las mismas.³³

En el presente caso, es base de la acción el CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 346 de 2014 celebrado entre la “Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios” –“USPEC”- como entidad pública contratante de una parte y el CONSORCIO MPS, conformado por SERDEL SUCURSAL EN COLOMBIA, INGENIEROS MARE NOSTRUM S.L., y PEYCO COLOMBIA como contratista, suscrito el día 19 de diciembre de 2014, cuyo objeto fue “*la elaboración de estudios y diseños técnicos, arquitectónicos, trámites y permisos para la construcción del ERON EPMSC Riohacha en el Departamento de la Guajira*”, con un plazo inicial de ejecución de siete (7) meses y un precio de mil novecientos treinta y nueve millones de pesos (\$1.939.000.000) M/Cte. (Cuaderno de Pruebas No. 1, folios. 03 al 07).

Lo anterior, previa adjudicación del contrato al CONSORCIO MPS en el Concurso de Méritos No. 24 de 2014, celebrado entre el 11 y 28 de noviembre de 2014, procedimiento reglamentado mediante Pliego de Condiciones, publicado en la página <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=14-15-3109026>.

Con el contrato adjunto a la demanda se anexaron y entraron a formar parte del expediente los siguientes documentos: a) Estudios previos, b) Pliego de Condiciones, c) Anexos Técnicos, d) Certificado de disponibilidad presupuestal, e) Resolución de

³³ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Dr. Juan de Dios Montes Hernández

adjudicación No. 1181 de 2014, f) Propuesta presentada por el contratista, g) Actas de suspensión producidas durante la ejecución del contrato y, h) el Registro Presupuestal expedido por la Dirección Administrativa y Financiera de la USPEC.

Dichos documentos fueron aportados y, luego surtido el principio de contradicción y defensa, los sujetos procesales no han cuestionado su veracidad, ni los tacharon de falsos o controvirtieron su contenido, dándose así observancia a los principios de buena fe y lealtad procesal, que permiten dar por acreditado el contrato celebrado entre las partes y sus anexos, así como el nacimiento de las obligaciones precontractuales y contractuales cuya presunta inobservancia se discute.

Coincide este Tribunal con lo que asevera el Agente del Ministerio Público al tener como acreditados estos hechos:

- Previo proceso de selección, entre la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS- USPEC y el CONSORCIO MPS (integrado por SERDEL SUCURSAL EN COLOMBIA, INGENIEROS MARE NOSTRUM S.L. y PEYCO COLOMBIA) se suscribió el Contrato de Consultoría No. 346 del 19 de diciembre de 2014, que tenía como objeto la CONSULTORÍA PARA LA ELABORACIÓN DE ESTUDIOS Y DISEÑOS TÉCNICOS, ARQUITECTÓNICOS, TRÁMITES Y PERMISOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL ERON EPMSC RIOHACHA EN EL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA;
- La respectiva acta de inicio fue suscrita por el supervisor del contrato y el Representante Legal Suplente del Consorcio, el día 30 de diciembre de 2014;
- El contrato se suspendió entre el 2 de marzo y el 1º de diciembre del 2015, por acuerdo entre las partes, con actas del 2 de marzo, 30 de abril, 30 de junio y 28 de agosto, todas de ese año, debido a la ocupación del predio por parte de miembros de la comunidad Wayuu, que impidieron el desarrollo del objeto contractual.

En dichas actas no aparece que el contratista informara o dejara constancia sobre daños o perjuicios causados con la suspensión, pero en cambio sí señalando expresamente que: "*[...] no obstante el plazo de suspensión pactado en esta acta, las partes podrán reiniciar el contrato siempre que las circunstancias que la motivaron hayan desaparecido, sin generar efectos financieros para ellas.*"

- Debido a la ocupación del predio objeto del contrato de consultoría por parte de la comunidad, el objeto contractual no se pudo desarrollar en su totalidad por el Consorcio contratista;
- Aparece en el plenario que el contratista entregó organigrama, cronograma y hojas de vida, por lo que, con fecha 13 de marzo de 2015, según extracto bancario, recibió un pago o consignación por valor de CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS (\$193.900.000) M/CTE, correspondiente al 10% del valor del contrato;
- Del mismo modo, según lo aceptado en la demanda, aparece que recibió un pago por TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$387.800.000) M/CTE, equivalente al 20% del valor total del contrato, por el segundo entregable (metodología);

- El día 3 de marzo de 2016, la contratista formuló ante la USPEC reclamación administrativa, que fue atendida aparentemente el 26 de julio del mismo año, sin que aparezca en el plenario copia o documento alguno contentivo de dicha respuesta, sino su sola referencia, a veces citando algunos apartes.

DE LAS OBLIGACIONES INCUMPLIDAS

El programa obligacional del CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 346 de 2014 celebrado entre la "Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios" –"USPEC"– como entidad pública contratante de una parte y el CONSORCIO MPS de la otra como consultor, se enmarca de modo general, dentro del contrato de consultoría definido en el numeral segundo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

"Contrato de Consultoría. Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos."

En Sentencia de la Corte Constitucional del 10 de julio de 1997, con Ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz, se expuso la siguiente tesis:

"En la definición transcrita se encuentran los elementos constitutivos del contrato de consultoría, cuyo análisis permite concluir que existen diferencias sustanciales con el contrato de prestación de servicios, que habilitan al legislador para darles a quienes los suscriben un tratamiento también distinto. Veámos: Los contratos de consultoría se pueden celebrar con personas naturales o jurídicas, mientras que los contratos de prestación de servicios sólo pueden celebrarse con personas naturales. El objeto de los contratos de consultoría no está relacionado directamente con las actividades de la entidad que los requiere, o con su funcionamiento, a través de ellos la administración contrata servicios especializados de asesoría, interventoría, gerencia de obra o de proyectos, o la elaboración de estudios y diagnósticos, que no siempre coinciden en su contenido con la órbita de las actividades propias de la entidad contratante (por ejemplo contratos de estudios de suelos para la construcción de la sede de una entidad pública que presta servicios de salud); para ello recurre a personas naturales o jurídicas especializadas en una determinada materia, las cuales ofrecen conocimientos y experiencia en una específica área o actividad; mientras en los contratos de prestación de servicios sucede lo contrario, en ellos el contratista, persona natural, pone a disposición de la entidad contratante su capacidad de trabajo para asumir funciones o tareas relacionadas con aquélla, que por alguna razón no puede realizar el personal de planta, luego los supuestos de hecho que sirven de sustento a uno y otro tipo de contrato son diferentes, con lo que se desvirtúa la afirmación de los actores, en el sentido de que entratándose de contratos cuyas características son similares, casi idénticas dicen, ellos exigen un tratamiento igual por parte del legislador so pena de incurrir en la violación del artículo 13 de la C.P...."

En el contrato que nos ocupa, encuentra el Tribunal que es una obligación consustancial al objeto y principal para su ejecución, que la entidad pública contratante deje a

disposición del contratista consultor en forma oportuna el predio "Laguneta", en los siguientes términos de la cláusula quinta ("OBLIGACIONES DE LA USPEC):

- "4. Disponer de los recursos necesarios que garanticen la ejecución idónea del contrato.
5. Coordinar con el INPEC el acceso del contratista y de su personal a las instalaciones y las áreas a intervenir del establecimiento [...]."

En concordancia con lo anterior, en el numeral 1.1. "OBJETO DE LA SELECCIÓN" del Pliego de Condiciones, expresa lo siguiente:

"(...) LUGAR DE IMPLANTACIÓN DEL PROYECTO:

"Los Estudios y diseños se desarrollarán sobre el predio cedido por la Gobernación del Magdalena al INPEC, el cual se encuentra ubicado en El Lote "LAGUNITA" asignado para la construcción y reubicación del ERON EPMSC RIOHACHA, ubicado en el sector paraje Laguneta atrás del aeropuerto Almirante Padilla".

En este orden de ideas, la USPEC especialmente para los componentes de los entregables 4, 5 y liquidación del contrato 6, tenía contraída la obligación de resultado de entregar y dejar a disposición del contratista consultor en forma oportuna el predio "Lagunilla" (también conocido como "Laguneta" o "Lagunita" del municipio de Riohacha).

Sin embargo, tal resultado no se obtuvo por parte de la USPEC durante el periodo inicial del CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 346 de 2014, ni el de sus sucesivas suspensiones y prórrogas de la misma, que fenecieron el día 24 de marzo de 2016, por causa de la "ocupación irregular" de los predios cedidos al proyecto por parte de algunos miembros de la comunidad indígena wayuu; situación que sólo vino a cesar, según lo puso en conocimiento del Tribunal la entidad pública convocada, el día 27 de mayo de 2016 cuando en presencia de la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría, las Secretarías de Gobierno Departamental y Distrital y dicha entidad estatal, entre otros, en calidad de garantes y facilitadores, el clan Sijona hizo la entrega del predio "Lagunilla" -(en el entendido para este Tribunal, que se refiere al mismo predio, que también hemos denominado aquí como "Laguneta" o "Lagunilla")- también al Director del Establecimiento Penitenciario de Riohacha donde se construirá el nuevo ERON."

En una primera aproximación a esta situación, de aplicarse la jurisprudencia que podría extenderse al presente caso, debe entenderse que acreditado el hecho de no haberse dado el resultado, con esa prueba se genera la presunción de culpa del deudor, que sólo puede desvirtuarse con la prueba positiva de la fuerza mayor o el caso fortuito o el hecho exclusivo de un tercero³⁴.

Ahora bien, si la causa que mantuvo la imposibilidad de cumplir el Contrato entre el quince (15) de Febrero de 2015 y la fecha de terminación de la vigencia del contrato del veinticuatro (24) de marzo de 2016 es extraña a las partes, este Tribunal observa que no aparece en el escrito de contestación de la convocatoria, excepción alguna que adujera como excusa el caso fortuito, la fuerza mayor o a lo sumo hecho extraño o la

³⁴ Casación Civil de mayo 31 de 1938.

culpa exclusiva de un tercero, con sus elementos de imprevisibilidad, irresistibilidad e inimputabilidad al deudor, los cuales en todo caso, no aparecen concretamente argumentados, ni acreditados, ni siquiera bajo la modalidad de excepción genérica.

Cabe agregar, que para que el Tribunal Arbitral hubiese podido calificar el hecho de la ocupación irregular por terceras personas del predio "Laguneta" ("Lagunilla" o "Lagunita") como de "fuerza mayor", debieron ponérsele de presente todas las circunstancias que lo caracterizan, toda vez que un hecho determinado como ese o un naufragio, un incendio, un terremoto como lo ejemplifica la Ley, no pueden ser calificados a priori como configurativos de "fuerza mayor", sin el examen específico de sus causas, su relación con las obligaciones contractuales y la conducta y situación asumidas por las partes en relación con él.

Como lo afirma la doctrina y lo reconoce la jurisprudencia, "usualmente, el análisis de la 'fuerza mayor' se refiere a hechos que impiden *por completo*, pero solo de forma *transitoria*, el cumplimiento de la obligación"³⁵. No son causas de extinción de las obligaciones sino de su suspensión temporal, salvo cuando adoptan un carácter impediendo definitivo y completo, caso en el cual se subsumen en una causal de extinción de las obligaciones denominada "pérdida de la cosa que se debe" o "imposibilidad absoluta de cumplimiento del objeto".

En ese mismo sentido se han pronunciado la jurisprudencia, que exige para el análisis del incumplimiento contractual y las circunstancias imprevisibles invocadas como constitutivas de fuerza mayor, una valoración de acuerdo con la conducta del contratista, la aplicación del parámetro de la culpa y la prueba de su diligencia y cuidado. En efecto, se ha dicho que:

"Para los propósitos de este análisis, en la medida en que la sociedad contratista demandada alegó en su defensa la fuerza mayor consistente en la imposibilidad de prever las decisiones de la empresa fabricante, se pone de presente que en el escenario de la responsabilidad precontractual y contractual, la invocada fuerza mayor tiene lugar de acuerdo con los artículos 863 del Código de Comercio y 1604 del Código Civil, lo cual impone al Juez del proceso el deber de apreciar el parámetro de la culpa del contratista, en relación con la previsibilidad de las circunstancias que se invocan como constitutivas de la antedicha fuerza mayor. La anterior observación se apoya en la normatividad aplicable a los contratos estatales, toda vez que en la Ley 80 no existe una regulación especial acerca de la fuerza mayor como causal de exoneración del incumplimiento de las obligaciones, por manera que se aplican las normas comerciales y civiles, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 80 expedida en 1993 [...]"³⁶

En este orden de ideas, considera este Tribunal que la obligación consustancial del presente CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 346 de 2014 a cargo de la entidad contratante, de entregar y dejar a disposición del contratista consultor en forma oportuna el predio "Lagunilla" ("Laguneta" o "Lagunita") para que sobre esta base el

³⁵ PALCIOS MEJÍA, HUGO.- Soluciones Jurídicas Alternativas a Problemas Económicos en Contratos de Ejecución Sucesiva, Colección Monografías, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, DEpalma (Argentina), 2009-2010, p. 52

³⁶ Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 9 de julio de 2009, M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón

consultor adelantara sus labores y llevara a cabo los componentes de los entregables 4, 5 y liquidación del contrato 6, fue incumplida por la USPEC, como quiera que en la matriz de riesgos, el control y la responsabilidad por los eventos del que se denominó "*riesgo social o político*" "*consistente en las inconformidades de la comunidad o alguna oposición al proyecto*", como resultó materializándose en la varias veces aludida invasión irregular del inmueble, fue asignado a dicha entidad estatal, sin que en la vigencia del contrato y al cabo de sus suspensiones escritas se hubiese implementado un plan de mitigación de dicho riesgo debidamente estructurado conforme a los postulados de la buena fe y al principio de planeación, tanto así que, en lugar de haber suspendido el contrato nuevamente al cabo de la última prórroga de la suspensión pactada de común acuerdo, adoptó la posición de considerar terminado el contrato, cuando aún se aguardaba el resultado de la restitución del predio por sus invasores, tal como efectivamente sucedió dos meses más tarde (27 de mayo de 2016).

Este riesgo por sus dimensiones en la ejecución del contrato no debió ser menospreciado en la fase de estructuración del proyecto, no por su baja probabilidad de ocurrencia, sino por su dimensión y repercusión en el logro del objeto del contrato, y la atención a los deberes de buena fe, frente a la contraparte, para facilitarle el cumplimiento de sus obligaciones, estableciendo unas claras reglas para el evento de su no disponibilidad por causas sociales o políticas y un procedimiento orientado con eficacia a la superación de los obstáculos que se presentaran y una definición contractual que resuelva la situación en caso de prolongarse en el tiempo.

En estricto sentido, esta circunstancia que impidió al consultor continuar con la ejecución del contrato tuvo un efecto temporal, al cabo del cual debió continuarse con su ejecución, pero por interpretación de la entidad estatal contratante devino en un fenómeno de responsabilidad por inacción en la ejecución del contrato, que partió de una indebida planeación para mitigar un evento quizás de extraña ocurrencia, pero de alto impacto contractual.

De otra parte y sin separarse esencialmente de los elementos axiológicos de la responsabilidad, el Consejo de Estado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, indicó cuáles son los elementos estructurales de la responsabilidad contractual del Estado a saber:

"(i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque el contrato no se ejecutó, o lo fue parcialmente, o en forma defectuosa o tardía, (ii) que ese incumplimiento haya producido un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, (iii) la existencia de una relación etiológica entre el daño alegado y el incumplimiento".³⁷

En la presente controversia, el Tribunal encuentra reunidos los anteriores elementos, pues la administración incumplió la obligación de poner oportunamente a disposición del contratista el predio necesario para el desarrollo de la consultoría.

³⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 31 de Agosto de 2011, Sala Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Mag. Pon. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

La parte convocada justificó dicha circunstancia, en el hecho de haberse producido durante la ejecución de contrato sucesivas y prolongadas suspensiones, y una escasa ejecución del contrato, lo cual lo facultaba, según su criterio, de abstenerse a cumplir las obligaciones a su cargo. Lo anterior, a juicio del Tribunal, no tiene verdaderamente justificación alguna, ya que dicho actuar refleja la falta de un plan de contingencia y de unas previsiones contractuales claras que no terminen por sorprender la confianza legítima del contratista y sus expectativas, ajenas a este y cuya ocurrencia no le estaba asignadas a él, sino a la entidad pública contratante.

De hecho, no se acreditaron las actividades que la USPEC debió contemplar y coordinar con la propietaria del predio INPEC para superar una situación poco probable según su estimación, pero con grave afectación al equilibrio contractual en perjuicio del consultor.

En este orden de ideas, el incumplimiento del contrato atribuible a la entidad pública obliga a restablecer la ecuación surgida al momento de contraer el vínculo, mediante la indemnización integral de los perjuicios ocasionados, según se verá a continuación, en consonancia con la siguiente jurisprudencia del Consejo de Estado:

"Así las cosas, y aun cuando se discute que el incumplimiento del contrato sea una causa de ruptura de la equivalencia del contrato, puesto que se trata de la infracción de las estipulaciones contractuales por una de las partes, o sea que, estricto sensu, se refiere a una violación con culpa de la *lex contractus* y por tanto, es uno de los elementos que junto con la imputación configura la responsabilidad contractual, determinante de la indemnización plena de todos los perjuicios causados, lo cierto es que el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 lo contempla como un evento de desequilibrio financiero. Dicho de otro modo, según el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el incumplimiento del contrato obliga a restablecer la ecuación surgida al momento de contraer el vínculo, mediante la indemnización integral de los perjuicios ocasionados por el daño antijurídico causado, o sea, por la lesión del derecho de crédito del cocontratante. Incumplimientos de la administración, tales como no pagar oportunamente el anticipo o las actas de entrega parcial de obra o el valor de la cuantía del contrato, o no entregar oportunamente los terrenos en los cuales debe ser construida la obra, o no suministrar oportunamente los planos y materiales con los cuales se debe ejecutar la obra, pueden alterar la ecuación financiera del contrato bajo la perspectiva de que usualmente dificultan el desarrollo de las prestaciones a la parte ofendida y generan mayores gastos y erogaciones para el contratista. Lo cierto es, por tanto, que el incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante que genera una mayor permanencia en obra o prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, aun cuando no impliquen mayores cantidades de obra u obras adicionales, puede llegar a traumatizar la economía del contrato en tanto afectan su precio debido, pues la ampliación o extensión del plazo termina aumentando los valores de la estructura de costos prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento, situación que da lugar a la reparación de los perjuicios que se le produzcan, siempre y cuando se acredite y estén debidamente demostrados y de la conducta de las partes no se derive lo contrario. En efecto, ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un período más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la administración al contratista cumplido, en tanto se prueben los daños sufridos."³⁸

³⁸ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de Agosto de 2011, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. En Igual Sentido: Consejo de Estado. Sala

De antaño la jurisprudencia colombiana ha indicado que para poder proceder a una condena por responsabilidad, es necesario que se pruebe la culpa, el daño y la relación de causalidad entre aquel y éste.

En cuanto a la existencia de un Daño, se hace necesario distinguir entre daño y perjuicio. Entendido el daño como "*alteración material exterior*", y perjuicio como "*las consecuencias de dicha alteración sobre un patrimonio*".³⁹

Así las cosas, el perjuicio al ser una consecuencia del daño, solo se repara si proviene del daño mismo.

Para que un perjuicio pueda calificarse como tal, es necesario que se encuentren presentes dos presupuestos indispensables: el primero de ellos es que sea personal, y el segundo, que sea cierto.

En cuanto a que el perjuicio sea personal, para que pueda repararse el mismo, es menester que quien lo solicita, haya sufrido el perjuicio que alega.

Por otra parte, y en cuanto hace relación al perjuicio cierto, el profesor Chapus afirma que "*las jurisdicciones han planteado el principio según el cual el perjuicio cierto [...] es el perjuicio actual o el futuro, a diferencia del eventual*".⁴⁰

La jurisprudencia colombiana ha aceptado y reconocido la regla según la cual, para que un daño pueda ser reparado, éste debe ser cierto. Igualmente, existe la regla según la cual el perjuicio eventual no otorga ningún derecho a indemnización.

Al respecto se ha indicado que "*tanto doctrinal como jurisprudencialmente ha sido suficientemente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no haya duda alguna sobre su ocurrencia*".⁴¹

Según el mismo profesor Chapus, "*lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio, son la medida de su indemnización*".⁴²

Por consiguiente, a la víctima es a quien le corresponde probar que el daño que ha sufrido es producto del comportamiento ilícito del agente a quien se le imputa el hecho.

Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 14 de abril de 2005, Exp. 28616

³⁹ JUAN CARLOS HENAO; "El Daño"; Universidad Externado de Colombia, 1998, Pág. 87

⁴⁰ Ob. Cit, pág. 129

⁴¹ Salvamento de voto del Consejero de Estado Joaquín Barreto al fallo del 27 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, actor: Esther Bodmer vda. de Garavito, exp. S-021, tomo I de los Recursos de Súplica de 1990, p. 140.

⁴² JUAN CARLOS HENAO; "El Daño"; Universidad Externado de Colombia, 1998, Pág. 131

En consecuencia, "el daño debe ser probado por quien lo sufre, so pena de que no proceda su indemnización"⁴³

En el presente asunto, tal y como se indicó anteriormente, existe responsabilidad de la USPEC, y por consiguiente, a continuación se procederá a revisar el nexo causal, el daño y perjuicio reclamados, siguiendo para el efecto las pautas anteriormente indicadas.

Para dicho efecto, se tendrán en cuenta las siguientes consideraciones, las cuales tienen apoyo dentro del expediente:

- a. Como consecuencia del Concurso de Méritos 024 de 2014 de la USPEC, la adjudicación del contrato objeto de controversia se realizó a través de la Resolución 1181 de 10 de diciembre de 2014; y, el contrato se suscribió el 19 de diciembre de 2014, con el número 346 de 2014.
- b. El plazo de ejecución del contrato se pactó en 7 meses, disponiéndose igualmente un valor total del contrato de COL\$ 1.939'000.000,00, incluidos impuestos y demás gastos.
- c. El acta de inicio del contrato se suscribió el 30 de diciembre de 2014.
- d. La entrega del primer producto se realizó el 30 de diciembre de 2014, y el mismo fue pagado el 13 de marzo de 2015.
- e. El 10 de febrero de 2015 se desplazaron las partes -Consortio MPS y USPEC- al lugar en donde se ubica el inmueble objeto del contrato, encontrándose que el mismo se encontraba ocupado, y además, que dichos ocupantes no permitieron el ingreso al mismo.
- f. La entrega del segundo producto se realizó el 26 de febrero de 2015, y éste fue pagado el 8 de julio de 2015.
- g. Hubo 4 actas de suspensión del contrato, por mutuo acuerdo y sin "generar efectos financieros para ellas"; dichas suspensiones cubrieron el periodo comprendido entre el 2 de marzo de 2015 y el 30 de octubre de 2015.
- h. El 28 de septiembre de 2015 se llevó a cabo una reunión en el lugar en donde se ubica el inmueble objeto del contrato, con la comparecencia de las partes y de las autoridades civiles e indígenas de la zona, en donde, entre otras, se verificó que el inmueble seguía ocupado y, además, que no se permitía el ingreso al mismo.
- i. En consideración a las suspensiones ocurridas, los 7 meses pactados para la ejecución del contrato sucedieron entre el 30 de diciembre de 2014 y el 1 de marzo de 2015, la primera parte, y entre el 31 de octubre de 2015 y el 31 de marzo de 2016, la segunda parte.
- j. La entrega del tercer producto se realizó el 3 de marzo de 2016, y no hay prueba de que el mismo haya sido pagado, ni rechazado.
- k. También aparece reconocido que el Clan Sijona restituyó el inmueble objeto del contrato, el 27 de mayo de 2016.
- l. La parte demandante admite que la USPEC pagó los contados correspondientes al primer y segundo productos entregados, aún cuando se reclama el pago de los intereses causados por cuenta de que dichos pagos, en sentir de la convocante, se hicieron extemporáneamente.

⁴³ HENAO, Ob. Cit, pág. 39.

- m. La parte convocante, en la estimación razonada formulada en el escrito de demanda, estimó los perjuicios en la suma de \$799'339.624, a 31 de diciembre de 2017. La parte convocada no objetó dicha estimación. En consecuencia, se tendrá en cuenta para el efecto lo dispuesto en el artículo 206 del C.G. del P., sin perjuicio de que el Tribunal conserva la facultad de revisar la cuantía y razonabilidad de éstos.

Con fundamento en las anteriores consideraciones se procederá a analizar cada uno de los ítems que componen las pretensiones de condena:

1. "2... a). GASTOS DE ADMINISTRACIÓN INCURRIDOS DURANTE LOS OCHO MESES DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO. Por valor de \$79.683.599 correspondiente al valor de los perjuicios indexados a 31 de diciembre de 2017".

Revisados los hechos y fundamentos en que se funda la presente pretensión, así como lo indicado en el dictamen pericial, el Tribunal, al revisar todas las actas de suspensión suscritas entre las partes, y que cubrieron el periodo comprendido entre el 2 de marzo de 2015 y el 30 de octubre de 2015, encuentra que en todas ellas las partes incluyeron, de forma expresa, la expresión "*sin generar efectos financieros para ellas*".

Por lo anterior, si las propias partes pactaron esa circunstancia de manera pura y simple, sin haber realizado ningún tipo de constancia, salvamento u oposición, para el Tribunal aparece claro que renunciaron a reclamar los costos y gastos generados o causados durante ese tiempo, y por consiguiente, se denegará la anterior solicitud.

2. "2 ... b) GASTOS INCURRIDOS PARA EL CUARTO PRODUCTO. Por valor de \$27'188.781 correspondientes al valor de los perjuicios indexados a 31 de diciembre de 2017".

Revisados los hechos y fundamentos de la anterior pretensión, los cuales también se apoya en el dictamen de parte, el Tribunal considera que los gastos que se reclaman ocurrieron durante los días 6 a 13 de febrero de 2015, y según el Convocante ellos corresponden al desplazamiento que realizó el personal de laboratorio y de topografía del consorcio, con sus equipos, al lugar en donde se encontraba ubicado el inmueble objeto del contrato.

Revisados los soportes de ésta reclamación -Anexos 7 y 8 del dictamen-, se encuentra que en ellos aparecen: i).- nómina de pago de sueldos para el periodo 1 al 28 de febrero de 2015, alquiler de equipo topográfico durante 8 días, sin que en ella se soporte la fecha exacta de la misma, ya que el soporte tiene como fecha enero 2015, y iii).- el pago de unos tiquetes aéreos; ahora bien, dentro de dichos soportes no aparece la labor profesional que dichas personas desarrollarían.

El Tribunal encuentra que efectivamente aparecen unos soportes en donde se da cuenta de unos gastos incurridos por el consorcio; sin embargo, en estos no aparecen, de forma clara, que dichos gastos se hayan causado por cuenta de la preparación del cuarto producto. Esa afirmación solo aparece en la manifestación

que se hace en el escrito de demanda y en el dictamen pericial, pero no obra prueba de que los mismos estuvieran vinculados directamente con la preparación y entrega del cuarto producto. Adicionalmente, para la fecha en que ocurrieron los gastos que se reclaman, el Consorcio solo había presentado el primer producto, y no había presentado a la USPEC ni el segundo, ni el tercer producto.

En conclusión, el Tribunal no encuentra probado que los gastos que se reclaman a través de la presente pretensión efectivamente hubieran tenido su causa en la preparación del cuarto producto, y ante la ausencia de prueba, se denegarán los mismos.

3. "2 ... c) PAGO DE TERCER PRODUCTO: La contenida en el literal c, denominado "TERCER PAGO", que se encuentra pendiente de pago, contenida en la cláusula Octava del contrato No. 346 de 2014, la cual asciende a \$528'341.816 correspondiente al valor de los perjuicios indexados a 31 de diciembre de 2017".

En la cláusula 8, Forma de Pago, del contrato 346 de 2014, se dispuso que el tercer pago correspondía a la entrega del Esquema Básico Arquitectónico y estudios y diseños técnicos preliminares.

Al revisar el presente contado, en relación con lo indicado al efecto en el Pliego de Condiciones del Concurso de Méritos 24 de 2014, el Tribunal encuentra que el mismo corresponde al que se indicó como "FASE 2 – ESQUEMA BÁSICO ARQUITECTÓNICO". En dicho documento también aparece, en el capítulo denominado "DEFINICIONES ESPECÍFICAS" lo siguiente:

"Esquema básico: Corresponde al delineamiento general del proyecto y se elabora sin tener necesariamente el terreno definitivo, el programa y las necesidades precisas de la entidad contratante, sino información obtenida de las conversaciones preliminares, la experiencia del Arquitecto y las normas municipales vigentes.

"El esquema básico incluirá una o varias alternativas a nivel general que cumplan con los requerimientos principales expresados por la entidad contratante."

A éste respecto, al contestar la demanda, y en los alegatos de conclusión, la USPEC manifiesta que el producto 3 no fue entregado en debida forma por el Consorcio MPS, y que a través de oficio E-2016-014776 de 30 de marzo de 2016, "la subdirección de Seguimiento a la Infraestructura" remite al representante legal del CONSORCIO MPS una respuesta a esa solicitud de reconocimiento económico, concluyendo que, en términos generales, la consultoría no cumple totalmente con el 20% equivalente al esquema básico.

Dentro del expediente no obra prueba de dicha respuesta que se dice se hizo a través de oficio E-2016-014776 de 30 de marzo de 2016; tan solo se cuenta con una transcripción parcial que hace la USPEC en la contestación a la demanda. No obstante lo anterior, de la contestación de la demanda se infiere que la USPEC reconoce la entrega de dicho producto numero 3 por parte del Consorcio MPS.

Aparece igualmente que dicha entrega se realizó el 3 de marzo de 2016; es decir, dentro de la vigencia del contrato.

En lo que tiene que ver la presente pretensión, el Tribunal advierte que dentro del expediente obra, a folios 321 a 410 del cuaderno de pruebas 2, una serie de documentos que dan cuenta de que efectivamente se entregó a la USPEC un informe que correspondía a la entrega número tres, tal y como lo reconoce el apoderado de USPEC al contestar la demanda.

Por ello, el Tribunal considera que la Convocante tenía una legítima confianza y expectativa a recibir el pago correspondiente al contado consignado en el literal c de la cláusula 8 del contrato. Aún cuando el apoderado de la USPEC afirma que dicha entidad le negó esa petición a través de oficio E-2016-014776 de 30 de marzo de 2016, no se aportó dicha comunicación al proceso, y por consiguiente, no obra prueba de ello.

Por cuenta de lo anterior, el Tribunal considera probada la entrega del tercer producto a la USPEC dentro de la vigencia del contrato, y por consiguiente, al no existir prueba de que dicho producto no contaba con los requisitos contractuales, sumado a que no hubo oposición al juramento estimatorio efectuado por la convocante, el Tribunal considera que el Consorcio MPS efectivamente tenía una legítima confianza y expectativa a recibir el pago convenido en el literal c) de la cláusula 8 del contrato suscrito.

Ahora bien, teniendo en cuenta que es a partir de este Laudo que se reconoce la obligación de la USPEC de pagar el contado convenido en el literal c) de la cláusula 8 del contrato 346 de 2014, es por ello que en esta decisión se declara el derecho del Consorcio MPS, se reconocerá la indexación de la suma correspondiente a dicho contado de conformidad con lo acordado en el contrato, teniendo como fecha de entrega del tercer producto el 3 de marzo de 2017, y ese monto de actualizará hasta la fecha del presente Laudo:

- a. Según consta en la Factura de Venta 3, el 20% del valor de contrato corresponde a la suma de \$334'310.345,00 pesos. No se tomará en cuenta el valor del IVA, por la suma de \$53'489.655,00 pesos, ya que no se encuentra acreditado el pago de éste por parte del Consorcio MPS.
Dicho monto también aparece reconocido como el correspondiente al 20% del valor del contrato en la demanda, Fl. 8, y en el dictamen pericial, Fl. 11.
- b. Para la indexación se tomará como fecha la de presentación de la entrega del producto 3, la cual sucedió el 3 de marzo de 2017 y, por consiguiente, la suma de \$334'310.345,00 será actualizada según el IPC, a la fecha más próxima del presente Laudo, y que haya sido reportada por el DANE, utilizando para el efecto la siguiente fórmula:

$$\text{Valor Actual} = \text{Valor Histórico} \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Índice Final: Diciembre de 2019 = 103,80

Índice Inicial: Marzo de 2017 = 95,46

Valor Actual = \$334'310.345,00 X $\frac{103,80}{95,46}$ = \$361'055.173,00

- c. En consecuencia, para los efectos de ésta pretensión se reconocerá a favor del Consorcio MPS, y a cargo de la USPEC, la suma de trescientos sesenta y un millones cincuenta y cinco mil ciento setenta y tres pesos (\$361'055.173,00).

4. "3 ... a) UTILIDAD DEJADA DE PERCIBIR: La suma de \$143'699.322, por concepto de daño emergente a no recibir la utilidad esperada o dejada de percibir dentro del contrato, correspondiente al valor de los perjuicios indexados a 31 de diciembre de 2017'.

El Tribunal encuentra que en el Pliego de Condiciones del Concurso de Méritos 24 de 2014, los oferentes debían presentar la propuesta económica a través de la cual, los proponentes debían relacionar lo ofertado.

En lo que respecta a ésta pretensión tanto en la demanda, como en el peritaje aportado, la utilidad reclamada la sustentan en un factor multiplicador que calculan en 2.61, que dicen equivale al 10.58% del valor total del contrato, y que calculan en la suma de \$205'234.443,00. Adicionalmente indican que, al haberse ya pagado los dos primeros contados, y probablemente el tercer contado, deben deducirse de dicho cálculo la ya pagada, correspondiente a esos tres contados, quedando pendiente el pago de la utilidad esperada y que correspondería a los contados cuarto, quinto y sexto de la cláusula 8 del contrato 346 de 2014, por valor de \$102'617.222,00.

Para sustentar el factor multiplicador, como el porcentaje que se reclama en relación con las utilidades, en los anexos al dictamen pericial se aportan una serie de documentos que soportan la razonabilidad de dichos cálculos, como lo son contratos de consultoría similares al que es objeto de la presente reclamación, Estudio Previo de Configuración de Costos, y Propuesta Económica para el contrato de Consultoría objeto de éste proceso.

Para el análisis de la presente pretensión, el Tribunal ha tenido en cuenta el incumplimiento contractual incurrido por la USPEC, así como el derecho que tenía el Consorcio de recibir una remuneración correspondiente a la utilidad que esperaba percibir por cuenta de la ejecución del contrato 346 de 2014. En efecto, si la USPEC hubiera cumplido con las obligaciones que le correspondían, entre ellas la de acceso al inmueble, el contrato se hubiera ejecutado según lo pactado, y por consiguiente, el Contratista tendría derecho a percibir las utilidades que calculó.

Para ese efecto, el Tribunal estima razonables los cálculos efectuados para demostrar las utilidades que esperaba obtener el Convocante, así como los soportes

que utiliza para ello. También tiene en cuenta que la parte convocada no objetó el juramento estimatorio al contestar la demanda.

Sin embargo, al revisar dichos valores, se encuentra que utilizaron para el efecto el valor total de cada entrega, incluido IVA. Adicionalmente, actualizaron las sumas desde el 1 de diciembre de 2016.

Ahora bien, en consideración a que es a partir de este Laudo que se reconoce la obligación de la USPEC de pagar las utilidades calculadas por el Consorcio, por cuenta de la ejecución del contrato 346 de 2014, y por consiguiente es a partir de ésta decisión que se declara el derecho del Consorcio MPS, se reconocerá la indexación de la suma correspondiente a dicha utilidad, a partir de la de terminación de vigencia del contrato (31 de marzo de 2016), y hasta la fecha del Laudo.

Por consiguiente, y en relación con la utilidad de los contados cuarto, quinto y sexto de la cláusula 8 del contrato 346 de 2014, tenemos que los mismos serían los siguientes:

- Cuarto pago: el 20% del valor del contrato sería de \$334'310.345, y por consiguiente, el 10,58% corresponde a \$35'370.034,00;
- Quinto pago: el 20% del valor del contrato sería de \$334'310.345, y por consiguiente, el 10,58% corresponde a \$35'370.034,00
- Sexto pago: el 10% del valor del contrato sería de \$167'155.172, y por consiguiente, el 10,58% corresponde a \$17'685.017,00

En consecuencia, el valor de la utilidad dejada de percibir es de \$88'425.085,00

Para la indexación se tomará como fecha aquella de terminación del contrato, 31 de marzo de 2016 y, por consiguiente, la suma de \$88'425.085,00 será actualizada según el IPC, a la fecha más próxima del presente Laudo, y que haya sido reportada por el DANE, utilizando para el efecto la siguiente fórmula:

$$\text{Valor Actual} = \text{Valor Histórico} \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

$$\text{Índice Final: Diciembre de 2019} = 103,80$$

$$\text{Índice Inicial: Marzo de 2016} = 91,18$$

$$\text{Valor Actual} = \$88'425.085,00 \times \frac{103,80}{91,18} = \$99'920.346,00$$

En consecuencia, para los efectos de ésta pretensión se reconocerá a favor del Consorcio MPS, y a cargo de la USPEC, la suma de noventa y nueve millones novecientos veinte mil trescientos cuarenta y seis pesos (\$99'920.346,00).

5. "3 ... b) MORA EN EL PRIMERO Y SEGUNDO PAGO. La suma de \$20'456.145, en razón a que el primer pago se efectuó con una mora de 43 días y el segundo con 101 días, posteriores a lo pactado en el contrato. Este valor corresponde a los perjuicios indexados a 31 de diciembre de 2017."

Dentro del proceso se encuentra acreditado el pago, por parte de la USPEC, de los contados correspondientes a la primera y segunda entregas realizadas por el Consorcio MPS.

En la presente pretensión se reclaman los intereses causados por cuenta de la mora de la USPEC en realizar efectivamente dichos pagos.

En el contrato 346 de 2014 se estableció que las facturas deberían ser pagadas dentro de los 30 días siguientes a la radicación, siempre y cuando contaran con el visto bueno del supervisor, y la certificación de cumplimiento por parte de la interventoría del contrato.

Al efecto, tanto en la demanda como en el dictamen pericial aportados se indica que:

i.- En lo que respecta al pago de la primera entrega, la factura se radicó el 30 de diciembre de 2014, y el pago se hizo efectivo hasta el 13 de marzo de 2015, cuando debió haberse realizado dicho pago, por parte de la USPEC, el 29 de enero de 2015. En consecuencia, se afirma que USPEC incurrió en mora de 43 días.

ii.- En lo que respecta al pago de la segunda entrega, la factura se radicó el 26 de febrero de 2015, y el pago se hizo efectivo el 8 de julio de 2015, cuando debió haberse realizado dicho pago, por parte de la USPEC, el 29 de marzo de 2015. En consecuencia, se afirma que la USPEC incurrió en mora de 101 días.

Dentro del presente asunto se encuentra probado que dichos cobros se realizaron a través de facturas, y lo que aquí se pretende es el reconocimiento y pago de los intereses causados por cuenta de la mora, por parte de la USPEC, en el pago de dichas facturas.

Conforme lo dispone el artículo 772 (modificado por el artículo 1 de la Ley 1231 de 2008) del Código de Comercio, "***Factura es un título valor*** que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio." (La subraya no es del texto). Y, el artículo 793 del mismo código, dispone que "*El cobro de un título-valor dará lugar al procedimiento ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento de firmas.*"

A éste respecto la Corte Constitucional, desde el año 1995, a través de sentencia T-057 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, estableció que los Tribunales de Arbitramento no son competentes para conocer de procesos ejecutivos; en uno de sus apartes, se indicó:

"La Sala Plena, luego de sopesar los argumentos de la peticionaria, considera que no se ha quebrantado la jurisprudencia elaborada sobre la vía de hecho. En efecto:

"- Las normas que definen las competencias de las autoridades judiciales y así mismo las de los árbitros, son de orden público y de obligatorio cumplimiento. Los enunciados normativos que definen las reglas de competencia, dando por descontada las dificultades que puedan presentarse en su interpretación, no pueden ser objeto de ponderación o de interpretaciones laxas sino estrictas. La competencia como tal no es materia de cálculo maximalista.

"El problema que se planteó consistía en precisar cual era la norma válida, realizada esta tarea sólo una autoridad y no mas que una autoridad será la competente para decidir un determinado asunto. En el evento de que la autoridad judicial competente decida sustraerse de su función, la consecuencia ineluctable es la denegación de justicia, la cual deviene en absoluta en cuanto que carece de grado.

"Los razonados y sólidos argumentos expuestos por la Corte Suprema de Justicia para afirmar la competencia de la jurisdicción ordinaria en relación con el conocimiento de los procesos ejecutivos, pese a la existencia de una cláusula contractual que consagre el arbitramento, que para la Sala Tercera de Revisión no merecieron reparo alguno, conducen a la inequívoca conclusión de que en dicha jurisdicción se radica la referida competencia y que, por ende, la omisión de los jueces ante los cuales se formuló la pretensión ejecutiva generaba una manifiesta denegación de justicia. Al respecto, conviene traer a colación las razones aducidas por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en los siguientes apartes de su proveído:

"Sin embargo, excepcional y transitoria e individualmente se permite que el Estado delegue su función en administrar justicia en particulares, como en los árbitros (art. 116, inc. final.C.N.), de acuerdo con la ley y precisamente la ley actualmente vigente continúa con el criterio tradicional de reserva por parte del estado del poder jurisdiccional de ejecución, debido a su esencia coercitiva y coactiva de las órdenes, y medios y medidas que en ella deben aplicarse; razón por la cual se excluye de la posibilidad de cláusula compromisoria, compromiso y arbitraje los asuntos de ejecución. De allí que si bien se permite diferir a arbitraje las "controversias transigibles", como aquellos que requieren de una certeza jurídica mediante transacción o sentencia, también se haya dispuesto en el pasado inmediato que tales atribuciones "no impiden adelantar ante esta ("los jueces") proceso de ejecución "(parte final del último inciso de el art. 2011 del Código de Comercio). E igualmente se acoja implícitamente el mismo cuando, de una parte, aplicando la misma regla para el arbitraje del arrendamiento prescribe que, no obstante su competencia, "los aspectos de ejecución que demanden las condenas en los laudos deberán tramitarse ante la jurisdicción ordinaria " (art. 1o. inciso 2º Decreto 2279 de 1989, en la redacción del art. 96 Ley 23 de 1991). Y ello, de otra parte, se reitera en el párrafo del art. 40 del mismo decreto cuando expresa "De la ejecución, del laudo conocerá la

justicia ordinaria, conforme a las reglas generales". Luego, es una jurisdicción coactiva para conocer de los procesos de ejecución reservadas a los jueces permanentes y, dentro de ellos, a los de la jurisdicción ordinaria civil (art. 16 num. 1; 23, numeral 1; 488 y s.s. del C. de P.C), sin perjuicio de las excepciones pertinentes, como la competencia para jurisdicción coactiva administrativa (art. 268, num. 5°. C.N.), etc. Entonces, si conforme a la Constitución y la ley los árbitros no pueden ejecutar coactiva o forzosamente sus propias decisiones recogidas en laudos, mucho menos pueden hacerlo respecto de otras decisiones judiciales, ni de decisiones o títulos creados por los particulares que requieran de poder o potestad coactiva. Pues esto es de tal entidad que su representación en la libertad (v. gr. mandamiento forzoso de pago) y en el patrimonio (v.gr medidas de embargo y secuestro, orden de llevar a cabo la ejecución, remate, etc.) del ejecutado, requiere, a juicio de nuestro ordenamiento, de la intervención de los órganos jurisdiccionales permanentes del Estado. De allí que si la ley no establece distinción dentro de su reserva estatal, para este tipo de conocimiento, se concluya que de la competencia y jurisdicción arbitral, quedan excluidos todos los procesos ejecutivos incluyendo los atinentes a las pólizas de seguros en los casos del art. 80. de la ley 45 de 1990"

"1.2.2.2. Luego, si en caso determinado la ley impone al Estado conocer por medio de jueces, determinados procesos, no pueden estos últimos sustraerse por ningún motivo a su conocimiento, a pesar de que exista cláusula compromisoria en contrario, pues esta sería ineficaz de pleno derecho conforme con el art. 60. del C.P.C. De allí que si, en contra de lo dicho, se adoptan decisiones en el sentido de sustraerse al ejercicio de la jurisdicción ejecutiva radica exclusivamente en el Estado, no sólo viola, como se dijo, el debido proceso sino que quebranta el derecho fundamental al acceso "debido" a la administración de justicia. Porque el Estado se sustrae a su "deber" exclusivo de administrar justicia en materia de proceso de ejecución, sin que para ello pueda aducirse que aún le queda la posibilidad de acceder a la justicia arbitral, pues, siendo un deber exclusivo del Estado su prestación no puede venir sino de este último, razón por la cual aquella la jurisdicción ejecutiva a cargo de árbitros no sería lo que la Constitución y la ley ordena que debe prestarse en los ciudadanos. Mas aún, esa decisión que ordena que esa jurisdicción no sea prestada por el Estado sino por los árbitros, no sólo impide que aquél cumpla con su deber sino que también arriesga a que estos últimos rechacen su conocimiento por falta de jurisdicción, dejando la ejecución sin juez que lo decida, o que, por el contrario conozcan de ella contrariando el ordenamiento jurídico colombiano. Todo lo cual, a todas luces, constituye una actuación arbitraria, que por estar fuera del marco constitucional y legal pertinente, configura una vía de hecho, susceptible de amparo mediante tutela".

"La Sala Tercera de Revisión no sólo acogió el parecer de la Corte Suprema de Justicia, sino que coincidió en señalar que la justicia arbitral contrae su objeto a las controversias susceptibles de transacción, vale decir, a aquellas cuestiones que se vinculan con la materia que es propia de los procesos de conocimientos,

lo cual explica el por qué los árbitros legalmente no están habilitados ni siquiera para ejecutar sus propios laudos, sino la justicia ordinaria.”

A lo anterior se le añade que a la fecha la ley no ha autorizado a los árbitros para conocer y resolver ese tipo de controversias.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal considera que no es de su competencia la definición de lo solicitado en el acápite anterior. En consecuencia, al no poder reclamarse por vía arbitral, y no contar el Tribunal con facultad para el efecto, se denegará la presente pretensión de reconocimiento de intereses moratorios por el pago de facturas reclamadas.

Finalmente, y en cuanto corresponde a las costas y agencias en derecho, ello será resuelto en el capítulo correspondiente a las mismas.

Como consecuencia de todo lo anterior, el Tribunal encuentra que dentro del presente asunto, y de conformidad con las consideraciones expuestas, prosperan las pretensiones segunda, literal c), y tercera, literal a) de la demanda, y así lo indicará en la parte resolutive del Laudo.

De la formulación de las Excepciones.

La UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS – USPEC, propuso las excepciones de i) Pago total de la obligación, ii) Inexistencia de la Obligación, iii) Cobro de lo no debido, y iv) No renuncia a la jurisdicción.

Respecto de la primera, tal y como ya se estimó anteriormente, el Tribunal, no encontró dentro del acervo probatorio ni argumentativo, un hecho del que pueda predicarse que de los pagos efectuados al tenor del contrato, resulten sufragados todos los costos y gastos que surgieron tras la afectación de la ejecución del contrato, como tampoco un ejercicio financiero con alcance de prueba que sirva de sustento a esta excepción, por lo que no es dable su prosperidad.

En cuanto a la segunda excepción, se tiene que esta resulta infundada al no haberse extinguido las obligaciones del contrato, tras la reanudación de su ejecución, una vez cumplidos los términos de suspensión y sus prórrogas, estando vigentes y exigibles entre las partes su actividad contractual, sin que mediara un acto de terminación, bien bilateral, o unilateral. En este orden de ideas, las partes tenían, pese a las dificultades que conocieron del contrato, el deber de actuar de forma tal que pudiesen superarse aquellas, para lograr el fin contractual, no estando extinguidas las obligaciones, mal puede tenerse ellas como inexistentes.

Frente a la excepción de cobro de lo no debido, se tiene que dicha formulación tampoco está llamada a prosperar, en razón a que se encuentra debidamente acreditado dentro del proceso la labor desplegada por el convocante, así como la cuantía de ésta, todo de conformidad con lo convenido en el contrato.

Finalmente, en relación con la excepción de No renuncia a la jurisdicción, a más de lo ya indicado al momento de declarar la competencia, cabe advertir, que el acudir al arbitraje como medio de solución de controversias, ello no implica una renuncia al derecho de activar el poder jurisdiccional del estado para resolver un conflicto, pues se trata de un estamento especial con la misma potestad jurisdiccional, asignada a los árbitros en el artículo 116 de la Carta Política de 1991. Además, para el presente asunto, se tiene que existió una inequívoca intención de acudir a este Tribunal, al haberse escogido los árbitros principales y suplentes de mutuo acuerdo para proferir el presente Laudo.

De otra parte, si bien esta última excepción se funda en la interposición de una demanda por parte de la convocada en contra del convocante ante el Juez Contencioso Administrativo, dentro del plenario no aparece acreditado, en debida forma, su existencia, y tampoco inhibe a este Tribunal Arbitral para pronunciarse de fondo para definir la controversia entre las partes.

Así pues, se tiene que el pacto arbitral, habiendo sido pactado con antelación y activado con la interposición de la demanda arbitral y la designación de árbitros de mutuo acuerdo, hacen vigente y vinculante el mismo, siendo este un mecanismo adicional para el ejercicio de la función jurisdiccional. En este punto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, con ponencia del Magistrado CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, mediante fallo de unificación de dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013) (Radicación 85001-23-31-000-1998-00135-01 (17859)), indicó:

"Las normas legales vigentes que regulan los asuntos arbitrales, en cuanto a los contratos estatales se refiere, establecen la solemnidad del escrito como un requisito indispensable de la cláusula compromisoria. (...) así como las partes deciden, de común acuerdo, someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, empleando para ello la celebración de un pacto cuyas principales características son que sea expreso y solemne, de la misma manera aquéllas deben observar de consuno tales condiciones (forma expresa y solmene) si su voluntad es deshacerlo o dejarlo sin efectos, de suerte que, si optan libremente por la justicia arbitral y no proceden como acaba de indicarse para cambiar lo previamente convenido, no tienen la posibilidad de escoger entre acudir a ésta o a los jueces institucionales del Estado, teniendo en cuenta que su voluntad inequívoca fue someterse a la decisión de árbitros. Esta tesis, que ahora acoge la Sala, no significa que el pacto arbitral celebrado entre las partes de un contrato estatal sea inmodificable o inderogable. Lo que comporta es que, para modificarlo o dejarlo sin efecto, aquéllas deben observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen con miras a la formación del correspondiente pacto arbitral, de tal suerte que, para ello, haya también un acuerdo expreso y escrito, lo cual excluye, por ende, la posibilidad de que el pacto arbitral pueda ser válidamente modificado o dejado sin efecto de manera tácita o por inferencia que haga el juez institucional, a partir del mero comportamiento procesal de las partes. Al respecto, es de recordar que "en derecho las cosas se deshacen como se hacen".

En razón a lo anterior, no esta llamada a prosperar la excepción de No renuncia a la jurisdicción.

3. Costas y su liquidación.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA, el artículo 365 y 366 del Código General del Proceso, y atendiendo a la circunstancia de la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda, éste Tribunal condenará a la Convocada Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC- a pagar el 70% de las costas, y además señalará como agencias en derecho, a cargo de Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC-y en favor de Consorcio MPS, la suma de NUEVE MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$9.200.000.00).

Por consiguiente, y conforme lo dispuesto en el artículo 280 del Código General del Proceso, se tendrá en cuenta para la parte resolutive, la liquidación que a continuación se efectúa:

CONCEPTO	VALOR
70% de los gastos de presentación de la demanda ante la Cámara de Comercio de Bogotá	\$ 1.301.566
70% de los honorarios de los árbitros	\$ 30.054.854
70% de los honorarios del Secretario	\$ 5.009.142
70% de los Gastos administrativos Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá	\$ 5.009.142
70% del IVA sobre los Gastos administrativos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá	\$ 951.737
70% de la partida de gastos	\$ 262.967
Agencias en derecho	\$ 9.200.000
TOTAL	\$ 51.789.408

En consecuencia, por concepto de Costas y Agencias se condena a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios a pagar a al Consorcio MPS, la suma de CINCUENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS OCHO PESOS (\$51.789.408.00).

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias surgidas entre el **CONSORCIO MPS**, integrado por Serdel Sucursal en

Colombia, Ingenieros Mare Nostrum SL, y Peyco Colombia, por una parte, y la **UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS -USPEC-**, por la otra, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero (1º).- Declarar que no prosperan las excepciones propuestas por la Convocada, Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC- denominadas i) Pago total de la obligación, ii) Inexistencia de la Obligación, iii) Cobro de lo no debido y iv) No renuncia a la jurisdicción, en los términos y con los alcances indicados en la parte motiva del presente Laudo.

Segundo (2º).- Por las razones expuestas en la parte motiva del presente Laudo, se declara que la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC- incumplió, en su parte pertinente, el contrato de Consultoría 346 de 2014.

Tercero (3º).- Como consecuencia de lo dispuesto en el numeral segundo de la parte resolutive del presente Laudo, y por las razones expuestas en la parte motiva del mismo, se condena a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC- a pagar al Consorcio MPS, dentro de los 15 días hábiles, contados a partir de la notificación del presente Laudo, las siguientes sumas de dinero:

a).- la suma de TRESCIENTOS SESENTA Y UN MILLONES CINCUENTA Y CINCO MIL CIENTO SETENTA Y TRES PESOS (\$361'055.173,00) M/cte., por concepto del pago del tercer producto; y,

b).- la suma de NOVENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS VEINTE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$99'920.346,00) M/cte., por concepto de la utilidad dejada de percibir.

Las anteriores sumas ya se encuentran debidamente indexadas desde la fecha de su causación, y hasta la fecha del presente Laudo.

Cuarto (4º).- Por las razones expuestas en la parte motiva del presente Laudo, se niegan los intereses moratorios solicitados en la demanda.

Quinto (5º).- Se niegan las pretensiones Segunda a) y b), y la pretensión Tercera b) de la Demanda Arbitral, por las razones expuestas en la parte motiva del presente Laudo.

Sexto (6º).- Se condena en costas y agencias en derecho a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC- y en favor de la Convocante, por la suma de CINCUENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS OCHO PESOS (\$51.789.408.00) M/cte, conforme lo dispuesto en el parte motiva del presente Laudo.

Séptimo (7º).- Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente Laudo Arbitral con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley, y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El presente Laudo quedó notificado en estrados.

GERADO ALFREDO LOPEZ LONDOÑO

Árbitro Presidente

HERNANDO HERRERA VERGARA

Árbitro

JUAN FERNANDO GAMBOA BERNATE

Árbitro

JORGE H DURÁN FORERO

Secretario