

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE
VARELA FIHOLL & COMPAÑÍA LTDA., Y HEYMOCOL LTDA.
Vs.
SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de 2010

INDICE

CAPITULO I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento
2. El pacto arbitral
3. Trámite inicial
 - 3.1 Nombramiento del Tribunal
 - 3.2 Instalación del Tribunal, admisión y traslado de la demanda
 - 3.3 Contestación de la demanda y excepciones
 - 3.4 Honorarios y gastos del Tribunal
 - 3.5 Audiencia de conciliación
4. Primera Audiencia de Trámite
 - 4.1 Las Partes y su representación
 - 4.2 La demanda
 - 4.2.1 Los hechos en que se sustenta la demanda
 - 4.2.2 Las pretensiones
 - 4.3 Contestación de la demanda
 - 4.4. Pronunciamiento sobre la competencia del Tribunal
5. Las pruebas del proceso
6. Término del proceso

CAPITULO II. ALEGACIONES DE LAS PARTES

1. Alegato de conclusión de la parte convocante
2. Alegato de conclusión de la parte convocada
3. Concepto del representante del Ministerio Público

CAPITULO III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Objeción por error grave al peritazgo elaborado por el ingeniero Jorge Palomino Mutis, formulada por la apoderada de la parte demandada.
2. Las pretensiones de la demanda

2.1 Pretensiones de la Demanda en materia de reconocimiento de obras adicionales consistentes en la ejecución de un tramo de acueducto e instalación de un hidrante.

2.2 Pretensiones de la Demanda en Materia de Restablecimiento del Equilibrio Financiero del Contrato de Obra Pública No. 146 del 24 de Diciembre de 2003.

2.2.1 El Equilibrio Contractual

2.2.2 La Teoría de la Imprevisión.

2.2.3 La utilidad en el contrato de obra pública No. 146 del 24 de diciembre de 2003

2.3 La tercera pretensión

2.3.1 Marco conceptual

2.3.1.1 Fundamento constitucional del principio de la planeación contractual

2.3.1.2 Tipificación legal del principio de la planeación contractual

2.3.2 Hechos alegados por las partes que fundamentan y controvierten la vulneración del principio de planeación.

2.3.2.1 Hechos de la demanda

2.3.2.2 Contestación de la demanda

2.3.3 Análisis y valoración probatoria de los hechos y pruebas relacionados con el principio de planeación contractual

2.3.3.1 Análisis de los hechos materia del proceso

2.3.3.2 Pruebas solicitadas por las partes, decretadas y practicadas por el Tribunal

2.3.3.3 Valoración de las pruebas decretadas y practicadas

2.3.3.3.1 Documentos previos y dictámenes periciales

2.3.4. Conclusión

3. Excepciones

4. Costas

CAPÍTULO IV. DECISIÓN

CAPITULO I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento

Mediante escrito presentado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el seis (6) de junio de 2008, Varela Fiholl & Compañía Ltda., y Heymocol Ltda., sociedades que conforman el Consorcio Varela- Heymocol, formularon, a través de apoderado, demanda arbitral contra la Secretaria de Educación del Distrito, entidad pública del orden distrital.

2. El pacto arbitral

En el presente caso, el pacto arbitral, con sustento en el cual se dio inicio a este proces, está contenido en la cláusula Vigésima Cuarta del Contrato de Obra Número 146 suscrito el veinticuatro de diciembre de 2003 entre el referido consorcio, de una parte, y la Secretaria de Educación del Distrito Capital, de la otra.

En la cláusula mencionada se estableció:

“SOLUCIÓN DE CONTROVERSIA CONTRACTUALES: Las diferencias que surjan entre las partes por asuntos diferentes a la aplicación de la cláusula de caducidad y de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales con ocasión de la celebración, cumplimiento y liquidación del contrato serán dirimidas mediante la utilización de los mecanismos de solución ágil de conflictos previstos en la ley, tales como arreglo directo, amigable composición, conciliación, transacción, y si tales diferencias tienen carácter de insalvables, acudirán de mutuo acuerdo al arbitramento de conformidad con lo establecido en las normas vigentes.”¹

3. Trámite inicial

Tras la presentación de la demanda arbitral por parte del apoderado de Varela Fiholl & Compañía Ltda. y Heymocol Ltda., el Centro de Arbitraje y Conciliación, mediante comunicaciones de fecha nueve (9) de junio de 2008, procedió a invitar a las partes a una audiencia para la designación de los árbitros que habrían de fallar la controversia.

3.1 Nombramiento del Tribunal

En la reunión realizada el dieciocho (18) de junio de 2008, las partes manifestaron que delegaban la designación de los árbitros al Centro de Arbitramento, para que tal escogencia se realizara bajo la modalidad de sorteo público, de acuerdo con lo pactado en el numeral 2.30 de los Términos de Referencia del Pliego de Condiciones del proceso licitatorio, con base en el cual se suscribió el Contrato número 146 del 24 de diciembre de 2003.

El sorteo de los árbitros se realizó el diecisiete (17) de julio de 2008, habiendo sido designados los doctores Manuel Guillermo Sarmiento García, Guillermo Gamba Posada, y Luis Ignacio Betancur Escobar, quienes aceptaron el cargo dentro del término legal.

¹ Cuaderno de Pruebas número 1, folio 02 y siguientes.

3.2 Instalación del Tribunal, admisión y traslado de la demanda.

A continuación, el Centro de Arbitraje y Conciliación invitó a la audiencia de Instalación del Tribunal, la cual se llevó a cabo el cinco (5) de agosto de 2008.

En ella, se hizo presente el Procurador Primero Judicial Administrativo, doctor Javier Argote Royero, en representación del Ministerio Público.

Así mismo, se declaró legalmente instalado el Tribunal, se nombró como secretaria a la doctora Anne Marie Mürrle Rojas, y se reconoció personaría a los apoderados de las partes.

Finalmente, el Tribunal avocó competencia exclusivamente para efectos de conocer el trámite, admitió la demanda y corrió traslado de la misma por el término de diez (10) días.

3.3 Contestación de la demanda y excepciones

En la contestación de la demanda² presentada el veinte (20) de agosto de 2008, la apoderada de la parte convocada se pronunció frente a los hechos de la demanda, y a las pretensiones, solicitó y aportó pruebas, y propuso como excepciones de mérito las de “Inexistencia de la obligación” y “Falta de causa”.

De las excepciones de mérito se corrió traslado, sin pronunciamiento alguno de la parte demandante.

3.4 Honorarios y gastos del Tribunal

En audiencia que tuvo lugar el ocho (8) de septiembre de 2008, se llevó a cabo la fijación de gastos y honorarios del Tribunal. Dentro del término para que las partes depositaran el (50%) del total de los gastos y honorarios, la parte convocada no realizó el pago correspondiente, haciéndolo la convocante dentro del término adicional que para el efecto establece la ley.

3.5. Audiencia de conciliación

Mediante auto del 30 de septiembre de 2008, el Tribunal fijo fecha para la audiencia de conciliación que tendría lugar el 28 de octubre de 2008 a las tres de la tarde (3:00 pm.). En dicha fecha se llevó a cabo la audiencia, sin que las partes llegaran a acuerdo alguno.

4. Primera Audiencia de Trámite

Una vez fracasado el intento conciliatorio, el Tribunal procedió a dar inicio a la Primera Audiencia de Trámite, la cual consta en el Acta No. 7³.

En dicha audiencia el Tribunal se pronunció sobre su competencia, para lo cual entró a estudiar la cláusula compromisoria antes transcrita, y además, los siguientes aspectos, entre otros:

4.1 Las partes y su representación

² Cuaderno Principal número 1, folio 114 y siguientes

³ Cuaderno Principal número 1, folio 186

La parte Convocante esta conformada por:

- VARELA FIHOLL & COMPAÑÍA LTDA, con domicilio principal en Bogotá D.C., constituida por escritura pública número 245 del 4 de febrero de 1991, otorgada en la Notaría Trece de Bogotá, aclarada por escritura pública número 1472 de la misma notaria. La representación legal de esta sociedad, está en cabeza de su gerente general, Jairo Enrique Varela Fiholl. Todo lo anterior, consta en el certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.⁴
- HEYMOCOL LTDA, con domicilio principal en Bogotá D.C., constituida por escritura pública número 4845 del 24 de agosto de 1984, otorgada en la Notaría Veintinueve de Bogotá. La representación legal de esta sociedad, está en cabeza de su presidente, su gerente general, su gerente administrativo, y su gerente comercial, siendo estos los señores, Francisco Javier Cochetoux Tierno, Ricardo Alberto Pérez Alonso, Julian Morales Rodríguez, y Nelson Roberto Bedoya Santacruz, respectivamente. Todo lo anterior, consta en el certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá⁵.

La parte convocante compareció al proceso a través de apoderado a quien el Tribunal reconoció personería.

Y la parte convocada:

SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO, entidad pública del orden distrital, con domicilio principal en Bogotá, representada legalmente por el doctor Carlos Manuel Campo Guerrero, en su calidad de Jefe de Oficina 115-06 de la Oficina Jurídica de ésta entidad.

Esta entidad compareció al proceso a través de apoderada, a quien el Tribunal reconoció personería.

4.2 La demanda

El seis (6) de junio de 2008, el apoderado de la parte convocante, radicó demanda, la cual contiene una identificación de las partes, las pretensiones, los hechos, los fundamentos de derecho y la solicitud de pruebas.

4.2.1 Los hechos en que se sustenta la demanda

Los hechos que se plantearon en la demanda se resumen como sigue:

1. Mediante la Resolución No. 3968 del 18 de diciembre de 2003, se adjudicó la licitación pública No. LP – SED – SPF – 020 - 2003 al Consorcio Varela - Heymocol.
2. Como consecuencia de la anterior adjudicación se celebró entre dicho consorcio, el contrato de obra No. 146 del 24 de diciembre de 2003, que tuvo por objeto efectuar la construcción de la INSTITUCION EDUCATIVA DISTRITAL, IED. SANTA

⁴ Cuaderno Principal número 1, folio 27 y siguientes

⁵ Cuaderno Principal número 1, folio 29 y siguientes

MARTA, de la localidad 7 de Bosa, ubicada en la Calle 55ª S No. 104 D – 14, de la ciudad de Bogotá, bajo la forma de pago y costeo de precio global fijo y sin reajustes.

3. En la cláusula segunda del contrato se estableció que la ejecución de la construcción sería por etapas, de acuerdo con los planos, especificaciones y cantidades de obra entregados a la SED por el diseñador responsable, arquitecto JAVIER VERA LONDOÑO.

4. El tiempo de ejecución del Contrato se estimó en 360 días calendario. La fecha de iniciación fue el 6 de febrero de 2004. Mediante la modificación No. 1 de fecha 30 de diciembre de 2004, se redujo el tiempo de ejecución a 329 días calendario y, posteriormente, mediante el modificadorio No. 2 de fecha 29 de diciembre de 2004, se amplió el plazo en 60 días más, para un total de 389 días calendario. Incluyendo las suspensiones del Contrato. Este se ejecutó en 440 días calendario, y se terminó el 22 de marzo de 2005.

5. Durante la ejecución del contrato se suscribieron ocho actas parciales y el acta final, cuyas copias se adjuntaron a la demanda.

6. El contrato se suspendió en dos oportunidades por un término total de 51 días. Tales suspensiones se formalizaron mediante el Acta de Suspensión número 1 del 30 de diciembre de 2004, por 30 días, y su prórroga de fecha 30 de diciembre de 2004, por 21 días calendario.

7.- El 27 de septiembre de 2004, en plena ejecución del contrato, el representante legal del CONSORCIO VARELA – HEYMOCOL, mediante misiva CVH-081-2004, solicitó el restablecimiento del equilibrio económico de la ecuación contractual, ante los incrementos ocurridos durante el mes de noviembre de 2003, en el precio del acero, que tuvo alzas imprevisibles como consecuencia de consumo inusitado de acero de refuerzo y acero estructural en la República de China, alzas que tuvieron efecto inmediato en el mercado Colombiano, conforme a los índices certificados por CAMACOL.

La variación del precio se reflejó en el acero de refuerzo instalado en la obra (195.000,00 Kilogramos), en la malla electro soldada (25,660.00 Kilogramos), y en la estructura metálica (65,000.00 Kilogramos), y el consolidado se estimó en la suma de \$171.631.838.00.

En aquella oportunidad, se le presentó a la entidad la reclamación de revisión del precio, debidamente soportada y se le allegaron los índices aplicables en aras de obtener el restablecimiento del equilibrio del contrato. Sin embargo, y a pesar de contar con el aval de la firma interventora sobre lo reclamado, la entidad jamás atendió lo solicitado.

8.- Ante el silencio de la entidad, y a pesar de haberse instalado en la obra el hierro necesario para su correcta construcción, y de asumir el mayor valor del acero – insumo, la demandante procedió a protocolizar el silencio administrativo positivo de orden contractual, mediante escritura pública No. 01976 de la Notaría 41 del Círculo de Bogotá, de fecha 01 de septiembre de 2005.

9.- Mediante oficio CVH-0154-2005, de fecha 7 de septiembre de 2005, el consorcio constructor remitió copia de la escritura pública contentiva del acto administrativo

presunto o ficto, el cual goza de presunción de legalidad, el cual, a la fecha no ha sido anulado por vía judicial.

10.- Finalizada la ejecución de la obra, el contratista advirtió problemas con la legalización de los servicios públicos de la construcción, ante el no pago por parte de la entidad de los derechos de conexión. Después de una serie de infructuosas reuniones se logró la instalación de los mismos, sin embargo para tal legalización, las convocantes debieron asumir costos adicionales por concepto de ejecución de un tramo de acueducto e instalación de un hidrante.

11.- Conforme se explicó en la carta CVH-098-2005, de fecha julio 25 de 2006, la parte demandante realizó las gestiones propias para la legalización del acueducto, y solicitó el pago de los costos adicionales que debió asumir, por considerar que ni la construcción de un tramo de acueducto ni la instalación de un hidrante, eran actividades contractuales, ni tampoco constituían actividades requeridas para el recibo final por parte de las empresas de servicios públicos (numeral 15, literal B), Cláusula Cuarta del Contrato).

12.- Para lograr la legalización del servicio público de acueducto, y ejecutar las obras adicionales ya mencionadas (construcción de un tramo del acueducto e instalación de un hidrante), el consorcio demandante contrató a la firma H.J. INGENIEROS CIVILES LTDA., según consta en la orden de trabajo IED Santa Marta 00007, por valor de \$9.828.444,00, suma de dinero que se le canceló a ese subcontratista, según aparece en los soportes anexados a la demanda.

13.- La entidad demandada hizo entrega al contratista de la licencia de construcción expedida por la Curaduría Urbana 2 de Bogotá, contenida en las resoluciones CU2-2000-175 del 22 de septiembre de 2000, y 03-2-0222 de septiembre 26 de 2003.

De acuerdo con la licencia, documento técnico legal de la obra, el proyecto arquitectónico localizado en el superlote 1, se aprobó para un área construida de **5.966,44 M2** y sobre dicha estimación la entidad abrió el certamen licitatorio y estimó el presupuesto de la ejecución.

La entidad no se esforzó por revisar nuevamente un proyecto aprobado desde el año 2000, y sin mediar nuevos estudios, diseños o planos, mantuvo la estimación del área inicial, la cual resultó ser dramáticamente inferior a la que realmente se ejecutó, pues la diferencia es aproximadamente de 3.400 M2.

14.- De acuerdo con el acta de liquidación del Contrato realizada de mutuo acuerdo, el área cubierta construida y/o intervenida es de 9.455 M2, de manera que, el mayor valor de la obra debe ser pagado a la parte demandante, en virtud de la conmutatividad de los contratos estatales y ante el incumplimiento de la entidad de entregar debidamente planificado un proyecto, con estudios, diseños y planos que consultaran la realidad y dimensión de la construcción contratada.

15.- En el acta de liquidación suscrita el 04 de agosto de 2006, el consorcio VARELA – HEYMOCOL dejó consignada su reserva expresa de reclamar los perjuicios patrimoniales sufridos con ocasión de la ejecución del contrato, particularmente en lo relativo a los sobrecostos causados por la variación del valor del acero (insumo) que afectaron el precio de las actividades relacionadas, como se hizo constar en el silencio administrativo positivo, protocolizado en la escritura pública No. 01976 de 2 de septiembre de 2005, en lo referente al reconocimiento de la mayor área

construida y a los costos asumidos por la legalización del acueducto expresados en la comunicación CVH – 098 – 2006 de julio 25 de 2006.

4.2.2 Las pretensiones

Las Pretensiones de la demanda son las siguientes:

“A. DECLARATIVAS

“1.- Se declare el reconocimiento de las obras adicionales, no contractuales realizadas por el contratista, consistentes en la ejecución de un tramo de acueducto e instalación de un hidrante, necesarios para la debida funcionabilidad de la construcción.

“2.- Se ordene el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato de obra pública No. 146 del 24 de diciembre de 2003, ocurrido como consecuencia del aumento inusitado y grave del valor del acero (insumo) durante la ejecución del contrato.

“3.- Se declare que la entidad convocada incumplió con el principio de planeación contractual, al estimar un área de construcción totalmente inferior a la que realmente se ejecutó, y por ende debe ordenarse el reconocimiento y pago de la mayor área construida dada la conmutatividad del contrato estatal No. 146 de 2003 y en últimas, en virtud del enriquecimiento sin causa por parte de la SED.

“B. CONDENATORIAS

“Como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene al DISTRITO CAPITAL- SED al pago de las siguientes sumas de dinero:

“1.- Por concepto de actividades adicionales, no contractuales, a la suma de \$9.828444.00, equivalente al costo de ejecución de un tramo de acueducto e instalación de un hidrante.

“2.- Por concepto de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato a la suma de \$171.631.838.00, equivalente al sobre costo patrimonial en la ejecución de actividades afectadas por el cambio del precio del acero.

“3.-Por concepto de mayor área ejecutada y construida (9.455M2), la suma de \$2.868.356.053.00, o la suma que parcialmente se determine, teniendo en cuenta que el área proyectada por la entidad con base en la licencia de construcción era de 5.966.44 M2.

“4.- Se ordene la actualización de las sumas pretendidas teniendo en cuenta la pérdida del valor adquisitivo, aplicando para ello los indicadores económicos vigentes.

“5.- Se ordene a la entidad pública convocada dé cumplimiento al pago de las condenas de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

“6- Se condene en gastos y costas procesales a la entidad pública convocada.”

4.3 Contestación a la demanda

La apoderada de la parte convocada contestó la demanda el día veinte (20) de agosto de 2009, admitiendo algunos hechos, negando otros y ateniéndose a las pruebas que se recaudaran dentro del proceso sobre algunos más.

En particular manifestó que no había lugar al pago de sumas adicionales por concepto de un tramo del acueducto y la construcción del hidrante para la legalización de los servicios públicos, pues se trataba de obligaciones comprendidas dentro del objeto del contrato.

Así mismo afirmó que el contrato se celebró conforme a la modalidad de precio global fijo sin fórmula de reajuste y que era responsabilidad del contratista evaluar las cantidades de referencia que se adjuntaban al proceso licitatorio y “que de no estar de acuerdo con las cantidades adjuntadas debía pronunciarse durante el proceso licitatorio, lo cual no sucedió.”⁶

4.4 Pronunciamiento sobre la competencia del Tribunal

Los apoderados de las partes no formularon objeción alguna a la competencia del Tribunal, de manera que éste se declaró competente para resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración de las cuales dan cuenta la demanda y su contestación, y frente a esta decisión no se interpuso recurso alguno.

5. Las pruebas del proceso

Según Acta No. 7,⁷ el Tribunal procedió a decretar las pruebas del proceso, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

Documentales allegadas por las partes

Se ordenó tener como pruebas los documentos relacionados y anexados a la demanda⁸, e igualmente los relacionados y anexados a su contestación⁹.

Documental oficios

El Tribunal decretó los siguientes oficios solicitados por la parte convocante:

1. A la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO: Oficio No. 001¹⁰ del cuatro (4) de noviembre de 2008. El día veintinueve (29) de abril de 2009 la apoderada de la parte convocada radicó respuesta al oficio,¹¹ aportando algunos de los documentos solicitados, y manifestó que la Secretaría no disponía en sus archivos de documentos adicionales a los presentados.

En Tribunal en auto del dieciocho (18) de noviembre de 2009 advirtió que no se había aportado la totalidad de los antecedentes contractuales, sin que la parte convocante se hubiese pronunciado al respecto, por lo cual, decidió requerir a la Secretaria de Educación del Distrito para que aportara los documentos que en el auto se enumeran.

⁶ Cuaderno Principal número 1, folio 129.

⁷ Cuaderno Principal número 1, folio 186

⁸ Cuaderno Principal número 1, folio 21

⁹ Cuaderno Principal número 1, folios 135 y 136

¹⁰ Cuaderno Principal número 1, folio 246

¹¹ Cuaderno de Pruebas número 2, folio 379 y siguientes

Finalmente, la apoderada de la parte convocada aportó algunos de los documentos,¹² los cuales se incorporaron por medio de auto del diecinueve (19) de diciembre de 2009.

2. A CAMACOL: Oficio No. 002¹³ del cuatro (4) de noviembre de 2008, cuya respuesta se recibió el 14 de noviembre de 2008.¹⁴

Dictámenes Periciales

El apoderado de la parte convocante solicitó un dictamen pericial, para el cual el Tribunal nombró como perito al Ingeniero Jorge Ernesto Palomino quien tomó posesión de su cargo en audiencia del doce (12) de noviembre de 2008, tal como consta en Acta No 8.¹⁵

El dictamen¹⁶ fue presentado dentro del término legal, y durante el traslado del mismo la apoderada de la parte convocada solicitó su aclaración.

El Tribunal se pronunció en Acta No. 13 del veinticuatro (24) de febrero de 2009¹⁷ y decretó la ampliación y complementación del dictamen sobre algunos de los aspectos solicitados por la apoderada de la parte demandada, y ordenó de oficio responder aspectos adicionales.

Una vez revisado el texto de las aclaraciones presentado por el perito,¹⁸ el Tribunal dictó el auto del trece (13) de marzo de 2009 en el que ordenó al experto complementar el escrito de aclaración y complementación del dictamen con la respuesta a todas las preguntas que se habían sometido a su consideración (Acta No. 13), y ordenó a las partes cooperar con la documentación necesaria para tal efecto.

El dieciséis (16) de marzo de 2009 se notificó a las partes y al perito del auto del trece (13) de marzo referido anteriormente, fecha en la cual la apoderada de la parte convocada radicó escrito en el que objetó por error grave el dictamen y sus aclaraciones,¹⁹ sin que el Tribunal hubiere corrido traslado de estas últimas.

En atención al requerimiento del Tribunal, el veinticuatro (24) de marzo de 2009 el perito presentó nuevamente ampliación al dictamen.²⁰

Así mismo, el veintisiete (27) de marzo de 2009 se corrió traslado de la ampliación decretada de oficio de acuerdo con el numeral 4° del artículo 238 del C. de P.C., y de la ampliación solicitada por la parte convocada, en los términos del numeral 1° del artículo referido.

El dos (2) de abril de 2009, la apoderada de la parte convocada presentó nuevamente escrito en el cual objetó por error grave el dictamen y la ampliación al mismo, y solicitó que se decretara un nuevo peritazgo. Del anterior memorial se

¹² Cuaderno de Pruebas número 3, folio 098 y siguientes

¹³ Cuaderno Principal número 1, folio 253

¹⁴ Cuaderno de Pruebas número 2, folio 296 y 297

¹⁵ Cuaderno Principal número 1, folio 258

¹⁶ Cuaderno de Pruebas número 2, folio 346 y siguientes

¹⁷ Cuaderno Principal número 1, folio 296

¹⁸ Cuaderno de Pruebas número 2, folios 364 y siguientes

¹⁹ Cuaderno Principal número 1, folio 303

²⁰ Cuaderno de Pruebas número 2, folio 374

corrió traslado en los términos del numeral 5 del artículo 238 del C.P.C. Dentro del término de traslado, el apoderado de la parte convocante radicó un escrito en el que se opuso a la objeción por error grave presentada.

Posteriormente, el Tribunal decretó el dictamen solicitado como prueba de la objeción y nombró como perito al Ingeniero Camilo Andrés Reyes.

La posesión del perito Reyes se llevó a cabo el ocho (8) de mayo de 2009, audiencia durante la cual el Tribunal precisó el objeto de la prueba.

Estando dentro del término, el perito presentó el dictamen²¹ del cual se corrió traslado en auto del veintitrés (23) de junio de 2009.

Habiendo transcurrido el traslado en silencio, el Tribunal dictó el Auto del dos (2) de julio de 2009,²² en el que se ordenó de oficio la ampliación y complementación del dictamen en los términos que allí se disponen. Finalmente, la ampliación y complementación al dictamen fue presentada el veintidós (22) de julio de 2009.²³

Testimonios

Los testimonios decretados por el Tribunal, se practicaron de la siguiente forma:

- El testimonio del señor Ricardo Leguizamo Romero²⁴, se llevó a cabo el doce (12) de noviembre de 2008, según consta en el Acta No. 8.
- En esta misma audiencia del doce (12) de noviembre se llevaron a cabo los testimonios de Laura Gysella del Pilar Beltrán²⁵, y Clemente Alfredo Buitrago Amarillo²⁶.

Laura Gysella del Pilar Beltrán, aportó durante su declaración documentos que fueron incorporados al expediente.²⁷

- El testimonio del señor Jairo Iván Loaiza Agudelo²⁸ se llevó a cabo en audiencia del dieciocho (18) de noviembre de 2009, tal como consta en acta No. 9.

De las transcripciones de los testimonios elaboradas por del Centro de Arbitraje, se corrió traslado a las partes en el auto que consta en el Acta número 13, de fecha veinticuatro (24) de febrero de 2009.

Dentro del anterior término la apoderada de la parte convocada presentó escrito en el cual solicitó que se aclarara, en primer lugar, que el nombre verdadero de la testigo que figuraba como Laura Marcela del Pilar Beltrán Enciso era Laura Gysella del Pilar Beltrán Enciso, y en segundo lugar, que la persona que formulaba preguntas en representación de la parte convocada era la doctora Dora Cecilia Márquez Venegas, y no la doctora Ena Consuelo Tinoco, anterior apoderada.

²¹ Cuaderno de Pruebas número 3, folios 01 y siguientes

²² Cuaderno Principal número 1, folio 336

²³ Cuaderno de Pruebas número 3, folios 075 y siguientes

²⁴ La transcripción obra Cuaderno de Pruebas número 2, folios 308 a 317

²⁵ La transcripción obra en Cuaderno de Pruebas número 2, folios 298 a 307

²⁶ La transcripción obra en Cuaderno de Pruebas número 2, folios 318 a 329

²⁷ Cuaderno de Pruebas número 2, folios 292 a 295

²⁸ La transcripción obra en Cuaderno de Pruebas número 2, folios 330 a 341

Como consecuencia, el Tribunal en el auto que aparece en el Acta número 16, del tres (3) de abril de 2009, ordenó tener en cuenta las correcciones presentadas.

6. Término del proceso

Por no existir término especial pactado por las partes en la cláusula compromisoria y de conformidad con lo establecido en el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, el presente proceso arbitral tiene una duración de seis meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite que tuvo lugar el día veintinueve (29) de octubre de 2008.

En tales condiciones el término de duración del proceso se extinguiría el veintinueve (29) de abril de 2009. Sin embargo, las partes de común acuerdo, solicitaron al Tribunal que el término de duración del proceso fuera suspendido durante las siguientes fechas:

- Del 29 de octubre de 2008 al 11 de noviembre de 2008, ambas fechas inclusive, según Acta No. 7 del 29 de octubre de 2008, es decir, nueve (9) días.
- Del 13 de noviembre de 2008 al 17 de noviembre de 2008, ambas fechas inclusive, según Acta No. 8 del 12 de noviembre de 2008, es decir, dos (2) días.
- Del 19 de noviembre de 2008 al 14 de diciembre de 2008, ambas fechas inclusive, según Acta No. 9 del 18 de noviembre de 2008, es decir, diecisiete (17) días.
- Del 16 de diciembre de 2008 al 26 de enero de 2009, ambas fechas inclusive, según Acta No. 10 del 15 de diciembre de 2008, es decir, veintisiete (27) días.
- Del 25 de febrero de 2009 al 9 de marzo de 2009, ambas fechas inclusive, según Acta No. 13 del 24 de febrero de 2009, es decir, nueve (9) días.
- Del 30 de abril de 2009 al 7 de mayo de 2009, ambas fechas inclusive, según Acta No. 18 del 29 de abril de 2009, es decir, seis (6) días.
- Del 15 de mayo de 2009 al 28 de mayo de 2009, ambas fechas inclusive, según Acta No. 20 del 14 de mayo de 2009, es decir, nueve (9) días.
- Del 5 de junio de 2009 al 16 de junio de 2009, ambas fechas inclusive, según Acta No. 21 del 3 de junio de 2009, es decir, siete (7) días.
- Del 31 de julio de 2009 al 1° de septiembre de 2009, ambas fechas inclusive, según Acta No. 25 del 30 de julio de 2009, es decir, veintiún (21) días.
- Del 3 de septiembre de 2009 al 17 de noviembre de 2009, ambas fechas inclusive, según Acta No. 26 del 2 de julio de 2009, es decir, cincuenta y un (51) días.
- Del 24 de noviembre de 2009 al 9 de diciembre de 2009, ambas fechas inclusive, según Acta No. 29 del 23 de noviembre de 2009, es decir, once (11) días.
- Del 16 de diciembre de 2009 al 20 de enero de 2010, ambas fechas inclusive, según Acta No. 30 del 10 de diciembre de 2009, es decir, veintitrés (23) días.
- Del 22 de enero de 2010 al 21 de febrero de 2010, ambas fechas inclusive, según Acta No. 31 del 21 de enero de 2010, es decir, veintiún (21) días.

De acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 103 de la Ley 23 de 1991, antes citado, se adicionan los doscientos trece (213) días hábiles durante los cuales fue suspendido el proceso al término inicial, de forma que se vencería el día 15 de marzo de 2010.

En estas condiciones, el presente laudo es proferido dentro del término legal.

Capitulo II. ALEGACIONES DE LAS PARTES

En audiencia que tuvo lugar el día dos (2) de septiembre de 2009, los apoderados de las partes presentaron verbalmente sus alegaciones finales y entregaron un resumen escrito de las mismas para ser agregado al expediente.

1. Alegato de conclusión de la parte convocante

El alegato del apoderado de la parte convocante se resume como sigue:

Inició su escrito con un recuento de las pruebas recaudadas dentro del proceso, para ocuparse luego de cada una de las pretensiones formuladas en la demanda.

Así, en primer lugar, se refirió a la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, que afirma, fue alterado por un incremento brusco del precio del acero.

A este respecto anotó que el riesgo del incremento en los precios lo asume el contratista, siempre que el contrato se ejecute en el plazo pactado, pero que si se extiende en el tiempo con posterioridad a dicho término, procede el reajuste de su remuneración.

Agregó que dicho incremento desmesurado fue reconocido tanto por el interventor del contrato, Alfredo Buitrago, al rendir su declaración como por los peritos Jorge Palomino y Camilo Reyes en sus respectivas experticias.

Se refirió además a la declaración del ingeniero Jairo Iván Loaiza, funcionario de la SED, para anotar que este testigo reconoció el incremento del precio del acero y que su afirmación en el sentido de que los índices de la construcción no sufrieron variaciones por el comportamiento de los otros ítems, no fue probada.

De la misma manera mencionó que la entidad contratante reconoció el derecho de su representada al restablecimiento del equilibrio económico del contrato por haber operado silencio administrativo positivo.

Luego concluye sobre el particular que “el contratista tiene derecho a los reajustes que se ocasionan durante la ejecución y cuya causa no sea imputables (sic) a éste, inclusive si el contrato es a precio global fijo.”

En relación con la segunda pretensión, referida a un tramo del acueducto y a un hidrante, cuyo reconocimiento y pago como obras adicionales solicita, afirma que el perito Reyes evidenció que el hidrante no se encontraba incluido en las cantidades de obra que aparecían en el contrato.

Agregó que la testigo Laura Beltrán reconoció que la entidad no tenía cómo pagar o adicionar ese ítem, por lo cual resolvió compensar unas sumas que debía el contratista por concepto de servicios públicos, circunstancia ésta última que tampoco quedó demostrada.

En cuanto a la tercera pretensión, relativa al reconocimiento y pago del valor de la mayor área construida, afirma que el argumento de que el contrato se celebró a un precio global fijo, para justificar el no pago, es simplista.

Insiste en que la mayor área construida quedó plenamente demostrada dentro del proceso a través de las diferentes pruebas practicadas, de manera que, de conformidad con los principios de planeación contractual, conmutatividad de los contratos y enriquecimiento sin causa, sus poderadantes tienen pleno derecho al reconocimiento de los valores solicitados por el concepto aludido.

Finalmente menciona que se rompió el principio de proporcionalidad por haberse construido un área considerablemente mayor a la contratada.

Concluye su alegato solicitando la condena en costas para la entidad demanda.

2. Alegato de conclusión de la parte convocada

El alegato de conclusión presentado por la apoderada de la Secretaría de Educación se resume como sigue:

Solicita la apoderada de la entidad demandada que se declaren probadas las excepciones de “inexistencia de la obligación” y “Falta de causa para reclamar” puesto que su representada cumplió a cabalidad todas las obligaciones a su cargo tanto durante el proceso licitatorio, como durante el desarrollo y ejecución del contrato.

Afirmó que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil, los contratos son ley para las partes y deben ejecutarse de buena fe.

Agregó que es incontrovertible “que el contrato suscrito por las partes es bajo la forma de pago y costeo de precio global fijo sin reajustes”, de manera que al no haber sido modificado no hay obligación a cargo de su representada, por lo cual la excepción que denominó “inexistencia de la obligación” debe prosperar.

De la misma manera, a su juicio, el hecho de que la entidad demandada cumpliera todas las obligaciones a su cargo, conduce a declarar probada la excepción de “falta de causa para demandar.”

Afirma además que es extraño que el demandante no haya mencionado que el contrato se adicionó en una suma de trescientos cincuenta y un millones cincuenta y cuatro mil setecientos setenta y un pesos con setenta y cuatro centavos, conducta que encuentra poco transparente.

Al referirse a la primera de las pretensiones, la apoderada de la entidad demandada reitera que el tramo de acueducto y el hidrante cuyo reconocimiento se solicita, hacían parte de las obligaciones del contratista, por lo cual no hay lugar a pago adicional alguno.

En cuanto a la reclamación por el incremento del precio del acero, sostiene que fue contrarrestado por la reducción en los precios de los otros insumos utilizados en la construcción.

Agrega que no se demostró que la partida de imprevistos del A.I.U. pagado al contratista hubiera sido insuficiente para compensar el incremento en el precio del acero.

De otra parte, anota que no se cumplieron los requisitos necesarios para aplicar la teoría de la imprevisión.

Frente a la tercera pretensión, relativa a la mayor cantidad de obra construida, la demandada se opone a su reconocimiento pues según su dicho, el contratista no dejó ninguna salvedad a este respecto en el acta de liquidación del contrato.

Afirmó además, que en el contrato se pactó “una SUMA GLOBAL como remuneración al contratista, en la cual quedan incluidos todos los costos en los que éste debe incurrir para la ejecución de la obra” y que la entidad contratante no cambió los planos, ni aumentó el área total construida, pues se ejecutó exactamente lo que estaba previsto en el pliego de condiciones.

Considera también que, precisamente por no haberse establecido en ninguno de los antecedentes del contrato o en su texto el área que debía construirse, no puede haberse configurado un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad contratante.

De igual manera afirma que las obras no previstas “fueron señaladas en el pliego de condiciones y en el contrato y éstas fueron debidamente COMPENSADAS.”

Concluye enfatizando que durante la ejecución del contrato el contratista no solicitó el pago de la mayor obra ejecutada.

Con base en lo anterior pidió que se declararan probadas las excepciones y que se denegaran las pretensiones de la demanda.

3. Concepto del representante del Ministerio Público

En primer término hizo un recuento de los hechos relacionados en la demanda y transcribió las pretensiones, luego se refirió a los argumentos contenidos en la contestación de la demanda y a los dictámenes periciales practicados dentro del proceso y seguidamente hizo un resumen de los alegatos de conclusión presentados por los apoderados de las partes.

A continuación, se refirió a la afirmación de la apoderada de la parte demandada, en cuanto a que el contratista no había dejado plasmada su inconformidad en el acta de liquidación del contrato para concluir que la constancia que dejó la parte demandante en el texto del acta mencionada es suficiente, en los términos en los que se exige por la jurisprudencia.

Luego, afirmó que el contrato celebrado entre las partes es de obra pública, a precio global fijo, a propósito de lo cual transcribió definiciones del contrato a precio global, y agregó que en este caso, el acuerdo puede calificarse como sinalagmático perfecto, pues “las partes se sujetaron al cumplimiento de obligaciones recíprocas” y conmutativo.

De otra parte, se refirió al deber de las entidades estatales de mantener el equilibrio económico de los contratos que celebran y mencionó las causales de alteración de dicho equilibrio.

Más adelante se refirió a cada una de las pretensiones de la demanda, como sigue:

En relación con la primera pretensión que se dirige al reconocimiento de obras adicionales correspondientes a un tramo de acueducto y un hidrante, estima que no debe prosperar por tratarse de actividades incluidas en la propuesta del contratista, bajo el rubro de costos indirectos que se cotizan dentro del A.I.U.

Por lo que hace a la segunda pretensión, encaminada al reconocimiento del incremento en el precio del acero, cuyo pago fue solicitado a la entidad por el contratista sin haber recibido respuesta, circunstancia que a su juicio configuró un silencio administrativo positivo a su favor, el Procurador considera que la parte convocante si bien demostró que efectivamente tal incremento en el precio tuvo lugar, no acreditó que el equilibrio financiero del contrato se hubiera alterado por tal circunstancia hasta el punto de generar una pérdida, razón por la cual concluye que esta pretensión no habrá de prosperar.

Respecto de la tercera pretensión que busca el pago de la mayor obra ejecutada, el Representante del Ministerio Público manifestó que está probado que el contratista entregó un área mayor de construcción a la que cotizó y contrató, y que no hubo mala fe ni de la entidad contratante, ni del contratista al no haber revisado los planos aprobados por la Curaduría Urbana.

Sobre el particular transcribió un aparte de una sentencia del Consejo de Estado, que se refiere a un caso similar, en el cual la entidad demandada debió reconocer el mayor valor de la obra ejecutada.

Finalmente concluye que “estamos en presencia de una conducta que va en contra vía de los principios de planeación, buena fe y justicia conmutativa, que causó graves perjuicios al contratista y por tales hechos la Administración debe responder en aras de restablecer el equilibrio económico del contrato.”

A lo anterior agregó que “es pertinente reconocer al convocante la mayor cantidad de obra construida, tomando como base el peritaje realizado por Camilo Andrés Reyes, quien conceptuó (sic) que la mayor área construida es de 1.492 m”, y se tomaran (sic) los precios allí probados, los cuales se indexaran (sic) conforme a las fórmulas que para el efecto aplica el Consejo de Estado.”

CAPITULO III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Objeción por error grave al peritazgo del ingeniero Jorge Palomino Mutis, formulada por la apoderada de la parte demandada.

Antes de referirse a las pretensiones formuladas en la demanda, es procedente decidir la objeción por error grave que la parte convocada formuló contra el dictamen del perito Jorge Ernesto Palomino.

En cuanto a la contradicción del dictamen pericial, el Código de Procedimiento Civil expresa en su artículo 238:

“Para la contradicción de la pericia se procederá así:

“1. Del dictamen se correrá traslado a las partes por tres días durante los cuales podrán pedir que se complemente o aclare, u objetarlo por error grave.

‘(...)

‘4. De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán objetar el dictamen, por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas.’”

De suerte que para que proceda el error en un dictamen pericial, el mismo debe ser de tal magnitud que permita concluir que hubo una falta de pericia técnica o un descuido manifiesto en su elaboración.

Pero el Código exige, además, que ese grave error “haya sido determinante” en las conclusiones del perito o que éstas sean precisamente la fuente del mismo.

Sobre la materia hay abundante jurisprudencia originada en la Corte Suprema de Justicia,²⁹ posteriormente acogida por la Corte Constitucional³⁰ y el Consejo de Estado.³¹

Dicha jurisprudencia ha reiterado que: ‘(...) 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...**’ 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 de 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...’ (Resaltado fuera del texto).³²

Por una parte, el Tribunal no encuentra que en su dictamen, el ingeniero Palomino haya partido de bases equivocadas sino, por el contrario, que se ciñó a los fundamentos que las partes y los hechos de la demanda le indicaron, como se verá más adelante. Más aún, el dictamen le permitió al Tribunal inferir importantes conclusiones que se harán manifiestas a lo largo de éste laudo.

En cuanto al escrito de objeción de la parte convocada, en él se incluyen unas consideraciones generales al dictamen pericial que no son más que opiniones divergentes de las del perito, varias de ellas originadas en las preguntas que formularan las partes y el Tribunal. Con fundamento en tales consideraciones simplemente se afirma que las conclusiones de la experticia objetada son equivocadas.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Auto de 8 de septiembre de 1993, Exp. 3446, M.P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss

³⁰ Ver sentencia de la Corte Constitucional T- 920 del veintitrés (23) de septiembre de 2004, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

³¹ Ver Sentencia Consejo De Estado, Sección Tercera, del cinco (5) de marzo de 2008, C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

³² Corte Suprema de Justicia, Auto de 8 de septiembre de 1993, Exp. 3446, M.P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Es así como, la objetante afirma que “el peritazgo está mal planteado por el demandante ya que le solicitan [sic] al perito, establecer los M2 construidos, contradictorio a lo establecido en el objeto del contrato que dice expresamente lo siguiente: El alcance de los trabajos corresponde a la ejecución de la construcción POR ETAPAS DEL IED, de acuerdo con los planos, especificaciones y cantidades de obra entregados a la SED por el Diseñador responsable, Arquitecto Javier Vera Londoño.

“En ningún momento se hace referencia en el objeto contractual al valor por m2 construido, por lo anterior consideramos irrelevante para la controversia este tipo de pregunta al perito.”

Del texto antes transcrito se desprende que la objeción se refiere no al dictamen, sino a una pregunta que la parte convocante le formuló al experto, cuando aquélla solicitó la prueba. De ésta manera, es evidente que la respuesta del perito no puede considerarse como afectada de un grave yerro.

Lo mismo puede predicarse de las glosas que se formulan para cada pregunta en particular, de manera que ellas no conducen en ningún caso, a dejar sin piso el juicioso estudio elaborado por el perito Palomino.

He aquí algunos ejemplos:

a. En relación con la cantidad de obra efectivamente construida (Pregunta 1), la apoderada de la parte convocada no manifiesta en qué consiste el error grave en que habrían incurrido el primer dictamen y sus complementos, al medir las cantidades de obra efectivamente construidas y compararlas con las de la Licencia de Construcción. Sus argumentos se dirigen contra la pregunta misma que el Tribunal hizo al Perito en tal sentido, porque, según la convocada, el contrato tenía por objeto construir el IED Santa Marta con base en los planos suministrados a los proponentes por la SED, los cuales habían sido elaborados por un Arquitecto Diseñador contratado por la misma entidad.

Esta pregunta, por lo demás, ya se había formulado en el acápite de pruebas de la demanda cuando en ella se solicitó “[e]stablecer la extensión del área real construida y/o intervenida para el proyecto de construcción IED SANTA MARTA”

Como ya lo manifestara el Tribunal, el propósito de la objeción no es desvirtuar las preguntas que se le formulan al perito, sino las respuestas a las mismas cuando éstas carecen del fundamento debido en los términos antes expresados.

Es del caso indicar además, que en su oportuno momento, la convocada no se opuso a la formulación de las preguntas por las partes y el Tribunal.

Así, es evidente que la objeción a este respecto no cumple con las exigencias del artículo 238 del C.P.C.

También lo es, por consiguiente, que la objeción por error grave en lo concerniente a la comparación entre las cantidades de obra efectivamente construidas y las que la SED suministró a todos los proponentes en el proceso licitatorio, no está llamada a prosperar.

b. Sobre el período utilizado para indexar los precios de la mayor obra construida, la glosa de la convocada consiste en que no han debido utilizarse precios del año 2008, pues la obra se realizó entre febrero de 2004 y marzo de 2005.

En este punto, la objetante olvidó que en la ampliación y complementación de su dictamen, el perito hizo los cálculos teniendo en cuenta el período de ejecución de la obra, de acuerdo con lo ordenado por el Tribunal, a solicitud de ella misma.³³

Tampoco puede haber entonces, error grave en el peritazgo por este concepto.

c. Respecto de los aumentos en el precio del hierro, la objeción no se basa en posibles errores que haya cometido el perito en la metodología para calcular la proporción en que el precio del hierro se elevó durante la ejecución del contrato. Se trata más bien, de una argumentación jurídica encaminada a que se tenga en cuenta que si bien ese ítem subió de precio, el valor de otros disminuyó.

No hay entonces error grave a este respecto.

En conclusión, examinado el dictamen en conjunto, el Tribunal no encuentra error alguno que pueda invalidarlo. Por ende, la objeción formulada no prospera, como se consignará en la parte resolutive del laudo.

2. Las pretensiones de la demanda

2.1 Pretensiones de la demanda en materia de reconocimiento de obras adicionales consistentes en la ejecución de un tramo de acueducto y la instalación de un hidrante.

La pretensión declarativa primera de la demanda, ya transcrita, solicita “el reconocimiento de las obras adicionales, no contractuales, realizadas por el contratista, consistentes en la ejecución de un tramo de acueducto e instalación de un hidrante, necesarios para la debida funcionabilidad de la construcción.” A su vez, pide que se condene a la convocada “[p]or concepto de actividades adicionales, no contractuales, a la suma de \$9.828.444.00, equivalente al costo de ejecución de un tramo de acueducto e instalación de un hidrante. “

Dirigidas como van estas pretensiones al reconocimiento de obras adicionales, corresponde al Tribunal en primer termino analizar la naturaleza contractual o extra contractual de las mismas.

El contrato de Obra No. 146 de 24 de diciembre de 2003 estipula en el literal B numeral 14 de su cláusula cuarta (de las obligaciones del contratista); que éste “[r]ealizará a su costa, todos los trámites necesarios para la legalización (sic) los servicios Públicos. Los derechos de conexión serán pagados por la S.E.D., previo informe del Constructor y la aprobación de la Interventoría”. Luego, en su numeral 15 expresa “[e]l Constructor deberá solicitar a las entidades prestadoras de servicios públicos, (E.A.A.B, Energía, Telecomunicaciones, aseo, etc.) la respectiva Interventoría para la revisión y recibo final de las obras que tengan que ver con dicho servicio público (Los derechos de conexión estarán a cargo de la S.E.D. Los Medidores, obras requeridas para el recibo final por parte de las empresas de servicios públicos y demás estarán a cargo del Constructor.)”

³³ Acta número 12 del diez (10) de febrero de 2010.

De las estipulaciones del contrato de obra que aquí se analizan, se puede ver que los costos derivados de los trámites de legalización ante la Empresa de Acueducto, los de los medidores y los de las obras requeridas para el recibo final por parte de las empresas de servicios públicos y demás obras relacionadas eran de cargo del constructor.

Para el Tribunal los “trámites de legalización” de los servicios públicos, son las actividades necesarias para que dichos servicios operen a cabalidad. En este caso, serían los costos derivados de los procedimientos necesarios para que la empresa de Acueducto entre a prestar el servicio en condiciones normales, es decir habilitando una cuenta definitiva y un servicio continuo.

Cabe advertir que un trámite no es otra cosa que “cada uno de los estados y diligencias que hay que recorrer en un negocio hasta su conclusión”³⁴. En consecuencia, el suministro o la entrega de bienes no puede entenderse comprendido dentro del concepto de trámite. Por esta razón habrá que esclarecer si el hidrante y la ejecución de un tramo del Acueducto están dentro de otras obligaciones del constructor, tal como quedaron establecidas en la cláusula cuarta del contrato.

El ya mencionado numeral 15, literal B de la cláusula cuarta del contrato, atribuye al constructor la carga de suministrar los medidores de los servicios públicos y de ejecutar las demás obras requeridas para el recibo final por parte de la empresa de servicios públicos.

Adicionalmente, la propia Convocante, en su Oficio CVH- 098-2006 de 25 de julio de 2006, dirigido a la SED, reconoce que los costos en los que incurrió lo fueron para la legalización del Acueducto y consistieron en “la ejecución de un tramo de Acueducto e instalación de un Hidrante”. Aunque afirmó que tal actividad no estaba dentro del alcance del contrato, es evidente que el propio consorcio tenía claridad al respecto, en el sentido que tal obra era indispensable para la legalización del servicio público.

Así pues, como lo estipula el contrato, los costos y demás obras necesarias para el debido funcionamiento de los servicios públicos estaban a cargo del contratista, y por tanto, la solicitud hecha por el consorcio en cuanto al pago, por parte de la convocada, de la ejecución de un tramo de Acueducto y la instalación de un hidrante no está llamada a prosperar, en la medida en que tales actividades hacían parte de las obligaciones del constructor y se entienden dentro del objeto del contrato.

2.2 Pretensiones de la demanda en materia de Restablecimiento del Equilibrio Financiero del Contrato de Obra Pública No. 146 del 24 de Diciembre de 2003

Persigue la parte actora en este punto, una declaración del tribunal ordenando el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato de obra pública objeto de la presente litis, pretensión que sustenta en el “aumento inusitado y grave del valor del acero (insumo) durante la ejecución del contrato.”³⁵

Como consecuencia, solicita que se condene a la parte convocada a pagar, a título de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, “la suma de \$171.631.838.00, equivalente al sobre costo patrimonial en la ejecución de actividades afectadas por el cambio del precio del acero”,³⁶ es decir, que se le

³⁴ Definición Diccionario de la Real Academia Española.

³⁵ Pretensión segunda declarativa de la demanda, folio 3, Cuaderno Principal 1

³⁶ Pretensión segunda condenatoria de la demanda, folio 4 Cuaderno Principal 1

reconozca el valor intrínseco de la remuneración pactada o lo que es lo mismo, que ésta “no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.”³⁷

Al exponer los hechos sobre los cuales se sustenta la petición, las demandantes indican, en el marcado con el número 7, que durante la ejecución del contrato No 146 de 24 diciembre de 2003, el consorcio “solicitó el restablecimiento del equilibrio económico de la ecuación contractual, ante los incrementos ocurridos durante el mes de noviembre de 2003, del precio del acero, que tuvo alzas imprevisibles como consecuencia de un consumo inusitado de acero de refuerzo y acero estructural en la República de China, alzas que tuvieron efecto inmediato en el mercado colombiano (...)”³⁸

Sea este el momento de señalar que la ejecución del contrato nunca se puso en tela de juicio durante el presente proceso y que, según se desprende de los hechos 14 y 15 de la demanda, la obra convenida se adelantó hasta su terminación como consecuencia de lo cual las partes suscribieron, de común acuerdo, la correspondiente acta de liquidación del contrato.

Puede entonces deducirse del contenido de las segundas pretensiones –tanto la declarativa como la condenatoria, y de lo expresado en el hecho 7º antes transcrito– que la parte convocante considera rota “la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar”³⁹ y que ello se debió a “la ocurrencia de situaciones imprevistas”⁴⁰ que no fueron imputables al consorcio, no obstante las cuales éste ejecutó el contrato hasta su culminación.

Sin embargo, es preciso advertir que, en los fundamentos jurídicos de su demanda, las sociedades convocantes expresamente manifiestan que “tienen derecho previa solicitud a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables al contratista”⁴¹, que no es nada diferente a lo previsto en el artículo 5º, numeral 1º, inciso 2º de la Ley 80 de 1993.

En la Ley 80 de 1993 se contemplan dos posibilidades de restablecimiento del equilibrio contractual: una hasta el “punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas”⁴² y otra hasta la ecuación original, vale decir, hasta el punto en que se mantenga “la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según sea el caso.”⁴³

Así las cosas, se observa una falta de coherencia entre lo solicitado en las pretensiones segundas ya citadas y el fundamento jurídico sobre el cual las mismas descansan, ya que en las primeras se impetra el restablecimiento de la ecuación original, en tanto que en el segundo se afirma que el consorcio tiene derecho al restablecimiento del equilibrio contractual al punto de no pérdida.

³⁷ Ley 80 de 1993, artículo 5º, numeral 1º, inciso 1º

³⁸ Demanda, folio 6, Cuaderno Principal 1

³⁹ Ley 80 de 1993, artículo 27

⁴⁰ Ley 80 de 1993, artículo 5

⁴¹ Demanda, folio 10, Cuaderno Principal

⁴² Ley 80 de 1993, artículo 5º, numeral 1º, inciso 2º

⁴² Ley 80 de 1993, artículo 27, inciso 1º

⁴³ Ley 80 de 1993, artículo 27, inciso 1º

De conformidad con el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil. “[l]a sentencia deberá, entre otras cosas, estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda.”

Para el Tribunal es claro que las pretensiones han de ser la guía a la hora de desatar la controversia que se le ha planteado, motivo por el cual aquéllas han de prevalecer sobre el sustento jurídico y fáctico que el titular de la acción les quiera dar.

En este orden de ideas, siguiendo el texto de la demanda, el Tribunal entiende que el consorcio pretende ser reparado hasta la ecuación original del contrato y a la luz de esta pretensión, habrá de desatar la controversia.

2.2.1 El Equilibrio Contractual

Existen fundamentalmente dos criterios para definir el equilibrio contractual. Uno de ellos, de carácter subjetivo, es el de la equivalencia de las prestaciones a cargo de cada una de las partes, es decir de la igualdad de valor entre dos cosas. Se trata de aplicar la justicia conmutativa a las relaciones entre individuos, o lo que es lo mismo, al intercambio entre ellos, de donde resultan equilibradas las cargas que cada contratante asume, es decir, el objeto recibido y la prestación ejecutada.⁴⁴

Evidentemente, la noción de valor sobre la cual se construye el equilibrio es diferente para cada quien, toda vez que depende de factores tales como la cantidad de trabajo necesaria para producir un bien, la utilidad del mismo, su escasez o abundancia y el deseo de adquirirlo, entre muchos otros.⁴⁵

El segundo criterio, de carácter objetivo, es el de la creación óptima de riqueza, conforme al cual el contrato es el medio para lograr dicha creación. El acuerdo de voluntades estaría objetivamente equilibrado si al menos una de las partes incrementa su riqueza sin que se altere la situación de la otra. Habría, en este caso, un incremento en la riqueza global del contrato en la medida en que para una parte hay un enriquecimiento, sin que para la otra haya un detrimento.⁴⁶

Descansa pues, este criterio, sobre un análisis económico, es decir matemático, del contrato, que se traduce en una concepción objetiva del equilibrio contractual. De conformidad con lo anterior, el contrato tiene una dinámica propia, que exige adaptarlo cuando a través del mismo no se realice el óptimo inicial de creación de riqueza, o lo que es igual, desde que se haga manifiesto un desequilibrio.⁴⁷

Desde este punto de vista, el desequilibrio se presenta, entre otras cosas, cuando la situación de una de las partes se altera de manera grave, bien por causa de un hecho imprevisible, bien por la modificación de las circunstancias económicas.⁴⁸

Doctrinalmente no puede hablarse, hoy día, de la prevaecía de un criterio sobre otro, sino de su aplicación conjunta, en virtud de la cual el equilibrio contractual se

⁴⁴ FIN-LANGER, Laurence, L'équilibre Contractuel, L.G.D.J., 2002, París, pp.200-202. (Traducción del Tribunal)

⁴⁵ FIN-LANGER, Laurence, Op.Cit. p. 202 (Traducción del Tribunal)

⁴⁶ FIN-LANGER, Laurence, L'équilibre Contractuel, L.G.D.J., 2002, París, p.203. (Traducción del Tribunal)

⁴⁷ Ver FIN-LANGER, Laurence, Op. Cit., pp.203-204. (Traducción del Tribunal)

⁴⁸ Incluso algunos sectores de la doctrina sostienen que el cambio en la situación de uno de los contratantes da lugar a un desequilibrio del contrato, cuando, por ejemplo, no puede hacer frente a sus obligaciones. Ver FIN-LANGER, p.203-204.

manifiesta cuando, desde el punto de vista cuantitativo, hay reciprocidad o conmutatividad en las prestaciones a cargo de las partes y desde el punto de vista cualitativo, cuando hay equivalencia o proporcionalidad entre el conjunto de prestaciones del contrato.⁴⁹

Otro aspecto que resulta útil determinar es el del momento en el cual puede presentarse un rompimiento del equilibrio contractual. Ello puede acontecer al tiempo de la celebración del contrato, si las prestaciones fueron desiguales desde la formación del vínculo. También puede manifestarse durante la ejecución del acuerdo de voluntades, cuando las prestaciones, no obstante haber nacido iguales al momento de formación, perdieron esa condición en momento posterior.

El desequilibrio sobreviniente puede, a su turno, originarse en circunstancias ajenas o extrañas a las partes o, en el caso de los contratos estatales, en hechos imputables a la voluntad del Estado, en otras palabras en el “hecho del príncipe”.

En este último evento, por ejemplo cuando la administración pública ordena la modificación unilateral del contrato, nace para el contratista el derecho a ser indemnizado en forma integral, es decir, a recibir una reparación igual al perjuicio sufrido.

Cuando las cargas se encuentran descompensadas desde el nacimiento del contrato, se presenta la llamada lesión, pues “los imperativos de la justicia conmutativa no fueron respetados al momento de la celebración del contrato o mejor, en el momento de la determinación del contenido de las obligaciones creadas por dicho contrato.”⁵⁰

Ahora bien, si se llegasen a presentar circunstancias imprevisibles y extraordinarias ajenas a las partes, es preciso distinguir: cuando los efectos de las mismas son de carácter permanente, se hace imposible la ejecución del contrato y por ende, dada su naturaleza, constituyen una fuerza mayor o un caso fortuito;⁵¹ pero si las circunstancias son de carácter temporal, no resulta imposible la ejecución del contrato, sino que se altera el equilibrio contractual concebido por los contratantes. “Es una carga para el deudor que crea una falta de equivalencia entre sus prestaciones y las de su acreedor para con él.”⁵²

⁴⁹ Ver FIN-LANGER, Laurence, Op. Cit., p.238. (Traducción del Tribunal)

⁵⁰ LARROUMET Christian, Teoría General del Contrato, Volumen I, Editorial Temis, Bogotá, 1999, p. 313.

⁵¹ En Sentencia 14781 del 11 de septiembre de 2003 del Consejo de Estado con Consejero Ponente el Dr. Ricardo Hoyos se dijo al respecto de la diferencia entre la teoría de la imprevisión y la fuerza mayor : “El incumplimiento determinado por la fuerza mayor debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible. (...) En presencia de la teoría de la imprevisión, la prestación contractual se cumple en condiciones gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato. (...) En cambio, la fuerza mayor determina la irresponsabilidad del contratista frente a la no ejecución del objeto contratado, sin que ello comporte indemnización o compensación a su favor. (...) Se tiene así que la ocurrencia de la fuerza mayor impone demostrar que el fenómeno fue imprevisible y que no permitió la ejecución del contrato, en tanto que en la teoría de la imprevisión debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible no impidió la ejecución del contrato, pero hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista, porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impeditivos del fenómeno presentado.”

⁵² LARROUMET. Op.Cit. p. 329.

El tema del equilibrio contractual concretamente referido a los contratos de la administración pública, ha sido materia que de tiempo atrás viene ocupando al Consejo de Estado. Ello puede comprobarse en diversas sentencias, como la de 7 de marzo de 2002 en la que se lee: “[I]legal, jurisprudencial y doctrinariamente se ha admitido la posibilidad de que el contratista pueda pretender la adopción de medidas tendientes a restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato, teniendo en cuenta que existen diversos factores que pueden dar lugar a que ‘la economía del contrato se lesione, en forma tal, que el contratista no solo pierde la posibilidad de una ganancia justa sino que incurre en pérdidas que deben ser indemnizadas’. Se ha entendido que dicho equilibrio, ‘Implica que el valor económico convenido como retribución o remuneración a la ejecución perfecta de sus obligaciones (prestación del servicio o suministro de bienes etc.) debe ser correspondiente, por equivalente, al que recibirá como contraprestación a su ejecución del objeto del contrato; si no es así surge, en principio, su derecho de solicitar la restitución de tal equilibrio, siempre y cuando tal ruptura no obedezca a situaciones que le sean imputables.’”⁵³

“Ha sido una constante en el régimen jurídico de los contratos que celebra la administración pública, -expresa el Consejo de Estado- reconocer el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, como quiera que la equivalencia de las prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, constituyen principios esenciales de esa relación con el Estado.

“(…)

“En efecto, se ha reconocido que el equilibrio económico de los contratos que celebra la administración pública puede verse alterado durante su ejecución por las siguientes causas: por actos de la administración como Estado y por factores externos y extraños a las partes.

“(…)

“[E]n los factores externos, se encuentran las circunstancias de hecho que de manera imprevista surgen durante la ejecución del contrato, ajenas y no imputables a las partes, que son manejadas con fundamento en la teoría de la imprevisión.

“(…)

“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 Blum, 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.

⁵³ Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, del 7 de marzo de 2002, Consejero Ponente Dr. Alier Hernández Enriquez

“Es sólo cuando ese balance razonable se rompe que resulta equitativo restablecerlo porque había sido tomado en consideración como un elemento determinante del contrato.”⁵⁴

Es importante anotar que la anterior jurisprudencia ha sido objeto de evoluciones relativamente recientes que han conducido a distinguir, por su origen, los diversos factores externos y extraños a las partes que pueden ocasionar el mencionado desequilibrio, para clasificarlos en las siguientes categorías: fuerza mayor o caso fortuito, ya mencionada, sujeciones imprevistas y hechos imprevisibles y extraordinarios.

En cuanto a la distinción entre sujeciones imprevistas y hechos imprevisibles y extraordinarios, el Consejo de Estado ha dicho que “(...) si bien la teoría de las sujeciones materiales imprevistas fue manejada con anterioridad por la jurisprudencia dentro de la teoría de la imprevisión realmente observa la Sala en esta oportunidad que se trata de un título de imputación diferente, por cuanto, no obstante que comparten algunos rasgos característicos y en ambas se hace más gravosa u onerosa la ejecución del contrato, como lo anota Berçaitz la primera, ‘... se diferencia de la teoría de la imprevisión en que el evento que produce la dificultad o la mayor onerosidad del cumplimiento del contrato, corresponde con carácter general al álea económica, es decir, provocada por causas ajenas a las partes, pero originada por factores de tipo económico, en tanto la dificultad material imprevista ocurre en el caso concreto particular del contrato de que se trate por la aparición anormal de un elemento de la naturaleza imposible de prever al momento de celebrarse. Además, en la teoría de la imprevisión, el evento que produce la alteración de la ecuación económico - financiera es siempre sobreviniente, en tanto la dificultad material imprevista es generalmente concomitante con la celebración del contrato, y solo excepcionalmente, sobreviviente (...) por ejemplo, el cambio sorpresivo anormal del curso de un río que lo haga más oneroso

“En síntesis, mientras las sujeciones o dificultades materiales imprevistas corresponden a un álea física o natural que se encuentra presente al momento del nacimiento del contrato y luego emergen en su ejecución, en la teoría de la imprevisión las circunstancias extraordinarias son sobrevinientes a la relación contractual y corresponden a un álea económica o financiera; por tanto, la Sala precisa que la sujeción o dificultad material imprevista no es una modalidad de la teoría de la imprevisión, como se venía manejando en la jurisprudencia, sino que se trata de otro factor diferente de imputación de responsabilidad de la entidad contratante para restablecer el equilibrio económico del contrato.”⁵⁵

Corresponde ahora establecer bajo qué condiciones procede el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato a la luz de la teoría de la imprevisión, pues ella fue la que invocó la parte actora en defensa de sus pretensiones.

2.2.2 La Teoría de la Imprevisión.

En palabras del tratadista Miguel S Marienhoff, la teoría de la imprevisión, también denominada del riesgo imprevisible, o de lesión sobreviniente, “es el medio que la ciencia jurídica proporciona para que, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles -posteriores a la celebración del contrato administrativo-,

⁵⁴ Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, de 29 de mayo de 2003. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

⁵⁵ Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, de 20 de noviembre de 2008, Consejera Ponente, Dra. Ruth Stella Correa Palacio,

pero temporarias o transitorias, que alteran la ecuación económico-financiera de tal contrato, deteriorando dicha ecuación en perjuicio del cocontratante, éste pueda requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar esa crítica situación y poder, así, cumplir o seguir cumpliendo el contrato. Desde luego, tales circunstancias han de ser ajenas a la voluntad del cocontratante.”⁵⁶

Así pues, para que tenga cabida la teoría en cuestión, “(...) hace falta que la gravedad y la persistencia del déficit excedan lo que el cocontratante haya podido y debido razonablemente prever.”⁵⁷

En efecto, “[e]l hecho imprevisto no solo debe afectar o encarecer la ejecución del contrato sino que debe verdaderamente trastornar su economía general, toda su ingeniería financiera. Esta es una particularidad fundamental de la imprevisión. La pérdida que sufre el contratista debe, en últimas, ser tan importante que el riesgo de su ruina ponga en peligro la prestación del servicio o la gestión objeto del contrato.”⁵⁸

Frente a lo anterior, es preciso reiterar que el hecho también debe ser ajeno a la voluntad de la entidad estatal que celebra el contrato, pues si no lo fuera, ocurriría el llamado hecho del príncipe, con la aclaración expresada por Marienhoff, en el sentido de que si el acontecimiento proviene “de una autoridad pública perteneciente a una esfera u orden jurídico distinto del que corresponde a la autoridad que intervino en la celebración del contrato (...) la situación creada es enteramente asimilable a la del acontecimiento perturbador ‘extraño’ o ‘ajeno’ a la voluntad estatal. (...)”⁵⁹

Por su parte, la Ley 80 de 1993 enuncia, como uno de los principios fundamentales “(...) la conservación de la ecuación inicial, entendida como el conjunto de derechos y deberes de las partes, definido en el momento de celebración del contrato.”⁶⁰

En efecto, el Título II del Estatuto Contractual contentivo de los Principios de la Contratación Estatal enuncia en su artículo 27: “En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. (...)”

Esta es la regla general, mas no la única. Como bien lo expresa el tratadista José Luis Benavides, “Pese a este principio general definido por el artículo 27 de la ley, el numeral 1º del artículo 5º consagra un tratamiento especial para los hechos nuevos que afectan las condiciones de ejecución del contrato y que no son imputables a las partes.”⁶¹

Dice la disposición citada: “Para la realización de los fines de que trata el artículo 3º de esta ley, los contratistas:

⁵⁶ MARIENHOFF Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 501

⁵⁷ RIVERÒ Jean, Derecho Administrativo, Traducción de la 9ª Edición, Instituto de Derecho Público de las Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, p. 142.

⁵⁸ BENAVIDES José Luís, El Contrato Estatal, entre el Derecho público y el <Derecho Privado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 398

⁵⁹ MARIENHOFF Miguel S., Op. Cit. p.///

⁶⁰ BENAVIDES José Luís, El Contrato Estatal, entre el Derecho público y el Derecho Privado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p 140.

⁶¹ BENAVIDES José Luís, El Contrato Estatal, entre el Derecho público y el Derecho Privado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p 140

“1[T]endrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas.”

“En estos términos,-continúa el tratadista citado - se podría considerar que en las sujeciones imprevistas, así como en la imprevisión, el legislador conservó el espíritu de solidaridad de la jurisdicción francesa. Por consiguiente el desequilibrio para el contratante no debe solucionarse según las reglas de la ecuación contractual, y en la práctica según el principio del riesgo contractual (...), sino a través del reconocimiento de una indemnización al contratista que compense todas las pérdidas que tuvo que soportar o que deberá soportar de manera cierta.

“Sin embargo, como este tipo de hechos no son imputables a la administración contratante, el contratista no puede pretender una indemnización integral de su perjuicio, que compensaría no sólo sus pérdidas sino también lo que aspiraba ganar.”⁶²

“Con todo, como la ejecución del contrato es fundamental para el interés general, y como el contratista privado colabora con esta finalidad, resulta equitativo que la administración asuma los gastos extracontractuales consecuencia de la ejecución del contrato en las condiciones imprevistas, pero sin incluir lo que el contratista dejó de ganar, es decir el lucro cesante. Si bien es cierto que no es equitativo que el contratista se sacrifique asumiendo los gastos extracontractuales, también es equitativo que no saque provecho de una situación que no es imputable a la administración.

“(…) [E]l motor de la imprevisión administrativa no es el reequilibrio de la relación contractual sobre la base de los riesgos, como en la imprevisión comercial, sino el espíritu de colaboración entre las partes contratantes para superar la crisis del contrato y lograr su ejecución”⁶³

Se trata pues, de una regla especial para los hechos imprevistos ajenos a las partes, para los cuales la ley no prevé el restablecimiento de la ecuación contractual a su estado inicial sino al punto de no pérdida, situación en la cual hay un enriquecimiento de una de las partes, pero, no hay empobrecimiento de la otra, o dicho de otra manera, hay un equilibrio “objetivo” del contrato.⁶⁴

Por otra parte, y en lo referente a la alteración de la economía del contrato, dice el Consejo de Estado que “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*,

⁶² BENAVIDES José Luís, *El Contrato Estatal, entre el Derecho público y el Derecho Privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p 140

⁶³ BENAVIDES José Luís, *Op. Cit.* P. 400

⁶⁴ De tiempo atrás el Consejo de Estado ha sostenido esta posición doctrinal (Sentencias Consejo de Estado Sección Tercera: Sentencia del 15 de febrero de 1999, expediente No. 11.194, sentencia del 21 de junio de 1999, expediente No. 14.943, sentencia del 13 de julio de 2000, expediente No.12.513 y Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 2001, expediente No. 12.083.)

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' (Subraya la Sala)"⁶⁵

Por consiguiente, la parte afectada por un hecho imprevisto, ajeno a su voluntad, sólo puede acceder a la indemnización por imprevisión en la medida en que se haya desequilibrado el contrato y solo hasta el punto en que su ejecución no le genere pérdidas, mas no hasta la restauración de la ecuación original.

La jurisprudencia también se ha encargado de establecer las condiciones bajo las cuales cabe invocar la teoría de la imprevisión en auxilio del contratante afectado por el hecho imprevisible y extraordinario. En efecto, de acuerdo con los lineamientos del Consejo de Estado, solo resulta procedente la aplicación de la teoría de la imprevisión cuando se hacen manifiestas las siguientes circunstancias:

"1. La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato.

"2. Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato.

"3. Que no fuese razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato."⁶⁶

En el caso que nos ocupa, la ecuación económico-financiera del contrato pudo haber sufrido un impacto con ocasión del hecho perturbador (el alza en el precio del acero) y de la íntima correlación entre lo uno y lo otro, pero ello no legitima al consorcio afectado para pedir que se restablezca el equilibrio original del convenio, como aparece en la pretensión segunda declarativa de la demanda porque, según quedó explicado, la ley no prevé tal posibilidad, ya que la reparación solo llegaría hasta el punto de no pérdida.

Por esta sola razón, ni la pretensión segunda declarativa ni la consecencial segunda condenatoria habrían de prosperar.

Sin embargo, si el consorcio hubiera solicitado el restablecimiento de la ecuación contractual hasta el punto de no pérdida, la pretensión estaría igualmente condenada a fracasar, pues el efecto de la perturbación invocada no fue tal que causara al contratante un perjuicio susceptible de repararse a la luz de la teoría de la imprevisión.

Los documentos que obran en el expediente⁶⁷, indican a las claras que, por concepto de utilidad, el consorcio incluyó en su oferta un 5 % de los costos directos de la obra, es decir la suma de \$ 205.728.096.90 y que la utilidad le fue pagada en la medida en

⁶⁵ Sentencia de 29 de mayo de 2003. Sección Tercera Consejo de Estado Magistrado Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

⁶⁶ *Ibíd*em

⁶⁷ Propuesta del Consorcio Varela-Heymocol a la Secretaría de Educación (folio 218, Cuaderno de Pruebas 2), Anexo Técnico No. 1, Cuadro de Cantidades-Precios Unitarios, Presupuesto Oficial (folio 153-167, Cuaderno de Pruebas 2), actas parciales del contrato No. 146 (1, 2, 3, 4, 5, 6, 6ª, 7, 8 y 8ª en folios 66ª 91 del Cuaderno de Pruebas 1) y la Valoración del Interventor Externo sobre la reclamación del consorcio para el reconocimiento del incremento del valor del hierro (folios 31 a 34 del Cuaderno de Pruebas 1).

que se le reembolsaron los valores que se hicieron constar en las actas parciales de obra, incluido el AIU que por medio de ellas se reconoció a los hoy convocantes.

Siguiendo la pauta trazada por la jurisprudencia, para encontrar si existe o no pérdida en el contrato, se hace necesario cotejar la partida convenida como utilidad, con el monto de las pérdidas que el consorcio contratista aspira a que le resarzan, teniendo en mente “que la utilidad es el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato (...)”⁶⁸.

Por lo tanto, no se debe incluir dentro del beneficio que el contratista espera recibir, el porcentaje establecido en el contrato para los imprevistos, el cual “como su nombre lo indica, está destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato.”⁶⁹

Como lo ha sostenido el Consejo de Estado: “Es usual en la formulación de la oferta para la ejecución de un contrato de obra, la inclusión de una partida de gastos para imprevistos y esa inclusión e integración al valor de la propuesta surge como una necesidad para cubrir los posibles y eventuales riesgos que pueda enfrentar el contratista durante la ejecución del contrato. Sobre la naturaleza de esta partida y su campo de cobertura, la doctrina, buscando aclarar su sentido, destaca que la misma juega internamente en el cálculo del presupuesto total del contrato y que se admite de esa manera ‘como defensa y garantía del principio de riesgo y ventura,’ para cubrir ciertos gastos con los que no se cuenta al formar los precios unitarios.

“El porcentaje de imprevistos significa, pues en su origen, la salvaguarda frente a los riesgos ordinarios que se producen en los contratos de obra y que, al no poder ser abonados con cargo a indemnizaciones otorgados por la Administración cuando se produzcan (ya que la técnica presupuestaria lo impediría en la mayoría de los casos), son evaluados a priori en los presupuestos de contrata. Cubre así los riesgos propios de toda obra, incluidos los casos fortuitos que podíamos llamar ordinarios (...) El porcentaje de imprevistos es, por tanto, una cantidad estimativa, con la que se trata de paliar el riesgo propio de todo contrato de obra. Como tal, unas veces cubrirá más y otras menos de los riesgos reales (los que, efectivamente, se realicen), y ahí radica justamente el álea del contrato”.⁷⁰

2.2.3 La utilidad en el contrato de obra pública No. 146 del 24 de diciembre de 2003

El valor total del contrato, con sus correspondientes adiciones, incluido naturalmente el AIU (19.89 %), alcanzó la suma de \$ 4.905.713.042. 74. 71 La utilidad pactada fue de un 5% y en cifras fue igual a \$ 205.728.096.90

Por su parte, el consorcio contratista solicitó un reajuste en el valor del contrato por el incremento en el precio del acero que tasó en \$171.631.838. Toda vez que la utilidad reconocida y pagada al contratista en virtud del contrato fue mayor que el incremento en el precio del acero que ocasionó el reclamo, no hay lugar, según la ley y la jurisprudencia, a reajuste alguno. En efecto, aun después de descontado el

⁶⁸ Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, de 29 de mayo de 2003, Consejo de Estado Ricardo Hoyos Duque.

⁶⁹ Ibídem

⁷⁰ Ibídem

⁷¹ Acta de Liquidación folios 12 a 15 Cuaderno Principal

sobrepeso del acero, no desaparece la totalidad del beneficio, quedando para el contratista una utilidad de \$34.096.258.90.

Así las cosas, las pretensiones segundas tanto la declarativa como la condenatoria, habrán de rechazarse, como en efecto lo hará el Tribunal en la parte resolutive del laudo.

Por otra parte, no habiendo prosperado ni las pretensiones primeras, ni las segundas, para el Tribunal es claro que huelga cualquier análisis respecto del silencio administrativo positivo al que se hizo referencia en la demanda.

2.3 La tercera pretensión

La tercera pretensión declarativa busca, por una parte, que “se declare que la entidad convocada incumplió con el principio de planeación contractual, al estimar un área de construcción totalmente inferior a lo que realmente se ejecutó”, y por otra, que se ordene “el reconocimiento y pago de la mayor área construida dada la conmutatividad del contrato estatal No. 146 de 2.003 y en últimas, en virtud del enriquecimiento sin causa por parte de la SED.”⁷²

Esta pretensión guarda relación con la tercera condenatoria, en la cual se solicita pagar “por concepto de la mayor área ejecutada y construida (9.455 M2), la suma de \$ 2.868.356.053.00, o la suma que pericialmente se determine, teniendo en cuenta que el área proyectada por la entidad con base en la licencia de construcción era de 5.966.44 M2.”⁷³

El Tribunal hará, en primer lugar, un breve estudio del marco conceptual del principio de la planeación contractual, reconocido en forma unánime por la doctrina y la jurisprudencia como uno de los pilares fundamentales de la contratación estatal.

Posteriormente entrará a examinar el fundamento constitucional y la tipificación legal del citado principio con el objeto de establecer si los hechos materia de este proceso y las pruebas decretadas y practicadas dentro del mismo, permiten su aplicación al caso sometido a la decisión de este Tribunal, como lo solicita la parte convocante.

2.3.1 Marco conceptual

2.3.1.1 Fundamento constitucional del principio de la planeación contractual

La Constitución Política de 1.991, a diferencia de la de 1.886, consagró varios principios fundamentales que orientan las funciones administrativas de las entidades estatales. Así, el artículo 209 de la Carta enuncia como principios esenciales del desarrollo de la función administrativa, los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Un sector de la doctrina colombiana considera que de este canon constitucional, interpretado en concordancia con los artículos 339 y 341 de la Carta, se puede inferir el principio de la planeación contractual como uno de los rectores del contrato estatal.⁷⁴

⁷² Cuaderno principal número 1, folio 3.

⁷³ Cuaderno principal número 1, folio 4.

⁷⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “Aspectos Relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1.993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública”, artículo publicado en la obra

Así mismo, el principio de la planeación contractual ha sido objeto de profundo estudio por parte del Consejo de Estado, el cual, en numerosas providencias, se ha pronunciado sobre su aplicación a la contratación estatal. En reciente sentencia expresó:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido repetidamente que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable, antes de asumir compromisos específicos en relación con los términos de lo que podrá llegar a ser un contrato y por supuesto mucho antes de su adjudicación y consiguiente celebración, la elaboración previa de estudios y análisis serios y completos antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos y análisis técnicos; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de los contratos, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras y servicios que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores y constructores profesionales que estén en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar.”⁷⁵ (Subrayado fuera del texto)

Como conclusión de este breve análisis, el Tribunal considera que el principio de la planeación en materia de contratación estatal encuentra su fundamento constitucional en los principios de igualdad, eficacia, economía y publicidad que guían las funciones administrativas de las entidades estatales y que el mismo tiene por objeto impedir que la contratación sea el resultado de la improvisación y de la ausencia de organización, coordinación y coherencia que haga imposible el cumplimiento de los fines del Estado, todo ello en cumplimiento del artículo 209 de la Constitución Política, cuyo desarrollo legal esta previsto en el artículo 3º de la Ley 80 de 1.993. En virtud de esta norma, los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y durante la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

2.3.1.2. Tipificación legal del principio de la planeación contractual

“Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2.007”. Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C. Agosto de 2.009, p. 42.

⁷⁵ Consejo de Estado, sentencia de 25 de febrero de 2.009, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez

En lo que se refiere a los antecedentes normativos de la contratación estatal, ni los Decretos 150 de 1.976 y 222 de 1.983, ni, posteriormente, el Estatuto General de Contratación Pública (Ley 80 de 1.993), tipificaron en forma expresa el principio de la planeación de los contratos estatales. No obstante, según lo han sostenido tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como la doctrina⁷⁶, varias de las disposiciones contenidas en el Decreto 01 de 1.984, mediante el cual se expidió el Código Contencioso-Administrativo y en la Ley 80 de 1.993, hacen referencia a dicho principio, que constituye uno de los elementos esenciales de la contratación estatal.

Así se deduce del contenido del artículo 2º del Decreto 01 de 1.984 y de los artículos 25, 26 y 30 de la Ley 80 de 1.993, en especial el numeral 12 del artículo 25 que establece la obligación, a cargo de las entidades estatales, de elaborar con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, los estudios, diseños y proyectos requeridos.

La doctrina nacional, con influencia importante del derecho español, ha definido la planeación: “como una herramienta para la gestión contractual pública, que implica que todo proyecto que pretendan adelantar las entidades públicas debe estar precedido de estudios encaminados a determinar su viabilidad técnica y económica, con ello se pretende dar aplicación a la racionalidad del gasto público en concordancia con las necesidades públicas en un momento determinado, razón por la cual previamente a la ejecución de un contrato, la administración debe efectuar los estudios de factibilidad, proyectos e investigaciones necesarios para determinar su conveniencia, necesidad, oportunidad y valor aproximado de acuerdo con la fluctuación y estado del mercado. Lo anterior significa que este postulado debe estar presente antes de la iniciación del procedimiento de selección, es decir, desde el momento mismo en que la Administración Pública siente la necesidad de contratar porque existe la carencia, y a través de la institución contractual la suple”.⁷⁷

Aunque no resulta aplicable en el presente caso por ser posterior a la celebración del contrato estatal objeto de la presente litis, no está de más observar que una de las grandes contribuciones y un acierto de la reforma al estatuto general de contratación pública, contenida en la Ley 1150 de 2.007 y en su Decreto reglamentario 2474 de 2.008, fue precisamente la ampliación del principio de planeación en los contratos estatales.

Como quedó dicho, tal principio ya se había contemplado en el artículo 25, numeral 12, de la Ley 80 de 1.993, especialmente en lo que se refiere a la exigencia de los estudios previos en los procesos de selección de contratistas. Este último aspecto fue reglamentado en su oportunidad por el artículo 8º del Decreto 2170 de 2.002, reglamentario a su turno, de la Ley 80 de 1.993, norma ésta que sí rige para el caso materia del presente proceso, pues era la vigente al momento de la celebración del contrato de obra 146 de 2003.

Resulta del caso precisar que el Decreto 2170 de 2002 fue derogado por el Decreto 066 de 2.008. Por lo tanto, rigió durante toda la vida del contrato de obra 146 de 2003 suscrito el 24 de diciembre de 2003 y liquidado el 4 de agosto de 2006. En consecuencia, por virtud del principio de ultraactividad de la ley en materia contractual, consagrado en el artículo 38 de la Ley 153 de 1.887, aquél resulta aplicable a la presente litis.

⁷⁶ SANTOFIMIO, Jaime Orlando, Op . p. 42

⁷⁷ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, “La configuración del contrato de la Administración Pública en Derecho colombiano y español”. Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2.005, p. 602.

Ahora bien, en lo que se refiere al presente proceso, el Tribunal se ocupará fundamentalmente del análisis conceptual del primer elemento que estructura el principio de la planeación contractual, consistente en la obligación de las entidades estatales de elaborar los estudios previos que sirvan de base al proceso de selección y al contenido del contrato estatal, toda vez que tal obligación es requisito de carácter sustancial para que el contrato estatal produzca sus efectos finales.

Como ya se observó, esta exigencia se encuentra prevista en el artículo 25, numeral 12 de la Ley 80 de 1.993, reglamentado minuciosamente en el Decreto 2170 de 2.002. El artículo octavo de la última disposición citada señala claramente cuáles son los estudios y documentos previos que debe elaborar la entidad contratante, cuál el alcance de los mismos y cuál el contenido mínimo que ellos deben reunir.

En efecto, al desarrollar los postulados del artículo 25, numerales 7 y 12 de la Ley 80 de 1.993, el artículo 8º del decreto 2170, define los estudios y documentos previos como aquellos documentos definitivos que sirven de soporte para la elaboración del pliego de condiciones, con el objeto de que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como la distribución de riesgos propuesta.

Para cumplir con el principio de la publicidad, dichos estudios y documentos previos deben ponerse a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliegos de condiciones, y deben comprender, entre otros, los siguientes elementos, que para el caso presente resultan particularmente relevantes:

- a) La definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.
- b) La definición técnica de la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad, que entre otras cosas puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o prediseño.
- c) Las condiciones del contrato que se va a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo.
- d) El soporte técnico y económico del valor estimado del contrato.
- e) El análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista.

Respecto de estos elementos, la doctrina nacional se ha expresado en la siguiente forma: “Obsérvese que el legislador les traslada a los responsables de la contratación pública de cada entidad estatal la obligación perentoria e inobjetable de seleccionar, definir y perfeccionar los objetos por contratar mediante estudios, diseños o proyectos, de manera que se puedan ver sus más profundas intimidades, con el propósito de obtener los elementos objetivos para elaborar jurídicamente el objeto del negocio por celebrar (...)” y agrega a continuación que “[e]l legislador aspira a que la administración posea la información y conozca cada uno de los aspectos y la problemática del objeto por contratar de forma tan precisa como si ella misma lo fuera a ejecutar”.⁷⁸

2.3.2 Hechos alegados por las partes que fundamentan y controvierten la vulneración del principio de planeación.

⁷⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Ob. Cit. Pág. 48.

2.3.2.1 Hechos de la demanda

La parte convocante, al hacer referencia al principio de planeación contractual en los hechos 13, 14 y 15 de su demanda, alega que el mismo fue desconocido por la SED y basa su argumento en la diferencia entre el área prevista para el IED SANTA MARTA, establecida en la licencia de construcción expedida por la Curaduría Urbana 2 de Bogotá, D.C., y el área que el consorcio finalmente construyó y entregó, la cual, según el acta de liquidación del contrato objeto de la litis, resultó ser de 9.455.00 M2.

Es importante advertir en este punto, que la referida licencia de construcción, en la cual se menciona un área de 5.966.44 M2, fue uno de los documentos que sirvió de base al proceso licitatorio y que a partir de la licencia se elaboró el presupuesto de la obra.

Para probar la vulneración del principio de planeación en la cual radica el fundamento de su pretensión tanto declarativa como condenatoria, la parte convocante aportó como prueba documental la licencia de construcción expedida por la Curaduría Urbana 2 de Bogotá, D.C. y solicitó la práctica de una prueba pericial, que fue decretada por el Tribunal, la cual se practicó en su oportunidad y será debidamente analizada en el presente laudo, junto con otra prueba pericial decretada de oficio.

2.3.2.2 Contestación de la demanda

La parte convocada, al contestar la demanda, dio respuesta a los hechos planteados por la convocante sobre la vulneración del principio de planeación, oponiéndose a cada uno de ellos, pero centrando su argumentación principalmente en el hecho de que el contrato administrativo que tuvo por objeto la construcción del IED SANTA MARTA, fue celebrado bajo la modalidad de precio global fijo sin reajustes, entendiéndose como tal aquel en el que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija. Alega que la invariabilidad del precio global convenido es la característica principal de dicha modalidad, toda vez que el contratista asume la responsabilidad de mantener el precio pactado y corre los riesgos propios de tal estipulación.

2.3.3 Análisis y valoración probatoria de los hechos y pruebas relacionados con el principio de planeación contractual

2.3.3.1 Análisis de los hechos materia del proceso

De los hechos alegados por las partes se deduce que el centro fundamental de la controversia, en lo que hace relación a las pretensiones terceras, tanto la declarativa como la condenatoria, gira sobre el área efectivamente construida por la convocante, respecto de la cual hay dos posiciones diametralmente opuestas, resumidas por el Tribunal en el numeral anterior.

En principio y partiendo del contenido de los pliegos de condiciones y del contrato, el Tribunal observa que el área por construir no se mencionó concretamente en ninguno de estos documentos. Sin embargo, la convocada sí suministró los elementos para determinarla, ya que, tratándose de la modalidad contractual “*de precio global fijo y sin reajustes*”, el área por construir según el contrato era indeterminada pero determinable.

Así se deduce de la cláusula segunda del contrato, la cual es del siguiente tenor: “ALCANCE DEL OBJETO: El alcance de los trabajos corresponde a la ejecución de la construcción POR ETAPAS DEL IED SANTA MARTA, de acuerdo con los planos, especificaciones y cantidades de obra entregados a la SED por el diseñador responsable, Arquitecto Javier Vera Londoño.”

A lo largo del proceso, las partes mantuvieron sus posiciones abiertamente contradictorias. Mientras que para la convocada el contrato no especificó un área en términos de metros cuadrados, para la convocante dicha área sí se mencionó, pues la licencia de construcción se otorgó para construir la precisa cantidad de 5.966.44 m².

El Tribunal observa que la Licencia de Construcción y su prórroga –la cual no modificó el área por construir- fueron entregadas por la convocada a todos los proponentes, incluyendo obviamente a la convocante. No obstante, en el contrato no hay referencia a tal documento, con excepción de una indirecta que se hace en la cláusula vigésima tercera (DOCUMENTOS), según la cual: “[s]on documentos básicos, antecedentes y fundamentos de este contrato y que forman parte integral del mismo los que se enuncian a continuación:

“J) Los demás documentos que directa o indirectamente se relacionen con este contrato o su ejecución”.

Sin duda la licencia de construcción es uno de tales documentos, motivo por el cual ella hace parte fundamental de los documentos previos a que se refieren los numerales 7^o y 12^o del artículo 25 de la ley 80 de 1.993. Además, dicha licencia tuvo una relevancia especial en los dos dictámenes periciales practicados, como se analizará más adelante.

2.3.3.2 Pruebas solicitadas por las partes, decretadas y practicadas por el Tribunal

Para sustentar su posición, la convocante, además de aportar la licencia de construcción, solicitó en la demanda que se decretara una prueba pericial, para establecer el área realmente construida o intervenida. Lo anterior con el propósito de determinar la mayor cantidad de obra construida frente a la que aparece en la licencia de construcción. El dictamen así pedido fue rendido por el perito ingeniero Jorge Enesto Palomino Mutis⁷⁹ y fue ampliado en dos ocasiones por el mismo.

Adicionalmente, el Tribunal decretó de oficio un segundo dictamen pericial mediante auto de fecha 8 de Mayo de 2.009, el cual se practicó en su integridad, habiéndolo rendido el perito ingeniero Camilo Andrés Reyes Rodríguez.⁸⁰

Por su parte, la convocada solicitó, en la contestación de la demanda, tener como pruebas documentales una serie de documentos que aportó en distintas etapas del proceso, siendo la última entrega la efectuada el 10 de Diciembre de 2009.

La prueba documental que obra en el expediente, relacionada con el área construida, está contenida en los siguientes documentos, que fueron aportados por las partes al proceso y analizados por el Tribunal:

- Los pliegos de condiciones y sus adendas.⁸¹

⁷⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 0346 a 0377

⁸⁰ Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 0001 a 0096

- La licencia de construcción contenida en la Resolución de la Curaduría Urbana No.2 de Bogotá CU 2-2000-175, del 22 de septiembre de 2000 y su prórroga, contenida en la Resolución CU 03-2-0222 del 26 de Septiembre de 2.003⁸².
- La Resolución número 3968 del 18 de diciembre de 2003, expedida por la Secretaria de Educación del Distrito,⁸³ mediante la cual se adjudicó el contrato a las convocantes.
- El Contrato No. 146 de fecha 24 de diciembre de 2003 y sus modificaciones de 21 de Septiembre de 2.004 y 24 de diciembre de 2004, sobre obras adicionales⁸⁴.
- Las propuestas recibidas por la Secretaria de Educación del Distrito dentro del proceso de la Licitación Pública LP-SED-SPF-020-03, IED SANTA MARTA, contenidas en el Formulario No. 2 del pliego de condiciones.⁸⁵
- El Anexo Técnico No. 1 del Pliego de Condiciones que contiene el cuadro de cantidades, los precios unitarios y el presupuesto oficial.⁸⁶
- El Acta de liquidación del contrato fechada el 4 de agosto de 2006⁸⁷.
- Los planos de diseño elaborados por el diseñador responsable arquitecto Javier Vera Londoño, los cuales fueron entregados a los peritos.

Obran igualmente en el expediente los testimonios del arquitecto Ricardo Leguizamo Gerente del Proyecto, el ingeniero Clemente Alfredo Buitrago Interventor del Proyecto, la arquitecta Laura Gisella Beltrán, Coordinadora Zonal del Proyecto de la Subdirección de Plantas Físicas de la SED, y el ingeniero Jairo Iván Loaiza, de la Subdirección de Plantas Físicas de la SED.

2.3.3.3 Valoración de las pruebas decretadas y practicadas

Al analizar los diversos testimonios, el Tribunal encuentra que todos ellos se refieren a aspectos de carácter general relacionados con la celebración y ejecución del contrato, pero no arrojan ninguna luz sobre la controversia principal, esto es, si contractualmente existía un área por construir, determinada o determinable.

En cambio, la prueba documental que obra en el expediente, constituida por los documentos previos que la Secretaria de Educación del Distrito suministró a la entidad convocante y a todos los demás proponentes, y los dos dictámenes periciales practicados en el curso del proceso, el primero solicitado por la convocante y el segundo decretado de oficio por el Tribunal, arrojan mayor claridad sobre las pretensiones de la convocante acerca del área de construcción contractualmente pactada y efectivamente construida, y permiten al Tribunal formarse una idea de la actuación de las partes desde la etapa precontractual hasta la convocatoria del presente proceso, como se analizará a continuación.

⁸¹ Cuaderno de Pruebas No.2, folios 0001 a 0168

⁸² Cuaderno de Pruebas No.1, folios 0050 a 0066

⁸³ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 0109 a 0171

⁸⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 0172 a 0196

⁸⁵ Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 100 a 172

⁸⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 0154 al 0168

⁸⁷ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 0285 a 0288

2.3.3.3.1 Documentos previos y dictámenes periciales

Los documentos previos suministrados por la Secretaria de Educación del Distrito a la entidad convocante, constituidos fundamentalmente por los planos elaborados por el diseñador, la licencia de construcción y el Anexo Técnico No. 1 del Pliego de Condiciones, que contiene el cuadro de cantidades, los precios unitarios y el presupuesto oficial de la obra, fueron la base fundamental para que la entidad convocante y todos los demás proponentes elaboraran sus ofertas, de conformidad con lo establecido en el artículo 25, numeral 12 de la Ley 80 de 1.993, reglamentado por el artículo 8º del Decreto 2170 de 2.002.

Del análisis y valoración de estas pruebas documentales el Tribunal ha llegado a las siguientes conclusiones:

1º.- Efectivamente, el documento esencial para que la entidad convocante y los demás oferentes elaboraran sus propuestas fue el citado Anexo Técnico No. 1, “Cuadro de Cantidades- Precios Unitarios Presupuesto Oficial” que incluye, entre otras cosas y como su nombre lo indica, el presupuesto oficial de la obra objeto del contrato. El documento en mención, fue suministrado por la entidad contratante.

Es importante destacar dos numerales de este documento, pues ellos permiten establecer cual fue el área total que la Secretaria de Educación del Distrito estimó que debía ser construida por el adjudicatario del contrato.

En primer lugar, el numeral 1.1.2, denominado “localización y replanteo con equipo”, en el cual se indica que el área objeto de tal actividad era de 5.790 M2 y en segundo lugar, el numeral 21.1.1, llamado “aseo general”, que requería la limpieza de igual número de metros cuadrados.

2º.- La licencia de construcción suministrada por la entidad contratante al contratista y a los demás oferentes establecía que el área de construcción era de 5.966.40 M2, que resulta básicamente igual al área estimada en el presupuesto oficial, con una diferencia de sólo 3.60 M2.

3º.- Con base en estos dos documentos previos suministrados por la entidad contratante, el contratista y los demás oferentes elaboraron y presentaron sus respectivas propuestas para un área de 5.970 M2. Todas ellas, contenidas en el Formulario No. 2 del Anexo Técnico número 1⁸⁸, fueron muy similares en cuanto al precio ofrecido.

Basta efectuar una comparación entre las ofertas de los dos únicos proponentes preseleccionados en el proceso licitatorio – el Consorcio Varela Fiholl y el Consorcio Cannan-EGL – para apreciar que la diferencia entre el valor de la oferta del primero respecto de la media geométrica, y el valor de la oferta del segundo, respecto de la misma media, es de 0.41%.

Resulta importante destacar que el precio que finalmente ofreció la entidad convocante fue muy similar al ofrecido por los demás proponentes, como se analizó en el párrafo anterior. A su vez, ese precio guarda estrecha relación con las disponibilidades presupuestales de \$4.688.169.834.00, que aparecen en el acto administrativo de adjudicación de la obra (Resolución 3968 de 18 de Diciembre de 2.003), y fueron determinantes para la evaluación económica de las propuestas.

⁸⁸ Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 100 a 182

Recuérdese que el criterio de adjudicación utilizado para la selección del contratista fue el de la media geométrica, el cual está directamente relacionado con el valor del presupuesto oficial que sirvió de base para que los proponentes presentaran sus ofertas.

Así, queda claro que para la Secretaria de Educación del Distrito, el monto de la disponibilidad presupuestal correspondía al área de construcción referida en la licencia de construcción y al presupuesto oficial.

4º.- La comparación de las propuestas presentadas por los distintos oferentes lleva al Tribunal a la convicción plena de que todos partieron de una base igual en lo que se refiere al área de construcción objeto del contrato y que ésta era la establecida en la licencia de construcción y en el presupuesto oficial elaborado por la entidad contratante.

5º.- Esta convicción a que ha llegado el Tribunal como consecuencia de la valoración de la prueba documental, se encuentra respaldada igualmente por la prueba pericial practicada en el proceso. En efecto, al desarrollar el punto 3.5 de su dictamen, el perito ingeniero Jorge Ernesto Palomino Mutis, concluye lo siguiente:

“Determinación del área en los Pliegos de Condiciones:

“En el Item 3.3.2 VALOR DE LA PROPUESTA del Pliego de Condiciones reza (sic) que el Formulario No. 2 formará parte del contrato que se celebre con el proponente favorecido.

“En el citado Formulario donde se encuentra el valor de la propuesta, cuadro de cantidades de obra, precios unitarios y valor total, que hace parte integral del Contrato se observaron los siguientes ítems que nos dan las ordenes de magnitud sobre los cuales calculó el Contratista su propuesta:

“Capítulo 1 Preliminares

Item 1.1.2 Localización y Replanteo con equipo	5.790 m2.
--	-----------

“Capítulo 10 Pisos

Item 10.2.2 Baldosín Granito L-1 33x33 Mortero 1:4	5.838 m2
--	----------

“Capítulo 21 Aseo y Varios

Item 21.1.1 Aseo General	5.790 m2
--------------------------	----------

“Los datos anteriores me hacen concluir que el Contratista, quien para ese momento era proponente, estaba cotizando una obra de aproximadamente 5.790 m2 de área construida.”⁸⁹

6º.- Existen igualmente otros documentos previos suministrados por la entidad contratante a los oferentes, que debían servir de base para elaborar sus ofertas, como fueron los planos de diseño elaborados por el diseñador responsable, arquitecto Javier Vera Londoño.

Dichos planos tenían que ser la base fundamental para que la entidad contratante solicitara y tramitara la licencia de construcción y para que elaborara el Anexo

⁸⁹ Cuaderno de pruebas No. 2, folios 0353 y 0354

Técnico No. 1 en lo relacionado con el cuadro de cantidades de obra y el presupuesto oficial de la misma. Sin embargo, estos planos, que de conformidad con los dos dictámenes periciales permitían establecer el área real de construcción de la obra, fueron interpretados erróneamente por la entidad contratante, la cual dedujo de los mismos un área notablemente inferior a la real y por ende, menor a la que finalmente resultó construida por la entidad contratista, como claramente concluyeron los dos peritos en sus dictámenes independientes.

Así, el perito Jorge Ernesto Palomino Mutis concluye en su dictamen del 26 de Enero de 2.009, que el área total construida fue de 7.503.78 m², y que la diferencia con el área establecida en la licencia de construcción es de 1.537.36 m².

Y al hacer un análisis de los planos de diseño que le fueron entregados tanto por la entidad convocante como por la Secretaria de Educación del Distrito, concluye, en la ampliación de su experticio fechada el 24 de marzo de 2.009, que los mismos son idénticos y que de ellos se deduce que el área total construida, medida en planos es de 7.050.06 m². Afirma, además, que con base en los planos y especificaciones entregados por la SED al contratista, sí era posible establecer la cantidad de área que se debía construir⁹⁰.

Por otra parte, en el dictamen del 16 de Junio de 2.009, correspondiente a la prueba decretada de oficio por el Tribunal, el perito Camilo Andrés Reyes Rodriguez concluye que el área real construida del proyecto IED SANTA MARTA es de 7.461.38 M². y que la diferencia entre el área construida y el área aprobada por la Curaduría Urbana es de 1.494.94 m².⁹¹

Finalmente, en lo relacionado con el área por construir, establecida en los planos, el perito Reyes concluye, en la complementación de su dictamen, que “De acuerdo a las mediciones realizadas sobre planos, se puede determinar que la cantidad de Área a construir es de SIETE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS PUNTO SESENTA Y SEIS (7252.66) metros cuadrados”⁹².

Del análisis y la valoración de la prueba pericial, al Tribunal le queda perfectamente claro que en la fase previa o precontractual, la entidad contratante interpretó erróneamente los planos de diseño, lo cual la condujo a elaborar los documentos previos (licencia de construcción y presupuesto oficial) sobre bases equivocadas respecto al área de construcción de la obra. Por ende, la SED indujo a un error a todos los proponentes cuando les suministró los documentos en cuestión para que presentaran sus respectivas ofertas. Esta la razón por la cual todos los partícipes en el proceso de licitación del IED SANTA MARTA erraron en el cálculo del área por construir y por ende, en el valor total del contrato.

No obstante, haberse concluido en la prueba pericial, que era posible derivar el área total del IED SANTA MARTA de los planos arquitectónicos entregados por la SED a los proponentes, es evidente, en virtud del ya analizado principio de la planeación contractual, no correspondía a aquéllos efectuar tales cálculos pues legítimamente tenían derecho a confiar en la información proporcionada por la entidad contratante.

En efecto, según se ha dejado consignado varias veces, algunos documentos previos, tales como la licencia de construcción y el presupuesto oficial con base en el

⁹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 0377

⁹¹ Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 0010 y 0011

⁹² Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 0094

cual debían trabajar los oferentes, evidenciaban un área de 5.970 m², mientras que en los planos no aparecía un área determinada.

Por consiguiente, se requería tanto un análisis exhaustivo de los documentos, como una medición minuciosa de los planos, tal como lo hicieron los peritos, para deducir que el área de construcción era mayor a la prevista en la licencia. Esta carga le correspondía en forma exclusiva a la SED, en virtud del principio de la planeación contractual y por lo tanto, la convocada no podía trasladarla a los oferentes, y en el caso particular materia del presente proceso, al Consorcio Varela-Fiholl.

2.3.4 Conclusión

De las pruebas que obran en el proceso, tanto documentales como periciales, se concluye que la entidad convocada no realizó una adecuada planeación del contrato de obra pública número 146 de fecha 24 de Diciembre de 2.003, al haber suministrado a todos los proponentes, y entre ellos naturalmente a la entidad convocante, diversos documentos de los cuales se derivaba que el área de construcción era de 5.966.40 M², la cual difería sustancialmente del área resultante de los planos de diseño, que de conformidad con los dictámenes periciales practicados en el presente proceso arbitral era de 7.050.06 m², para el perito Palomino y de 7.252.66 m² para el perito Reyes.

Tales documentos fueron la licencia de construcción, el presupuesto oficial de la obra contratada, el cuadro de cantidades de obra y el certificado de disponibilidad presupuestal.

Esta inconsistencia entre el área por construir establecida en los planos de diseño y la contenida en la licencia de construcción y en el presupuesto oficial, como se explicó claramente en la valoración de las pruebas que obran en el proceso, indujo a error a la entidad convocante y a todos los demás proponentes, quienes al formular su oferta, tuvieron como base fundamental dichos documentos previos que contemplaban un área de construcción equivocada.

Dicha inconsistencia en que incurrió la entidad convocada es consecuencia de una evidente falla en la planeación del contrato de obra pública, principio este fundamental en la etapa precontractual del proceso de contratación estatal, como lo establecen claramente los numerales 7^o y 120 de la Ley 80 de 1.993 y su Decreto reglamentario 2170 de 2.002, y constituye un factor de imputación de la responsabilidad pre-contractual de dicha entidad, que le ocasionó un perjuicio al consorcio convocante, consistente en la mayor cantidad de obra que debió construir y que no se le pagó, por cuanto la modalidad contractual era de precio global fijo sin reajustes.

En consecuencia las pretensiones terceras, tanto la declarativa como la condenatoria, están llamadas a prosperar, como se indicará en la parte resolutive de este laudo.

Para efectos de determinar el área construida, el Tribunal ha tomado los 7.461.38 M², señalados por el perito Reyes Rodríguez,⁹³ teniendo en cuenta el nivel de detalle y la precisión metodológica utilizada para efectuar tal medición según aparece en el dictamen pericial.

⁹³ Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 0010

En este orden de ideas, la diferencia entre el área de la licencia de construcción y la estimada por el señalado perito es de 1,494,94 M²⁹⁴, que viene a ser la mayor cantidad de obra construida por el Consorcio Varela-Fiholl. Tomando como precio del metro cuadrado el establecido en el dictamen rendido por el perito Camilo Andrés Reyes Rodríguez, que equivale a setecientos sesenta y tres mil trescientos setenta y nueve pesos con cincuenta y cinco centavos (\$763.379.55) se tiene que la SED habrá de pagar a la convocante la cantidad de mil doscientos catorce millones setecientos mil trescientos cuarenta y un pesos con cincuenta y tres centavos (\$1.214.700.341,53), resultante de multiplicar la mayor cantidad de metros cuadrados construidos por el valor unitario del metro cuadrado. Esta suma será la indemnización que por tal concepto debe pagar la Secretaria de Educación del Distrito a la entidad convocante, como se expresará en la parte resolutive del presente laudo.

De acuerdo con lo solicitado en la pretensión cuarta condenatoria de la demanda, el Tribunal estima procedente decretar la actualización de la suma antes mencionada, teniendo en cuenta el incremento del IPC desde la fecha de entrega de la obra, 18 de marzo de 2005 hasta la fecha en que se realice el pago. El valor de tal actualización, a la fecha de este laudo asciende a doscientos nueve millones doscientos noventa y siete mil novecientos veintidós pesos (\$209.297.922).

3. Excepciones

Las excepciones de mérito las hace consistir la convocada en la “Inexistencia de la obligación” y en la “Falta de causa”, sin que la contestación de la demanda, especifique a cuál de las pretensiones va dirigida cada una de ellas.

En ese escrito la convocada simplemente afirma que durante el proceso de contratación la SED dio estricto cumplimiento a las normas legales que le son aplicables.

Tal como se indicó en los antecedentes de este laudo, la convocada señala en su alegato de conclusión, respecto de las pretensiones primeras, tanto la declarativa como la condenatoria, que correspondía al contratista realizar a su costa todos los trámites necesarios para la legalización de los servicios públicos. Luego menciona que según el contrato, el constructor tiene el deber de adelantar las obras requeridas por las empresas de servicio público para el recibo final del servicio correspondiente.

En tales condiciones y conforme a lo expuesto en la parte motiva de este laudo, si bien los argumentos mencionados prosperaron, las excepciones formuladas como tales no se sustentaron en ellos, por lo cual, no habrán de prosperar.

En lo que dice relación con las pretensiones segundas –la declarativa y la condenatoria- el argumento de la convocada descansa en que varios insumos utilizados en la construcción tuvieron una baja de precio, razón por la cual el contrato no se desequilibró. Reconoce, en todo caso, que el acero sufrió un incremento pero insiste en que el consorcio se obligó a adelantar la obra por una suma total fija.

⁹⁴ Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 0011

Insiste en que el aumento en el precio del acero no puede tomarse aisladamente, sino que hay que tener en cuenta los índices de construcción que muestran el comportamiento del sector en un periodo.

Explica que el incremento del insumo no alteró en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato y estima que el porcentaje establecido para los imprevistos esta destinado a cubrir gastos con los que no se contaba.

También recalca que el contratista no demostró que el AIU del contrato fuera insuficiente para cubrir la perdida por el mayor precio del acero.

Concluye que no se ha demostrado lesión o perjuicio por este concepto.

Es evidente que ninguno de estos argumentos coincide con las razones que condujeron al Tribunal a denegar las pretensiones segundas de la demanda, tal como quedó expresado en acápite anterior.

Por tal razón la excepción tal como fue planteada no habrá de prosperar.

En lo que dice relación con las pretensiones terceras, igualmente la declarativa y la condenatoria, dice la convocada que la razón fundamental para que no proceda su reconocimiento radica “en el hecho de haberse guardado silencio sobre ellas en la liquidación del contrato, que era el momento oportuno para plantearlas...”⁹⁵.

Sin embargo, quedó fehacientemente demostrado que en el texto del acta de liquidación del contrato aparece la siguiente constancia suscrita por el consorcio: “El Contratista se reserva la facultad de reclamar judicial o extrajudicialmente los perjuicios patrimoniales, sufridos con ocasión de la ejecución del contrato en referencia, particularmente en lo relativo a (...) la mayor área construida...”⁹⁶

Por otra parte, manifiesta que es de la esencia del contrato de obra el acuerdo sobre el objeto del mismo y sobre su precio y que en este caso se pactó una suma global como remuneración al contratista “en la cual quedan incluidos todos los costos en los que este debe incurrir en la ejecución de la obra (...)”⁹⁷

Insiste en que en los pliegos nunca se fijó un precio por metro cuadrado y menciona que el contratista aprobó todos los documentos técnicos de la obra cuando suscribió el Acta de Inicio de la misma.

Reitera que la SED nunca modificó los diseños, normas o especificaciones del proyecto y que dentro de el AIU debe estar previsto el valor de los errores en las cantidades de obra en que el proponente hubiera podido incurrir.

Poderosas razones expuestas en la parte motiva de este laudo en lo referente a la etapa precontractual dentro del proceso licitatorio, específicamente a la falta de planeación contractual, llevan al Tribunal, como ya se advirtió, a rechazar los argumentos expuestos por la entidad convocada.

4. Costas

⁹⁵ Alegatos de Conclusión de la convocada, folio 407, Cuaderno Principal.

⁹⁶ Acta de Liquidación, folio 12, Cuaderno de Pruebas No 1

⁹⁷ Alegatos de Conclusión de la convocada, folio 407, Cuaderno Principal.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, “En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.”

En el presente caso, tal como ha quedado expuesto en la parte motiva, ha prosperado una de las tres pretensiones formuladas en la demanda, siendo el contenido económico de la misma el de mayor valor.

En tales condiciones, estima el Tribunal que es procedente proferir una condena parcial a cargo de la entidad demandada, la cual deberá asumir el pago del setenta por ciento (70%) del valor de las costas causadas dentro del proceso y de las agencias en derecho que se fijan en la suma de veinte millones de pesos (\$20.000.000.00).

Las costas causadas dentro del proceso comprenden las siguientes sumas:

- Honorarios de los árbitros y la secretaria y gastos del proceso, fijados por el Tribunal en audiencia que tuvo lugar el día ocho (8) de septiembre 2008, la suma de ciento noventa y tres millones novecientos ochenta y ocho mil novecientos setenta y nueve pesos(\$193.988.979).
- Gastos del perito Jorge Palomino Mutis, fijados por el tribunal en audiencia que tuvo lugar el día doce (12) de noviembre de 2008, la suma de tres millones de pesos (\$3.000.000).
- Honorarios del perito Jorge Palomino Mutis, fijados en audiencia que tuvo lugar el día diecisiete (17) de abril de 2009, la suma de ocho millones de pesos (\$8.000.000)
- Gastos del perito Camilo Andrés Reyes, fijados en audiencia que tuvo lugar el día ocho (8) de mayo de 2009, la suma de cuatro millones de pesos (\$4.000.000).
- Honorarios del perito Camilo Andrés Reyes, fijados en audiencia del treinta (30) de julio de 2009, la suma de doce millones de pesos (\$12.000.000)

Agencias en derecho \$20.000.000

Total \$240.988.979

De las sumas anteriores, se encuentra acreditado que la parte convocante pagó la totalidad de los honorarios de los árbitros y la secretaria y los gastos del proceso fijados por el Tribunal, así como los gastos y honorarios del perito Jorge Palomino Mutis, valor que corresponde a doscientos cuatro millones novecientos ochenta y ocho mil novecientos setenta y nueve pesos (\$ 204.988.979)

Por lo cual, de este valor, corresponde a la entidad demandada cancelar la suma de ciento dos millones cuatrocientos noventa y cuatro mil cuatrocientos ochenta y nueve pesos con cinco centavos (\$102.494.489.5)

Los gastos y honorarios del perito Camilo Andrés Reyes fueron pagados por las partes en un cincuenta por ciento (50%) cada una, de manera que del cincuenta por ciento (50%) pagado por la parte convocante que asciende a ocho millones de pesos (\$8.000.000), corresponde a la entidad demandada pagar el setenta por ciento (70%), esto es cinco millones seiscientos mil pesos (\$5.600.000)

Adicionalmente, de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, se han causado intereses de mora sobre la suma de noventa y seis millones novecientos noventa y cuatro mil cuatrocientos ochenta y nueve pesos con cincuenta centavos (\$96.994.489.50), que correspondía pagar a la entidad demandada, por concepto de gastos y honorarios del Tribunal, desde la fecha en que se venció el plazo para pagar dicha suma, esto es el 22 de septiembre de 2008, hasta la fecha de pago.

De acuerdo con lo anterior, la parte convocada deberá pagar a la parte convocante la suma de doscientos veinticuatro millones quinientos ochenta y ocho mil novecientos setenta y nueve pesos (\$224.588.979.00) por concepto del setenta por ciento (70%) de las costas y agencias en derecho, junto con los intereses de mora liquidados a la tasa más alta permitida por la ley, sobre la suma de noventa y seis millones novecientos noventa y cuatro mil cuatrocientos ochenta y nueve pesos con cincuenta centavos (\$96.994.489.50), causados desde el 22 de septiembre de 2008 hasta la fecha de pago, como quedará ordenado en la parte resolutive de esta providencia.

CAPÍTULO IV. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las diferencias entre Varela Fiholl y Compañía Ltda e Heymocol Ltda. por una parte y la Secretaría de Educación Distrital, por la otra, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y de conformidad con la habilitación conferida por las partes,

RESUELVE

1°. Declarar no probadas las excepciones de mérito denominadas “Inexistencia de la obligación” y “Falta de causa” propuestas por la parte convocada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2°. Declarar no probada la objeción por error grave formulada por la apoderada de la parte convocada, respecto del dictamen pericial elaborado por el Ingeniero Jorge Palomino Mutis.

3°. Denegar las pretensiones primera declarativa y primera condenatoria de la demanda, referentes al reconocimiento y pago de las obras consistentes en la ejecución de un tramo de acueducto e instalación de un hidrante en la construcción del IED Santa Marta, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

4°. Denegar las pretensiones segunda declarativa y segunda condenatoria de la demanda, referentes al desequilibrio financiero del contrato de obra pública número 146 del 24 de diciembre de 2003 por el incremento del precio del acero, en virtud de las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.

5°. En relación con las pretensiones tercera declarativa y tercera condenatoria de la demanda, declarar que la Secretaría de Educación del Distrito, es responsable de la falla en la planeación del Contrato de obra pública que dio lugar al presente proceso, al estimar un área de construcción del IED Santa Marta, inferior a la que debía ejecutarse, y por consiguiente condenar a dicha entidad Distrital, a título de indemnización, al pago de la suma de mil doscientos catorce millones setecientos mil trescientos cuarenta y un pesos con cincuenta y tres centavos (\$1.214.700.341,53), a

favor de las sociedades Valera Fiholl & Compañía Ltda. y Heymocol Ltda., por concepto de la mayor área construida del IED Santa Marta.

6°. Ordenar el pago de la suma de doscientos nueve millones doscientos noventa y siete mil novecientos veintidós pesos (\$209.297.922), a favor de las sociedades Valera Fiholl & Compañía Ltda. y Heymocol Ltda, por concepto de la actualización de la suma a la que se hace referencia en el numeral quinto anterior, desde el día 4 de agosto de 2006, fecha en la que suscribió el acta de liquidación del contrato de obra número 146/2003, hasta la fecha de esta providencia. De la misma manera, la entidad convocada deberá pagar el valor que corresponda a la actualización de la suma a la que se refiere el numeral quinto anterior, que se cause desde la fecha de esta providencia hasta la fecha en que se realice el pago.

7°. Ordenar a la Secretaría de Educación del Distrito, dar cumplimiento a las condenas impuestas en este laudo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, las normas que lo modifiquen o complementen y las demás que resulten aplicables.

8°. Condenar a la Secretaría de Educación del Distrito al pago del setenta por ciento (70%) de las costas y agencias en derecho causadas en el presente proceso, porcentaje que asciende a la suma de doscientos veinticuatro millones quinientos ochenta y ocho mil novecientos setenta y nueve pesos (\$224.588.979.00) por concepto del setenta por ciento (70%) de las costas y agencias en derecho, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia, junto con los intereses de mora liquidados a la tasa más alta permitida por la ley, sobre la suma de noventa y seis millones novecientos noventa y cuatro mil cuatrocientos ochenta y nueve pesos con cincuenta centavos (\$96.994.489.50), causados desde el 22 de septiembre de 2008 hasta la fecha de pago, según se indicó también en la parte motiva de esta providencia.

9°. Ordenar la protocolización del expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá, en su oportunidad legal.

10. Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes y copia simple al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

La anterior providencia quedó notificada en estrados.

GUILLERMO GAMBA POSADA
Presidente del Tribunal

LUIS IGNACIO BETANCUR ESCOBAR
Árbitro

MANUEL GUILLERMO SARMIENTO GARCIA
Árbitro

ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS
Secretaria

Es primera copia auténtica tomada de su original en cuarenta y cinco (45) folios, expedida con destino a la parte convocante Varela Fiholl & Compañía Ltda y Heymocol Ltda.

ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS
Secretaria