

**ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Accede**

**ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL – Configurado / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL – No pago de honorarios a abogado por comisión de éxito / CLÁUSULA DE COMISIÓN DE ÉXITO / NULIDAD DEL CONTRATO – Requisitos para la declaración de oficio de la nulidad del contrato o de una de sus cláusulas / OBLIGACIÓN CONDICIONAL EN EL CONTRATO ESTATAL – Inexistencia de condición suspensiva en el contrato / CLÁUSULA DE COMISIÓN DE ÉXITO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL – Configurado / JURAMENTO ESTIMATORIO / OBJECIÓN AL DICTAMEN PERICIAL / PROHIBICIÓN DE CONFESIÓN DE REPRESENTANTE LEGAL DE LA ENTIDAD ESTATAL – Aplicación del principio ratio legis que consiste en que el patrimonio del Estado no puede quedar comprometido con la sola declaración de sus agentes por atentar contra el principio de legalidad de las actuaciones de la administración / CONFESIÓN JUDICIAL DEL REPRESENTANTE LEGAL DE ENTIDADES DEL ORDEN NACIONAL / OBLIGACIÓN CONDICIONAL EN EL CONTRATO ESTATAL – Gestión del abogado / DEBERES DEL ABOGADO – Cumplimiento / OBLIGACIÓN DE MEDIO / DEBERES DEL ABOGADO – Si se trata de negar el pago sobre la base de un deber incumplido, debió probarse que actuó sin la diligencia y cuidado ordinario que se emplean en negocios de esta naturaleza, pues la culpa del mandatario de la entidad no se presume / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL – Caso análogo desde el punto de vista fáctico y jurídico / OBLIGACIÓN CONDICIONAL EN EL CONTRATO ESTATAL – Gestión del abogado contratista en representación judicial / APROBACIÓN DEL ACUERDO CONCILIATORIO - No debe acreditarse la incidencia directa de la conducta del apoderado en el resultado del proceso / FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE JUDICIAL – Presupuestos para apartarse del precedente / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL – Configurado / CLÁUSULA DE COMISIÓN DE ÉXITO - La mora en el pago de la comisión de éxito / CONSTITUCIÓN EN MORA - El deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley exija la reconvencción judicial del acreedor / CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DINERARIAS - El acreedor perjudicado por el incumplimiento no debe justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho de la mora / CONSTITUCIÓN EN MORA – Configurada**

**SÍNTESIS DEL CASO:** La controversia atañe al cumplimiento de un contrato de prestación de servicios profesionales celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) y el abogado Mario Alario Méndez, quien asumió la representación de la entidad en un proceso arbitral convocado por Coviandes S.A (Coviandes). En el contrato se pactó que el abogado tendría derecho una comisión de éxito equivalente al 3% del “valor en que fueran reducidas o rebajadas las pretensiones” formuladas en contra de la entidad. En la demanda se indicó que el Tribunal Arbitral impuso condenas por una suma menor a la pedida por Coviandes y que, a pesar de ello, la entidad contratante no pagó la comisión de éxito pactada. El Tribunal Administrativo negó las pretensiones del demandante, pues consideró que no se cumplieron las condiciones a las que se sometió el nacimiento de la obligación de pagar estos honorarios.

**PRESUPUESTO PROCESAL / COMPETENCIA PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – Controversias originadas en la actividad**

**contractual de las entidades públicas / FACTOR FUNCIONAL / COMPETENCIA  
– Por razón de la cuantía / FACTOR OBJETIVO**

Según el artículo 82 del CCA, la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias originadas en la actividad de las entidades públicas. De otro lado, el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 establece que el juez competente para conocer los litigios derivados de los contratos estatales es la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La controversia entre las partes atañe al cumplimiento de un contrato que se califica como estatal, pues fue celebrado por una entidad pública: el Instituto Nacional de Concesiones. Por lo tanto, a esta jurisdicción le compete resolver la controversia. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 129 del CCA, el Consejo de Estado es competente para conocer en segunda instancia las apelaciones de las sentencias dictadas por los tribunales administrativos. El numeral 5º del artículo 132 del mismo estatuto establece que los tribunales administrativos conocen en primera instancia de los asuntos referentes a los contratos de las entidades estatales, cuando la cuantía exceda los 500 SMMLV. En la fecha de presentación de la demanda, 27 de septiembre de 2010, esta cuantía equivalía a \$257'500.000. El valor de la suma de todas las pretensiones es superior, \$2.717'023.680; en consecuencia, la Sala es competente para resolver el recurso, pues el proceso tiene vocación de doble instancia.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 82 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 75 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 129 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 132 NUMERAL 5

**CLÁUSULA DE COMISIÓN DE ÉXITO / NULIDAD DEL CONTRATO –  
Improcedencia de la declaración de oficio de nulidad de cláusula del contrato  
/ NULIDAD DEL CONTRATO – Requisitos para la declaración de oficio de la  
nulidad del contrato o de una de sus cláusulas / DECLARACIÓN DE OFICIO  
DE NULIDAD ABSOLUTA – Improcedencia de la declaración de oficio de  
cláusula del contrato**

Antes de abordar los problemas enunciados, es necesario pronunciarse sobre algunas referencias indirectas que la sentencia impugnada hizo en relación con la validez de la cláusula 10ª del contrato. El INCO, en la contestación de la demanda, no formuló como excepción de mérito la nulidad de esa cláusula. El Tribunal tampoco pronunció de oficio esa declaración como fundamento para negar las pretensiones, tal y como se deduce de la parte resolutive de la sentencia. A pesar de eso, en la motivación del fallo, el Tribunal reprodujo los argumentos que se expresaron en el salvamento de voto a un auto en el que la Sección Tercera del Consejo de Estado aprobó un acuerdo conciliatorio sobre el pago de una comisión de éxito pactada en otro contrato de prestación de servicios celebrado por el INCO, en términos similares a los del contrato en el que se originó este litigio. La tesis que se planteó en el salvamento de voto, según la cual la cláusula en la que se pactó la comisión de éxito tenía objeto ilícito, no constituye la razón de la decisión impugnada en este proceso: tales referencias no pasan de ser un dicho al pasar (obiter dictum). Esto obedece a que los argumentos que se plantearon en el salvamento de voto no fueron la premisa jurídica del razonamiento que llevó a cabo el Tribunal para negar las pretensiones, pues, como ya se dijo, no declaró la nulidad de la cláusula 10ª. Por esta razón, el objeto de la apelación no se encuentra dirigido a establecer si esa estipulación tiene objeto ilícito. Además, aunque esta Sala tendría competencia para definir sobre la validez de tal cláusula, no se reúnen los presupuestos para declarar de oficio su nulidad, manifestación que se hace ante la distorsión que generó el razonamiento del Tribunal al querer apoyarse en el citado salvamento de voto para

emitir consideraciones con el fin ya reseñado. Y es que, con fundamento en los artículos 1742 del Código Civil y 87 del CCA, se ha dicho que para declarar de oficio la nulidad de un contrato o de una de sus estipulaciones, se requiere que (i) el vicio que estructura la causal de nulidad sea palmario o surja de bulto, (ii) que el contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones y, (iii) que al proceso hayan concurrido las partes del contrato o sus causahabientes. En este caso, no aparece de manifiesto que la cláusula 10ª sea nula. La nulidad de la estipulación cuyo cumplimiento se debate no es manifiesta o palmaria, en primer lugar, porque la obligación de pagar una comisión de éxito a un mandatario judicial no contraviene una norma imperativa, ni su pacto está prohibido por la ley; es decir, no tiene objeto ilícito. En segundo lugar, en el expediente no hay pruebas que permitan inferir que el motivo que indujo a pactar esta obligación vulnera una norma de orden público, o sea, no tiene causa ilícita. Y, finalmente, tampoco hay prueba que se relacione con los hechos que estructuran las causales de nulidad previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Pero aun si se construyera una regla prohibitiva a partir de principios legales, no sería procedente anular de oficio la cláusula 10ª del contrato. Por un lado, la ley no contempla parámetros únicos sobre la proporcionalidad de una comisión de éxito y en el expediente no obran estudios que permitan inferir que el porcentaje pactado (3%) superó injustificadamente los precios de mercado. En este punto, es oportuno mencionar que en el salvamento de voto se indicó que la cláusula del contrato celebrado con el abogado Fabricio Pinzón era ilícita porque la comisión de éxito (5%), además de excluir el IVA, se causaba con independencia de la forma de terminación del proceso (que en ese caso terminó con una conciliación). En contraste, en el contrato celebrado con el demandante, Mario Alario Méndez, se pactó un porcentaje menor (3%) y se distinguió la forma de terminación del proceso, ya que si se lograba una conciliación la comisión se reducía al 1.5%. Más aún, en el salvamento de voto, para establecer la razonabilidad de la comisión de éxito, se tomó como parámetro de comparación el contrato celebrado con el demandante en este proceso. O sea, se partió de la base que la comisión pactada en este caso no era lesiva para la entidad.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1742 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 87 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 44

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL – No pago de honorarios a abogado por comisión de éxito / OBLIGACIÓN CONDICIONAL EN EL CONTRATO ESTATAL – Inexistencia de condición suspensiva en el contrato / CLÁUSULA DE COMISIÓN DE ÉXITO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL – Configurado**

El apelante manifestó su disenso con la conclusión del Tribunal según la cual no se cumplió la condición a la que se sujetó el nacimiento de la obligación de pagar la comisión de éxito, porque las pretensiones de la demanda contra el INCO no fueron reducidas o rebajadas en el laudo arbitral. [...] Como se ve, el nacimiento de la obligación del INCO se sometió a una condición suspensiva, consistente en que se redujeran o rebajaran las pretensiones que formuló Coviandes. El objeto de esta obligación era pagar una suma de dinero equivalente al 3% del monto en que fueran disminuidas las pretensiones. Dicho de otro modo, la comisión de éxito se calculaba aplicando el porcentaje pactado sobre la diferencia entre (i) el valor de las pretensiones de la demanda de Coviandes y (ii) el valor de las condenas que se impusieran en el laudo arbitral contra la entidad. [...] La conclusión que se acaba de expresar demuestra que el reparo a la sentencia apelada está justificado. Para cuantificar el valor de las pretensiones de Coviandes y establecer si se generó una rebaja en el laudo, el Tribunal hizo una suma simple de las cifras que se expresaron en las pretensiones 1.5.1 (\$1.167'705.555 de junio de 1994), 1.5.2

(\$10.226'021.951 de junio de 1994) y 1.7 (\$1'023.914.884 de mayo de 2006), lo que arrojó el valor de \$12.417'642.390 (par 7.3 supra). No obstante, esta operación es errónea por tres razones. En primer lugar, porque para totalizar el valor de las pretensiones se hizo una suma simple de magnitudes monetarias que se expresaron en fechas diferentes (junio de 1994 y mayo de 2006), las cuales no fueron actualizadas. En segundo lugar, es errónea porque se sumó doblemente una misma cifra, ya que el valor de \$10.226'021.951 de junio de 1994 que se pidió en virtud de la llamada "inidoneidad del régimen de garantías" incluía la suma de \$1.167'705.555 de junio de 1994, tal y como se indicó antes (párr. 30 supra). Y, finalmente, es errónea porque el Tribunal no consideró el valor de las pretensiones relativas a los "valores, costos, extracostos y perjuicios" referidos a (i) la iluminación de los accesos al Túnel de Boquerón; (ii) los delineadores de ruta y señales verticales; (iii) la estabilización del muro ubicado en la abscisa 70+200; (iv) los costos del sistema de seguridad del Túnel Boquerón; y (v) los sobrecostos por demora en la entrega de predios. [...] En la medida que la sentencia impugnada incurrió en errores al tasar el valor de las pretensiones de Coviandes, la Sala efectuará este cálculo con base en la siguiente metodología. En primer lugar, el valor de las pretensiones (i) a (vi) de Coviandes, que se expresó en pesos constantes de junio de 1994, se actualizará desde esa fecha (junio de 1994) hasta la fecha de presentación de la demanda de Coviandes (septiembre de 2005). En segundo lugar, para hacer comparable el valor actualizado de las pretensiones de Coviandes con las condenas que impuso el Tribunal Arbitral, los valores que se ordenaron pagar en el laudo, que se actualizaron con el IPC de mayo de 2007, se deflactarán para expresarlos en valores de septiembre de 2005. Una vez hechas las anteriores operaciones, se calculará la diferencia entre el monto de las condenas que se impusieron en el laudo y el valor de las pretensiones de Coviandes y se aplicará el porcentaje de éxito pactado (3%). Los fundamentos de esta metodología se explican a continuación.

#### **LIQUIDACIÓN DE LA CONDENA – Actualización del valor de las pretensiones / CLÁUSULA DE COMISIÓN DE ÉXITO**

Tal y como se deduce de la cláusula 10ª del contrato, las partes pactaron que la comisión de éxito se calcularía sobre el valor en que fueran rebajadas las pretensiones que Coviandes formuló en su demanda; sin embargo, las partes no convinieron expresamente que estos honorarios se liquidarían sobre el "valor que tuvieran dichas pretensiones en la fecha en que se dictara el laudo arbitral". Por lo tanto, si bien Coviandes pidió expresamente que se actualizaran dichas sumas, para el cálculo de la comisión de éxito pactada en favor del contratista, no es procedente su indexación hasta la fecha en que se profirió el laudo (14 de junio de 2007), sino hasta la fecha en que Coviandes presentó su demanda (13 de septiembre de 2005). Actualizar el valor de las pretensiones de Coviandes hasta la fecha del laudo supondría, materialmente, incluir en el contrato de prestación de servicios una fórmula de ajuste de los honorarios que se convinieron en favor del contratista, lo cual no se compadece con el hecho de que las partes no incluyeron una cláusula de esta naturaleza, la cual tampoco se presume incorporada al negocio. A lo anterior se suma que el consentimiento que brindaron las dos partes se sustentó en la información con la que contaban en la fecha de perfeccionamiento del contrato de prestación de servicios (30 de diciembre de 2005), información que no era diferente al valor de la contingencia a la que estaba expuesta el INCO, esto es, al valor que tenían las pretensiones de Coviandes en la fecha en que presentó su demanda. La anterior conclusión es consistente, además, con el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, el cual señala que en la interpretación de los contratos estatales se deben tener en cuenta los principios que rigen la actividad contractual de las entidades públicas. El artículo 25.13 de la Ley 80 de 1993, al regular los contenidos del principio de

economía, establece que las entidades contratantes deben hacer las operaciones presupuestales para el pago de sus contratistas “tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimado de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios”. Como se indicó antes, las partes del contrato no pactaron una cláusula de actualización o ajuste; por consiguiente, se impone interpretar que, para calcular el valor de la comisión de éxito, se debe tomar como base el valor de las pretensiones en la fecha de la demanda de Coviandes, pues esta fue la causa para contratar los servicios profesionales del demandante. Comoquiera que el valor de las pretensiones de Coviandes (base para liquidar la comisión de éxito) debe calcularse a la fecha en que se presentó dicha demanda, las condenas que impuso el Tribunal en el laudo proferido el 14 de junio de 2007 deben deflactarse con el fin de expresarlas a valores de septiembre de 2005. Esta operación responde a una consideración elemental sobre las relaciones de equivalencia: para calcular diferencias entre dos magnitudes monetarias, como en este caso, éstas deben expresarse en un mismo momento. Finalmente, antes de presentar los cálculos, la Sala precisa que para determinar la diferencia entre las pretensiones de Coviandes y las condenas pronunciadas en el laudo no se incluirá el valor de la pretensión (vii) atinente al pago incompleto de las mayores cantidades de obra, la cual se expresó en pesos de mayo de 2006, a diferencia de las pretensiones (i) a (vi) que se expresaron en pesos constantes de junio de 1994. Como el contratista reconoció en su demanda, respecto de esta condena no se produjo ninguna rebaja. Y en tanto que no hubo ninguna disminución, este componente no tiene incidencia en la base para calcular la comisión de éxito. Conforme a los anteriores parámetros, la Sala empieza por actualizar el valor de las pretensiones (i) a (vi), tomando como IPC inicial el de junio de 1994 (valor en el que se expresaron las condenas en la demanda de Coviandes) y como IPC final el de septiembre de 2005 (mes en el que Coviandes presentó la demanda). [...] En segundo lugar, la Sala deflacta el valor de las condenas que se impusieron en el laudo, teniendo en cuenta el IPC de mayo de 2007 (con fundamento en el cual el Tribunal ordenó el pago de las condenas) y el IPC de septiembre de 2005 (mes en el que Coviandes presentó la demanda): [...] Finalmente, se calcula la diferencia entre el valor de las condenas y el valor de las pretensiones (i) a (vii), diferencia que equivale a la base para liquidar la comisión de éxito. Sobre esta base se aplica la tarifa pactada (3%), lo cual arroja el monto de la comisión [...] En resumen, la diferencia entre el valor de las pretensiones de Coviandes y la condena que se impuso en el laudo demuestra que hubo una disminución entre lo pedido por el actor y lo concedido por el Tribunal. De manera que se cumplió la condición para el pago de la comisión de éxito, la cual asciende a \$888'346.187, incluido el valor del IVA, tal como fue pactado.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 28 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 25

**DETERMINACIÓN DEL INTERÉS MORATORIO – Parámetros para calcular el interés por mora / IMPROCEDENCIA DEL INTERÉS MORATORIO – Se debe establecer el periodo del cual se pretende el reconocimiento**

[E]n el texto de la demanda y en el laudo arbitral no hay elementos que justifiquen la premisa de la que partió el perito para calcular los intereses de mora, esto es, que los mismos debían liquidarse sobre el valor del capital de las distintas pretensiones desde el 25 de septiembre de 1999, fecha en la cual se terminó la etapa de construcción del contrato de concesión y se firmó un acta para determinar el costo de la obra básica. Si la obligación de pagar las sumas debatidas en el proceso nació con el laudo, es decir, si tales obligaciones ni existían ni eran exigibles antes de su expedición, no existe ningún argumento plausible para concluir que las mismas

estuvieran sometidas a un plazo que hubiera expirado el 25 de septiembre de 1999. Se repite: Coviandes no lo indicó así en su demanda y esto no se puede inferir de las piezas procesales del arbitraje que se aportaron al expediente. En este contexto, no es posible establecer cuál habría sido el periodo por el que Coviandes solicitó el reconocimiento de intereses de mora, aspecto que no puede ser suplido por la Sala en este proceso, pues, además, ello supondría el estudio de la demanda, la defensa y demás aspectos que a no dudarlo escapan a la competencia de este tribunal, que se restringe a los aspectos relacionados con el contrato de prestación de servicios para la defensa judicial de la demandada. De acuerdo con lo anterior, en este aspecto no es posible determinar si efectivamente se produjo una disminución o rebaja frente a la pretensión 2.3 de la demanda de Coviandes, pues, en los términos del artículo 25.13 de la Ley 80 de 1993, no hay elementos para determinar el valor de esta pretensión (contingencia del INCO) en el momento que se celebró el contrato. Esta ausencia no se suple con el dictamen aportado por el demandante, hoy que ya se surtió el proceso arbitral, ya que no hay elementos que justifiquen la premisa de la que partió el perito para su cálculo y la interpretación de la demanda de Coviandes no es materia de la prueba pericial. Por las anteriores razones, es improcedente adicionar intereses de mora para determinar la base de liquidación de la comisión de éxito. Así, la rebaja que se obtuvo en el laudo y los honorarios a los que tiene derecho el contratista corresponden a las sumas ya indicadas.

**JURAMENTO ESTIMATORIO / OBJECCIÓN AL DICTAMEN PERICIAL / PROHIBICIÓN DE CONFESIÓN DE REPRESENTANTE LEGAL DE LA ENTIDAD ESTATAL – Aplicación del principio ratio legis que consiste en que el patrimonio del Estado no puede quedar comprometido con la sola declaración de sus agentes por atentar contra el principio de legalidad de las actuaciones de la administración / CONFESIÓN JUDICIAL DEL REPRESENTANTE LEGAL DE ENTIDADES DEL ORDEN NACIONAL**

[S]e debe precisar que el apoderado del demandante, “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 211 [sic] de la Ley 1395 de 2010”, estimó bajo la gravedad de juramento el monto de los perjuicios en la suma de \$2.705’436.241, “causada desde el 28 de enero de 2008, sobre la cual se generan intereses de mora a la tasa prevista en el artículo 4º numeral 8 de la ley 80 de 1993”. El valor del juramento estimatorio que se incluyó en la demanda del contratista, Mario Alario Méndez, que es exactamente el mismo que calculó el perito en su dictamen, no fue objetado por el INCO en el término de traslado de la demanda. El artículo 10º de la Ley 1395 de 2010, que modificó el artículo 211 del CPC, asignó una consecuencia legal a este supuesto fáctico: “Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo”. Ahora bien, el sintagma “hará prueba de su monto [el de los perjuicios reclamados]” no significa que el juez, si encuentra probado el perjuicio, deba condenar indefectiblemente por la cuantía estimada por el demandante. La anterior conclusión se fundamenta en dos consideraciones. En primer lugar, la disposición analizada le confiere al juramento estimatorio valor probatorio, pero no establece una regla de conducencia o una tarifa legal. A diferencia de otras disposiciones, como el artículo 265 del CPC que señala que “la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos en que la ley requiere esa solemnidad”, el artículo 10º de la Ley 1395 se limita a decir que el juramento “hará prueba” de lo cual no se infiere que sea la única conducente para condenar al pago de perjuicios cuando no es objetado. En segundo lugar, del texto de la disposición no se deduce que el legislador hubiera introducido una excepción al principio de que las pruebas deben ser apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Por lo tanto, el juez debe valorar todas las pruebas que obren en el expediente en relación con la cuantía de los perjuicios reclamados, así el juramento no sea objetado. A lo anterior se agrega

que la aplicación del juramento estimatorio debe atemperarse a las reglas y principios que informan el proceso contencioso administrativo, pues el artículo 168 del CCA establece que las normas del CPC sobre los medios de prueba se aplican siempre que no sean incompatibles con su regulación. Al respecto, se debe precisar que el artículo 144 del CCA, al regular el contenido de la contestación de la demanda, no hizo ninguna mención en relación con el juramento estimatorio, y no hay una norma expresa en el CCA que consagre esa carga procesal. En este contexto, se debe tener en cuenta que la facultad de comprometer el interés público y el patrimonio del Estado no puede fundarse exclusivamente en la adopción de conductas procesales de la entidad pública (activas u omisivas), salvo disposición expresa en contrario, pues de otro modo se socavarían las bases de la competencia de la Administración y el principio de legalidad. En consecuencia, el hecho de que la entidad pública no objete la estimación jurada de los perjuicios reclamados no puede implicar, sin más, que el juez deba condenar por el valor estimado por el demandante, máxime si las pruebas recaudadas acreditan una cuantía menor del perjuicio, lo cual ocurre en este caso. Esta interpretación se basa en el mismo principio que fundamenta el artículo 199 del CPC, el cual establece que no vale la confesión de los representantes judiciales de la Nación y los establecimientos públicos. Ese principio (ratio legis) consiste en que el patrimonio del Estado no puede quedar comprometido con la sola declaración de sus agentes, pues esto es contrario al principio de legalidad de las actuaciones de la Administración.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 4 NUMERAL 8 / LEY 1395 DE 2010 – ARTÍCULO 10 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 211 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 265 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 168 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 144 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 199

**OBLIGACIÓN CONDICIONAL EN EL CONTRATO ESTATAL – Gestión del abogado / DEBERES DEL ABOGADO – Cumplimiento / OBLIGACIÓN DE MEDIO / DEBERES DEL ABOGADO – Si se trata de negar el pago sobre la base de un deber incumplido, debió probarse que actuó sin la diligencia y cuidado ordinario que se emplean en negocios de esta naturaleza, pues la culpa del mandatario de la entidad no se presume**

El segundo reparo versa sobre la conclusión según la cual el demandante “no realizó ninguna labor diferente a la establecida en sus funciones, es decir, contestó la demanda, aportó los documentos generados como antecedentes del contrato (...), sin mayor desplazamiento de labores adicionales a las pactadas en el numeral [cláusula] segundo”. Como indicó el apelante, el Tribunal, al desarrollar este aserto, afirmó que el apoderado del INCO no propuso en el proceso arbitral la excepción de cosa juzgada ni “aportó” dictámenes periciales para dar “directrices diferentes y atacar las pretensiones [de Coviandes]”. La Sala no comparte este fundamento de la decisión. Las opiniones que pudiera tener el Tribunal sobre cuál era la mejor estrategia de defensa en el proceso arbitral al que fue convocado el INCO no pueden servir como fundamento para negar las pretensiones de la demanda, pues esa definición le corresponde al profesional del derecho que asume la representación de su cliente. Otras serían las consideraciones si el Tribunal hubiera concluido que el contratista incumplió sus obligaciones y que, por virtud de ese hecho, las pretensiones son improcedentes. Sin embargo, como registró el apelante, este no fue el fundamento de la decisión: la sentencia no dice que el apoderado de la entidad hubiera ejecutado defectuosamente sus obligaciones. La entidad demandada tampoco propuso como excepción la inejecución de las obligaciones de su contratista y mucho menos formuló una pretensión de resolución

del contrato. Y, por supuesto, la decisión arbitral es producto de un debate judicial en el que interactúan parte actora y contradictora, a la luz de las reglas de contradicción, argumentación y prueba, por lo que dejar de atribuirle el éxito a la defensa, colocando el resultado obtenido en el escenario de la fatalidad, esto es, de lo que necesariamente debió ocurrir o a la mera suerte o los buenos oficios del Tribunal, entre otras hipótesis, resulta un despropósito para negar un resultado que sin duda se atribuye, entre otros factores, a la defensa y a la labor desarrollada. Ahora bien; si se trata de negar el pago sobre la base de un deber incumplido, debió probarse que actuó sin la diligencia y cuidado ordinario que se emplean en negocios de esta naturaleza, pues la culpa del mandatario de la entidad no se presume. Las obligaciones que asumen los profesionales del derecho en el ámbito judicial son de medio. Esto quiere decir que deben poner su mejor esfuerzo al servicio de los intereses de su mandante, pero no garantizan un resultado determinado, máxime cuando dicha estipulación, según el artículo 34 de la Ley 1123 de 2007, constituye una falta de lealtad con el cliente. La responsabilidad que se asume en desarrollo del encargo la define el artículo 2155 del Código Civil: el mandatario responde hasta por la culpa leve en su encargo, aunque más estrictamente si es remunerado. Responder por la culpa leve significa, en los términos del artículo 63 del mismo Código, no emplear un cuidado y diligencia mediana en el ejercicio del encargo, aunque con un grado especial de esmero en consideración al carácter lucrativo del mandato. En el expediente reposan los informes que periódicamente rindió el apoderado de la entidad y a los cuales se acompañaron los documentos correspondientes (contestación, alegatos, etc.). También hay prueba de que la entidad le pagó a su apoderado los honorarios fijos, los cuales se causaban, según la cláusula 4ª del contrato, con la contestación de la demanda arbitral y la presentación de los alegatos de conclusión. Más aún, al expediente se aportó una certificación del 14 de junio de 2007, esto es, de la misma fecha en que se profirió el laudo, en la que el supervisor del contrato del INCO certificó “que el doctor Mario Alario Méndez (...) viene cumpliendo a satisfacción con el objeto del contrato de prestación de servicios”. En contraste, no hay documentos contemporáneos al arbitraje u otros medios de prueba que acrediten la inconformidad del INCO con la orientación de la estrategia de defensa que adoptó el apoderado, o actuaciones negligentes de su parte en desarrollo del proceso. Igualmente, no hay elementos de juicio para afirmar que el hecho de que el contratista no hubiera solicitado el decreto y práctica de pruebas periciales constituya una negligencia de su parte. El Tribunal Administrativo dio por sentado que el abogado debió pedir la práctica de pruebas periciales, pero no explicó las razones que sustentaban esta afirmación. Esta inferencia tampoco puede hacerse indirectamente, pues en el expediente no obran los dictámenes periciales técnicos que se practicaron en el proceso arbitral, ni los documentos que contienen las actuaciones procesales que llevó a cabo el apoderado del INCO cuando se dio traslado de tales medios de prueba. En esas condiciones, no puede establecerse, por ejemplo, si hubo errores graves y palmarios respecto de los cuales el apoderado debió formular una objeción o solicitar la práctica de una pericia como prueba de ésta, los que aún de haberse probado no se proyectan como elementos que supriman el derecho de obtener el pago de los honorarios acordados, en tanto que en estas materias aplican reglas de responsabilidad contractual diversas (perjuicios; compensaciones, etc.).

**FUENTE FORMAL:** LEY 1123 DE 2007 – ARTÍCULO 34 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 2155 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 63

### **COSA JUZGADA – No configurada**

[E]n lo referente a la cosa juzgada, las consideraciones expresadas por el Tribunal tampoco están justificadas. Es cierto que en la contestación de la demanda que

presentó el apoderado no se formuló expresamente la excepción de cosa juzgada; sin embargo, este aspecto se desarrolló ampliamente en los alegatos de conclusión que se presentaron en el proceso arbitral. Y lo que es más importante, esto llevó a que el Tribunal Arbitral se pronunciara expresamente sobre este tema, que era relevante para definir la prosperidad de las pretensiones relacionadas con las inestabilidades del terreno en los tramos 2 y 3 del corredor concesionado. Así, en el laudo arbitral, se concluyó que “aunque el tema de las inestabilidades ya fue juzgado, el Tribunal concluye que en el presente caso no es aplicable el fenómeno de la cosa juzgada en cuanto a las pretensiones relativas al fracaso del régimen de garantías, las mayores cantidades de obra no reconocidas, por tratarse de cuestiones litigiosas nuevas”. A lo anterior se agrega que no tiene asidero la conjetura según la cual, en caso de haberse formulado la excepción de cosa juzgada, el laudo habría sido anulado. La razón es simple: contra el laudo arbitral que decidió las controversias entre el INCO y Coviandes se interpuso un recurso de anulación y en la sentencia que lo resolvió se determinó que, de acuerdo con el régimen jurídico vigente en ese momento (Ley 80 de 1993, art. 72, incorporado al Decreto 1818 de 1998), la cosa juzgada no era una causal de anulación del laudo.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 72 / DECRETO 1818 DE 1998

**APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL – Caso análogo desde el punto de vista fáctico y jurídico / OBLIGACIÓN CONDICIONAL EN EL CONTRATO ESTATAL – Gestión del abogado contratista en representación judicial / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL – No pago de honorarios ha abogado por comisión de éxito / APROBACIÓN DEL ACUERDO CONCILIATORIO - No debe acreditarse la incidencia directa de la conducta del apoderado en el resultado del proceso / FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE JUDICIAL – Presupuestos para apartarse del precedente / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL – Configurado**

Las partes acordaron que “por los resultados de la gestión que adelante el CONTRATISTA a favor del INCO, se le reconocerá una suma equivalente al 3% incluido IVA, del valor en que sean reducidas o rebajadas las pretensiones”. ¿Cuál era la gestión que debía adelantar el contratista y que, en caso de que cumpliera la condición de que se obtuviera una rebaja en el laudo, le daba derecho a percibir la comisión de éxito? La respuesta la da la cláusula 2ª, en la que se detallaron las actividades comprendidas en la gestión del contratista: brindar el apoyo jurídico correspondiente dentro de las etapas o reuniones de arreglo directo, diseñando, cuando fuere el caso, mecanismos de solución directa a las controversias planteadas; asesorar y llevar la representación del INCO en el Tribunal Arbitral; estudiar y presentar la contestación de la demanda, interponer los recursos a los que hubiera lugar, incluyendo el de anulación del laudo; y solicitar las aclaraciones, complementaciones y correcciones del laudo, si a ello había lugar. En este punto, la Sala advierte que la providencia del 21 de octubre de 2009, en la que la Sección Tercera aprobó el acuerdo conciliatorio celebrado entre el INCO y otro de sus apoderados, constituye un pronunciamiento que debe ser tenido en cuenta para la solución del recurso. El caso resuelto en esa providencia es análogo, desde el punto de vista fáctico y jurídico, a la controversia que ahora decide la Sala por las siguientes razones. En primer lugar, la controversia que se concilió versaba sobre otro contrato de prestación de servicios celebrado entre el INCO y un abogado para su representación en un arbitraje convocado por un concesionario. En segundo lugar, la diferencia se refería al cumplimiento de la condición a la que se sujetó el pago de la comisión de éxito. Y, en tercer lugar, el texto de la cláusula en la que se estipuló el pago de la comisión es igual a la que se incorporó en el contrato celebrado con el demandante en este proceso, salvo por el porcentaje de la

comisión: “CLÁUSULA DÉCIMA. ÉXITO DE LA GESTIÓN. Por los resultados de la gestión que adelante el CONTRATISTA a favor del INCO, se le reconocerá una suma equivalente al 5% del valor en que sean reducidas o rebajadas las pretensiones en cada uno de los casos expuestos”. Si bien es cierto que en ese otro caso se logró un acuerdo conciliatorio, esta no es una diferencia jurídicamente relevante, pues lo determinante en este proceso no es la forma de terminación del arbitraje, sino el alcance que se le dio a la expresión “por los resultados de la gestión que adelante el CONTRATISTA a favor del INCO”. Al igual que en el presente proceso, para tomar la decisión de aprobar el acuerdo conciliatorio, la Sección Tercera se ocupó de definir el alcance de la condición a la que se sometió la obligación de pagar la comisión de éxito. En esa providencia se concluyó que, a diferencia de lo resuelto por el Tribunal Administrativo en primera instancia, no “debía acreditarse la incidencia directa de la conducta del apoderado en el resultado del proceso”, sino que se expresó una consideración diferente que constituye la razón de la decisión [...] La Sala no encuentra en este caso ninguna razón suficiente para apartarse de esa decisión. Como ya se anotó, en la cláusula 10ª del contrato, el nacimiento de la obligación de pagar la comisión de éxito por la gestión del apoderado no se sometió a una condición diferente a la de obtener una reducción de las pretensiones formuladas por Coviandes. Y, si en gracia de discusión se aceptara que otra condición era que en el laudo arbitral se manifestara que se acogían uno o más argumentos formulados por el apoderado, cosa que las partes no pactaron expressis verbis, lo cierto es que ese requisito también se satisfizo. El laudo arbitral, que le significó al INCO una rebaja de las pretensiones del orden de \$29.611'539.566, contiene varias referencias en este sentido. Frente a la pretensión relativa a los costos para la estabilización del muro ubicado en la abscisa 70+200 del corredor concesionado, el laudo dice: “Por las razones expuestas con acierto por el INCO en su alegato de conclusión (...), el Tribunal considera que si bien no es procedente denegar en su totalidad esta pretensión debido a la participación de ambas partes, la del CONCESIONARIO en la ocurrencia del daño es de grado mayor y, por ello, el Tribunal dispondrá que los costos sean asumidos así: el (...) 90% por el CONCESIONARIO”. Igualmente, en punto a los costos reclamados por el sistema de seguridad del Túnel Boquerón, se dijo: “Desde esta perspectiva, tiene razón el apoderado del INCO en los medios defensivos propuestos y, por tanto, siendo la tubería un elemento no incluido en el alcance del proyecto (...) al no estar probada la autorización o aprobación para su ejecución, formalizado su reconocimiento como obra complementaria (...) la pretensión será denegada”. En conclusión, la condición a la que se sometió el nacimiento de la obligación de pagar la comisión de éxito se cumplió. El INCO no la pagó y, por tanto, incumplió el contrato. Por este motivo, la sentencia será revocada. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, cita Consejo de Estado, Sección Tercera. auto del 21 de octubre de 2009, exp. 36501. En relación con los criterios para calificar la suficiencia de los argumentos que justifican apartarse del precedente, véase Corte Constitucional, sentencia T-775 de 2014.

**CLÁUSULA DE COMISIÓN DE ÉXITO - La mora en el pago de la comisión de éxito / CONSTITUCIÓN EN MORA - El deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley exija la reconvencción judicial del acreedor / CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DINERARIAS - El acreedor perjudicado por el incumplimiento no debe justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho de la mora / CONSTITUCIÓN EN MORA – Configurada**

En la demanda se pidió condenar al INCO a pagar los intereses moratorios causados sobre el valor de la comisión de éxito desde el 28 de enero de 2009 (fecha del fallo que resolvió el recurso de anulación) hasta la ejecutoria de la sentencia, a

la tasa prevista en el artículo 4.8 de la Ley 80 de 1993. La Sala ordenará el pago de los intereses de mora sobre la comisión de éxito, pero desde una fecha diferente. Como se indicó antes, el deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley exija la reconvencción judicial del acreedor. Tratándose de obligaciones dinerarias, el acreedor perjudicado por el incumplimiento no debe justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho de la mora. En los párrafos 2º y 3º de la cláusula 10ª, las partes convinieron el plazo para el pago de la comisión de éxito y la tasa de interés que se aplicaría en caso de mora [...] De esta estipulación se infiere que el INCO no incurrió en mora desde la fecha en que se expidió la sentencia que resolvió el recurso de anulación, pues la obligación de pagar la comisión de éxito se sometió a un plazo de 6 meses desde el momento en que se notificara la ocurrencia de la condición. En el expediente está probado que, incluso antes de que se expidiera la sentencia que resolvió el recurso de anulación, el contratista notificó al INCO de las rebajas obtenidas en el arbitraje. También está probado que la entidad rechazó pagar la comisión antes de que se resolviera el recurso extraordinario, pues no había certeza sobre los valores que finalmente debía pagar. Ahora bien, una vez notificada la sentencia que resolvió la solicitud de anulación del laudo, mediante comunicación del 12 de marzo de 2009, con radicado INCO 2009-409-004954, el contratista le informó al gerente de la entidad que “ha quedado cumplido en su integridad el objeto de mi contrato”. Así mismo, ofertó unos honorarios para interponer una tutela contra la decisión que resolvió el recurso de anulación y señaló que estos se causarían sin perjuicio de los honorarios ya causados por el éxito de la gestión, los cuales se habían informado antes de la expedición de ese fallo. Por lo tanto, entre el 13 de marzo y el 14 de septiembre de 2009 corrió el plazo para pagar la comisión. Tratándose de una obligación respecto de la cual existían parámetros claros para liquidar el valor adeudado, el INCO se constituyó en mora desde el 15 de septiembre de 2009. En consecuencia, sobre el valor de la comisión de éxito indicado antes, la Sala ordenará el pago de los intereses moratorios que se causen entre el 15 de septiembre de 2009 y la fecha de ejecutoria de esta providencia a la tasa prevista en el artículo 4.8 de la Ley 80 de 1993.

#### **CONDENA EN COSTAS - Improcedencia**

En consideración a que no se evidenció temeridad ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del CCA., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 171 / LEY 446 DE 1998 – ARTÍCULO 55

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN TERCERA**

#### **SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00678-01(48860)**

**Actor: MARIO ALARIO MÉNDEZ**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

**Asunto:** Sentencia de segunda instancia

Surtido el trámite de ley sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

La controversia atañe al cumplimiento de un contrato de prestación de servicios profesionales celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) y el abogado Mario Alario Méndez, quien asumió la representación de la entidad en un proceso arbitral convocado por Coviandes S.A (Coviandes). En el contrato se pactó que el abogado tendría derecho a una comisión de éxito equivalente al 3% del “*valor en que fueran reducidas o rebajadas las pretensiones*” formuladas en contra de la entidad. En la demanda se indicó que el Tribunal Arbitral impuso condenas por una suma menor a la pedida por Coviandes y que, a pesar de ello, la entidad contratante no pagó la comisión de éxito pactada. El Tribunal Administrativo negó las pretensiones del demandante, pues consideró que no se cumplieron las condiciones a las que se sometió el nacimiento de la obligación de pagar estos honorarios.

### **I. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

1. Corresponde a la decisión ya referida, adoptada el 26 de junio de 2013, en la que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dispuso:

*“PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda.*

*SEGUNDO: Sin condena en costas.*

*TERCERO: Contra la presente demanda [sic] procede el recurso de apelación de conformidad con el art. 181 del C.C.A”.*

2. El anterior proveído decidió la demanda presentada por el ciudadano Mario Alario Méndez, cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos jurídicos se enuncian a continuación:

#### **Pretensiones**

3. En la demanda se formularon las siguientes pretensiones:

**Primera:** Declarar que la entidad demandada, INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES (INCO) incumplió la obligación pactada en la cláusula décima del contrato de prestación de servicios profesionales No. 61 del 30 de diciembre de 2005 celebrado con el doctor MARIO ALARIO MÉNDEZ.

**Segunda:** Condenar a la entidad demandada a pagar al demandante el valor de los honorarios pactados en la cláusula décima del citado contrato de prestación de servicios profesionales No. 61 del 30 de diciembre de 2005, los cuales ascienden a la suma de DOS MIL SETECIENTOS CINCO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS (\$2.705'436.241).

**Tercera:** Condenar a la entidad demandada a pagar al demandante los intereses moratorios causados desde el momento en el cual se hizo exigible el pago, esto es, desde el 28 de enero de 2009 (fecha de la Sentencia del Consejo de Estado que resolvió el Recurso de Anulación contra el Laudo Arbitral) hasta la ejecutoria de la sentencia, liquidados a la tasa prevista en el artículo 4º numeral 8 de la ley 80 de 1993, reglamentado por el artículo 1º del decreto 679 de 1994.

**Cuarta:** Disponer que sobre las sumas anteriores se causarán los intereses moratorios comerciales previstos en el artículo 177 del C.C.A., desde la ejecutoria del fallo hasta que se produzca el pago efectivo.

**Quinta:** Liquidar judicialmente el contrato de prestación de servicios profesionales No. 61 del 30 de diciembre de 2005 celebrado con el doctor MARIO ALARIO MÉNDEZ y la entidad demandada y disponer que el único saldo del mismo es el correspondiente a las condenas que se impetran en esta demanda a favor del citado demandante.

**Sexta:** Condenar en costas a la entidad demandada”.

## Hechos

4. En apoyo de sus peticiones, el demandante relató los siguientes hechos relevantes:

4.1. El 30 de diciembre de 2005, el INCO contrató al abogado Mario Alario Méndez con el objeto de que asumiera la representación de la entidad pública en el proceso arbitral que convocó Coviandes en su contra. En el contrato de prestación de servicios se pactaron honorarios fijos y una “cuota por éxito de la gestión” equivalente al 3%, incluido el IVA, del “valor en que fueran reducidas o rebajadas las pretensiones de la demanda de Coviandes”.

4.2. Señaló que el INCO, en virtud del laudo arbitral que dirimió las controversias con Coviandes, obtuvo una reducción de las condenas formuladas en su contra de \$90.181'208.027, por lo que se adquirió el derecho a recibir el pago de una cuota de éxito de \$2.705'436.241.

4.3. Precisó el valor de las pretensiones formuladas por Coviandes contra el INCO y las reducciones que obtuvo la entidad en el laudo, así:

Pretensión de Coviandes	Valor (histórico) de la pretensión	Valor actualizado de la pretensión e intereses causados al 14 de junio de 2007 (expedición del laudo)	Condena impuesta al INCO en el laudo	Reducción obtenida por el INCO
Condena por concepto de iluminación de los accesos al Túnel Boquerón, delineadores de ruta del tramo 2 y señales verticales del tramo 3.	\$232'762.869 a precios de junio de 1994	Total: \$1.948'234.745	\$873'195.973	\$1.075'038.772
		Capital: \$873'195.973		
		Intereses:\$1.075'038.772		
Condena por concepto de mayores costos en la construcción del muro localizado en la abscisa K70+200	\$288'298.185 a precios de junio de 1994	Total: \$2.413'067.614	\$108'156.618	\$2.304'910.996
		Capital: \$1.081'533.387		
		Intereses:\$1.331'534.227		
Condena por concepto de inversión adicional en la red contra incendio del Túnel Boquerón	\$257'696.400 a precios de junio de 1994	Total: \$2.156'929.421	\$0	\$2.156'929.421
		Capital: \$966'732.622		
		Intereses:\$1'190.196.799		
Condena por sobrecostos causados por la demora en la entrega de predios	\$1.496'958.081 a precios de junio de 1994	Total: \$12.529'600.435	\$2.807'874.327	\$9.721'726.108
		Capital: \$5.615'748.653		
		Intereses:\$6.913'851.782		
Condena por la diferencia entre el valor de las obras según los diseños iniciales y los diseños definitivos, así como el valor reconocido por el régimen de garantías	\$10.226'021.951 a precios de junio de 1994.	Total: \$85.592'222.472	\$10.669'619.742	\$74.922'602.730
		Capital: \$38.362'309.359		
		Intereses:\$47.229'913.113		
Condena por el pago incompleto de las mayores cantidades de obra ejecutadas	\$1.023'914.884 a precios de mayo de 2006	-	\$1.115'195.453	0
				<b>Total reducción: \$90.181'208.027</b>

4.4. Señaló que el Consejo de Estado, en sentencia del 28 de enero de 2009, declaró infundado el recurso de anulación presentado por el INCO contra el laudo arbitral.

4.5. Indicó que el 24 de septiembre de 2009 se presentó solicitud de conciliación extrajudicial porque la entidad no pagó la cuota de éxito. En la audiencia celebrada el 21 de octubre del mismo año, el apoderado del INCO manifestó que la entidad no conciliaría, habida cuenta de que la obligación de pagar los honorarios de éxito “*supone una gestión o actividad por parte del apoderado para la disminución de las pretensiones que en el caso no se aprecia*”. Agregó que, a pesar de esa manifestación, la Procuraduría recomendó a la entidad reconsiderar su decisión.

4.6. Relató que, una vez reanudada la audiencia de conciliación el 11 de noviembre de 2009, la entidad se mantuvo en su postura, por lo que se declaró fallido el trámite. Añadió que, en el acta de conciliación, se dejó constancia de que en una relación contractual similar el INCO celebró un acuerdo conciliatorio con el abogado Fabricio Pinzón que también reclamó el pago de los honorarios de éxito.

4.7. Finalmente, indicó que el contrato de prestación de servicios no había sido liquidado a la fecha de presentación de la demanda.

### **Fundamentos de derecho**

5. El demandante citó las siguientes disposiciones jurídicas como fundamento de sus pretensiones: Código Contencioso Administrativo (“CCA”), art. 87; Ley 270 de 1996, art. 42A; Código Civil, arts. 1602 y 1603; y Ley 80 de 1993, arts. 3, 4, 5, 23, 26, 27, 28, 32, 40, 50, y 51.

### **Los argumentos de defensa de la parte demandada**

6. En su defensa, el INCO formuló la excepción de “*inexistencia de incumplimiento contractual*” que sustentó de la siguiente forma:

6.1. Señaló que la obligación de pagar la prima de éxito no es “*de cumplimiento objetivo*”, sino que su nacimiento depende de que el resultado favorable obedezca a la diligencia del abogado, a la eficacia de los argumentos jurídicos que formuló, pero no al azar, o a las gestiones del Ministerio Público, o, en fin, a la búsqueda de la verdad por parte del juez. Indicó que esta comprensión se plasmó en la cláusula 10ª del contrato, conforme a la cual el INCO se obligó al pago de la comisión de éxito “*por los resultados de la gestión que adelante el contratista*”.

6.2. Aseveró que el resultado que obtuvo el INCO en el proceso arbitral no obedeció a la gestión de su apoderado, sino a la búsqueda de la “*verdad material*” por parte del panel arbitral y de otras circunstancias ajenas a las actuaciones del contratista. Para sustentar esta afirmación, citó los siguientes hechos: el apoderado no formuló la excepción de cosa juzgada; no interpuso recurso contra el auto mediante el cual el Tribunal Arbitral asumió competencia; las solicitudes de aclaración y complementación del dictamen contable practicado en el proceso arbitral corresponden a las que la entidad le pidió elevar; y en los alegatos de conclusión se mencionó marginalmente la excepción de cosa juzgada. Con base en estas premisas, concluyó que el resultado que obtuvo el INCO en el laudo no obedeció a la gestión de su apoderado y, por ende, que no se cumplió la condición para exigir el pago de la prima de éxito.



## Los fundamentos de la sentencia impugnada

7. Para justificar su decisión de negar las pretensiones de la demanda, el Tribunal Administrativo expresó las siguientes razones:

7.1. Adujo que el apoderado de la entidad “*no realizó ninguna labor diferente a la establecida en sus funciones, es decir, contestó la demanda, aportó los documentos generados como antecedentes del contrato (...), sin mayor desplazamiento de labores adicionales a las pactadas en el numeral [cláusula] segundo*”. En esta línea, destacó que el abogado no aportó dictámenes periciales que pudieran dar “*argumentos o directrices diferentes para atacar las pretensiones*”, ni propuso como excepción la cosa juzgada, lo cual hubiera conducido a la anulación del laudo. Igualmente, señaló que el Ministerio Público también formuló argumentos en defensa del INCO, sin que el apoderado de la entidad hubiera desplegado estrategias diferentes para obtener mejores resultados.

7.2. Indicó que, en un caso análogo, el Consejo de Estado revocó la providencia del Tribunal que improbió un acuerdo conciliatorio celebrado entre el INCO y el abogado Fabricio Pinzón, quien había asumido la defensa de la entidad en otro proceso arbitral. Sin embargo, destacó que este litigio tiene características diferentes, pues no hubo un acuerdo conciliatorio ni la entidad pública reconoció la obligación de pagar la comisión de éxito al señor Mario Alario Méndez.

Con base en esta distinción, adujo que para la solución del litigio eran aplicables las consideraciones que la magistrada Ruth Stella Correa expresó en el salvamento de voto al auto que revocó la decisión de improbar el acuerdo conciliatorio, a saber: (i) la gestión del contratista debe tener una incidencia directa en el resultado al cual se sujeta el pago de los honorarios de éxito; (ii) los costos de los servicios contratados no pueden superar en forma exagerada el promedio de mercado, pues se lesiona el principio de selección objetiva y se vulnera el patrimonio público; y, (iii) la cláusula 10ª del contrato celebrado entre el INCO y el abogado Fabricio Pinzón tenía objeto ilícito, en tanto implicaba el reconocimiento de una excesiva ventaja para el contratista, lesiva para la entidad estatal, que viola el principio según el cual las actuaciones de los servidores públicos en materia contractual deben estar presididas por las reglas de administración de bienes ajenos.

7.3. Por último, aseveró que no se probó que “*las condenas hubiesen sido disminuidas*”, pues la sumatoria del valor de las pretensiones de la demanda de Coviandes era de \$12.417'642.390 y en el laudo arbitral se condenó al INCO por una suma total de \$15.574'042.113. Así, concluyó que no se demostró que el contratista fuera acreedor de la prima de éxito reclamada.

## II. EL RECURSO DE APELACIÓN

8. El demandante pidió que se revoque la sentencia y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso, expresó las siguientes razones de inconformidad:

8.1. Adujo que el argumento según el cual el apoderado del INCO “*no realizó ninguna labor diferente a la establecida en sus funciones*” es incompleto, pues de esta proposición no se dedujo que se hubiera incumplido el contrato. Con todo, señaló que el contratista honró sus obligaciones y que la prueba de este hecho es que la entidad pagó los honorarios fijos. Agregó que la decisión se basó en una interpretación irrazonable de la cláusula 10ª del contrato consistente en exigir, para el pago de la comisión de éxito, la realización de funciones adicionales que la sentencia no indicó, que las partes no pactaron y que tampoco están previstas en la ley.

Por otra parte, planteó que la obligación de pagar la comisión de éxito se sujetó exclusivamente a una condición suspensiva que efectivamente se cumplió: la disminución porcentual en el laudo de las condenas pedidas por Coviandes. Así, concluyó que el Tribunal no podía exigir que se demostrara que el resultado favorable se obtuvo “*gracias a las actividades que el demandante cumplió*”, pues este requisito no se deduce de la cláusula 10ª y esta exigencia desnaturaliza la esencia de una prima de éxito. Finalmente, señaló que de la expresión “*por los resultados de la gestión*” no se sigue que el pago de la prima de éxito se sujetara a la forma de cumplimiento de las obligaciones por parte del abogado o a la realización de actividades distintas a las que corresponden a la atención del proceso.

8.2. Aseveró que el argumento atinente a la lesividad de la estipulación sobre los honorarios de éxito es igualmente incompleto, pues el Tribunal no precisó si la cláusula 10ª del contrato tenía esta connotación, ni declaró su nulidad como fundamento para negar las pretensiones. Agregó que la decisión del Consejo de Estado en la que se aprobó la conciliación celebrada entre el INCO y el abogado Fabricio Pinzón constituye un precedente sobre la legalidad de la estipulación de la comisión de éxito. Con base en esta consideración, argumentó que no hay razones que validen una respuesta judicial opuesta a una situación jurídica semejante. Agregó que la negativa del INCO a conciliar, lejos de justificar el tratamiento desigual, evidencia la arbitrariedad de la entidad que en un caso análogo concilió el pago de una comisión de éxito mayor y, en cambio, en el debatido en este proceso, se abstuvo de hacerlo forzando al contratista a acudir a la jurisdicción.

8.3. Finalmente, indicó que el Tribunal Administrativo, para arribar a la conclusión de que no se cumplió la condición a la que se sometió la obligación de pagar la comisión de éxito, no valoró el contenido del dictamen pericial que detalla cuáles fueron las pretensiones de Coviandes y la rebaja obtenida en el laudo. Así mismo, señaló que el Tribunal tampoco aplicó la consecuencia que la ley asigna al hecho de que la entidad demandada no objetara la estimación bajo juramento de la cuantía de las pretensiones.

9. El 5 de septiembre de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió el recurso de apelación<sup>1</sup>, el cual fue admitido por esta Corporación el 23

---

<sup>1</sup> Folio 303, c. ppal.

de octubre del mismo año<sup>2</sup>. El 14 de enero de 2014 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto<sup>3</sup>.

10. En sus alegatos, además de insistir en los argumentos del recurso de apelación, el demandante señaló que aunque el INCO no formuló la excepción de nulidad ni el Tribunal la declaró, la cláusula 10ª del contrato es válida y no tiene objeto ilícito, pues no contraviene ninguna norma legal de contenido prohibitivo. Por otra parte, adujo que el salvamento de voto a la providencia en la que se aprobó un acuerdo conciliatorio sobre una materia similar no tiene el carácter de precedente y los razonamientos que allí se expusieron no soportan la decisión adoptada por el Tribunal<sup>4</sup>.

11. La demandada, por su parte, insistió en los argumentos que expresó en los alegatos presentados en la primera instancia<sup>5</sup>. En primer lugar, señaló que en las pretensiones de condena de Coviandes no se hizo referencia a valores concretos, sino a las sumas que resultaran probadas; con base en ello, indicó que no hubo reducción alguna, pues las condenas que pronunció el Tribunal Arbitral corresponden a lo demostrado en el proceso. En segundo lugar, indicó que no hubo rebaja porque las condenas que impuso el Tribunal Arbitral son superiores a la suma en que Coviandes estimó la cuantía del proceso. En tercer lugar, adujo que no se cumplió la condición pactada, pues el resultado del proceso arbitral no tiene su causa en la “*actuación profesional y especializada*” del demandante. Finalmente, aseveró que la prima de éxito reclamada, que implica un incremento del 2000% frente al valor de los honorarios fijos, viola los principios de legalidad, planeación y protección del patrimonio público, de suerte que el juez del contrato debe “*determinar el alcance real y justo de la cláusula*”. El Ministerio Público guardó silencio.

### **III. CONSIDERACIONES**

#### **Jurisdicción y competencia**

12. Según el artículo 82 del CCA, la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias originadas en la actividad de las entidades públicas. De otro lado, el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 establece que el juez competente para conocer los litigios derivados de los contratos estatales es la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La controversia entre las partes atañe al cumplimiento de un contrato que se califica como estatal, pues fue celebrado por una entidad pública: el Instituto Nacional de Concesiones<sup>6</sup>. Por lo tanto, a esta jurisdicción le compete resolver la controversia.

---

<sup>2</sup> Folio 307, c. ppal.

<sup>3</sup> Folio 309, c. ppal.

<sup>4</sup> Folios 310 a 350, c. ppal.

<sup>5</sup> Folios 351 a 317, c. ppal.

<sup>6</sup> Mediante el Decreto Ley 1800 del 26 de junio de 2003 se creó el Instituto Nacional de Concesiones – INCO como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa y financiera. Posteriormente, el Decreto Ley 4165 de 2011 (art. 1º) dispuso cambiar la naturaleza jurídica del INCO de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de naturaleza especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, la cual pasó a denominarse Agencia Nacional de Infraestructura.

13. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 129 del CCA, el Consejo de Estado es competente para conocer en segunda instancia las apelaciones de las sentencias dictadas por los tribunales administrativos. El numeral 5º del artículo 132 del mismo estatuto establece que los tribunales administrativos conocen en primera instancia de los asuntos referentes a los contratos de las entidades estatales, cuando la cuantía exceda los 500 SMMLV. En la fecha de presentación de la demanda, 27 de septiembre de 2010, esta cuantía equivalía a \$257'500.000. El valor de la suma de todas las pretensiones es superior, \$2.717'023.680; en consecuencia, la Sala es competente para resolver el recurso, pues el proceso tiene vocación de doble instancia.

### **El objeto de la apelación**

14. Con el objeto de resolver el recurso de apelación, se analizará si las pruebas que obran en el expediente, y en particular el dictamen pericial aportado por el demandante, demuestran que el laudo proferido por el Tribunal de Arbitraje implicó, en los términos de la cláusula 10ª del contrato de prestación de servicios, una reducción o rebaja de las pretensiones formuladas por Coviandes.

15. De encontrarse que el laudo arbitral significó para el INCO una reducción de las pretensiones formuladas por Coviandes, se analizará si, a pesar de ello, el INCO no estaba obligado a pagar la comisión de éxito, porque (i) el demandante “*no realizó ninguna labor diferente a la establecida en sus funciones*” y (ii) porque el resultado obtenido en el proceso arbitral no fue el producto de su gestión profesional.

### **Cuestión previa**

16. Antes de abordar los problemas enunciados, es necesario pronunciarse sobre algunas referencias indirectas que la sentencia impugnada hizo en relación con la validez de la cláusula 10ª del contrato. El INCO, en la contestación de la demanda, no formuló como excepción de mérito la nulidad de esa cláusula. El Tribunal tampoco pronunció de oficio esa declaración como fundamento para negar las pretensiones, tal y como se deduce de la parte resolutive de la sentencia. A pesar de eso, en la motivación del fallo, el Tribunal reprodujo los argumentos que se expresaron en el salvamento de voto a un auto en el que la Sección Tercera del Consejo de Estado aprobó un acuerdo conciliatorio sobre el pago de una comisión de éxito pactada en otro contrato de prestación de servicios celebrado por el INCO, en términos similares a los del contrato en el que se originó este litigio.

17. La tesis que se planteó en el salvamento de voto, según la cual la cláusula en la que se pactó la comisión de éxito tenía objeto ilícito, no constituye la razón de la decisión impugnada en este proceso: tales referencias no pasan de ser un dicho al pasar (*obiter dictum*). Esto obedece a que los argumentos que se plantearon en el salvamento de voto no fueron la premisa jurídica del razonamiento que llevó a cabo el Tribunal para negar las pretensiones, pues, como ya se dijo, no declaró la nulidad de la cláusula 10ª. Por esta razón, el objeto de la apelación no se encuentra dirigido a establecer si esa estipulación tiene objeto ilícito.

18. Además, aunque esta Sala tendría competencia para definir sobre la validez de tal cláusula, no se reúnen los presupuestos para declarar de oficio su nulidad, manifestación que se hace ante la distorsión que generó el razonamiento del Tribunal al querer apoyarse en el citado salvamento de voto para emitir consideraciones con el fin ya reseñado.

19. Y es que, con fundamento en los artículos 1742 del Código Civil y 87 del CCA<sup>7</sup>, se ha dicho que para declarar de oficio la nulidad de un contrato o de una de sus estipulaciones, se requiere que (i) el vicio que estructura la causal de nulidad sea palmario o surja de bulto, (ii) que el contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones y, (iii) que al proceso hayan concurrido las partes del contrato o sus causahabientes<sup>8</sup>. En este caso, no aparece de manifiesto que la cláusula 10<sup>a</sup> sea nula.

20. La nulidad de la estipulación cuyo cumplimiento se debate no es manifiesta o palmaria, **en primer lugar, porque la obligación de pagar una comisión de éxito a un mandatario judicial no contraviene una norma imperativa, ni su pacto está prohibido por la ley; es decir, no tiene objeto ilícito**<sup>9</sup>. En segundo lugar, en el expediente no hay pruebas que permitan inferir que el motivo que indujo a pactar esta obligación vulnera una norma de orden público, o sea, no tiene causa ilícita<sup>10</sup>. Y, finalmente, tampoco hay prueba que se relacione con los hechos que estructuran las causales de nulidad previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993<sup>11</sup>.

21. Pero aun si se construyera una regla prohibitiva a partir de principios legales, no sería procedente anular de oficio la cláusula 10<sup>a</sup> del contrato<sup>12</sup>. Por un lado, la ley no contempla parámetros únicos sobre la proporcionalidad de una comisión de éxito y en el expediente no obran estudios que permitan inferir que el porcentaje pactado (3%) superó injustificadamente los precios de mercado. En este punto, es oportuno mencionar que en el salvamento de voto se indicó que la cláusula del contrato celebrado con el abogado Fabricio Pinzón era ilícita porque la comisión de éxito (5%), además de excluir el IVA, se causaba con independencia de la forma de

---

<sup>7</sup> Código Civil, art. 1742. “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”. CCA, art. 87 (modificado por la Ley 446 de 1998): “El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”.

<sup>8</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de febrero de 2019. Exp. 61.720. C.P. Marta Nubia Velásquez. Consideración jurídica 7.

<sup>9</sup> Código Civil, arts. 1519 a 1523.

<sup>10</sup> Código Civil, art. 1524.

<sup>11</sup> Ley 80 de 1993, art. 44: “Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: 1) Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2) Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; 3) Se celebren con abuso o desviación de poder; 4) Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y, 5) e hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley”.

<sup>12</sup> Por ello, la Sala no se ocupará del estudio de las posturas jurisprudenciales sobre la configuración de causales de nulidad absoluta (particularmente la de objeto ilícito) en razón de la vulneración de principios de rango legal (disposiciones que, por definición, son genéricas, o bien tiene un antecedente abierto, o bien son derrotables).

terminación del proceso (que en ese caso terminó con una conciliación). En contraste, en el contrato celebrado con el demandante, Mario Alario Méndez, se pactó un porcentaje menor (3%) y se distinguió la forma de terminación del proceso, ya que si se lograba una conciliación la comisión se reducía al 1.5%. Más aún, en el salvamento de voto, para establecer la razonabilidad de la comisión de éxito, se tomó como parámetro de comparación el contrato celebrado con el demandante en este proceso. O sea, se partió de la base que la comisión pactada en este caso no era lesiva para la entidad.

22. En conclusión, la Sala analizará si se cumplió la condición pactada en la cláusula 10ª del contrato para exigir el pago de la comisión de éxito, pues no hay razones para declarar de oficio su nulidad y, por tanto, produce plenos efectos jurídicos. El juez del contrato no puede desconocer la obligatoriedad de esta estipulación, so pretexto de establecer, como adujo el INCO, “*el alcance real y justo*” del precio pactado. Salvo precisas excepciones legales<sup>13</sup> que no son aplicables en este caso, las prestaciones que las partes acuerdan se miran como equivalentes según el artículo 1498 del Código Civil, y este acuerdo es una ley para ellas pero también para el juez, como se deduce del artículo 1602 del mismo estatuto.

### **Análisis del caso**

#### **El resultado del proceso arbitral convocado por Coviandes en contra del INCO: la condición a la que se sometió la obligación de pagar la comisión de éxito**

23. El apelante manifestó su disenso con la conclusión del Tribunal según la cual no se cumplió la condición a la que se sujetó el nacimiento de la obligación de pagar la comisión de éxito, porque las pretensiones de la demanda contra el INCO no fueron reducidas o rebajadas en el laudo arbitral. Para resolver este punto, la Sala partirá del texto de la cláusula 10ª del contrato:

*“CLÁUSULA DÉCIMA – ÉXITO DE LA GESTIÓN: Por los resultados de la gestión que adelante el CONTRATISTA a favor del INCO, se le reconocerá una suma equivalente al 3% incluido IVA, del valor en que sean reducidas o rebajadas las pretensiones. O una suma equivalente al 3% incluido IVA del valor que sea condenado alguno de los demandantes en el caso que se presente demanda de reconvención”<sup>14</sup>.*

24. Como se ve, el nacimiento de la obligación del INCO se sometió a una condición suspensiva, consistente en que se redujeran o rebajaran las pretensiones que formuló Coviandes. El objeto de esta obligación era pagar una suma de dinero equivalente al 3% del monto en que fueran disminuidas las pretensiones. Dicho de otro modo, la comisión de éxito se calculaba aplicando el porcentaje pactado sobre la diferencia entre (i) el valor de las pretensiones de la demanda de Coviandes y (ii) el valor de las condenas que se impusieran en el laudo arbitral contra la entidad.

---

<sup>13</sup> Por ejemplo, las normas que regulan la rescisión del contrato por lesión enorme (Código Civil, arts. 1946 a 1954), el precio o canon del arrendamiento de vivienda urbana (Ley 820 de 2003, arts. 18 y 20) y el precio irrisorio (Código de Comercio, arts. 872 y 920).

<sup>14</sup> Folio 3, c. 3.

25. La controversia en este punto recae sobre el valor de las pretensiones de la demanda de Coviandes, cantidad de la que debía restarse el valor de las condenas impuestas en el laudo para establecer la diferencia y determinar si hubo una disminución. El valor de la condena (\$15.574'042.113) que según la sentencia apelada se impuso al INCO no fue debatido por el apelante y, además, se soporta en el texto del laudo arbitral que fue aportado al expediente<sup>15</sup>.

26. El Tribunal Administrativo concluyó que el valor de las pretensiones que formuló Coviandes era de \$12.417'642.390 y, como es mayor el valor de las condenas que pronunció el panel arbitral, no se generó una rebaja en virtud de la cual naciera la obligación de pagar la comisión de éxito. Por las razones que se pasan a explicar, la Sala no comparte esta conclusión. Como se indicó en el recurso, las pruebas que obran en el expediente acreditan que el valor de las pretensiones de Coviandes era mayor y que el INCO sí obtuvo una reducción en razón de lo decidido por el Tribunal Arbitral.

27. Las pretensiones que Coviandes formuló fueron las siguientes:

*“1.1 Que se declare que el INCO es responsable ante el CONCESIONARIO por los daños y perjuicios futuros y ciertos derivados de la ejecución del Contrato de Concesión (...) y sus modificatorios y de la reclamación de 11 de agosto de 2005, formulada al CONCESIONARIO por parte de DRAGADOS OBRAS Y PROYECTOS S.A.*

*1.2. Que en consecuencia y debido a que el CONCESIONARIO no fue el causante de los daños y perjuicios que le han sido reclamados por parte de DRAGADOS, OBRAS Y PROYECTOS S.A. en la citada reclamación de 11 de agosto de 2005, se declare que el INCO debe reconocerle los valores, costos, extracostos y perjuicios que resulten de los siguientes conceptos: Iluminación de los accesos al Túnel de Boquerón; delineadores de ruta y señales verticales; estabilidad del muro del 70+200; sistemas de seguridad del Túnel; sobrecostos por la demora en la entrega de los predios; y régimen de garantías contractual.*

*1.3. Que, así mismo y en relación con el régimen de garantías contractual, declare lo siguiente: 1.3.1 Que el manejo de las inestabilidades de los tramos 2 y 3, hizo fracasar los supuestos e hipótesis que las partes tuvieron en cuenta al momento de convenir el régimen de garantías pactado en literal b del acuerdo sexto del 'ACTA DE COMPROMISO PARA LA INICIACIÓN DE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN (...)' del 19 de abril de 1996. 1.3.2. Que el régimen de garantías pactado en literal b del acuerdo sexto del 'ACTA DE COMPROMISO PARA LA INICIACIÓN DE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN (...)' resultó inidóneo para regular el riesgo constructivo normal y previsible asumido por las partes en dicho documento, pues dio lugar a un desfase en los tramos 2 y 3, equivalente a \$9.447.217.135 de junio de 1994. 1.3.3. Que el anterior desfase*

---

<sup>15</sup> Folios 150 a 203, c. 3. Dice el laudo: “SEXTO: Como consecuencia de las pretensiones anteriores, condenar al (...) INCO a pagar a la sociedad Coviandes S.A dentro de los treinta (30) días contados a partir de la fecha de la ejecutoria de esta Laudo, las siguientes sumas de dinero que incluyen la actualización monetaria: -La suma de (...) \$873.195.973, que incluye la actualización monetaria hasta la fecha de este laudo, por los costos de iluminación de los accesos al Túnel de Boquerón, delineadores de ruta y señales verticales (...). -La suma de (...) \$108.156.618, que incluye la actualización monetaria hasta la fecha de este laudo, por los costos relativos a la estabilidad del muro del 70+200. -La suma de (...) \$2.807.874.327, que incluye la actualización monetaria hasta la fecha de este laudo, por sobrecostos derivados de la demora en la entrega de los predios. - La suma de (...) \$10.669.619.742, que incluye la actualización monetaria hasta la fecha de este laudo, por los costos generados por las mayores cantidades de obra, a causa de las inestabilidades de los tramos 2 y 3. -La suma de (...) \$1.115.195.453 que incluye actualización monetaria hasta la fecha de este laudo, por concepto del pago incompleto al concesionario de las sumas correspondientes a las mayores cantidades de obra, reclamadas en el escrito de reforma de la demanda”.

es anormal e imprevisible. 1.3.4. Que el CONCESIONARIO no está obligado a asumir la totalidad del desfase, pues de ser así, se generaría en su contra una mayor onerosidad del Contrato de Concesión y un rompimiento del equilibrio económico de dicho contrato.

1.4 Que, en razón de la imprevisibilidad y anormalidad del desfase, se revise o corrija el régimen de garantías pactado (...)

1.5. Que para tales efectos, se proceda así: 1.5.1. Que las mayores cantidades de obra objeto de la aplicación del régimen de garantías a que se refiere la pretensión anterior, se calculen tomando como base no los diseños iniciales aprobados por el INVÍAS, sino los diseños definitivos aprobados por dicha entidad y efectivamente ejecutados por el CONCESIONARIO, reconociendo a éste la suma de \$1.167.705.555 de junio de 1994. 1.5.2. Que se ordene que el mayor valor que resulte entre el valor estimado en los diseños iniciales aprobados por el INVÍAS (\$63.859.865.901 de junio de 1994) y el valor calculado en los diseños definitivos aprobados también por dicha entidad y ejecutados por el CONCESIONARIO (\$72.918.182.297 de junio de 1994), se reconozca y pague como obra básica reconociendo adicionalmente al CONCESIONARIO la suma de \$9.058.316.396, para un gran total de \$10.226.021.951 de junio de 1994.

1.6 Pretensión subsidiaria de la pretensión principal 1.5 y de sus apartes 1.5.1 y 1.5.2: (...) se ordene a las partes compartir el desfase anormal e imprevisible resultante de la aplicación del régimen de garantías a que se refiere a la pretensión 1.4, o sea, la suma de \$9.447.217.135 de junio de 1994, disponiendo que dicho desfase debe ser asumido por las mismas atendiendo la proporción establecida para los tramos 2 y 3 en el laudo arbitral de 29 de junio de 2004 (...)

[1.7. Que se declare en relación con las liquidaciones, abonos y cancelaciones contenidos en las Actas de Acuerdo 20 y 21 de 22 y 29 de diciembre de 1999 y en las Actas de pago de 21 de diciembre de 2001, 22 de noviembre de 2002, 19 de mayo de 2003 y 23 de junio de 2004, lo siguiente: 1.7.1 Que no se le pagaron al CONCESIONARIO la totalidad de la sumas de que éste era titular por concepto de la ejecución de mayores cantidades de obras (...) 1.7.2 Que por lo anterior son procedentes las salvedades consignadas por el CONCESIONARIO en las Actas (...) 1.7.3 Que por tal razón y sin perjuicio de la condena solicitada en el aparte 2 de la demanda, se le reconozca al CONCESIONARIO la diferencia entre la liquidación realizada por el INVÍAS en las mencionadas Actas de pago y la que sea legal y contractualmente procedente y resulte probada, diferencia que asciende a 18 de mayo de 2006 a \$1.023.914.884]<sup>16</sup>.

2. Pretensiones de condena: 2.1 Que se condene al INCO a pagar al CONCESIONARIO los valores, costos, extracostos y perjuicios que resulten probados en el proceso y que sean consecuencia del reconocimiento judicial de las pretensiones anteriores. 2.2. Que las sumas que resulten de las pretensiones de condena se actualicen debidamente mediante la aplicación del IPC que sea certificado por el DANE. 2.3 Que, igualmente, respecto de cualquier suma que resulten favor del CONCESIONARIO, se liquiden intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada o, subsidiariamente, los intereses que sean decretados por el Tribunal. 2.4. Que se condene al INCO a pagar todas las costas del proceso y las agencias en derecho. 2.5. Que el INCO debe dar cumplimiento al laudo arbitral dentro de un término no mayor de treinta (30) días, contados a partir de su fecha de ejecutoria. 2.6 Que se ordene al INCO reconocer al CONCESIONARIO sobre las sumas objeto de la eventual

---

<sup>16</sup> Folios 20 a 22, c. 3. La pretensión 1.7 fue adicionada por Coviandes en memorial del 23 de mayo de 2006 (Folio 65, c. 3).

*condena, intereses comerciales moratorios a partir de la ejecutoria del laudo, tal como lo prescribe el artículo 177 del CCA y lo ha ordenado la Corte Constitucional en la sentencia C-188/99”.*

28. Según se deduce del texto transcrito, Coviandes pidió que el INCO fuera condenado a pagar los “valores, costos, extracostos y perjuicios” correspondientes a los siguientes conceptos: (i) los de la iluminación de los accesos al Túnel de Boquerón; (ii) los de los delineadores de ruta y señales verticales; (iii) los de estabilidad del muro ubicado en la abscisa 70+200; (iv) los del sistema de seguridad del Túnel Boquerón; (v) los derivados del retraso en la entrega de predios; (vi) los derivados de la inidoneidad del régimen de garantías pactado para regular el riesgo constructivo normal y previsible; y (vii) los correspondientes al pago incompleto de las sumas a las que tenía derecho por las mayores cantidades de obra.

29. Si bien en la pretensión 2ª no se especificó el valor de estas siete partidas, su cuantía sí está contenida en la demanda. En efecto, en el hecho 2.3 de la referida demanda, en el que se reprodujo el contenido de la reclamación que Dragados, Construcciones y Proyectos S.A –constructor de la obra– le presentó al concesionario y cuyo valor pidió trasladar al INCO con el argumento de que constituían “daños futuros y ciertos”, se precisó su valor del siguiente modo<sup>17</sup>: (i) iluminación de los accesos al Túnel de Boquerón: \$196’485.313 de junio de 1994; (ii) delineadores de ruta y señales verticales: \$36’277.556 de junio de 1994; (iii) estabilidad del muro del 70+200: \$288’298.185 de junio de 1994; (iv) sistema de seguridad contra incendios del Túnel Boquerón: \$257’696.400 de junio de 1994; y, (v) sobrecostos por demora en la entrega de predios: \$1.496’958.081<sup>18</sup>.

30. El valor de las restantes dos condenas pedidas por Coviandes se expresó concretamente en las pretensiones 1.5 y 1.7 de su demanda, transcritas anteriormente. La correspondiente a (vi) la inidoneidad del régimen de garantías para regular el riesgo constructivo normal y previsible equivalía a \$10.226’021.951 de junio de 1994, que se discriminó así: (a) \$1.167’705.555 de junio de 1994 que resultan de calcular el valor de la garantía por mayor cantidad de obra con los diseños definitivos y no con los diseños iniciales y (b) \$9.058’316.396 que resulta de pagar como obra básica la diferencia entre el costo de las obras según los diseños iniciales y los diseños definitivos. Por otra parte, la pretensión correspondiente al (vii) pago incompleto de las sumas a las que tenía derecho el concesionario por las mayores cantidades de obra se estimó expresamente en \$1.023’914.884 de mayo de 2006.

31. La sumatoria del valor de las pretensiones (i) a (vi) –que se expresaron a valores de junio de 1994– actualizado desde esa fecha (junio de 1994) hasta la fecha de presentación de la demanda de Coviandes (13 de septiembre de 2005)<sup>19</sup>, pone de relieve que el valor de las pretensiones era mucho mayor al que indicó el Tribunal Administrativo (\$12.417’642.390). En otras palabras, pone de presente que

---

<sup>17</sup> Folio 24, c. 3.

<sup>18</sup> En el laudo arbitral, al introducir cada uno de los asuntos litigiosos, el Tribunal ratificó que estos fueron los valores que se debatieron entre las partes (Folios 156 a 161, c. 3).

<sup>19</sup> Esta fecha se consignó en el sello de presentación que impuso la Cámara de Comercio (folio 20, c. 3) y coincide con la indicada por el Tribunal Arbitral en el numeral 1.4.1 del laudo (folio 151, c. 3).

se cumplió la condición a la que se sometió la obligación de pagar la comisión de éxito<sup>20</sup>:

Pretensión	Valor histórico de la pretensión	IPC inicial (de la pretensión)	IPC final (de la fecha de la demanda de Coviandes)	Factor de actualización	Valor actualizado de la pretensión (a la fecha de la demanda de Coviandes)
(i) Iluminación de los accesos al Túnel de Boquerón	\$ 196.485.313,000	46,871	160,501	3,424	\$ 672.826.226,678
(ii) Delineadores de ruta y señales verticales	\$ 36.277.556,000	46,871	160,501	3,424	\$ 124.225.524,768
(iii) Estabilidad del muro del 70+200	\$ 288.298.185,000	46,871	160,501	3,424	\$ 987.221.777,598
(iv) Sistema de seguridad del Túnel Boquerón	\$ 257.696.400,000	46,871	160,501	3,424	\$ 882.431.840,799
(v) Sobrecostos por demora en la entrega de predios	\$ 1.496.958.081,000	46,871	160,501	3,424	\$ 5.126.045.513,310
(vi) Inidoneidad del régimen de garantías para regular el riesgo constructivo	\$ 10.226.021.951,000	46,871	160,501	3,424	\$ 35.017.048.644,351
				Valor total	\$ 42.809.799.528

32. La conclusión que se acaba de expresar demuestra que el reparo a la sentencia apelada está justificado. Para cuantificar el valor de las pretensiones de Coviandes y establecer si se generó una rebaja en el laudo, el Tribunal hizo una suma simple de las cifras que se expresaron en las pretensiones 1.5.1 (\$1.167'705.555 de junio de 1994), 1.5.2 (\$10.226'021.951 de junio de 1994) y 1.7 (\$1'023.914.884 de mayo de 2006), lo que arrojó el valor de \$12.417'642.390 (par 7.3 *supra*). No obstante, esta operación es errónea por tres razones.

33. En primer lugar, porque para totalizar el valor de las pretensiones se hizo una suma simple de magnitudes monetarias que se expresaron en fechas diferentes (junio de 1994 y mayo de 2006), las cuales no fueron actualizadas. En segundo lugar, es errónea porque se sumó doblemente una misma cifra, ya que el valor de \$10.226'021.951 de junio de 1994 que se pidió en virtud de la llamada "*inidoneidad del régimen de garantías*" incluía la suma de \$1.167'705.555 de junio de 1994, tal y como se indicó antes (párr. 30 *supra*). Y, finalmente, es errónea porque el Tribunal no consideró el valor de las pretensiones relativas a los "*valores, costos, extracostos y perjuicios*" referidos a (i) la iluminación de los accesos al Túnel de Boquerón; (ii) los delineadores de ruta y señales verticales; (iii) la estabilización del muro ubicado en la abscisa 70+200; (iv) los costos del sistema de seguridad del Túnel Boquerón; y (v) los sobrecostos por demora en la entrega de predios.

34. Por otra parte, la Sala no considera atendible el argumento que planteó el INCO en el sentido de que la condición no se cumplió porque en las pretensiones

<sup>20</sup> La actualización se calculó con los índices de precios al consumidor certificados por el DANE entre 1992 y 2007 (diciembre de 1998=100), los cuales fueron tenidos en cuenta por el Tribunal Arbitral en su laudo y por el perito contable en el dictamen aportado por la parte demandante ([https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/ipc/IPC\\_Indices\\_oct07.xls](https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/ipc/IPC_Indices_oct07.xls)). Los cocientes (factores para actualizar y deflactar) resultantes de tomar la información certificada por el DANE en esa época tienen mínimas diferencias (en centésimas) respecto de los que resultan de tomar los índices certificados por el DANE con la base de cálculo vigente (diciembre de 2008=100). Como el Tribunal Arbitral actualizó las condenas con fundamento en la base de cálculo vigente en la fecha de expedición del laudo (diciembre de 1998=100), la Sala hará lo propio para llevar a cabo las operaciones de actualización.

de condena se usó la expresión “*que resulten probados en el proceso*” y, como el Tribunal condenó por los valores que se probaron en el proceso, no hubo rebaja. Este planteamiento no es de recibo porque esa expresión no significa que el valor de las pretensiones que formuló Coviandes fuera indeterminado o indeterminable. Como se acaba de explicar, su valor total se expresó claramente en el petitorio y en los hechos de la demanda. La inclusión de esa expresión, bastante extendida en la técnica de redacción de pretensiones, tenía un efecto diferente: habilitar al Tribunal para pronunciar condenas por una cuantía mayor a la indicada, sin incurrir en una decisión *ultra petita*.

35. Así mismo, esta interpretación del contrato no se aviene al principio según el cual el sentido en que una cláusula produzca algún efecto debe preferirse a aquel que no lo produzca<sup>21</sup>. Bajo la lectura de la demandada, la cláusula 10ª del contrato habría sido inaplicable desde el momento en que fue extendida, porque la condición era de imposible realización. Sin embargo, esta interpretación no es consistente con el hecho de que las partes celebraron el contrato de prestación de servicios y pactaron la comisión de éxito después de la presentación de la demanda de Coviandes, es decir, bajo el supuesto de que al expedirse el laudo podía generarse una rebaja<sup>22</sup>. Igualmente, contradice la aplicación práctica del contrato que hizo el INCO, pues, como se deduce de la comunicación 006239 del 28 de abril de 2006, la entidad le solicitó a su apoderado un informe sobre el valor de las pretensiones de la demanda para presentárselo a la Contraloría General de la República<sup>23</sup>. Así, en la aplicación del contrato, la entidad se condujo bajo el supuesto de que las pretensiones de Coviandes sí podían valorarse con el fin de tasar la comisión de éxito.

36. Tampoco es de recibo el argumento según el cual no hubo una rebaja en el laudo, porque Coviandes estimó la cuantía en una suma inferior a las condenas que pronunció el Tribunal Arbitral. La cifra (\$10.226'021.951 de junio de 1994) que aparece en el acápite VI de la demanda corresponde únicamente “*al valor de la pretensión mayor*” y fue incluida por Coviandes para dar cumplimiento al requisito de admisibilidad previsto en el numeral 8º del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil (estimación de la cuantía del proceso), vigente en esa época. De hecho, Coviandes señaló: “*Sobra decir que la anterior cuantificación se hace para efectos procesales y que la misma no implica limitación alguna respecto de las pretensiones de la demanda*”<sup>24</sup>. Sobre este aspecto, la Sala pone de presente que una cosa corresponde al valor de las pretensiones y otra a la estimación razonada de ellas, exigencia que resultaba apreciable bajo las normas del CCA y el CPC, con miras a la determinación de la competencia por el factor objetivo, pero que en trámites arbitrales resulta inane en la medida que la jurisdicción del Tribunal se define por el pacto arbitral y los elementos que lo componen.

37. En la medida que la sentencia impugnada incurrió en errores al tasar el valor de las pretensiones de Coviandes, la Sala efectuará este cálculo con base en la

---

<sup>21</sup> Código Civil, art. 1620.

<sup>22</sup> La demanda de Coviandes S.A se presentó el 13 de septiembre de 2005 (folio 20, c. 3), mientras que el contrato de prestación de servicios se perfeccionó el 30 de diciembre de 2005 (folio 5, c. 3).

<sup>23</sup> Folio 13, c. 4.

<sup>24</sup> Folio 40, c. 3.

siguiente metodología. En primer lugar, el valor de las pretensiones (i) a (vi) de Coviandes, que se expresó en pesos constantes de junio de 1994, se actualizará desde esa fecha (junio de 1994) hasta la fecha de presentación de la demanda de Coviandes (septiembre de 2005). En segundo lugar, para hacer comparable el valor actualizado de las pretensiones de Coviandes con las condenas que impuso el Tribunal Arbitral, los valores que se ordenaron pagar en el laudo, que se actualizaron con el IPC de mayo de 2007<sup>25</sup>, se deflactarán para expresarlos en valores de septiembre de 2005. Una vez hechas las anteriores operaciones, se calculará la diferencia entre el monto de las condenas que se impusieron en el laudo y el valor de las pretensiones de Coviandes y se aplicará el porcentaje de éxito pactado (3%). Los fundamentos de esta metodología se explican a continuación.

38. Tal y como se deduce de la cláusula 10ª del contrato, las partes pactaron que la comisión de éxito se calcularía sobre el valor en que fueran rebajadas las pretensiones que Coviandes formuló en su demanda; sin embargo, las partes no convinieron expresamente que estos honorarios se liquidarían sobre el *“valor que tuvieran dichas pretensiones en la fecha en que se dictara el laudo arbitral”*. Por lo tanto, si bien Coviandes pidió expresamente que se actualizaran dichas sumas, para el cálculo de la comisión de éxito pactada en favor del contratista, no es procedente su indexación hasta la fecha en que se profirió el laudo (14 de junio de 2007), sino hasta la fecha en que Coviandes presentó su demanda (13 de septiembre de 2005). Actualizar el valor de las pretensiones de Coviandes hasta la fecha del laudo supondría, materialmente, incluir en el contrato de prestación de servicios una fórmula de ajuste de los honorarios que se convinieron en favor del contratista, lo cual no se compadece con el hecho de que las partes no incluyeron una cláusula de esta naturaleza, la cual tampoco se presume incorporada al negocio.

39. A lo anterior se suma que el consentimiento que brindaron las dos partes se sustentó en la información con la que contaban en la fecha de perfeccionamiento del contrato de prestación de servicios (30 de diciembre de 2005), información que no era diferente al valor de la contingencia a la que estaba expuesta el INCO, esto es, al valor que tenían las pretensiones de Coviandes en la fecha en que presentó su demanda.

40. La anterior conclusión es consistente, además, con el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, el cual señala que en la interpretación de los contratos estatales se deben tener en cuenta los principios que rigen la actividad contractual de las entidades públicas. El artículo 25.13 de la Ley 80 de 1993, al regular los contenidos del principio de economía, establece que las entidades contratantes deben hacer las operaciones presupuestales para el pago de sus contratistas *“tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimado de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios”*. Como se indicó antes, las partes del contrato no pactaron una cláusula de actualización o ajuste; por consiguiente, se impone interpretar que, para calcular el valor de la comisión de éxito, se debe tomar como base el valor de las pretensiones

---

<sup>25</sup> En el laudo del 14 de junio de 2007, el Tribunal indicó que la actualización se hacía tomando como IPC final el de mayo de 2007 *“por ser la fecha del último dato de IPC disponible”* (folio 199, c. 3). Por esta razón, se usa el IPC de mayo de 2007.

en la fecha de la demanda de Coviandes, pues esta fue la causa para contratar los servicios profesionales del demandante.

41. Comoquiera que el valor de las pretensiones de Coviandes (base para liquidar la comisión de éxito) debe calcularse a la fecha en que se presentó dicha demanda, las condenas que impuso el Tribunal en el laudo proferido el 14 de junio de 2007 deben deflactarse con el fin de expresarlas a valores de septiembre de 2005. Esta operación responde a una consideración elemental sobre las relaciones de equivalencia: para calcular diferencias entre dos magnitudes monetarias, como en este caso, éstas deben expresarse en un mismo momento<sup>26</sup>.

42. Finalmente, antes de presentar los cálculos, la Sala precisa que para determinar la diferencia entre las pretensiones de Coviandes y las condenas pronunciadas en el laudo no se incluirá el valor de la pretensión (vii) atinente al pago incompleto de las mayores cantidades de obra, la cual se expresó en pesos de mayo de 2006, a diferencia de las pretensiones (i) a (vi) que se expresaron en pesos constantes de junio de 1994. Como el contratista reconoció en su demanda, respecto de esta condena no se produjo ninguna rebaja. Y en tanto que no hubo ninguna disminución, este componente no tiene incidencia en la base para calcular la comisión de éxito.

43. Conforme a los anteriores parámetros, la Sala empieza por actualizar el valor de las pretensiones (i) a (vi), tomando como IPC inicial el de junio de 1994 (valor en el que se expresaron las condenas en la demanda de Coviandes) y como IPC final el de septiembre de 2005 (mes en el que Coviandes presentó la demanda)<sup>27</sup>. Este primer paso arroja un valor total de \$42.809'799.528:

Pretensión	Valor histórico de la pretensión	IPC inicial (de la pretensión)	IPC final (de la fecha de la demanda de Coviandes)	Factor de actualización	Valor actualizado de la pretensión (a la fecha de la demanda de Coviandes)
(i) Iluminación de los accesos al Túnel de Boquerón	\$ 196.485.313,000	46,871	160,501	3,424	\$ 672.826.226,678
(ii) Delineadores de ruta y señales verticales	\$ 36.277.556,000	46,871	160,501	3,424	\$ 124.225.524,768
(iii) Estabilidad del muro del 70+200	\$ 288.298.185,000	46,871	160,501	3,424	\$ 987.221.777,598
(iv) Sistema de seguridad del Túnel Boquerón	\$ 257.696.400,000	46,871	160,501	3,424	\$ 882.431.840,799
(v) Sobrecostos por demora en la entrega de predios	\$ 1.496.958.081,000	46,871	160,501	3,424	\$ 5.126.045.513,310
(vi) Inidoneidad del régimen de garantías para regular el riesgo constructivo	\$ 10.226.021.951,000	46,871	160,501	3,424	\$ 35.017.048.644,351
				<b>Valor total</b>	<b>\$ 42.809.799.528</b>

44. En segundo lugar, la Sala deflacta el valor de las condenas que se impusieron en el laudo, teniendo en cuenta el IPC de mayo de 2007 (con fundamento en el cual

<sup>26</sup> Navarro Villareal, Julio. *Ingeniería Económica*. Bogotá D.C.: Pearson, 2013, p. 48.

<sup>27</sup> Valor actualizado de la pretensión = ([Valor histórico de la pretensión]\*[IPC septiembre de 2005/ IPC junio de 1994]).

el Tribunal ordenó el pago de las condenas) y el IPC de septiembre de 2005 (mes en el que Coviandes presentó la demanda)<sup>28</sup>:

Pretensión	Condena impuesta en el laudo	IPC mayo de 2007 (utilizado el laudo)	IPC septiembre de 2005 (fecha de la demanda)	Factor para deflactar	Valor deflactado a septiembre de 2005
(i) Iluminación de los accesos al Túnel de Boquerón y (ii) Delineadores de ruta y señales verticales	\$ 873.195.973,000	175,830	160,501	0,9128	\$ 797.067.826,876
(iii) Estabilidad del muro del 70+200	\$ 108.156.618,000	175,830	160,501	0,9128	\$ 98.727.162,215
(iv) Sistema de seguridad del Túnel Boquerón	\$ -	175,830	160,501	0,9128	\$ -
(v) Sobrecostos por demora en la entrega de predios	\$ 2.807.874.327,000	175,830	160,501	0,9128	\$ 2.563.074.449,683
(vi) Inidoneidad del régimen de garantías para regular el riesgo constructivo	\$ 10.669.619.742,000	175,830	160,501	0,9128	\$ 9.739.406.598,646
				<b>Total</b>	<b>13.198.276.037</b>

45. Finalmente, se calcula la diferencia entre el valor de las condenas y el valor de las pretensiones (i) a (vii), diferencia que equivale a la base para liquidar la comisión de éxito. Sobre esta base se aplica la tarifa pactada (3%), lo cual arroja el monto de la comisión:

Pretensión	Valor total de la pretensión (septiembre 2005)	Condena impuesta en el laudo (septiembre 2005)	Diferencia (rebaja)
(i) Iluminación de los accesos al Túnel de Boquerón y (ii) Delineadores de ruta y señales verticales	\$ 797.051.751	\$ 797.067.827	0
(iii) Estabilidad del muro del 70+200	\$ 987.221.778	\$ 98.727.162	888.494.615
(iv) Sistema de seguridad del Túnel Boquerón	\$ 882.431.841	\$ -	882.431.841
(v) Sobrecostos por demora en la entrega de predios	\$ 5.126.045.513	\$ 2.563.074.450	2.562.971.064
(vi) Inidoneidad del régimen de garantías para regular el riesgo constructivo	\$ 35.017.048.644	\$ 9.739.406.599	25.277.642.046
		<b>Total</b>	<b>29.611.539.566</b>
	Base comisión de éxito	29.611.539.566	
	Porcentaje comisión	3%	
	Valor comisión	888.346.187	

Nota: En el laudo arbitral, el Tribunal condenó por la suma de las pretensiones sobre (i) iluminación de los accesos del Túnel y (ii) delineadores de ruta y señales verticales. Por esa razón, en la segunda columna de este cuadro se suman las dos cifras actualizadas para hacer la comparación.

46. En resumen, la diferencia entre el valor de las pretensiones de Coviandes y la condena que se impuso en el laudo demuestra que hubo una disminución entre lo pedido por el actor y lo concedido por el Tribunal. De manera que se cumplió la

<sup>28</sup> Valor deflactado de la condena = ([Valor de la condena]\*[IPC septiembre de 2005/ IPC mayo de 2007]).

condición para el pago de la comisión de éxito, la cual asciende a \$888'346.187, incluido el valor del IVA, tal como fue pactado.

47. Ahora bien, como se deduce de la pretensión 2.3 de la demanda que dio origen al arbitraje, Coviandes pidió que respecto de cualquier suma que resultara a su favor se liquidaran intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada. Sobre este asunto se deben hacer varias consideraciones.

48. En el dictamen pericial financiero aportado por el demandante, la experta señaló: *“Para calcular los intereses moratorios reclamados por COVIANDES, las pretensiones, que están dadas en la demanda a precios de 1994, como se ha dicho, se traen a valor presente, con base en el IPC, a 25 de septiembre de 1999, porque en esa fecha se concluyó la etapa de construcción (COVIANDES e INCO suscribieron un acta de ‘Determinación del costo de construcción correspondientes a la obra básica del contrato, ejecutada a 25 de septiembre de 1999)’*<sup>29</sup>. Luego, para presentar los cálculos, adoptó la siguiente nomenclatura: denominó *“pretensión a”* a las condenas solicitadas tanto por la iluminación de los accesos al Túnel de Boquerón como por los delineadores de ruta y señales verticales; *“pretensión b”* a la condena pedida por concepto de la estabilidad del muro ubicado en la abscisa 70+200; *“pretensión c”* a la condena relativa a los costos del sistema de seguridad del Túnel Boquerón; *“pretensión d”* a la condena atinente a los sobrecostos por demora en la entrega de predios; *“pretensión e”* a la correspondiente a la inidoneidad del régimen de garantías para regular el riesgo constructivo; y *“pretensión f”* a la condena por el pago incompleto de las mayores cantidades de obra.

49. Sobre estas premisas, concluyó que el valor total de las pretensiones (incluyendo capital e intereses de mora) era de \$104.640'054.687, que la rebaja obtenida en el laudo fue de \$90.118'208.027 y que la comisión de éxito que se causó a favor del contratista fue de \$2.705'436.241:

<b>Pretensiones</b>	<b>Capital a</b>		<b>Intereses a 14/06/2007</b>	<b>Total pretensión</b>
	<b>Jun-94</b>	<b>Jun-07</b>		
a)	232.762.869	873.195.973	1.075.038.772	1.948.234.745
b)	288.298.185	1.081.533.387	1.331.534.227	2.413.067.614
c)	257.696.400	966.732.622	1.190.196.799	2.156.929.421
d)	1.496.958.081	5.615.748.653	6.913.851.782	12.529.600.435
e)	10.226.021.951	38.362.309.359	47.229.913.113	85.592.222.472
<b>Total</b>	<b>12.501.737.486</b>	<b>46.899.519.994</b>	<b>57.740.534.693</b>	<b>104.640.054.687</b>

<b>Pretensiones</b>	<b>Pretensiones a junio 14/2007</b>	<b>Condenas impuestas en el laudo</b>	<b>Reducción obtenida</b>
a)	1.948.234.745	873.195.973	1.075.038.772
b)	2.413.067.614	108.156.618	2.304.910.996
c)	2.156.929.421	0	2.156.929.421
d)	12.529.600.435	2.807.874.237	9.721.726.108
e)	85.592.222.472	10.669.619.472	74.922.602.730
<b>Total</b>	<b>104.640.054.687</b>	<b>14.458.846.660</b>	<b>90.181.208.027</b>

<sup>29</sup> Folio 557, c. 3.

<b>Concepto</b>	<b>Valor</b>
<i>Reducción obtenida</i>	90.181.208.027
<i>Honorarios</i>	3%
<b>Total</b>	<b>\$2.705.436.241</b>

50. La Sala no comparte el ejercicio pericial porque actualizó el valor de las pretensiones hasta la fecha de expedición del laudo, y no hasta la fecha de presentación de la demanda que era lo procedente según se explicó antes (párr. 38 *supra*). En adición a ello, por las razones que se pasan a exponer, se considera improcedente calcular los intereses sobre el valor actualizado del capital de las pretensiones de Coviandes desde el 25 de septiembre de 1999, como lo hizo el perito.

51. Según se deduce del texto de la pretensión 2.3 (párr. 27 *supra*), Coviandes pidió que se condenara al INCO al pago de los intereses comerciales de mora sobre el valor de las condenas solicitadas y, para ese fin, indicó expresamente cuál tasa debía aplicarse: *“la tasa más alta autorizada o, subsidiariamente, los intereses que sean decretados por el Tribunal”*. No obstante, en la pretensión no se expresó desde qué fecha debían liquidarse tales intereses y en los hechos de la demanda de Coviandes tampoco se precisó este punto.

52. El Tribunal Arbitral era el competente para desentrañar el contenido de la pretensión y por ello la Sala debería atenerse a lo que hubiera definido al respecto. El panel arbitral determinó que no era procedente el pago de intereses de mora porque las obligaciones del INCO nacieron con el laudo.

53. Así, el Tribunal Arbitral negó la condena al pago de intereses de mora con un solo argumento: *“se reconocerá la actualización monetaria, más [sic] no los intereses moratorios, comoquiera que sólo en esta fecha y en virtud de este laudo se define la responsabilidad y, por consiguiente, surge la prestación en lo que concierne a la cuestión litigiosa específicamente planteada”*. Planteamiento que ratificó así: *“la aplicación de la regla ‘in iliquidis mora non fit’ tampoco es pertinente en este asunto, en la medida en que las controversias específicamente planteadas son definidas en este laudo, por virtud del mismo se constituye la prestación respectiva”*<sup>30</sup>.

54. En definitiva, en el texto de la demanda y en el laudo arbitral no hay elementos que justifiquen la premisa de la que partió el perito para calcular los intereses de mora, esto es, que los mismos debían liquidarse sobre el valor del capital de las distintas pretensiones desde el 25 de septiembre de 1999, fecha en la cual se terminó la etapa de construcción del contrato de concesión y se firmó un acta para determinar el costo de la obra básica<sup>31</sup>. Si la obligación de pagar las sumas

<sup>30</sup> Folio 200, c. 3.

<sup>31</sup> Esta fecha tampoco puede inferirse, así sea indirectamente, del cuestionario que el perito contable absolvió en el trámite arbitral. La pregunta que se reprodujo en el dictamen no da ningún elemento de juicio, pues, lejos de definir una fecha precisa, se introduce un concepto diferente al interés de mora como es el costo de oportunidad: *“Actualización de las sumas históricas y cómputo y liquidación del costo de oportunidad que corresponde a las reclamaciones presentadas por DRAGADOS, OBRAS Y PROYECTOS S.A. contra el CONCESIONARIO en el documento de 11 de agosto de 2005 y, concretamente, las que son objeto de la demanda que dio origen al presente proceso”* (Folio 57, c. 3.).

debatidas en el proceso nació con el laudo, es decir, si tales obligaciones ni existían ni eran exigibles antes de su expedición, no existe ningún argumento plausible para concluir que las mismas estuvieran sometidas a un plazo que hubiera expirado el 25 de septiembre de 1999. Se repite: Coviandes no lo indicó así en su demanda y esto no se puede inferir de las piezas procesales del arbitraje que se aportaron al expediente.

55. En este contexto, no es posible establecer cuál habría sido el periodo por el que Coviandes solicitó el reconocimiento de intereses de mora, aspecto que no puede ser suplido por la Sala en este proceso, pues, además, ello supondría el estudio de la demanda, la defensa y demás aspectos que a no dudarlo escapan a la competencia de este tribunal, que se restringe a los aspectos relacionados con el contrato de prestación de servicios para la defensa judicial de la demandada.

56. De acuerdo con lo anterior, en este aspecto no es posible determinar si efectivamente se produjo una disminución o rebaja frente a la pretensión 2.3 de la demanda de Coviandes, pues, en los términos del artículo 25.13 de la Ley 80 de 1993, no hay elementos para determinar el valor de esta pretensión (contingencia del INCO) en el momento que se celebró el contrato. Esta ausencia no se suple con el dictamen aportado por el demandante, hoy que ya se surtió el proceso arbitral, ya que no hay elementos que justifiquen la premisa de la que partió el perito para su cálculo y la interpretación de la demanda de Coviandes no es materia de la prueba pericial. Por las anteriores razones, es improcedente adicionar intereses de mora para determinar la base de liquidación de la comisión de éxito. Así, la rebaja que se obtuvo en el laudo y los honorarios a los que tiene derecho el contratista corresponden a las sumas ya indicadas.

57. Antes de abordar el segundo problema que plantea el recurso de apelación, se debe precisar que el apoderado del demandante, *“de conformidad con lo dispuesto en el artículo 211 [sic] de la Ley 1395 de 2010”*, estimó bajo la gravedad de juramento el monto de los perjuicios en la suma de \$2.705'436.241, *“causada desde el 28 de enero de 2008, sobre la cual se generan intereses de mora a la tasa prevista en el artículo 4º numeral 8 de la ley 80 de 1993”*. El valor del juramento estimatorio que se incluyó en la demanda del contratista, Mario Alario Méndez, que es exactamente el mismo que calculó el perito en su dictamen, no fue objetado por el INCO en el término de traslado de la demanda.

58. El artículo 10º de la Ley 1395 de 2010, que modificó el artículo 211 del CPC, asignó una consecuencia legal a este supuesto fáctico: *“Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo”*. Ahora bien, el sintagma *“hará prueba de su monto [el de los perjuicios reclamados]”* no significa que el juez, si encuentra probado el perjuicio, deba condenar indefectiblemente por la cuantía estimada por el demandante.

59. La anterior conclusión se fundamenta en dos consideraciones. En primer lugar, la disposición analizada le confiere al juramento estimatorio valor probatorio, pero no establece una regla de conducencia o una tarifa legal. A diferencia de otras

disposiciones, como el artículo 265 del CPC que señala que “*la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos en que la ley requiere esa solemnidad*”, el artículo 10º de la Ley 1395 se limita a decir que el juramento “*hará prueba*” de lo cual no se infiere que sea la única conducente para condenar al pago de perjuicios cuando no es objetado. En segundo lugar, del texto de la disposición no se deduce que el legislador hubiera introducido una excepción al principio de que las pruebas deben ser apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Por lo tanto, el juez debe valorar todas las pruebas que obren en el expediente en relación con la cuantía de los perjuicios reclamados, así el juramento no sea objetado<sup>32</sup>.

60. A lo anterior se agrega que la aplicación del juramento estimatorio debe atemperarse a las reglas y principios que informan el proceso contencioso administrativo, pues el artículo 168 del CCA establece que las normas del CPC sobre los medios de prueba se aplican siempre que no sean incompatibles con su regulación. Al respecto, se debe precisar que el artículo 144 del CCA, al regular el contenido de la contestación de la demanda, no hizo ninguna mención en relación con el juramento estimatorio, y no hay una norma expresa en el CCA que consagre esa carga procesal. En este contexto, se debe tener en cuenta que la facultad de comprometer el interés público y el patrimonio del Estado no puede fundarse exclusivamente en la adopción de conductas procesales de la entidad pública (activas u omisivas), salvo disposición expresa en contrario, pues de otro modo se socavarían las bases de la competencia de la Administración y el principio de legalidad. En consecuencia, el hecho de que la entidad pública no objete la estimación jurada de los perjuicios reclamados no puede implicar, sin más, que el juez deba condenar por el valor estimado por el demandante, máxime si las pruebas recaudadas acreditan una cuantía menor del perjuicio, lo cual ocurre en este caso.

61. Esta interpretación se basa en el mismo principio que fundamenta el artículo 199 del CPC, el cual establece que no vale la confesión de los representantes judiciales de la Nación y los establecimientos públicos. Ese principio (*ratio legis*) consiste en que el patrimonio del Estado no puede quedar comprometido con la sola declaración de sus agentes, pues esto es contrario al principio de legalidad de las actuaciones de la Administración<sup>33</sup>.

### **La gestión del apoderado como condición para el pago de la comisión de éxito**

62. El segundo reparo versa sobre la conclusión según la cual el demandante “*no realizó ninguna labor diferente a la establecida en sus funciones, es decir, contestó la demanda, aportó los documentos generados como antecedentes del contrato (...), sin mayor desplazamiento de labores adicionales a las pactadas en el numeral*

---

<sup>32</sup> El artículo 211 del CPC, modificado por el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010, señalaba en su segundo inciso que si la cantidad estimada excedía en un 30% “*de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al 10% de la diferencia*”. La “*regulación*” a la que hacía referencia esta oración se reguló en el inciso primero en los siguientes términos: “*El juez, de oficio, podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión*”. En este caso, no se ordenó de oficio la regulación (sino que se valoraron otros medios de prueba aportados por el demandante) y la desestimación del juramento no tiene su origen en la sospecha de fraude o colusión. Por lo tanto, el supuesto fáctico para la imposición de la sanción no se configura.

<sup>33</sup> Cfr. Betancur Jaramillo, Carlos. Derecho Procesal Administrativo (4ª Ed.) Medellín: Librería Señal Editora, p. 354.

[cláusula] segundo”. Como indicó el apelante, el Tribunal, al desarrollar este aserto, afirmó que el apoderado del INCO no propuso en el proceso arbitral la excepción de cosa juzgada ni “aportó” dictámenes periciales para dar “*directrices diferentes y atacar las pretensiones [de Coviandes]*”.

63. La Sala no comparte este fundamento de la decisión. Las opiniones que pudiera tener el Tribunal sobre cuál era la mejor estrategia de defensa en el proceso arbitral al que fue convocado el INCO no pueden servir como fundamento para negar las pretensiones de la demanda, pues esa definición le corresponde al profesional del derecho que asume la representación de su cliente. Otras serían las consideraciones si el Tribunal hubiera concluido que el contratista incumplió sus obligaciones y que, por virtud de ese hecho, las pretensiones son improcedentes. Sin embargo, como registró el apelante, este no fue el fundamento de la decisión: la sentencia no dice que el apoderado de la entidad hubiera ejecutado defectuosamente sus obligaciones. La entidad demandada tampoco propuso como excepción la inexecución de las obligaciones de su contratista y mucho menos formuló una pretensión de resolución del contrato. Y, por supuesto, la decisión arbitral es producto de un debate judicial en el que interactúan parte actora y contradictora, a la luz de las reglas de contradicción, argumentación y prueba, por lo que dejar de atribuirle el éxito a la defensa, colocando el resultado obtenido en el escenario de la fatalidad, esto es, de lo que necesariamente debió ocurrir o a la mera suerte o los buenos oficios del Tribunal, entre otras hipótesis, resulta un despropósito para negar un resultado que sin duda se atribuye, entre otros factores, a la defensa y a la labor desarrollada.

64. Ahora bien; si se trata de negar el pago sobre la base de un deber incumplido, debió probarse que actuó sin la diligencia y cuidado ordinario que se emplean en negocios de esta naturaleza, pues la culpa del mandatario de la entidad no se presume. Las obligaciones que asumen los profesionales del derecho en el ámbito judicial son de medio. Esto quiere decir que deben poner su mejor esfuerzo al servicio de los intereses de su mandante, pero no garantizan un resultado determinado, máxime cuando dicha estipulación, según el artículo 34 de la Ley 1123 de 2007, constituye una falta de lealtad con el cliente<sup>34</sup>. La responsabilidad que se asume en desarrollo del encargo la define el artículo 2155 del Código Civil<sup>35</sup>: el mandatario responde hasta por la culpa leve en su encargo, aunque más estrictamente si es remunerado<sup>36</sup>. Responder por la culpa leve significa, en los

---

<sup>34</sup>Ley 1123, art. 34: “*Constituyen faltas de lealtad con el cliente: (...) b) Garantizar que de ser encargado de la gestión, habrá de obtener un resultado favorable*”. La aleatoriedad del fin perseguido por el acreedor, es decir, el hecho de que el resultado deseado no dependa de manera exclusiva de la conducta del deudor es uno de los criterios utilizados para la identificación de obligaciones de medio. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de octubre de 2005. Exp. 14.491. M.P Pedro Octavio Munar.

<sup>35</sup> El régimen jurídico al que se someten los contratos celebrados por profesionales del derecho se nutre de distintas disposiciones, que no se limitan a las relativas al acto de apoderamiento. Se integra por las normas contenidas en el título XXVIII del libro IV del Código Civil, relativas al mandato, y por las reglas que regulan el arrendamiento de servicios inmateriales (artículo 2069 del mismo Código). El artículo 2144 del Código Civil prevé que los servicios profesionales que suponen largos estudios y en los que esté unida la facultad de representar a otra persona se sujetarán a las normas del mandato. Sobre la integración del régimen jurídico del contrato celebrado para la representación judicial, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 30 de octubre de 2013. Exp. 32.720. C.P Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>36</sup> Dice el artículo 2155 del Código Civil: “*El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo. Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado. Por el contrario, si el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo, y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad que sobre él recaiga*”.

términos del artículo 63 del mismo Código, no emplear un cuidado y diligencia mediana en el ejercicio del encargo, aunque con un grado especial de esmero en consideración al carácter lucrativo del mandato.

65. En el expediente reposan los informes que periódicamente rindió el apoderado de la entidad y a los cuales se acompañaron los documentos correspondientes (contestación, alegatos, etc.)<sup>37</sup>. También hay prueba de que la entidad le pagó a su apoderado los honorarios fijos<sup>38</sup>, los cuales se causaban, según la cláusula 4ª del contrato, con la contestación de la demanda arbitral y la presentación de los alegatos de conclusión. Más aún, al expediente se aportó una certificación del 14 de junio de 2007, esto es, de la misma fecha en que se profirió el laudo, en la que el supervisor del contrato del INCO certificó “*que el doctor Mario Alario Méndez (...) viene cumpliendo a satisfacción con el objeto del contrato de prestación de servicios*”<sup>39</sup>. En contraste, no hay documentos contemporáneos al arbitraje u otros medios de prueba que acrediten la inconformidad del INCO con la orientación de la estrategia de defensa que adoptó el apoderado, o actuaciones negligentes de su parte en desarrollo del proceso.

66. Igualmente, no hay elementos de juicio para afirmar que el hecho de que el contratista no hubiera solicitado el decreto y práctica de pruebas periciales constituya una negligencia de su parte. El Tribunal Administrativo dio por sentado que el abogado debió pedir la práctica de pruebas periciales, pero no explicó las razones que sustentaban esta afirmación. Esta inferencia tampoco puede hacerse indirectamente, pues en el expediente no obran los dictámenes periciales técnicos que se practicaron en el proceso arbitral, ni los documentos que contienen las actuaciones procesales que llevó a cabo el apoderado del INCO cuando se dio traslado de tales medios de prueba. En esas condiciones, no puede establecerse, por ejemplo, si hubo errores graves y palmarios respecto de los cuales el apoderado debió formular una objeción o solicitar la práctica de una pericia como prueba de ésta, los que aún de haberse probado no se proyectan como elementos que supriman el derecho de obtener el pago de los honorarios acordados, en tanto que en estas materias aplican reglas de responsabilidad contractual diversas (perjuicios; compensaciones, etc.).

67. Por otra parte, en lo referente a la cosa juzgada, las consideraciones expresadas por el Tribunal tampoco están justificadas. Es cierto que en la contestación de la demanda que presentó el apoderado no se formuló expresamente la excepción de cosa juzgada; sin embargo, este aspecto se desarrolló ampliamente en los alegatos de conclusión que se presentaron en el proceso arbitral<sup>40</sup>. Y lo que es más importante, esto llevó a que el Tribunal Arbitral se pronunciara expresamente sobre este tema, que era relevante para definir la prosperidad de las pretensiones relacionadas con las inestabilidades del terreno en los tramos 2 y 3 del corredor concesionado. Así, en el laudo arbitral, se concluyó que “*aunque el tema de las inestabilidades ya fue juzgado, el Tribunal concluye que*

---

<sup>37</sup> Folios 1 a 69, c. 4.

<sup>38</sup> Folio 134, c. 1.

<sup>39</sup> Folio 146, c. 1.

<sup>40</sup> Folios 348 a 356, c. 1.

*en el presente caso no es aplicable el fenómeno de la cosa juzgada en cuanto a las pretensiones relativas al fracaso del régimen de garantías, las mayores cantidades de obra no reconocidas, por tratarse de cuestiones litigiosas nuevas*<sup>41</sup>.

68. A lo anterior se agrega que no tiene asidero la conjetura según la cual, en caso de haberse formulado la excepción de cosa juzgada, el laudo habría sido anulado. La razón es simple: contra el laudo arbitral que decidió las controversias entre el INCO y Coviandes se interpuso un recurso de anulación y en la sentencia que lo resolvió se determinó que, de acuerdo con el régimen jurídico vigente en ese momento (Ley 80 de 1993, art. 72, incorporado al Decreto 1818 de 1998), la cosa juzgada no era una causal de anulación del laudo<sup>42</sup>.

69. Aclarado lo anterior, por último, se procede a analizar la manifestación según la cual no se cumplió la condición a la que se sometió el nacimiento de la obligación de pagar la comisión de éxito, porque el contratista *“no realizó ninguna labor diferente a la establecida en sus funciones”*. La Sala considera injustificada esta conclusión por la elemental razón de que en la cláusula 10ª ya transcrita no se previó algo semejante. Las partes no pactaron que el pago de la comisión de éxito se sujetara a la realización de labores diferentes a las establecidas en el contrato, o sea, el Tribunal adicionó una condición que los contratantes no convinieron.

70. Las partes acordaron que *“por los resultados de la gestión que adelante el CONTRATISTA a favor del INCO, se le reconocerá una suma equivalente al 3% incluido IVA, del valor en que sean reducidas o rebajadas las pretensiones”*. ¿Cuál era la gestión que debía adelantar el contratista y que, en caso de que cumpliera la condición de que se obtuviera una rebaja en el laudo, le daba derecho a percibir la comisión de éxito? La respuesta la da la cláusula 2ª, en la que se detallaron las actividades comprendidas en la gestión del contratista: brindar el apoyo jurídico correspondiente dentro de las etapas o reuniones de arreglo directo, diseñando, cuando fuere el caso, mecanismos de solución directa a las controversias planteadas; asesorar y llevar la representación del INCO en el Tribunal Arbitral; estudiar y presentar la contestación de la demanda, interponer los recursos a los que hubiera lugar, incluyendo el de anulación del laudo; y solicitar las aclaraciones, complementaciones y correcciones del laudo, si a ello había lugar<sup>43</sup>.

71. En este punto, la Sala advierte que la providencia del 21 de octubre de 2009, en la que la Sección Tercera aprobó el acuerdo conciliatorio celebrado entre el INCO y otro de sus apoderados, constituye un pronunciamiento que debe ser tenido en cuenta para la solución del recurso. El caso resuelto en esa providencia es análogo, desde el punto de vista fáctico y jurídico, a la controversia que ahora decide la Sala por las siguientes razones.

---

<sup>41</sup> Folio 184, c. 3.

<sup>42</sup> Dice la sentencia cuya copia auténtica se aportó al proceso: *“Es por ello que en este se impone dilucidar si la cosa juzgada constituye causal de anulación de los laudos arbitrales y si, por tanto, resulta viable y procedente su invocación como fundamento del correspondiente recurso extraordinario, cuestionamiento que la Sala no vacila en resolver de manera negativa”*. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de enero de 2009. Exp. 34.239. C.P Mauricio Fajardo Gómez (Folio 237, c. 1).

<sup>43</sup> Folio 2, c. 3.

72. En primer lugar, la controversia que se concilió versaba sobre otro contrato de prestación de servicios celebrado entre el INCO y un abogado para su representación en un arbitraje convocado por un concesionario. En segundo lugar, la diferencia se refería al cumplimiento de la condición a la que se sujetó el pago de la comisión de éxito. Y, en tercer lugar, el texto de la cláusula en la que se estipuló el pago de la comisión es igual a la que se incorporó en el contrato celebrado con el demandante en este proceso, salvo por el porcentaje de la comisión: “**CLÁUSULA DÉCIMA. ÉXITO DE LA GESTIÓN.** *Por los resultados de la gestión que adelante el CONTRATISTA a favor del INCO, se le reconocerá una suma equivalente al 5% del valor en que sean reducidas o rebajadas las pretensiones en cada uno de los casos expuestos*”. Si bien es cierto que en ese otro caso se logró un acuerdo conciliatorio, esta no es una diferencia jurídicamente relevante, pues lo determinante en este proceso no es la forma de terminación del arbitraje, sino el alcance que se le dio a la expresión “*por los resultados de la gestión que adelante el CONTRATISTA a favor del INCO*”.

73. Al igual que en el presente proceso, para tomar la decisión de aprobar el acuerdo conciliatorio, la Sección Tercera se ocupó de definir el alcance de la condición a la que se sometió la obligación de pagar la comisión de éxito. En esa providencia se concluyó que, a diferencia de lo resuelto por el Tribunal Administrativo en primera instancia, no “*debía acreditarse la incidencia directa de la conducta del apoderado en el resultado del proceso*”, sino que se expresó una consideración diferente que constituye la razón de la decisión:

*“Lo anterior [se refiere al análisis sobre la cláusula 10] revela que la condición para que surgiera el derecho a obtener el pago de la comisión de éxito fue cumplida, en tanto que el abogado (...) representó judicialmente al INCO en el proceso arbitral, éste terminó por conciliación entre las partes y dicha conciliación representó una rebaja del 55% de las pretensiones iniciales, como el mismo Tribunal de Arbitramento lo puso de presente (...) Contrario al argumento esgrimido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para improbar la conciliación extrajudicial, en la cláusula décima del contrato de prestación de servicios no se sujetó el reconocimiento del porcentaje por éxito de la gestión, a que ésta tuviese alguna connotación especial”<sup>44</sup>.*

74. La Sala no encuentra en este caso ninguna razón suficiente<sup>45</sup> para apartarse de esa decisión. Como ya se anotó, en la cláusula 10ª del contrato, el nacimiento de la obligación de pagar la comisión de éxito por la gestión del apoderado no se sometió a una condición diferente a la de obtener una reducción de las pretensiones formuladas por Coviandes. Y, si en gracia de discusión se aceptara que otra condición era que en el laudo arbitral se manifestara que se acogían uno o más argumentos formulados por el apoderado, cosa que las partes no pactaron *expressis verbis*, lo cierto es que ese requisito también se satisfizo.

75. El laudo arbitral, que le significó al INCO una rebaja de las pretensiones del orden de \$29.611'539.566, contiene varias referencias en este sentido. Frente a la pretensión relativa a los costos para la estabilización del muro ubicado en la abscisa

---

<sup>44</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 21 de octubre de 2009. Exp. 36.501. C.P Myriam Guerrero de Escobar.

<sup>45</sup> En relación con los criterios para calificar la suficiencia de los argumentos que justifican apartarse del precedente, véase: Corte Constitucional. Sentencia T-775 de 2014. Consideraciones jurídicas 36 a 39.

70+200 del corredor concesionado, el laudo dice: “*Por las razones expuestas con acierto por el INCO en su alegato de conclusión (...), el Tribunal considera que si bien no es procedente denegar en su totalidad esta pretensión debido a la participación de ambas partes, la del CONCESIONARIO en la ocurrencia del daño es de grado mayor y, por ello, el Tribunal dispondrá que los costos sean asumidos así: el (...) 90% por el CONCESIONARIO*”<sup>46</sup>. Igualmente, en punto a los costos reclamados por el sistema de seguridad del Túnel Boquerón, se dijo: “*Desde esta perspectiva, tiene razón el apoderado del INCO en los medios defensivos propuestos y, por tanto, siendo la tubería un elemento no incluido en el alcance del proyecto (...) al no estar probada la autorización o aprobación para su ejecución, formalizado su reconocimiento como obra complementaria (...) la pretensión será denegada*”<sup>47</sup>.

76. En conclusión, la condición a la que se sometió el nacimiento de la obligación de pagar la comisión de éxito se cumplió. El INCO no la pagó y, por tanto, incumplió el contrato. Por este motivo, la sentencia será revocada. Así, pues, se pasa a analizar el contenido de las restantes pretensiones de la demanda (3ª, 4ª y 5ª).

### **La mora en el pago de la comisión de éxito, la liquidación del contrato y el cumplimiento de la sentencia**

77. En la demanda se pidió condenar al INCO a pagar los intereses moratorios causados sobre el valor de la comisión de éxito desde el 28 de enero de 2009 (fecha del fallo que resolvió el recurso de anulación) hasta la ejecutoria de la sentencia, a la tasa prevista en el artículo 4.8 de la Ley 80 de 1993. La Sala ordenará el pago de los intereses de mora sobre la comisión de éxito, pero desde una fecha diferente.

78. Como se indicó antes, el deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley exija la reconvención judicial del acreedor. Tratándose de obligaciones dinerarias, el acreedor perjudicado por el incumplimiento no debe justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho de la mora<sup>48</sup>. En los parágrafos 2º y 3º de la cláusula 10ª, las partes convinieron el plazo para el pago de la comisión de éxito y la tasa de interés que se aplicaría en caso de mora:

*“Parágrafo 2º. El pago de dichas sumas de dinero se subordina al cumplimiento de la condición que ella lo sustenta, para lo cual el CONTRATISTA notificará al INCO del cumplimiento de la condición (...) El valor resultante de la comisión de éxito, se pagará a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes al momento en que se notifique por parte del CONTRATISTA el cumplimiento de la condición. (...) Parágrafo 3º. En el evento que el INCO no cancele oportunamente los valores mencionados anteriormente al CONTRATISTA, en la forma y plazos estipulados, le reconocerá intereses moratorios conforme a la Ley 80 de 1993”.*

79. De esta estipulación se infiere que el INCO no incurrió en mora desde la fecha en que se expidió la sentencia que resolvió el recurso de anulación, pues la

---

<sup>46</sup> Folio 173, c. 3.

<sup>47</sup> Folio 177, c. 3.

<sup>48</sup> Código Civil, art. 1617.

obligación de pagar la comisión de éxito se sometió a un plazo de 6 meses desde el momento en que se notificara la ocurrencia de la condición. En el expediente está probado que, incluso antes de que se expidiera la sentencia que resolvió el recurso de anulación, el contratista notificó al INCO de las rebajas obtenidas en el arbitraje<sup>49</sup>. También está probado que la entidad rechazó pagar la comisión antes de que se resolviera el recurso extraordinario, pues no había certeza sobre los valores que finalmente debía pagar.

80. Ahora bien, una vez notificada la sentencia que resolvió la solicitud de anulación del laudo, mediante comunicación del 12 de marzo de 2009, con radicado INCO 2009-409-004954, el contratista le informó al gerente de la entidad que “*ha quedado cumplido en su integridad el objeto de mi contrato*”. Así mismo, ofertó unos honorarios para interponer una tutela contra la decisión que resolvió el recurso de anulación y señaló que estos se causarían sin perjuicio de los honorarios ya causados por el éxito de la gestión, los cuales se habían informado antes de la expedición de ese fallo. Por lo tanto, entre el 13 de marzo y el 14 de septiembre de 2009 corrió el plazo para pagar la comisión<sup>50</sup>. Tratándose de una obligación respecto de la cual existían parámetros claros para liquidar el valor adeudado, el INCO se constituyó en mora desde el 15 de septiembre de 2009. En consecuencia, sobre el valor de la comisión de éxito indicado antes, la Sala ordenará el pago de los intereses moratorios que se causen entre el 15 de septiembre de 2009 y la fecha de ejecutoria de esta providencia a la tasa prevista en el artículo 4.8 de la Ley 80 de 1993.

81. El demandante también solicitó liquidar judicialmente el contrato. Las partes pactaron en la cláusula 19ª que éste se liquidaría según lo previsto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993. En el expediente no hay prueba de que se hubiera liquidado bilateralmente, ni de que el INCO expidiera un acto administrativo con ese fin; por consiguiente, la Sala lo declarará liquidado judicialmente. Como el contratista no tiene obligaciones dinerarias para con el INCO y la entidad le pagó sus honorarios fijos, se declarará que el único saldo pendiente corresponde a la comisión de éxito y a los intereses de mora que se causen sobre esta suma. Igualmente, teniendo en cuenta que este proceso se inició bajo la vigencia del CCA<sup>51</sup>, se ordenará dar cumplimiento de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 177 de ese código.

---

<sup>49</sup> Comunicación del 30 de agosto de 2007 (Folios 464 a 474, c. 3)

<sup>50</sup> El 13 de septiembre de 2009, cuando vencía el plazo, era un día feriado. Cfr. Código de Comercio, art. 829.3.

<sup>51</sup> El artículo 308 de la Ley 1437 del 2011 - CPACA, norma de carácter especial, señala sin hacer distinciones que este código (el CPACA) solo se aplica a las demandas y procesos que instauran con posterioridad a su entrada en vigencia (2 de julio de 2012). La demanda en este proceso se presentó antes: el 27 de septiembre de 2010.

## **Costas**

82. En consideración a que no se evidenció temeridad ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del CCA., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

## **IV. PARTE RESOLUTIVA**

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **FALLA:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 26 de junio de 2013.

**SEGUNDO: DECLARAR** que el Instituto Nacional de Concesiones (actualmente Agencia Nacional de Infraestructura) incumplió la obligación pactada en la cláusula décima del contrato de prestación de servicios profesionales No. 61 del 30 de diciembre de 2005.

**TERCERO: CONDENAR** a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar al ciudadano Mario Alario Méndez, la suma de ochocientos ochenta y ocho millones trescientos cuarenta y seis mil ciento ochenta y siete pesos (\$888'346.187), incluido el IVA, por concepto de los honorarios pactados en la cláusula décima del contrato de prestación de servicios profesionales No. 61 del 30 de diciembre de 2005.

**CUARTO: CONDENAR** a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar los intereses de mora que se causen sobre la suma indicada en el ordinal anterior, desde el 15 de septiembre de 2009 y hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, a la tasa prevista en el numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993.

**QUINTO: DECLARAR** liquidado judicialmente el contrato de prestación de servicios profesionales No. 61 del 30 de diciembre de 2005. El único saldo pendiente de pago entre las partes corresponde a las sumas indicadas en los dos ordinales anteriores.

**SEXTO:** Las condenas impuestas en esta sentencia serán cumplidas en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y causarán intereses comerciales moratorios según lo establecido en esa disposición.

**SÉPTIMO:** Sin condena en costas.

**OCTAVO:** Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, **DEVUÉLVASE** el

expediente al Tribunal de origen. Expídanse a la parte actora las copias auténticas, con las constancias de que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**MARÍA ADRIANA MARÍN**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el siguiente enlace: <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>