

## Tribunal de Arbitramento

De la Unión Temporal Penitenciaria de Girón conformada por las sociedades Cusezar S.A., Conconcreto S.A., Beltrán Pinzón y Cía S.A. (hoy B.P. Constructores S.A.) y Otacc Ltda.

v.

La Nación-Ministerio del Interior y de Justicia - Dirección de Infraestructura DIN

Julio 26 de 2005

Laudo Arbitral

Bogotá, D.C. veintiséis (26) de julio de dos mil cinco (2005).

Iniciada la audiencia de laudo el doctor Nelson Barrera González, presentó poder de sustitución a él conferido por el doctor Gabriel De Vega Pinzón para asistir a la audiencia de lectura de laudo, fijada para el día de hoy mediante auto 16.

Acto seguido el tribunal le reconoció personería en los términos del poder de sustitución presentado en audiencia.

A continuación el presidente del tribunal le ordenó a la secretaria del tribunal dar inicio a la lectura del laudo.

Agotado el trámite legal previo y la totalidad de las actuaciones procesales correspondientes, dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el tribunal de arbitramento a dictar el laudo, en orden a ponerle fin al proceso arbitral seguido por la Unión Temporal Penitenciaria de Girón conformada por las sociedades Cusezar S.A., Conconcreto S.A., Beltrán Pinzón y Cía. S.A. (hoy B.P. Constructores S.A.) y Otacc Ltda., por una parte y la Nación-Ministerio del Interior y de Justicia - Dirección de Infraestructura DIN, por la otra.

### **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado el día 1º de julio de dos mil cuatro (2004), ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, por conducto de apoderado judicial (fls. 72 al 76 del cdno. ppal. 1), la Unión Temporal Penitenciaria de Girón conformada por las sociedades Cusezar S.A., Conconcreto S.A., Beltrán Pinzón y Cía. S.A. (hoy B.P. Constructores S.A.) y Otacc Ltda. solicitaron la convocatoria de este tribunal, con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en el contrato de obra pública FIC-015 OP-2001 suscrito por las partes y que a la letra dice:

“Cláusula trigésima segunda. Arbitramento. Las partes podrá someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato, durante su ejecución, a la terminación, o a la liquidación del mismo. El arbitramento será en derecho. PAR. PRIMERO.—Las partes podrán acudir ante la cámara de comercio del domicilio contractual, o arbitramento institucional de las asociaciones profesionales y gremiales, con el fin de resolver cualquier controversia que se origine en el contrato. La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia y las decisiones en derecho por él serán de obligatorio cumplimiento para las partes. PAR. SEGUNDO.—Los árbitros serán designados por las partes y regirán las tarifas del centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio del domicilio contractual”.

2. Fueron designados como árbitros por sorteo en la audiencia de designación de árbitros celebrada el 14 de julio de 2004 los doctores Antonio José De Irisarri Restrepo, Patricia Mier Barros y Juan Pablo Cárdenas Mejía. El director del centro de arbitraje informó a los nombrados su designación, recibiendo respuesta de los principales designados quienes manifestaron su aceptación dentro del término legal, quedando así integrado el tribunal de arbitramento.

3. El tribunal se instaló el día 5 de agosto de 2004; en dicha audiencia fue nombrado como presidente el doctor Antonio De Irisarri Restrepo, quien aceptó el cargo, y como secretaria la doctora María Patricia Zuleta García, quien posteriormente fue notificada, aceptó el cargo y tomó posesión del mismo. El tribunal fijó como lugar de

funcionamiento y secretaría, la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicada en la Avenida El Dorado N° 68D-35 piso 3 de la ciudad de Bogotá, D.C.

4. La solicitud de convocatoria fue admitida mediante providencia del 5 de agosto de 2005 y en la misma se le reconoció personería al doctor Gabriel De Vega Pinzón, en su condición de apoderado de la convocante, y al doctor Fabio Iván Afanador García, como apoderado de la convocada.

5. Oportunamente la Nación-Ministerio del Interior y de Justicia - Dirección de Infraestructura DIN, a quien en este laudo se le designará por su posición procesal, por conducto especial dio respuesta a la solicitud de convocatoria que ha originado este proceso, mediante escrito radicado el 20 de agosto de 2004 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación y propuso las siguientes excepciones de mérito:

- Compensación de áreas y dotación.
- Inexistencia de la mora.
- Suficiencia del ítem de imprevistos del contrato para las situaciones imprevistas.

6. Posteriormente en audiencia celebrada el día 20 de septiembre de 2004, con la presencia de la agente del Ministerio Público doctora Cecilia Serpa Montero, el tribunal fijó los honorarios de los árbitros, de la secretaria y gastos de administración protocolización y otros gastos. Las partes entregaron en la oportunidad legal en la proporción correspondiente las sumas a ellas fijadas.

7. Mediante auto 4, que obra a folios 198 del cuaderno principal 1 el tribunal ordenó que se le corriera traslado de las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada al apoderado de la convocante, lo cual se hizo mediante fijación realizada el día 22 de octubre de 2004.

8. El 26 de octubre de 2004 el apoderado de la convocante presentó un escrito mediante el cual recorrió el traslado de las excepciones perentorias presentadas por el apoderado de la convocada en el memorial de contestación de la demanda, en los términos y para los efectos señalados en el inciso final del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil.

9. La primera audiencia de trámite se celebró el día 8 de noviembre del 2004, oportunidad esta en la que el tribunal de arbitramento se declaró competente para conocer y resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración y adicionalmente fijó como fecha para llevar a cabo el intento conciliatorio el día 18 del mismo mes y año, fecha que fue modificada posteriormente por solicitud de la agente del Ministerio Público para el 3 de diciembre de 2004. En dicha audiencia se contó con la asistencia de los apoderados de las partes y de los representantes legales de la sociedad convocante como de la convocada y del Ministerio Público, haciéndose constar en dicha acta la imposibilidad de llegar a un acuerdo.

10. El 18 de enero de lo 2004 y ejecutoriada como se encontraba la providencia que resolvió sobre la competencia del tribunal, de conformidad con el artículo 147 de 1998 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes en sus escritos de demanda y de contestación, quedando así finalizada la primera audiencia de trámite.

11. Concluido el debate probatorio y habiendo finalizado la instrucción del proceso, mediante auto dictado el día 5 de mayo de 2005 (acta 6), se citó a las partes para la audiencia de alegatos de conclusión. Dicha audiencia se realizó el 24 de mayo de 2005, con intervención de los señores apoderados de las partes y del Ministerio Público, quienes presentaron oralmente sus alegaciones finales y anexaron resúmenes escritos de las mismas para su incorporación al expediente.

12. Teniendo en cuenta que la primera audiencia de trámite finalizó el día 18 de enero de 2004, el término legal de seis (6) meses para proferir el laudo en este caso vencía el 18 de julio de 2005, sin embargo, durante la diligencia de exhibición de documentos, que obra a folios 298 a 304, las partes de común acuerdo solicitaron la suspensión del término del proceso arbitral desde el 11 de febrero de 2005 hasta el 28 de marzo. Por tanto, se encuentra el tribunal dentro del término legal para proferir el laudo.

13. Como quiera que están acreditados los presupuestos procesales, pues están demostrados en el proceso la existencia y la debida representación de las partes, así como el hecho de haber ellas comparecido por medio de apoderados judiciales, y la existencia de demanda en forma, corresponde entonces proceder a examinar y decidir de fondo, las cuestiones sometidas al tribunal, por no existir causal alguna que invalide lo actuado.

## **II. Pruebas decretadas y practicadas**

Dentro del proceso se decretaron como pruebas, con el valor que la ley les asigna, los documentos aportados con la demanda así como los documentos presentados por la parte convocada con su escrito de contestación a la demanda.

Fueron decretados y practicados dos dictámenes periciales, por peritos expertos en contaduría pública y en ingeniería civil y en obras públicas. Durante el traslado de los dictámenes periciales el apoderado de la parte convocante mediante escrito que obra a folios 403 del cuaderno principal 2 solicitó aclaración y complementación de la experticia en ingeniería civil.

Dentro de las pruebas practicadas igualmente se libraron por la secretaría del tribunal los diferentes oficios solicitados por las partes. Se recibieron también las declaraciones de Álvaro Enrique León Aguilera (fls. 363 a 370 del cdno. ppal. 2), Jaime Alfonso Álvarez Barbosa (fls. 371 a 386 del cdno. ppal. 2), y de Jorge Alfonso Sánchez Jaramillo (fls. 387 a 395).

En cuanto a la prueba de exhibición de documentos, esta se llevó a cabo en las instalaciones del Ministerio del Interior y de Justicia el 10 de febrero de 2005 (fls. 298 a 304 del cdno. ppal. 2).

Igualmente obra en el cuaderno de pruebas 6 los documentos que corresponden a las respuestas de los diferentes oficios enviados a la Contraloría General de la República, al Ministerio del Interior y de Justicia así como al IDEAM.

Por último, el tribunal mediante auto 14 y previo a proferir el laudo, el tribunal, por considerarlo indispensable ordenó de oficio incorporar al proceso algunos documentos, los cuales fueron allegados por las partes oportunamente.

El trámite se desarrolló en 13 sesiones y la actuación surtida en desarrollo del proceso arbitral se recoge en 2 cuadernos principales y 6 cuadernos de pruebas.

## **II.(sic) Controversia sometida al tribunal**

### **2.1. Posición de la parte convocante.**

La parte convocante presenta los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones divididas en dos acápite, así: el primero, que denomina “hechos generales del contrato” y otro, que intitula “hechos concretos no imputables al contratista que hacen procedente la aplicación de la teoría de la ecuación económica y financiera del contrato estatal”.

El tribunal resumirá, a continuación, cada uno de esos acápite.

Como “hechos generales del contrato” la demanda narra, en síntesis, que:

1. El fondo de infraestructura carcelaria, FIC, abrió la licitación pública FIC 003 OP-2001 con el objeto de contratar la elaboración del proyecto definitivo, la construcción y dotación del Centro Penitenciario de Palo Gordo, en el municipio de Girón, departamento de Santander. En dicha licitación presentó propuesta el 24 de octubre de 2001 la Unión Temporal Penitenciaria de Girón, (UTG) a la cual le fue adjudicado el contrato mediante Resolución 005 de 2001. El 10 de diciembre de ese año se suscribió el contrato FIC-015 OP-2001.

2. En el contrato se estableció un plazo inicial de ejecución de 15 meses. Los tres primeros, contados a partir del acta de iniciación del contrato, para la etapa de ajuste de diseños arquitectónicos, técnicos, obtención de licencias y análisis de precios, y se pactó que una vez entregados los estudios de la primera etapa y aprobados estos por el

FIC, para la construcción y dotación del centro carcelario, se contaría con un término de 12 meses contados a partir del acta de iniciación de obras. El 28 de diciembre de 2001 se suscribieron tanto el acta de iniciación del contrato como la de iniciación de ajustes a los diseños —arquitectónico y técnico— y los estudios definitivos. El acta de iniciación de la etapa de construcción se suscribió el 1º de abril de 2002.

3. En esa misma fecha (abr. 1º/2002) fue necesario suscribir un acta de suspensión temporal hasta el 1º de mayo del mismo año, pues para ese momento la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga, CDMB, no permitió iniciar labores, ni aún preliminares, y tampoco había definido el tratamiento ambiental de que sería objeto el predio dentro del cual se construiría la penitenciaría. Los antecedentes para acordar esta suspensión fueron los siguientes:

“La UTG no pudo iniciar a tiempo los trámites ambientales a su cargo, porque la CDMB no entregó oportunamente al FIC, propietario del proyecto, los términos de referencia necesarios para adelantar los estudios ambientales del caso, términos de referencia que habían sido solicitados por el FIC a la CDMB desde comienzos del mes de septiembre de 2001.

“El 6 de febrero de 2002, la CDMB informó al apoderado del FIC que la corporación tenía serias dudas sobre la posibilidad de construir un centro penitenciario en el predio adquirido con ese fin; que no aceptaba la viabilidad del uso del suelo expedida por el municipio de Girón y que la entrega de los ya citados términos de referencia quedaba condicionada a que el municipio de Girón modificara su plan de ordenamiento territorial.

“El 12 de marzo de 2002 la CDMB expidió el auto 1355 e hizo entrega al FIC de unos términos de referencia en los que exigió un estudio de impacto ambiental como requisito para la obtención de una licencia ambiental, desatendiendo un concepto —que el FIC presentó a la CDMB cuando solicitó los términos de referencia— conforme al cual las penitenciarías no requieren licencia ambiental. Dicho auto fue recurrido en reposición por el FIC.

“En vista de los inconvenientes surgidos, la UTG solicitó a la CDMB permiso para que le permitiera iniciar, al menos, las obras preliminares del contrato. La CDMB negó el permiso para adelantar cualquier clase de obras en el predio, aún de carácter preliminar, hasta tanto no se presentara el estudio de impacto ambiental ajustado a los términos de referencia expedidos, pero sin manifestarse sobre el recurso interpuesto por el FIC.

“Habida cuenta de que el permiso ambiental era requisito para poder iniciar la fase de construcción (en concepto de la CDMB pero no de la legislación ambiental), las partes acordaron la suspensión (acta 01/2002 de suspensión temporal). En dicha acta se expresó que los inconvenientes presentados no fueron imputables al contratista y de ninguna manera previsibles”.

4. Como para el momento en que finalizaba la suspensión convenida la CDMB no había expedido aún el aval ambiental necesario para iniciar las obras, el 2 de mayo de 2002 fue necesario pactar una nueva suspensión del contrato. En esta ocasión, se pactó por 35 días calendario, comprendidos entre el 2 de mayo y el 5 de junio de 2002 (acta 2/2002). Los antecedentes que se tomaron en consideración para acordar la nueva suspensión fueron:

“La CDMB, mediante oficio del 22 de marzo de 2002, ratificó que no permitía la iniciación de trabajos preliminares hasta tanto no se presentara el estudio de impacto ambiental.

“La UTG concluyó el 12 de abril de 2002 el estudio de impacto ambiental conforme a los términos de referencia que hacían parte del auto 1355 de 2002 proferido por la CDMB.

“La CDMB profirió la Resolución 248, que modificó el artículo 2º del auto recurrido en el sentido de ordenar al FIC que aportase el estudio de impacto ambiental para fijar su criterio sobre la viabilidad ambiental e hizo entrega de unos nuevos términos de referencia.

“Atendiendo estos últimos, la UTG revisó los estudios que ya había ejecutado y los ajustó. El 29 de abril de 2002 se radicaron en la CDMB los estudios de impacto ambiental, y la CDMB, mediante Resolución 351 del 24 de mayo aprobó la llamada “viabilidad ambiental” del proyecto, y

“Las causas que motivaron la segunda suspensión fueron en un todo ajenas a la responsabilidad de la UTG, no fueron imputables a ella y tampoco le eran previsibles”.

5. En virtud de lo anterior, la ejecución de la segunda etapa del contrato (construcción y dotación de la penitenciaría) se inició con la suscripción del acta de reiniciación del 4 de junio de 2002.

6. Durante la fase de construcción y como consecuencia del aumento en las cantidades de concreto ciclópeo de las cimentaciones, el agravamiento de la situación de orden público en la zona, el rediseño del edificio de alojamiento de los guardias solicitado por el FIC y el extraordinario período de lluvias que se presentó en la región, hechos todos no imputables al contratista ni previsibles por él, fue necesario pactar una prórroga de 30 días calendario, comprendidos entre el 4 de junio y el 4 de julio de 2003.

7. La UTG terminó satisfactoriamente el proyecto y el 30 de mayo de 2003 se suscribió el acta preliminar de entrega de obras; el 25 de junio se firmó el acta de entrega y recibo de obras y el 2 de octubre de 2003 el acta de recibo final de obras.

8. El 18 de noviembre de 2003, la UTG presentó reclamación ante la División de Infraestructura, DIN, del Ministerio del Interior y de Justicia con la finalidad de lograr directamente el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, afectado en su sentir por los siguientes acontecimientos:

“La diferencia entre el valor global de la oferta evaluado con base en el anteproyecto y el valor global real entregado al final de la etapa de ajuste de diseños.

“Los sobrecostos generados por la mora en los pagos convenidos.

“Los sobrecostos generados por la mayor permanencia en obra entre el 4 de junio y el 4 de julio de 2003.

“Los sobrecostos por incrementos imprevisibles, no imputables al contratista, en el precio del dólar.

“Los costos que tuvo que asumir la UTG por las obligaciones imprevisibles que le impuso la Resolución 351 de 24 de mayo de 2002 expedida por la CDMB.

“Los costos por razón del invierno por valor de \$ 492,853.852.

“Los sobrecostos derivados de las suspensiones en la iniciación de la construcción y dotación de la Cárcel de Palo Gordo, como consecuencia de las decisiones adoptadas por la CDMB, y

“Los sobrecostos por voladuras no previsibles”.

9. El 28 de diciembre de 2003 se suscribió el acta de liquidación del contrato, en la cual se acordó darlo por liquidado bilateralmente y se reconoció un saldo final de \$ 5.923,592.360 a favor de la UTG según los pagos efectuados y el valor global del contrato, sin incluir suma alguna por concepto de la reclamación formulada el 18 de noviembre anterior. El acta en cuestión fue suscrita con salvedad expresa por parte de la personera de la UTG, concretamente en cuanto a sus cláusulas 3ª y 4ª, por considerar que en ellas no se decidió sobre el reclamo directo formulado el 18 de noviembre de 2003.

10. El 1º de marzo de 2004, la UTG recibió el oficio DIN-1100 del 16 de febrero, en donde se manifestaba, de una parte, la improcedencia de la aplicación del silencio administrativo positivo en relación con una petición del contratista y, de otra, se anexaba el concepto del Consorcio Urviendas sobre la solicitud de reconocimientos pecuniarios, concepto que la demanda transcribe en lo esencial, anotando que el mencionado consorcio fue el contratista interventor de la etapa de construcción del Centro Penitenciario Regional del Oriente, pero no el interventor de la denominada etapa de “ajuste de diseños”.

11. La Dirección de Infraestructura del Ministerio del Interior y de Justicia, en el oficio en antes citado, no dio respuesta sustancial a la reclamación de la UTG, ni manifestó en forma expresa o sugerida, acoger el concepto de Urviendas.

12. El 5 de marzo de 2004 se llevó a cabo una reunión entre funcionarios del ministerio y representantes de la UTG con el propósito de que se estudiara realmente la reclamación presentada el 18 de noviembre de 2003. Con fecha 12 de marzo siguiente, el director de defensa judicial del ministerio envió al representante legal de la UTG el oficio DJN/0800 en el cual manifestó que esa dirección consideraba que no existía fundamento que justificara un eventual reconocimiento pecuniario en los términos solicitados por la UTG. Esta última dio respuesta a ese oficio manifestando que, por su parte, consideraba que la reclamación se encontraba debida y fehacientemente fundada; que el no acceder a ella significaría un enriquecimiento sin causa del ministerio y, finalmente, anuncia que acudiría al arbitramento previsto en el contrato FIC 015 OP-2001.

A continuación entra la demanda a hacer la presentación de los que denomina “hechos concretos no imputables al contratista que hacen procedente la aplicación de la teoría de la ecuación económica y financiera del contrato estatal” los cuales resume el tribunal así:

A) En cuanto a las diferencias entre el valor global de la oferta y el valor global real entregado al final de la etapa de ajuste de diseños, sostiene que existe una diferencia sustancial entre el valor global de la oferta entregado en la licitación (\$ 34.804'006.677) y el realmente arrojado con la entrega de los diseños y estudios ajustados (\$ 37.187'288.251), porque en la etapa de ajuste de diseños el FIC introdujo sustanciales determinaciones que excedieron el alcance que la propia entidad había definido en los pliegos y aumentaron el presupuesto.

B) Las modificaciones al diseño original de la obra ordenadas por el FIC se realizaron y explican así:

— En los exteriores del centro penitenciario:

“En el comité de diseño N° 1 del 21 de enero de 2002, la entidad convocada solicitó a la UTG complementar el diseño urbanístico del acceso al centro carcelario, incluyendo parqueaderos, corredor peatonal de acceso y plazoleta de acceso. Estas obras, resalta, no estaban inicialmente contempladas.

“Debido a la topografía del terreno fue necesario manejar las circulaciones internas del área de reclusión con pendientes que no excedieran el 8%. Ello representó una mayor cantidad de muros de contención y de rellenos. Para disminuir esas mayores cantidades de obra, la UTG propuso durante el proceso de ajustes de diseño, la utilización de un carro motorizado para transportar la comida desde las cocinas hasta los pabellones, lo que permitiría manejar pendientes mayores. Esta propuesta no fue tomada en cuenta.

“La pendiente del terreno, que tiene más de 25 metros de diferencia entre el portal 2 y el cerramiento norte determinó que en el manejo de terrazas y niveles (caso de la cancha de fútbol) aparecieran muros de contención que no estaban en el diseño original.

“En el proyecto original entregado a la UTG la circulación interna de servicio hacia los pabellones no contemplaba una pérgola sino un simple alero anclado a la fachada de cada pabellón; dadas las condiciones del terreno y el manejo de niveles, fue necesario construir una pérgola para garantizar la protección peatonal y las provisiones para el área de reclusión. Ello generó mayores cantidades de obra”.

— En el pabellón tipo:

“En el comité de diseño N° 2 del 28 de enero de 2002 se modificó la puerta de acceso al corredor técnico que sirve a los baños comunes, con el fin de lograr mayor longitud de las rampas y, por ende, una pendiente más cómoda.

“En ese mismo comité la UTG presentó una alternativa para el ducto de servicio pues el planteado por el FIC no solo presentaba dificultades constructivas sino delicados inconvenientes. La idea de la UTG fue aceptada, y los cambios, si bien mejoraron el proyecto, de contera generaban mayores cantidades de obra.

“En el comité de diseño 3 la entidad convocada solicitó a la UTG un “remate en reja metálica tipo persiana” entre la cubierta del patio y el muro de fachada, que no estaba prevista en el anteproyecto entregado por el FIC.

— En las garitas:

“Fue necesario rediseñarlas todas en su fachada para incluir una rejilla perimetral para ventilación. Ello incrementó

la carpintería metálica”.

— En el portal 1:

“En el comité de diseño 5 (feb. 18/2002) se ordenaron varios cambios en este edificio, que incrementaron los costos. Con el ajuste del edificio a la topografía existente, este se dividió en 4 módulos de construcción, lo que generó cuatro juntas de construcción con doble muro, muro de contención, impermeabilización, plazoletas, gradas y rampas que la propuesta inicial no contemplaba. Además, por los cambios en la parte urbana del acceso al complejo, fue preciso adaptar dicho edificio a los niveles, con aumento correlativo de las cantidades de excavación, rellenos y muros de contención”.

— En el portal 2:

“En el acceso de este edificio se construyó una plazoleta en concreto, no prevista en el anteproyecto del FIC; además se ordenó a la UTG construir una placa en concreto sobre el cuarto de control y botafuegos en la fachada que tampoco estaban en la oferta”.

— En los talleres tipo A y B:

“En el comité de diseño N° 4 (feb. 11/2002) la convocada solicitó que, en lo posible, la iluminación fuese natural. Tal requerimiento fue atendido y se implementaron claraboyas en la cubierta. Además, el FIC ordenó al contratista la construcción de un muro perimetral o ático de 90 centímetros de altura y una alfarjía de remate, que no preveía el anteproyecto”.

— En las cocinas y lavandería:

“Por razones de seguridad se construyó en todo el perímetro de estos edificios un ático en concreto de 90 centímetros de altura y alfarjía de remate, no previstos en el anteproyecto, y a solicitud del FIC se independizó el área de gas de este edificio. Ello implicó mayores cantidades de obra, excavaciones, rellenos, cimentación, mampostería, cubiertas, cerramientos, instalaciones, etc.”.

— Visitas:

Se construyó en todo el perímetro ático en concreto de 90 cms de altura y alfarjía de remate que no estaba en el anteproyecto. Adicionalmente, con el fin de optimizar el funcionamiento de circulaciones y niveles, este edificio se dividió en dos (2) grandes plataformas generando muros de concreto adicionales, escaleras y juntas de construcción.

— Reseña:

Se construyó en todo el perímetro ático en concreto de 90 cms de altura y alfarjía de remate que no estaba en el anteproyecto.

— Torre de Grito Alto:

“La solución estructural de esta torre estaba prevista en el anteproyecto con vigas inclinadas, esto se cambió por pantallas en concreto de acuerdo a lo solicitado en el comité N° 5, lo cual hizo que se aumentaran las cantidades de concreto y acero. La cabina de la Torre de Grito Alto, la cubierta y el manejo de escaleras de la torre fueron modificados buscando optimizar el funcionamiento, tanto de ventilación como de seguridad, incrementando los costos de este edificio”.

— Aulas:

“De acuerdo al comité de diseño N° 6 se dividió el aula múltiple en dos (2) de menor tamaño lo cual incrementó las cantidades de mampostería, puertas, tarimas y los puntos hidráulicos, sanitarios y eléctricos. Se modificó el armerillo y el funcionamiento de la exclusiva de acceso, lo cual hizo que se aumentarán las cantidades de mampostería y carpintería metálica”.

— Sanidad:

“En el comité N° 4 se ordenó la construcción de una exclusiva nueva de acceso lo cual incrementó las cantidades de mampostería, carpintería metálica y puntos eléctricos. Igualmente se construyó en todo el perímetro del edificio un ático en concreto de altura 09 cms con alfarjía en concreto”.

— Almacén de acopio:

“En el comité de diseño N° 2 nos solicitaron dos (2) patios de maniobras para vehículos que accediesen desde el exterior del penal como para los vehículos internos que abastecen las áreas internas de la penitenciaria. La construcción de este patio aumentó las cantidades de excavación, base granular, pavimento asfáltico, sardineles, cárcamos y desagües para aguas lluvias”.

— Pabellón de extramuros:

“En este caso no se incluyó en el presupuesto, con base en el cual se presentaron las ofertas, las actividades de excavación manual, rellenos y concreto ciclópeo, lo que significó que este edificio presentara un mayor valor de \$ 147.550.003”.

A continuación se transcriben de los hechos concretos los puntos que destacó el apoderado de la parte convocante en su escrito de demanda:

“Ahora, si bien es cierto que la cláusula primera del contrato estipuló que el precio global pactado no podía modificarse, como es común en este tipo de contratos, también lo es que la parte convocada estaba en el deber jurídico, de acuerdo con claros mandatos legales, o bien de ajustar el costo de la construcción a los diseños y estudios entregados en término por el contratista y que arrojaba una diferencia en el valor, o en su defecto, reducir la obra a ejecutar de tal manera que se ajustara al presupuesto que tenía la entidad”.

“La anterior obligación a cargo del FIC cobra la máxima importancia y era aún más perentoria, si se tiene en cuenta que la entidad, para el momento en que la Unión Temporal Penitenciaria de Girón le advierte del mayor costo del presupuesto, consintió respecto de los riesgos que implicaba mantener un sistema de contratación como el que estaba llevando a cabo y era por tanto, su deber, evitar oportunamente que este tipo de contratos llegaran a situaciones como la que hoy nos ocupa. Fue pues, el propio FIC, quien solicitó ajustar los diseños en detrimento del contratista y alterando con ello el equilibrio económico y financiero del contrato”.

“En efecto, no debe pasarse por alto, que la propia Contraloría General de la República frente a la modalidad contractual pactada por el FIC, para la construcción de varios centros penitenciarios similares, para la época le había manifestado a la convocada lo siguiente<sup>(1)</sup>:

“El resultado de la construcción de las obras muestran variaciones entre lo contratado y lo ejecutado en lo concerniente a los valores y a el incremento en el costo final del contrato por la adición de obras complementarias y adicionales no contempladas inicialmente que modifican los plazos establecidos, **que por tratarse de contratos a precio global fijo y plazo único, pueden en algún sentido romper el equilibrio económico inicialmente establecido dando lugar a posibles reclamaciones o demandas por parte del contratista (...)**.”

Dada la modalidad mediante la cual se contrata (sistema “Llave en mano“ precio global y plazo fijo) esta no cumple su principal objetivo en cuanto a la conservación y cumplimiento de la ejecución en unos términos preestablecidos, por cuanto el nivel de precisión es bajo, de esta manera en la etapa de reajuste los proponentes reestructuran el proyecto a su real dimensión modificando el valor inicialmente (...).”

“En la Cárcel de Girón, esta advertencia de la contraloría al FIC se cumplió al pie de la letra, pero en sentido exactamente contrario, es decir, en este caso fue la convocada la que, excediendo totalmente el alcance previsto por ella misma para el mal llamado “ajuste de los diseños“ reestructuró el proyecto y lo acomodó a sus necesidades, afectando con ello de manera grave el equilibrio contractual”.

“Y ese mismo informe de la Contraloría General de la República, en lo atinente a las especificaciones técnicas,



señaló<sup>(2)</sup>:

“(…) En lo referente a especificaciones técnicas esta comisión encontró que se incluyeron en los pliegos de condiciones para Montería, Cartagena; no se incluyeron para los de Acacías, Popayán y Cóbbita. **En este aspecto la comisión considera que es el FIC quien debe fijarle al contratista en forma precisa las características técnicas de los materiales e ítem a construir**” (la negrilla no es del texto).

“La conciliación de abril 7 de 2003, si bien refleja la diferencia entre el área realmente construida y el área prevista en los pliegos, de ninguna manera reconoce al contratista el hecho de que la entidad se excedió en el alcance que le dio a la etapa de “ajuste de los diseños” y de que el mal llamado “anteproyecto” carecía de la factibilidad económica que permitía denominarlo como tal”.

“En nuestra reclamación de ninguna manera se está desconociendo la conciliación de abril 7 de 2003, la aceptamos en su totalidad, lo que se argumenta es que la misma no logra restablecer el debido equilibrio contractual, ni le da completo desarrollo al **mecanismo de compensación** previsto por el propio FIC en el pliego de la licitación y en el mismo contrato”.

“Al respecto traemos a colación el numeral 7º de la cláusula cuarta del contrato, ampliación de las obligaciones del contratista durante la ejecución del contrato:

“7. A la construcción de las obras de urbanismo, de acuerdo con los planos elaborados por el contratista, en las cantidades y especificaciones suministradas por este, y previa la revisión, definición y aprobación por parte del FIC, el cual podrá efectuar las modificaciones y ajustes que considere pertinentes, las que deberán ser acogidas por el contratista, sin que ello represente variación alguna de la modalidad del precio y plazo establecidos en el presente contrato, **sin perjuicio del criterio de compensaciones expresado por el FIC en la etapa precontractual**”.

“En relación con el contradictorio y confuso párrafo anterior y en especial en lo que hace referencia a ese mecanismo de la compensación, es importante anotar que, no obstante haber sido consagrado en el pliego, el FIC, en su calidad de titular de la dirección general del contrato (L. 80, art. 14, num. 1º) nunca definió cómo operaría este, ello, no obstante que la Contraloría General de la República, analizado lo ocurrido con contratos similares que estaba adelantando la misma entidad, ya le había advertido a la convocada de los riesgos que tanto para ella como para el contratista implicaba la modalidad de contrato que estaba utilizando”.

“Por lo anterior no se entiende que dicho mecanismo sea utilizado, ya durante la ejecución del contrato, para reconocer al contratista la diferencia de áreas (conciliación de abr. 7/2003) pero que no lo sea para reconocer el hecho de que la entidad, durante la etapa de ajuste de los diseños, se excedió en el alcance por ella misma definido en los pliegos y además que lo que entregó como anteproyecto en esa misma época, carecía por completo de la factibilidad económica que debería haber tenido”.

“Así lo estableció el propio FIC en el pliego de condiciones de la licitación, cuando en el aparte en el que define el alcance de esa etapa de ajuste de diseños especificó de manera inequívoca:

“1.5.1. Etapa de ajuste de diseño consistente en:

— La elaboración del plan de manejo ambiental y/o consecución de la licencia ambiental o lo que requiera la CDMB.

— La localización de todos y cada uno de los edificios que conforman el centro de reclusión, teniendo en cuenta el levantamiento topográfico y las directrices que emita la CDMB.

— El diseño de las obras de urbanismo exteriores en coordinación con las autoridades municipales y nacionales competentes, oficina de planeación de Girón.

— **La adecuación arquitectónica de algunos espacios, según los requerimientos del FIC.**

— El diseño de la cimentación, a partir de los datos que arroje el estudio de suelos.

— El diseño de la estructura cumpliendo la norma NSR-98.

— El diseño hidráulico.

— El diseño sanitario.

— El diseño eléctrico y de luminotecnia.

— El diseño mecánico.

— El diseño de seguridad.

— El diseño de la dotación, gráficamente.

— El manual de especificaciones técnicas.

— El trámite y la consecución de licencias, permiso, servidumbres, concesiones, factibilidades de servicios públicos, etc. Y demás permisos necesarios para poner en funcionamiento el centro penitenciario.

— **NOTA:** el alcance del estudio de suelos que se entrega es preliminar será responsabilidad del contratista profundizar en este aspecto, a su costa y riesgo, si lo considera necesario” (negrilla y subrayado fuera de texto).

“Como se puede apreciar, fue la propia entidad la que en la etapa de la licitación advirtió y limitó **claramente** el alcance del ajuste del diseño arquitectónico, únicamente a “**la adecuación arquitectónica de algunos espacios**”.

“Es de advertir que esta claridad que hizo el FIC en la etapa licitatoria, al precisar sin dejar dudas, el alcance del **ajuste** arquitectónico que debía hacer el contratista (se supone que iba a ser solo un ajuste y además limitado a **adecuar solo algunos espacios**), no solamente conllevaba a que las variaciones sobre el propio diseño arquitectónicamente iban a ser mínimas, sino a que las variaciones sobre los demás diseños (estructurales, hidráulicos, sanitarios, eléctricos) también serían de menor cuantía en la medida que estos diseños son un reflejo directo del diseño arquitectónico”.

“Tan claro estaba que el alcance del ajuste de los diseños se iba limitar a la adecuación de algunos espacios, que en el documento denominado “Relación de preguntas formuladas en la audiencia de aclaraciones” preparado por la misma entidad durante la fase licitatoria y remitido a los oferentes con carta de octubre 10 de 2001, el FIC manifestó ante preguntas de las firmas interesadas en ofertar:

“Respuesta a pregunta 28:

“**El proponente debe fijar los costos teniendo en cuenta las cantidades que el FIC ha suministrado** sin olvidar que se trata de un contrato a precio global fijo” (negrilla fuera de texto).

“Adicionalmente, fue el propio FIC quien durante la etapa licitatoria, no dudó en calificar de **anteproyecto** la información suministrada a los oferentes para preparar sus ofertas. Y el carácter de que la información entregada constituía un anteproyecto lo dejó claramente ratificado el FIC, en la etapa licitatoria en muchas ocasiones, una de ellas en la pregunta 31 del antes mencionado documento “Relación de preguntas formuladas en la audiencia de aclaraciones”, así:

“(…) 31. Conalvías S.A.: ¿A qué grado de detalles se entrega el anteproyecto arquitectónico ya que se especifica como “ajuste”?

Respuesta: El FIC entrega un anteproyecto. Ver artículo 1º, numeral 1.1.2 del Decreto 2090 de 1989”.

“Y dicha precisión que hizo el FIC no es de poca monta, si se tiene en cuenta que según el decreto citado, se entiende por anteproyecto:

“Anteproyecto: corresponde a la idea general del proyecto y su estudio se debe hacer con base en las necesidades y fines de la entidad contratante, las normas oficiales vigentes, **y el monto de la inversión probable de la obra,**

estimada de común acuerdo entre el arquitecto y la entidad contratante.

“El arquitecto estudiará un programa que aprobado por la entidad contratante, le autoriza a elaborar el anteproyecto. Cuando la elaboración del programa implique trabajos de investigación, consultas, encuestas, asesorías de terceros, recopilación de datos, este trabajo de investigación se cobrará en forma adicional, de acuerdo con lo estipulado en el capítulo 8.

“El anteproyecto comprende dibujos a escala de plantas, cortes y fachadas o perspectivas suficientes para la comprensión arquitectónica, estructural y de instalaciones del edificio, sin incluir planos suficientes para poder ejecutar la obra, ni los estudios de factibilidad económica, utilidades, renta, alternativas de uso, flujo de caja, financiación, **pero sí sobre bases serias de su factibilidad**” (negrilla fuera de texto).

“Con lo anterior, se aprecia que la información suministrada por un anteproyecto **debe reflejar bases serias de factibilidad**, es decir, significa que ella debía ser confiable económicamente hablando”.

“Y para no dejar duda respecto de la confiabilidad de la información suministrada por el propio FIC en la etapa licitatoria, así lo ratificó esa misma entidad en el documento “Relación de preguntas formuladas en la audiencia de aclaraciones”, así:

“7. Conciviles S.A.: ¿sobre qué base se sacan unas cantidades de obra definitivas y confiables si el contrato es por modalidad de precio global fijo?

Respuesta: sobre los planos oficiales para penitenciarías de mediana seguridad FIC”.

“Ahora bien, para determinar si el anteproyecto entregado por el FIC con los pliegos de la licitación, fue hecho sobre bases serias de factibilidad y además, si la entidad cumplió o no con el alcance que ella misma había definido en el pliego para el ajuste de los diseños, se comparó el presupuesto ofertado por la unión temporal (el cual se basó en las cantidades del anteproyecto entregado por el FIC) con el presupuesto calculado con las cantidades resultantes del “ajuste de diseños”, se tiene lo siguiente:

“El presupuesto, en costos directos, valorado con los precios unitarios de la oferta de la unión temporal y las cantidades del anteproyecto elaborado y entregado por el FIC en el pliego fue de \$ 20.922.472.809 y,

“El presupuesto, en costos directos, valorado con esos mismos precios unitarios de la oferta de la unión temporal y las cantidades producto de lo que mal denominó el FIC como “ajuste de diseños” fue de \$ 23.056.145.780.

“Lo anterior significó que al comparar bajo la misma premisa y en las mismas condiciones (utilizando en ambos casos los precios unitarios ofertados por la unión temporal), en costos directos, el presupuesto producto del “ajuste de los diseños” resultó ser de \$ 2.133.672.971, claramente más costoso que el presupuesto calculado con las cantidades del anteproyecto entregado por FIC con el pliego de la licitación.

“Tan alta diferencia, más del 10%, permite concluir, sin lugar a dudas, lo siguiente:

“El anteproyecto elaborado y entregado por el FIC con el pliego de la licitación, no fue calculado con bases serias desde el punto de vista económico y por lo tanto la entidad no debió haberlo calificado como tal y,

“El verdadero alcance que en la realidad le dio la entidad contratante a la mal llamada etapa de “ajuste de diseños”, superó con creces lo definido por ella misma en los pliegos, dado que al comparar los dos presupuestos antes mencionados, se aprecia que dicha fase no se limitó, ni mucho menos, “a adecuar arquitectónicamente algunos espacios”. Lo anterior afectó seriamente la economía del contrato y por ende, los intereses de la unión temporal si se tiene en cuenta que ella presentó su oferta confiada, en que el alcance que le iba a dar el FIC a la etapa de ajuste de los diseños sería el definido por esa entidad en los pliegos de la licitación y esto evidentemente no fue así.

“En conclusión se tiene que al momento de presentar la oferta, para la unión temporal, fue claro que el riesgo resultante de un “ajuste de diseños”, —entendido este como la “adecuación de algunos espacios” era suyo y como tal estaba en libertad de asumirlo tal como efectivamente lo hizo, al presentar su oferta. Sin embargo, ello se determinó con base, por un lado, en que el alcance del ajuste de los diseños iba a ser el indicado en los pliegos de

la licitación, y por otro, en información que la entidad calificó en todo momento de anteproyecto”.

“Al analizar los cuadros comparativos mencionados, se concluye sin embargo, que por causas no imputables a la unión temporal, lo anterior no se cumplió ya que, por un lado la entidad excedió por completo el alcance del ajuste de los diseños por ella misma establecido, y por otro, que el anteproyecto no tenía la confiabilidad económica exigida por el Decreto 2090 de 1989 citado por el propio FIC.

“De otra parte y frente a las aseveraciones sin sustento, emitidas por la interventoría de la fase de construcción relativas a la supuesta “amplia cobertura” para absorber las reclamaciones presentadas por el contratista en cuanto a lo establecido en el AIU, vale la pena aclarar que en la ejecución de las obras, se asumieron sobrecostos con cargo al acápite respectivo de imprevistos, que no están siendo objeto de reclamación judicial”.

“1.2. Sobrecosto por mora en los pagos.

“A lo largo de la ejecución del contrato, hubo retardos y fraccionamientos en el pago de varias cuentas de cobro lo que alteró el equilibrio económico del contrato, por cuanto el contratista no pudo contar en las fechas pactadas, con los recursos económicos necesarios para cumplir con las distintas obligaciones adquiridas. Ese hecho representa un claro ejemplo del incumplimiento de la administración, como causa autónoma generadora de desequilibrio económico del contrato”.

“Los pagos que se pactaron en el contrato, finalmente se cancelaron en las fechas que aparecen detalladas en los anexos de la demanda, en donde se refleja no solo la mora sino el impacto económico de la misma. Visto lo anterior y ante la mora de la entidad en efectuar los pagos, esta debe reconocer los intereses moratorios correspondientes, que si bien no se pactaron en el contrato, también lo es que el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993(3), reglamentado por el artículo 1° del Decreto 679 de 1994, contiene regulación en materia de intereses moratorios legales a falta de estipulación, esto es, el 12% anual respecto del capital actualizado con base en el índice de precios al consumidor”.

“Es menester advertir que la unión temporal presentaba al FIC las facturas de cobro correspondientes, solo en el momento en que cumplía con el porcentaje de avance de obra estipulado en la cláusula novena del contrato para cada uno de los pagos parciales y para certificarlo ante el FIC, dichas facturas se acompañaban siempre de la respectiva constancia de la interventoría de la fase de construcción”.

“Así las cosas y ante el evidente retardo en el pago de varias sumas de dinero pactadas en el contrato, se impone el reconocimiento de los intereses moratorios legales correspondientes, por la suma de \$ 278.713.944”.

“1.3. Sobrecostos por mayor permanencia en obra del 4 de junio de 2003 al 4 de julio de 2003.

“Como consecuencia del aumento en las cantidades del concreto ciclópeo, el agravamiento de la situación de orden público que se vivía en la zona, el rediseño del edificio de alojamiento de los guardias solicitado por el FIC de manera extemporánea y el extraordinario período de lluvias que se presentó en la región, fue necesario pedir una prórroga del plazo. Esas circunstancias con claridad, no le son imputables al contratista, ni le eran previsibles y por lo tanto no está obligado a asumir los costos que dicha prórroga le representó.

“En efecto, en cuanto al aumento en las cantidades del concreto ciclópeo, tal como quedó consignado en la prórroga, el volumen de concreto ciclópeo que finalmente debió colocarse en la cimentación fue mayor al estimado inicialmente (3.583 metros cúbicos), por un hecho imprevisible y ajeno al contratista, dado que la real cantidad solo se pudo establecer con exactitud, una vez se implantó el proyecto en el predio destinado para tal fin, debido a las variantes geotécnicas y geológicas no previstas en el estudio de suelos entregado que presentaba el mismo, y que hacían imposible determinar con certeza la cantidad necesaria de concreto ciclópeo.

“En lo que atañe con el agravamiento de la situación de orden público, este afectó los horarios de trabajos que se tenían programados por cuanto las informaciones de inteligencia suministradas por los organismos de seguridad, eran indicativas de un posible ataque en las instalaciones de la construcción, por parte de grupos al margen de la ley, lo que impidió la realización de trabajos en horas extras que el proyecto demandaba, entre otras razones, para atender el aumento en las cantidades del concreto ciclópeo en la obra atendiendo a las nuevas circunstancias.

“En lo relativo al rediseño del edificio de alojamiento a los guardias, en uso de la facultad de modificación *jus variandi* en materia contractual y atendiendo las sugerencias del señor Guillermo Rivera (bureau de prisiones de los Estados Unidos, oficina asesora del Ministerio, en materia de fortalecimiento penitenciario y carcelario) se pidió incorporar en el edificio de alojamiento de guardianes, las casas fiscales, situación que no le es imputable al contratista y que generó un retraso en el inicio de las obras, dado que debió rediseñarse completamente la misma. La ubicación de las casas fiscales y los diseños tuvieron que modificarse para satisfacer los nuevos requerimientos de la entidad contratante.

“En lo atinente al período de lluvias, por lo inusualmente alto del nivel pluviométrico en la zona, estas causaron desbordamientos en el río de Oro y en la quebrada El Palmar, aledaños al sitio de las obras, generando inundaciones y el arrasamiento de estructuras contempladas dentro del contrato, como lo era, la bocatoma de captación de agua potable, instalada para surtir de líquido al establecimiento carcelario, una vez entrará en funcionamiento. Ese hecho le era imprevisible y no imputable al contratista.

“Adicionalmente, el hecho de que el contrato no se hubiera podido ejecutar en el lapso previsto contractualmente por causas no imputables al contratista, lo obligó a ejecutar la fase de construcción en un período especialmente invernal.

“Sin duda, las anteriores circunstancias fueron evaluadas por la entidad contratante, la que finalmente accedió a prorrogar el plazo del contrato el día 4 de junio de 2003 por el término de treinta (30) días, es decir, hasta el 4 de julio de 2003. Lo anterior demuestra que la entidad halló como ciertos, los hechos que se alegaron para solicitar la prórroga del plazo inicialmente pactados, por supuesto no imputables a mí representada.

“Los sobrecostos por mayor permanencia en la obra, le ocasionaron a la unión temporal pérdidas por valor de \$ 255.714.862.

“En relación con el concepto del interventor de la etapa de construcción fechado el 29 de enero de 2004 en el que manifiesta que: “Punto 4.3. No pueden aparecer sobrecostos por mayor permanencia en la obra toda vez que esta, desde el tercer mes, registraba atrasos“, queremos manifestar que no entendemos la relación de causalidad de la afirmación, ya que fue justamente porque la obra se encontraba atrasada y porque dicho atraso no era imputable a una mala gestión del contratista que el FIC, previo concepto favorable de la misma interventoría, autorizó la ampliación.

“Es más, en el concepto que la interventoría rindió al FIC el 7 abril de 2003 con ocasión de la primera solicitud de ampliación hecha por la UT opinó favorablemente a ampliar el plazo en ocho semanas y no solamente en los 30 días que posteriormente fueron acordados entre la UT y el FIC”.

“Una relación cronológica de esto es la siguiente:

“Con fecha 2 de abril de 2003 la unión temporal solicitó al FIC una ampliación del plazo de ocho semanas. Para tal efecto argumenta el aumento imprevisible en el concreto ciclópeo, el agravamiento de la situación de orden público en la zona, el rediseño del edificio de alojamiento de guardia solicitado en forma extemporánea por el FIC y el imprevisible aumento de las lluvias en la región.

“Con fecha 7 de abril de 2003 la interventoría de la construcción encuentra satisfactorios los motivos expuestos por la unión temporal para la anterior solicitud y en tal sentido emite su concepto favorable al FIC.

“Con fecha 12 de mayo de 2003 la unión temporal le informa al FIC que a solicitud suya, ha reconsiderado el tiempo de la ampliación solicitada y lo ha reducido a 30 días”.

“Esta situación quedó debidamente consignada en el documento que oficializó ampliación del plazo y que se denominó primera prórroga al contrato FIC 015 OP-2001:

“7. Que de acuerdo al oficio del 7 de abril de 2003, el director de la interventoría considera que la Unión Temporal Penitenciaria de Girón expresa motivos suficientes para que dicho plazo sea otorgado por la Dirección de Infraestructura del Ministerio del Interior y de Justicia”.

“1.4. Sobrecostos por incrementos imprevisibles y no imputables al contratista en el precio del dólar.

“En la ejecución del contrato se presentó una fuerte devaluación monetaria que rebasó todas las proyecciones de las empresas y organismos especializados, y por ende desequilibró económicamente el contrato, haciendo para el contratista más oneroso el cumplimiento del objeto contractual, como quiera que varios de los ítems contenidos en la oferta tenían componentes en dólares. En los soportes anexos a la demanda se encuentra el listado de ítems del contrato que tienen algún componente en dólares. Ese listado asciende a la suma de \$ 5.685.910.877. Un 80% de ese valor es el que corresponde estrictamente al componente dólar, es decir que la suma realmente afectada por la sobredevaluación presentada durante la ejecución del contrato fue de \$ 4.548.728.702.

“De otro lado, con base en análisis econométricos de empresas especializadas se comparó el comportamiento de la TRM real durante el período de ejecución del contrato, certificada por el Banco de la República, con las proyecciones que para ese mismo período se tenían previstas.

“Al analizar las dos series resultantes se puede ver claramente que durante el plazo del contrato se presentó una fuerte sobre devaluación que aplicada a las compras en dólares que realizó la unión temporal en esas mismas fechas arrojan un perjuicio para esta de \$ 433.037.886.

“Para la proyección de la tasa de cambio se utilizó un sistema de regresión lineal simple basado en una serie histórica, lo que quiere decir que viendo como fue el comportamiento histórico de un año atrás y calculando estadísticamente la tendencia, se proyectó el valor del dólar.

“Adicionalmente se tuvieron en cuenta las predicciones del año 2001 y del 2002 que diferentes agentes del mercado tales como Corfinsura, Suvalor y Corfivalle y el mismo Banco de la República esperaban del comportamiento futuro del dólar. (incluyendo factores misceláneos ej. Cambio de gobierno...).

“Las proyecciones estaban acorde a lo que se esperaba, sin embargo surgieron a mediados del 2002 situaciones exógenas que el país no esperaba. Durante el 2002 el comportamiento de la TRM sorprendió a los agentes del mercado. Al cierre de este año, la TRM se ubicó en \$ 2.864.79, dejando la devaluación de 12 meses en un 25.04% superando notablemente la meta oficial del 8% y las estimaciones de los analistas (a abr./2002 revaluación del 2.10%, a jun./2002 devaluación del 4.35% y a sep./2002 devaluación del 21.26%).

“En general, los factores que explicaron la tendencia alcista en el tipo de cambio durante el año 2002 fueron, especialmente en el segundo semestre:

— Ambiente regional: la crisis económica de Argentina, las turbulencias financieras del Uruguay, y especialmente Brasil, así como los problemas políticos de Venezuela, aumentaron la percepción de riesgo en la región, de tal forma se incentivó la demanda de dólares para inversiones en otras regiones.

— Ilíquidez interbancaria en dólares: una mayor demanda de divisas y las menores líneas de crédito para el país (en medio de la percepción de riesgo regional) llevó a que la oferta de dólares fuera mucho menor respecto a la demanda presionando al alza el precio del dólar.

— Crisis de los TES: la problemática de los TES que se inició en agosto generó un cambio en las inversiones desde TES hasta dólares, lo que se vio reflejado en una disminución de recursos en los fondos de inversión a la vista.

“La devaluación económica que tuvo que afrontar el contratista fue imprevista, excepcional y encuadra perfectamente en la teoría de la imprevisión.

“En el caso particular, la devaluación es un hecho exógeno a las partes contratantes que surgió con posterioridad a la celebración del contrato; altera en forma extraordinaria y anormal la ecuación económica y financiera del contrato, teniendo en cuenta que asciende a la suma de \$ 433.037.886 tornando en altamente onerosa su asunción por parte de la parte convocante, y ese hecho no pudo ser razonablemente previsible por el contratista. Procede entonces, el reconocimiento de los costos que le ocasionó a la unión temporal la devaluación presentada”.

“1.5. Los costos que tuvo que asumir la unión temporal por las obligaciones imprevisibles que le impuso la Resolución 351 del 24 de mayo de 2002.

“La obtención de la llamada “viabilidad ambiental“ exigida por la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo de la Meseta de Bucaramanga, CDMB, le representó a la parte convocante, incurrir en gastos que no estaban presupuestados inicialmente, como quiera que se impusieron obligaciones distintas a las adquiridas en el contrato y aún en la propia legislación ambiental. La citada “viabilidad ambiental“ fue a todas luces ilegal, en la medida que la misma no está contemplada en la reglamentación jurídica ambiental vigente. De dicha situación fue plenamente conciente la parte convocada, quien no obstante decidió no objetarla y ello le generó un perjuicio económico al contratista en la medida que le impuso obligaciones que no le eran previsibles.

“Esto quedó claramente consignado en el acta de comité de gerencia 004 celebrado el 8 de julio de 2002, el cual contó con la asistencia de los funcionarios del FIC y de la interventoría de la construcción:

“La UT aclara que los nuevos costos que se están generando son producto de la resolución y que los mismos son exagerados, exorbitantes e ilegales, además del hecho de que estos aparecieron después y los mismos no le eran previsibles, añade que es el FIC quien ha debido reponer la resolución por ser el peticionario, el FIC aclara que en su momento no se utilizó dicho recurso para evitar atrasos en la iniciación de las obras...”.

“Ahora, las obligaciones impuestas por el citado acto administrativo con la inclusión de los costos para atenderlas, se pueden apreciar en el AZ 3 de los anexos la demanda. Adicionalmente se adjuntan también los soportes contables de los pagos respectivos derivados de la decisión administrativa adoptada por la CDMB, que alteró las condiciones económicas del contrato, situación que cae en el concepto de la teoría de la imprevisión en cuanto fue una decisión de la administración como Estado, en este caso una Corporación Autónoma Regional, que impuso unas obligaciones a la unión temporal que no estaban presupuestadas al no estar establecidas en la ley y que por ende hicieron más onerosa la ejecución del contrato. Sobre el particular ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>(4)</sup>: “(...) La Sala considera que solo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante. Cuando la misma proviene de otra autoridad se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión”. Resulta claro que las obligaciones impuestas por la CDMB, representan un hecho exógeno a las partes que surgió en la etapa de ejecución del contrato y que no era previsible al momento de la celebración del contrato y por lo tanto, imputables al contratista.

“... se puede observar que el sobrecosto que a la unión temporal le ocasionaron esas imposiciones imprevisibles de la Resolución 351 fue de \$ 422.755.504”.

“1.6. Costos por razón del invierno.

“Durante los meses de febrero, marzo y abril del año 2003, en la zona del proyecto se presentaron lluvias que superaron de lejos el promedio histórico de lo que le era razonablemente previsible para el contratista, considerando la pluviosidad promedio histórica de los últimos 20 años. Y los gastos que se hicieron para afrontar las lluvias exageradas se detallan en el AZ 2 de los anexos de la demanda y arrojan la suma de \$ 492.835.752.

“Aparece claro que el fuerte invierno que azotó la zona en la cual se encontraba ubicada la construcción de la Cárcel de Palo Gordo, alteró sustancialmente el equilibrio económico del contrato como consecuencia, entre otros factores, de:

“Mayores costos en el alquiler de equipo mayor: Las intensas lluvias, en muchas ocasiones, deterioraron los trabajos que en materia de urbanismo se adelantaban en el momento, (excavaciones, rellenos en sub-base, base, etc.). Esto obligó a reconstruir esos trabajos y por lo tanto a pagar más alquiler de maquinaria pesada como retro excavadoras, volquetas, etc.

“Mantenimiento extra de cunetas y alcantarillas. La gran cantidad de material de arrastre que generado por las inusuales lluvias, obligó a implementar, de manera casi permanente y durante el tiempo que duró el invierno, un personal que limpiara las cunetas, alcantarillas, pozos, cajas, etc.

“Mayores costos en alquiler de formaleta: las intensas lluvias impidieron el ritmo normal de fundidas y esto generó una mayor permanencia de la formaleta en la obra.

“Mayores costos en las obras de la captación: las lluvias fueron de tal intensidad que varias veces generaron crecientes inusitadas en el río de Oro y destruyeron las obras de captación que se estaban ejecutando.

“Aquí vale la pena aclarar que los señalados sobrecostos producidos por el invierno, son solo los asociados con los costos directos.

“Así las cosas, se tiene que el costo total que tuvo que asumir el contratista para cumplir con el contrato a pesar de las fuertes lluvias que se presentaron, asciende a la suma de \$ 492.835.752., según se puede apreciar en el AZ 2 de los anexos de la demanda y en los soportes contables que se adjuntan.

“Efectivamente, al analizar los registros pluviométricos certificados por el IDEAM para la estación 2319028, ubicada en la vereda de Palo Gordo de Girón (Santander) se aprecia claramente que durante los meses de febrero, marzo y abril de 2003, se presentaron en dicha zona valores totales de precipitación, en un 90% superiores a los promedios históricos que para esos mismos meses se habían presentado en los últimos veinte años (495 mms v. 261 mms) y algo similar ocurrió al comparar los días mensuales de precipitación y los valores máximos mensuales de precipitación en ese mismo período”.

“1.7. Sobrecostos por las suspensiones en la iniciación de la construcción y dotación de la Cárcel de Palo Gordo, como consecuencia de las decisiones adoptadas por la CDMB.

“Por las exigencias de la CDMB, no fue posible iniciar la construcción y dotación de la Cárcel de Palo Gordo, situaciones que dieron lugar a la suscripción de dos actas de suspensión en el inicio de las obras.

“Los perjuicios que sufrió el contratista por esas circunstancias, se pueden verificar en el AZ 2 de los anexos de la demanda, ascienden a la suma de \$ 183.033.574.

“Dichas suspensiones no le son imputables al contratista y son el resultado de unas decisiones administrativas de la CDMB como Estado, que prohibieron la iniciación de los trabajos preliminares, hasta tanto se aportara el estudio de impacto ambiental por parte del FIC.

“Así las cosas, se tiene que frente a una decisión de una autoridad pública como Estado, que altere las condiciones económicas del contrato es aplicable la teoría de la imprevisión toda vez que no proviene en este caso, de la misma autoridad contratante. Es menester en consecuencia, reconocer los costos en que incurrió el contratista, por el tiempo en que estuvo suspendida la iniciación de las obras y que se miden por los Índices de Camacol”.

“1.8. Sobrecostos por voladuras no previsibles.

“Para realizar la construcción de la obra, fue necesario adicionalmente, hacer voladuras con pólvora que no estaban previstas por la suma de \$ 142.867.489, esto en razón de que no se contaba con un completo estudio de suelos. Los estudios de suelos existentes no permitieron prever el número total de voladuras a efectuar y al iniciar las obras fue cuando se pudo establecer el número total necesario de voladuras. Esa circunstancia le era imprevisible y no imputable al contratista.

“Frente a dicho punto, nuevamente, vale la pena traer a colación el informe rendido por la Contraloría General de la República<sup>(5)</sup>, en el cual se expresó:

“(…) A continuación y con el fin de ratificar las deficiencias encontradas por la comisión evaluadora, se procede a señalar algunas deficiencias en la gestión contractual reconocidas por el FIC en el proyecto “Estudios de Preinversión para proyectos de reclusión“, radicado en el BPIN y viabilizado por el DNP en enero del año en curso. Consecuencialmente, la comisión se limitará a transcribir a manera de resumen dichas deficiencias así:

“(…)”.

“El FIC no cuenta con recursos para la elaboración de los estudios topográficos, de suelos y de servicios públicos,



lo cual ha generado un atraso en el desarrollo del plan de construcciones, aprobado mediante el documento Conpes 3086.

Estudio de suelos: se deberán desarrollar estudios en aquellos inmuebles donde exista suelo disponible para ampliación y en los predios seleccionados por el FIC para adelantar obra nueva. Para las obras nuevas se realizarán 27 sondeos y para las ampliaciones 4 sondeos por edificación”.

## **2.2. Posición de la parte convocada.**

En su escrito de contestación de demanda la convocada para sustentar las razones de su defensa frente a los hechos planteados por la convocante en su escrito de demanda acepta como ciertos los hechos 1, 2, 3, 4, 7, 8 y 12. Con respecto a los hechos 5, 9, 10, 11, 13, 14, y 16 afirma ser parcialmente ciertos y por último, niega el hecho 15.

Por otro lado la parte convocada se pronunció sobre todos y cada uno de los hechos de la demanda sobre los cuales el tribunal hará una síntesis general:

En cuanto a las diferencias entre el valor global de la oferta y el valor global real entregado al final de la etapa de ajuste de diseños sostiene el apoderado de la convocada que no es cierto que el ajuste de diseños le hubiere implicado a la UT contratista detrimento patrimonial por alteración del equilibrio económico del contrato, como no es cierto que la entidad contratante no hubiere dado respuesta a la comunicación de mayo 29 y por último que no es cierto que la entidad contratante hubiere recibido la obra contratada con sobrecostos.

— Exteriores.

Afirma en su escrito de contestación de demanda frente a lo expuesto por la convocante que lo solicitado en el acta del comité de diseño no solo era completar el diseño urbanístico, sino también mejorarlo, actividad que estaba contractualmente pactada como ajuste de diseño. Por otro lado aduce que la parición de muros de contención y otros elementos para el manejo de pendientes debieron ser consideradas oportunamente por la UT contratista, si se tiene en cuenta que se conocía la topografía del predio a intervenir, todas vez que los planos felicitación incluyeron la localización general del proyecto sobre el terreno donde se aprecia claramente las cotas del nivel del mismo y agrega que la UT realizó visita previa al lote donde si construiría el proyecto.

— Pabellón tipo.

Para responder al accionante, la posición de la convocada consiste en afirmar de una parte que la expresión “permite crear una esquina que pueda ser utilizada como escondrijo por el recluso”, no se encuentra contenida en el acta que nos ocupa y, de otra, que según lo contenido en el acta de comité de diseño 3, celebrado el 4 de febrero de 2002, la modificación propuesta obedecía a razones de orden constructivo y no por solicitud del FIC y, por lo tanto, un eventual incremento del área era de total responsabilidad de la UT.

— Portal 1.

Manifiesta la convocada que los cambios fueron motivados por decisiones adoptadas en la reunión del 12 de febrero de 2002 de común acuerdo por las partes y respondía a la adaptación del edificio a los niveles del terreno por motivos de seguridad. Agrega que el edificio siempre estuvo contemplado en el mismo cuadrante topográfico en el que finalmente se implantó y de ello es prueba los planos entregados al contratista en la etapa de licitación.

— Taller tipo A y B.

Manifiesta la accionante que “en el comité 4 del 11 de febrero de 2002, la convocada solicitó, que en lo posible, la iluminación fuera natural. Para atender tal requerimiento se implementaron claraboyas en cubierta. Adicionalmente, por seguridad la entidad ordenó al contratista construir en todo el perímetro de dichos edificios un ático en concreto de altura 90 cms y alfajía de remate, que no estaba en el anteproyecto”.

En primer lugar, lo que se solicitó fue revisar el tipo de ventana en los talleres, de tal manera que la iluminación fuera natural, y en segundo lugar, los diseñadores de la UT propusieron la utilización de tragaluces, que a la vez que mejorarían la iluminación, podían ayudar a reforzar la ventilación de esos espacios.

— Visitas.

En la demanda se afirma que “se construyó en todo el perímetro ático en concreto de 90 cms de altura y alfajía de remate que no estaba en el anteproyecto. Adicionalmente, ... este edificio se dividió en dos (2) grandes plataformas generando muros de concreto adicionales, escaleras y juntas de construcción”.

En el escrito de contestación el apoderado de la convocada dejó constancia de que se debe aclarar que la división de este edificio no obedeció al mejoramiento de circulaciones, sino a la necesidad de garantizar el comportamiento estructural que el mismo debía ofrecer, toda vez que desde los pliegos de condiciones en el numeral —7.2.3.1 generalidades— se estableció que:

“El sistema estructural en su totalidad debe ser diseñado de acuerdo con la norma NSR 98, teniendo en cuenta todos los parámetros antes descritos; se diseñaran en los sistemas más convenientes, cumpliendo todas y cada una de las normas vigentes” (subrayas fuera del texto).

— Reseña.

Se manifiesta que “se construyó en todo el perímetro ático en concreto de 90 cms de altura y alfajía de remate que no estaba en el anteproyecto”.

A renglón seguido y para dar respuesta a lo manifestado por el apoderado de la convocante, en este punto se dice que es de advertir que dentro de los cambios solicitados (20 modificaciones), no solo se generaron mayores cantidades sino también menores y que todas ellas fueron objeto del estudio de compensación, como se demuestra en la comunicación surtida por el contratista el marzo 10 de 2003.

— Torre de Grito Alto.

Se afirma por parte del accionante “la solución estructural de esta torre estaba prevista en el anteproyecto con vigas inclinadas, esto se cambio por pantallas en concreto de acuerdo a lo solicitado en el comité 5, lo cual hizo que se aumentaran las cantidades de concreto y acero”.

En el acta del comité de diseño 5 se encuentra consignado que el Ingeniero Jairo Briceño representante de la interventoría en el comité, sugirió estudiar el cambio de la solución estructural de vigas inclinadas por pantallas en concreto, como se había propuesto en otros penales.

— Aulas.

En la demanda se afirma que “... se dividió el aula múltiple en dos (2) de menor tamaño lo cual incrementó las cantidades de mampostería, puertas, tarimas y los puntos hidráulicos, sanitarios y eléctricos”.

Para responder a esta afirmación el convocado manifiesta que realmente en el acta de comité de diseño 6 se trató el tema de la división del aula múltiple en dos aulas de menor tamaño, pero según lo consignado en la misma, la única inquietud que presentó el contratista fue la reducción de capacidad que se presentaba y la duplicidad de algunos espacios de apoyo. Por lo anterior, el contratista estuvo de acuerdo en estudiar el aumento de la capacidad en los dos salones, disminuyendo el área de tarima y los cuartos de apoyo, de tal manera que no se modificara la estructura ni la distribución general.

— Sanidad.

Se manifiesta que “en el comité 4 se ordenó la construcción de una exclusiva nueva de acceso ... igualmente se construyó en todo el perímetro del edificio un ático en concreto de altura 09 cms con alfajía en concreto”.

Continúa afirmando el apoderado de la convocada que con respecto a esta afirmación para este edificio, lo que se encuentra consignado en el acta del comité de diseño 4, es que el diseñador del contratista presentó los nuevos planos en los que se incluían los ajustes entre otros del edificio que nos ocupa, a los cuales se les hicieron algunas observaciones como que “... En la sección de acceso a sanidad se planteó una nueva esclusa de carácter sanitario la cual fue aceptada, sugiriéndose estudiar la colocación de las puertas para facilitar el giro y salida de las

camillas”.

— Almacén de acopio.

La UT contratista manifiesta que “en el comité de diseño 2 nos solicitaron dos (2) patios de maniobras para vehículos que accediesen desde el exterior del penal como para los vehículos internos que abastecen las áreas internas de la penitenciaría”.

Responde la convocada afirmando que en efecto, la solicitud se realizó por parte de la interventoría de diseño, teniendo en cuenta que se observó que en el diseño presentado por el contratista se contaba con un solo patio de maniobras. Es de tener en cuenta que el concepto arquitectónico de este edificio siempre estuvo manejado para poseer dos patios de maniobras, tal como lo demuestra el contenido de la localización general (plano 2 de 3 de septiembre de 2001), entregada al contratista en la etapa licitatoria, en donde el edificio 4 posee un patio de maniobras frontal a su acceso y otro posterior.

— Pabellón de extramuros.

Manifiesta la accionante que “en este caso no se incluyó en el presupuesto, con base en el cual se presentaron las ofertas, las actividades de excavación manual, rellenos y concreto ciclópeo, lo que significó que este edificio presentara un mayor valor de \$ 147.550.003”.

Hace énfasis el apoderado de la convocada en que en el capítulo VII, “Especificaciones del proyecto”, en su numeral 7.5 Valor de la propuesta—, la entidad fue clara en precisar que “... Tanto el listado de actividades, como las cantidades de obra incluidas en estos pliegos, se entregan como ayuda para que el proponente valore su propuesta más rápidamente, pero este a su vez, asume totalmente la responsabilidad del volumen de obra a construir y la cantidad de equipos y enseres para dotar; es decir, esta información no compromete al FIC”.

A continuación se transcriben de las respuestas concretas los hechos de la demanda que destacó el apoderado de la parte convocada en su escrito de contestación de demanda:

“2. Sobrecosto por mora en los pagos

No es cierto que la entidad contratante hubiere incumplido el contrato FIC-015 OP-2001, toda vez que, como se demostrará, los pagos se hicieron en cumplimiento de las condiciones señaladas en los pliegos de la licitación y en el clausulado del contrato.

Aunque se relacionará con mayor detalle en el acápite de las excepciones de mérito, contrario a lo manifestado por la accionante, el contrato no tenía previsto una fecha cierta y determinada para los pagos, toda vez que estos estaban sometidos a una condición conocida y aceptada por la UT contratista desde la misma génesis del contrato”.

“3. Sobrecostos por mayor permanencia en obra del 4 de junio de 2003 al 4 de julio de 2003

Es cierto que el 4 de junio de 2003 las partes, previa solicitud de la UT contratista y concepto favorable a la misma por parte de la interventoría, acordaron prorrogar el plazo de ejecución del contrato, en el sentido de extender dicho plazo en 30 días, contados a partir del vencimiento del contrato principal. En el acta de prórroga se anotaron los antecedentes y motivos de la solicitud de ampliación del plazo formulada por la UT contratista. Así las cosas, como quiera que los antecedentes y motivos de la prórroga quedaron consignados en la citada acta de prórroga, me atengo totalmente a lo allí dispuesto.

No es cierta la afirmación de la UT contratista según la cual las circunstancias que motivaron la solicitud de prórroga no le eran previsibles, toda vez que las dificultades materiales para la construcción, tales como temporada de lluvias y topografía escabrosa, corresponden a riesgos normales de una empresa dedicada a obras públicas. Si bien es cierto que las condiciones topográficas del terreno donde se construyó el proyecto no permitían calcular con exactitud el volumen de concreto a instalar, el estudio de suelos que fue entregado al contratista sí contempló en su capítulo 6 los parámetros para el diseño de la cimentación, dentro de los cuales se encuentra el tipo y profundidad de la misma, de acuerdo a los resultados de capacidad portante del terreno, que según el informe

presentó dos sectores con características geotécnicas diferentes, por lo que en su capítulo 7 de conclusiones y recomendaciones destacó que la profundidad de cimentación de las estructuras en el sector II variaría entre 1.50 m y 3.65 m, de acuerdo con su localización dentro del sector y que superficialmente no era recomendable cimentar ninguna estructura como muros de cerramiento o divisorios, sin efectuar un descapote o llevar la cimentación a suelos de consistencia firme.

Además que en los pliegos de la licitación, numeral 1.5.1, se previó que el alcance del estudio de suelos que se entregaba era preliminar y que sería responsabilidad del contratista profundizar en este aspecto, a su costa y riesgo, si lo consideraba necesario.

De otra parte y tal como quedó registrado en el acta de comité de gerencia 006 del 29 de noviembre de 2002, el contratista manifestó que sí era posible terminar el proyecto en el plazo contractual, a pesar de conocerse ya las mayores cantidades de fundición que se estaban presentando.

Respecto del período de lluvias, tal como se consignó en las consideraciones de la prórroga al contrato, efectivamente debido al fuerte invierno en la zona (el peor en 20 años) se presentaron desbordamientos de la Quebrada El Palmar, fuente hídrica aledaña al sitio de las obras, lo que ocasionó inundaciones y arrasamientos de estructuras como la bocatoma de captación de agua potable. Cabe aquí considerar que si bien es cierto que las causas no son imputables a la UT contratista, la construcción de las obras de la bocatoma sí pudieron preverse para ser realizadas en un período del año anterior, en donde los reportes climatológicos fueran favorables. En igual forma cabe recordar aquí que para la captación del agua se realizaron estudios indicativos de cotas de inundación y períodos de retorno, con los cuales la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga —CDMB— otorgó la concesión de aguas, estudios estos que pudieron ser requeridos por el contratista para evaluar esta situación que terminó convirtiéndose como imprevisto”.

“4. Sobrecostos por incrementos imprevisibles y no imputables al contratista en el precio dólar.

No me consta que durante la ejecución del contrato se haya presentado una fuerte devaluación monetaria. En todo caso, una vez revisada la oferta, el proponente jamás aclaró ni especificó que algunos ítems tenía componente en dólares. Con todo, no es cierta la afirmación según la cual “la devaluación económica que tuvo que afrontar el contratista fue imprevista”, toda vez que en presencia de un mercado libre la fluctuación del dólar se somete a las condiciones económicas y políticas de los mercados internacionales, pudiendo calcularse una proyección de las posibles fluctuaciones en distintos escenarios. Así, las fluctuaciones en el valor de las monedas corresponden a riesgos normales de una empresa dedicada a obras públicas”.

“5. Los costos que tuvo que asumir la unión temporal por las obligaciones imprevisibles que le impuso la Resolución 351 del 24 de mayo de 2002.

Es cierto que el 24 de mayo de 2002, la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga, mediante Resolución 351, otorgó la viabilidad ambiental del proyecto “Construcción de la Penitenciaría Nacional de Palogordo, en el municipio de Girón (Santander)” y aprobó el plan de manejo ambiental propuesto para el mismo.

No es cierta la afirmación de la UT contratista según la cual las obligaciones impuestas por la CDMB representan un hecho exógeno y no previsible al momento de la celebración del contrato, toda vez que, como se relacionará con mayor detalle en el acápite de excepciones, la UT contratista, desde la misma génesis del contrato, conocía de sus obligaciones para asumir los costos que se derivaran del trámite, obtención y pago de las licencias, al hacer parte del objeto contractual”.

“6. Costos por razón del invierno.

No me consta que durante los meses de febrero, marzo y abril del año 2003 se hubieren presentado, en la zona del proyecto Palogordo, lluvias con un nivel de precipitación superior al promedio histórico de los últimos 20 años.

No es cierta la afirmación de la UT contratista según la cual el invierno no es un hecho previsible, pues la doctrina y la jurisprudencia nacional han considerado que en zonas del trópico el clima es un factor inherente al riesgo

normal de toda empresa de obra. Caber agregar que en los pliegos de la licitación, numeral 3.3 “Calendario de la licitación”, se dispuso una visita al sitio de las obras:

“Visita al sitio de las obras. Los proponentes deberán visitar el sitio de las obras para tener oportunidad de evaluar las condiciones específicas de la misma, además de la incidencia de otros factores, ya sean locales o foráneos y así definir los parámetros reales del escenario que influirá en la presentación de sus propuestas y tener una apreciación real de las dificultades propias de la región”.

“7. Sobrecostos por las suspensiones en la iniciación de la construcción y dotación de la Cárcel de Palogordo, como consecuencia de las decisiones adoptadas por la CDMB

Es cierto que las partes acordaron sendas actas de suspensión temporal del contrato, motivadas por la imposibilidad de iniciar la etapa de obra sin la aprobación de la respectiva licencia ambiental.

No es cierta la afirmación de la accionante según la cual la suspensión por hechos de una autoridad ambiental produjo perjuicios, toda vez que, como se relacionará con mayor detalle en el acápite de excepciones, la UT contratista, desde la misma génesis del contrato, conocía de sus obligaciones para asumir los costos que se derivaran del trámite, obtención y pago de las licencias, al hacer parte del objeto contractual”.

“8. Sobrecostos por voladuras no previsibles.

No es cierto que las voladuras con pólvora no eran previsibles, toda vez que el estudio de suelos entregado a la UT contratista preveía que dentro de los sondeos realizados en el sector central y sur del lote se constataron, entre otras características, la presencia de rocas meteorizadas de la formación de Girón. Además que en los pliegos de la licitación, numeral 1.5.1, se previó que el alcance del estudio de suelos que se entregaba era preliminar y que sería responsabilidad del contratista profundizar en este aspecto, a su costa y riesgo, si lo consideraba necesario”.

### **III. Pretensiones**

En el escrito de solicitud de convocatoria para la integración de un tribunal de arbitramento y de demanda ante el centro de arbitraje y conciliación, la parte convocante formuló las siguientes pretensiones:

1. Que se declare que durante la ejecución y desarrollo del contrato FIC-015 OP-2001 sobrevinieron hechos no imputables a la Unión Temporal Penitenciaria de Girón, integrada por las sociedades Otacc Ltda., Beltrán Pinzón y Cía. S.A. Construcciones, Cusezar S.A., y Conconcreto S.A., que alteraron la ecuación económica del referido contrato.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se incluya en la liquidación del contrato y se condene a la Nación — Ministerio del Interior y de Justicia— Dirección de Infraestructura al pago de las siguientes sumas así:

2.1. Por concepto de las diferencias entre el valor global de la oferta evaluado con base en el anteproyecto y el valor global real entregado al final de la etapa de ajuste de diseños, por valor de \$ 347.162.162 o la mayor que resulte probada en el proceso.

2.2. Por los sobrecostos ocasionados por la mora en los pagos, que asciende a la suma de \$ 278.713.944 o la mayor que resulte probada en el proceso.

2.3. Por los sobrecostos generados por mayor permanencia en obra entre el 4 de junio de 2003 al 4 de julio de 2003, por valor de \$ 255.714.862 o la mayor que resulte probada en el proceso.

2.4. Por los sobrecostos por incrementos imprevisibles y no imputables al contratista en el precio del dólar, por valor de \$ 433.037.886 o la mayor que resulte probada en el proceso.

2.5. Por los costos que tuvo que asumir la unión temporal por las obligaciones imprevisibles que le impuso la Resolución 351 del 24 de mayo de 2002, dictada por la CDMB, por valor de \$ 422.755.504 o la mayor que resulte probada en el proceso.

- 2.6. Por los costos por razón del invierno por valor de \$ 492.835.752 o la mayor que resulte probada en el proceso.
- 2.7. Por los sobrecostos generados por las suspensiones en la iniciación de la construcción y dotación de la Cárcel de Palo Gordo, como consecuencia de las decisiones adoptadas por la CDMB, por valor de \$ 183.033.574 o la mayor que resulte probada en el proceso.
- 2.8. Por los sobrecostos por voladuras no previsibles, por valor de \$ 142.867.489 o la mayor que resulte probada en el proceso.
3. Todas las condenas a que se refieren las anteriores declaraciones se decretarán con sus intereses, reajustes, correcciones y actualizaciones que permita la ley y según la interpretación del honorable tribunal, y cuando hubiere lugar a intereses, de cualquier clase, ellos se decretarán a la más alta tasa legalmente procedente.
4. Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad convocada.

#### **IV. Posición del Ministerio Público**

En su escrito de alegatos de conclusión que obra a folios 472 a 479 del cuaderno principal 2 la agente del Ministerio Público fija su posición frente a lo que considera quedó demostrado dentro del proceso llegando así a las siguientes conclusiones:

1. Considera que quedó demostrado que sí hubo mayores obras por parte de la unión temporal.
2. Sin embargo argumenta que muchos de los riesgos, como era la consecución del permiso ambiental, constituían una carga que le correspondía al contratista, por lo cual cualquier sobrecosto que se pruebe por ello debe ser asumido por él y las demoras propias o como consecuencia del permiso ambiental así como las suspensiones no pueden ser pagadas por la entidad contratante.
3. Con respecto al plazo de 30 días y los antecedentes que la motivaron como la temporada de lluvias, la topografía escabrosa y otros ítems, corresponden a los riesgos normales de esta clase de obras.
4. Continúa diciendo que la invitación para construir la obra, fijaba unos criterios de diseño y algunas especificaciones de construcción de los trabajos, pero que estas debían ser complementadas por el contratista.
5. Refiriéndose a la aparición de muros de contención y otros elementos para el manejo de pendientes, concluye que es cierto que las condiciones topográficas del terreno no permitían calcular con exactitud el volumen de concreto a instalar. Sin embargo, el estudio de suelos que fue entregado al contratista sí contempló en su capítulo 6 los parámetros para el diseño de la cimentación, dentro de los cuales se encuentra el tipo y profundidad de la misma, de acuerdo con los resultados de capacidad portante del terreno, que según el informe presentó dos sectores con características geotécnicas diferentes, por lo que en el capítulo 7 de conclusiones y recomendaciones destacó que la profundidad de cimentación de las estructuras en el sector II variaría entre 1.50 m y 3.65 m, de acuerdo con su localización dentro del sector y que superficialmente no era recomendable cimentar ninguna estructura como muros de cerramiento o divisorios, sin efectuar un descapote o llevar la cimentación a suelos de consistencia firme.
6. Por otro lado recalca que en numeral 1.5.1 del pliego de condiciones de la licitación se previó que el estudio de suelos que se entregaba era preliminar y que sería responsabilidad del contratista entrar a profundizar en ese aspecto a su costa.
7. Por último destaca que si existieron cambios en la seguridad, fueron motivados en decisiones conjuntas, y que no existe ningún respaldo procesal para pretender el reconocimiento de un sobrecosto por incremento en dólares.
8. Concluye diciendo que si bien la UT pretende que se le paguen ciertas sumas por considerar que ha habido un rompimiento del equilibrio económico del contrato, esa pretensión es válida únicamente para aquellos ítems que fueron aprobados y realizados por el comité de diseños del FIC, excluyendo los sobrecostos generados por requerimientos estructurales, a su vez necesarios por la topografía particular del terreno en donde se desarrolló la obra. Es claro para el Ministerio Público que en repetidas oportunidades el FIC sugirió a los licitantes verificar las condiciones topográficas del terreno.

## V. Consideraciones del tribunal

### 1. El contrato.

El fondo de infraestructura carcelaria abrió la licitación FIC-003-OP-2000 cuyo objeto era “seleccionar al contratista más favorable para la elaboración del ajuste de diseño arquitectónico, los proyectos técnicos, la construcción y dotación del Centro Penitenciario Palogordo...”. En cuanto al alcance específico de la licitación se precisó que “es la elaboración del proyecto definitivo, la construcción y dotación del Centro Penitenciario de Palogordo, en un todo de acuerdo con el anteproyecto y los criterios generales de diseño, los cuales hacen parte de estos términos, consignados en los capítulos VII y VIII. El anteproyecto contiene los planos y especificaciones generales, documentos que hacen parte de esta licitación. Estas labores se ejecutarán mediante la modalidad de precio fijo con plazo único, por el sistema de precio global fijo, sin fórmula de reajuste y con un plazo único”.

De conformidad con el pliego “Los trabajos comprendidos dentro de lo que sería el objeto de la contratación se discriminan así:” una “Etapa de ajuste de diseño” y una “Etapa de construcción”.

Como consecuencia del proceso licitatorio se celebró el contrato de obra pública FIC-015 OP-2001 entre el Fondo de Infraestructura Carcelaria y la Unión Temporal Penitenciaria de Girón, conformada por las sociedades Conconcreto S.A., Cuzesar S.A., Otacc Ltda. y Beltrán Pinzón y Cía. S.A., en adelante la UT o el contratista, el cual tenía el siguiente objeto:

“El CONTRATISTA se obliga a realizar para El FIC ‘El ajuste a los diseños —arquitectónicos y técnicos—, los estudios técnicos definitivos, el cronograma detallado de diseño y de obra, el trámite, obtención y pago de las licencias y permisos que se requieran para la construcción de la obra, las obras de urbanismo, la construcción y dotación del Centro Penitenciario de Mediana Seguridad Palo Gordo regional oriente, en el municipio de Girón (Santander) y entrega en un todo a satisfacción del FIC, desde sus etapas preliminares, pasando por las fases intermedias hasta concluir en su acabado, prueba y puesta en funcionamiento’, a un precio global fijo y plazo único, de acuerdo con los pliegos de la licitación, la propuesta presentada por el contratista y en los términos que se señalan en este contrato, documentos que forman parte integral del mismo”.

La cláusula segunda del contrato estableció:

“EL CONTRATISTA se obliga a realizar el objeto del presente contrato y la entrega en un todo a satisfacción del FIC, de acuerdo con los planes y programas de trabajo e inversiones, y el cronograma presentado por EL CONTRATISTA al finalizar la etapa de diseño sobre cantidades de obra y presupuesto reales, revisados por el interventor y aprobados por el FIC”.

La cláusula cuarta determinó las obligaciones del contratista, incluyendo, entre otras, las siguientes:

“2. Elaborar el ajuste a los diseños —arquitectónicos y técnicos—, los estudios definitivos, especificaciones y memoria descriptiva.

“3. Elaborar los estudios: topográfico; de suelos, desde el punto de vista físico, químico, geológico y sísmológico, de ubicación de las obras de acuerdo con las normas del municipio de Girón; de vías de acceso, servidumbres; otros estudios: abastecimiento y evacuación de aguas, de energía, de iluminación, materiales, redes y sistemas contra incendio, redes y sistemas de seguridad; y elaborar el manual de especificaciones y presupuesto detallado de obra y de dotación.

“4. Al trámite, obtención y pago de las licencias —ambiental y de construcción— y demás permisos y autorizaciones que se requieran por parte de la autoridad ambiental, municipal y cuyos costos deberán ser sufragados por EL CONTRATISTA con cargo al valor del presente contrato”.

“7. A la construcción de las obras de urbanismo, de acuerdo con los planos elaborados por EL CONTRATISTA, en las cantidades y especificaciones suministradas por este, y previa la revisión, definición y aprobación por parte del FIC, el cual podrá efectuar las modificaciones y ajustes que considere pertinentes, las que deberán ser acogidas por EL CONTRATISTA, sin que ello represente variación alguna en la modalidad de precio y plazo establecido en

el presente contrato, sin perjuicio del criterio de compensaciones expresado por el FIC en la etapa precontractual”.

“12. Entregar el objeto del contrato —ajuste de los diseños, los estudios, la obra y la dotación—, dentro de los plazos pactados”.

Por otra parte, en la cláusula sexta se estableció:

“EL CONTRATISTA se obliga para con el FIC a ejecutar las obras objeto del presente contrato, por el sistema de precio global fijo sin fórmula de reajuste y con un plazo único”.

La cláusula décima determinó los plazos de ejecución y a tal efecto contempló tres meses para los “ajustes de los diseños —arquitectónicos y técnicos —estudios, la obtención de las licencias —ambiental, de construcción, de sanidad —y demás permisos, la entrega detalla del presupuesto detallado del proyecto” y doce meses “para la etapa de construcción y dotación, contados a partir de la suscripción del acta de iniciación de la construcción”. Así mismo contempló que “EL CONTRATISTA iniciará la ejecución de la obra y se procederá a la suscripción del acta correspondiente una vez recibidos y aprobados a entera satisfacción del FIC, los diseños, arquitectónico y técnico, los estudios, el presupuesto detallado y las especificaciones y detalles, no obstante dicha aprobación, durante el proceso constructivo se podrán efectuar nuevos ajustes de común acuerdo entre las partes”.

De las reglas contractuales establecidas, destaca el tribunal dos de los supuestos previstos por el FIC en la concepción del proyecto objeto de la licitación pública FIC-003-OP-2000: (i) El alcance de la contratación consistía en la estructuración definitiva del proyecto, esto es, desde la formulación del presupuesto definitivo, previa revisión y ajuste de los estudios y definiciones de diseño que sirvieron de base a la administración para la elaboración de los pliegos de condiciones, hasta la construcción y puesta en funcionamiento del Centro Penitenciario Palo Gordo; y (ii) La remuneración del contratista por la totalidad de las actividades objeto del proyecto, consistiría en un precio global fijo sin fórmula de reajuste referida un plazo único de ejecución.

Los supuestos que destaca el tribunal de la descripción del objeto de la licitación consignada en los pliegos de condiciones, parecerían carecer de concordancia entre ellos, como que, resultaría en principio contradictorio la formulación de un ofrecimiento por un valor único no susceptible de reajustes, con las obligaciones que asumiría el contratista seleccionado tendientes a elaborar un proyecto definitivo, de cuya determinación necesariamente debía resultar un presupuesto igualmente definitivo, que bien pudiera ser distinto al establecido por la entidad en los pliegos de condiciones.

Por la discordancia que pareciera existir en las bases de la contratación que vienen de reseñarse y por la importancia de las mismas en la definición de la controversia, entra el tribunal a estudiar el contenido que a estas obligaciones dieron las partes en el contrato.

### **(i) La estructuración definitiva del proyecto.**

Era de cargo del contratista formular la estructuración definitiva del proyecto, obligación que le fue asignada en la cláusula cuarta del contrato.

“Cláusula cuarta. Ampliación de las obligaciones del contratista durante la ejecución del contrato: (...) 2. Elaborar el ajuste a los diseños —arquitectónicos y técnicos—, los estudios definitivos, especificaciones y memoria descriptiva. 3. Elaborar los estudios: topográfico; de suelos, desde el punto de vista físico, químico, geológico y sísmológico, de ubicación de las obras de acuerdo con las normas del municipio de Girón; de vías de acceso, servidumbres; otros estudios: abastecimiento y evacuación de aguas, de energía, de iluminación, materiales, redes y sistemas contra incendio, redes y sistemas de seguridad; y elaborar el manual de especificaciones y presupuesto detallado de obra y de dotación. (...) 7. A la construcción de las obras de urbanismo, de acuerdo con los planos elaborados por EL CONTRATISTA, en las cantidades y especificaciones suministradas por este, y previa la revisión, definición y aprobación por parte del FIC, el cual podrá efectuar las modificaciones y ajustes que considere pertinentes, las que deberán ser acogidas por EL CONTRATISTA, sin que ello represente variación alguna en la modalidad de precio y plazo establecido en el presente contrato, sin perjuicio del criterio de compensaciones expresado por el FIC en la etapa precontractual” (se subraya).



De estas obligaciones destaca el tribunal la de entrega del presupuesto detallado del proyecto, que implicaba la conclusión de los estudios y de los ajustes de diseño de responsabilidad del contratista.

## **(ii) El precio global fijo y sus efectos.**

En cuanto al tipo de contratación y forma de pago, dispusieron los pliegos de condiciones de la licitación pública FIC-003-OP-2001 (num. 6.4):

“El contrato será bajo la modalidad de plazo único a precio global fijo, sin fórmula de reajustes, y con un plazo fijo. El valor del contrato será a precio global fijo y no será objeto de incremento o reajuste sobre el entendido que dicho valor representa todo costo, gasto directo e indirecto, en que deba incurrir el contratista, y la utilidad, para el desarrollo y ejecución del contrato” (destaca el tribunal).

Por la previsión contractual y por la importancia de su definición en punto a la asignación de riesgos del contrato bajo análisis, punto de singular importancia en la pretensión bajo estudio, considera pertinente el tribunal estudiar los alcances jurídicos que a este respecto tiene la contratación a precio global.

## **2. Los principios que rigen los contratos a precio global.**

Como es sabido en materia de contrato de obra existen diversas modalidades de fijación de precio cuyos efectos son distintos. Así, utilizando la terminología conocida en el derecho colombiano, puede existir el contrato a precios unitarios, a precio global fijo, por administración delegada o por reembolso de gastos y pago de honorarios.

En relación con el contrato a precio global DROMI señala que “tal sistema tiene lugar cuando se conviene un precio global, total, previo e invariable para la realización total de la obra”<sup>(6)</sup> y el derogado artículo 88 del Decreto 222 de 1983 prescribía: “Los contratos a precio global, son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a las que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija, en la cual están incluidos sus honorarios, y es el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de los subcontratos, y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna, por dichos actos”.

Así, en el contrato a precio global o alzado, que los franceses llamaban “*a forfait*”, el contratista se obliga a ejecutar una obra exactamente definida, por un precio total que se encuentra perfectamente determinado desde la celebración del contrato. El contratista asume entonces, en principio, los riesgos de que se presenten desviaciones en relación con la cantidad de obra estimada o de los costos en que se debiera incurrir para su ejecución<sup>(7)</sup>, es decir que asume el riesgo del error de evaluación<sup>(8)</sup>.

Dentro de esta modalidad la doctrina encuentra la posibilidad de subclasificaciones como la señalada por Díez, quien expone que el precio global puede ser relativo o absoluto, según las partes hayan convenido alguna posibilidad de ajuste de acuerdo con las cantidades de obra ejecutada o no<sup>(9)</sup>.

La modalidad de precio en estudio, es objeto de críticas por quienes consideran que con su adopción se ampara que el contratista trate de hacer economía en sus gastos en desmedro de la buena construcción y de la solidez de la obra; para otros, como Sayagues Laso, presenta el inconveniente de no indicar las bases o criterios para liquidar el precio de las modificaciones que sean introducidas al proyecto<sup>(10)</sup>, a lo que se agrega la percepción, casi generalizada en la doctrina, de que esta clase de contratos solo deben ser celebrados por la administración cuando tenga la absoluta certeza de la obra que quiere contratar.

En efecto, la doctrina ha señalado<sup>(11)</sup> que el precio alzado significa una obra cuyo precio se fija a un tanto global y “requiere por tanto, una invariabilidad de la obra que corresponda a esa invariabilidad en el precio”, se agrega que “en la doctrina francesa suele estimarse que no media ajuste alzado (*marché a forfait ou à prix fait*) sino cuando el empresario se obliga a entregar la obra ejecuta conforme a un plano convenido, por un precio global e invariable fijado de antemano”. En la doctrina italiana se explica que en los contratos a precio global no es necesario que exista propiamente un proyecto, pero debe haber un mayor rigor en la determinación de la obra que en los otros casos. Incluso se discute qué sucede cuando se determinan particularidades esenciales de la obra con posterioridad al contrato y, en particular, si este debe entenderse perfeccionado con la manifestación original, caso en el cual el

precio no puede ser modificado, o solo con las precisiones acerca de las particularidades de la obra<sup>(12)</sup>. Igualmente la doctrina argentina<sup>(13)</sup> advierte que aun cuando puede hablarse de precio alzado cuando no existe un proyecto completo de la obra, “todas las veces que la determinación de la obra a ejecutar impida establecer el precio global y previo, entonces solo cabe hablar a lo sumo, de ajuste alzado relativo. Este exigirá una innovación en más o en menos, con respecto al precio preventivamente fijado por las partes”. En todo caso, si se modifica la obra convenida a precio global, puede pedirse una modificación de la remuneración<sup>(14)</sup>.

En todo caso recuerda en este punto el tribunal lo ya reiterado por la doctrina en el sentido de que la contratación de obra a precio global es recomendable cuando la obra que se compromete a ejecutar el constructor se encuentra perfectamente definida, de modo que este pueda confiar en que su obligación no resulte más onerosa a causa de imprevisiones técnicas que impongan mayores costos a las obras previstas o la ejecución de obras adicionales a las inicialmente pactadas<sup>(15)</sup>, y así mismo, la entidad contratante pueda evaluar con objetividad y precisión el precio propuesto por su contratista y determinar su adecuación a la realidad de costos de la ejecución de la obra en cuestión.

En atención a la tipología contractual adoptada por las partes, el ministerio ha planteado como parte de su defensa que, por tratarse de un contrato a precio global, el contratista es quien debe asumir las situaciones imprevistas de cualquier origen, naturaleza y magnitud que hayan tenido ocurrencia durante el desarrollo contractual y que, por tanto, es quien debe soportar en su patrimonio las consecuencias económicas desfavorables que tales hechos han generado. Lo anterior hace necesario a juicio del tribunal un análisis del equilibrio económico del contrato estatal.

### **3. El equilibrio económico del contrato estatal de obra pública.**

Como las pretensiones de la demanda se han planteado en torno al supuesto del rompimiento del equilibrio económico del contrato de obra pública FIC-015 OP-2001 suscrito entre las sociedades convocantes que conformaron la denominada “Unión Temporal Penitenciaría de Girón” y el Fondo de Infraestructura Carcelaria, FIC, del Ministerio de Justicia y el Derecho, (hoy Dirección de Infraestructura, DIN, del citado ministerio) por la ocurrencia sobreviniente, durante la ejecución y desarrollo de dicho contrato, de hechos no imputables a las convocantes que alteraron dicho equilibrio, el tribunal debe, ante todo, fijar su posición en relación con el tema del equilibrio económico en los contratos de obra pública.

1. La figura del contrato estatal obedece a la necesidad en que se encuentra el Estado, por conducto de sus órganos y principalmente por la administración, de cumplir los fines esenciales consagrados en la Carta Política y en las leyes, satisfaciendo el interés público. Por ello acude a la contratación con los particulares, ante la evidente imposibilidad en que se encuentra el aparato estatal de asumir por sí solo las tareas indispensables para lograr sus numerosos y apremiantes encargos, uno de los cuales es el de construir las obras que requiere para la prestación de los servicios a su cargo o aquellas que sean necesarias para que la Nación y sus habitantes cuenten con una infraestructura moderna y adecuada para los múltiples requerimientos que impone un mundo moderno, en constante crecimiento y desarrollo.

2. Ahora bien: el particular que contrata con el Estado se compromete a colaborar con este en la consecución de tales fines y lo hace motivado no únicamente por una finalidad simplemente altruista, sino por el propósito de obtener un beneficio de orden económico. Así, pues, como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, “desde la propia génesis del contrato, las partes aceptan conocer cuál es el beneficio que derivarán del mismo. Para la administración, el logro de los fines esenciales del Estado, y para el contratista, la obtención de un provecho económico en su favor. Es en ese momento cuando surge la regulación económica del convenio, al cual debe ser referida la “ecuación financiera del contrato”<sup>(16)</sup>. Es, pues, dicho momento el que marca el punto de partida de la regulación financiera del negocio, y que traza la directriz que habrá de guiarlo mientras exista. Resulta importante puntualizar que dicha ecuación financiera es particularmente aplicable a los contratos conmutativos y, quizás con mayor razón, a aquellos que deben ser ejecutados en plazos más o menos largos, que impliquen que deba ejecutarse en forma sucesiva, periódica o diferida en el tiempo, toda vez que cualquier variación en la economía de tales contratos, durante su vigencia, rompe el equilibrio inicialmente convenido por las partes.

3. Las causas determinantes del rompimiento de la ecuación económica y financiera del contrato son de variada índole.

4. En efecto, tal ecuación puede resultar quebrantada, en primer lugar, por hechos, acciones u omisiones en un todo imputables a la entidad contratante, constitutivos de incumplimiento de las obligaciones para ella emanadas del contrato. Es claro que el restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato, en los eventos de incumplimiento de la carga obligacional que en virtud del contrato asumió la entidad pública contratante, ha de operar con toda su amplitud y, en consecuencia, el equilibrio contractual debe restaurarse de manera tal que se vuelva al punto de partida inicial, esto es, que se restablezca “la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”, tal como lo reclama y dispone, con absoluta nitidez, la parte final del inciso segundo del numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993.

5. En segundo término, cabe mencionar que el numeral 1° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 asigna a las entidades estatales la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de los contratos que celebren, y prevé que con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo, y garantizar su inmediata, continua y efectiva prestación, las entidades estatales disfruten de las potestades excepcionales de interpretar, modificar y terminar unilateralmente los contratos que hayan celebrado. Estas potestades excepcionales constituyen modalidades del *jus variandi* que se reconoce a las entidades estatales contratantes, para lograr que los servicios a su cargo funcionen adecuadamente.

6. El ejercicio de tan exorbitantes poderes tiene, sin embargo, consecuencias sobre la economía del contrato, que la propia ley se encarga de prever y tutelar. Es así como, en efecto, el inciso 2° de la norma en cita dispone que en los actos mediante los cuales la entidad estatal patentice el ejercicio de dichas atribuciones excepcionales, debe proceder al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas que fueren objeto de tales medidas y dispone dar aplicación a los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener incólume la ecuación o equilibrio inicial. En tales eventos, pues, ha de restablecerse “la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”, para utilizar la misma formulación empleada por el legislador en la parte final del inciso 2° del numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993.

Destaca el tribunal que para el caso del ejercicio de las potestades excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales por parte de la entidad estatal, la parte final del inciso 2° del numeral 1° del artículo 14, la Ley 80 habla del mantenimiento de la ecuación o equilibrio inicial, locución idéntica en sus alcances a la utilizada en la parte final del inciso 2° del numeral 1° del artículo 5° de la misma ley, lo que evidencia el propósito del legislador de unificar el tratamiento que da a los eventos de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la entidad contratante con los del ejercicio de las citadas potestades excepcionales, unificación que se explica porque en uno y otro casos, se está en presencia de eventos imputables, exclusivamente, a la actuación de la entidad contratante.

7. Mas puede suceder, en tercer término —y a menudo acontece— que el rompimiento de la ecuación contractual se presente sin que medien el incumplimiento arriba mencionado ni el ejercicio del *jus variandi*. Es lo que sucede cuando se configuran eventos ajenos al querer de las partes contratantes, que no constituyen incumplimientos de sus correlativas prestaciones que puedan serles imputados a título de dolo o de culpa ni muestren la utilización por la entidad estatal contratante de los poderes excepcionales que la ley le confiere, pero que, con todo, ocasionan un quebranto del equilibrio tenido en cuenta por las partes al momento de celebrar el contrato.

8. Así, puede ocurrir, por ejemplo, que el ingeniero encargado de la construcción de una obra pública encuentre un terreno plagado de duras rocas, o se tope con unas corrientes de aguas subterráneas, no previstas, aquellas ni estas, por él ni por la entidad que lo seleccionó como su contratista para la ejecución de la obra, pero que dificultan su ejecución o la hacen más dispendiosa y costosa. La doctrina y jurisprudencia francesas hablan, entonces, de las denominadas “*sujétions matérielles imprévues*”, locución que ha sido traída al castellano con el nombre de “condiciones materiales de ejecución imprevistas”.

9. También puede acontecer que la administración contratante, obrando no ya como parte contractual sino en ejercicio de sus atribuciones propias de poder público expida, en curso de la ejecución de uno o mas contratos, regulaciones obligatorias que incidan sobre la utilidad o ganancia que el contratista, legítimamente y al amparo de la legislación vigente cuando se celebró el contrato, esperaba obtener como contraprestación de sus compromisos

contractuales, disminuyéndola apreciablemente o, aún, haciéndola desaparecer. No hay tampoco, en estos eventos, incumplimiento alguno de la entidad pública contratante; por el contrario, se está en presencia del ejercicio legítimo de las atribuciones que le competen como poder público: la creación o el incremento de un determinado impuesto, contribución o gravamen, *verbi gratia*. Es claro que, en un ejemplo como el propuesto, los contratistas del Estado que vean sacrificada, en virtud del nuevo tributo, contribución o gravamen la utilidad o ganancia que confiaban percibir en virtud de la cabal ejecución de sus obligaciones contractuales, no deben verse obligados a soportar ellos solos la pérdida o disminución de los ingresos que confiaban, también legítimamente, percibir. La doctrina y jurisprudencia francesas se refieren, en eventos tales, al denominado “*fait du prince*”, locución que ha sido acogida por el derecho administrativo hispano-parlante con una traducción literal: el “Hecho del Príncipe”.

10. Por último, y como construcción jurisprudencial elaborada por el Consejo de Estado francés desde 1916<sup>(17)</sup>, constantemente reiterada y, aún más, incorporada a muchas legislaciones europeas y suramericanas —como nuestro Código de Comercio de 1971 (art. 868)— se consagró la denominada “teoría de la imprevisión”.

11. Respecto de la teoría de la imprevisión se dijo en laudos del 10 de noviembre de 2004<sup>(18)</sup> lo siguiente, que el tribunal comparte:

“Las situaciones imprevistas identificadas en la Ley 80 (...), para que puedan servir de fundamento a la preservación de la ecuación económica, deben girar en torno, por lo menos, a los siguientes supuestos: (i) No deben ser imputables al contratista o razonablemente previstas por este, es decir, no puede entrar en la composición la conducta del contratista en la ocurrencia de las situaciones imprevistas; (ii) deben provenir de hechos posteriores a la celebración del contrato de ejecución sucesiva —imprevistos, imprevisibles y excepcionales—; (iii) deben ser de tal naturaleza que la previsión humana no sea lo suficientemente apta o capaz para conjurar su ocurrencia.

“Cuando el restablecimiento del equilibrio económico procede por situaciones imprevistas de que trata el artículo 5º, la parte afectada solo podrá aspirar a que se le reconozca el daño emergente o sea a un punto de no pérdida, pues lo que se pretende es mantener el equilibrio comercial sin conceder ventajas o prerrogativas económicas. Y si la aplicación del principio de la preservación de la ecuación financiera se logra por el incumplimiento de la entidad estatal de sus deberes contractuales causante, precisamente, del rompimiento de la equivalencia contractual, tendrá derecho el contratista tanto al daño emergente como a las utilidades dejadas de percibir, en cuanto la ocurrencia de la desatención de los deberes contractuales determina en buena parte el rompimiento simétrico del acto.

“La ecuación contractual que reclama el artículo 27 tiene una particular connotación: mantener la igualdad y equivalencia en las relaciones obligatorias estatales, tenidas en cuenta al momento de proponer o de contratar. Vale decir, las partes miden los alcances de las prestaciones en un determinado momento bien de la propuesta o de la celebración del contrato que se combina con la llegada de eventos extraordinarios e imprevisibles que alteran la equivalencia del contrato, para justificar la adopción de las medidas necesarias para restablecer el equilibrio perdido.

“Y como quiera, por lo dicho, que la imprevisión se ha constituido en un instituto cercano e influyente para la aplicación del principio del equilibrio económico en los contratos estatales y alcanzar la ecuación de los mismos, considera el tribunal oportuno, en este momento, hacer algunos comentarios sobre esa teoría en el ámbito del derecho privado.

“Todo contrato, como dispone el artículo 1602 del Código Civil y aplicable a toda clase de relación obligatoria, es una ley para las partes. Lo acordado es lo que obliga, lo que compromete, a lo que sujetan los contratantes sus vinculaciones. Mas simplemente dicho, lo convenido compone o integra la esfera obligacional.

“Sin embargo, de tiempo atrás se ha tratado de morigerar esa regla con la aceptación de la teoría que los doctrinantes han denominado de la imprevisión y que la Corte Suprema de Justicia, en materia civil, acogió en sentencia de 29 de mayo de 1938 cuando sostuvo:

**“Esta teoría radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir, que se trate de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan sido posibles ser**

**previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc.**

**“Consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y desorbitante ante las nuevas circunstancias. Todo esto, como es obvio, requiere la concurrencia de un conjunto de hechos complejos y variados, que deben alegarse y probarse y es materia de decisiones espaciales de los jueces de instancia...”**

“El Código de Comercio de 1971, como se anotó precedentemente, incluyó en su normatividad la imprevisión en el artículo 868:

**“Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá pedir su revisión.**

**“El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.**

**“Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.**

“Sin lugar a dudas, la existencia en el ordenamiento jurídico privado de un texto expreso consagradorio de la imprevisión, debe llevar a los juzgadores, si se plantea como factor para remediar o acoger eventuales desequilibrios que sobrevengan de la celebración de un negocio jurídico —no que existan al momento de la celebración— a que analice esta figura con todas sus perspectivas en derecho aun cuando en equidad se pueda encontrar la fórmula de ajuste por vía de la revisión.

“El artículo 868 del Código de Comercio evidencia los requisitos que la parte que aduce la imprevisión en un contrato debe demostrar en aras de alcanzar un pronunciamiento judicial favorable:

Que se trate de contrato conmutativo de ejecución sucesiva: la conmutatividad se convierte en una característica necesaria para que la imprevisión sea considerada alrededor de un contrato pues la equivalencia buscada por las partes debe, en principio, mantenerse. También la periodicidad o duración de las prestaciones, en el entendido de que estas no se agoten inmediatamente sino que las obligaciones se mantengan en el tiempo, debe ser de la naturaleza del contrato a revisarse. Por eso, la parte final del artículo 868 excluye la aplicación de la imprevisión a los contratos aleatorios y de ejecución instantánea.

Que se produzca una excesiva onerosidad en la prestación futura a cumplir: El contrato es oneroso, como reza el artículo 1497 del Código Civil, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. La utilidad y la afectación perseguidas por las partes, por la conmutatividad, deben mirarse o apreciarse como equivalentes; y en esa dirección expresan sus voluntades. Entonces, cuando se produce un rompimiento sobreviniente del equilibrio negocial, más sacrificios que ventajas, sin que se imposibilite cumplir la prestación, como sucedería con la fuerza mayor o el caso fortuito, la imprevisión entra a jugar un papel relevante en la ejecución futura del contrato.

Que ocurran circunstancias extraordinarias e imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato: los acontecimientos ordinarios que se presenten en el desarrollo de un contrato de ejecución sucesiva suponen que las prestaciones se atienden por el cauce normal, en cumplimiento de la función práctica de todo contrato. Pero cuando se presentan circunstancias extraordinarias que alteran o agravan la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes en grado tal que resulte excesivamente onerosa, el asunto cambia para abrir paso, si se

llegare a demostrar el acaecer fuera del orden o regla natural o porque sucede rara vez o se sale de lo que es habitual (Diccionario de la Academia Española de Lengua), a que se revise el contrato, si fuere posible, o a que se produzca su terminación.

“También las circunstancias deben ser imprevisibles, o sea que no se pueda conocer razonablemente, con algunas señales o indicios, lo que ha de suceder. O aquello que la actividad normal no tenía por qué apreciar o considerar al momento de celebrar el contrato. Como es obvio, la parte que alega el hecho no debe haber incurrido en culpa (prever aquello que por su experiencia o idoneidad estaba en capacidad de prever con mediana diligencia y cuidado). Por último, los hechos o circunstancias constitutivos de imprevisión deben ser ajenos al deudor y este, no obstante la sobrevinencia de las circunstancias imprevistas que le hicieron más onerosa la ejecución del contrato, no paralizó su ejecución, como claramente lo tiene puntualizado la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>(19)</sup>.

“La doctrina administrativa también reconoce la teoría de la imprevisión. Según Jean Rivero, para su aplicación se requiere que:

“... Los cocontratantes no hayan podido razonablemente prever los hechos que trastornan la situación, dado su carácter excepcional (guerra, crisis económica grave).

“Estos hechos deben ser independientes de su voluntad.

**“Deben provocar un trastorno en las condiciones de ejecución del contrato. La desaparición del beneficio del cocontratante, la existencia de un déficit, no son suficientes: hace falta que la gravedad y la persistencia del déficit excedan lo que el cocontratante haya podido o debido razonablemente prever”<sup>(20)</sup>.**

“Ahora bien: independientemente de cuál sea la causa del rompimiento de la ecuación contractual, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 en armonía con otros preceptos del mismo estatuto legal, tales como los artículos 3º, 4º numeral 8º, 5º numeral 1º, 25 numerales 13 y 14 y 28, dispone que cuando quiera que el equilibrio inicial del contrato resulte roto o alterado por causas no imputables al contratista, este tiene pleno derecho a que la entidad contratante se lo restablezca a un punto de no pérdida. Se trata, en tales eventos (imprevisión, hecho del príncipe o condiciones materiales imprevistas) de que la administración colabore o ayude parcialmente al contratista para que este pueda soportar el pasivo que la ejecución del contrato le generó. Tal es, en la actualidad, el criterio de interpretación utilizado por la jurisprudencia de nuestro Consejo de Estado cuando el desequilibrio financiero obedece a causas imprevistas para las partes contratantes”.

“(…).

“No sobra poner de presente, como lo subraya Ives Gaudemet en la última edición del “Tratado de Derecho Administrativo” de André de Laubadère<sup>(21)</sup> que “en todo contrato administrativo existe, expreso o implícito, un derecho del contratante a cierto equilibrio financiero del contrato”, llamado también ecuación financiera, consistente en considerar “el contrato administrativo como si formase un todo en el cual los intereses de las partes se condicionan (...); cuando el equilibrio inicialmente contemplado se rompe en detrimento del particular contratante, este tiene derecho a que tal equilibrio le sea restablecido por la administración contratante bajo la forma de una compensación pecuniaria”; que esa figura del equilibrio financiero del contrato, de estirpe jurisprudencial, tuvo origen en el Consejo de Estado francés, y que ha sido frecuentemente expuesta ante dicha corporación por sus “comisarios del gobierno”, particularmente a propósito de contratos de concesión de servicios públicos. “Así, León Blum, en sus conclusiones en el proceso de la Compañía General Francesa de Tranvías, fallado por el Consejo de Estado francés el 11 de marzo de 1910, expuso que “[E]s de la esencia misma de todo contrato de concesión, buscar y lograr, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas otorgadas al concesionario y las cargas que le son impuestas... Las ventajas y las cargas deben balancearse de forma tal que formen la contrapartida de los beneficios probables y las pérdidas previstas. En todo contrato de concesión va implícita, como una especie de cálculo, la equivalencia honesta entre lo que se otorga al concesionario y lo que se exige de él... Es lo que se llama la equivalencia financiera y comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión.

“En conclusión: el equilibrio económico y financiero del contrato objeto de la presente litis que, a juicio del

tribunal, ha de ser tomado en cuenta, está constituido por todos aquellos elementos que se tuvieron en cuenta por las partes como determinantes del acuerdo de voluntades que plasmaron en el contrato que suscribieron.

“Lo anteriormente dicho no implica, en forma alguna, que el tribunal estime que sea preciso, para que el rompimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato se configure, que se alteren todas las bases económicas del contrato, o que se afecten absolutamente todos los extremos de la relación negocial, pues estima suficiente, para que la alteración se produzca, que se presente un desequilibrio, no imputable al contratista, en cualquiera de las prestaciones o contraprestaciones acordadas por las partes. A ello conviene añadir —se reitera— que el contrato de concesión como el que se debate en este proceso, es por su esencia de carácter conmutativo, que no aleatorio, lo que impone tener en cuenta las consecuencias propias de esa calidad, entre las cuales ha de resaltarse, como ya lo apuntó el tribunal, aquella que, según lo dispone el artículo 1498 del Código Civil, las prestaciones que las partes recíprocamente se prometen han de mirarse como equivalentes entre sí” [las negrillas y el subrayado no son del original].

12. Así, pues, a juicio del tribunal, la teoría de la imprevisión, en la forma como aparece regulada por el artículo 868 del Código de Comercio, es aplicable al contrato estatal en general y al de obra pública en particular, con las obvias limitaciones derivadas de la presencia de los principios de la “continuidad” y de la “adaptación” del servicio público, que impregnan también la teoría general del contrato estatal, caracterizado por su dinamismo<sup>(22)</sup>.

13. En efecto, el principio de la “continuidad” impone que los servicios a cargo del Estado y en los cuales el contratista es su colaborador, se mantengan prestados en forma regular, eficiente y permanente<sup>(23)</sup>, dado que en ello se encuentra involucrado el interés general de la colectividad. A su turno, el principio de la “adaptación” determina que tales servicios, bien sean atendidos directamente por la administración, ora a través de sus colaboradores contratistas, se amolden constantemente no solo a las necesidades de la colectividad, sino al entorno social y económico dentro del cual están llamados a funcionar.

14. Consecuencia de la aplicabilidad de tales principios al contrato de obra pública es la de que la administración, responsable constitucional y legalmente de la realización de los cometidos estatales, está en la obligación de acudir en ayuda de su cocontratante, de su colaborador en la ejecución de una obra pública, cuando quiera que este se vea constreñido o amenazado con suspender la ejecución del contrato, por razón del advenimiento de nuevas circunstancias o factores que amenacen con perturbar la normal ejecución de las obras contratadas. Y es esa concepción, propia del derecho público en general y del administrativo en particular, razón suficiente para justificar y aceptar la aplicabilidad de teorías forjadas dentro del ámbito propio del contrato administrativo, tales como la del denominado “*factum principis*” o hecho del príncipe, o la de las sujeciones materiales imprevistas o, por último, la de la imprevisión, como soluciones que buscan remediar los déficits operacionales que puede abocar o a que puede verse enfrentado el contratista de construcción de obras públicas, por la sobrevenida —durante la ejecución del contrato— de hechos o circunstancias nuevos, imprevistos o imprevisibles y totalmente ajenos a su voluntad, que si bien no imposibilitan el cumplimiento de las obligaciones que para él emanan del contrato, sí implican o traen como consecuencia una mayor carga prestacional, una “onerosidad sobrevenida” que, en equidad, no está obligado a soportar él solo, con serio riesgo de ver sacrificada y aún anulada la justa retribución a que tiene derecho como colaborador que es de la administración y, lo que es peor aún, con el “*desideratum*” inconveniente y a todas luces indeseable de la paralización de las obras.

16. Ahora bien. La circunstancia de que el contrato de obra pública FIC-015 OP-2001 haya sido pactado en la modalidad de “a precio global” ¿impide, acaso, que al mismo se aplique el principio del mantenimiento del equilibrio económico? No lo cree así el tribunal, no solo por las diversas razones que se despenden de lo hasta ahora expuesto, sino porque el asunto ha sido ya objeto de pronunciamiento por parte del Consejo de Estado, en el sentido de indicar que el aludido principio opera independientemente de la modalidad de pago pactada por las partes.

17. Ha dicho, en efecto, el Consejo de Estado por conducto de la Sección Tercera de su Sala de lo Contencioso Administrativo que:

“No es dable tampoco considerar que por tratarse de un contrato obra pública a ‘precio global’ el contratista estaba impedido para reclamar y obtener el reconocimiento y pago de las mayores cantidades de obra que ejecutó

en cumplimiento de lo ordenado por la entidad contratante.

“La tendencia doctrinal y jurisprudencial contemporánea considera al contratista como un COLABORADOR de la administración, no sometido de manera exclusiva a los riesgos del álea de pérdida o ganancia en desarrollo del contrato estatal. Ni siquiera en los contratos a ‘precio global’...

“(...).

“En aplicación del principio general de la equidad, no puede atribuirse de manera exclusiva al contratista los efectos que produce la presencia de áleas en un contrato estatal, entendidas estas como los riesgos que pueden alterar la economía original de los contratos. El derecho moderno reconoce y protege los intereses legales y justos que movieron al particular a suscribir el contrato con la administración.

“Por otra parte, cabe afirmar que la modalidad de ‘precio global’ lo que pone de presente son los elementos o aspectos que él envuelve o comprende, pero nunca podrá entenderse como la rigidez inmutable que impida llevar a cabo los desajustes de contenido económico, originados en causas sobrevinientes, eso sí, no imputables al contratista”<sup>(24)</sup>.

Igualmente el Consejo de Estado<sup>(25)</sup> ha definido:

### “3. La teoría del equilibrio financiero del contrato estatal

“El contratista afirmó que la entidad estaba obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, frente a las situaciones nuevas e imprevistas que se presentaron durante su ejecución. Procede la Sala a precisar los elementos que configuran esta teoría, particularmente por causa de la imprevisión.

“1. Para establecer el contenido del concepto “Equilibrio” cabe tener en cuenta lo que motiva a cada uno de los sujetos de la relación jurídico negocial derivada del contrato estatal; para el Estado, desarrollar los fines que nuestro sistema jurídico le atribuyó fundamentalmente la satisfacción del interés público; para el particular, obtener un lucro personal.

“El contrato estatal debe entonces colmar las expectativas de uno y otro cocontratante, para lo cual se ha previsto la conservación de la ecuación financiera del contrato existente a la fecha en que surge la relación jurídico negocial.

“Por virtud de la mentada ecuación, se pretende que la correspondencia existente entre las prestaciones correlativas que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de este, cada una de ellas alcancen la finalidad esperada con el contrato.

“Cuando las condiciones económicas pactadas a la celebración del contrato, se alteran en perjuicio de una de las partes cocontratantes, a consecuencia de hechos que no le son imputables y que ocurren con posterioridad a la celebración del mismo, surge el deber de reparar la ecuación financiera del contrato.

“Los hechos determinantes del rompimiento de la ecuación financiera del contrato son: el hecho del príncipe, los actos particulares de la administración en ejercicio de la potestad de dirección y control (particularmente del *ius variandi* ) y los factores sobrevinientes y exógenos a las partes del negocio <sup>(26)</sup>.

“(...).

### “3.2. La procedencia de la teoría del equilibrio financiero en el caso concreto.

“El demandante invocó la aplicación de esta institución con fundamento en la teoría de la imprevisión; el demandado alegó en varias oportunidades procesales que esta figura no opera respecto de contratos pactados a precio global, como el presente.

“La Sala precisa que la teoría del equilibrio financiero del contrato procede respecto de todo contrato oneroso, de tracto sucesivo, conmutativo y sinalagmático, sin consideración al sistema de pago acordado; así lo precisó la Sala



en sentencia proferida el 29 de abril de 1999, cuando dijo:

“No es dable tampoco considerar que por tratarse de un contrato de obra pública a ‘precio global’ el contratista estaba impedido para reclamar y obtener el reconocimiento y pago de las mayores cantidades de obra que ejecutó en cumplimiento de lo ordenado por la entidad contratante.

“La tendencia doctrinal y jurisprudencial contemporánea considera al contratista como un COLABORADOR de la administración, no sometido de manera exclusiva a los riesgos del alea de pérdida o ganancia en desarrollo del contrato estatal. Ni siquiera en los contratos pactados a ‘precio global’, que fueron definidos por el artículo 88 del Decreto 222 de 1983, así:

‘Los contratos a precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija, en la cual están incluidos sus honorarios, y es el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de los subcontratos, y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos’.

“En aplicación del principio general de la equidad, no puede atribuirse de manera exclusiva al contratista los efectos que produce la presencia de áleas en un contrato estatal, entendidas estas como los riesgos que pueden alterar la economía original de los contratos. El derecho moderno reconoce y protege los intereses legales y justos que movieron al particular a suscribir el contrato con la administración.

“Por otra parte, cabe afirmar que la modalidad de ‘precio global’ lo que pone de presente son los elementos o aspectos que él envuelve o comprende, pero nunca podrá entenderse como la rigidez inmutable que impida llevar a cabo los desajustes de contenido económico, originados en causas sobrevinientes, eso sí, no imputables al contratista” (se subraya).

“Con fundamento en lo anterior y, a diferencia de lo manifestado por la demandada, la Sala concluye que al contrato en análisis, le resulta aplicable la teoría del equilibrio financiero del contrato”.

18. Concluye entonces el tribunal que no obstante la modalidad pactada en el contrato de obra pública FIC-015 OP-2001 suscrito entre las sociedades convocantes que conformaron la denominada “Unión Temporal Penitenciaria de Girón” y el Fondo de Infraestructura Carcelaria —FIC— del Ministerio de Justicia y el Derecho, (hoy Dirección de Infraestructura —DIN— del citado ministerio) para el pago del precio “a precio global”, no enerva la aplicabilidad a dicho contrato del principio del mantenimiento del equilibrio económico. Resta por analizar cuál es ese equilibrio para el caso específico del contrato objeto de la presente litis.

En relación con este punto considera el tribunal, en un todo conforme con la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado reseñada en este laudo, que, si bien es cierto que en los contratos a precio global hay unos riesgos que se consideran incluidos en el precio y por tanto deben ser asumidos por el contratista, estos son exclusivamente los áleas normales u ordinarios del contrato y, de ninguna manera, las contingencias consideradas como anormales o extraordinarias, tales como incumplimientos de la contratante, situaciones imprevistas, modificaciones del alcance del objeto dispuestas por el dueño de la obra, etc.

En este orden de ideas, el equilibrio económico financiero que nace al momento de la celebración del contrato, que debe mantenerse durante su ejecución y que debe restablecerse cuando ha sido alterado, es la equivalencia entre el precio global pactado por las partes y el alcance del objeto contractual definido al convenir el negocio. En otras palabras, el valor definido por los co-contratantes se corresponde exclusivamente con la obra originalmente convenida, en las circunstancias y condiciones pactadas, de suerte que si durante el desarrollo del contrato se hace necesaria la ejecución de obras extras por causas ajenas a la responsabilidad del contratista, su costo no está incluido dentro del precio global porque tampoco estaba dentro del alcance del objeto la realización de tales obras extras, o si, se trastorna el plazo de ejecución contractual por hechos no imputables al contratista y por lo mismo se generan sobrecostos no previstos por este con ocasión de la mayor permanencia que implique la extensión del plazo pactado, ellos deberán serle reconocidos por la entidad contratante en aplicación del principio que se viene analizando. En términos gráficos: Si se aumenta el peso en uno de los dos extremos de la balanza en la cual se

establece el equilibrio (el objeto), esta se desempareja y para que se restaure su nivelación es necesario incrementar también el peso del otro extremo (el precio).

Ahora bien, en casos como el que se analiza en los cuales la obra no está totalmente determinada al momento de celebración del contrato, pues hay que adelantar una etapa previa de estudios y diseños, una vez establecido en todos sus aspectos fundamentales cuál es obra a realizar, el contratista puede tener derecho, en virtud del principio que inspira el artículo 2060 del Código Civil y el principio del equilibrio de los contratos estatales, a que se revise el precio. Ello ocurrirá cuando la obra varía frente a lo inicialmente previsto o cuando de dichos estudios y diseños se desprenden circunstancias que no pudieron preverse al contratar y que ocasionan mayores costos, obviamente con sujeción a lo previsto en el contrato y los principios que rigen la materia.

Es claro que una vez aprobados los diseños y el presupuesto correspondiente, el contratista asume el riesgo propio del contrato de obra a precio global y, por consiguiente, no podrá reclamar por mayores cantidades de obra. Igualmente tampoco podrá reclamar por las circunstancias que podrían incrementar el costo y que fueron encontradas en la etapa de diseño, pues ellas debieron ser tomadas en cuenta en el presupuesto final, así como tampoco por aquello que debió establecer en dicha etapa, pues en tal caso él es responsable por la ejecución defectuosa de la prestación en la etapa de diseños.

En el caso concreto que ocupa la atención del tribunal, estos conceptos son especialmente relevantes, habida cuenta que el plazo de ejecución de los trabajos objeto del contrato fue acordado por las partes como “plazo único”, no susceptible de variaciones que no correspondieran a eventos de fuerza mayor o caso fortuito o a la demora generada en el trámite de consecución de los permisos requeridos para el proyecto por causas ajenas a la responsabilidad del contratista (cláusula décima sexta).

No desconoce el tribunal que en este proyecto las partes solo sabrían su exacto valor y el término preciso de su ejecución al finalizar la primera etapa (de ajustes de diseño). Pero fue su intención expresa, que concretaron en el desarrollo de los trabajos, la de mantener los extremos de precio y plazo inicialmente previstos, razón por la cual, como ya lo analizara el tribunal, dirigieron sus esfuerzos en realizar los ajustes requeridos a tal fin, que concretaron a la postre con la suscripción de las actas de compensación de áreas, cuyos contenido y efectos objeto de estudio en otro capítulo de este laudo.

Encuentra el tribunal que esta previsión respecto del plazo fijo de ejecución, no se opone a las disposiciones contractuales que regulan las obligaciones del contratista relativas a la definición del proyecto definitivo, en términos de presupuesto y ajuste de diseños. Entiende el tribunal del clausulado contractual que era la intención de las partes ajustarse, aún en la revisión que se adelantara en la etapa primera del contrato para lograr este propósito, de ajustarse a las definiciones del contrato relacionadas con la duración del contrato y con el presupuesto previsto por la entidad, desde la licitación (pliegos de condiciones, num. 6.7<sup>(27)</sup>, fl. 49, cdno. de pbas. 1).

#### **4. El análisis de las pretensiones.**

Partiendo entonces de la base de que en este tipo de contratos debe aplicarse el principio del equilibrio económico, debe el tribunal estudiar los pedimentos que se formulan por la convocante en la segunda pretensión de la demanda. A tales efectos, el tribunal acometerá el análisis de cada uno de ellos en el orden establecido en su formulación en el respectivo escrito.

##### **4.1. Mayores costos.**

“Por concepto de las diferencias entre el valor global de la oferta evaluado con base en el anteproyecto y el valor global real entregado al final de la etapa de ajuste de diseños, por valor de \$ 2.347.162.162 o la mayor que resulte probada en el proceso”.

En su demanda la parte convocante expresó que existe una diferencia sustancial entre el valor global de la oferta entregada durante la licitación, por un total de \$ 3.804.006.677 y el arrojado con la entrega de los diseños y estudios ajustados por un valor total de \$ 37.187.288.251. Advierte que en la etapa de ajuste de diseños el FIC introdujo sustanciales modificaciones que excedieron el alcance que se había definido en los pliegos y aumentaron el presupuesto mencionado, lo cual fue advertido por el contratista en carta enviada el 29 de mayo de 2002.

Expresa que las modificaciones ordenadas por la entidad contratante se presentaron en los exteriores del centro penitenciario, en el pabellón tipo, en las garitas, en los portales, en los talleres tipo A y tipo B, en la cocina, en la lavandería, en el área de visitas, en el área de reseña, en la torre de grito alto, en las aulas, en el alojamiento, en el almacén de acopio y en las casas fiscales.

En lo que se refiere a los exteriores, expresa que en el comité de diseño 1 se solicitó complementar el diseño arquitectónico, incluyendo parqueaderos, corredor peatonal de acceso y plazoleta de acceso, obras que inicialmente no estaban contempladas. Agrega que debido a la topografía del terreno fue necesario manejar las circulaciones internas del área de reclusión con pendientes que no superaron el 8%, lo cual incrementó las cantidades de muros de contención y rellenos. Adicionalmente, la pendiente del terreno condujo a que en el manejo de terrazas y de niveles aparecieran muros de contención que en el diseño original no estaban. Agrega que por el terreno y manejo de niveles fue necesario construir una pérgola para garantizar la protección del peatón y de las provisiones para el área de reclusión.

En lo que concierne al pabellón tipo, expresa que en el comité de diseño 2 y con el fin de lograr mayor longitud en las rampas se modificó la puerta de acceso al corredor técnico que sirve a los baños comunes. Igualmente se aprobó una alternativa para el ducto de servicio planteado inicialmente, porque el mismo permitía crear un escondrijo para los reclusos. En el comité de diseño 3 se solicitó al contratista un remate en reja metálica tipo persiana entre la cubierta del patio y el muro de fachada, la cual no estaba prevista en el anteproyecto entregado.

En lo que se refiere a garitas, expresa que se rediseñó la fachada de las mismas, incluyendo una rejilla perimetral para ventilación lo cual incrementó la carpintería metálica.

En cuanto concierne al portal 1 advierte que en razón de las decisiones sobre seguridad adoptadas en la reunión del 2 de febrero de 2002, en el comité 5 se ordenaron varios cambios. Agrega que con el ajuste a la topografía, el edificio se dividió en cuatro módulos de construcción, lo que generó cuatro juntas de construcción con doble muro de contención, impermeabilización, plazoletas, gradas y rampas que la propuesta inicial no contemplaba. Igualmente agrega que por los cambios en la parte urbana de acceso al complejo, fue necesario adaptar dicho edificio a los niveles, incrementando las cantidades de excavación, rellenos y muros de contención.

Por lo que se refiere al portal 2, en el acceso del edificio se construyó una plazoleta en concreto que no estaba en el anteproyecto. Así mismo se construyó una placa en concreto sobre el cuarto de control y botafuegos en la fachada que no estaba en la oferta.

En cuanto los talleres tipo A y B, advierte la convocante que en el comité 4 la convocada solicitó que la iluminación en lo posible fuera natural, para lo cual se implementaron claraboyas en la cubierta. Igualmente por seguridad se ordenó construir en todo el perímetro de dichos edificios un ático en concreto de 90 cms y alfarjía de remate que no estaba en el anteproyecto.

Por lo que concierne con cocina y lavandería, expresa que por seguridad se construyó en todo el perímetro de estos edificios ático en concreto de 90 cms de altura y alfarjía de remate que no estaba en el anteproyecto. Además, por solicitud del FIC se independizó el área de gas en una construcción independiente lo cual generó mayores cantidades de obra.

En relación con el área de visitas se construyó en todo el perímetro ático en concreto de 90 cms de altura y alfarjía de remate que no estaba en el anteproyecto. Adicionalmente, para optimizar la circulación el edificio se dividió en dos grandes plataformas generando muros de concreto adicionales, escaleras y juntas de construcción.

En cuanto se refiere al área de reseña se construyó ático en concreto de 90 cms de altura y alfarjía de remate que no estaba en el anteproyecto.

Por lo que concierne a la torre de Grito Alto señala que ella estaba prevista con vigas inclinadas y se cambió por pantallas en concreto, de acuerdo con lo solicitado en el comité 5, lo cual hizo que aumentaran las cantidades de concreto y acero.

En relación con las aulas expresa que en el comité de diseño 6 se dividió el área múltiple en dos de menor tamaño,

lo cual incrementó las cantidades de mampostería, puertas, tarimas y los puntos hidráulicos, sanitarios y eléctricos. Además, se modificó el armerillo y el funcionamiento de la exclusiva de acceso, lo cual incrementó las cantidades de mampostería y carpintería metálica.

En cuanto al área de sanidad expresa que en el comité 4 se ordenó la construcción de una exclusiva nueva de acceso lo que incrementó la mampostería, carpintería metálica y puntos eléctricos. Además, se construyó un ático en concreto de 90 cms de altura con alfarjía en concreto.

En lo que concierne al almacén de acopio indica que en el comité de diseño 2 se solicitaron dos patios de maniobras para vehículos que accedieran del exterior del penal y vehículos internos. Lo anterior aumentó las cantidades de excavación, base granular, pavimento asfáltico, sardineles, cárcamos y desagües de aguas lluvias. Esto incrementó la cimentación mampostería, carpintería metálica, instalaciones hidrosanitarias y eléctricas.

Finalmente, en cuanto al pabellón extramuros explica que en el presupuesto no se incluyó la excavación manual, rellenos y concreto ciclópeo.

Señala que si bien se pactó un precio global, la entidad debía ajustar el costo de construcción a los diseños y estudios entregados por el contratista, o reducir la obra de manera que se ajustara al presupuesto de la entidad. Agrega que fue el FIC el que solicitó ajustar los diseños en detrimento del contratista alterando el equilibrio financiero y económico del contrato. En tal sentido cita un informe de la Contraloría General de la República en el que se advierte que la modificación de las obras en esta clase de contratos podría romper el equilibrio del contrato.

Expresa que las entidades estatales están en la obligación de modificar los estudios y diseños previstos para ejecutar las obras públicas cuando resulten insuficientes para la prestación del servicio, lo cual ocurrió en el presente caso en que se debió construir con especificaciones más costosas. Advierte que los diseños que mostraban la diferencia entre el valor global de la oferta y el valor global real fueron aprobados por el comité de gerencia del 8 de julio de 2002. En dicha acta 4 se da fe de la aprobación de los planos entregados.

Precisa que la conciliación del 7 de abril de 2003 si bien refleja la diferencia de área, en ninguna forma reconoce al contratista el hecho de que la entidad se excedió en el alcance de la etapa de ajuste de diseños y el anteproyecto carecía de factibilidad económica para ejecutarlo como tal. Expresa que en la reclamación no se desconoce la conciliación y lo que se argumenta es que la misma no logró restablecer el equilibrio contractual, ni le da completo desarrollo al mecanismo de conciliación previsto en el pliego de la licitación y en el contrato. agrega que en el numeral 7º de la cláusula cuarta se hace referencia al criterio de compensaciones expresado por el FIC en la etapa precontractual, pero el FIC nunca definió como operaría este mecanismo. Por ello no se entiende que el mismo sea usado para reconocer al contratista las diferencias de área, pero no para reconocer que la entidad en la etapa de ajuste de los diseños se excedió en lo previsto en el pliego.

Hace hincapié que en este caso, de conformidad con el pliego, la entidad limitó el alcance del ajuste a “la adecuación arquitectónica de algunos espacios”. Por ello las variaciones sobre el diseño arquitectónico debían ser mínimas y las variaciones en los demás diseños también debían ser de menor cuantía. Expresa que en las preguntas formuladas en la audiencia de aclaraciones se dijo que el proponente debía fijar los costos teniendo en cuenta las cantidades que el FIC había suministrado. Además, el propio FIC calificó la información suministrada de anteproyecto en las repuestas a las preguntas formuladas en la audiencia de aclaraciones. Lo anterior implicaba que la información suministrada debía reflejar bases serias de factibilidad, es decir debía ser confiable económicamente hablando. Igualmente al contestar estas preguntas se precisó que la base para sacar unas cantidades de obra definitivas y confiables eran los planos oficiales para penitenciarias de mediana seguridad. Desde este punto de vista compara el presupuesto del anteproyecto con el presupuesto resultado del ajuste de diseños, el cual es mas costoso en mas del 10%, lo cual muestra que el anteproyecto no fue calculado con bases serias y el alcance de la etapa de diseños superó lo definido en los pliegos, pues no se limitó a adecuar arquitectónicamente algunos espacios.

En sus alegatos de conclusión se refiere al principio de la conservación de la ecuación económica de los contratos y señala que el mismo se aplica también a los contratos a precio global. Expresa que el dictamen en ingeniería civil dejó claramente establecido: (i) Que el anteproyecto entregado a los proponentes era basado en unas edificaciones

y proyecto urbanístico para zonas planas o con pendientes muy suaves, al paso que la Cárcel de Palo Gordo esta situada en un sector de alta pendiente longitudinal y mediana en la transversal, por lo que implantar este ante proyecto en una zona de las condiciones anotadas, implicaba no pequeños “ajustes de diseño”, sino un diseño completo; (ii) Que efectivamente existieron diseños y rediseños específicamente en el área de extramuros; (iii) Que sí se realizaron cambios urbanísticos importantes en la obra; (iv) Que el impacto que produjeron los aludidos nuevos diseños, adiciones y reformas arquitectónicas afectan los diseños estructurales existentes; (v) Que todas las modificaciones y cambios señalados fueron mejoras realizadas en la cárcel que redundaron en la seguridad de la misma; (vi) Que en líneas generales la adecuación de algunos espacios, que es lo que la entidad calificó de “ajuste de diseño”, fue ejecutado en algunas zonas de la penitenciaría, pero que en general se excedió ese criterio, y (vii) Que en la ejecución del contrato efectivamente se realizó más volumen de obra del que originalmente se ofertó y que además durante la ejecución del contrato se hicieron modificaciones en la obra por ordenes directas del FIC según consta en las actas de los comités de diseño y, (viii) Que la obra fue recibida a entera satisfacción por el Ministerio del Interior y de Justicia— Dirección de Infraestructura, DIN.

La parte demandada sostiene que no es cierto que el ajuste de diseños le hubiere implicado a la UT contratista detrimento patrimonial por alteración del equilibrio económico del contrato; ni que la entidad contratante haya aceptado el mayor valor, ni que haya recibido la obra contratada con sobrecostos. En efecto, frente a la reclamación del contrato, la UT contratista y la interventoría del contrato, trataron la petición y después de un año de acuerdos y compensaciones determinaron un presupuesto definitivo que no implicaba una mayor erogación para el cocontratante ni afectación al equilibrio económico del contrato.

En relación con cada uno de los aspectos a los cuales se refiere la demanda precisa:

En cuanto a exteriores expresa que lo solicitado en el acta del comité de diseño 1 no solo fue “complementar el diseño urbanístico”, sino también mejorarlo, actividad que estaba contractualmente pactada como ajuste de diseño. Agrega que el paradero a que hace referencia el demandante no se ejecutó y que los parqueaderos existían en los diseños entregados al contratista al momento de la licitación. De otra parte, expresa que el numeral —7.2.1 criterios urbanísticos—, de los pliegos, también establecía la existencia de una bahía de parqueo y de una plaza de acceso.

En cuanto a la pendiente del terreno que según el convocante hizo necesario el manejo de terrazas y niveles y muros de contención, manifiesta la convocada que tal circunstancia debió ser considerada por el contratista, pues conocía la topografía del terreno, en la medida en que en los planos entregados se puede apreciar las cotas del terreno. Agrega que la propuesta de terrazas surgió para minibar las excavaciones y la excavación en roca de los diseñadores del contratista y no por parte de la entidad contratante.

Finalmente, acepta que se construyó una pérgola, pero esta obra se generó como adicional y se compensó en su momento.

En lo que se refiere al pabellón tipo, advierte que la modificación de la puerta de acceso al corredor técnico fue propuesta por los diseñadores arquitectónicos del contratista y no por la entidad contratante. Por otra parte, en cuanto a la modificación del ducto del servicio, la misma obedeció a razones de orden constructivo y no por solicitud del FIC. Finalmente, en cuanto al “remate en reja metálica tipo persiana” entre la cubierta del patio y el muro de fachada, precisa que en acta del comité de diseño 3, lo único consignado al respecto es que se estudiará la solución del remate de la cubierta liviana del área social de los pabellones.

Por cuanto concierne al portal 1, precisa que los cambios fueron motivados por decisiones adoptadas en la reunión efectuada sobre el tema específico de seguridad, que se llevó a cabo el 12 de febrero de 2002, y en donde se adoptaron de común acuerdo las medidas. Además, los cambios de diseño fueron propuestos por el equipo de diseño arquitectónico del contratista. De otra parte, la estructura original se disminuyó al eliminarse los ejes f, g, h, i, y j, lo que implica que el costo del mismo se redujo. En cuanto a la adaptación de las edificaciones, señala que ella es la resultante del estudio de la mejor implantación frente al menor movimiento de tierras y sobrecostos del proyecto.

En lo que se refiere a los talleres tipo A y B, precisa que lo que se solicitó en el comité al que se refiere la

demandante fue revisar el tipo de ventana en los talleres, de tal manera que la iluminación fuera natural, y fueron los diseñadores de la UT quienes propusieron la utilización de tragaluces.

En cuanto al área de visitas expresa que la división de este edificio no obedeció al mejoramiento de circulaciones, sino a la necesidad de garantizar el comportamiento estructural que el mismo debía ofrecer.

Por lo que se refiere al edificio de reseña, advierte que las obras se solicitaron en reunión del 18 de septiembre de 2002 y, no se generaron mayores cantidades sino también menores y todas ellas fueron objeto del estudio de compensación.

En cuanto concierne a la Torre de Grito Alto advierte que el representante de la interventoría en el comité, sugirió estudiar el cambio de la solución estructural de vigas inclinadas por pantallas en concreto, como se había propuesto en otros penales.

Por lo que se refiere a las aulas, expresa que en la reunión del comité de diseño 6 se trató el tema de la división del aula múltiple en dos aulas de menor tamaño, y que la única inquietud que presentó el contratista fue la reducción de capacidad que se presentaba y la duplicidad de algunos espacios de apoyo. Advierte que el contratista estuvo de acuerdo en estudiar el aumento de la capacidad en los dos salones, disminuyendo el área de tarima y los cuartos de apoyo, de tal manera que no se modificara la estructura ni la distribución general.

En cuanto al edificio de sanidad expresa que en el acta del comité de diseño 4 consta que el diseñador del contratista presentó los nuevos planos en los que se incluían ajustes del edificio.

En lo que se refiere al almacén de acopio acepta que se solicitaron dos parques de maniobras por parte de la interventoría de diseño, pero aclara que el concepto arquitectónico siempre partía de poseer dos patios de maniobras.

En cuanto concierne al pabellón de extramuros expresa que la administración contratante hizo uso de la *potestas variandi*, sin que el equilibrio económico del contrato resultase alterado en perjuicio del contratista.

Por otra parte, se refiere al principio del equilibrio económico y señala que el mismo concilia el interés público con el interés privado, pero que dicho principio no significa un seguro contra cualquier riesgo de la empresa. Expresa que por razones de interés público, el contrato administrativo es por esencia mutable y si dicha prerrogativa afecta la ecuación contractual, surge el deber de la entidad de restablecerlo.

En relación con estos aspectos considera el tribunal lo siguiente:

Como ya se explicó el contrato se celebró en desarrollo de la licitación FIC-003 OP-2001, la cual tenía por objeto seleccionar al contratista para la elaboración del ajuste de diseño arquitectónico los proyectos técnicos, la construcción y dotación del Centro Penitenciario Palogordo. Al definir el alcance de la licitación se precisó que es la elaboración del proyecto definitivo, la construcción y dotación del centro penitenciario de Palogordo “en un todo de acuerdo con el anteproyecto y los criterios generales de diseño, los cuales hacen parte de estos términos, consignados en los capítulos VII y VIII”.

Se previó también en el pliego que en la etapa de diseño se haría, entre otros aspectos, (página 5<sup>a</sup> de los pliegos): “La localización de todos y cada uno de los edificios que conforman el centro de reclusión, teniendo en cuenta el levantamiento topográfico y las directrices que emita la Corporación para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga CDMB”; “El diseño de las obras de urbanismo exteriores en coordinación con las autoridades municipales y nacionales competentes oficina de planeación de Girón”; “La adecuación arquitectónica de algunos espacios, según los requerimientos del FIC”, “El diseño de la cimentación, a partir de los datos que arroje el estudio suelos”, “El diseño de la estructura cumpliendo la norma NSR-98”, “El diseño hidráulico”, “El diseño sanitario”, “El diseño eléctrico y de luminotecnía”, “El diseño mecánico” y “El diseño de seguridad”.

Igualmente se advirtió que el alcance del estudio de suelos era preliminar y que sería responsabilidad del contratista profundizar en este aspecto, a su costa y riesgo, si lo consideraba necesario.

Establecieron los pliegos (págs. 46 y 47) que “Se adjuntan a la presente invitación los criterios generales de diseño y algunas especificaciones generales de construcción de los trabajos. Dichos lineamientos deberán ser estudiados y respetados en su integridad para efectos de la presentación de la invitación. No obstante, estas especificaciones deben ser complementadas por el contratista, incluyendo todos y cada uno de los insumos ofertados en la propuesta para la posterior aprobación por el FIC”.

En los pliegos se incluyeron también las características que debían tener las diferentes zonas del centro de reclusión y los inmuebles que las componían (págs. 47 a 51).

Así mismo se precisó (pág. 52) que: “Los planos entregados constituyen el anteproyecto del FIC, para una penitenciaría de mediana seguridad. El contratista efectuará los ajustes de los diseños —arquitectónicos y técnicos— desde la implantación hasta los detalles constructivos durante los primeros tres meses de ejecución del mismo. Por lo anterior, las cantidades y áreas, entregadas con estos pliegos son indicativas para la preparación de las propuestas”.

En el pliego igualmente se expresó (pág. 52):

“Se adjuntan al presente pliego los planos, propiedad del FIC, en los cuales se pueden observar las dimensiones de los edificios y obras exteriores, las especificaciones técnicas generales y las cantidades de obra indicativas. Estos serán ajustados según los siguientes criterios:

A tal efecto el pliego se refirió a “Criterios urbanísticos”, “Criterios arquitectónicos y de seguridad”, “Criterios para la solución de problemas técnicos y de seguridad”, “Criterios de manejo ambiental”.

A tal efecto los pliegos establecen que debe comprender cada área y así mismo redeterminan las especificaciones mínimas que debe tener la obra. Así mismo se precisó (pág. 61) que se entregaba un estudio geotécnico preliminar que describe las características del suelo pero que el “no exonera al contratista de la obligación de realizar los estudios geotécnicos definitivos, de manera que se puedan lograr unos diseños estructurales definitivos acordes con la normatividad vigente”.

En el pliego se reiteró (pág. 68) que “Tanto el listado de actividades como las cantidades de obra incluidas en estos pliegos se entregan como ayuda para que el proponente valore su propuesta más rápidamente, pero este a su vez asume totalmente la responsabilidad del volumen de obra a construir y de la cantidad de equipos y enseres para dotar, es decir esta información no compromete al FIC”. Vale la pena observar adicionalmente que el pliego contemplaba la obligación de visitar el lugar donde se realizaría la obra, y de ello daba fe la carta de presentación de la oferta.

De esta manera, de conformidad con los pliegos de condiciones el contrato tenía por objeto, en primer lugar, ajustar los diseños contemplados. A este respecto conviene recordar que de conformidad con el Diccionario de la Real Academia ajustar es “Hacer y poner alguna cosa de modo que case y venga justo con otra” o “Conformar o acomodar una cosa a otra de suerte que no haya discrepancia entre ellas”. Por consiguiente, lo que correspondía, de acuerdo con los términos del contrato, era lograr que el anteproyecto se acomodara a las condiciones existentes, que podía apreciar el contratista, como consecuencia de los estudios que de conformidad con el mismo contrato debía realizar, determinando entonces la ubicación de los diferentes componentes y las condiciones arquitectónicas y de seguridad. Lo anterior respetando en todo caso los criterios generales de diseño y las especificaciones y características previstas en el pliego. Por consiguiente, la obligación de ajustar los diseños y asumir los costos correspondientes no implicaba la obligación para el contratista de realizar todas las modificaciones que considerara necesarias la entidad contratista. Tampoco podía implicar asumir riesgos que no fueran previsibles.

Así, por lo demás, resulta de las preguntas y respuestas que se formularon dentro de la etapa precontractual. En este sentido, por ejemplo, Constructora Canán Ltda. Preguntó: “si el alcance del ajuste del diseño consistirá en la adecuación arquitectónica de algunos espacios o en el rediseño total de los espacios, puesto que de acuerdo con lo visto en la visita de obra la implementación del proyecto arquitectónico requerirá de una considerable modificación de los niveles de los edificios por las grandes diferencias de nivel existentes en el terreno”. La entidad contratante contestó: “el alcance del ajuste consiste en la adecuación de espacios”. Por otra parte, el

proponente Conalvías preguntó (pág. 5) “A que grado de detalle se entrega el proyecto arquitectónico, ya que se especifica como ajuste” la entidad contratante contestó “EL FIC entrega un anteproyecto. Ver artículo 1º, numeral 1.1.2 del Decreto 2090 de 1989” (28). Por lo demás, el proponente Roberto Muñoz Roa (fl. 217) expresó “Revisados los planos arquitectónicos y la topografía del proyecto en referencia encontramos que debido al fuerte desnivel que presenta el terreno, no es factible construir la cancha de fútbol en el centro de la penitenciaría y que la construcción de los edificios se debe hacer por medio de terrazas, amoldando el terreno a las curvas de nivel. Por lo anterior sugerimos plantear en la zona de la cancha de fútbol terrazas de uso recreativo”. La entidad contestó: “con un adecuado tratamiento del terreno si es factible construir el campo de fútbol. Por lo anterior se mantiene el pliego”.

De esta manera, el contratista debía ajustar el anteproyecto entregado, con el fin de ajustarlo a las condiciones existentes que él conocía así como las que resultaran de los estudios que debía adelantar. Como consecuencia de dicho ajuste debía elaborar el presupuesto correspondiente.

En todo caso, lo anterior no implicaba que por razón del ajuste el contratista estuviera obligado a realizar otro tipo de alteraciones o modificaciones.

Ahora bien, el contrato contempló (cláusula 4ª, num. 7º) que el FIC “podrá efectuar las modificaciones y ajustes que considere pertinentes, las que deberán ser acogidas por EL CONTRATISTA, sin que ello represente variación alguna en la modalidad de precio y plazo establecido en el presente contrato, sin perjuicio del criterio de compensaciones expresado por el FIC en la etapa precontractual”.

A este respecto considera el tribunal que si bien el FIC podía introducir modificaciones a la obra, en tal caso no se trataba simplemente de un ajuste de diseños, sino más bien, del ejercicio de la potestad propia de la entidad pública de modificar la obra con el fin de que la misma pueda satisfacer el interés público. Por consiguiente, el ejercicio de dicho poder de modificación unilateral de la entidad pública está enmarcado dentro de los principios que rigen la contratación estatal y, particularmente, el de mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

Ahora bien, en relación con la forma como se adelantó la obra el perito expresó (pág. 8):

“Observamos que los planos de localización en planta entregados por FIC para la licitación base para la oferta y comparados con los planos definitivos resultado del ‘ajuste de diseño‘ entregados por la UT vemos que el diseño urbano EXTRAMUROS no es un ajuste de diseño, es un diseño totalmente nuevo y con un planteamiento lógico de funcionalidad y paisajismo que mejoró en un 100% el aspecto y diseño urbano entregado por el FIC.

“Urbanísticamente los edificios INTRAMUROS su localización en planta no tuvo alteraciones sustanciales conservando el planteamiento entregado por el FIC sus alteraciones principales son volumétricamente, circulaciones cubiertas, rampas y terraplenes.

“Este diseño y plano de localización como todos los demás planos de los edificios fueron revisados en el comité de diseño y aprobados por el FIC técnicamente, las modificaciones, reformas, ajustes de diseño y diseños nuevos traen como consecuencia ajustes o diseños nuevos de los planos técnicos como estructuras, instalaciones hidrosanitarias, instalaciones eléctricas, redes telefónicas, redes de alumbrado, instalaciones mecánicas, diseño de pavimentos etc., lo que conlleva mayores costos constructivos”.

Agregó el perito (pág. 9):

“Los edificios INTRAMUROS en su mayoría el incremento de áreas en cada uno de ellos no fueron significativos pero sus mayores valores a causa de los ajustes arquitectónicos y mayores volúmenes de obra a causa de nuevas especificaciones, reformas internas, adiciones y localización topográfica.

“(…).

“Para los edificios EXTRAMUROS que se ubicaron topográficamente con un diseño urbano nuevo y que los edificios como la administración que se rediseñó y aprobado por el FIC, el alojamiento de guardias que se rediseñó para incorporar las viviendas fiscales, el portal 1 que su área es menor y las garitas, todos conllevan las mismas



consideraciones que los edificios INTRAMUROS...

Igualmente en la página 10 expresa:

“Es indudable que se realizó más volumen de obra de la que originalmente se ofertó y que además se hicieron modificaciones por ordenes directas del FIC, según consta en las actas del comité de diseño. Lo cual es aceptado por las partes. Se constató en la visita a la cárcel de Palo Gordo en el municipio de Girón que existen obras diferentes a las presupuestadas, hecho que se comprueba en el informe gráfico (adjunto), también está comprobado que la obra fue recibida a entera satisfacción por el Ministerio del Interior y de Justicia, Dirección de Infraestructura DIN“ (se subraya).

Agregó el perito:

“1. Si existieron diseños y rediseños específicamente en el área urbana de extramuros.

“El anteproyecto (prediseño) entregado a los proponentes era basado en unas edificaciones y proyecto urbanístico para zonas planas o con pendientes suaves (poco pronunciadas). La Cárcel de Palo Gordo, está situada en un sector de alta pendiente longitudinal y mediana en la transversal (ver fotografías) implantar este anteproyecto en esta zona implicaba no pequeños “ajustes de diseño” sino un diseño completo en estructuras de cimentaciones, instalaciones hidrosanitarias, drenajes, instalaciones eléctricas, redes de alumbrado, redes eléctricas, áreas de circulación, instalaciones mecánicas, lo cual conlleva mayores costos constructivos, tal como se detalla en el cuadro 3 y en el detalle de planos arquitectónicos.

“3. Si hubo cambios urbanísticos (ver plano urbano de planta final como quedó construida la cárcel)” (se subraya).

En particular sobre cada uno de los cambios señaló el perito:

“En el caso específico del edificio de alojamiento de guardias el cual es un diseño nuevo en el que se ubicaron las viviendas fiscales, corresponde estructuralmente a un rediseño.

“En la Torre de Grito Alto por su reubicación en el edificio del pabellón de aulas y por aspectos de diseño arquitectónico y seguridad se pasó de columnas a muros en concreto, lo que implicó ajustes en el diseño estructural.

“El edificio de la administración corresponde a un nuevo diseño arquitectónico, lo cual implica un AJUSTE estructural.

“Las reformas y ajustes internos de los demás edificios y la nuevas localizaciones volumétricas de los edificios acomodados al terreno ocasionó ajustes en los diseños, cimentaciones, muros de contención, juntas de construcción.

“Cabe aclarar que los planos y cálculos estructurales iniciales se utilizaron en gran parte.

“Por lo tanto el impacto que produjo estos nuevos diseños, adiciones y reformas arquitectónicas afectan los diseños estructurales existentes y así mismo en todos los demás planos un estudio minucioso y los ajustes necesarios para adaptarlos a las reformas y diseños nuevos arquitectónicos que en este caso específico a la cimentación en general por la topografía del terreno...”.

Finalmente en su resumen el perito anota:

“Existen cambios extramuros e intramuros en el proyecto realizado que obligaron a nuevos diseños, que se calificarían como rediseños. La adecuación de algunos espacios que es lo que se califica como ajustes de diseño, fue ejecutado en algunas zonas pero en general se excedió este criterio” (se subraya).

Así las cosas, encuentra el tribunal acreditado que los cambios solicitados e implementados en la construcción de la penitenciaria excedieron lo que correspondía al ajuste de diseños y, por consiguiente, tales cambios no podían implicar conservar el precio global inicialmente previsto, por lo cual en principio el contratista tendría derecho a

reclamar el mayor costo de la obra.

De otra parte, vale la pena precisar que a juicio del tribunal el hecho de que las diversas modificaciones hayan sido acordadas en el seno del comité técnico y que en desarrollo de ello el contratista haya presentado los diseños correspondientes para su aprobación no puede interpretarse en el sentido de que el contratista aceptó realizar todas estas modificaciones por el precio inicialmente pactado. En efecto, como ya se dijo, el contrato estatal es esencialmente mutable por razón del interés público que en él está envuelto, sin que dicha modificación pueda afectar el derecho del contratista a su remuneración. Dicha modificación puede resultar bien del acuerdo de las partes o de la decisión de la entidad contratante, que normalmente operará cuando el contratista no se aviene a realizar la modificación correspondiente. En esta medida, el acuerdo modificadorio por sí mismo, y a falta de una voluntad clara en tal sentido, no implica una renuncia al derecho a los reconocimientos correspondientes a las modificaciones acordadas.

No obstante lo anterior, y como quiera que la parte demandada funda su defensa en la firma del documento sobre compensación de áreas considera necesario el tribunal analizar los hechos relativos a la misma.

#### **4.2. La firma de los documentos del 7 y 9 de abril de 2003.**

A folios 342 del cuaderno de pruebas 1 obra un documento denominado “cuadro resumen del contrato” de fecha 7 de abril de 2003, firmado por el director de infraestructura del Ministerio del Interior y de Justicia, el representante legal de la UT contratista y el representante legal del consorcio interventor. En dicho documento se relacionan los diferentes edificios objeto del contrato, las demás obras a realizar y la dotación a proveer. Así mismo, se señala el valor de la propuesta, se comparan los metros cuadrados del pliego con los metros cuadrados de diseño y se obtiene el valor final.

Este documento ha sido aceptado por ambas partes y la demandante (pág. 24 de la demanda) expresa que si bien el mismo refleja la diferencia entre el área realmente construida y el área prevista en los pliegos, de ninguna manera reconoce al contratista que la entidad se excedió en el alcance que le dio a la etapa del ajuste de diseños y que el anteproyecto carecía de factibilidad económica. Advierte que “de ninguna manera se está desconociendo la conciliación de abril 7 de 2003, la cual aceptamos en su totalidad, lo que se argumenta es que la misma no logra restablecer el debido equilibrio contractual, ni le da completo desarrollo al mecanismo de compensación previsto por el propio FIC.

Por el contrario, la parte demandada funda su defensa en la firma de los documentos de 7 y 9 de abril de 2003 respectivamente que demuestran que la ecuación financiera no sufrió menoscabo. Además, agrega que el reclamar el restablecimiento del equilibrio implica desconocer el acto propio no obstante las compensaciones y acuerdos logrados.

Expresa que en el caso concreto en atención a la comunicación del contratista del 29 de mayo de 2002, la entidad contratante adelantó conjuntamente con el contratista, un plan de compensaciones para no afectar el equilibrio y de esa manera garantizar los derechos de su cocontratante. Señala que a partir del comité de gerencia 004 del 8 de julio de 2002, las partes estudiaron y llevaron a cabo todas las gestiones necesarias para lograr que el presupuesto al final de la etapa de ajustes no resultara por encima del ofertado por el contratista. Lo anterior se expresó en los cuadros resumen del contrato y de dotación ajustado por compensación, suscritos los días 7 y 9 de abril de 2003, respectivamente. Afirma que es contrario a la buena fe y al respeto al acto propio que, no obstante las compensaciones y acuerdos logrados durante la etapa de ejecución del contrato, la manifestación contenida en el oficio del 10 de marzo de 2003 y los acuerdos del 7 y 9 de abril de 2003, el contratista pretenda desconocerlos argumentando que tales actos de voluntad propios no logran restablecer el debido equilibrio contractual y que aún persisten por reconocer \$ 2.347.162.162.

Para determinar el alcance de los acuerdos logrados por las partes y sus efectos sobre el presente proceso considera necesario el tribunal señalar lo siguiente:

Por comunicación del 29 de mayo de 2002 el contratista remitió a la entidad contratante la segunda versión del presupuesto total requerido. En dicha comunicación se expresa:

“Anexo estamos entregando la segunda versión del presupuesto total requerido para la obra en referencia, el cual ha sido revisado y depurado de acuerdo con las modificaciones y correcciones que se han hecho en los diferentes diseños.

“Es importante resaltar que aun cuando este presupuesto es bastante menor al presentado por la interventoría de diseño en el mes de marzo, su valor total asciende a la suma de \$ 37.187.288.251, lo cual representa un mayor valor de \$ 2.383.281.574.

“De este mayor valor hemos analizado cuales costos no pueden ser asumidos por nosotros dentro del compromiso del precio global pactado, debido a que representan un cambio en las condiciones planteadas en la etapa de licitación. De estos, algunos de los más importantes y relevantes son:

“1. Mayor valor por incremento en el área construida del proyecto:

“En el cuadro anexo se presenta el total del área construida resultante del proyecto definitivo, discriminado edificio por edificio. Teniendo en cuenta que el área construida total a construir es de 34.116,83 m<sup>2</sup>, suma que excede en 664,83 m<sup>2</sup> los 33.452 m<sup>2</sup> que nos hemos comprometido a construir en el contrato, consideramos necesario calcular el costo adicional de estos metros cuadrados a construir adicionales.

“Para este ejercicio, calculamos el costo por metro cuadrado construido en cada uno de los edificios resultante de dividir el valor total del edificio en nuestro presupuesto, por el área construida. De otra parte, calculamos la diferencia en metros cuadrados del área a construir (sic) contra la exigida en los pliegos para cada edificio. El resultado de estas dos operaciones se multiplica con lo cual obtenemos una diferencia en costo para cada edificio. La sumatoria de estas diferencias representa el valor que solicitamos adicionar o compensar por área construida, suma que equivale a \$ 432.593.263.

“2. Mayor valor por incremento en el área a urbanizar (áreas duras):

“Efectuamos el cálculo de las áreas duras del proyecto (36.616,9 m<sup>2</sup>) y lo comparamos contra los 33.924 m<sup>2</sup> de áreas duras exigidos en los pliegos de la licitación, dando una diferencia de 2.692,9 m<sup>2</sup>.

“Teniendo en cuenta que el costo por metro cuadrado promedio de área dura lo estimamos en la suma de \$ 49.864 y lo multiplicamos por la mayor cantidad de áreas duras a ejecutar obtenemos un costo a compensar de \$ 134.278.765.

“3. Sobrecostos del sistema de seguridad (incluido en la dotación).

“Tendiendo en cuenta que en los pliegos de la licitación no fueron suministrados los diseños y las especificaciones del sistema de seguridad, para la elaboración de la propuesta solamente se dispuso de las cantidades de obra suministrada por el FIC. Dichas cantidades no podrían haber sido verificadas, pues la falta de criterios de diseño no nos permitía hacer un diseño y a su vez un cálculo de cantidades de obra contra el cual comparar las cantidades suministradas por el FIC. Prueba de lo anterior, es que durante la etapa de diseños fue necesario que todo el equipo de trabajo (FIC, contratista e interventoría) aportara sus conocimientos y experiencia en la elaboración de unos criterios de diseño que nos permitieran tener un marco teórico con base en el cual se realizó el diseño de seguridad.

“El diseño final así obtenido presenta una serie de ítems adicionales que aumentan el valor del presupuesto con respecto al presupuesto presentado en la etapa de licitación en la suma de \$ 249.608.605, los cuales se generan en resumen por los aspectos detallados a continuación:

“Grabación digital

“Sistema de perifoneo

“Sistema de control de accesos

“Monitoreo de estado de las puertas de todas las exclusas

“Sistema de TV pública

“Aumento sustancial en la cantidad de cable requerido

“4. Otros ítems:

“Además de los enunciados en los primeros tres numerales, existen otros ítems adicionales que son representativos y que vale la pena mencionar, ya que la sumatoria de ellos asciende a \$ 320.249.120, los cuales se discrimen así:

“Lámparas perseguidoras	\$ 37.936.734
“Prefabricado V-14	\$ 85.728.000
“Cerraduras	\$ 186.230.000
“Circuito de alumbrado	\$ 10.354.386

“Con base en todo lo anterior, solicitamos estudiar la forma de compensar o adicionar la suma total de sobrecostos que consideramos no debe ser asumidos por esta unión temporal, la cual de acuerdo con nuestros cálculos es de \$ 1.136.729.753.

“Queremos insistir en la importancia de lograr que a través de la exclusión del impuesto a las ventas y a los aranceles de los equipos, elementos e insumos destinados para esta obra, tal como lo menciona el artículo 130 de la Ley 633 de 2000, se pueda lograr la compensación requerida sin la necesidad de efectuar reducciones en las cantidades y especificaciones del proyecto o sin necesidad de efectuar una adición al mismo” (se subraya).

En relación con esta comunicación debe destacar el tribunal lo siguiente: la misma se envía una vez que habían sido aprobados los diseños y que se había suscrito el acta de iniciación de la etapa de construcción. Por consiguiente, el contratista era conciente o debía serlo de todos los cambios que habían sido efectuados en la etapa de diseño y de todo aquello que de acuerdo con los estudios que él realizó y los diseños que elaboró implicaba la ejecución de la obra. En dicha comunicación el contratista reclamó por el mayor presupuesto que se requería para ejecutar la obra y señaló como principales ítems para tal efecto: el mayor área que debía ejecutar en área construida y en área a urbanizar, así como el suministro de algunos equipos. Como consecuencia solicitó estudiar la forma de compensar o adicionar el total de sobrecostos.

En el acta 003 del comité de gerencia del 30 de mayo de 2002 (fls. 8 y 9 del cdno. de pbas. 6), el representante legal de la unión temporal “solicitó un estudio juicioso de los costos, estudio que debe ser realizado por el FIC y la interventoría, en primera instancia se decidió realizar un análisis de áreas construidas y exteriores, entre el FIC y la UT, para llegar a un acuerdo, y ahí si realizar el análisis de costos y las posibles compensaciones”.

En el comité de gerencia 4 del 8 de julio de 2002 (fl. 11 del cdno. de pbas. 6), se trató la respuesta al oficio de la UT, para lo cual el representante del consorcio interventor presentó el estudio de áreas y señaló que era necesario seguir revisándolas y leyó el análisis efectuado a los otros puntos presentados por la UT. La interventoría planteó que debía realizarse “un estudio a fondo para determinar el costo de las obras construidas cubiertas y las obras exteriores, de acuerdo con el costo por m<sup>2</sup> propuesto individualmente por edificio y obra exterior a ejecutar, lo anterior para mayor conveniencia de las partes interesadas, por lo que la Interventoría se compromete a realizar un estudio al respecto, el cual será entregado el día 12 de julio de 2002”.

El 12 de julio de 2002, la interventoría envió al FIC (fl. 62 del cdno. de pbas. 6) una comunicación en la cual da respuesta a los temas planteados por la UT en la comunicación de la misma. En dicho oficio se confrontaron las áreas previstas en el pliego con las de diseño y se estableció que existía una diferencia a favor del contratista de 496.89 m<sup>2</sup> de obra construida cubierta, una diferencia de 6105.73 m<sup>2</sup> en áreas duras a favor del FIC y una diferencia de 7750.91 m<sup>2</sup> en áreas blandas a favor de la entidad contratante. Así mismo, se analizó lo relativo al sistema de seguridad señalando en qué casos se trataba de requerimientos adicionales.

En el comité de gerencia 5 (fls. 17 y 18 del cdno. de pbas. 6) se trató nuevamente el tema de las compensaciones y

se hizo referencia a los beneficios tributarios que se iban a utilizar. Se señaló que se trataba de analizar tres temas (áreas correlacionadas con precios de oferta, seguridad control y dotación, y obras adicionales puntuales), el primero de los cuales se encontraba solucionado y faltaba tratar los dos y tres. “Finalmente, se determinó que se deben analizar estos temas para dar respuesta punto por punto a la solicitud de la UT, y se debe hacer un presupuesto estimativo de los recursos a reinvertir en la obra una vez se determinen los recursos ahorrados por beneficio tributario para cerrar el tema de las compensaciones; el interventor controlará los recursos ahorrados mes a mes para que hagan parte de la compensación...”.

Con fecha 22 de julio de 2002, la interventoría elaboró otro cuadro comparativo entre el valor de la propuesta y el valor del diseño. El 26 de agosto de 2002 (fl. 67 del cdno. de pbas. 6) la interventoría remitió a la UT contratista un cuadro adjunto donde se presentan las mayores y menores cantidades con sus costos. Igualmente se refiere a las cantidades que habría que ejecutar en los sistemas de seguridad y control y a otras obras adicionales.

En el acta de comité de obra 15, celebrado el 1º de octubre del año 2002, se consignó que (pág. 23) (fl. 60 del cdno. de pbas. 6):

“Otro punto importante que tanto el FIC como la interventoría quieren aclarar con el constructor tiene que ver con el hecho de establecer un balance entre las actividades que suman como las actividades que restan, pues estos temas hay que valorarlos a nivel de presupuesto, ya que hay solicitudes que no implican en ningún momento sobrecostos porque están dentro de la obligación inherente a entregar un área total y absolutamente segura, pues la interventoría exigirá lo que tiene que exigir, para garantizar el total cumplimiento de la obligación contractual del constructor, por lo tanto se le pide a este último que de antemano debe ir formalizando, cuantificando y registrando en actas la entrega de todo lo que vaya considerando adicionales y de igual forma de manera inmediata se irá dando respuesta a ello, pues lo que no puede pasar es que en junio del año entrante el constructor presente un listado de cuentas tal, que de ellas no exista ningún tipo de registro y mucho menos acuerdo; si llegare el caso en que el constructor y la interventoría no alcancen ningún acuerdo sobre algún punto específico, entonces se llevará al FIC quien en su comité de gerencia decidirá si paga o no y en caso de que persista el desacuerdo entonces el constructor enviará, si así lo considera, una carta insistiendo en el desacuerdo el cual al final se determinará alguna u otra forma” (se subraya).

En el comité de gerencia 6 del 29 de noviembre de 2002 se expresó (fls. 22 y 23 del cdno. de pbas. 6) que “Respecto de las obras adicionales y compensaciones, se establece que el FIC debe adelantar la medida de las áreas ya con los planos definitivos, para comenzar a realizar este análisis. El Dr. Pinilla manifiesta que las únicas obras adicionales autorizadas son la pérgola de las circulaciones internas y la vía provisional”. El representante legal de la UT manifestó que hay obras adicionales que la UT debe terminar de valorizar y presentarlas formalmente al FIC...”. Por su parte el interventor manifestó “que se debe ver la globalidad del proyecto para poder aprobar obras adicionales, ya que no existe la posibilidad de la realización de obras adicionales que generen sobrecostos al proyecto” (se subraya). El FIC está de acuerdo con esta apreciación.

En el acta 7 del comité de gerencia del 31 de enero de 2003 se expresó (fls. 25 y 26 del cdno. de pbas. 6): “... que el sistema de seguridad se revisó tanto por el FIC como por la interventoría, por lo tanto se realizaron unos cambios para mejorarlos, y realizando el análisis conjunto se encontró que de acuerdo con la oferta se presenta un mayor valor del sistema de seguridad a favor del contratista por un valor de \$ 215.000.000”. El Director del FIC “manifiesta que el contrato no puede tener ningún sobrecosto, y por lo tanto se debe estudiar como se compensa este mayor costo dentro del contrato” (se subraya). El interventor “manifiesta que los únicos adicionales aprobados a la fecha son el cerramiento, la pérgola de las zonas de circulación y arreglo de vía”. Por su parte el contratista “manifiesta que se tienen más adicionales que se presentarán lo más pronto posible”. Finalmente se expresa: “Concluyendo el tema de las compensaciones se acuerda que la UT enviara su solicitud a la interventoría y se reunirá con ella, para estudiar el tema y presentar un posible acuerdo al próximo comité de gerencia”.

Por oficio de marzo 10 de 2003 dirigido a la dirección de infraestructura, el contratista, a través del Ing. Jaime Álvarez Barbosa, se refirió al tema de compensaciones en obras y dotación de la siguiente forma (fl. 425 del cdno. ppal. 2):

“2. Con relación a las obras a Compensar y a la dotación por comprar:

“Como usted seguramente está enterado y tal como se acordó en el comité de gerencia del pasado 28 de febrero, los días 3 y 4 de marzo estuvimos reunidos con la interventoría técnica analizando las obras a Compensar que han surgido. Si bien llegamos a un acuerdo en muchos de los puntos estudiados, a la fecha persisten diferencias que, en costo directo, no superan las \$ 216 millones (menos del 0.7% del valor del contrato). Consideramos que con un poco más de análisis de ambas partes, estas diferencias se podrían superar, sin embargo, sería muy importante que tal acuerdo se logre lo antes posible, porque de él depende el que se pueda calcular la suma que finalmente quedaría disponible para comprar la dotación que aún está pendiente por comprar.

“En este sentido, como quiera que es un hecho que si no se quiere aumentar el valor inicial del contrato, es necesario hacer ajustes en la dotación por comprar, reiteramos nuestra solicitud para que, a la mayor brevedad, se nos suministre la lista priorizada de la misma, esto afín de que la UT pueda comprar en ese mismo orden los elementos que hacen falta adquirir y/o contratar. Hasta tanto no tengamos tal lista priorizada, nos parece que las compras de dotación deben seguir suspendidas” (se subraya).

Por otra parte en el comité de gerencia 008 se señaló (fl. 29 del cdno. de pbas. 6):

“La interventoría manifiesta que en cuanto a las compensaciones se ha llegado a un acuerdo en los valores correspondientes a los metros cuadrados tanto de construcción de edificios como de urbanismo, que igualmente ya se precisaron las cantidades y valores de las obras adicionales a compensar. Explica que para lograr la compensación, la interventoría procedió a revisar conjuntamente con el ingeniero Abel Enrique Campos, anterior director del proyecto, el listado de dotación y a eliminar ítems, que a pesar de ser necesarios, sin ellos el penal puede funcionar sin mayores tropiezos, llegando a un mayor valor del contrato por la suma de noventa y ocho millones doscientos treinta mil ochocientos pesos m/cte, \$ 98.230.800.

“El doctor Manuel Arturo Sierra, toma la palabra y expresa que la dirección a su cargo estudiará la dotación sugerida y comenta que no hay posibilidad de un mayor valor en el contrato de obra, por lo que se requiere realizar un estudio conjunto entre las partes, que permita definir el listado definitivo de dotación con el cual el contrato de obra no cambie el valor. En igual forma ratifica que el alcantarillado comunal no se ejecutará y por lo tanto se debe hacer el respectivo descuento por la suma de cuarenta y siete millones treinta y ocho mil ochocientos pesos m/cte., \$ 47.038.800 en lo correspondiente a urbanismo y considera como una buena opción la propuesta del arquitecto Álvaro Urrego en cuanto a eliminar los dos furgones para facilitar el acuerdo de todas las obras a compensar. Para este tema finalmente se conviene presentar en el transcurso de los próximos días, un documento que refleje los acuerdos de dotación y compensaciones para la firma de las partes como prueba de aceptación y aprobación” (se subraya).

Como consecuencia de lo anterior, se elaboró el “cuadro resumen del contrato” y el “cuadro de dotación ajustado por compensación\*”, de fechas abril 7 y 9 de 2003, respectivamente, los que fueron suscritos por el director de infraestructura, el representante legal de la UT contratista, Ing. Jaime Álvarez Barbosa, y el de la interventoría de obra y que obran a folios 342 del cuaderno de pruebas 1 y 70 a 96 del cuaderno de pruebas 6.

De lo anterior se desprende, en criterio del tribunal, lo siguiente:

Una vez culminada la etapa de diseño e iniciada la etapa de construcción, y determinado el presupuesto de la obra, el contratista manifestó a la entidad contratante que se habían efectuado alteraciones sustanciales en la obra a realizar, y por ello determinó el valor que a su juicio debía asumir el contratista y el que debía reconocerle la entidad. Igualmente precisó los principales ítems que reflejaban el sobre costo, entre los cuales incluyó mayor área y algunos ítems adicionales.

Por solicitud de la entidad contratante la interventoría revisó dicha reclamación y se adelantó un proceso de estudio por las partes, durante el cual la entidad pública claramente manifestó que no se podía aumentar el valor del contrato y en particular que no se podían incluir obras adicionales que incrementaran el valor. El contratista era conciente de la imposibilidad de aumentar el valor del contrato y por ello en la comunicación de marzo 10 de 2003 señaló que era necesario determinar la dotación requerida para evitar dicho incremento. Así las cosas, se firmaron los documentos del 7 y 9 de abril de 2003 los cuales no solo comprenden una compensación de áreas sino que también incluyeron la eliminación de ciertos aspectos de la obra (por ejemplo un acueducto) y la reducción de la

dotación.

Para el tribunal dichos documentos cobijaron todos los factores que representaban un mayor valor hasta el momento de su firma.

En efecto, de una parte, como ya se dijo, en el esquema contractual adoptado por las partes, una vez culminada la etapa de diseños debía presentarse un presupuesto para la aprobación de la entidad pública. Dicho presupuesto cubría todo aquello que se requería para ejecutar la obra y que se había establecido como consecuencia de los estudios y diseños realizados. Por consiguiente, durante la ejecución de la obra no podría el contratista reclamar por costos mayores no incluidos en el presupuesto pero que resultaban o eran previsibles como resultado de tales estudios o diseños.

Ahora bien, el contratista al presentar el presupuesto solo reclamó por los factores mencionados en la comunicación del 29 de mayo de 2002 y no otros, como debió hacerlo de conformidad con el esquema contractual adoptado.

Además, si existían otros factores que pudieran incidir en el costo, era razonable considerar que los mismos se habrían incluido en la comunicación mencionada, pues el propósito de la misma era resolver todos los sobrecostos. A este respecto se observa que en el expediente no obra prueba de que durante todas estas discusiones de las partes con el interventor, el contratista hubiera manifestado que sin perjuicio de la compensación mencionada adicionalmente debieran reconocérsele otros valores. Lo que manifestó el contratista en los comités de gerencia a los que se ha hecho referencia, y en el contexto de la discusión sobre las obras adicionales y compensaciones, es que él tenía derecho a otras adicionales a las reconocidas por la interventoría, frente a lo cual esta última manifestó que el contrato no podía implicar un mayor valor. En todo caso, el contratista no precisó su reclamación sobre dichas obras adicionales previamente a la firma del documento del 7 de abril de 2003, y no dejó salvedad acerca de ellas en esta, lo que debió hacer si entendía que la compensación no las cubría, dado que se busca evitar que el contrato incrementara su valor. Se trataba de cumplir así la carga de claridad que se desprende del principio de la autonomía privada y que impone a quien no se ha expresado claramente asumir las consecuencias de tal circunstancia.

Finalmente, no sobra observar que para la época en que se firman los documentos referidos ya la obra había avanzado de manera considerable y se acercaba su terminación, por lo cual el contratista conocía lo que había significado la obra desde el punto de vista de los costos y por ello no es razonable sostener que firmara sin dejar constancia que había sobrecostos que no había podido tener en cuenta.

Así las cosas, debe preguntarse el tribunal qué carácter se le puede otorgar a dicho acuerdo. A este respecto conviene recordar que independientemente de la denominación que las partes atribuyan a un negocio jurídico, le corresponde al juez calificarlo de acuerdo con su contenido. En efecto, ha dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

“La calificación que los contratantes den a un contrato, motivo del litigio no fija definitivamente su carácter jurídico; mejor dicho, las partes no pueden trocar ese contrato en otro por el mero hecho de darle un nombre” (Sentencia del 9 de septiembre de 1929, G.J., tomo XXXVII, pág. 128).

Igualmente ha dicho “los pactos no tienen la calidad que les den los contratantes, sino la que realmente les corresponde” (Sentencia del 28 de julio de 1940, G.J. tomo XLIX, pág. 574).

Finalmente, en sentencia del 11 de septiembre de 1984 (H. magistrado Doctor Humberto Murcia Ballén, G.J. N° 2415, pág. 254) se dijo:

“En la labor de interpretación de los contratos no debe olvidar el juez, de otra parte, que la naturaleza jurídica de un acto no es la que las partes que lo realizan quieran arbitrariamente darle, ni la que al fallador le venga en gana, sino la que a dicho contrato corresponda legalmente según sus elementos propios, sus calidades intrínsecas y finalidades perseguidas”.

Así en materia de transacción ha señalado la doctrina<sup>(29)</sup> que los tribunales deben determinar si un acto tiene o no

tal carácter y pueden encontrar que un negocio jurídico al cual las partes le otorgan tal calificación no tiene tal carácter o que, por el contrario, actos que las partes denominaron de otra manera son verdaderas transacciones.

Desde este punto de vista debe observar el tribunal que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que se requieren tres requisitos fundamentales para que exista transacción “1) Existencia de una diferencia litigiosa, aun cuando no se halle *sub judice*; 2) voluntad e intención manifiesta de ponerle fin o de prevenirla, y 3) concesiones recíprocamente otorgadas por las partes con tal fin”<sup>(30)</sup>. Además, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la “La transacción como contrato resolutorio o extintivo de un litigio actual es en cuanto a su naturaleza, consensual o solemne cuando se refiere, según el caso, a cosas muebles corporales o incorporales (derechos personales) o a cosas inmuebles o derechos de la misma naturaleza”<sup>(31)</sup>. Por lo anterior en materia de muebles puede celebrarse verbalmente o por documento público o privado e incluso, como lo ha señalado la jurisprudencia italiana, puede resultar de múltiples documentos, como por ejemplo, de un intercambio de correspondencia<sup>(32)</sup>.

En esta medida debe entonces el tribunal examinar si el acuerdo de compensación de áreas constituye una verdadera transacción que, por lo mismo, excluye las reclamaciones del contratista por los hechos a los que se refiere.

En primer lugar, observa el tribunal que de conformidad con el artículo 2469 del Código Civil la transacción tiene por objeto terminar un litigio pendiente o precaver uno eventual, por lo cual, como lo ha dicho la Corte, se requiere que las partes terminen una controversia nacida o que está por nacer<sup>(33)</sup>. Señala la doctrina que un litigio existe en un punto de derecho desde que una cuestión jurídica se controvierte entre las partes, y existe sobre un punto de hecho cuando, por ejemplo, la cantidad es indeterminada y debe ser debatida, por lo que se considera que liquidar deudas como indemnizaciones o intereses implica una transacción<sup>(34)</sup>. Desde este punto de vista, de la comunicación del 29 de mayo de 2002 se desprende que entre las partes surgió una cuestión litigiosa la cual se refería a la diferencia de valor que existía entre el presupuesto de la obra contenido en la oferta y el que se obtenía al concluir la etapa de diseños.

En segundo lugar, si se examina el contenido de dicha comunicación, así como las actuaciones y comunicaciones posteriores de las partes, se aprecia que a través del acta de compensación se buscaba lograr resolver dichas diferencias sin que el valor del presupuesto se viera afectado. En efecto, en la mencionada comunicación después de hacer referencia a la diferencia de valor, se señalaron los principales ítems que la explican y que incluyen la mayor cantidad de obra y el suministro de algunos bienes adicionales y se solicita compensar o adicionar la suma total de sobrecostos. Así mismo, en comunicación de marzo 10 de 2003 se hizo referencia al acuerdo a que habían llegado las partes y las pequeñas diferencias que subsistían y, finalmente, como consecuencia de ello se firmó el acta de compensación. Dentro del contexto expuesto es claro que para las partes las actas del 7 y 9 de abril de 2003 no se limitaban a realizar un simple ajuste de áreas, puesto que dicho ajuste había surgido de las observaciones sobre el mayor valor de presupuesto, cuya causa el contratista radicó en varias circunstancias, incluyendo la mayor cantidad de área, tenía por objeto compensar los sobrecostos que no tenía que asumir el contratista, según resulta de la comunicación del 29 de mayo de 2002, y además implicó la supresión de obras y la eliminación de algunos bienes de dotación.

En tercer lugar, existen concesiones recíprocas, pues las partes a través del acuerdo buscaron resolver sus diferencias disminuyendo una serie de ítems que debía ejecutar el contratista para de este modo lograr que se ejecutaran otros y se conservara el valor de la obra a ejecutar. Adicionalmente, al no reconocérsele al contratista otras obras a las que eventualmente tuviera derecho, el mismo realizó una concesión. A este respecto no sobra recordar que la jurisprudencia y la doctrina<sup>(35)</sup> han precisado que las concesiones no tienen que ser equivalentes, y que pueden incluso corresponder a consideraciones que no tienen carácter patrimonial<sup>(36)</sup>.

Así las cosas, considera el tribunal que existió un acuerdo que debe ser calificado de transacción y que, por consiguiente, impide al tribunal examinar la controversia que dio lugar a ella, pues como lo dispone el artículo 2483 del Código Civil “La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia”, y por consiguiente, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia<sup>(37)</sup>, su efecto es “el de cerrar, ineludiblemente, absolutamente y para siempre el litigio en los términos de la transacción. La controversia de allí en adelante carece de objeto, porque ya



no hay materia para un fallo, y de fin porque lo que se persigue con el juicio y la sentencia ya está conseguido. Las partes se han hecho justicia a sí mismas, directa y privadamente, en ejercicio de su libertad; de modo que la jurisdicción que es institución subsidiaria quede sin que hacer”.

Ahora bien, el hecho de que el acuerdo conciliatorio no reconozca la totalidad de los mayores costos en los que haya incurrido el consorcio no afecta su fuerza vinculante y alcance, pues precisamente ello ocurre normalmente en un acuerdo transaccional.

Pero sí aún lo anterior no fuera cierto y no se tratara de una transacción, considera el tribunal que sería aplicable el principio de que nadie puede volver contra sus propios actos. En efecto, como señala la doctrina<sup>(38)</sup> para que esta teoría sea aplicable es necesario:

“1. Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante y eficaz.

“2. Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión.

“3. Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior.

“4. Que en ambos momentos, conducta anterior y pretensión posterior, exista una absoluta identidad de sujetos”.

Dichos elementos se encuentran reunidos en el presente caso:

En primer lugar, de la comunicación enviada el 29 de mayo de 2002 y de la negociación posterior, se desprende que la reclamación del contratista se refería a los mayores valores del presupuesto y ello lo concretó en mayores cantidades de área y una serie de ítems. La conducta posterior al pretender reclamar por otros conceptos, que necesariamente estaban contemplados en el presupuesto al que se refiere la comunicación citada, es claramente contradictoria a la anterior y en ambos casos existe una identidad de sujetos.

La consecuencia del hecho de que se reúnan los requisitos enumerados implica que no es posible estimar esta pretensión de la demanda.

#### **4.2. La mora en el pago.**

“Sobrecosto por mora en los pagos, que asciende a la suma de \$ 278.713.944 o la mayor que resulte probada en el proceso”.

En su demanda, la parte convocante manifestó que a lo largo de la ejecución del contrato hubo retardos y fraccionamientos en el pago de varias cuentas de cobro, lo que alteró el equilibrio económico del contrato, por cuanto el contratista no pudo contar en las fechas pactadas con los recursos económicos necesarios para cumplir con las obligaciones adquiridas. Por lo anterior, ante la mora de la entidad en efectuar los pagos, la misma debe reconocer los intereses moratorios correspondientes. Agrega que a las facturas se acompañó la constancia de la interventoría sobre el avance de la obra.

Por su parte, la parte demandada expresó que los pagos se hicieron de conformidad con los pliegos de la licitación y las cláusulas del contrato señala la forma como estaba previsto en el contrato el pago de la remuneración pactada y precisa que el nacimiento del derecho a exigir el pago del precio por parte del contratista pendía de un hecho del acreedor: lograr un avance determinado en obra, previo visto bueno del interventor. Advierte que de acuerdo con el clausulado del contrato, el pago efectivo de la remuneración pactada no estaba sujeto a un plazo determinado, sino a una condición. En efecto, los pagos estaban sujetos a la aprobación del PAC y al traslado de los recursos por parte de la Dirección del Tesoro Nacional. El pago efectivo pendía de una doble condición: (i) Lograr un avance determinado en obra, previo visto bueno del interventor y (ii) Aprobación del PAC. El cumplimiento de los dos requisitos era necesario para proceder a hacer el pago, por lo que se trata entonces de una condición mixta porque depende en parte de la voluntad del acreedor y en parte de un tercero.

Sobre el particular considera el tribunal lo siguiente:

La cláusula novena del contrato dispuso:

“Forma de pago. El FIC pagará al CONTRATISTA el valor del contrato en la siguiente forma: Entregará como anticipo una suma de siete mil seiscientos trece millones novecientos noventa y dos mil cuatrocientos veintisiete pesos (\$ 7.613.992.427) m/cte, pagaderos a la legalización del contrato. El saldo se pagará así: un primero pago de seis mil novecientos cincuenta y seis millones cuatrocientos sesenta y tres mil cuatrocientos setenta y dos pesos (\$ 6.956.463.472) m/cte; pagadero en el mes de mayo de 2002, siempre y cuando el objeto del contrato esté en un 20% de avance, previo visto bueno del interventor quien informará sobre los avances de obra en concordancia con el cronograma aprobado. De dicho pago se deducirá \$ 1.370.518.637, para amortizar el anticipo. El primer pago efectivo será de cinco mil quinientos ochenta y cinco millones novecientos cuarenta y cuatro mil ochocientos treinta y cinco pesos (\$ 5.585.944.835) m/cte. un segundo pago de seis mil novecientos cincuenta y seis millones cuatrocientos sesenta y tres mil cuatrocientos setenta y dos pesos (6.956.463.472) m/cte.; pagadero en el mes de agosto de 2002, siempre y cuando la obra esté en un 45% de avance, previo visto bueno del interventor quien informará sobre los avances de obra en concordancia con el cronograma aprobado. De este pago se deducirán \$ 1.370.518.637, para amortizar el anticipo. El segundo pago efectivo será de cinco mil quinientos ochenta y cinco millones novecientos cuarenta y cuatro mil ochocientos treinta y cinco pesos (\$ 5.585.944.835). un tercer pago de tres mil trescientos treinta y nueve millones ciento dos mil cuatrocientos sesenta y siete pesos (\$ 3.339.102.467) m/cte.; pagadero en el mes de octubre de 2002, siempre y cuando la obra esté en un 75% de avance, previo visto bueno del interventor quien informará sobre los avances de obra en concordancia con el cronograma aprobado. de este pago se deducirán \$ 598.065.193, como amortización del anticipo. el tercer pago efectivo será de dos mil setecientos cuarenta y un millones treinta y siete mil doscientos setenta y cuatro pesos (\$ 2.741.037.274) m/cte. un cuarto pago de cuatro mil novecientos millones cuatrocientos noventa y siete mil trescientos nueve pesos (\$ 4.900.497.309) m/cte, pagadero en el mes de febrero de 2003, siempre y cuando la obra esté en un 85% de avance, previo visto bueno del interventor; quien informará sobre los avances de obra en concordancia con el cronograma aprobado. De este pago se deducirán \$ 951.749.053, como amortización del anticipo. El cuarto pago efectivo será de tres mil novecientos cuarenta y ocho millones setecientos cuarenta y ocho mil doscientos cincuenta y seis pesos moneda corriente (\$ 3.948.748.256). Un quinto pago de siete mil doscientos cincuenta y dos millones setecientos treinta y seis mil dieciocho pesos moneda corriente (\$ 7.252.736.018); pagadero en el mes de marzo de 2003, siempre y cuando la obra esté en un 95% de avance, previo visto bueno del interventor; quien informará sobre los avances de obra en concordancia con el cronograma aprobado. De este pago se deducirán \$1.419.642.800, como amortización del anticipo. El quinto pago efectivo será de cinco mil ochocientos treinta y tres millones noventa y tres mil doscientos dieciocho pesos (\$ 5.833.093.218) y un pago final de cinco mil trescientos noventa y ocho millones setecientos cuarenta y tres mil novecientos treinta y nueve pesos (\$ 5.398.744.939) m/cte. pagadero al contratista una vez recibida la obra y dotación, a satisfacción por parte del FIC, previa liquidación del contrato. De este pago se deducirán \$ 1.903.498.107, como amortización del anticipo. El pago efectivo final será de tres mil cuatrocientos noventa y cinco millones doscientos cuarenta y cinco mil ochocientos treinta y dos pesos (\$ 3.945.245.832) m/cte. Los pagos estarán sujetos a desembolsos de la dirección del tesoro nacional, de conformidad con el programa anual de caja correspondiente. En el evento de que un pago no pueda efectuarse por no cumplir la condición de avance de la obra, este pago se desplazará para el mes calendario del día en que efectivamente se cumpla la misma, sin que de lugar a reconocimientos financieros a cargo del FIC. PAR. PRIMERO.—Para efecto del pago correspondiente al saldo final, será requisito indispensable entregar debidamente instaladas y en funcionamiento las plantas de tratamiento de agua potable y de las aguas servidas”.

Por otra parte la cláusula octava del contrato dispuso:

“Cláusula octava: sujeción de los pagos a la aprobación presupuestal: El FIC pagará el gasto que ocasione el presente contrato con cargo a: PROG:111, SUBP:802, PROY:25, REC:10, del presupuesto de la vigencia fiscal de 2001, y de la comunicación 028859 del 13 de septiembre de 2001, de aprobación de cupo para la asunción de las obligaciones con cargo a las apropiaciones presupuestales de vigencias futuras, expedida por la Dirección General del Presupuesto Público Nacional. PAR.—En todo caso, los pagos que deban hacerse en virtud de este contrato, se subordinan a las apropiaciones que de los mismos se hagan en el respectivo presupuesto y estarán sujetos a la

aprobación de PAC y al traslado de los recursos por parte de la DTN”.

Frente a las anteriores cláusulas contractuales y para efectos de determinar la validez de los argumentos de la parte demandada, considera necesario el tribunal analizar, en primer lugar, los principios que rigen la materia, para posteriormente determinar el alcance que deben tener las estipulaciones contractuales mencionadas.

A este respecto se debe observar que la Ley 80 de 1993 consagra como derecho del contratista (art. 5º) el de “recibir oportunamente la remuneración pactada”. En concordancia con lo anterior, el legislador dispone que las entidades no pueden iniciar las licitaciones o concursos si no cuentan con la respectiva disponibilidad presupuestal (art. 25, num. 6º); que deben constituir las reservas y compromisos presupuestales necesarios (art. 25, num. 13), y que para la ejecución del contrato se requiere “la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto”. De esta manera, el legislador fue particularmente cuidadoso en materia de presupuesto, con el fin de asegurar que se contara con la disponibilidad necesaria para atender el pago del contrato y asegurar así no solo la congruencia de la contratación con la capacidad financiera del Estado sino también el respeto del derecho del contratista a recibir su remuneración.

Por otro lado, si bien el artículo 345 de la Constitución Política dispone que en tiempo de paz no puede hacerse erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el presupuesto de gastos, y el artículo 73 del estatuto orgánico de presupuesto establece que “los pagos se harán teniendo en cuenta el PAC y se sujetarán a los montos aprobados en él”, debe observarse que estas disposiciones no puede interpretarse en el sentido que el contratista del Estado debe asumir las consecuencias que se derivan del hecho que no se incluya en el presupuesto o en el PAC la partida o los recursos para sufragar la remuneración, pues la elaboración de ellos en últimas depende de la entidad contratante, esto es la Nación, y ello implicaría entonces que la entidad puede pagar cuando le parezca conveniente.

En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que no se ajustan a la Carta disposiciones que le otorgan a las entidades públicas períodos de gracia durante los cuales no se causan intereses. En tal sentido, en sentencia C-188 de 1999 expresó:

“En ese orden de ideas, la administración pública está obligada por un acto suyo a pagar unas determinadas cantidades de dinero a los particulares con quienes concilia y estos tienen derecho a recibirlas dentro de los términos pactados. No se pierda de vista que ellos sufren perjuicio por la mora en que la administración pueda incurrir. Tales perjuicios se tasan anticipadamente mediante la fijación por la propia ley de intereses moratorios.

“Para la Corte es claro que el principio de igualdad y la equidad imponen que en estos casos las dos partes reciban igual trato, sin que se justifique en modo alguno que mientras el Estado cobra a los contribuyentes intereses moratorios cuando ellos no pagan a tiempo los impuestos, y ello a partir del primer día de retardo en el pago, las obligaciones en mora a cargo del Estado deban forzosamente permanecer libres de la obligación de cancelar dichos réditos durante seis meses, con notorio perjuicio para los particulares que han debido recibir oportunamente los recursos pactados. Durante ese tiempo, el dinero no recibido por el acreedor pierde poder adquisitivo y no existe razón válida para que esa pérdida la deba soportar el particular y no el Estado, que incumple.

“Es evidente la vulneración del artículo 13 de la Constitución Política, toda vez que, con independencia de si el deudor es el gobernado o el ente oficial, el hecho es el mismo; la circunstancia es equivalente; el daño económico que sufre el acreedor por causa de la mora es idéntico; y las obligaciones asumidas por las entidades públicas no tienen alcance jurídico diverso de las que están a cargo de las personas privadas.

“Por otro lado, en la disposición impugnada se muestra con claridad el desconocimiento de los principios de igualdad, eficacia y celeridad, que deben presidir la función administrativa, según el artículo 209 ibídem... El Estado, en sus relaciones con los particulares, no puede asumir legítimamente las conductas que censura y castiga si provienen de ellos. Si les exige puntualidad en el pago de sus obligaciones tributarias, y si tan duramente castiga el hecho de que no las cancelen a tiempo, elementales principios de justicia y equidad hacen imperativo que, correlativamente, su propio comportamiento en idénticas situaciones se ajuste a las exigencias que formula a los

particulares. Pero, además, la mora en el pago de las obligaciones a cargo del fisco delata, en los servidores públicos responsables, un deplorable descuido que no encaja dentro de los criterios constitucionales que deben inspirar la actividad administrativa.

“Para la Corte, carece de fundamento la justificación que pretende aportar en este caso el Procurador General de la Nación, consistente en que las personas jurídicas de derecho público deben administrar sus recursos con base en el correspondiente presupuesto anual de ingresos y gastos, de lo cual pasa a sustentar la constitucionalidad del término de seis meses. Aunque en verdad, por mandato del artículo 345 de la Constitución, en tiempo de paz no puede hacerse erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el presupuesto de gastos, es de elemental previsión, acorde con una mínima responsabilidad del Estado en el manejo de sus recursos, que se contemplen en los presupuestos anuales partidas destinadas al pago de las obligaciones a su cargo y de los intereses que se generan por razón de los retardos en que incurra. La negligencia administrativa no puede ser fuente de enriquecimiento sin causa para las arcas estatales ni de injustificado perjuicio para los particulares con quienes él mantiene pasivos.

“Se declararán inexequibles las expresiones que, en la norma, dan lugar a la injustificada e inequitativa discriminación objeto de examen, y que favorecen la ineficiencia y la falta de celeridad en la gestión pública.

“Las mismas razones expuestas son válidas respecto del último inciso del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo (D.L. 01/84), ...”.

Además, considerar que por el hecho de que una obligación no se presupueste o no se incluya en el PAC, el contratista pierde el derecho a exigir el pago de los intereses correspondientes, implicaría en el fondo desconocer el derecho de propiedad y un derecho adquirido, con grave quebranto del artículo 58 de la Constitución Política.

De otra parte, desde un punto de vista civil, toda obligación supone, por definición, que el acreedor puede exigir su cumplimiento forzado y por ello no puede quedar al arbitrio del deudor, pues en tal caso se trataría de una obligación natural que solo existe en los casos previstos por el Código Civil.

Por consiguiente, las normas relativas al presupuesto y al PAC determinan el actuar de la administración pero no afectan al contratista.

En este sentido, vale la pena anotar que el Consejo de Estado ha sostenido que las irregularidades en materia presupuestal no vician el contrato, el cual por consiguiente debe ser cumplido. Así en auto del 10 de junio de 2004 (Proceso número: 2500023260002002101501 Radicación número: 23365), el Consejo de Estado revocó una providencia de un tribunal administrativo que había improbadado una conciliación entre otras razones porque se refería a un contrato celebrado sin el cumplimiento de los requisitos presupuestales, y para ello el Consejo de Estado precisó:

“Ahora bien, debe precisarse que no toda irregularidad en que se incurra dentro del trámite de la contratación estatal conlleva *per se* la nulidad absoluta del contrato, por cuanto como se anotó anteriormente, solo puede predicarse tal vicio del acuerdo cuando tiene ocurrencia una o varias de las causales previstas en los artículos 44 de la Ley 80 de 1993 y 899 del Código de Comercio”.

Esta posición es además conforme con la doctrina más autorizada, pues en otros países se ha sostenido que la falta del cumplimiento de requisitos presupuestales no afecta la validez del contrato estatal y por ello la obligación de cumplirlo. En efecto De Laubadère expresa<sup>(39)</sup>:

“De la separación de las esferas de aplicación del derecho presupuestal y del derecho administrativo se derivan dos consecuencias importantes:

“1. Una primera consecuencia esencial es que la irregularidades presupuestales no entrañan respecto de los particulares la invalidez de los actos de la administración por los cuales se obliga a realizar gastos.

“De ello resulta que tratándose de contratos concluidos por la administración, esos contratos son válidos y vinculan a la administración frente al cocontratante, a pesar de la ausencia o irregularidad de las autorizaciones

presupuestales”.

Igualmente Gaston Jèze<sup>(40)</sup> señala respecto de los contratos celebrados sin crédito presupuestario, esto es sin partida presupuestal:

“... El contrato concluido por un ministro sin crédito o excediendo el crédito aprobado por el parlamento o desviando un crédito de su objeto (cambio de destino) o utilizando un crédito para un período para el que no se ha concedido, es jurídicamente válido. La irregularidad no tiene ninguna influencia sobre la existencia ni sobre la validez jurídica del contrato. No puede tampoco invocarse en apoyo de un recurso contencioso relativo al contrato.

“Esto no significa, por lo demás, que la regla de la intervención del parlamento para autorizar un crédito, carezca de sanción. Esta sanción no puede ser y no es la inexistencia o la nulidad jurídica del contrato. Si la falta de crédito o la circunstancia de haberlo excedido o la intervención<sup>(41)</sup> de ejercicio entrañasen la inexistencia o nulidad jurídica del contrato, ninguna persona sería querría contratar con la administración, en razón del riesgo de inexistencia o nulidad del contrato. Los contratantes no tienen, en efecto, ninguna posibilidad, sea cual fuere su cuidado de saber si existe un crédito disponible, si no ha habido intervención de ejercicio o si el consejo de ministros ha adoptado una resolución especial, declarando la urgencia y la necesidad nacional. Para saberlo sería preciso consultar los registros de contabilidad que se llevan en los ministerios, pero dichos registros no están a disposición de los particulares”.

El hecho de que la falta de disponibilidad presupuestal no afecte la validez del compromiso es además conforme al principio de buena fe, pues como lo anota Jèze, el particular no está en capacidad de verificar el cumplimiento de dicho requisito por parte de la administración. Es por ello que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido la existencia de obligaciones derivadas de contratos estatales, a pesar de que la administración alegue que no se cumplieron los requisitos presupuestales.

En tal sentido en providencia del 20 de agosto de 1998 el Consejo de Estado expresó<sup>(42)</sup> :

“Pero después de contraída una obligación para el cumplimiento de un contrato estatal, por parte de una entidad estatal y siempre que esta sea exigible, no es por cuenta del acreedor demostrar que la administración ha realizado los trámites necesarios para lograr la apropiación presupuestal con el fin de realizar el pago. Esta es una obligación que corresponde a la entidad estatal”.

Igualmente en decisión del cuatro de mayo de 2000<sup>(43)</sup> :

“Finalmente, en lo que atañe con otros argumentos del ejecutado cabe señalar:

“En lo relativo a que no puede librarse mandamiento de pago porque no demostró el ejecutante la disponibilidad presupuestal para el pago de la acreencia, que no es obligación del acreedor demostrar que la administración ha realizado los trámites necesarios para lograr la apropiación presupuestal con el fin de realizar el pago, puesto que aquella obligación corresponde a la entidad estatal. En esos términos lo decidió la Sala en anterior oportunidad”.

En sentencia del 4 de septiembre de 2003 el Consejo de Estado<sup>(44)</sup> expresó:

“4. En cuanto a la falta de disponibilidad presupuestal en el acta de liquidación por mutuo acuerdo y del saldo que falta por pagar del sobreprecio, se reitera que esta es una carga de la administración, en cuanto que el municipio demandado se encuentra obligado a realizar los trámites necesarios para la apropiación presupuestal, como lo ha decidido la Sala en anteriores oportunidades<sup>(45)</sup>. Debe agregarse que en el parágrafo de la cláusula novena del convenio interadministrativo, el municipio se comprometió a crear un rubro presupuestal destinado a constituir reservas y compromisos ocasionados, entre otros, por la revisión de precios, conforme a los numerales 13 y 14 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993. En este punto, tampoco prosperará el cargo del demandado contra la sentencia de primera instancia”.

Como se observa, para el Consejo de Estado la administración no puede negar sus compromisos invocando la falta de disponibilidad presupuestal, pues esta es una carga que ella debe cumplir.

Desde otro punto de vista y en cuanto se refiere a las cláusulas contractuales que invoca el Ministerio, se observa por las mismas razones ya expuestas a ellas no se les puede dar el alcance que pretende el demandado, en la medida en que ello conduciría a violar la Constitución Política y la ley.

Por lo demás, debe observarse que no es posible considerar que el ministerio es distinto a la Nación, pues son un solo sujeto jurídico y por ello para efectos del cumplimiento del contrato el actuar de la Nación le es imputable al ministerio como contratante. Así las cosas, la entidad contratante es responsable de hacer los trámites necesarios para contar con las apropiaciones para hacer los pagos y elaborar el PAC para disponer de los recursos de caja necesarios para tal fin. Por consiguiente, subordinar los pagos a aquello que le corresponde como contratante no es coherente con la naturaleza misma de una obligación, pues quedaría al arbitrio del deudor decidir cuando cumple. En este sentido se trata de una estipulación análoga a aquella que prohíbe la Ley 80 de 1993 y en virtud de la cual el alcance de los ofrecimientos del contratista queda sujeto a la voluntad de la entidad contratante.

En esta medida, el tribunal reconocerá el pago de intereses solicitado, en la forma calculada por el perito. En tal sentido el perito contable determinó en su dictamen que el valor liquidado por razón de la mora ascendería a \$ 261.638.330.

### **4.3. La mayor permanencia:**

“2.3. Por los sobrecostos generados por la mayor permanencia en obra entre el 4 de junio de 2003 al 4 de julio de 2003, por valor de \$ 255.714.862 o la mayor que resulte probada en el proceso”.

Pretende la convocante de este tribunal la condena al FIC por los mayores costos derivados de la mayor permanencia en que afirma haber incurrido, como consecuencia de la prórroga del plazo contractual. Como fundamento de su pretensión arguye la convocante que las circunstancias que llevaron a las partes a la suscripción de un contrato adicional denominado por ellas “Primera prórroga al contrato FIC-015 OP-2001”, a los efectos de ampliar en un mes el término de ejecución de los trabajos, no le son imputables y, por lo tanto, deberá el juez reconocerle el mayor costo que se le generó por haber permanecido en la obra más allá del tiempo pactado. Como causas determinantes de la necesidad de ampliación del plazo pactado, invoca la demanda, entre otras, las siguientes:

- Aumento en las cantidades de concreto ciclópeo.
- Agravamiento de la situación de orden público en la zona.
- Rediseño del edificio de alojamiento de los guardias.
- El extraordinario período de lluvia.

Por su parte, la convocada si bien reconoce que las partes “acordaron prorrogar el plazo de ejecución del contrato en el sentido de extender dicho plazo en 30 días”, se opone a esta pretensión, por cuanto, en su entender, no es cierto que las causas que originaron la mencionada prórroga del plazo contractual no eran previsibles para la UT contratista. En efecto, considera la convocada, que “las dificultades materiales para la construcción, tales como temporada de lluvias y topografía escabrosa, corresponden a riesgos normales de una empresa dedicada a obras públicas”. En desarrollo de su acerto, la convocada admite que “Si bien es cierto que las condiciones topográficas del terreno donde se construyó el proyecto no permitían determinar con exactitud el volumen de concreto instalar, el estudio de suelos entregado al contratista sí contempló en su capítulo 6 los parámetros para el diseño de la cimentación, dentro de los cuales se encuentra el tipo y profundidad de la misma, de acuerdo a los resultados de capacidad portante del terreno, que según el informe presentó dos sectores con características geotécnicas diferentes, por lo que en su capítulo 7 de conclusiones y recomendaciones destacó que la profundidad de cimentación de las estructuras en el sector variaría entre 1.50 y 3.65 m de acuerdo con su localización dentro del sector y que superficialmente no era recomendable cimentar ninguna estructura como muros de cerramiento o divisorios, sin efectuar un descapote o llevar la cimentación a suelos de consistencia firme”.

Adicionalmente, en apoyo de su dicho, manifiesta la convocada que de conformidad con los pliegos de condiciones de la licitación pública FIC-003-OP-2001 (num. 1.5.1), era de responsabilidad del contratista,

profundizar en estos aspectos, a su cuenta y riesgo, si lo consideraba necesario.

### **Consideraciones del tribunal**

En este punto retoma el tribunal para su análisis, el objeto del contrato FIC-015 OP-2001 que consistió en “El ajuste a los diseños —arquitectónicos y técnicos definitivos, el presupuesto con sus respectivos análisis unitarios y listas de precios de materiales básicos, rendimientos, mano de obra y dotación, el manual de especificaciones y detalles, el cronograma detallado de diseño y de obra, el trámite, obtención y pago de las licencias y permisos que se requieran para la construcción de la obra, las obras de urbanismo, la construcción y dotación del Centro Penitenciario de Mediana Seguridad Palo Gordo Regional Oriente, en el municipio de Girón (Santander) y entrega en un todo a satisfacción del FIC, desde sus etapas preliminares, pasando por las fases intermedias, hasta concluir en su acabado, prueba y puesta en funcionamiento, a un precio global fijo y plazo único” (destaca el tribunal).

En cuanto al plazo de ejecución contractual, previeron las partes un término de 15 meses, discriminados así: (i) 3 meses para la etapa de ajustes de los diseños —arquitectónicos y técnicos—, estudios, obtención de las licencias —ambiental, de construcción y de sanidad— y demás permisos, la entrega del presupuesto detallado del proyecto, cantidades de obra, análisis de precios unitarios y especificaciones técnicas, contados a partir del acta de iniciación del contrato, de los cuales se tiene un término de setenta y cinco (75) días calendario para la presentación de dichos estudios, diseños, presupuesto y especificaciones, y quince (15) días calendario para la aprobación de los mismos por parte del FIC previo concepto favorable del Interventor. Dichos estudios deberán ser aprobados por el FIC previo concepto favorable del Interventor. (ii) 12 meses para la etapa de construcción y dotación contados a partir de la suscripción del acta de iniciación de la construcción de la obra, suscrita por contratista, interventor y entidad contratante.

Lo cierto es que en el contrato, cláusula sexta, pactaron las partes:

“Sexta: cantidades de obra y precio fijo: El CONTRATISTA se obliga para con el FIC a ejecutar las obras objeto del presente contrato, por el sistema de precio global fijo, sin fórmula de reajuste y con un plazo único”.

Y en la cláusula séptima del documento contractual, consignaron:

“Valor del contrato: el valor del presente contrato es por la suma de treinta y cuatro mil ochocientos cuatro millones seis mil seiscientos setenta y siete pesos (\$ 34.804.006.677) m/cte, incluido el IVA y la utilidad, de acuerdo con la disponibilidad presupuestal y las vigencias futuras y no será objeto de incremento ni reajustes. PAR. PRIMERO.—El CONTRATISTA declara que el valor determinado en la presente cláusula, incluye todos los costos directos e indirectos y la utilidad requeridos para la ejecución de las obras. Por lo tanto, el FIC no reconocerá suma diferente por la ejecución de las mismas, ni se pactan cláusulas de reajuste. PAR. SEGUNDO.—El CONTRATISTA se obliga a que en el valor de este contrato incluye la totalidad de los costos descritos en los pliegos (ajustes del diseño, construcción y dotación) junto con los impuestos inherentes a su utilidad, independientemente de los porcentajes de costos indirectos que haya propuesto”.

Del texto mismo del contrato surge para el tribunal en forma incuestionable, que en el contrato bajo análisis, dos fueron los extremos determinantes para las partes, en la estructuración del proyecto para la parte pública y en la confección de su ofrecimiento en firme para la parte privada: precio fijo contra plazo fijo.

De esta manera, entiende el tribunal las previsiones que a fin de conservar estos extremos del negocio jurídico, se consignaron, tanto en los pliegos de condiciones de la licitación que antecedió el contrato, como en el documento en el que este último se contiene.

Sobre este particular, encuentra pertinente el tribunal, estudiar el modo como desde los pliegos de condiciones se fijaron los parámetros que debían tener en cuenta los participantes para el cálculo de los costos de ejecución de las obras, a fin de formular su ofrecimiento<sup>(46)</sup>. Así, observa el tribunal que no obstante definirse por la entidad contratante la tipología contractual referida a un precio global sin reajustes, los pliegos de condiciones exigieron de los proponentes incluir dentro del valor de su oferta, entre otros, los siguientes costos:

Los costos de administración de la obra.

La utilidad neta del contratista discriminando el IVA.

Adicionalmente, de conformidad con los pliegos de condiciones, la programación de la obra y la metodología constructiva propuestas por los oferentes serían objeto de evaluación y calificación, con peso en la asignación de puntaje, así: Para la programación, 120 puntos; para la metodología 20 puntos (num. 5.8.2. Aspectos de organización y planeación para el proyecto — Máximo 300 puntos).

En cuanto al plazo del contrato, fueron expuestos los pliegos de condiciones al disponer (num. 6.3).

“El FIC solicita que el trabajo se desarrolle dentro de un plazo máximo de quince (15) meses contados a partir de la firma del acta de iniciación del contrato, la cual será suscrita entre el contratista y el interventor designado por el FIC. El FIC no aceptará propuestas con un plazo superior al estipulado. Los quince meses se destinarán a las siguientes actividades: tres (3) meses a la elaboración del ajuste del diseño arquitectónico y la elaboración de los proyectos técnicos específicos, y doce meses para la construcción y dotación”<sup>(47)</sup>.

Y en cuanto al precio, determinaron los pliegos de condiciones que “El contrato será bajo la modalidad de plazo único a precio global fijo, sin fórmula de reajustes, y con un plazo fijo. El valor del contrato será a precio global fijo y no será objeto de incremento o reajuste sobre el entendido que dicho valor representa todo costo, gasto directo e indirecto, en que deba incurrir el contratista, y la utilidad, para el desarrollo y ejecución del contrato”<sup>(48)</sup>. Advirtiendo, en todo caso, que “El FIC no podrá adjudicar por un valor superior al de la disponibilidad presupuestal, es decir, \$ 34.808'793.322”<sup>(49)</sup>.

Toda vez que el reclamo que por mayor permanencia en la obra formulado por la convocante se limita al período comprendido en el convenio de prórroga del plazo contractual (4 de junio al 4 de julio de 2003), celebrado por las partes ya en las postrimerías del contrato, el tribunal se limitará en su análisis a lo pactado por ellas en el referido documento y al valor jurídico que en punto al origen de las causas que dieron lugar a su suscripción definieron los co-contratantes.

Encuentra el tribunal que en el texto del contrato adicional denominado “Primera prórroga al contrato FIC-015 OP-2001”, las partes identificaron las circunstancias que dieron lugar a su suscripción y así las dejaron consignadas como causas determinantes de este acuerdo en las consideraciones expresas del mismo:

“5. Que mediante comunicación de fecha 2 de abril de 2003, el CONTRATISTA, solicita al FIC la ampliación del plazo contractual en ocho semanas, es decir del 4 de junio al 30 de julio de 2003, teniendo en cuenta que en la ejecución de la obra se han presentado una serie de inconvenientes que han influido el desarrollo normal de la construcción y que consecuentemente afectaron la programación y plazo contractual, como son: aumento del concreto ciclópeo: el volumen de concreto ciclópeo que finalmente debió colocarse en la cimentación fue mayor que al previsto inicialmente (3585 m<sup>3</sup>), cantidad que solo se pudo establecer con exactitud una vez se implantó el proyecto en el predio destinado para tal fin, debido a las variantes topográficas que posee el mismo. Situación de orden público. La situación de orden público afectó el horario de trabajo, toda vez que por informaciones de inteligencia suministradas por los organismos de seguridad del Estado, se estaba planeando un ataque a las instalaciones por parte de grupos al margen de la ley, hasta el punto de no permitir laborar ni siquiera horas extras que el proyecto estaba demandando e ese momento, como medida de contingencia a la situación descrita en el numeral anterior. Rediseño edificio de alojamiento de guardias: De acuerdo a una visita al centro penitenciario de Combita realizada por el Bureau of Prisons —BOP— a través de su asesor en Colombia, señor Guillermo Rivera, en virtud del convenio de cooperación internacional, con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, en materia de fortalecimiento penitenciario y carcelario que tiene el Estado colombiano, se observó que las casas fiscales no estaban incorporadas en el edificio de alojamiento de guardias, lo cual ofrece mayor seguridad al personal que allí habita por lo cual el Bureau of Prisons sugirió para el nuevo proyecto eliminar las casas fiscales, e incorporarlas en el edificio de alojamiento de guardia— Esto generó un atraso en el inicio de esta construcción, por cuanto se debió rediseñar completamente la misma. Período de lluvias: debido al fuerte invierno en la zona (el peor en 20 años) ha causado desbordamientos en la quebrada El Palmar, aledaña al sitio de las obras, generándose inundaciones y arrasamientos de estructuras contempladas dentro del contrato, como es la bocatoma de captación de agua potable que debe surtir al establecimiento de este líquido una vez entre en funcionamiento.



Observa el tribunal que en relación con los eventuales mayores costos en los que pudiera incurrir el contratista con ocasión de la prórroga del plazo contractual, solo hicieron las partes una única reserva, que expresamente consignaron en el considerando 6 del acuerdo bajo análisis:

“6. El contratista mediante oficio sin número de fecha mayo 12 de 2003, solicitó a la Dirección de Infraestructura del Ministerio del Interior y de Justicia, se le reconsiderara el plazo adicional no de ocho (8) semanas sino de cinco (5) semanas para la satisfactoria terminación del objeto contratado, sin que ello genere sobrecosto alguno al contrato de obra, derivado de hechos imputables al CONTRATISTA” (destaca el tribunal).

Debe entonces precisar el tribunal, ante la claridad del texto contractual y el consenso de las partes en torno a las causas que la determinaron, si la necesidad de esta prórroga se generó en circunstancias imputables al contratista, atribuibles a su actividad contractual, a fin de establecer primero, la procedencia de sus reclamos, y después, en su caso, si hay o no lugar al reconocimiento de los mayores costos que por concepto de mayor permanencia en la obra reclama el contratista.

Se entiende por mayor permanencia los costos fijos en los cuales un contratista de obra está obligado a incurrir, por tener que ejecutar un proyecto en un plazo mayor al acordado inicialmente. Estos costos fijos, independientemente del tipo de contrato o remuneración pactada, dependen directamente del plazo del contrato y no tienen vínculo directo con el tipo o valor de las obras que ejecute.

Es claro que el costo de su infraestructura de personal administrativo fijo, los costos de arriendo y mantenimiento de sus instalaciones, los costos de los servicios públicos, los costos de movilización de su personal administrativo, los costos de extensión de las vigencias de las garantías contractuales, entre otros, dependen del tiempo y no de la facturación o el tipo de obra ejecutada. En este sentido, es claro que, si un contratista, por razones no imputables a su compromiso contractual, debe ejecutar la misma obra en un período de tiempo mayor, sus costos fijos, no serán compensados adecuadamente con la facturación obtenida.

Sobre esta particular cuestión ha dicho el Consejo de Estado<sup>(50)</sup>:

“Teoría de la imprevisión — Prueba indispensable para su aplicación — prórroga del contrato — No significa aceptación de efectos económicos negativos.

“Luego del análisis de los eventos anteriores, que fueron invocados reiteradamente por el contratista para fundar sus solicitudes de prórroga del plazo contractual, la Sala concluye que son eventos comprendidos dentro del álea normal del contrato, puesto que, a pesar de que se demostró su ocurrencia, no se probó que los mismos fuesen extraños, imprevisibles y anormales al contrato, requisitos indispensables para aplicar la teoría de la imprevisión, determinante de la obligación de la entidad a reparar la ecuación financiera del contrato. En otros términos, por la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, por las obligaciones y riesgos asumidos por el contratista, no le era suficiente probar hechos o actos provenientes de sujetos o entidades distintas al contratista, para justificar la prórroga de los plazos e imponer a la entidad la obligación de asumir los sobrecostos generados por los mismos. Además de lo anterior, cabe agregar que la circunstancia de que la entidad hubiese aceptado prorrogar el plazo contractual, porque encontró justificadas las razones del contratista, no traduce en la asunción de los sobrecostos generados con las mismas. Es un comportamiento que desarrolla los principios de lealtad y buena fe que gobiernan los contratos estatales, por virtud de los cuales las partes co-contratantes deben propender por la ejecución del contrato en las mejores condiciones posibles para cada uno de ellos. La entidad, al aceptar las prórrogas solicitadas por el contratista, ofreció a este las posibilidades necesarias para que salvara las dificultades que invocó, permitiendo así que el contratista tuviera más tiempo para ejecutar las prestaciones adquiridas y evitando que este incumpliera el contrato por la no entrega de las obras dentro del plazo contractual. Lo anterior no significa, como equivocadamente lo invocó el contratista, una aceptación por la entidad de los efectos económicos negativos que las prórrogas pudiesen causar al contratista; pues, ya resultaba suficiente que asumiera los efectos causados con la demora en entregar las unidades de vivienda a los adjudicatarios, que fueron privados de recibirlos en las oportunidades previamente acordadas”.

Observa el tribunal, en una primera instancia, que las causas expresas de la prórroga no fueron materia de conciliación por las partes, ni integraron el acuerdo transaccional de que se dio cuenta en capítulo anterior de este

laudo. De esta forma, ningún impedimento tiene el tribunal para realizar el estudio de esta pretensión.

De los antecedentes del convenio denominado por las partes “Primera prórroga al contrato FIC-015 OP-2001”, destaca el tribunal:

A la solicitud de prórroga del contratista dio aprobación el ministerio, a través de las instancias correspondientes, con el fin de que las partes, pudieran celebrar el respectivo contrato adicional en plazo. De estas aprobaciones da cuenta el mismo texto del convenio, entre otros documentos que obran en el expediente, en los siguientes términos:

“7. Que de acuerdo al oficio del 7 de abril de 2003, el director de interventoría considera que la Unión Temporal Penitenciaria de Girón expresa motivos suficientes para que dicho plazo sea otorgado por la Dirección de Infraestructura del Ministerio del Interior y de Justicia.

“8. Que la dirección de infraestructura solicitó concepto jurídico a la oficina asesora jurídica sobre la viabilidad de la prórroga, obteniendo mediante comunicación del 22 de mayo de 2003 concepto favorable, previo el concepto técnico de viabilidad de la prórroga.

“9. Que el director de proyecto, con visto bueno del director de infraestructura mediante oficio del 23 de mayo de 2003 con base en el concepto de interventoría, aprobó la solicitud presentada por EL CONTRATISTA dados los inconvenientes descritos en la consideración número quinta, en el sentido de conceder una ampliación del plazo contractual de treinta (30) días calendario, contados a partir del 4 de junio de 2003”.

Encuentra el tribunal de las pruebas del proceso, que las causas determinantes de la suscripción de la prórroga al plazo del contrato que impuso al contratista una mayor permanencia en la obra, no son atribuibles a su responsabilidad, punto sobre el cual hubo consenso entre las partes, tanto en los documentos en que se contienen las respectivas aprobaciones por las correspondientes instancias al interior de la entidad estatal contratante, como en el informe de interventoría de fecha abril 7 de 2003, razón por la cual, el tribunal accederá a esta pretensión y así lo dispondrá en la parte resolutive de este laudo.

### **El cálculo del perjuicio**

En esta materia resultan ilustrativos los conceptos del experto designado por el tribunal para la práctica de la prueba pericial decretada, así:

“Pregunta 2.1.

“En cuanto a la prueba pericial y de acuerdo con lo solicitado por la parte convocante se ordena ampliar el cuestionario que deben absolver los peritos designados (ingeniero civil y contador) para que determinen en que se invirtió el porcentaje correspondiente a A.I. (administración e imprevistos) (36.48%) del valor del contrato.

“(…).

“AIU

“Definiciones. Normalmente y cuando se habla en los presupuestos de obra y en los análisis de precios unitarios que los sustentan, se debe entrar a definir los llamados costos directos y costos indirectos.

“En forma general se estipulan como costos directos todos aquellos insumos que agrupan varias actividades en una gran partida y que generalmente para una obra de construcción de una edificación como es el caso, constaría de las siguientes actividades entre otros costos, de: equipos, transportes, materiales, herramientas y mano de obra (obra de mano). La sumatoria de estas actividades daría para un precio unitario el costo directo. Pero, además de estos llamados costos directos se presentan otros costos que son los llamados costos indirectos que comprenden generalmente 3 grandes partidas a saber:

“Administración y dirección (A).

“Que en la nomenclatura usada en Colombia se denominan por la letra A.

“Cubren todas las actividades de dirección y administración tales como (ver memorando dirigido al perito contable) dirección general, dirección local, ingeniero director o gerente del proyecto, ingenieros asistentes o residentes, auxiliares de ingeniería, comisiones de topografía y medidas, maestros, sobrestantes, inspectores, capataces, etc., director de administración, control de equipos, control de personal, contador, pagador, compras y proveeduría, sanidad, control de calidad y medio ambiente, seguridad industrial, jefe de transporte, jefe de campamentos, almacenes y bodegas, etc., generalmente se expresa como un % sobre el valor total de los costos directos.

“Imprevistos (I).

“Es un valor que se expresa también en % sobre el valor total de los gastos directos, y tiene como fin primordial absorber sumas menores provenientes de omisiones en los estudios o supuestos de los precios unitarios estimados, o que cubre el desconocimiento de situaciones cuando se estima que el proyecto no está bien logrado. Como es un valor subjetivo varía ampliamente en el porcentaje que estime el presupuestado (ver memorando enviado al perito contable). Esta partida de los gastos indirectos en la nomenclatura colombiana se designa por la letra I.

“Utilidad (U).

“Finalmente tenemos la partida de utilidad estimada o sea por el proponente que también se expresa en un porcentaje sobre el valor total de los gastos directos y su propósito es obtener la compensación justa por sus servicios prestados. Esta partida de los gastos indirectos se designa en nuestra nomenclatura con la letra U”.

Por su parte el dictamen pericial contable<sup>(51)</sup> contiene la verificación realizada por el perito en los documentos contables del contratista y estima así los mayores costos incurridos por este con ocasión de la mayor permanencia que reclama en este proceso:

“... Sobrecostos generados por mayor permanencia en la obra ...”.

“Al verificar los documentos existentes en la contabilidad de la Unión Temporal Penitenciaria de Girón, que se encuentran en Cucezar S.A., relacionados con la construcción de la Cárcel de Palo Gordo, fotocopia de los cuales también están anexos a la demanda como AZ 2, se tomó la información para elaborar el anexo 05, que contiene lo siguiente:

“En la columna concepto de pago, se explica la razón de la erogación.

“En la columna beneficiarios del pago se relacionan los nombres de las personas que aparecen como titulares en las facturas o cuentas de cobro.

“La columna explicación de los pagos y de las contabilizaciones, contiene un mayor detalle explicativo de los pagos por cada concepto.

“En la columna comprobantes internos UT, se relacionan los comprobantes internos de contabilización.

“Los sobrecostos generados por mayor permanencia en la obra, según los registros contables ascenderían a la suma de \$ 255.714.862. Este valor ya se encuentra incluido dentro de la información presentada en el anexo 01”.

Así las cosas, condenará el tribunal a pagar esta suma de dinero.

#### **4.4. El riesgo cambiario.**

“2.4. Por los sobrecostos por incrementos imprevisibles y no imputables al contratista en el precio del dólar, por valor de \$ 433.037.886 o la mayor que resulte probada en el proceso”.

Es claro para el tribunal que el principio de la autonomía de la voluntad, rige en los contratos estatales por previsión expresa del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con los artículos 13 y 32 del mismo estatuto:

“Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

“Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

“En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones, y, en general las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

“(…)”.

Entiende el tribunal que, con excepción de los límites legales impuestos al ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, las partes de un contrato estatal pueden pactar todas las estipulaciones que lícitamente son permitidas a los particulares en su actividad contractual. De esta manera, ningún obstáculo tienen los cocontratantes para pactar libremente el precio del contrato en moneda nacional o extranjera, sin perjuicio de las restricciones legales que a los efectos de su pago consagra nuestro ordenamiento para el pago de obligaciones en moneda extranjera entre residentes en Colombia.

Cuando ello ocurra, esto es, cuando el referente de la moneda en que se acuerde el precio del contrato, sea distinto a la de curso nacional, o en el caso de que pactándose el precio en moneda nacional existan componentes referidos a moneda extranjera (v.gr. equipos o materiales y en general insumos que deban importarse) esta estipulación se integrará a la ecuación económica, de modo que las eventuales devaluaciones o revaluaciones de la misma que afecten el equilibrio contractual, generarán al contratista un perjuicio reparable a la luz del contrato. Por el contrario, si la previsión en punto al precio del contrato se encuentra referida a la moneda nacional y no existen componentes claramente referidos a moneda extranjera las variaciones o afectaciones del valor adquisitivo de un medio distinto, no constituirá un hecho que pudiera considerarse desequilibrante de la ecuación económica, en tanto no fue objeto de consideración por las partes al estructurarla.

En el caso que ocupa la atención del tribunal de los documentos contractuales (pliegos de condiciones, oferta y contrato) no aparece que el valor del contrato se hubiere formulado con referencia a moneda distinta a la de curso legal en Colombia, esto es, el peso colombiano. Por esta razón, si el contratista acudió al mercado extranjero por decisión propia o destinó recursos de crédito en moneda distinta a la pactada, deberá asumir las consecuencias de una tal decisión, sin que los efectos nocivos de las variaciones registradas en el mercado internacional puedan serle reclamados a la entidad contratante.

En este punto, encuentra el tribunal consenso con la doctrina expuesta en el laudo arbitral que definió las controversias surgidas entre Impregilo SpA y Estruco S.A. y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá con ocasión del contrato de obra pública 502 AB-IV-01. Dijo el tribunal en esa ocasión:

“Por fenómenos de cambios internacionales que afectan los valores del US\$ frente a otra moneda extranjera como es la lira italiana, no es pertinente, por lo menos e principio, apelar a la teoría de la imprevisión para respaldar y justificar el reclamo de pagos de indemnizaciones basados en que una moneda se devaluó o revaluó frente a otra. El tema de fluctuaciones de los valores de las monedas es de normal y previsible ocurrencia. Por ello escapa a la teoría de la imprevisión. Ni el equilibrio y estabilidad del contrato se podrían basar en hechos o circunstancias mutables y fluctuantes por su esencia y su naturaleza como es el valor comparativo de una moneda frente a la otra. No es jurídicamente aceptable basar el equilibrio financiero del contrato en hecho tan fluctuante y relativo, como es el factor que sirva para comparar la tasa de cambio de dos monedas en un momento dado. En efecto: siendo como es, esencialmente mutable esta relación de valores, es contradictorio pretender que se mantenga constante e inmodificable. La modificación persistente de los valores comparativos de las monedas en estudio, que ha venido ocurriendo desde hace muchos años con anterioridad a la formulación de los pliegos de condiciones, a la adjudicación y a la firma del contrato, y que continúa ocurriendo en la actualidad, tiempo después de finalizada la obra, sirve para destacar que no se trata de factores sobre los cuales se pueda jurídicamente aplicar la teoría de la imprevisión, salvo quizás, que el hecho haya tenido una inusitada gravedad que implique ruina económica.

“(…).

“Sin profundizar en este capítulo como sí se hace en otros, sobre los fundamentos de la teoría de la imprevisión, basta, en concepto del tribunal, tener en cuenta que para que sea aplicable esta teoría es indispensable que hayan ocurrido, como lo expone el tratadista argentino José Roberto Dromi, “circunstancias extraordinarias, anormales e imprevisibles, que configuren lo que se denomina el riesgo imprevisible”.

“Estos requisitos que exponen los tratadistas (...) no aparecen ni surgen de los hechos vinculados a esta segunda pretensión. Las circunstancias que se expusieron para fundamentar el reclamo, son ordinarias y comunes; son normales y son previsibles, por lo cual se concluye que el riesgo sí era previsible”.

Por lo anterior, el tribunal no accederá a esta pretensión y así lo dispondrá en la parte resolutive de este laudo.

#### **4.5. Los mayores costos ambientales.**

“2.5. Por los costos que tuvo que asumir la unión temporal por las obligaciones imprevisibles que le impuso la resolución 351 del 24 de mayo de 2002, dictada por CDMB, por valor de \$ 422.755.504 o la mayor que resulte probada en el proceso”.

“2.7. Por los sobrecostos generados por las suspensiones en la iniciación de la construcción y dotación de la Cárcel de Palo Gordo, como consecuencia de las decisiones adoptadas por la CDMB, por valor de \$ 183.033.574 o la mayor que resulte probada en el proceso.

De los documentos contractuales (pliegos de condiciones, oferta del contratista y contrato), así como de las pruebas allegadas al proceso, encuentra el tribunal:

- En los pliegos de condiciones de la licitación pública FIC-003-OP-2000 se previó como parte de los trabajos de la etapa de ajuste de diseño a cargo del contratista, “La elaboración del plan de manejo ambiental y/o consecución de la licencia ambiental o lo que requiera la Corporación para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga, CDMB”.
- Así mismo, exigieron los pliegos de condiciones, dentro de las actividades a ser cotizadas por los proponentes en la licitación, una partida de “Gastos generales” correspondientes a aquellos que demandaran las “licencias, derechos, trámites, costos de la ejecución del plan de manejo ambiental y/o licencia ambiental, salarios del equipo profesional”<sup>(52)</sup>.
- Como obligación específica del contratista, al tenor de la cláusula cuarta del contrato, se encontraba la de adelantar el “trámite, obtención y trámite de las licencias —ambiental y de construcción— y demás permisos y autorizaciones que se requieran por parte de la autoridad ambiental, municipal y cuyos costos deberán ser sufragados por EL CONTRATISTA con cargo al valor del presente contrato” (num. 4º).
- Por su parte, el contrato en su cláusula segunda párrafo cuarto impuso a la entidad contratante el deber de coadyuvar al contratista “para que la revisión y aprobación de los diseños y la concesión de las licencias se produzcan dentro del plazo establecido en el plan de trabajo. Si el plan de trabajo sufre retrasos por circunstancias no imputables al contratista, tales retrasos no se considerarán como incumplimiento del CONTRATISTA” (destaca el tribunal).

De lo reseñado por el tribunal en relación con las obligaciones de las partes en torno a la obtención de las licencias y permisos requeridos para la ejecución del proyecto, es claro que las mismas fueron asignadas al contratista, con la prevención de que en su ofrecimiento económico incluyera el costo estimado de esta labor.

Tales obligaciones, en su contenido y alcances, así como en el modo de su cumplimiento por el contratista, deben entenderse circunscritas a las exigencias que sobre esta materia trajera la legislación vigente<sup>(53)</sup> (fundamentalmente la L. 99/93 y el D. 1753/94). A nada distinto pudo haberse obligado el concesionario, y nada distinto pudo haberle sido impuesto por la entidad en la asunción de este compromiso.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que a los efectos de la evaluación y calificación de las ofertas, con peso en la asignación de puntaje, previeron los pliegos de condiciones el plan de manejo ambiental: 60 puntos (num. 5.8.2.

Aspectos de organización y planeación para el proyecto — máximo 300 puntos). Sin embargo en el numeral 1.9 factores a evaluar, se describió este aspecto referido a un estudio de impacto ambiental “detallado, que indique la manera como el proponente abordará estos aspectos durante la ejecución de la obra”, exigiéndose en los pliegos su ajuste al Decreto 1753 de 1994, artículo 25. El contenido exigido para los efectos de calificación con precisa identificación de puntajes, refirió al de un plan de manejo ambiental, así:

- Resumen del plan de manejo.
- Descripción del proyecto.
- Descripción de procesos y operaciones.
- Definición áreas de influencia y cobertura.
- Estimación de impactos y efectos ambientales.
- Plan de manejo ambiental.

No obstante, las pruebas del proceso dan cuenta de los particulares requerimientos formulados por la CDMB más allá de las previsiones legales a cuya observancia, en virtud del contrato, se encontraba compelido el contratista, y de la mora en la definición de los planteamientos que las partes le formularan para la obtención de los permisos ambientales requeridos para la ejecución del proyecto.

En efecto, de la legislación vigente que viene de reseñarse, era evidente que el proyecto objeto del contrato bajo análisis, no requería para su desarrollo de la expedición de una licencia ambiental en los términos antes vistos, y que para su ejecución bastaba con la elaboración y seguimiento de un plan de manejo ambiental, cuyos extremos, condiciones y contenido debía ajustarse a los parámetros fijados por la autoridad ambiental en los términos de referencia que a estos efectos expidiera a solicitud de la parte interesada, criterio legal que, finalmente, ya en mayo de 2002, accedió a adoptar la CDMB.

Destaca el tribunal del expediente los distintos hechos acreditados que suscitaron la controversia:

- Comité de ajuste de diseño arquitectónico 2 del 28 de enero de 2002. En este comité informó la asesora del contratista en materia ambiental que “no han sido entregados por parte de la CDMB los términos de referencia para la elaboración del plan de manejo (...)”.
- Comunicación C-022-02 del 21 de marzo de 2002 (se refiere al auto 1355 del 12 de marzo de 2002), advirtió el contratista que:

“Después de revisado el auto 1355 y los términos de referencia que forman parte del mismo, encontramos los siguientes inconvenientes:

“Los términos de referencia entregados son para un estudio de impacto ambiental, lo cual se contradice con la ley y con lo que anteriormente había decidido la CDMB ya que los estudios de impacto ambiental solamente son exigibles en los casos en los que se requiere de licencia ambiental.

“El estudio y aprobación de dicho estudio de impacto ambiental fue condicionado a que se encuentre “formalmente acreditada dentro de las presentes diligencias la viabilidad de uso del suelo para el proyecto objeto de este acto por parte del municipio de Girón, lo cual deberá estar conforme a lo estipulado dentro del plan de ordenamiento territorial de dicho municipio”.

“Teniendo en cuenta las consecuencias adversas que aceptar el contenido de este auto pueden traer al proyecto, se decidió en reunión realizada el pasado 19 de marzo, presentar un recurso de reposición contra el Auto 1355 el cual se estará radicando el día de hoy.

“Con base en todo lo anterior, podemos concluir los siguiente:

“El trámite de permisos ambientales que de acuerdo con nuestro programa de la etapa de ajustes a los diseños debió haberse radicado el pasado 17 de febrero en la CDMB, aún no se ha podido iniciar.

“La solicitud de las licencias de urbanismo y construcción tienen como prerrequisito los permisos ambientales, con lo cual su trámite también se encuentra paralizado.

“La imposibilidad de tramitar licencias de urbanismo y construcción nos impide iniciar la construcción del proyecto, cuyo inicio está programado para el próximo 29 de marzo (1° de abril ya que el 29 de marzo es festivo).

“Motivados en todos estos hechos y conclusiones, y conforme a lo estipulado en el párrafo cuarto de la cláusula segunda y en la cláusula décima sexta del contrato en referencia, solicitamos formalmente efectuar la suspensión del contrato hasta tanto se pueda dar inicio a la etapa de construcción cumpliendo con los permisos y licencias exigidos para tal efecto por la ley”.

Adicionalmente, se evidenció durante el trámite, que la problemática surgida en torno al alcance de las obligaciones ambientales del contratista, dieron lugar a dos suspensiones de la ejecución del contrato (actas de suspensión 1 del 1° de abril de 2002, acta de suspensión 2 del 2 de mayo de 2002). Al suscribir las actas respectivas, hubo consenso entre las partes, de conformidad con las previsiones contractuales a este efecto (cláusula décima sexta), en que la necesidad de la suspensión fue determinada por la demora en la “obtención de los permisos y autorizaciones expedidos por la autoridad ambiental”. Así lo hicieron constar en las consideraciones consignadas en ambos documentos (actas de suspensión).

“Los términos de referencia para adelantar los estudios ambientales requeridos para el proyecto, fueron solicitados por el FIC a la CDMB el 5 de septiembre de 2001.

“A partir de allí, múltiples fueron los requerimientos extralegales de la corporación para la entrega de los términos de referencia solicitados. De ellos se da cuenta en:

(i) En comité de gerencia del 4 de febrero de 2002 (fl. 282, cdno. de pbas. 1), se informó que “los términos de referencia para el plan de manejo ambiental ya se encuentran listos en la CDMB, pero que únicamente los entregan al FIC que fue su solicitante (...)”.

(ii) El 11 de febrero de 2002 (comité para el ajuste de diseño arquitectónico), se informó por el contratista en relación con el “estado de los trámites con la CDMB” que “el primer poder dado por el FIC para retirar los términos de referencia para el plan de manejo ambiental, no había sido aceptado por dicha entidad, siendo necesario tramitar un nuevo poder, esta vez a nombre de un abogado, como lo exigió la CDMB, poder que fue otorgado por el representante legal del FIC”. Adicionalmente, en este mismo comité, se dejó constancia por el contratista que “una vez sustituido el poder, la jefe jurídica de la CDMB manifestó dudas sobre la posibilidad de construir una cárcel en el lote del proyecto. Por otra parte se mostró, por parte de la CDMB, un expediente cuyo contenido era únicamente el concepto emitido por el municipio de Girón, sobre usos del suelo, pero no existía ningún documento de los enviados anteriormente por el FIC y por la UT para la solicitud de los términos de referencia”.

(iii) En el comité para el ajuste de diseño arquitectónico del 18 de febrero de 2002 se informó por la UT que el día martes 19 de febrero se reclamarán los términos de referencia para la elaboración del plan de manejo ambiental, cuya entrega por parte de la CDMB ha tenido algunos tropiezos. Igualmente se informó que de ser entregados los términos de referencia, el día jueves 21 se haría entrega a la interventoría, para su revisión, el informe preliminar. En el mismo comité, se anunció por el contratista que “el próximo lunes febrero 25 se radicará en la CDMB, el plan de manejo ambiental”.

(iv) En el comité para el ajuste de diseño arquitectónico del 25 de febrero de 2002 (fl. 308, cdno. de pbas. 1), se informó de la reunión a realizarse en esa fecha con la CDMB, “para tratar el tema de las objeciones y demoras en la entrega de los términos de referencia para el plan de manejo ambiental por parte de la CDMB”.

(v) En el comité para el ajuste de diseño arquitectónico del 4 de marzo de 2002, se dio cuenta por el contratista: “... para el próximo miércoles (mar. 6/2002) se proponen presentar en la CDMB la documentación para la solicitud de

permisos, pero si se decide pueden entregar lo correspondiente al plan de manejo ambiental, siempre y cuando se cuente en ambos casos, con la información completa en lo que respecta a las actividades que no dependen de ellos, como son: red sanitaria externa y el tratamiento de aguas servidas”.

(vi) En el mes de marzo de 2001, la CDMB entregó unos términos de referencia en los que se exigía la elaboración de un estudio de impacto ambiental, para la obtención de una licencia ambiental, no obstante la determinación adoptada por esa misma corporación conjuntamente con el Ministerio del Medio Ambiente en el sentido de que la construcción del proyecto no requería de licencia ambiental.

(vii) La CDMB insistió en su posición y la concretó en el auto 1355 del 12 de marzo de 2002, mediante el cual determinó los requisitos que en su entender debían cumplirse para la obtención de la licencia en cuestión. El auto fue objeto de impugnación por el FIC y la CDMB resolvió el recurso modificando su posición inicial, mediante Resolución 0248 de abril 16 de 2002.

(viii) La UT contratista solicitó se le permitiera adelantar trabajos preliminares, solicitud que le fue negada por la CDMB, como se dio cuenta en los distintos comités para ajustes de diseño antes reseñados por el tribunal.

(ix) El 21 de marzo de 2002, el contratista solicitó la suspensión del contrato (oficio C-022-02), en consideración a que “a la fecha la Corporación para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga — CDMB, no ha permitido la iniciación de los trabajos preliminares ni ha definido el tratamiento ambiental de que será objeto el predio a desarrollar”.

(x) El consenso de las partes sobre la improcedencia de las exigencias formuladas por la CDMB, así como de la ausencia de responsabilidad del contratista en las causas que originaron la controversia planteada por esa corporación en la interpretación de las normas ambientales aplicables al proyecto se resumió por las partes en el acta de suspensión 01 del 1º de abril de 2002. Destaca el tribunal que la suspensión temporal del contrato, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 16 del mismo, procede para circunstancias tipificadas por las partes como de “fuerza mayor o caso fortuito comprobadas“, o “por la no obtención de las licencias en tiempo —por causa no atribuible a la falta de diligencia de EL CONTRATISTA— (...)” (destaca el tribunal).

(xi) Posteriormente, el 2 de mayo de 2002, debieron las partes suspender nuevamente la ejecución del contrato por las mismas razones relacionadas con la mora en la obtención del permiso ambiental (fl. 334, cdno. de pbas. 1).

De la suscripción de las actas de suspensión temporal y de las causas invocadas por las partes como determinantes de las mismas, concluye el tribunal el consenso de los cocontratantes sobre la ausencia de responsabilidad del contratista en la ocurrencia de los hechos que le dieron lugar. Esos hechos se enmarcan en la esfera de la gestión administrativa de una entidad ajena a los contratantes, y frente a cuyo desarrollo ningún control ellos tenían.

Finalmente, como se da cuenta en este proceso, hubo el contratista de plegarse a la voluntad administrativa consignada en acto administrativo (Res. 351, mayo 24/2002, que aprobó el plan de manejo ambiental), no obstante exceder los requerimientos legales en relación con las obligaciones adicionales que le fueron impuestas en esta materia.

Encuentra el tribunal que no estaba obligado el contratista a prever la ejecución de trabajos distintos o en exceso a aquellos requeridos en la ley ambiental y sus reglamentos para la ejecución del proyecto a su cargo. De esta manera, la imposición en este sentido de la CDMB que hubiere implicado la asunción por el contratista de costos no previstos por él en esta materia, le deben ser reconocidos por la entidad contratante, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5º, numeral 1º de la Ley 80 de 1993, que gobierna el contrato.

Observa el tribunal que solo hasta el 24 de mayo de 2002, el director general de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga, expidió la Resolución 351 “Por la cual se aprueba una viabilidad ambiental” y se aprueba el plan de manejo ambiental propuesto para el proyecto. En este acto administrativo, da cuenta la autoridad ambiental de los siguientes hechos:

a) Que mediante auto 1355 de marzo 12 de 2002, otorgó los términos de referencia para la elaboración de un estudio de impacto ambiental;



b) Que el FIC interpuso recurso de reposición contra el mencionado auto.

c) Que mediante Resolución 0248 del 16 de abril de 2002, resolvió el recurso de reposición mencionado y modificó la decisión inicial.

d) Que el 29 de abril de 2002, el FIC allegó el estudio ambiental correspondiente al trámite pertinente, a los efectos de la aprobación del plan de manejo ambiental que debía observarse en la ejecución de los trabajos.

Adicionalmente, a las obligaciones consignadas en el plan de manejo ambiental que aprobó, la CDMB impuso al permisionario, formalmente el FIC y materialmente el contratista que debía ejecutarlas, obligaciones adicionales de carácter técnico ambiental, descritas en el artículo 2° de la Resolución 351 del 24 de mayo de 2002.

Encuentra el tribunal, además de la evidencia probatoria que viene de reseñarse en punto a la imputabilidad a la CDMB de los trastornos generados en el proyecto por la indefinición de la corporación en la expedición de los permisos correspondientes para la ejecución del proyecto, que hubo consenso entre las partes al suscribir las actas de suspensión de los términos contractuales aplicando la cláusula 16 del contrato que prevé esta posibilidad “por la no obtención de las licencias en tiempo —por causa no atribuible a la falta de diligencia de el CONTRATISTA”.

En este punto, considera ilustrativo el tribunal el artículo sobre La inadecuada distribución de riesgos en los contratos estatales de la Dra. Susana Montes De Echeverri, que sobre el riesgo ambiental, en particular, dijo:

“Este riesgo consiste en la imposibilidad de establecer en los pliegos de licitación los costos y obras que la autoridad medio ambiental pueda llegar a exigir para otorgar la licencia ambiental, y por lo mismo, es imposible calcular los costos que dichas obras de mitigación del impacto ambiental puedan llegar a tener.

“Como definiciones que están a cargo de otra autoridad administrativa no son más que una modalidad del riesgo genérico por el “Hecho del Príncipe”, y que podrían tener también respaldo en la teoría de la imprevisión en la medida en que son hechos no conocidos ni calculables al momento de la preparación de la oferta.

“En consecuencia, por las razones antes expuestas en este escrito, es un riesgo no trasladable al contratista.

“Sin embargo, vale la pena mencionar que este riesgo será mayor o menor según que el proyecto específico cuente de antemano o no con licencia ambiental. Igualmente, la magnitud del riesgo dependerá de las eventuales nuevas exigencias que en el curso del proyecto puedan determinar nuevas leyes ambientales o determinaciones administrativas que afecten o encarezcan el proyecto”.

Por otra parte, es claro para el tribunal que el artículo 2° de la Resolución 351 del 24 de mayo de 2002, generó para el proyecto obligaciones ambientales adicionales a aquellas que se previeron en el plan de manejo ambiental, aprobado en el artículo 1° del mismo acto administrativo, y, por lo mismo, tal imposición excedió las previsiones normales que en esta materia debió realizar el contratista, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 4, numeral 4° del contrato. Por lo mismo, el tribunal accederá a esta pretensión y así lo dispondrá en la parte resolutive de este laudo.

### **El cálculo del sobrecosto**

Para el cálculo de los mayores costos que las exigencias adicionales a los requerimientos del plan de manejo ambiental ordenó la CDMB, el tribunal acude al experticio rendido por el perito Luis M. Guijo Roa, que precisó:

“... Costos que tuvo que asumir la unión temporal por las obligaciones imprevisibles que le impuso la Resolución 351 del 24 de mayo del 2002 dictada por la CDMB ...”.

“Para explicar la información relacionada con este tema, se tomaron las facturas, cuentas de cobro y demás documentos que la Unión Temporal Penitenciaria de Girón registra en la contabilidad. Con la información contenida, se elaboró el anexo 06, que a continuación se comenta:

“Columna concepto, revela la operación que dio origen al pago.

“Columna explicación, presenta una ampliación del concepto del pago.

“Columna operación, indica el concepto sobre el pago realizado.

“Columna beneficiario, revela el nombre de las personas o entidades que aparecen como titulares para el pago hecho por la UT.

“Columna número documentos contables, hace alusión a la cantidad de facturas, cuentas de cobro y/o comprobantes de la operación efectuada y relacionada con el pago.

“Columna presupuesto, relaciona el valor que la unión temporal consideró e incluyó en la propuesta real.

“Columna valor pagos efectuados, revela el valor que la unión temporal registró en su contabilidad por el concepto pago realizado.

“Columna diferencia, presenta el valor de la diferencia entre lo presupuestado y lo pagado.

“De acuerdo con el análisis presentado en este anexo, los costos que asumió la unión temporal ascendieron a la suma de \$ 410.625.377. Este valor se encuentra incluido en el anexo 01”.

Ahora bien: como quiera que la petición de la demanda se contrae a solicitar:

“2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se incluya en la liquidación del contrato y se condene a la Nación — Ministerio del Interior y de Justicia— Dirección de Infraestructura al pago de las siguientes sumas así:”.

“2.5. Por los costos que tuvo que asumir la unión temporal por las obligaciones imprevisibles que le impuso la Resolución 351 del 24 de mayo de 2002, dictada por la CDMB, por valor de \$ 422.755.504 o la mayor que resulte probada en el proceso”, no se le reconocerá la partida de \$43.098.200 incluida en sus cálculos por el perito Luis M. Guijo Roa, puesto que ella a juicio del tribunal, no corresponde a una obligación impuesta a la convocante por la Resolución 351 del 24 de mayo de 2002 de la CDMB.

Los mayores costos derivados de las suspensiones de la ejecución del contrato.

“2.7. Por los sobrecostos generados por las suspensiones en la iniciación de la construcción y dotación de la Cárcel de Palo Gordo, como consecuencia de las decisiones adoptadas por la CDMB, por valor de \$ 183.033.574 o la mayor permanencia que resulte probada en este proceso”.

Encuentra el tribunal que en las actas de suspensión 1 de abril de 2002 y 2 del 2 de mayo del mismo año, fueron expresas las partes al hacer “constar que lo acordado en la presente acta no implica modificaciones en el plazo de ejecución ni en el valor, establecidos en el contrato FIC-015-OP-2001”, acuerdo contractual que impide al tribunal estudiar la pretensión propuesta.

Adicionalmente, encuentra el tribunal que ni en la comunicación de fecha 2 de abril de 2003 (cdno. de pbas. 2, fls. 89 a 91) mediante la cual el contratista solicitó la ampliación del plazo contractual en 8 semanas, ni en las causas que identificaron como fundamentos de la prórroga del plazo pactado, invocó el contratista esta circunstancia como determinante de la ampliación del término de ejecución.

Por otra parte, el término de la suspensión del plazo contractual, a voces de la cláusula 16 del contrato, no se computa “para los efectos del plazo extintivo”.

Por último, en el dictamen pericial rendido por el experto Luis M. Guijo Roa, a página 11, manifestó que “Por no haber encontrado en la contabilidad información relacionada con este concepto y considerar que se trata de un tema técnico, quien suscribe esta experticia se abstiene de emitir concepto”.

Por lo anterior el tribunal denegará esta pretensión y así lo consignará en la parte resolutive de este laudo.

#### **4.7. Los mayores costos derivados de una ejecución más gravosa (régimen de lluvias).**

“2.6. Por los costos por razón del invierno por valor de \$ 492.835.752 o la mayor que resulte probada en el proceso”.

Toda obra, así como todo contratista de obras están sujetos a la incertidumbre que representa la imposibilidad de predecir de una forma exacta y precisa el clima y el régimen de pluviosidad que afectará la obra durante su construcción y su vida útil.

Aunque los desarrollos en materia de procesamiento de información (tales como la disponibilidad de supercomputadores de gran capacidad de procesamiento de información) como la captación remota de información (a través de sensores remotos en plataformas satelitales, por ejemplo) han permitido un gran avance en las ciencias de predicción meteorológica, la realidad, en las zonas tropicales en particular, es que aún hoy no se cuenta con herramientas que permitan a contratistas y diseñadores un cálculo inequívoco de la frecuencia y volúmenes de lluvia.

Por tanto meteorólogos, hidrólogos, ingenieros hidráulicos, matemáticos y estadísticos han contribuido al desarrollo de herramientas computacionales para tratar de acercarse al tema, reconociendo en todo momento que se trata de aproximar, mediante procesos matemáticos y estadísticos, un fenómeno de características típicamente aleatorias, impredecibles y sin reglas físicas claras que determinen la ocurrencia del fenómeno.

Dentro de este desarrollo, para el planeamiento de obras y diseños que se puedan ver afectados por la presencia de aguas lluvias o caudales, se ha establecido como una herramienta fundamental para el análisis de la probabilidad de ocurrencia de los eventos de lluvia (y/o sus caudales asociados) el uso de una variable estadística hidrológica llamada “Período de Retorno”, o la utilización de la información del IDEAM que en esta materia, es una herramienta confiable.

Encuentra el tribunal que un período inusual de lluvias puede traer afectaciones importantes en el desarrollo regular de los trabajos, imponiendo variaciones en la programación y rendimientos previstos por las partes; de igual manera tal circunstancia puede generar una mayor dificultad constructiva, así como la necesidad de ejecutar obras adicionales o trabajos no previstos inicialmente por las partes.

Se ha demostrado en este proceso, y así lo aceptaron las partes al suscribir la denominada “Primera Prórroga al Contrato FIC 015 OP-2001“, en el que dieron cuenta de la afectación del proyecto como consecuencia del peor invierno presentado en la zona de los trabajos durante los últimos 20 años. Dijeron las partes en el mencionado acuerdo:

“Período de lluvias: debido al fuerte invierno en la zona (el peor en 20 años) ha causado desbordamientos en la quebrada El Palmar, aledaña al sitio de las obras, generándose inundaciones y arrasamientos de estructuras contempladas dentro del contrato, como es la bocatoma de captación de agua potable que debe surtir al establecimiento de este líquido una vez entre en funcionamiento”.

### **Cálculo del sobrecosto**

Sobre la afectación que en el desarrollo de las obras tuvo un período inusual de lluvias, obran en el proceso las siguientes evidencias:

- a) Primera prórroga al contrato FIC 015 OP—2001, antes reseñado por el tribunal.
- b) Registro fotográfico de abril 9 de 2003 y de abril 10 de 2003 (cdno. de pbas. 4, fls. 244 a 249).
- c) Informe IDEAM pluviométrico mensual, año 1984 — 2003 existente en el banco de datos de la Estación Palo Gordo (2309028), que obra a folios 308 a 310 del cuaderno de pruebas 6.
- d) Fotocopia del artículo de Vanguardia Liberal de fecha 11 de abril de 2003 que obra en el cuaderno de pruebas 4, folios 253 a 262.

Por su parte en la prueba pericial practicada en este proceso, el experto Luis M. Guijo Roa, a página 10 de su dictamen, consignó:

“... Costos por razón del invierno ...”.

“La contabilidad de la Unión Temporal Penitenciaria de Girón registra costos incurridos supuestamente a causa de la temporada de lluvias presentada en la región entre los meses de febrero, marzo y abril de 2003. Las operaciones que realizó la UT son del siguiente orden:

Trabajos que implicaron utilización de equipo mayor como compactador, vibrocompactador, cargador, excavadora, motoniveladora y volquetas.

Mantenimiento de cunetas y alcantarillado.

Mayor costo por alquiler de formaleta por fundidas canceladas y

Obras de captación.

“De acuerdo con la información en los documentos contables como facturas y cuentas de cobro, se elaboró el anexo 07, que a continuación se detalla:

“En la columna concepto, se indican los ítems en los que la unión temporal incurrió en costos por efectos del invierno.

“En la columna beneficiario se revela el nombre de las personas o entidades que aparecen como titulares para el pago hecho por la UT.

“En la columna explicación de los pagos y de las contabilizaciones, se revela la razón del pago por concepto de utilización de maquinaria mayor como compactadores, vibrocompactadores, cargadores, excavadoras, motoniveladoras y volquetas, el concepto de mano de obra por remates en los pozos de inspección, vías peatonales, etc., pago de alquiler de formaleta metálica y sacos de fibra.

“En la columna valor, el pago realizado.

“De conformidad con la información de este anexo, los costos en que incurrió la UT según sus registros contables ascendieron a la suma de \$ 471.250.152, cifra que se encuentra incluida en el anexo 01”.

Por consiguiente en la parte resolutive del laudo se condenará por este valor.

#### **4.8. El riesgo geológico.**

“2.8. Por los sobrecostos por voladuras no previsibles, por valor de \$ 142.867.489 o la mayor que resulte probada en el proceso”.

La pretensión bajo análisis hace relación al riesgo contractual comúnmente conocido como “riesgo geológico”. Es el riesgo derivado de las condiciones de la geología del suelo y subsuelo en la ejecución de una obra pública.

Dentro del esquema de asignación de riesgos en un contrato estatal de obra pública, como el que ocupa la atención del tribunal, el riesgo geológico, en principio, lo asume la parte a cuyo cargo se encuentra la elaboración de estudios y diseños con base en los cuales deberán ejecutarse los trabajos objeto del contrato.

Sobre este punto, trae nuevamente el tribunal a colación la doctrina, que ha establecido:

“En el análisis de este riesgo deberá tenerse en cuenta a cuál de las partes corresponde la obligación de realizar los estudios y diseños previos al inicio de la construcción.

“Si se prevé —porque así lo quiso la administración desde los pliegos de condiciones, para lo cual tiene competencia y autonomía— que los diseños estén a cargo del contratista concesionario, y en tal virtud su elaboración integra el objeto del contrato, el riesgo por mayores costos que se presenten en la etapa constructiva debido a la deficiencia de estos diseños estarán a su cargo integralmente si los estudios base de los mismos constituían igualmente parte de su obligación contractual.

“En caso contrario, esto es, si la información requerida para la elaboración de los diseños debía ser suministrada por la entidad (prediseños, estudios de suelo, etc.), entonces, no podrá imputarse al contratista una responsabilidad integral por los mayores costos en la construcción de la obra atribuibles a deficiencias en el diseño derivadas de errores provenientes de la información base suministradas por el ente público contratante.

“(…).

“Con todo, si se presentan situaciones que configuren la aplicación de la teoría de la imprevisión, serán concurrentes la parte de riesgos del diseñador y la parte atribuible a ese margen absolutamente imprevisible y, por lo mismo, concurrirán los dos riesgos: el del contratista y el de la entidad contratante. Un ejemplo de esta hipótesis se puede verificar con facilidad en relación con los estudios y diseños en túneles en donde la diligencia y cuidado del contratista puede verse superada por ese riesgo impredecible del suelo y subsuelo (riesgo geológico)”.

En este caso, del análisis de los documentos contractuales, encuentra el tribunal:

a) El objeto de la licitación pública FIC-003-OP-2000 consistió en:

“El objeto de esta licitación es la elaboración del proyecto definitivo, la construcción y dotación del Centro Penitenciario de Palogordo, en un todo de acuerdo con el anteproyecto y los criterios generales de diseño, los cuales hacen parte de estos términos, consignados en los capítulos VII y VIII. El anteproyecto contiene los planos y especificaciones generales, documentos que hacen parte de esta licitación. Estas labores se ejecutarán mediante la modalidad de precio fijo con plazo único, por el sistema de precio global fijo, sin fórmula de reajuste y con plazo único”.

b) Los pliegos de condiciones de la licitación (num. 1.5.1) previeron en esta materia:

“1.5.1. Etapa de ajuste de diseño, consistente en:

“La elaboración del plan de manejo ambiental y/o consecución de la licencia ambiental o lo que requiera la Corporación para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga — CDMB.

“La localización de todos y cada uno de los edificios que conforman el centro de reclusión, teniendo en cuenta el levantamiento topográfico y las directrices que emita la Corporación para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga — CDMB.

“El diseño de las obras de urbanismo exteriores en coordinación con las autoridades municipales y nacionales competentes, oficina de planeación de Girón.

“La adecuación arquitectónica de algunos espacios, según los requerimientos del FIC.

“El diseño de la cimentación, a partir de los datos que arroje el estudio de suelos.

“El diseño de la estructura cumpliendo la norma NSR-98.

“El diseño hidráulico.

“El diseño eléctrico y de luminotecnia.

“El diseño mecánico.

“El diseño de seguridad.

“El diseño de la dotación, gráficamente.

“El manual de especificaciones técnicas.

“El trámite y la consecución de licencias, permisos, servidumbres, concesiones, factibilidades de servicios públicos, licencias, etc., y demás permisos necesarios para poner en funcionamiento el Centro Penitenciario de

Palogordo - Girón.

“**NOTA:** El alcance del estudio de suelos que se entrega es preliminar. Será de responsabilidad del contratista profundizar en este aspecto, a su costa y riesgo, si lo considera necesario”.

c) Por su parte, en la cláusula cuarta del contrato FIC-015-0P-2001, se asignó al contratista, entre otras, la obligación específica de “3) Elaborar los estudios topográficos; de suelos, desde el punto de vista físico, químico, geológico y sísmológico; de ubicación de las obras de acuerdo con el municipio de Girón; de vías de acceso, servidumbres; otros estudios: abastecimiento y evacuación de aguas, de energía, de iluminación, materiales, redes y sistemas contra incendio, redes y sistemas de seguridad; y elaborar el manual de especificaciones y el presupuesto detallado de la obra”.

d) La cláusula décima del contrato FIC-015-0P-2001, previó el cumplimiento por el contratista de la elaboración de los estudios que le fueron requeridos, entre otras obligaciones, en la etapa de ajustes de los diseños.

De lo hasta aquí reseñado, concluye el tribunal que la elaboración de los estudios de suelos desde el punto de vista geológico era de cargo del contratista por expresa asignación contractual asumida por este desde su ofrecimiento. Así las cosas, la identificación del estado geológico del suelo y subsuelo era obligación del contratista, quien a los efectos de la ejecución del contrato y de la formulación del presupuesto detallado de obra debió advertir, si era del caso, los mayores costos que el manejo geológico le representaba y que en este proceso concretó en el reclamo formulado por “sobrecostos por voladuras no previsibles, por valor de \$ 142.867.489 o la mayor que resulte probada en el proceso”.

Advierte el tribunal que la oportunidad para el establecimiento de este mayor costo que excedía el presupuesto del proyecto fue a la conclusión de la etapa de ajustes y diseños.

Obra en el expediente la comunicación del 29 de mayo de 2002 (cdno. ppal. 2, fl. 308), en la que el contratista, en cumplimiento de su obligación contractual, hace entrega a la entidad de “la segunda versión del presupuesto total requerido para las obras en referencia, el cual ha sido revisado y depurado de acuerdo con las modificaciones y correcciones que se han hecho en los diferentes diseños”. En esta ocasión ninguna mención a un mayor costo por este concepto no previsto en el presupuesto inicial hizo el contratista, y para esa fecha, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula décima del contrato, ya el contratista debía haber concluido los estudios de suelos desde el punto de vista geológico que le demandara la estipulación contractual en cita.

Encuentra el tribunal que si el contratista no advirtió la eventualidad que hoy reclama en el desarrollo del estudio a su cargo, mal puede hoy requerir de la entidad un mayor costo derivado de sus propias omisiones al estudiar la geología del suelo y subsuelo del terreno donde se desarrollarían las obras objeto del contrato.

Por lo anterior, y por no aparecer acreditada en el expediente la ocurrencia de un hecho extraordinario, sobreviniente a la identificación de las condiciones geológicas de cargo del contratista en la elaboración del estudio de suelos correspondiente, no encuentra el tribunal probada la imprevisibilidad que como fundamento de su pretensión, invoca la convocante.

Por lo anterior, el tribunal denegará esta pretensión, y así lo dispondrá en la parte resolutive de este laudo.

#### **4.9. Intereses, reajustes, correcciones y actualizaciones.**

En sus pretensiones el demandante solicitó que sobre las sumas que se le reconozcan se decreten los intereses, reajustes, correcciones y actualizaciones que correspondan.

En relación con este aspecto debe examinar el tribunal los diferentes conceptos a que alude la solicitud para determinar su procedencia:

##### **Intereses.**

La Ley 80 de 1993 no regula los casos en que se causan intereses, pues apenas establece que “...en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor

histórico actualizado”. Por consiguiente, para determinar cuando se causan intereses deben aplicarse las normas civiles y comerciales de conformidad con lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993. Tales normas distinguen entre los intereses remuneratorios y los moratorios. Por lo que se refiere a los primeros, ellos solo se causan cuando las partes los han pactado o la ley los establece. En lo que se refiere a los segundos, los mismos se deben a partir del momento en que el deudor de una obligación dineraria incurre en mora.

En efecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 28 de noviembre de 1989):

“La obligación de pagar intereses remuneratorios como fruto de prestaciones dinerarias no opera *ipso iure*, como acontece con los intereses moratorios (C. de Co., art. 883) sino que es necesario que la obligación de pagarlos dimanase de un acuerdo entre las partes o de una disposición legal que así lo determine”.

Partiendo de lo anterior debe entonces el tribunal analizar la procedencia de reconocer intereses respecto de los diferentes conceptos por los cuales se impondrá condena a la entidad demandada.

En cuanto a los sobrecostos ocasionados por la mora en los pagos el valor por el cual se impondrá condena corresponde a los intereses aplicables. Ahora bien, el artículo 886 del Código de Comercio dispone:

“Los intereses pendientes no producirán intereses sino desde la fecha de la demanda judicial del acreedor, o por acuerdo posterior al vencimiento, siempre que en uno y otro caso se trate de intereses debidos con un año de anterioridad, por lo menos”.

Así las cosas, procede el reconocimiento de intereses sobre las sumas debidas por concepto de intereses siempre y cuando se trate de intereses debidos con un año de anterioridad por lo menos y exista acuerdo de las partes o demanda judicial.

Como quiera que la solicitud de arbitraje fue presentada el primero de julio de 2004, procederá el reconocimiento de intereses sobre aquellos que a dicha fecha se debían con un año de antelación por lo menos. Por consiguiente procederá el reconocimiento a partir de dicha fecha sobre aquellos correspondientes a los pagos 2, 3, y 4. En relación con los correspondientes al pago 5, procederá dicho reconocimiento, por los intereses causados antes del 1° de julio de 2003.

Para efectos de calcular dichos intereses deberá aplicarse la regla prevista por la Ley 80 de 1993, con la metodología del perito.

De lo anterior resulta el siguiente valor:

“Sobrecostos ocasionados por la mora en los pagos”.

Concepto	Valores
Valor intereses generados por la mora, sobre los cuales se hace la actualización (ver relación de detalle en anexo 01).	\$ 47.073.147,90
Fecha de convocatoria tribunal de arbitramento	1°/Jul./2004
IPC del mes anterior a la fecha de convocatoria tribunal de arbitramento	152,38
Fecha de corte para laudo arbitral	1°/Jul./2005
IPC del mes anterior a la fecha de laudo arbitral	159,74
Cantidad de días para la actualización	360
Tasa de interés moratoria (12% / 360)	0,033333%
Valor actualizado con IPC más intereses de mora 12%	<b>\$ 55.637.244</b>
Valor de la actualización e intereses	<b>\$ 8.564.096</b>

Esta cifra se agrega al valor de los sobrecostos ocasionados por mora en los pagos, para obtener un total de \$ 270.202.426.

En cuanto se refiere a los eventuales intereses que se causarían sobre las sumas a reconocer por sobrecostos generados por mayor permanencia en obra, los costos que tuvo que asumir la unión temporal por las obligaciones imprevisibles que le impuso la Resolución 351 del 24 de mayo de 2002, dictada por la CDMB, y los costos por razón del invierno, debe observar el tribunal lo siguiente:

Ha señalado la jurisprudencia que para que exista mora y se causen los intereses correspondientes, se requiere como presupuesto necesario que exista una obligación exigible de pagar una cantidad de dinero. Por consiguiente, si la cantidad solo se pudo establecer como consecuencia del proceso no procede el pago de intereses de mora con anterioridad a la ejecutoria del laudo.

Sobre el punto la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 29 de septiembre de 1984 (M.P. Humberto Murcia Ballén. G.J. Tomo CLXXVI p. 288) sostuvo:

“Como en el caso presente la obligación a cargo del banco demandado y a favor de la sociedad demandante aparecía incierta en su existencia necesitó de reconocimiento o declaración judicial y justamente por ello se inició y tramitó este proceso de conocimiento, en cuya sentencia precisamente se ha impuesto la condena a pagarla.

“Luego, si para el 26 de mayo de 1977 la obligación judicialmente aquí declarada a cargo del Banco de Colombia y a favor de Codi no era aún exigible, menos aún puede afirmarse con acierto que desde entonces su deudor esté en mora de pagarla, ya que en todo caso la mora debitoria presupone, como elemento esencial de su estructura, la exigibilidad de la obligación”.

Así mismo en sentencia del 10 de junio de 1995 la Sala Civil de la Corte (M.P. Pedro Lafont Pianeta. Exp. 4540) expresó:

“En este orden de ideas resulta claro que la mora, si la obligación es dineraria supone, necesariamente, que se encuentre plenamente determinada, es decir que con certeza se halle establecido cuál es su monto, asunto este sobre el cual, desde antiguo tiene dicho la Corte que ‘la mora en el pago solo llega a producirse cuando exista en firme una suma líquida’ (Sentencia Casación 27 de agosto de 1930, G.J. T.XXXVIII, pág. 128)”.

Un criterio análogo ha seguido la Sección Tercera del Consejo de Estado, el cual en sentencia del 27 de noviembre de 2002 (exp. 13.792. H. Consejero: Doctora María Elena Giraldo Gómez) expuso:

“En segundo lugar: En lo que tiene que ver con la condena al pago de intereses moratorios, cabe tener en cuenta que estos intereses proceden frente al incumplimiento o retardo en el cumplimiento en que incurre el DEUDOR.

“En eventos como el que se estudia, la administración solo está obligada al pago de la suma correspondiente a los perjuicios materiales a partir del día siguiente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, porque la obligación de pago que se le impone surge como consecuencia de declaraciones, de una parte, de ilegalidad del acto y, de otra, de la condena a indemnizar los perjuicios causados, que se hacen en la sentencia judicial. En efecto, por virtud del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, la obligación de pagar la indemnización de perjuicios es consecuencia de la firmeza de la sentencia que declaró la nulidad del acto administrativo (que hasta entonces estaba cobijado por la presunción de legalidad) y condenó al pago de perjuicios; por consiguiente es a partir de la firmeza de la sentencia que en dicho evento la administración se convierte en deudora y también es a partir de esa firmeza que la deuda le es exigible a la administración, por lo general.

“Se tiene así que si la condena al pago de intereses moratorios tiene por objeto sancionar el incumplimiento o la mora del DEUDOR, es lógico que cuando la administración por sentencia en firme adquiere la calidad de DEUDOR, en el caso como el que se estudia, solo a partir del día siguiente de dicha firmeza, si es que la administración no satisface al acreedor, estará obligada no solo por el capital de la condena sino también por los intereses moratorios, sin exceder el límite de usura. Por ello mismo no tiene fundamento legal imponer intereses moratorios cuando no existe obligación previa ni exigibilidad de la misma, pues la sanción al deudor con intereses moratorios requiere de la existencia y de la exigibilidad de una obligación.



“Por lo tanto la Sala modifica así las anteriores posturas y por eso concluye que la condena al pago de intereses moratorios en eventos como el presente, es decir cuando la calidad de deudor de la administración aparece después de quedar en firme la sentencia condenatoria, y solo surge a partir del día siguiente a la firmeza de esa sentencia” (resaltado fuera de texto).

En el presente caso los montos por razón de los sobrecostos solo pudieron establecerse como consecuencia del proceso, por lo cual no procede el reconocimiento de intereses moratorios.

Por lo que se refiere a la solicitud de otros reajustes, correcciones y actualizaciones, observa el tribunal lo siguiente:

De igual manera que en materia de indemnización de perjuicios el juez debe determinar el monto del perjuicio en la fecha más cercana posible a la sentencia, en materia de restablecimiento del equilibrio económico igualmente el juez debe condenar al valor actualizado necesario para restablecer el equilibrio, pues de otra manera no se produciría dicho restablecimiento. Por tal razón es evidente que procede la actualización de los montos determinados por el señor perito a la fecha del laudo.

De acuerdo con lo anterior se obtienen lo siguiente:

“Sobrecostos generados por mayor permanencia en la obra”.

<b>Concepto</b>	<b>Valores</b>
Valor total que la UT considera causados por efecto del mayor tiempo de permanencia en la obra.	\$ 255.714.862
Fecha del acta de liquidación	28/Dic./2003
IPC del mes anterior a la fecha del acta.	144,81
Fecha de corte para laudo arbitral	01/Jul./2005
IPC del mes anterior a la fecha de laudo arbitral	159,74
Valor actualizado con IPC	\$ 282.079.221

“...Costos que tuvo que asumir la Unión Temporal por las obligaciones imprevisibles que le impuso la Resolución 351 del 24 de mayo del 2002 dictada por la CDMB ...”.

<b>Concepto</b>	<b>Valores</b>
Valor total que la UT considera causados por efecto de obligaciones imprevisibles resolución 351 dicta por la CDMB.	\$ 367.527.177
Fecha del acta de liquidación	28/Dic./2003
IPC del mes anterior a la fecha del acta.	144,81
Fecha de corte para laudo arbitral	01/Jul./2005
IPC del mes anterior a la fecha de laudo arbitral	159,74
Valor actualizado con IPC	\$ 405.419.455

“... Costos por razón del invierno ...”.

<b>Concepto</b>	<b>Valores</b>
Valor total que la UT considera causados por efecto del mayor tiempo de permanencia en la obra.	\$ 471.250.152

Fecha del acta de liquidación	28/Dic./2003
IPC del mes anterior a la fecha del acta.	144,81
Fecha de corte para laudo arbitral	01/Jul./2005
IPC del mes anterior a la fecha de laudo arbitral	159,74
Valor actualizado con IPC	\$ 519.836.332

## **VI. Excepciones propuestas por la parte convocada**

La parte demandada propuso las excepciones que denominó: compensación de áreas y dotación; inexistencia de la mora, y suficiencia del ítem de imprevistos del contrato para las situaciones imprevistas.

En relación con dichas excepciones encuentra el tribunal lo siguiente:

### **Compensación de áreas y dotación.**

La parte demandada sostiene que los acuerdos de voluntades del 7 y 9 de abril de 2003 restablecieron el equilibrio económico del contrato, por lo cual no son procedentes las pretensiones que en tal sentido formula la parte demandante.

Por su parte, la demandante sostiene que los acuerdos no restablecieron el equilibrio del contrato y que, en particular, no reconocieron el hecho de que la entidad estatal exigió cambios que van más allá de los ajustes previstos.

Sobre este punto debe observar el tribunal que, como ya se expuso en detalle en otro aparte de este laudo, teniendo en cuenta todas las circunstancias que rodearon la celebración de los acuerdos reflejados en los documentos del 7 y 9 de abril de 2003, debe concluirse que los mismos constituyen una verdadera transacción en relación con los mayores costos que implicaba la obra como consecuencia de la realización de los estudios y diseños realizados en la primera etapa.

Por lo anterior prospera la excepción propuesta.

### **Inexistencia de la mora**

La parte demandada ha sostenido que no existe mora porque los pagos se sujetaron, de una parte, al avance de la obra y, de la otra, a la apropiación presupuestal correspondiente y al PAC.

Como ya se dijo en otro aparte de este laudo, las normas que regulan el presupuesto y el PAC no pueden interpretarse en el sentido de que si no se apropian los recursos necesarios o no se adopta el PAC por el valor necesario no se causan intereses a cargo de la entidad. Tal interpretación viola la Constitución Política y los principios básicos del derecho de las obligaciones.

Por lo anterior esta excepción no puede prosperar.

### **Suficiencia del ítem de imprevistos del contrato para las situaciones imprevistas**

Sostiene la parte demandada que las circunstancias invocadas por el demandante no son imprevistas y que adicionalmente “el contrato tenía previsto un A.I. (administración e imprevistos) de \$ 7.632"518.081, suma más que suficiente para cubrir cualquier hecho verdaderamente anormal. A este respecto anota que los sobrecostos pretendidos por hechos imprevisibles no superan los \$ 1.930"245.067”.

Por su parte el demandante ha sostenido que el rubro de imprevistos efectivamente se destinó a atender pagos que se presentaron y que no se han reclamado en este proceso.

Sobre el particular el tribunal considera lo siguiente:

Dentro de la determinación del precio del contrato de obra se incluyen tanto los costos directos, como lo correspondiente a administración, imprevistos y utilidad. Ahora bien, todos estos componentes no son más que elementos que permiten establecer el precio del contrato el cual corresponde al contratista. Si bien al determinar el precio el contratista tiene en cuenta un porcentaje de imprevistos, dicho porcentaje solo tiene por propósito cubrir aquellos que corresponden al álea normal del contrato y que por ello son de cargo del contratista, pues él no tiene porque asumir más que los áleas normales del contrato.

En este sentido señaló el perito que el concepto de imprevistos: "... tiene como fin primordial absorber sumas menores provenientes de omisiones en los estudios o supuestos de los precios unitarios estimados, o que cubre el desconocimiento de situaciones cuando se estima que el proyecto no está bien logrado" (negrilla).

Ahora bien, es claro que si el contratista no está obligado a asumir un determinado riesgo, el mismo no puede tener que soportar los costos que se derivan de tal contingencia con cargo al precio que el ha pactado. Por consiguiente, siendo el porcentaje de imprevistos simplemente una parte del precio pactado que retribuye las prestaciones que debe efectuar el contratista el mismo no puede verse afectado por riesgos que no le corresponden al contratista.

Por lo demás en el presente caso encuentra acreditado el tribunal que efectivamente el porcentaje de imprevistos se destinó a cubrir diversos gastos que se presentaron durante la ejecución del contrato.

## **VII. Costas**

El tribunal con fundamento en lo previsto en el artículo 33 del Decreto 2279 de 1989, las reglas contenidas en los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil, y lo dispuesto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, en consideración a que han prosperado parcialmente las pretensiones de la demanda, que se reconocerá parcialmente fundamento a una de las excepciones de la contestación de la demanda, y la conducta observada por las partes, se abstiene de condenar en costas en el presente trámite.

## **VIII. Parte resolutive**

En mérito de las consideraciones que anteceden, el tribunal de arbitramento constituido para dirimir, en derecho, las diferencias surgidas entre la Unión Temporal Penitenciaria de Girón conformada por las sociedades Cusezar S.A., Concreto S.A., Beltrán Pinzón y Cía. S.A. (hoy B.P. Constructores S.A.) y Otacc Ltda. y la Nación Ministerio del Interior y de Justicia Dirección de Infraestructura DIN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

**Primero.** Declarar que durante la ejecución y desarrollo del Contrato FIC-015 OP-2001 sobrevinieron hechos no imputables a la Unión Temporal Penitenciaria de Girón, integrada por las sociedades Otacc Ltda., Beltrán Pinzón y Cía. S.A. Construcciones, Cusezar S.A., y Concreto S.A., que alteraron la ecuación económica del referido contrato, de conformidad con lo expuesto sobre el particular en la parte motiva del presente laudo y por los siguientes conceptos que se relacionan, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

a) Por los sobrecostos ocasionados por la mora en los pagos.

b) Por los sobrecostos generados por mayor permanencia en obra.

c) Por los costos que tuvo que asumir la unión temporal por las obligaciones imprevisibles que le impuso la Resolución 351 del 24 de mayo de 2002, dictada por la CDMB.

d) Por los costos por razón del invierno.

**Segundo.** Ordenar que para reestablecer el equilibrio económico del referido contrato, la Nación-Ministerio del Interior y de Justicia, pague dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la ejecutoria del presente laudo, las siguientes sumas por los conceptos que se relacionan:

a) Por los sobrecostos ocasionados por la mora en los pagos, la suma de \$ 270.202.426. Esta suma incluye

actualización monetaria e intereses de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

b) Por los sobrecostos generados por mayor permanencia en obra entre el 4 de junio de 2003 al 4 de julio de 2003, la suma de \$ 282.079.221. Esta suma incluye actualización monetaria, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

c) Por los costos que tuvo que asumir la unión temporal por las obligaciones imprevisibles que le impuso la resolución 351 del 24 de mayo de 2002, dictada por la CDMB, la suma de \$ 405.419.455. Esta suma incluye actualización monetaria, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

d) Por los costos por razón del invierno la suma de \$ 519.836.332. Esta suma incluye actualización monetaria, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

**Tercero.** Denegar todas y cada una de las restantes súplicas de demanda, de conformidad con lo expuesto a la parte motiva del presente laudo.

**Cuarto.** Declarar probada la excepción de transacción y negar las demás excepciones de mérito propuestas por la convocada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo.

**Quinto.** Sin costas para ninguna de las partes, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo.

**Sexto.** Disponer que por secretaría se expidan sendas copias auténticas del presente laudo con destino a cada una de las partes, así como copias simples con destino a la Procuraduría General de la Nación por conducto de su representante en el proceso, y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**Séptimo.** Disponer que el presidente del tribunal proceda a protocolizar el expediente contentivo de la actuación adelantada dentro del proceso, en una de las notarías del Círculo de Bogotá, D.C., una vez cobre ejecutoria el presente laudo.

Notifíquese. El presente laudo quedó notificado en audiencia.

*Antonio De Irisarri Restrepo, Presidente—Patricia Mier Barros—Juan Pablo Cárdenas Mejía, los árbitros.*

*María Patricia Zuleta, secretaria.*

De la providencia anterior quedaron notificados en audiencia los señores apoderados de las partes a quienes se entregaron sendas copias del laudo arbitral. El tribunal fijó la fecha del veintidós (22) de agosto de 2005 a las 9:30 a.m. para la audiencia en que se resolverá las solicitudes de aclaraciones, correcciones y adiciones si las hubiere.

La anterior decisión quedó notificada en audiencia a los apoderados de las partes.

No habiendo más asuntos que tratar el presidente dio por concluida la audiencia y para constancia se firma el acta por quienes en ella intervinieron.

*Antonio De Irisarri Restrepo, Presidente—Patricia Mier Barros—Juan Pablo Cárdenas Mejía, los árbitros.*

*María Patricia Zuleta, secretaria.*

*Nelson Barrera González—Fabio Iván Afanador García, apoderados—Cecilia Serpa Montero, Ministerio Público.*

*María Patricia Zuleta, secretaria.*

---