

LAUDO ARBITRAL**HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A.****Vs.****INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS**

Bogotá, D.C., Agosto 4 de 2009.

El Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir en derecho las diferencias presentadas entre HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A., parte convocante, en adelante "la convocante", y el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS, parte convocada, en adelante "la convocada", profiere el presente laudo arbitral, por medio del cual pone fin al proceso.

CAPITULO I**ANTECEDENTES****1. La solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento**

Mediante escrito presentado el 30 de octubre de 2007 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, la sociedad HB Estructuras

Metálicas S.A., a través de apoderado, presentó demanda arbitral¹ contra el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS.

2. El Pacto Arbitral

La demanda arbitral fue presentada con fundamento en el compromiso suscrito entre las partes el día 13 de octubre del año 2006², en el cual el convocante y la convocada acordaron someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento las diferencias existentes con ocasión de la celebración, ejecución, incumplimiento, terminación y liquidación del contrato de obra No. 595 de 2004.

En el compromiso suscrito entre las partes se señala textualmente:

*"Entre los suscritos a saber, de una parte **MAURICIO RAMÍREZ KOPPEL**, identificado con cédula de ciudadanía número 19.430.825 expedida en Bogotá, obrando en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS, Establecimiento Público del Orden Nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, creado por el Decreto 2171 del 30 de diciembre de 1992 y modificada su estructura mediante Decreto 2056 de 2003, en su calidad de Director General y quien para los efectos de este documento se llamará EL INVIAS; y de otra, LUIS EDUARDO BENCARDINO CALDERON, identificado con cédula de ciudadanía No. 73.103.823 expedida en Cartagena, obrando a nombre y representación de la firma HB Estructuras Metálicas S.A., NIT 860.006.282-8, en su calidad de Gerente según certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio, en adelante **EL CONTRATISTA**, hemos convenido celebrar el presente*

¹ Folios 1 al 11 del cuaderno principal.

² Folio 20 y 21 del cuaderno principal.

CONTRATO DE COMPROMISO, que se regirá por las siguientes cláusulas:

PRIMERA. OBJETO.- El objeto del presente contrato de compromiso es el sometimiento a la decisión final de un Tribunal de Arbitramento en derecho, de todas las diferencias y controversias que existan entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución, incumplimiento, terminación y liquidación del contrato de obra No. 595 de 2004 y sus adicionales; y en general, de toda controversia relacionada con el citado contrato, el cual fue suscrito entre EL INVIAS y EL CONTRATISTA y cuyo objeto es la "Construcción del Puente el Hormiguero sobre el río Cauca, entre los Municipios de Puerto Tejada (Cauca) y Santiago de Cali (Valle del Cauca)" (en adelante "EL CONTRATO"). El Tribunal de Arbitramento que se designe por las partes para este efecto, será competente además para efectuar la liquidación de EL CONTRATO.

SEGUNDA. CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL.- El Tribunal de Arbitramento señalado en la cláusula anterior, decidirá en derecho, de acuerdo con las normas colombianas vigentes y su organización se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El Tribunal estará integrado por tres árbitros, profesionales en derecho, designados por las partes de común acuerdo: MARCO TULIO GUTIERREZ MORAD, CONSUELO SARRIA OLCOS Y JESÚS MARIA CARRILLO BALLESTEROS. El Tribunal funcionará en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

TERCERA. HONORARIOS DE LOS ÁRBITROS Y DEL SECRETARIO.- Los costos del Tribunal, incluyendo Honorarios de los árbitros y secretario, gastos de la Cámara de Comercio y gastos de protocolización estarán a cargo exclusivamente del Convocante independientemente de los

resultados del proceso arbitral, siguiendo las tarifas fijadas por la Cámara de Comercio.

CUARTA. DURACIÓN DEL TRIBUNAL.- El Tribunal de Arbitramento sesionará por un término de seis (6) meses, contados a partir de la instalación del mismo, tiempo en el cual proferirán el Laudo Arbitral correspondiente.

En constancia de aceptación, se firma por los interesados, en la ciudad de Bogotá, el día trece (13) de octubre del año 2006”.

El anterior contrato de compromiso fue modificado por las partes mediante otro suscrito el 6 de marzo de 2009, en el cual las partes prorrogaron el término de duración del Tribunal de Arbitramento en 6 meses, contado a partir del vencimiento de la última prórroga decretada, esto es a partir del 6 de marzo de 2009.

3. Desarrollo del proceso.

3.1.- Toda vez que en el compromiso las partes realizaron directamente la designación de los árbitros, el Centro de Arbitraje y Conciliación procedió a comunicar tal nombramiento.

Los doctores JESUS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS y MARCO TULIO GUITIERREZ MORAD, aceptaron la designación realizada por las partes.

La doctora CONSUELO SARRIA OLCOS no aceptó la designación, razón por la cual el Centro de Arbitraje convocó a reunión de nombramiento de árbitros.

3.2.- Las partes, de común acuerdo, designaron al doctor ALFONSO CLAVIJO GONZALEZ, quien aceptó dicha designación.

3.3.- Mediante auto No. 1 del 10 de abril de 2008 se declaró legalmente instalado el Tribunal Arbitral, se designó como secretaria a la doctora ALEXANDRA QUINTERO FAJARDO, se fijó el lugar de funcionamiento y secretaría del Tribunal, se señalaron las sumas que por concepto de honorarios y gastos de administración debían ser pagados por la parte convocante de conformidad con el pacto arbitral y se reconoció personería a los apoderados de la parte convocante y convocada.

3.4.- La parte convocante, dentro de la oportunidad prevista por el artículo 144 del decreto 1818 de 1998, canceló las sumas decretadas por concepto de honorarios y gastos del Tribunal.

3.5.- El día 8 de mayo de 2008 se realizó audiencia de definición de competencia. En dicha audiencia, luego de la lectura y el análisis del pacto arbitral y de las cuestiones sometidas a decisión arbitral y de referirse a la capacidad de las partes y al trámite inicial del proceso, el Tribunal, mediante auto No. 3³, se declaró competente *"para conocer y resolver en derecho las controversias entre HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A. y el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVIAS"*.

Esta providencia fue notificada en estrados a las partes y contra la misma no se interpuso ningún recurso.

³ Folios 88 a 94 del cuaderno principal.

3.6.- En la misma audiencia, realizada el día 8 de mayo de 2008, mediante auto No. 4⁴, se admitió la demanda arbitral y se ordenó correr traslado de la misma a la convocada por el término de 20 días. El auto admisorio de la demanda fue notificado personalmente en esa misma audiencia al apoderado de la parte convocada.

3.7.- El día 6 de junio de 2008, el apoderado de la parte convocada presentó escrito de contestación de demanda⁵.

3.8.- De las excepciones propuestas por la parte convocada se corrió traslado a la parte convocante por el término de 5 días, el 13 de junio de 2008.

3.9.- El apoderado de la parte convocante, mediante escrito presentado el 20 de junio de 2008 se refirió a las excepciones propuestas por la convocada y aportó, en copia simple, tres documentos.

3.10.- Surtidos los trámites de traslado de la demanda y las excepciones, el Tribunal convocó para la realización de audiencia de conciliación la cual se llevó a cabo el día 4 de julio de 2008. En esta audiencia el apoderado de la parte convocada informó que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de su representada, en reunión del 2 de julio de 2008 decidió no conciliar la presente controversia razón por la cual se declaró agotada y fracasada la audiencia de conciliación.

3.11.- Luego de decretadas y practicadas las pruebas del proceso, el doctor ALFONSO CLAVIJO GONZALEZ presentó renuncia al cargo de árbitro por haber sido nombrado como Notario 31 del Circulo de Bogotá, lo cual fue manifestado mediante comunicación del 15 de octubre de 2008.

⁴ Folios 94 y 95 del cuaderno principal.

⁵ Folios 97 a 127 del cuaderno principal.

El Tribunal mediante auto No. 15 del 27 de octubre de 2008 aceptó la renuncia al cargo y la puso en conocimiento de las partes para el nombramiento de su reemplazo.

Luego de la realización de varias audiencias con dicho propósito y del envío de comunicaciones por parte del Presidente del Tribunal, en desarrollo de la audiencia realizada el día 9 de marzo de 2009 se informó sobre la designación del doctor ANTONIO PABÓN SANTANDER como árbitro. No obstante lo anterior, en esta audiencia se informó que el proceso de designación no había culminado en la medida que estaba en trámite la publicación de la hoja de vida en la página web de la Presidencia de la República.

El 5 de mayo de 2009 se presentó memorial firmado en forma conjunta por las partes en el que se informó sobre la designación del doctor ANTONIO PABÓN SANTANDER y de la culminación del proceso de publicación de su hoja de vida.

3.12.- El 21 de mayo de 2009 se llevó a cabo audiencia de alegatos, en la cual se señaló fecha para la celebración de la audiencia de lectura de laudo arbitral.

4. Las cuestiones litigiosas sometidas a decisión del Tribunal:

4.1. La demanda arbitral:

4.1.1.- Pretensiones:

En la demanda arbitral, la convocante solicita se despachen favorablemente las siguientes pretensiones:

"PRIMERA: Que se reconozca que en la ejecución del Contrato No. 595 de 2004 celebrado entre el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS Y HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A. se presentó un desequilibrio económico en contra de la Sociedad Contratista.

SEGUNDA: Que se declare que el desequilibrio económico del contrato No. 595 de 2004 no ha sido cubierto ni solucionado por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVÍAS.

TERCERA: Que en aras de restablecer el equilibrio económico del contrato 595-2004, se ordene al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS pagar a la firma HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A. por los mayores costos en la compra de materiales la suma de TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE (\$376'831.299)

CUARTA: Que se ordene que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS, reconozca y pague a la firma HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A., por sobrecostos por stand by de personal y equipo, la suma de CUARENTA Y DOS MILLONES DIEZ Y SEIS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA LEGAL (\$42'.016.650.00).

QUINTA: Que se ordene al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS que reconozca y pague a la firma HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A., por sobrecostos originados en la suspensión de la obra por los concretos aparentemente deficientes, la suma de CUARENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA LEGAL (\$45'379.750).

SEXTA: Que se ordene al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por (sic) artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, y se le

condene al pago de intereses comerciales moratorios sobre el monto de la condena desde la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta la fecha en que se realice el pago efectivo, más los intereses moratorios correspondientes de acuerdo con lo establecido en el numeral 8º del artículo 4º de la ley 80 de 1993 y normas reglamentarias.

SEPTIMA: Que se disponga que el Instituto nacional de Vías – INVIAS, pague todos los valores que resulten probados dentro de la reclamación, así como el pago de las costas y gastos que se causen en desarrollo del presente proceso.”

4.1.2. El fundamento de hecho de las pretensiones:

En la demanda, el convocante señala como fundamento de sus pretensiones los hechos que se sintetizan a continuación:

4.1.2.1.- Se indica que el 30 de marzo de 2004, mediante resolución No. 001181, en desarrollo de la licitación No. SRT-001 de 2004, el INVIAS adjudicó a HB ESTRUCTURAS METALICAS el contrato para la construcción del puente El Hormiguero sobre el Río Cauca, entre los Municipios de Puerto Tejada y Santiago de Cali, el cual se suscribió el 13 de julio de 2004, se identificó con el No. 595 de 2004 y se celebró por valor de \$3.668.507.119, para un plazo de ejecución de 9 meses.

4.1.2.2.- Luego de la aprobación de las pólizas, el 2 de agosto de 2004, se impartió la orden de iniciación del contrato de obra, para lo cual se “inició el desplazamiento de equipos, la revisión de los diseños estructurales, compra de materiales, fabricación del estructura del puente, todo esto a la par con la movilización del personal técnico al sitio de ejecución”.

4.1.2.3.- El 1 de septiembre la interventoría autorizó el inicio de la obra una vez verificado el correspondiente replanteo.

4.1.2.4.- El 21 de diciembre de 2004 se suscribió la adición No. 1 al contrato, mediante la cual se amplió el valor en \$378'204.053, *"debido a que, una vez revisadas las cantidades de obra definitivas del proyecto de acuerdo a los diseños entregados, se detecta que deben aumentarse ciertas cantidades de obra como: demolición de pavimento, excavaciones varias sin clasificar, concreto reforzado para zapatas, pilas, vigas, etc., así como ejecutar obras no previstas para la obtención de una óptima transición entre la vía existente y el acceso al puente como muros de contención en la base de los taludes, terraplenes, subbase granular, concreto asfáltico y señalización"*.

4.1.2.5.- El 9 de marzo de 2005 se suscribió la adición No. 2 al contrato mediante la cual se prorrogó el plazo de ejecución hasta el 20 de junio de 2005 *"debido a demoras no imputables al contratista, presentadas en el proceso de importación de láminas que se utilizan en la fabricación del puente, en lo que respecta a vigas de rigidez y arcos del puente"*.

4.1.2.6.- El 26 de abril de 2005 se suscribió la aclaración a la adición No. 1 del contrato No. 595 de 2004, mediante la cual se señaló que sobre el valor del contrato adicional No. 1, se concederá un anticipo en el año 2005.

4.1.2.7.- El 15 de junio de 2005 se suscribió la adición No. 3 al contrato, mediante la cual se prorrogó el plazo de ejecución hasta el 30 de julio de 2005 y se adicionó su valor en la suma de \$473'000.000.

4.1.2.8.- Luego de lo anterior se indica que durante la ejecución del contrato "se presentaron circunstancias no imputables al contratista, que han roto el equilibrio económico y financiero del mismo y, por consiguiente, han originado un perjuicio económico cuantificable, afectando seriamente a la Sociedad HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A. Estas circunstancias se relacionan con una serie de inconvenientes, principalmente, retrasos en el proceso de legalización, firma del contrato y pago del anticipo, demora en la entrega de diseños, mayores costos en materiales y mano de obra, y stand by en la ejecución de la obra".

Precisa que "en consecuencia y como lo ha reconocido expresamente el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS en diferentes comunicaciones y oficios cruzados entre las partes, en especial en las justificaciones que soportaron los contratos adicionales celebrados, durante la ejecución de los trabajos se presentaron hechos imprevisibles, que generaron un desequilibrio económico y financiero del Contrato, por causas no imputables al contratista, colocándolo en un punto de pérdida".

4.1.2.9.- Como causas generadoras del desequilibrio, alude a los "mayores costos por aumento de precios unitarios" los cuales explica en el alza imprevista e imprevisible de los precios nacionales e internacionales del acero estructural y de refuerzo.

Dice que esta variación de precios se presentó entre la elaboración de la oferta y la compra de materiales y que la demora del INVIAS en la firma del contrato y el pago del anticipo le impidieron al contratista comprar y asegurar los precios de la materia prima. Se señala que el contrato se firmó el 13 de julio de 2004, la cuenta del anticipo se presentó el 19 de julio de 2004 y éste se canceló el 12 de agosto del mismo año.

Esta causa la encuentra acreditada en las comunicaciones del 7 de mayo de 2004, 2 de junio de 2004, 9 de junio de 2004 y 6 de agosto de 2004 enviadas por la convocante a INVIAS, en las cuales se advierte cómo la demora en el pago afecta el

valor del acero estructural que ya había aumentado un 25%. Señala que con las órdenes de compra se evidencia que estos valores siempre fueron superiores a los considerados en la licitación.

4.1.2.10.- Otra causa del desequilibrio alegada en la demanda es la "suspensión en los trabajos por concretos aparentemente deficientes".

Se argumenta que el ingeniero interventor residente el 13 de noviembre de 2004 solicitó la suspensión de los trabajos señalando que "el camión concretero llevaba 4 horas desde su cargue, lo cual afectaba la calidad de la construcción. La convocante señala que no se tuvo en cuenta que según estudios técnicos realizados se constató que el concreto utilizado contaba con unos aditivos especiales que conservaban sus propiedades mientras se transportaba e instalaba la obra.

El Interventor señaló que en esas condiciones no permitiría la fundición, pero la misma fue realizada por HB, porque los dos días siguientes eran domingo y festivo y el no trabajar ponía en riesgo la obra.

Posteriormente, el 17 de noviembre de 2004 en acta de comité No. 13 el ingeniero VICTOR CUELLAR del INVIAS manifestó que no recibiría el pilote ni la construcción que sobre éste se eleve hasta que no se demostrara que el pilote cumple con las funciones estructurales; el contratista se comprometió a hacer los estudios correspondientes. El 25 de noviembre el contratista hizo llegar un estudio de la firma HOLCIM COLOMBIA en el cual se señalaba que las resistencias de los concretos cumplían con las normas, luego de lo cual se autorizó la fundición de pilotes pero se impidió la fundición de concretos sobre pilotes donde se localizan las pilas del puente "argumentando que se debe presentar un estudio más detallado para así garantizar que las resistencias obtenidas en el concreto no serán excedidas por las combinaciones de carga a que estará sometida la estructura", con lo cual no se tuvo en cuenta que dichos estudios ya se habían realizado y que se había obtenido una resistencia mayor a la exigida en el contrato. Se indica que en acta de reunión del 18

de enero de 2005 se ratificó que los concretos estaban cumpliendo con las debidas resistencias.

Se señala en la demanda que la anterior situación generó demoras en el proyecto que ocasionó un costo adicional por mayor permanencia en obra y stand by de la maquinaria.

4.1.2.11.- Finalmente argumenta que la demora "en la suscripción y legalización del Contrato por parte del INVIAS" y "la tardanza en la entrega oficial del proyecto en lo referente a planos y memorias del diseñador", afectaron el normal desarrollo del proyecto y desembocaron en demoras en el desarrollo del mismo.

4.1.2.12.- El convocante fundamenta sus pretensiones en lo dispuesto por los numerales 3, 8 y 9 del artículo 4º y en el artículo 5º de la ley 80 de 1993 y en jurisprudencia del Consejo de Estado que desarrolla el derecho de los contratistas a obtener el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos a punto de no pérdida.

4.2. La contestación de la demanda:

La convocada contestó en término la demanda, se opuso a la totalidad de las pretensiones, se refirió a cada uno de los hechos aceptando algunos, indicando que otros no eran ciertos y precisando y ateniéndose a lo que se llegara a probar en el proceso en relación con otros.

Se sintetizan las razones de defensa de la convocada así:

4.2.1.- Se opone a las pretensiones de la demanda indicando que el INVIAS cumplió la totalidad de sus compromisos y que "por el contrario la falta de organización, planeación y previsión por parte del contratista fueron las circunstancias que pudieron incidir negativamente es su estructuración de costos; que no pueden imputársele a la entidad pública".

4.2.2.- En relación con los hechos de la demanda precisa que el plazo del contrato finalizó el 30 de julio de 2005, que las adiciones en valor y las prórrogas se tramitaron a solicitud del contratista y que el citado contrato fue liquidado unilateralmente.

Al dar respuesta a los hechos, hace referencia a las comunicaciones del Contratista que motivaron la suscripción de los contratos adicionales; señala que el día 1 de noviembre de 2005 se suscribió acta de recibo definitivo de obra "sin que se hubiese consignado ninguna salvedad o reclamación relacionada con el presunto desequilibrio económico del contrato" y que el 9 de mayo de 2006 se celebró audiencia de conciliación extrajudicial con fundamento en los mismos hechos que fundamentan la demanda arbitral en la que se resolvió no conciliar.

Señala igualmente que luego de intentarse la liquidación bilateral del contrato, la cual no fue aceptada por el contratista por no incluir el valor reclamado por concepto del desequilibrio económico, el Subdirector de la Red Terciaria y Férrea del INVIAS a través de la Resolución No. 004982 del 23 de agosto de 2006 "liquidó unilateralmente el contrato", acto administrativo frente al cual ni HB ESTRUCTURAS METÁLICAS, ni la compañía SEGUROS DEL ESTADO interpuso recurso de reposición.

En relación con la orden de iniciación de las obras señala que la Contratista "debió prever y programar el suministro oportuno de insumos y materiales para cumplir con el objeto contratado; máxime cuando era conocedor del proceso previo que debía surtir para importar la lámina que utilizaría en la fabricación del puente".

En relación con la orden de autorización del inicio de la obra por parte de la Interventoría, señala que esta orden se dio luego de verificado el "replanteo topográfico" efectuado por el contratista.

4.2.3.- En relación con los "mayores costos por aumento en los precios unitarios" señala que el contrato objeto de la controversia sería celebrado inicialmente entre el contratista y la Corporación Andina de Fomento CAF, pero que en virtud de la sentencia C- 249 de 2004, debió ser celebrado directamente por el INVIAS, no obstante lo cual la demandante, desde la notificación del acto de adjudicación debió iniciar la negociación del acero estructural para asegurar los precios "mas aún teniendo en cuenta que dicho material venía subiendo por la demanda del mercado ASIA, situación que era del pleno conocimiento por parte del contratista". Precisa en relación con este punto que el cumplimiento de las obligaciones contractuales no estaban supeditadas a la entrega del anticipo.

Señala que no puede ser de recibo una reclamación por concepto de acero de refuerzo pues esta actividad fue ejecutada por el subcontratista, Unión Temporal Cardozo y Torres, a precios unitarios fijos sin fórmula de ajuste.

Señala así mismo que no acepta la reclamación por concepto de acero estructural toda vez que si se presentó un aumento de precio este debió ser cubierto por el "porcentaje de imprevistos en el AIU".

Finalmente indica que "revisado el cálculo que el contratista presenta con relación al costo tanto del acero estructural ASTM 588 como del acero de refuerzo grado 60, al considerar el costo del material incrementado en el porcentaje AIU (Administración, Imprevistos y Utilidades) de la propuesta (25%, y sobre ese total aplica un 20% de incremento, procedimiento de cálculo que es incorrecto, que en gracia de discusión,

sólo debía aplicarse a la materia prima (acero), como consecuencia del incremento solo del valor del material. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la firma HB Estructuras Metálicas, aparte de considerar el 7% de imprevistos, presentó su Oferta \$81 millones de pesos por debajo del presupuesto oficial, lo que permite entender porque el contratista pretende compensar dicho valor con la reclamación pretendida"

4.2.4.- En relación con la reclamación de "sobrecostos originados en la suspensión de obra por concretos aparentemente deficientes" señala que "se trata de una situación que el propio contratista provocó por falta de una debida planeación del suministro del concreto a la obra, ya que no se ordenó la suspensión total de la obra, pues dicha suspensión se limitó a los sitios cuestionados por la resistencia del concreto. En relación con las demás actividades se presentaba un avance del 60%. Durante este periodo se presentaron las actas de obra No. 4 y 5.

Ahora bien se indica que la actuación de la interventoría para ordenar la suspensión se basó en la norma 630.4.6 del Manual de Especificaciones Técnicas del INVIAS. La suspensión de la fundición se basó en los malos resultados de los ensayos de resistencia realizados. Precisa que los estudios hechos en el laboratorio de Holcim de Colombia dieron algunos resultados por debajo de la resistencia requerida. Como soporte de las actuaciones de la interventoría cita el memorando TVAL-0282 del 6 de marzo de 2006, suscrito por el Ingeniero Víctor Alfonso Cuellar Ávila.

4.2.5.- Sobre el stand by de personal y equipo al inicio del contrato, señala que no es cierto que desde el 2 de agosto de 2004 se haya dado inicio al desplazamiento del contratista, pues según oficio COM - CP - 580-004 la movilización se inició el 18 de agosto de 2004 y el 23 de agosto de 2004 iniciaron actividades de prelocalización del puente.

Señala que los planos y estudios fueron puestos a disposición del contratista desde el inicio de la licitación y que el contratista los consultó desde esa época y que era

40

obligación del mismo revisar estos documentos y localizar las obras. Que el contratista programó y ejecutó en el primer mes la obra que tenía prevista en su cronograma.

4.2.6.- Como razones de defensa luego de hacer referencia a las causas por las cuales puede verse afectado el equilibrio económico del contrato durante su ejecución (actos o hechos de la entidad contratante, actos o hechos de la administración en general - hecho del príncipe y factores exógenos a las partes del negocio) y de reiterar su oposición a las causas de desequilibrio indicadas en la demanda, señala que el desequilibrio contractual impetrado en la demanda no está sustentado en ninguna de las causales establecidas para la ocurrencia de la mencionada figura.

4.2.7. Propone como excepciones las de i) cobro de lo no debido y cumplimiento de las obligaciones a cargo del INVIAS; ii) contrato liquidado unilateralmente a través de acto administrativo que goza de presunción de legalidad; y iii) finalmente solicita declarar las excepciones que resulten probadas dentro del proceso dando aplicación a los artículos 306 del C.P.C. y 164 del C.C.A

5. Las pruebas decretadas y practicadas en el proceso:

En la audiencia realizada el 4 de julio de 2008, mediante auto No. 7⁶, se decretaron la totalidad de las pruebas solicitadas por la convocante y convocada.

5.1.- Por solicitud de la convocante se tuvieron como tales las documentales aportadas con la demanda arbitral y en el escrito de traslado de las excepciones de mérito y se decretó el testimonio del señor Joaquín Ovidio Valencia.

El testimonio del señor Valencia fue practicado en audiencia realizada el día 11 de agosto de 2008⁷.

⁶ Folios 157 al 159 del cuaderno principal.

5.2.- Por solicitud de la convocada se tuvieron como tales las documentales aportadas con la contestación de demanda y se decretó el testimonio del señor Víctor Alfonso Cuellar Ávila.

El testimonio del señor Cuellar fue practicado en audiencia realizada el día 11 de agosto de 2008⁸.

5.3.- Por solicitud conjunta de las partes se decretaron los testimonios de los señores Gustavo Adolfo Garcés Valencia y Víctor Eduardo Carrillo Ortiz.

El testimonio del señor Garcés fue practicado en audiencia realizada el día 11 de agosto de 2008⁹. En la misma fecha fue practicado el testimonio del señor Carrillo¹⁰.

5.4.- Así mismo, por solicitud conjunta de las partes, se decretó un dictamen pericial por parte de un Ingeniero Civil, con el objeto indicado por el convocante en el memorial presentado el 28 de julio de 2008. Esta prueba fue decretada mediante auto No. 10 del 11 de agosto de 2008¹¹.

Para la rendición del dictamen el Tribunal designó al perito Jorge Torres Lozano, el experticio fue rendido el 23 de septiembre de 2008¹² y del mismo se corrió traslado a las partes.

⁷ Folio 193 del cuaderno principal. La transcripción obra a folios 199 a 206.

⁸ Folio 194 del cuaderno principal. La transcripción obra a folios 207 a 213.

⁹ Folio 195 del cuaderno principal. La transcripción obra a folios 214 a 218.

¹⁰ Folio 196 del cuaderno principal. La transcripción obra a folios 219 a 223.

¹¹ Folio 192 del cuaderno principal.

¹² Folios 242 a 247 del cuaderno principal.

En el término de traslado el INVIAS lo objetó por error grave y el convocante solicitó su complementación para que fuera establecida la fórmula de actualización de la cuantía y la tasación de intereses hasta la fecha del laudo.

La complementación fue ordenada mediante auto del 30 de septiembre de 2008 y rendida el día 1 de octubre del mismo año.¹³

Respecto de la complementación, la parte convocada presentó objeción por error grave.

De las objeciones al dictamen pericial y a la complementación al mismo se corrió traslado a la parte convocante mediante fijación en lista, término dentro del cual guardó silencio.

6. Las alegaciones de las partes.

El día 21 de mayo de 2009 se realizó audiencia de alegaciones en la cual las partes hicieron una exposición de sus alegatos de conclusión y presentaron escritos que los contienen y que se sintetizan a continuación.

6.1. Alegaciones de la parte convocante:

En el alegato de conclusión se reiteran los hechos y las pretensiones de la demanda. Se reitera igualmente lo dicho respecto de las causas generadoras del desequilibrio para lo cual hace referencia a los mayores costos por aumento de los precios del

¹³ Folio 268 del cuaderno principal.

acero estructural y de refuerzo, a la demora en la entrega de los diseños definitivos del puente, la demora en la entrega del anticipo, la suspensión de las obras por concretos aparentemente deficientes lo cual generó sobrecostos en la adquisición del acero estructural y de refuerzo, sobrecostos por stand by de personal y equipo y perjuicios por la suspensión de los trabajos por la orden injustificada de la interventoría y del INVIAS.

Señala que el dictamen pericial practicado en el proceso y la prueba documental prueban el desequilibrio económico del contrato.

6.2. Alegaciones de la convocada:

La parte convocada en sus alegatos de conclusión reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda; señala que con los testimonios están demostradas las razones de defensa expuestas en la contestación, cuestiona el dictamen pericial rendido en el proceso y ratifica las excepciones propuestas.

6.3. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Judicial Administrativo en la audiencia de alegatos solicitó se concediera traslado especial para presentar concepto, petición a la cual accedió el Tribunal.

El día 3 de junio de 2009 el Procurador presentó concepto en el cual solicita **absolver de las pretensiones a la parte convocada** y señala, en síntesis:

6.3.1.- Que el Tribunal de Arbitramento es competente para pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda toda vez que en éstas no se solicita pronunciamiento alguno respecto del acto de liquidación del contrato. Apoya lo dicho en la sentencia SU- 174 de 2007. Se precisa que la demanda tiene por objeto obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato lo cual no implica un estudio sobre la legalidad de la liquidación realizada por la administración.

Por lo dicho y porque contra el auto de competencia proferido el 8 de mayo de 2008 no se interpuso recurso alguno, se considera que la excepción de falta de competencia no está llamada a prosperar.

6.3.2.- Considera que la reclamación por concepto de retrasos en el inicio de las obras está llamada al fracaso toda vez que no encontró probado que desde el 2 de agosto de 2004 el demandante tuviera todo dispuesto para el inicio de la ejecución del contrato.

6.3.3.- En relación con la reclamación por suspensión del contrato por los concretos aparentemente deficientes, señala que tampoco encuentra procedente el reclamo pues lo que se presentó fue una desavenencia respecto de la construcción de uno de los pilotes, circunstancia que no suspendió la obra y que era función de la interventoría verificar la calidad de la construcción.

6.3.4.- En relación con los mayores costos originados en el aumento de los precios unitarios (acero estructural y de refuerzo) señala que el contratista fundamenta esta reclamación en la teoría de la imprevisión y que en este caso no se dan los presupuestos de esta teoría, en especial *"la existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato"*, *"pues la convocante manifiesta la variación de los precios se ha dado a partir de la preparación de la oferta hasta el mes de julio, mes en el cual se suscribió el contrato,*

razón por la cual, esta Agencia del Ministerio Público, solicita que no se acceda a las pretensiones de la entidad convocante"

7. El término de duración del proceso

En el compromiso que dio lugar al presente proceso se señaló que el "*Tribunal de Arbitramento sesionará por el término de seis (6) meses, contados a partir de la instalación del mismo, tiempo en el cual proferirán el Laudo Arbitral correspondiente*".

La audiencia de instalación del Tribunal se llevó a cabo el día 10 de abril de 2008, según acta No. 1, por lo cual el término inicial del Tribunal vencía el 10 de octubre de 2008.

El Tribunal, con fundamento en lo dispuesto por el reglamento de procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante autos No. 13, del 15 de septiembre de 2008 y 17 del 9 de diciembre de 2008, amplió el término del Tribunal hasta el 10 de diciembre de 2008 y el 10 de marzo de 2009, respectivamente.

Toda vez que el trámite del Tribunal se vio afectado por la renuncia del doctor ALFONSO CLAVIJO GONZALEZ como árbitro, las partes de común acuerdo resolvieron modificar el compromiso mediante la suscripción de un otrosí¹⁴, en los siguientes términos:

"Ampliar el término de duración del Tribunal de Arbitramento, previsto en la cláusula Cuarta del Compromiso, en el término de seis (6) meses, contado a

¹⁴ Folios 307 y 308 del cuaderno principal.

partir del vencimiento de la última prórroga decretada, esto es, a partir del 10 de marzo de 2009"

Lo cual quiere significar que, con fundamento en el compromiso suscrito por las partes, el Tribunal tiene término para fallar hasta el 10 de septiembre de 2009.

CAPITULO II

CONSIDERACIONES

El estudio de la controversia sometida a decisión del Tribunal, será realizado en el siguiente orden:

- En una primera parte se abordará el tema relativo a la competencia del Tribunal de Arbitramento para pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda, en atención a que la parte convocada ha propuesto la excepción de *"contrato liquidado unilateralmente a través de acto administrativo ejecutoriado que goza de presunción de legalidad"* en la que propone, en últimas, una falta de competencia de este Tribunal.
- En una segunda parte el Tribunal resolverá las pretensiones de la demanda, refiriéndose a cada uno de los aspectos aducidos como causa del desequilibrio del contrato.
- Luego de lo anterior, el Tribunal se referirá a las demás excepciones propuestas por la convocada, a la objeción al dictamen pericial y su complementación y a las costas del proceso.

I.- LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE COMPETENCIA

1.- La convocada propuso como excepción de mérito la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento derivada de que el contrato fue liquidado unilateralmente por la administración *"a través de acto administrativo ejecutoriado que goza de presunción de legalidad"*.

Señala que el acto de liquidación del contrato es proferido por las entidades estatales *"en uso de sus prerrogativas o facultades excepcionales <<exorbitantes>>"*.

Fundamenta dicha excepción en los siguientes términos:

"Así las cosas, al estar liquidado unilateralmente el contrato No. 595 de 2004 mediante Acto Administrativo ejecutoriado, surge una imposibilidad legal para que el Tribunal de Arbitramento se pronuncie frente a cualquier reconocimiento a favor del contratista; ya que como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia al analizar la validez de los actos que dicta la administración, estos no pueden quedar librados a la decisión de árbitros, por lo que la facultad de actuar de acuerdo con la naturaleza misma del arbitramento y las prescripciones legales sobre la materia, está limitada a aquellos asuntos de carácter transigible. Máxime que el contrato de compromiso celebrado por las partes se suscribió el 13 de octubre de 2006, cuatro (4) meses después de quedar ejecutoriada la Resolución que liquidó unilateralmente el contrato materia de litigio.

"En este orden de ideas, las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos, como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, al respecto la Corte concluyó <<... que si dentro de la competencia de los árbitros no queda comprendida, ni puede quedar en ningún caso, competencia para la suspensión provisional de los efectos de actos administrativos, con mucha mayor razón queda excluida tal competencia para decidir sobre la legalidad de tales actos, pues, en guarda de la lógica jurídica, ha de reiterarse que quien no puede lo menos, jamás podrá lo más>>"

2.- A juicio del Tribunal, y a pesar de haberse efectuado ya un pronunciamiento sobre la competencia, en el curso de la primera audiencia de trámite, ésta excepción no está llamada a prosperar, por los motivos que se señalan a continuación.

3.- En primer término, se debe advertir que en los procesos arbitrales la definición de la competencia se decide en una providencia especial, proferida en virtud de lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del artículo 147 del decreto 1818 de 1998 (artículo 124 de la ley 446 de 1998), en la cual se analiza el alcance del pacto arbitral, la capacidad de las partes y la naturaleza de la controversia sometida a su decisión.

En este proceso, tal como dan cuenta los antecedentes, se profirió esta decisión el 8 de mayo de 2008, en la cual el Tribunal se declaró competente. Las partes no presentaron objeción o recurso alguno contra la decisión de competencia del Tribunal.

4.- Ahora bien, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000, declaró la constitucionalidad condicionada de los artículos 71 y 72 de la ley 80 de 1993, que consagran el arbitramento para los contratos estatales, *"bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, **no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales"***¹⁵

5.- La liquidación unilateral de los contratos estatales, prevista por el artículo 61 de la ley 80 de 1993, hoy sustituido por el artículo 11 de la ley 1150 de 2007, es una facultad de la entidad que se ejerce en el caso de que no sea posible la liquidación de común acuerdo del contrato.

La liquidación del contrato, bien sea bilateral o unilateral, no contiene aspectos que no sean susceptibles de transacción. Por el contrario, su contenido es por esencia transigible, lo cual está previsto expresamente por la ley cuando señala que en la liquidación bilateral *"constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo"*¹⁶.

6- Por lo expuesto, para el Tribunal, el acto de liquidación unilateral del contrato no se encuentra comprendido dentro de la limitación a la competencia de los árbitros, prevista por la sentencia C- 1436 de 2000, toda vez que su contenido patrimonial es, por esencia, susceptible de transacción.

¹⁵ Sentencia C-1436/00.

¹⁶ Inciso tercero del artículo 60 de la ley 80 de 1993.

7.- Ahora bien, en este caso concreto, tal como lo señala el señor Agente del Ministerio Público, en este asunto no se ha solicitado un pronunciamiento del Tribunal sobre la validez de ningún acto administrativo. Las pretensiones de la demanda no contienen solicitud alguna de declaratoria de nulidad de ningún acto administrativo.

En efecto, en la demanda se pretende la declaratoria de que en ejecución del contrato se presentó un desequilibrio económico, por circunstancias ajenas al contratista.

8.- En el expediente obra copia auténtica de la resolución No. 4982 del 23 de agosto de 2006, por medio de la cual el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS liquidó unilateralmente el contrato No. 595 de 2004¹⁷, en la cual no se hace ningún pronunciamiento sobre solicitud del contratista de reconocimiento de mayor valor por sobrecostos o por desequilibrio del contrato. En dicho acto administrativo simplemente se realiza un balance general de la ejecución del contrato con saldo cero para las partes.

9.- En este punto se debe precisar que por acto administrativo se entiende toda *"manifestación unilateral de voluntad de quienes ejercen funciones administrativas, tendientes a la producción de efectos jurídicos"*¹⁸ y que en nuestro ordenamiento no existen actos administrativos implícitos distintos de los derivados del silencio administrativo, razón por la cual no puede afirmarse que porque el acto de liquidación del contrato contenga un corte de cuentas o balance final sobre la ejecución del contrato, deba entenderse que con él quedaron zanjadas y definidas todas las pretensiones económicas que puedan surgir de su ejecución, respecto de las cuales no existe un pronunciamiento expreso en dicho acto.

¹⁷ Folio 280 del cuaderno de pruebas.

¹⁸ Jaime Orlando Santofimio, Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo, Procedimiento, Eficacia y Validez.

412

10.- En el acto administrativo de liquidación del contrato proferido en el presente asunto no se realizó ninguna manifestación expresa sobre el presunto restablecimiento del equilibrio económico del contrato reclamado por el contratista, razón por la cual no puede afirmarse que la existencia de tal acto implique la imposibilidad de pronunciamiento del Tribunal de Arbitramento sobre las pretensiones de la demanda.

11.- La jurisprudencia hoy, en forma unánime, admite que las pretensiones de contenido económico, entre ellas las relacionadas con la declaración de desequilibrio económico de un contrato estatal, puedan ser conocidas por un Tribunal de Arbitramento, independientemente de que el contrato haya sido liquidado por la entidad estatal en forma unilateral.

El Consejo de Estado sobre el particular ha señalado:

"...tampoco son admisibles las imputaciones formuladas por el recurrente contra el laudo arbitral al señalar que el Tribunal al pronunciarse sobre las pretensiones atinentes al restablecimiento económico del contrato, desconoció la presunción de legalidad del acto administrativo de liquidación del contrato, toda vez que como se señaló atrás el tema del restablecimiento económico no es un asunto que corresponda a la Administración decidir en forma unilateral o dicho de otro modo no es manifestación de una de sus competencias administrativas entonces en el evento en el que en el acto de liquidación, la Administración decida en el sentido de reconocer o negar el restablecimiento de la ecuación económica del contrato, por ello tal decisión particular no adquiere el carácter de acto administrativo, ya que como se vio atrás tal competencia esta deferida a las partes y comporta por tanto el ejercicio de una facultad que podrían tomar también los particulares en desarrollo de sus facultades negociales.

418

*"Finalmente la Sala en cuanto a ese punto se remite a algunos pronunciamientos efectuados con anterioridad por esta Corporación, al decidir el recurso extraordinario de anulación, en los que se distinguió entre el ejercicio de la potestad pública por parte de la Administración mediante la adopción de actos administrativos del ejercicio de otras potestades asimilables a las de los particulares, que si bien aparentemente podían cobijarse bajo la apariencia de éstos, resultaban ser el desarrollo de poderes dispositivos ordinarios."*¹⁹

12.- La Corte Constitucional en la sentencia SU-174/07, en la cual se unificó la jurisprudencia de esa Corporación sobre el particular y se decidió una tutela interpuesta contra la decisión del Consejo de Estado que se cita en el numeral precedente, concluyó que el Tribunal de Arbitramento sí tenía competencia para resolver un conflicto en el cual el contratista solicitó el reconocimiento de una suma por concepto de restablecimiento del equilibrio económico, pese a la existencia del acto de liquidación unilateral.

*"De la revisión de las fuentes de la competencia del Tribunal de Arbitramento y de la forma como ésta fue definida por el propio Tribunal, la Corte Constitucional constata (i) **que la competencia del Tribunal de Arbitramento convocado versaba sobre controversias económicas**, suscitadas entre las partes del contrato GM-95-04-017, con ocasión del mismo, (ii) **que CISA no formuló ninguna pretensión en la demanda arbitral referente al juzgamiento de la validez de un acto administrativo**; las pretensiones planteadas por CISA en la demanda versaban esencialmente sobre controversias económicas existentes entre las partes del referido contrato de concesión y con ocasión del mismo (algunas de las pretensiones se referían a declarar la ocurrencia o no*

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del once (11) de marzo de dos mil cuatro (2004); Radicación número: 11001032600020030002201. Ponente, Dra. María Elena Giraldo G.

419

de unos hechos y otras consistían en cuantificar el monto de algunas deudas, pendientes de pago, existentes entre el Departamento del Valle del Cauca y esta sociedad), (iii) **que el Tribunal de Arbitramento no se declaró competente para pronunciarse sobre un acto administrativo de manera directa ni en forma indirecta como consecuencia de las controversias económicas sometidas a su conocimiento y (iv) que el Tribunal de Arbitramento interpretó las pretensiones de la demanda como cuestiones exclusivamente económicas que no implican efectuar un análisis de la legalidad de ningún acto administrativo....**

"De igual manera, el Tribunal de Arbitramento convocado, al resolver la referida controversia económica, no juzgó la validez de un acto administrativo. El Tribunal se limitó a constatar unos hechos y a cuantificar una deuda pendiente entre las partes, la cual, cabe recordar, el deudor reconoce que existe, pero manifiesta que no es del monto que alega el contratista.

"El Tribunal no emitió ningún juicio respecto de la validez del acto administrativo de liquidación unilateral de este contrato, ni de la normatividad invocada por la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca al proferirlo..."²⁰

13.- La anterior posición jurisprudencial resulta totalmente aplicable al presente asunto, en la medida que:

a.- En la demanda no se pidió la *nulidad* del acto administrativo de liquidación, ni se le solicitó al Tribunal que se pronunciara sobre su *validez*.

²⁰ Sentencia SU-174/07

42

b.- La convocante se ha limitado a plantear un conflicto *económico* que puede ser resuelto sin que se afecte la *validez* del acto de liquidación.

14.- Finalmente se debe resaltar que, en el presente asunto, el compromiso que dio lugar al proceso arbitral fue suscrito luego de que fuera proferido el acto de liquidación del contrato. Esta circunstancia, en vez de generar la falta de competencia del Tribunal, ratifica el hecho de que la pretensión de desequilibrio económico invocada por el Contratista no quedó resuelta en el acto de liquidación y que la decisión de las partes ha sido que esa controversia y toda aquella relacionada con la ejecución del contrato fuera decidida por un Tribunal de Arbitramento.

15.- Por las razones anotadas, el Tribunal considera que la excepción de falta de competencia por la existencia de un acto unilateral del contrato no está llamada a prosperar y así habrá de declararlo en la parte resolutive de esta providencia.

II.- LA DECISIÓN SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Establecido como ha quedado que el Tribunal es competente para conocer de esta controversia, se procede a continuación a abordar el estudio de fondo, para lo cual se analizará cada una de las pretensiones de la demanda.

SOBRE LA PRETENSIÓN RELATIVA AL PAGO DE MAYORES COSTOS EN LA COMPRA DE MATERIALES

Solicita el convocante lo siguiente:

"Que en aras de restablecer el equilibrio económico del contrato 595-2004, se ordene al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS pagar a la firma HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A. por los mayores costos en la compra de materiales la suma de TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE (\$376'831.299)"

Fundamenta esa solicitud el convocante, en un alza imprevista e imprevisible de los precios nacionales e internacionales del acero estructural y de refuerzo, la cual se presentó entre la elaboración de la oferta y la compra de materiales, y que como consecuencia del retraso de INVIAS en la firma del contrato y en el pago del anticipo, le impidieron al contratista comprar y asegurar los precios de la materia prima.

Observa el Tribunal que el alegado desequilibrio lo sustenta el convocante en dos causas concurrentes a saber, (i) la variación de precios del acero y, (ii) el retraso de INVIAS en la legalización del contrato. Corresponde entonces analizar si efectivamente hubo un desequilibrio del contrato y si las causas alegadas fueron las generadoras del alegado desequilibrio.

El desequilibrio

Resulta innegable que en todo proceso en el cual se reclame el restablecimiento del equilibrio contractual, el primer requisito a probar son los hechos que determinan dicho rompimiento de ese equilibrio.

En el presente caso se observa en primer término, que las partes han discutido la existencia de un incremento en los precios del acero, pero en ningún momento acreditó la parte convocante haya incurrido en un mayor desembolso por ese factor,

lo cual hubiera significado en su patrimonio una afectación y habría determinado la existencia real de la ruptura de la ecuación financiera del contrato.

En cambio, sí está probado que la adquisición del acero estructural y de refuerzo para la ejecución de la obra fue realizado por la Unión Temporal Cardozo y Torres como subcontratista y no por el convocante y que a dicha Unión Temporal el Contratista reconoció como precios unitarios unos valores inferiores a los pagados por el INVIAS como consecuencia de la ejecución del contrato.

En efecto:

a.- En comunicación del 8 de septiembre de 2004²¹, el Contratista informó al director de Interventoría que se había subcontratado con la firma UNIÓN TEMPORAL CARDOZO & TORRES la construcción de las obras civiles y de montaje de la subestructura, superestructura y vías de acceso del puente. Este subcontrato fue aprobado mediante comunicación 30917 del 21 de septiembre de 2004²² por parte de la Subdirectora de la red Terciaria y Férrea del INVIAS.

b.- En el subcontrato suscrito entre HB ESTRUCTURAS METÁLICAS y la UNIÓN TEMPORAL CARDOZO & TORRES se incluyó la construcción de la infraestructura y la superestructura para lo cual la Unión Temporal debió suministrar el acero de refuerzo y el acero estructural, a los precios señalados en el documento que obra a folio 315 del expediente y que constituye un anexo del contrato suscrito entre estos.

²¹ Folio 304 del cuaderno de pruebas.

²² Folio 307 del cuaderno de pruebas.

c.- Si se comparan los precios unitarios que el contratista reconoció al subcontratista (Unión Temporal Cardozo y Torres)²³ y los precios que fueron reconocidos en el acta de recibo definitivo de obra ²⁴, se observa que son mayores los precios reconocidos por el INVIAS que los pagados por el Contratista a la Unión Temporal Cardozo y Torres, por lo que no se observa prueba alguna de que el contratista haya pagado un mayor valor por estos conceptos.

Concepto	Precio unitario UT Cardozo y Torres	Precio acta de recibo definitivo de obra INVIAS
Construcción Infraestructura		
ACERO DE REFUERZO GRADO 60	\$1.870 (KG)	\$2.150 (KG)
Construcción Superestructura		
ACERO DE REFUERZO GRADO 60	\$1.874 (KG)	\$2.155 (KG)
ACERO ESTRUCTURAL A 588 GRADO B	\$800 (KG)	\$5.625 (KG)

d.- Así mismo en las pruebas aportadas por la parte demandante se observan una serie de facturas de compra del acero a nombre de Unión Temporal Cardozo Torres y

²³ Folio 315 del cuaderno de pruebas.

²⁴ Folio 330 del cuaderno de pruebas.

424

no se observa ningún documento que pruebe la adquisición de acero por parte de HB ESTRUCTURAS METALICAS.

e.- A folio 337 del cuaderno de pruebas obra copia de la comunicación enviada el 16 de diciembre de 2005 por el representante legal de la Unión Temporal Cardozo y Torres al INVIAS en la cual se hace referencia a los mayores costos incurridos por esa Unión en la ejecución de los trabajos ofertados, entre otras razones por el incremento del acero, que se cuantifica en \$121'898.800. En esta comunicación se plantea la realización de un *cruce de cuentas* entre HB ESTRUCTURAS METALICAS y la Unión Temporal.

f.- En el dictamen pericial practicado en el proceso no se demostró que la diferencia de precio en el acero estructural y de refuerzo hubiese causado un perjuicio al contratista o, en términos de su reclamación, una pérdida. El dictamen pericial se limitó a realizar un análisis de la variación de precios del acero estructural y de refuerzo y a cuantificar la diferencia de precios sin examinar si esta diferencia causó un detrimento patrimonial al contratista en la ejecución del contrato.

Visto lo anterior, resulta claro que no allegó la parte actora al expediente prueba alguna de que hubiese tenido que efectuar mayores desembolsos a su subcontratista ni mucho menos que estos le hubiesen podido generar una pérdida por concepto de ese ítem.

Al respecto es muy ilustrativa la posición del Consejo de Estado en sentencia de 7 de marzo de 2002 proferida dentro del expediente 1998-0340, con ponencia del doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez en la que se señala:

425

"La Sala ha precisado, que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato podrá proceder por dicha causa, si se afecta la ecuación financiera "en forma anormal o extraordinaria en detrimento del contratista", haciendo más onerosa la ejecución del correspondiente contrato.

(..)

"no resulta evidente, por lo menos en este momento procesal, que el mencionado incremento afectó de manera importante, anormal, la utilidad esperada por el contratista con la ejecución del contrato, o mejor aún, que repercutió en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales al punto de ocasionarle un detrimento patrimonial que no está en la obligación de soportar. El desequilibrio anormal en la ecuación financiera del contrato no aparece evidente en este caso."

Y en sentencia de 29 de mayo de 2003 proferida dentro del expediente 14.577 con ponencia del doctor Ricardo Hoyos Duque, indicó:

"El equilibrio financiero del contrato no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión "ecuación financiera".

"Es solamente la relación aproximada, el "equivalente honrado", según la expresión del comisario de gobierno León Blum²⁵, entre cargas y ventajas que el cocontratante ha tomado en consideración; "como un cálculo", al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar.

²⁵ Consejo de Estado francés, sentencia de 11 de marzo de 1910. Cie française des tramways.

426

"Es sólo cuando ese balance razonable se rompe que resulta equitativo restablecerlo porque había sido tomado en consideración como un elemento determinante del contrato."²⁶

(..)

*En cuanto a la alteración de la economía del contrato, es de la esencia de la imprevisión que la misma sea extraordinaria y anormal: "supone que las consecuencias de la circunstancia imprevista excedan, en importancia, todo lo que las partes contratantes han podido razonablemente prever. Es preciso que existan cargas excepcionales, imprevisibles, que alteren la economía del contrato. El límite extremo de los aumentos que las partes habían podido prever (...). Lo primero que debe hacer el contratante es, pues, probar que se halla en déficit, que sufre una pérdida verdadera. Al emplear la terminología corriente, la ganancia que falta, la falta de ganancia, el *lucrum cessans*, nunca se toma en consideración. Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida. Por tanto, lo que se deja de ganar no es nunca un álea extraordinario; es siempre un álea normal que debe permanecer a cargo del contratante"*²⁷ (Subraya la Sala)

²⁶ André DE LAUBADERE, Franck MODERNE et Pierre DELVOLVÉ. *Traité des Contrats Administratifs*. Paris, L.G.D.J., 1983. 2^o edic. Tomo 1, num 718, p. 717.

²⁷ GASTÓN JEZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Editorial de Palma, 1950; tomo V, pp. 51, 53 y 54.

La teoría de la imprevisión y las diferentes circunstancias que pueden causar ruptura del equilibrio del contrato, fueron objeto de examen por esta Sala en la sentencia del 20 de septiembre de 1979, Exp. 2742 (actor: Francia Alegría de Jacobus). La demandante solicitaba la suspensión, restitución y pago de perjuicios en un contrato de arrendamiento de un inmueble de su propiedad, destinado al funcionamiento de oficinas y archivo públicos, por incumplimiento en el pago del cánón de arrendamiento y la aplicación del principio de la imprevisión por haberse roto el equilibrio financiero del contrato en virtud del cambio de circunstancias económicas que hacían imperiosa la modificación de sus condiciones iniciales. La Sala negó las pretensiones de la demanda y consideró que "resulta claro que la teoría de la imprevisión es admisible cuando la ecuación financiera del contrato de tracto sucesivo o ejecución diferida sufre "enorme alteración" por hechos sobrevinientes durante la ejecución y que no eran previsibles en el momento de la celebración".

227

(..)

Debe pues el contratista soportar un álea normal y si éste es anormal habrá de demostrarlo²⁸; no basta simplemente afirmarlo y para ello deberá asumir la carga de la prueba consistente fundamentalmente en acreditar los riesgos que se hicieron efectivos y los sobre costos asumidos y cuantificarlos frente al valor del contrato, incluidas las sumas que haya presupuestado en el factor imprevistos; es decir, demostrar la realidad económica del contrato que deba conducir a la entidad pública contratante a asumir el deber de restablecer el equilibrio financiero del mismo.

(..)

La simple manifestación del demandante de que "no se trata de que su utilidad haya disminuido en el 5% sino de que su utilidad se disminuye en la cuantía que significa el 5% del valor del contrato, lo cual se traduce en una reducción muy grande de la utilidad pactada en el contrato"(sic) (fl. 139 C.2), no es suficiente para demostrar ni concretar un perjuicio, ya que éste debió ser el punto de atención de la prueba pericial. En otras palabras, debieron los peritos calcular la incidencia que tuvo la nueva contribución en los contratos adicionales frente al valor total de la utilidad esperada en el contrato.

Era necesario, pues, que ese acontecimiento imprevisto hiciera excepcionalmente onerosa la ejecución del contrato, provocando una pérdida que excediera el álea normal y previsible. La doctrina, como ya se dijo, coincide en señalar que para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, sea que se invoque la teoría del

²⁸ Como quiera que el punto crítico es deslindar el terreno de lo normal y de lo anormal, MARIENHOFF señala que "álea "extraordinaria o "anormal" es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato. Las variaciones de precios que provengan de fluctuaciones económicas corrientes, constituyen áleas ordinarias; en cambio, pueden constituir anormales o extraordinarias cuando provengan de acontecimientos anormales, excepcionales y que, por tanto, no pudieron entrar en las previsiones de las partes en el momento de contratar. Como ejemplo de estos últimos pueden mencionarse las guerras, las depreciaciones monetarias, las crisis económicas, etc." Ob. cit. p. 524

hecho del príncipe o la imprevisión, la ecuación económico financiera del contrato, considerada al momento de su celebración, debe alterarse por un álea anormal o extraordinaria".²⁹

Pues bien, para el Tribunal es claro que esa pérdida patrimonial no aparece acreditada en lo que se refiere a los efectos de la variación del precio del acero, razón que resultaría suficiente para negar la prosperidad de la pretensión estudiada.

La falta de prueba de dicha pérdida patrimonial hace imposible el reconocimiento pretendido, pues este implicaría el conceder el derecho a una utilidad adicional del contrato, que no surge de la relación contractual existente entre las partes.

Sin embargo, y para abundar en razones, se considera pertinente analizar adicionalmente los hechos invocados por el convocante como causas del alegado desequilibrio.

²⁹ La revisión del contrato, en materia mercantil, "por circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato", debe darse cuando "alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa" (art. 868 Código de Comercio).

En sentencia de 9 de mayo de 1996, exp. 10.151, actor SAE, la sala consideró que "todo contratista con el Estado, asume la obligación de soportar un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere inherente a todo tipo de contratación pública. Pero tampoco podría admitirse que el contratista deba asumir riesgos anormales o extraordinarios, de suficiente entidad como para afectar la estructura económica del contrato, hasta el punto de impedirle obtener los beneficios, utilidades o provechos pecuniarios contractualmente presupuestados. Aquellas contingencias implicarían en su contra un indebido sacrificio frente a la satisfacción de un interés general... pero con clara desproporción económica del contrato, como consecuencia inmediata de la pérdida del equilibrio financiero del mismo". En el caso que examinaba concluyó que efectivamente "se presentaron hechos y circunstancias ajenos a la empresa contratista, absolutamente extraños a ella, los cuales originaron una serie de obstáculos, modificaciones y medidas de distintos órdenes, que necesariamente se proyectaron negativamente en la ejecución de la obra, que la dificultaron, la complicaron, le impusieron a la contratista cargas y obligaciones en momento alguno contempladas o programadas al celebrar el contrato, pero que de todas formas fueron de incidencia trascendental en la mayor permanencia de la firma contratista en la ejecución del oleoducto referido y, desde luego, en el mayor valor económico que dicha prolongación significó para la economía de la empresa demandante". (Se subraya).

La causa del supuesto desequilibrio se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión v sus efectos en el contrato serían imputables a INVIAS?

El actor presenta la variación de los precios del acero como un evento de imprevisión, esto es, de aquellos que dan lugar al restablecimiento del equilibrio del contrato cuando éste es roto por circunstancias imprevistas e imprevisibles y que no son imputables a ninguna de las partes. Y agrega a su argumentación el hecho de que el retraso en el inicio de la ejecución del contrato, imputable a INVIAS, se conjugó con esa alza para ocasionarle un desequilibrio en la ecuación financiera.

Corresponde al Tribunal analizar lo ocurrido en el presente caso para lo cual procede a efectuar un breve relato cronológico entre la adjudicación del contrato y el inicio de su ejecución, así como a evaluar la conducta de las partes a efectos de determinar si nos encontramos ante un típico evento de imprevisión y si adicionalmente existe alguna actuación antijurídica de la convocada.

- El contrato fue adjudicado mediante resolución No. 1181 del 30 de marzo de 2004³⁰ a la firma HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A., por un valor total de 3.668'507.119 y un plazo de 9 meses contado a partir da la fecha de la orden de iniciación del contrato.
- El contrato fue suscrito el 13 de julio de 2004 y se identificó con el No. 595 de 2004.
- De las estipulaciones del contrato se resalta:
 - El contratista se obligó a ejecutar "por el sistema de precios unitarios" las obras necesarias para la construcción del puente el Hormiguero, sobre el rio Cauca, "de acuerdo con las especificaciones suministradas

³⁰ Folios 2 a 4 del cuaderno de pruebas.

430

por el INSTITUTO, la propuesta del CONTRATISTA y bajo las condiciones estipuladas en el presente contrato".

- o Sobre el valor del contrato se señaló en la cláusula segunda:

"VALOR DEL CONTRATO: El precio de este contrato será la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas, por los precios unitarios estipulados en la propuesta del CONTRATISTA - en el formulario No. 4 <<lista de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la propuesta>>. Las cantidades de obra son aproximadas y están calculadas según los planos de la Licitación, por lo tanto, están sujetas a variaciones, bajo esta condición se estima que el valor del presente contrato asciende a la suma de TRES MIL SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SIETE MIL CIENTO DIECINUEVE PESOS (\$3.668'507.119.00) MONEDA CORRIENTE.

- o En el párrafo primero de la cláusula segunda se señaló que el contratista presentó en su propuesta un AIU del 25 %, así: administración del 13%, imprevistos del 7% y utilidad del 5%.
 - o En la cláusula cuarta se señaló que el plazo de ejecución del contrato sería de 9 meses contados a partir de la orden de iniciación impartida por la Subdirectora de la Red Terciaria.
 - o En el párrafo tercero de la cláusula octava relativa a la forma de pago se señaló que *"la iniciación de las obras o el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones no se hayan supeditadas en ningún caso a la entrega del anticipo"*.
- El día 2 de agosto de 2004 se suscribió la orden de iniciación del contrato de obra.
 - El 21 de diciembre de 2004 se suscribió el contrato adicional No. 1, con el cual se adicionó el valor del contrato para cubrir unas mayores cantidades de obra.

431

- El 9 de marzo de 2005 se suscribió el contrato adicional No. 2, con el cual se amplió el plazo de ejecución del contrato hasta el 20 de junio de 2005.
- El 26 de abril de 2005 se suscribió una aclaración al contrato adicional No. 1, en el sentido que de la adición al valor pactada se pagaría al contratista un 50% a título de anticipo.
- El 15 de junio de 2005 se suscribió el contrato adicional No. 3, en plazo y valor. En la justificación de dicha adición se señaló que *"realizada la evaluación definitiva de las cantidades de obra necesarias para la terminación del proyecto se constató que el valor del contrato vigente no cubre los costos requeridos para la ejecución de las actividades necesarias para construir los accesos del puente, tales como muros de contención en concreto, sub-base granular y capeta asfáltica"* lo cual fue avalado por la interventoría del contrato.
- El Contratista, luego de la adjudicación del contrato advirtió al INVIAS sobre el alza en los precios nacionales e internacionales del acero estructural, no obstante señaló en comunicación del 7 de mayo de 2004:

"Con la presente queremos manifestar nuestra preocupación por los retrasos que ha sufrido el proceso de legalización y firma del contrato derivado del proceso de licitación de la referencia y de la resolución No. 001181 de fecha 30 de marzo de 2004, en la cual, el IVN (sic) resuelve adjudicar a nuestra empresa las obras de construcción del puente el Hormiguero.

"Como es ampliamente conocido por el INV (sic) los precios tanto internacionales como nacionales del acero estructural y de refuerzo han variado sustancialmente desde el momento de la preparación del presupuesto oficial hasta el día de hoy. Los ítems de la obra como el acero de refuerzo y el acero estructural representan cerca del 76% del valor total del contrato.

"Los retrasos en la firma del contrato, su legalización y posterior recibo del anticipo van directamente en perjuicio del equilibrio económico del contrato, principio fundamental de la ley 80, pues al no

432

recibir el anticipo o legalizar el contrato nuestra empresa no podrá entrar a comprar y asegurar los precios de la materia prima componente fundamental del proyecto."

- Posteriormente, en comunicación del 2 de junio de 2004, el Contratista manifestó al INVIAS:

"En atención a su oficio SRT-14846 del 13 de mayo de 2004, dando respuesta a nuestra comunicación COC- 297/04 del 7 de mayo de 2004, en el que se nos informaba acerca de la legalización del contrato en los primeros días del mes de junio, nos permitimos nuevamente insistir en la necesidad de que lo anterior ocurra lo más pronto posible ya que una vez se venza la vigencia de nuestros precios, nos veremos en la obligación de transmitirles los incrementos de costos que ha tenido tanto el acero estructural como el acero de refuerzo, que como ya les informamos es el 76% del valor del contrato y su variación desde la fecha de cierre de la Licitación es cercana al 20% y continua subiendo".

- En los pliegos de condiciones el riesgo de los costos de la materia prima fue asignado al Contratista. En efecto, en la página 28 de los pliegos, sobre el particular se lee:

"(...) El proponente favorecido con la adjudicación del contrato se obliga a conseguir oportunamente todos los materiales y suministros que se requieran para la construcción de las obras y a mantener permanentemente una cantidad suficiente para no retrasar el avance de los trabajos.

*"El Instituto no aceptará **ningún reclamo del constructor**, por costos, plazos, falta o escasez de materiales o elementos de construcción, o por cualquiera de los eventos contemplados en este numeral."*

- En los pliegos de condiciones se señaló igualmente que en esa licitación no habría "avances sobre materia prima", que los precios propuestos por

433

los oferentes no serían objeto de ningún tipo de ajuste³¹ y que "el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales no estaría sujeta, "en ningún caso" a la entrega del anticipo³².

Observa el Tribunal en primer lugar que efectivamente hubo un retraso considerable entre la fecha de adjudicación del contrato y su fecha de celebración, lo cual merece reproche pues no resulta justificable que una entidad dedicada usualmente a contratar como lo hace el INVIAS, deje transcurrir lapsos tan largos para iniciar la ejecución de sus contratos.

Sin embargo más que un problema de imprevisión, para el Tribunal la solución de la controversia en este punto se centra en el tema de distribución de riesgos contractuales que efectuaron las partes al momento de la celebración de la convención.

En efecto, si se observa lo previsto en los pliegos de condiciones, es inobjetable que el riesgo de los costos de la materia prima fue asignado al Contratista. En efecto, en la página 28 de los pliegos, sobre el particular se lee:

"(...) El proponente favorecido con la adjudicación del contrato se obliga a conseguir oportunamente todos los materiales y suministros que se requieran para la construcción de las obras y a mantener permanentemente una cantidad suficiente para no retrasar el avance de los trabajos.

*"El Instituto no aceptará **ningún reclamo del constructor**, por costos, plazos, falta o escasez de materiales o elementos de*

³¹ Página 76 de los pliegos de condiciones. Folio 208 del cuaderno de pruebas.

³² Página 77 de los pliegos de condiciones. Folio 209 del cuaderno de pruebas.

431

construcción, o por cualquiera de los eventos contemplados en este numeral."

Y si ello se conjuga con la previsión contenida en el párrafo tercero de la cláusula octava conforme a la cual *"la iniciación de las obras o el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones no se hayan supeditadas en ningún caso a la entrega del anticipo"*, se tiene que concluir que el contratista aceptó al hacer su propuesta y al suscribir el contrato que la compra de materias primas e incluso la iniciación de sus labores, no quedaba supeditada a la entrega del anticipo.

Así las cosas, de la prueba obrante en el expediente resulta claro que el alza de precios fue un factor conocido por el convocante desde la adjudicación del contrato y que por lo tanto no constituye una causa imprevisible que afecte el equilibrio del mismo. El Contratista, al observar el alza de precios luego de la adjudicación debió proceder a adquirir la materia prima para asegurar el precio y no esperar al inicio de la ejecución del contrato. En este caso, el contratista se limitó a manifestar su preocupación al INVIAS, sin adoptar las medidas correspondientes para asegurar los precios.

Con fundamento en estas consideraciones encuentra el Tribunal un argumento adicional para negar la prosperidad de la pretensión bajo estudio.

SOBRE LA PRETENSIÓN RELATIVA AL PAGO DE SOBRECOSTOS POR STAND BY DE PERSONAL Y EQUIPOS

Se solicita en esa pretensión lo siguiente:

"Que se ordene que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS, reconozca y pague a la firma HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A., por sobrecostos por stand by de personal y equipo, la suma de CUARENTA Y DOS MILLONES DIEZ Y SEIS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA LEGAL (\$42'.016.650.00)".

Reclama el convocante el reconocimiento de 30 días de stand by de personal y equipo por cuanto ese fue el lapso que transcurrió entre la orden de inicio de obra por parte del INVIAS - 2 de agosto de 2004 – y el 1 de septiembre de 2004, fecha en la cual la interventoría autorizó el inicio de la misma.

Sobre el particular observa el Tribunal:

- En comunicación del 18 de agosto de 2004³³ el Contratista solicitó al director de Interventoría la localización definitiva de las cimentaciones del puente y de los estribos con las correspondientes carteras topográficas y los planos de diseño de las superestructuras.
- Los planos de localización del puente fueron entregados al Contratista por la Interventoría mediante comunicación del 26 de agosto de 2004³⁴.
- Mediante comunicación del 31 de agosto de 2004³⁵ el Contratista nuevamente requiere la entrega de los planos de diseño de la estructura metálica debidamente corregidos, ya que los entregados inicialmente, en su concepto presentaban errores y se requeriría la importación de una mayor cantidad de lámina lo cual aumentaría los costos del proyecto.

³³ Folios 120 y 121 del cuaderno de pruebas.

³⁴ Folio 123 del cuaderno de pruebas.

³⁵ Folio 124 del cuaderno de pruebas.

436

- El 1 de septiembre de 2004³⁶, la interventoría autorizó dar inicio a las excavaciones, luego de realizado el replanteo topográfico.

En este punto debe destacarse que si bien transcurrió casi un mes entre la autorización de Invias para iniciar las labores y la iniciación efectiva de las mismas, se echa de menos una prueba que acredite los gastos en que tuvo que incurrir la convocante por ese periodo. Se limitó la actora a allegar como prueba de su pretensión un cuadro, elaborado por ella misma, que impide verificar la certeza de esas cifras.

No acreditó la actora el número del personal y la cantidad de equipos contratados durante ese periodo y mucho menos el pago que tuvo que efectuar por esos conceptos limitándose simplemente a acreditarlo con sus manifestaciones.

En esos términos no puede el Tribunal acceder a la prosperidad de la pretensión por ausencia de prueba del daño, elemento esencial de la responsabilidad.

**SOBRE LA PRETENSIÓN RELATIVA AL PAGO DE SOBRECOSTOS
ORIGINADOS EN LA SUSPENSIÓN DE LA OBRA:**

Solicita la parte convocante lo siguiente:

"Que se ordene al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS que reconozca y pague a la firma HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A., por sobrecostos originados en la suspensión de la obra por los concretos

³⁶ Folio 128 del cuaderno de pruebas.

aparentemente deficientes, la suma de CUARENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA LEGAL (\$45'379.750)".

437

Fundamenta esta petición el actor en el hecho de que la interventoría del contrato solicitó la suspensión de la fundición del pilote B debido a una controversia sobre la calidad del concreto. Considera HB que esa suspensión le generó una mayor permanencia de personal y equipo cuyo monto pretenda le sea restituido por la convocada.

- Obra en el expediente copia del formato del control diario de obra diligenciado el 2 de noviembre de 2004 en el que se da cuenta de lo sucedido en esa fecha respecto de la fundición del concreto.
- En la copia del acta de comité de obra No. 13, se dejó la siguiente constancia sobre lo ocurrido respecto de la fundición del pilote así:

"El sábado 13 de noviembre la interventoría solicitó no fundir el pilote B debido a que el camión concretero llevaba 4 horas desde su cargue (pilote B pila derecha).

"El contratista no atendió la solicitud y fundió el pilote.

"El Ing Cuellar manifiesta que no recibirá este pilote ni lo que se construya sobre él y solicita al contratista demostrar los criterios técnicos que utilizó para fundirlo y demostrar técnicamente que el pilote cumple sus funciones estructurales.

"El Ing Ovidio Valencia se compromete a realizar las consultas respectivas a los especialistas para verificar que la decisión de fundir el pilote fue la correcta.

45

"El INVIAS manifiesta tanto a la interventoría como al contratista que se deben sumar esfuerzos para la ejecución de las obras entregadas a su cargo tendientes a que en armonía se ejecute una obra de calidad, así mismo solicita se cumplan los requerimientos legales del contrato como son: especificaciones técnicas, pliegos y bases de contratación los cuales son los elementos jurídicos para juzgar las actuaciones de los dos entes contratados por el INVIAS.

"El contratista deja constancia que asumirá los costos de los especialistas y de los ensayos requeridos para demostrar el comportamiento del concreto del pilote B de la pila derecha"

- Posteriormente, el 25 de noviembre de 2004 el Contratista envió una comunicación a la Interventoría en la que se señala que realizadas las pruebas de laboratorio se concluyó que los concretos suministrados para la obra cumplen con la norma por lo que solicitan considerar la decisión de suspender la colocación de concreto.
- Luego del cruce de varias comunicaciones relacionadas con este aspecto y la realización de varias pruebas técnicas, en el Acta del Comité del 13 de enero de 2005 se dejó constancia de que las partes ya habían superado la diferencia presentada en los siguientes términos:

"En relación con el impase surgido a raíz de la construcción de la pila ubicada en el lado del Departamento del Cauca, en relación con la calidad de los concretos, pues los cilindros de prueba de resistencia no estaban dando los resultados de las especificaciones, se demostró que no se había tenido en cuenta el uso de retardantes de la empresa proveedora en los mismos, las pruebas realizadas en la Universidad Nacional, ratificaron que estos concretos estaban cumpliendo con las debidas resistencias y este quedó confirmado con los cilindros testigos que se probaron a los 56 días"

439

No existe entonces prueba de la paralización de la obra. Está acreditada la suspensión parcial de trabajos por una diferencia técnica sobre la calidad de la fundición del concreto en uno de los pilotes, pero no aparece probado que ello haya acarreado una suspensión total de las labores que conlleve un detrimento para el contratista por mayor permanencia en obra.

Por el contrario, del estudio de las actas de obra acompañadas como prueba con la demanda, se evidencia una continuidad en las labores.

Pero adicionalmente a lo anterior, no aparece en el expediente prueba del perjuicio reclamado, y el Tribunal no puede tener como prueba el análisis de los precios unitarios hecho por el propio contratista.

Vale la pena destacar que la solicitud realizada por la Interventoría sobre el cumplimiento de las condiciones técnicas de ejecución de la obra, lejos de constituirse en una causa que implique el rompimiento del equilibrio económico del contrato, constituye la realización de la finalidad de la interventoría, que según los pliegos de condiciones estaba llamada a ejercer *"un control integral sobre el proyecto"*. Para el cumplimiento de esta finalidad la interventoría estaba facultada para *"exigir al contratista la información que considere necesaria, así como la adopción de medidas para mantener, durante el desarrollo y ejecución del contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de la celebración del contrato."*³⁷

Esa labor precisamente fue la que se ejecutó en lo que se refiere al ítem estudiado en este punto y la circunstancia de que haya habido que aplazar la fundición, que

³⁷ Página 69 de los pliegos. Folio 201 del cuaderno de pruebas.

440

constituye una vicisitud propia de este tipo de contratos, no tiene la virtualidad de convertirse en una causal de desequilibrio económico que deba ser indemnizada, máxime cuando el personal y el equipo en obra pudieron ser utilizados para la ejecución de otras labores.

Así las cosas, tampoco habrá de accederse a la prosperidad de la pretensión correspondiente.

CONCLUSIONES

Se desprende de lo hasta aquí expuesto, que en el presente caso no se probaron los elementos necesarios para una declaratoria de desequilibrio económico del contrato en especial no se aportó la prueba del detrimento patrimonial experimentado por el convocante.

En esos términos, es claro que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

A pesar del esfuerzo teórico de la parte convocante respecto de la ocurrencia del desequilibrio económico, las pretensiones de la demanda no pueden prosperar en la medida que no se probaron los presupuestos de hecho que determinan el restablecimiento de dicho equilibrio y el Tribunal debe atenerse a lo probado en el proceso.

III.- LAS EXCEPCIONES FORMULADAS POR LA CONVOCADA

Habiéndose ya efectuado el estudio de la excepción de falta de competencia propuesta por la convocada, correspondería en este a continuación el estudio de los demás medios de defensa propuestos por INVIAS en la contestación de la demanda.

Sin embargo, por haberse concluido en el estudio inmediatamente anterior que la totalidad de las pretensiones de la demanda está llamada al fracaso, el Tribunal se abstendrá, por sustracción de materia, de analizar las demás excepciones propuestas por la convocada.

IV.- SOBRE LA OBJECCIÓN AL DICTAMEN PERICIAL.

La parte convocada objetó el dictamen pericial rendido en el proceso, por los siguientes motivos:

- Que el perito desconoce que el contrato fue celebrado bajo el sistema de precios unitarios sin ajustes.
- En relación con el cálculo de costos de personal se señala que el perito desconoce que el contrato en ningún momento fue suspendido.
- Cuestiona el hecho de que el perito de por aceptado el periodo de stand by de personal, que no es atribuible al INVIAS.
- Discute la metodología empleada para calcular el stand by de personal.
- En el dictamen no se tiene en cuenta la entrega del anticipo y su deducción o amortización.

- Se liquida el interés previsto por la ley 80 de 1993, cuando el contrato establece un interés moratorio del 8% anual

442

De conformidad con el artículo 238 del C.P.C. y la comprensión que de dicha norma ha hecho la jurisprudencia, la objeción al dictamen pericial sólo puede fundamentarse en un error grave de tal magnitud que desfigure totalmente el objeto examinado y que de no haberse incurrido en él, las conclusiones de la experticia serían sustancialmente diferentes.

Le corresponde al objetante demostrar que el dictamen está viciado de un error tal, que es necesario practicar un nuevo dictamen por parte de otro experto, para enmendar el error cometido o resulta imposible su valoración por parte del juzgador.

Sobre este particular la jurisprudencia claramente ha señalado:

"En que consiste la objeción por error grave. (...), si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos (GJ: T LII; pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, "es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta a la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto,

*necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...*³⁸

443

El Tribunal considera que la objeción al dictamen pericial propuesta por la parte convocada no está llamada a prosperar por cuanto el dictamen pericial dio respuesta a los interrogantes presentados por la parte convocante. La objeción presentada a juicio del Tribunal, lejos de constituir un error grave presenta las razones de defensa de la convocante que deben ser estudiadas por el Tribunal y no por el perito y que constituyen el objeto de la litis.

V. - COSTAS

Teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda no prosperan y que las excepciones propuestas por la convocada tampoco, el Tribunal, de conformidad con lo previsto por el numeral 5 del artículo 392 del Código de Procedimiento, se abstendrá de proferir condena en costas, por lo cual cada parte asumirá los gastos en que incurrió.

CAPITULO III

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias surgidas entre HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A. y el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Auto del 8 de septiembre de 1993, Exp.3446 M:P: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

444

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar no probada la excepción de falta de competencia.

SEGUNDO.- Negar la totalidad de las pretensiones de la demanda.

TERCERO.- Declarar no probada la objeción por error grave presentada respecto del dictamen pericial.

CUARTO.- Abstenerse de proferir condena en costas.

QUINTO.- Declarar causado el saldo final de honorarios de los Árbitros y de la Secretaria. El Presidente del Tribunal efectuará los pagos correspondientes.

SEXTO.- Ordenar la devolución a la convocante de las sumas no utilizadas de la partida "Protocolización, registro y otros", si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.

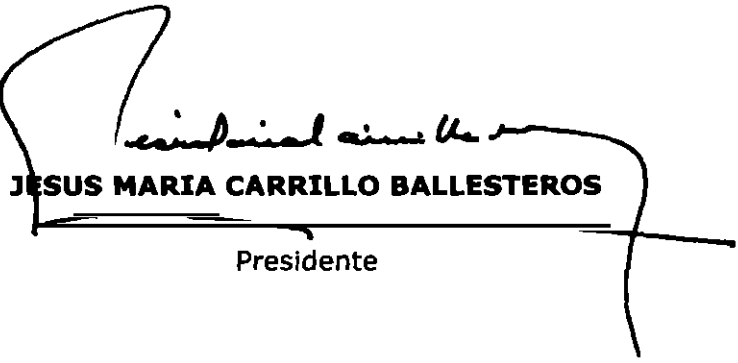
SEPTIMO.- Ordenar la devolución del expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

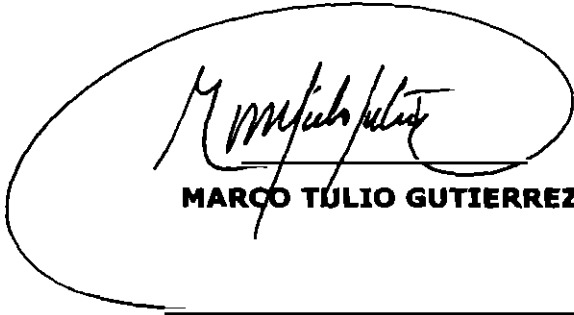
OCTAVO.- Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público.

443

Esta providencia queda notificada en estrados.

Los árbitros,


JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS
Presidente


MARCO TULIO GUTIERREZ MORAD


ANTONIO PABÓN SANTANDER

La Secretaria,


ALEXANDRA QUINTERO FAJARDO