

Laudo Arbitral

Arquitectos Constructores e Interventores Ltda., ACEI Ltda.

v.

Fondo Nacional de Ahorro

Mayo 14 de 1999

Acta 30

Contrato administrativo 005 de obra pública de diciembre 27 de 1994 y sus adicionales 076 de diciembre 27 de 1994 y 32 de julio 28 de 1995.

En Santafé de Bogotá, D.C., a las diez de la mañana (10:00 a.m.) del día catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999), fecha y hora señalados en auto de fecha trece (13) de abril de 1999, notificado a los señores apoderados de las partes, se reunieron en la sede del tribunal ubicada en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de llevar a cabo la audiencia de fallo, la doctora Adelaida Ángel Zea, quien preside, los doctores Pilar Salazar Camacho y Jaime Vidal Perdomo, árbitros y la suscrita secretaria, María Cristina Morales de Barrios. Asistieron a la audiencia los doctores Eduardo Fonseca Prada, apoderado de ACEI Ltda., y Ramiro Bejarano Guzmán, apoderado del Fondo Nacional de Ahorro.

Iniciada la audiencia, la presidente del tribunal autorizó a la secretaria para dar lectura al laudo que pone fin al proceso arbitral, el cual se pronuncia en derecho y es acordado por unanimidad por los árbitros.

Laudo arbitral

Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Agotado el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo que finaliza el proceso arbitral seguido de una parte por Arquitectos, Constructores e Interventores Ltda. ACEI Ltda. (que en adelante se denominará ACEI) y de otra por el Fondo Nacional de Ahorro (que en adelante se denominará el fondo).

1. Antecedentes

1.1. El pacto arbitral

Entre ACEI y el fondo se celebraron el contrato estatal 005 de 28 de enero de 1994 para la construcción de la segunda etapa de la urbanización Carlos Lleras Restrepo, “manzana D”, en terrenos de la Ciudad Salitre de Santafé de Bogotá y los contratos adicionales 076 de 27 de diciembre de 1994 y 032 de 28 de julio de 1995. Las partes acordaron dirimir ante la justicia arbitral las diferencias surgidas entre ellas con ocasión de dichos contratos, para lo cual suscribieron un pacto de compromiso cuyo texto es el siguiente:

“Pacto de compromiso para someter a la decisión de árbitros diferencias dentro del contrato 005 de 1994 y adicionales 076 de 1994 y 032/95.

Entre nosotros, Álvaro Villota Bernal, mayor de edad, domiciliado en Santafé de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía 12.964.368 expedida en Pasto, obrando en nombre de la entidad denominada Fondo Nacional de Ahorro, establecimiento público del orden nacional, creado por el Decreto-Ley 3118 de 1968, como su representante legal en su condición de director general; y Camilo Humberto Torres Orozco, mayor de edad y vecino de Santafé de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía 19.164.379 expedida en Bogotá, quien obra en nombre y representación de la sociedad Arquitectos, Constructores e Interventores Ltda., sociedad constituida mediante escritura pública 616 del 1º de junio de 1981 otorgada en la Notaría 17 del Círculo de Bogotá, en su carácter de representante legal y en su condición de gerente,

CONSIDERANDO:

1. Que el Fondo Nacional de Ahorro celebró con Arquitectos, Constructores e Interventores Ltda., el contrato 005 de 1994 de fecha 28 de enero de 1994 para la construcción de la manzana D, con trescientas setenta y cuatro (374) viviendas y dieciséis (16) locales comerciales, de la segunda etapa de la urbanización “Carlos Lleras Restrepo”.
2. Que el contrato se adicionó con la suscripción de los contratos 076 de 1994 de fecha 27 de diciembre de 1994 y 032 de 1995 de fecha 28 de julio de 1995.
3. Que las obras contratadas con Arquitectos, Constructores e Interventores Ltda. fueron entregadas por esta compañía al Fondo Nacional de Ahorro el día 15 de septiembre de 1995 fecha en la cual fueron recibidas por el Fondo Nacional de Ahorro.
4. Que durante el desarrollo y liquidación del contrato se suscitaron entre las partes una serie de controversias de contenido técnico y económico que no han podido ser resueltas en forma directa.
5. Que dado lo anterior, y la necesidad de liquidar el contrato, el día (hay espacio en blanco) las partes suscribieron el acta de liquidación del mismo, en la cual Arquitectos, Constructores e Interventores Ltda. dejó a salvo sus derechos para reclamar y obtener compensación por diversas causas, claramente especificadas, que el Fondo Nacional de Ahorro no considero procedente reconocer o aceptar en desarrollo del contrato ni en el acta de liquidación.
6. Que con el fin de dar una solución rápida y definitiva a la controversia existente, las partes han convenido en someterlas a la decisión de árbitros.

ACUERDAN:

1. Someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento institucional integrado por tres árbitros designados por la junta directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá, las siguientes diferencias, tal como aparecen expresadas en la comunicación de fecha 20 de marzo de 1996 (radicada por Arquitectos, Constructores e Interventores Ltda. ante el fondo en abr. 1º/96), en el acta de liquidación del contrato de fecha (hay espacio en blanco), y en el presente documento:

1.1. Pretensión de ACEI Ltda. tendiente a que se le paguen, a los precios ofrecidos por ella, las obras ejecutadas que no fueron canceladas por el fondo, o que, en subsidio, se le paguen estas obras al precio que se determine era el precio del mercado:

— Puntos hidráulicos de agua caliente.

— Emboquillado de muros en ladrillo portante Santafé y Resane de Pared —una cara—.

— Reafinado de pisos.

1.2. Pretensión de ACEI Ltda. tendiente a que se le paguen los costos administrativos de atención post-ventas a los adjudicatarios de apartamentos y locales.

1.3. Pretensión de ACEI Ltda. tendiente a que se restablezca el equilibrio económico y financiero del contrato, lesionado por los sobrecostos en que incurrió el contratista por una mayor duración que la prevista en el desarrollo de los trabajos, por causas no imputables a ACEI Ltda.

1.4. Pretensión de ACEI Ltda. tendiente a que se restablezca el equilibrio económico y financiero del contrato lesionado por una errónea o deficiente aplicación del mecanismo de ajuste de precios.

1.5. Pretensión de ACEI Ltda. tendiente a que se restablezca el equilibrio económico y financiero del contrato lesionado por el no pago de anticipo en relación con las obras materia del contrato adicional 076 de 1994.

1.6. Pretensión de ACEI Ltda. tendiente a que se restablezca el equilibrio económico y financiero del contrato

lesionado por los sobrecostos en que incurrió el contratista por la ejecución de las actividades de cimentación como consecuencia del nivel freático encontrado en las plataformas A, B, C, D, y E, que fue distinto del que se había establecido en los estudios y diseños del proyecto.

1.7. Pretensión de ACEI Ltda. tendiente a que se le paguen, al precio correspondiente a las obras en “ladrillo prensado”, las obras de esta naturaleza que ejecutó, y que durante el desarrollo del contrato fueron canceladas con el precio pactado para “ladrillo portante prensado”.

1.8. Pretensión de ACEI Ltda. tendiente a que se le reconozcan y paguen los perjuicios sufridos por el descuento efectuado por el fondo por concepto de Ley 33 de 1985 sobre la cuenta de cobro del anticipo del contrato.

1.9. En relación con todas las pretensiones, ACEI Ltda. solicita la actualización monetaria y el pago de los intereses moratorios o comerciales a que en derecho haya lugar.

1.10. Pretensión de Arquitectos, Constructores e Interventores Ltda. tendiente a que se declare la nulidad del numeral 2º del “acta de acuerdo” de fecha 14 de julio de 1995 suscrita en desarrollo del contrato 005 de 1994 para la construcción de la manzana D, que dice:

“2. La firma constructora ACEI renuncia a cualquier reclamación contra el Fondo Nacional de Ahorro por concepto de los sobrecostos en que la firma constructora pueda incurrir durante el plazo adicionalmente pactado en esta acta comprendido entre el 7 de agosto de 1995 y el 15 de septiembre de 1995”.

2. Los árbitros serán designados de la siguiente manera: dos (2) de los inscritos en la lista para asuntos administrativos y uno (1) de la lista para asuntos comerciales del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El tribunal sesionará en el centro de arbitraje y conciliación de la misma cámara y deberá decidir en derecho dentro de un término de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite.

3. El Tribunal de Arbitramento se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

4. Las partes se comprometen a aportar de manera conjunta al proceso arbitral, toda la documentación indispensable para establecer los hechos presentados y alegados por las partes, buscando en lo posible facilitarle el recaudo de pruebas al tribunal, de manera que hasta donde sea posible no sea indispensable la práctica de inspecciones judiciales, o que las que deban practicarse resulten de fácil trámite. En consecuencia, las partes se comprometen a presentar de la manera más completa la documentación que cada una tenga en su poder, al igual que las actas de los comités de obra, informes, documentos o correspondencia emanada de la interventoría, gerencia del proyecto o recibidas por estas, documentos a los cuales les reconocen eficacia probatoria.

5. Domicilio de las partes: Las partes señalan como su domicilio para todos los efectos los siguientes:

El Fondo Nacional de Ahorro sus oficinas situadas en la calle 18, N° 7.59, teléfonos 2338511 y 3428511 de Santafé de Bogotá.

Arquitectos, Constructores e Interventores Ltda. sus oficinas situadas en la calle 123, N° 36 A-10, teléfonos 2130014 y 2150947 de Santafé de Bogotá.

6. El contratista acudirá al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio a solicitar la convocatoria del tribunal y a formular la demanda respectiva, en la que además precisará la cuantía de sus pretensiones, para lo cual presentará este documento. Una vez admitida la demanda y notificado el auto admisorio a la entidad demandada, las partes se comprometen a pedir la suspensión del proceso por un término de 20 días calendario, a efectos de que el Fondo Nacional de Ahorro pueda contar con la suficiente oportunidad para contestar la demanda y asumir su defensa.

7. El Fondo Nacional de Ahorro se reserva la facultad de presentar demanda de reconvención o de promover el o los llamamientos en garantía que estime convenientes, actos procesales cuya procedencia, admisión y trámite quedarán sujetos a lo que disponga el tribunal.

Para constancia se firma en Santafé de Bogotá a los cuatro (4) días del mes de diciembre de mil novecientos

noventa y seis (1996), en tres (3) ejemplares del mismo tenor, uno para cada una de las partes y el tercero para la Cámara de Comercio de esta ciudad.

1.2. El Tribunal de Arbitramento

ACEI, mediante apoderado judicial, solicitó el 23 de enero de 1998 la convocatoria del Tribunal de Arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, presentando su demanda contra el Fondo. Admitida la demanda, el centro de arbitraje notificó a la entidad convocada, quien le dio contestación rechazando todas y cada una de las pretensiones, formulando además excepciones de mérito.

Así planteado el litigio, el centro de arbitraje procedió a efectuar los nombramientos de árbitros, designando a los doctores Adelaida Ángel Zea, Pilar Salazar Camacho y Jaime Vidal Perdomo, quienes aceptaron dentro de la oportunidad legal.

Durante el trámite inicial las partes solo lograron conciliar lo relativo a la pretensión número 1º, literal g) relativa a un descuento indebido por parte del fondo sobre el valor del anticipo del contrato 005 de 1994, por concepto de Ley 33, por haberlo derogado el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 (cdno. ppal., fl. 307).

Por no existir ánimo conciliatorio entre las partes sobre las demás pretensiones de la demanda, el 26 de junio de 1998 se celebró la audiencia de instalación de este tribunal con asistencia de los árbitros designados, de la directora (E) del centro de arbitraje y de los apoderados de las partes.

Instalado el tribunal, fueron nombradas como presidente la doctora Adelaida Ángel Zea y como secretaria la doctora María Cristina Morales de Barrios, quien posteriormente tomó posesión del cargo (cdno. trámite, fl. 6). La sede del tribunal fue fijada en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y la secretaría en las oficinas de la doctora María Cristina Morales de Barrios.

Las sumas decretadas por concepto de honorarios fueron canceladas por mitades por ACEI y por el fondo y consignadas a órdenes de la presidente del tribunal oportunamente.

1.3. El proceso arbitral

Durante la primera audiencia de trámite el tribunal asumió competencia, en los términos del compromiso suscrito entre las partes, para decidir las controversias suscitadas por razón del contrato 005 de 1994 y sus adicionales 076 de 1994 y 032 de 1995, formuladas en la demanda por ACEI, así como las defensas planteadas en la contestación.

El tribunal decretó las pruebas del proceso incorporando los documentos aportados por las partes; en audiencia fijada para ello, se realizaron seis inspecciones judiciales, se rindieron quince testimonios, de los cuales dos fueron tachados y se presentaron observaciones en las versiones escritas de 10, se practicó el interrogatorio de parte al gerente de ACEI; se rindieron dos dictámenes periciales: el uno de carácter contable y el otro de carácter técnico, elaborado por un arquitecto y un ingeniero; este último durante el trámite de su contradicción, fue objetado por ACEI y para la demostración de los errores graves señalados él, el objetante solicitó tener en cuenta documentos ya incorporados al proceso y una prueba trasladada, la cual fue negada por no considerarla pertinente (acta 27) el tribunal. Además, se recibieron como pruebas trasladadas dos testimonios y se decretaron otros dos como pruebas de oficio. Finalmente, las partes desistieron de la práctica de los testimonios de Germán Gómez, Luis Alberto Moreno, Arturo Posada, Alberto Blanco y Francisco Pérez. El apoderado del fondo desistió el cotejo de documentos durante la inspección judicial realizada en las oficinas de Pizano, Pradilla, Caro Restrepo Ltda., así como del envío de oficios a todas las cámaras de comercio del país para indagar la existencia de trámites arbitrales en los cuales sea parte ACEI. El tribunal aceptó los desistimientos anteriores.

Recaudado así el acervo probatorio y oídos los alegatos de conclusión, el tribunal citó a las partes para esta audiencia de fallo.

El término legal de seis meses, que comenzó a correr el veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998) —primera audiencia de trámite—, fue ampliado por los árbitros en tres (3) meses, en uso de la facultad consagrada en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993.

1.4. Ámbito del laudo arbitral

1.4.1. Las partes. Tal como se estableció durante la primera audiencia de trámite, las partes que integran la relación sustancial (contrato 005 de 1994 y sus adicionales 076 de 1994 y 032 de 1995) son la sociedad Arquitectos, Constructores e Interventores Ltda. ACEI Ltda., contratista y el Fondo Nacional de Ahorro, entidad contratante. Es sobre ellas, sobre quienes recaerán los efectos de este laudo arbitral, tal como lo dejó establecido el tribunal al asumir competencia en la mencionada oportunidad procesal.

1.4.2. Pretensiones y excepciones formuladas por las partes. Por efectos de la conciliación parcial acordada por las partes, durante el trámite inicial (cdno. ppal., fl. 307), este laudo excluye lo relativo a la pretensión número 1, literal g) de la demanda, sobre el cual el tribunal no asumió competencia durante la primera audiencia de trámite, por haberlo solucionado directamente las partes. A continuación se transcribe el texto de la citada pretensión:

Pretensión número 1, literal g):

“El Fondo Nacional de Ahorro realizó el mes de febrero de 1994 un descuento indebido sobre el valor del anticipo del contrato número 005 de 1994, por concepto de Ley 33, que era improcedente, ya que el artículo 5° de la Ley 33 había sido expresamente derogado por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, capítulo 2.7.7”.

Los términos del acuerdo conciliatorio aprobados y admitidos por el centro de arbitraje, sobre el ya citado literal g) de la pretensión primera, son los siguientes:

“Cláusula primera. El Fondo Nacional de Ahorro se compromete a pagar a favor de Arquitectos, Constructores e Interventores Limitada, ACEI Ltda. la suma de quince millones seiscientos cuarenta y cuatro mil ochocientos noventa y siete pesos m/cte. (\$ 15.644.897). Valor que será cancelado a más tardar el día 29 de julio de 1998 a través de un cheque. En caso de que el Fondo Nacional de Ahorro no pueda cumplir en la fecha pactada, con la obligación aquí estipulada, se compromete a cancelar intereses moratorios a partir del día 30 de julio de 1998 y hasta la fecha en que cumpla su obligación.

Cláusula segunda. Las partes se declaran a paz y salvo mutuamente respecto de la obligación aquí descrita y por tanto renuncian a iniciar cualquier reclamación judicial o extrajudicial, por la vía civil, comercial, laboral, administrativa o penal, relativa al conflicto relacionado en este acuerdo conciliatorio, siempre y cuando se cumpla la obligación aquí consignada.

PAR.—El presente acuerdo conciliatorio sustituye y deja sin efectos cualquier convenio verbal o escrito celebrado con anterioridad entre las partes con respecto a la pretensión número 1, literal g) que textualmente establece “El Fondo Nacional de Ahorro realizó el mes de febrero de 1994 un descuento indebido sobre el valor del anticipo del contrato 005 de 1994, por concepto de Ley 33, que era improcedente, ya que el artículo 5° de la Ley 33 había sido expresamente derogado por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, capítulo 2.7.7. El trámite arbitral continuará respecto de las demás diferencias descritas en él”.

Las demás pretensiones no conciliadas, formuladas por ACEI son:

“1. Pretensiones

Primera. Que se declare que en el desarrollo del contrato de obra pública 005 del 27 de diciembre de 1994, celebrado entre el Fondo Nacional de Ahorro y la sociedad “Arquitectos, Constructores e Interventores Ltda., ACEI Ltda.” para la construcción de la manzana D, con 374 viviendas y 16 locales comerciales de la segunda etapa de la urbanización Carlos Lleras Restrepo, se presentaron situaciones imprevistas no imputables al contratista que crearon una situación de mayor onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista y alteraron el equilibrio económico o ecuación económica de dicho contrato en cuanto a los siguientes aspectos de ejecución contractual:

a) Como consecuencia de la existencia de un nivel freático diferente al señalado en el estudio de suelos suministrado por el fondo dentro de los pliegos de condiciones de la licitación, así como por la modificación de los sistemas constructivos, el contratista incurrió en sobrecostos en la ejecución de actividades de excavación,

cimentación y trabajos complementarios de las plataformas A, B, C, D y E, sufrió demoras en la ejecución de trabajos y sobrecostos por mayor permanencia (cap. 2.7.1).

b) Durante el desarrollo de las obras se presentó una imprevista e imprevisible demora en el suministro de ladrillo portante y prensado, no imputable al contratista, que dio lugar a una demora en la ejecución de los trabajos y el contratista sufriera sobrecostos por mayor permanencia (cap. 2.7.2.).

c) EL Fondo Nacional de Ahorro ajustó deficientemente el valor de las obras ejecutadas (cap. 2.7.3.), incumpliendo con ello el contrato de obra pública 005 de 27 de diciembre de 1994, celebrado entre el Fondo Nacional de Ahorro y la sociedad “Arquitectos, Constructores e Interventores Ltda. ACEI Ltda” para la construcción de la manzana D, con 374 viviendas y 16 locales comerciales de la segunda etapa de la urbanización Carlos Lleras Restrepo.

d) El Fondo Nacional de Ahorro se abstuvo de pagar el anticipo correspondiente a la mayor cantidad de las obras materia del contrato adicional 076 de 1994 (cap. 2.7.4).

e) El Fondo Nacional de Ahorro no pagó al contratista el valor de las obras, trabajos y otras actividades ejecutadas de que dan cuenta los capítulos 2.7.5.1 a 2.7.5.5 de esta demanda.

f) El Fondo Nacional de Ahorro pagó las obras de mampostería que el contratista ejecutó con ladrillo prensado Santafé en los edificios de 10 pisos, a un precio inferior al real, ya que las pagó con el precio pactado por las partes para ladrillo portante Santafé (caps. 2.7.6.1 a 2.7.6.4 de esta demanda).

Segunda. Que adicionalmente se declare que el hecho de que trata el literal c) de la pretensión anterior constituyó incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales del Fondo Nacional de Ahorro.

Tercera. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene al Fondo Nacional de Ahorro —Fondo— al restablecimiento de los derechos de la sociedad Arquitectos, Constructores e Interventores Ltda. —ACEI Ltda.—, e indemnizar los perjuicios y sobrecostos de todo orden que a esta le fueron causados, en razón del incumplimiento contractual por parte de dicha entidad y por la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato, todo de conformidad con los artículos 4º, 5º y 27 de la Ley 80 de 1993.

Cuarta. Que se condene al Fondo Nacional de Ahorro al pago de intereses moratorios por todo el tiempo de mora a la tasa doblada del interés corriente sobre las sumas líquidas que resulten a su cargo ya sea por su incumplimiento contractual o por la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato (C. Co., art. 884).

Primera pretensión subsidiaria a la pretensión cuarta. En subsidio de la pretensión cuarta principal, solicito que se condene al Fondo Nacional de Ahorro al pago de las sumas que resulten a su cargo junto con los correspondientes intereses comerciales desde la época de la causación de los perjuicios y sobrecostos hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso (C. Co., art. 884).

Segunda pretensión subsidiaria a la pretensión cuarta. En subsidio de la pretensión cuarta principal y de la primera subsidiaria, solicito que se condene al Fondo Nacional de Ahorro al pago actualizado o corregido monetariamente (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero), de las sumas que resulten a su cargo desde la época de la causación de los perjuicios y sobrecostos hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, y que adicionalmente se ordene pagar intereses legales doblados sobre tal monto de perjuicios ya actualizado, y para el mismo período (L. 80/93, art. 4º, num. 8º).

Tercera pretensión subsidiaria a la pretensión cuarta. En subsidio de la pretensión cuarta principal y de las anteriores pretensiones subsidiarias, solicito que se condene al Fondo Nacional de Ahorro al pago actualizado o corregido monetariamente (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero), de las sumas que resulten a su cargo desde la época de la causación de los perjuicios y sobrecostos hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, y que adicionalmente se ordene pagar intereses legales sobre tal monto de perjuicios ya actualizado, y para el mismo período (L. 80/93, art. 4º, num. 8º).

Quinta. Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° —num. 3°, inciso 2°— en concordancia con los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, se declare la nulidad absoluta del numeral 2° del “acta de acuerdo” suscrita el 14 de julio de 1995 (num. 44, num. 9.1 del cap. de pbas.), que expresa:

“2. La firma constructora ACEI renuncia a cualquier reclamación contra el Fondo Nacional de Ahorro por concepto de los sobrecostos en que la firma constructora pueda incurrir durante el plazo adicionalmente pactado en esta acta comprendido entre el 7 de agosto de 1995 y el 15 de septiembre de 1995”.

Sexta. Que el Fondo Nacional de Ahorro debe dar cumplimiento al laudo arbitral dentro de un término no mayor a treinta (30) días, contados a partir de la fecha de su ejecutoria.

Séptima. Que a partir de la ejecutoria del laudo arbitral, se condene al Fondo Nacional de Ahorro a pagar a favor de mi poderdante intereses comerciales durante los primeros seis meses y moratorios a partir de entonces, sobre las sumas líquidas objeto de las condenas establecidas en el mismo.

Octava. Que se condene al Fondo Nacional de Ahorro al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho”.

Las pretensiones transcritas de la parte demandante en el presente trámite arbitral, coinciden en su mayoría con las que formulara ACEI en los documentos que de conformidad con el numeral 1° del acuerdo de compromiso suscrito el 4 de diciembre de 1996, conforman el pacto arbitral. Los alcances de las diferencias que presenta su confrontación se analizan en el punto 1.5.4.2. del presente laudo.

Por su parte, el fondo se opuso a las pretensiones transcritas y formuló las siguientes excepciones:

“IV. Excepciones de mérito

Con fundamento en las respuestas dadas a las pretensiones, a los hechos, a las razones de la defensa, y a los fundamentos jurídicos que se han dejado consignados atrás, formulo como excepciones de mérito las siguientes:

1. Inexistencia del derecho pretendido y alegado por el actor.
2. Cumplimiento por parte del fondo, de sus obligaciones contractuales derivadas del contrato inicial y de los adicionales.
3. Inexistencia de la teoría de la imprevisión, culpa y mala fe del contratista.
4. Las demás que resulten probadas y cuya declaración sea oficiosa”.

1.4.3. Hechos que fundamentan las controversias de las partes

1.4.3.1. Resumen de lo alegado por la parte convocante

1.4.3.1.1. En la demanda

— ACEI se presentó como proponente a licitación pública nacional 007 de 1993 abierta por el fondo para la construcción de la segunda etapa de la urbanización Carlos Lleras Restrepo. Mediante Resolución 42 de enero 20 de 1994 le fue adjudicada la construcción de la manzana “D”, para lo cual se suscribió el contrato de obra pública 005 de enero 28 de 1994. El contrato se pactó a precios unitarios, con un plazo de sesenta y siete semanas contadas a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación de las obras; se pactó un sistema de ajuste por precios unitarios mediante la utilización de los índices de costos de la construcción publicados por Camacol. Se acordó la vigilancia de la ejecución de las obras a través de una interventoría contratada por el fondo, la cual fue desempeñada por la firma Silva, Fajardo & Cía. Ltda. El fondo contrató la gerencia de obra con la firma Pizano, Pradilla, Caro Restrepo Ltda., en los términos del contrato de obra pública 005.

— El 14 de febrero de 1994 comenzaron las obras y se suscribió el acta correspondiente, iniciándose el plazo de ejecución del contrato. Según ACEI, desde el principio se detectó un nivel de aguas freáticas diferentes al indicado en el estudio de suelos, situación que fue puesta en conocimiento de la interventoría y de la gerencia de obra,

quienes lo atribuyeron a mal manejo de aguas lluvias por parte del contratista. Al no haber atendido el fondo a los requerimientos para la construcción de unos filtros que solucionaran el problema, ACEI debió reemplazar el recebo determinado en las especificaciones por recebo cemento, para la cimentación de las plataformas, lo que generó mayores costos. Por otra parte, el manejo del problema del nivel freático causó retrasos en las actividades de cimentación, por inundaciones que se presentaron en los sótanos correspondientes a los edificios de cinco pisos.

— Según ACEI, el fondo, a pesar de haberse opuesto a dar soluciones técnicas a este problema durante la construcción de la obra, después de finalizado el plazo de ejecución del contrato 005 y sus adicionales, ordenó la elaboración de unos estudios y diseños adicionales hidrosanitarios, para la evacuación de las aguas freáticas que afloraban entre las juntas de las placas del semisótano y en las bases de los muros de contención. Como resultado de este estudio el fondo contrató el 17 de diciembre de 1996 la construcción de una red de filtros espina de pescado, que fue la solución planteada desde un principio por el contratista ACEI, según afirma la demanda.

— Otra consecuencia del nivel freático encontrado, alegada por ACEI, fue el cambio del proceso constructivo de las plataformas ordenado por el fondo, el cual había sido presentado en la oferta construyendo primero los pisos, pero, por razón del fango del terreno, se ordenó vaciar primero la placa del techo sin haber compactado la placa del contrapiso, lo que trajo consigo no poder introducir maquinaria para elaborar las excavaciones de contrapiso, la aplicación de recebo y el vaciado de la losa, sino que realizar estas actividades manualmente.

— Otro hecho de gran relevancia en la demanda se refiere al suministro de ladrillo por parte de Ladrillera Santafé, dado que los pliegos de condiciones de la licitación exigían la utilización de ese material para la mampostería estructural de los veintitrés edificios de cinco pisos. Según el contratista, la ladrillera se retrasó en las entregas programadas de ladrillo, ante lo cual se intentó recurrir a ladrillo fabricado por Cerámicas La Sultana S.A. del Valle del Cauca, el que finalmente no fue aceptado por el fondo por la diferencia de color y calidad con el exigido. Reconocido el déficit de ladrillo por la interventoría y por la gerencia de obra, como causa del atraso de ACEI, las partes suscribieron el contrato adicional 076 de diciembre 27 de 1994, en el cual se amplió el plazo de las obras en 10 semanas y se adicionó el valor del contrato inicial en \$ 646.689, por concepto de mayor cantidad de obra por ejecutar. Este contrato condujo a la reprogramación de los trabajos, la cual tampoco pudo ser cumplida debido a los nuevos atrasos que sufrió el suministro de ladrillo por parte de Ladrillera Santafé. Se hizo necesaria otra ampliación del plazo del contrato, para lo cual las partes suscribieron el acta de acuerdo de 14 de julio de 1995 que hace parte del contrato adicional 032 de 1995. Según la demanda, estas prórrogas, la primera de diez semanas y la segunda de treinta y nueve días, ocasionadas por causas ajenas a la responsabilidad de ACEI, le generaron sobrecostos por mayor permanencia en la obra, representados en personal, equipos, AIU, etc.

— Otra circunstancia que —según la demanda— originó desequilibrio para ACEI, fue que el fondo aplicó desde noviembre de 1994 hasta julio de 1995, al liquidar las actas de pago, la sanción prevista en el contrato para los casos de atrasos en la construcción de la obra imputables al contratista, consistente en no ajustar los precios con el índice correspondiente a la ejecución real de los trabajos, sino el correspondiente a la fecha en que han debido realizarse, según la programación de obra. Esto, a pesar de que el déficit del suministro de ladrillo y el nivel freático del suelo fueron los hechos que ocasionaron los retrasos, los cuales de ninguna manera pueden ser imputables al contratista.

— También fundamenta ACEI sus pretensiones económicas en el no pago por parte del fondo del anticipo acordado en el contrato adicional 005 de 1994, a pesar del concepto favorable de la interventoría y de la gerencia de obra, según se afirma.

— Como base de otra petición económica en la demanda se señalan como obras adicionales realizadas por ACEI y no pagadas por el fondo, los puntos hidráulicos de agua caliente CPVC, los cuales, al no estar incluidos en el formato de presupuesto de los pliegos elaborados por el fondo, no fueron presupuestados por el contratista; sin embargo, la interventoría exigió su inclusión, negando posteriormente su pago por considerar que el ítem presupuestado debía incluir el punto hidráulico de agua fría y caliente, pues esta es la interpretación de las especificaciones de la obra adjudicada.

— También reclama la demandada como sobrecosto, el emboquillado y resane de pared en ladrillo portante, por considerar que esta actividad tampoco fue contemplada en los pliegos y por consiguiente en la oferta. Esta

actividad corregía un defecto de la especificación técnica, ya que la aplicación del mortero como se realizó finalmente implicó una mayor resistencia desde el punto de vista estructural. A pesar de que fue la interventoría quien exigió esta variación en la actividad, no fue reconocido el sobrecosto por el fondo a ACEI.

— Otro sobrecosto reclamado en la demanda es el refinado de pisos, consistente en incorporar aditivos adherentes al piso afinado y esmaltarlo con llana metálica, estando contratado únicamente el terminado con llana de madera. La interventoría negó los pagos argumentando que su ejecución estaba incluida en el ítem “afinado de pisos”.

— Otro de los reclamos de ACEI se origina en el no pago por parte del fondo de las actividades de post-venta, es decir, aquellas obligaciones que según la demanda, correspondían al fondo frente a los adjudicatarios de los apartamentos y que conllevaron contratación de personal durante el período comprendido entre septiembre 15 de 1995 y marzo de 1996. Este trabajo fue ajeno al contrato de obra pública suscrito con ACEI y le ocasionó los costos que alega se le deben.

— Por otra parte, señala la demanda cuatro actividades ejecutadas por el contratista en los edificios de 10 pisos, afectadas por las diferencias entre los precios pagados y los costos realmente causados:

- Muros en las fachadas de los edificios de diez pisos en ladrillo prensado Santafé.
- Enchape de columnas en ladrillo prensado Santafé.
- Enchape de columnas y vigas ancho 30/50 en ladrillo prensado Santafé.
- Enchape de fachadas y bordes en ladrillo prensado Santafé.

1.4.3.1.2. En la reclamación de 20 de marzo de 1996. Como se analizará en otra parte del presente laudo, las pretensiones que conforman el documento de compromiso del cual deriva su competencia este tribunal encuentran su origen en el documento de reclamación que con fecha 20 de marzo de 1996 radicó ACEI en las oficinas del fondo. En la medida en que los hechos descritos en él forman parte de la *causa petendi* de este proceso, es procedente referirlos en esta parte de la presente decisión, si bien muchos de ellos coinciden con los enunciados en el punto anterior:

— En este documento también se plantea la ocurrencia de diversas situaciones que generaron un desequilibrio económico y financiero del contrato, causado por: obras ejecutadas y no pagadas por el fondo; obras ejecutadas en ladrillo prensado, pagadas al precio de portante prensado; aplicación de la sanción de congelación de reajustes a obras retrasadas por hechos no imputables al contratista; haber encontrado un nivel freático diferente del que se había establecido en los estudios de suelos que formaron parte del pliego de la licitación y la atención de actividades de post-ventas.

— Para el contratista los mayores costos que significó el haber encontrado un nivel freático diferente del esperado provinieron de la modificación al programa de obra y al sistema constructivo que tenía previsto, todo ello por orden de la interventoría y de la gerencia de obra.

— Igualmente, menciona ACEI como hechos determinantes de su reclamación el que se le hubiesen pagado obras realizadas en ladrillo prensado, como si lo hubiesen sido en ladrillo portante. En este punto menciona cómo el cambio de especificación obedeció a instrucción impartida por la interventoría y la gerencia de obra.

— Para la firma contratista, los hechos mencionados generaron para ella una mayor permanencia de obra que no fue adecuadamente compensada por el fondo.

— También hace énfasis el demandante en los perjuicios que le causó el no haber recibido el anticipo que le era dable esperar, de acuerdo con el contrato 005 de 1994, al haber suscrito el contrato adicional 076 de ese mismo año.

1.4.3.2. Por la demandada, en su suscrito de contestación

— Con relación al nivel freático, debe tenerse en cuenta que los estudios de suelos nunca proporcionan absoluta

certeza de las condiciones de agua del terreno y que los pliegos advertían que el contratista debía formarse su propia opinión sobre suelos y materiales, previniendo que la lluvia no era causal de justificación para ampliación de plazo ni reclamo económico alguno.

— En diversas comunicaciones cruzadas entre las partes, la interventoría señaló que el problema de aguas se debió a un manejo deficiente de las mismas por parte de ACEI. También en varios comités técnicos se destacó la necesidad del uso de motobombas, equipo que en la oferta se había ofrecido en un número de 27, cuando en realidad nunca funcionaron más de una o dos, a pesar de los constantes requerimientos de la interventoría.

— Con relación a la alegada modificación del proceso constructivo, este hecho no ocurrió, dado que se trató de unas recomendaciones del calculista encaminadas a superar los inconvenientes que se le estaban presentando al constructor, creados por él mismo, al construir el muro de contención M-2 adyacente al edificio 19, el cual, después de construido, comenzó a presentar problemas de estabilidad.

— La mayor permanencia invocada por ACEI como fuente de mayores costos sucedió por razones atribuibles al constructor; la segunda prórroga se debió al déficit de personal y de equipos, dado que no utilizó la maquinaria ofrecida. No es cierto, según lo asevera el fondo, que esta segunda prórroga del contrato fuera ocasionada por razones ajenas a ACEI; basta leer el acta de acuerdo de 14 de julio de 1995 que previó que no habría lugar a reclamación de liquidación de ajustes. En los reportes semanales de la interventoría sobre el ladrillo recibido en obra se refleja que no hay gran diferencia entre las unidades programadas y las entregadas; por tanto, el retardo en la obra se ubica en la falta de personal: de ahí que el fondo aplicara los índices de reajuste en los términos contractuales.

— En relación con el no pago del anticipo, el fondo afirma que en los contratos adicionales no se hizo referencia a esta obligación; por ello no comparte la interpretación de ACEI de que por la manifestación del contrato adicional 0076 de 1994 de que continuaban vigentes todas las cláusulas del contrato 005 del mismo año, se entendía estipulado un anticipo del 30%, al igual que en aquel.

— Respecto de las reclamadas obras ejecutadas y no pagadas, el apoderado del fondo manifiesta que nada se debe por estos conceptos: el punto hidráulico está contemplado en los pliegos con salidas para agua fría y caliente, por tanto fue pagado; si el contratista se equivocó en el análisis del precio unitario ofrecido, debe entender que las condiciones originales de la propuesta son inmodificables, pues de lo contrario se estarían cambiando los términos de igualdad de los oferentes de la licitación.

— Los costos relacionados con el emboquillado y resane de pared en ladrillo portante no existieron; por la secuencia constructiva que tiene el muro, esta actividad trajo una economía a ACEI, pues la mayor cantidad de mortero de pegar que se hubiera podido utilizar se compensó con la menor disposición de mano de obra requerida para tal efecto. Tampoco existió el sobrecosto denominado de reafinado de pisos, ya que la actividad exigida al contratista correspondió únicamente a la preparación del piso dañado durante el transcurso de la obra.

— Sobre el tema de las actividades de post-ventas el fondo respondió refiriéndose a que solo se exigió subsanar los defectos dejados por el contratista en los apartamentos terminados, pues los adjudicatarios requirieron solución a los mismos.

— Finalmente, el fondo no reconoció en su oposición la diferencia de precios alegada en los cuatro ítem relativos al ladrillo.

1.4.4. Fundamentos de derecho formulados por las partes

1.4.4.1. Por la parte demandante

1.4.4.1.1. Normas invocadas. ACEI soporta sus pretensiones en las siguientes normas: artículos 2º, 3º, 6º, 58 y 209 de la Constitución Nacional; artículos 86, 287, 288 y 289 del Decreto-Ley 222 de 1983; artículos 3º, 4º, 5º, 24, 26, 27, 28 y 77 de la Ley 80 de 1993; artículo 77 del Código Contencioso Administrativo; artículos 14, 1546, 1602, 1603, 1610, 1613, 1614, 1615, 2056, 2341 y 2347 del Código Civil; artículo 58 del Código de Régimen Político y Municipal; artículos 868, 870 y 884 del Código de Comercio; Decreto 2651 de 1991; contrato 005 de 1994,

cláusulas quinta, octava, décima segunda y décima tercera.

1.4.4.1.2. Argumentos. Los argumentos en que fundamenta su demanda ACEI son los siguientes:

— Los hechos de la demanda muestran claramente que en la relación contractual surgida entre ACEI y el fondo del contrato 005 de 1994 ocurrió un desequilibrio entre los derechos y las cargas de la contratista, desequilibrio que se debió a dos causas: el incumplimiento por parte de la entidad estatal de sus obligaciones contractuales y la ocurrencia de hechos imprevistos no imputables a la parte convocante. Igualmente, en opinión de esta última, el mencionado desequilibrio no ha sido restablecido aún por la parte convocada.

— En cuanto al incumplimiento del contrato 005 de 1994, este ocurrió en opinión de ACEI, respecto de las obligaciones expresamente consagradas en él y de las que en virtud del principio de la buena fe contractual que consagra el artículo 1603 del Código Civil, corresponden a su naturaleza, según el artículo 871 del Código de Comercio. Este argumento tiene en el escrito de demanda una consecuencia lógica: las normas que regulan la reparación del daño y las consecuencias del incumplimiento contractual —C.C., arts. 1546, 1610 y 2056— se aplican indistintamente a los deberes y prestaciones que emanan para las partes tanto de las estipulaciones expresas de un contrato, como del ya mencionado principio de la buena fe.

— Entre las obligaciones que el contratista denomina “connaturales” del contrato de obra, a cargo del fondo y que el considera incumplidas, menciona las siguientes: preparación cuidadosa de los pliegos de condiciones; entrega oportuna al contratista de los diseños, planos y especificaciones de la obra, y sujeción a los mismos; restablecimiento de las condiciones contractuales alteradas por la demora en la entrega de diseños, planos y especificaciones de obra, por la alteración de los mismos o por la ocurrencia de hechos imprevisibles en el suministro de materiales.

— En cuanto concierne al equilibrio contractual el escrito de demanda contiene un análisis de varios pronunciamientos judiciales que le permite ilustrar la evolución del concepto en el derecho colombiano; igualmente, cita y analiza la normatividad vigente al respecto y la que se consagró en el Decreto Extraordinario 222 de 1983. Las disquisiciones al respecto hacen énfasis en la condición de colaborador que tiene el contratista en un contrato estatal; en la condición de principio de orden público que tiene el de mantenimiento del equilibrio económico del contrato, así como en las diversas causas que pueden generar la alteración de la ecuación económica del contrato.

— También considera el demandante que el fondo violó, “con su proceder contractual”, “normas que consagran en nuestra legislación el principio del enriquecimiento sin causa”, entre las cuales menciona el artículo 831 del Código de Comercio y los artículos 1747, 2243, 2310 y 2311 del Código Civil. Para ilustrar la aplicación de este principio al presente litigio cita la demanda varias providencias judiciales. Todo ello para concluir que el fondo se “enriqueció indebidamente” al desconocer los mayores costos en que incurrió el contratista, mayores costos que “derivaron en una mejor calidad de los apartamentos, que la prevista en los pliegos de condiciones, y en un mayor valor de los mismos”.

— Respecto de la nulidad solicitada en el *petitum* de la demanda, se cita en la misma, como fundamento jurídico el numeral 3° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993, que prohíbe a las autoridades condicionar la adición o modificación de contratos “a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte” del contratista. Además, como fundamento de su reclamación, trae a colación la teoría de la ineficacia de este tipo de convenios y la sustenta con base en el laudo que profirió el Tribunal de Arbitramento que decidió, el 16 de marzo de 1996, el litigio consorcio conciviles-Mora v. Incora.

— Finalmente, la demanda reitera que la acción que se ejercita por medio de ella es la acción contractual que consagra el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

1.4.4.2. Por la parte demandada

— De los argumentos defensivos del fondo se destacan aquellos que se centran en el análisis y debate de los hechos que sirven de fundamento a la demanda. No obstante ello, existe un análisis jurídico amplio sobre la interpretación de los contratos adicionales y la naturaleza del anticipo en el contrato estatal, así como sobre la

teoría de la imprevisión.

— Respecto de la interpretación de los contratos adicionales, afirma que el hecho de que en ellos se entienda que se mantienen vigentes las demás cláusulas del contrato original, no supone necesariamente que los anticipos previstos en este último, deban pagarse automáticamente cuando se comienza a ejecutar el que lo adiciona o amplía el plazo. Como fundamento de sus análisis, cita la demandada varios pronunciamientos judiciales, uno relacionado con la naturaleza jurídica del anticipo contractual y, además, hace énfasis en sentencia del Consejo de Estado⁽¹⁾ que se pronunció sobre la oportunidad para alegar el desequilibrio contractual cuando se celebran contratos adicionales que amplían el término del original.

— Con base en los anteriores argumentos, el fondo resalta que la actitud del contratista de presentar sus reclamos fuera del término consagrado para ello en la parte pertinente del pliego de condiciones, una vez finalizado el contrato, muestra una actitud que califica de desleal y que es motivo de responsabilidad a cargo de ACEI.

— En cuanto hace relación al tema del equilibrio contractual, el fondo toma como punto de partida para su análisis la función de los contratistas particulares dentro del estado social de derecho y hace énfasis en que el concepto de equidad que inspira la institución del equilibrio contractual ha sido desvirtuada en muchos casos con la actitud de contratistas que luego de resultar vencedores en una licitación, reclaman, durante la ejecución o liquidación del contrato, e incluso después, unas mejores condiciones que “deliberadamente omitieron en su propuesta” (pág. 69 del escrito de contestación).

— Igualmente, en el escrito de contestación a la demanda se analizan los supuestos de la teoría de la imprevisión y se hace énfasis en que ella solo puede ser aplicada cuando el hecho que la motiva es realmente excepcional e imposible de prever para las partes cuando celebran un contrato y debe ser ajeno a las mismas.

1.4.5. Los alegatos de conclusión. En su oportunidad procesal los apoderados de las partes intervinieron en la audiencia de alegatos y presentaron por escrito sus alegatos de conclusión. Los argumentos y análisis así expuestos se resumen así:

1.4.5.1. De la parte demandante

1.4.5.1.1. El primer tema abordado por esta parte es el de los hechos que generaron el rompimiento de la ecuación contractual. En tres aspectos se subdivide la alegación correspondiente:

1.4.5.1.1.1. En primer término, el de las condiciones imprevistas en la ejecución de las excavaciones de cimentación. Dentro de este acápite y con cita de documentos contractuales y de testimonios recogidos dentro del proceso se hacen planteamientos sobre las siguientes materias: errónea información del pliego de condiciones sobre el nivel freático del subsuelo (para lo cual se estudia la oferta del contratista y el desarrollo de la actividad de excavación), la negativa del fondo a implementar una solución al problema suscitado por el nivel freático encontrado en el sitio de la obra, en una cota más alta de la prevista en el estudio de suelos que se suministró como parte del pliego de condiciones y la posición contradictoria del ingeniero Múnera, durante la declaración que rindió ante el tribunal, frente al problema de aguas que se presentó en la obra una vez concluida.

Del análisis respectivo se considera probada la tesis de la demanda de que el contratista tuvo que ejecutar las obras bajo unas condiciones técnicas y constructivas diferentes de las previstas en la propuesta y de las pactadas en el contrato 005 de 1994.

1.4.5.1.1.2. El segundo tema es el del retraso en el suministro de ladrillo por parte de Ladrillera Santafé y la mayor permanencia consecuente en la obra. En los planteamientos correspondientes se mencionan demoras en el suministro de ladrillo portante que dieron lugar a la ampliación del plazo estipulado en el contrato adicional 076 de 27 de diciembre de 1994. Del mismo modo, las demoras en el suministro de ladrillo dieron lugar a nuevos atrasos de las obras durante el año de 1995 y condujeron a la ampliación del plazo por medio del contrato adicional 032 de 1995.

Se controvierte, igualmente, en esta parte del alegato la explicación de que la demora se pueda atribuir a deficiencia del personal del contratista. Como soporte de su posición al respecto, el señor apoderado de ACEI

agrega al alegato un cuadro ilustrativo del promedio de personal de obra y afirma que la actividad de mampostería era de ruta crítica en el proyecto, por lo que la demora en ella determinaba necesariamente una mayor permanencia del contratista en la obra.

1.4.5.1.1.3. En puntos separados se desenvuelven las tesis según las cuales, por razón de las exigencias del fondo, no era posible sustituir el suministro a cargo de la Ladrillera Santafé y la imprevisibilidad e irresistibilidad del suceso de la demora en el suministro de ladrillo. Al respecto se analiza cuál era la única conducta exigible a ACEI y se traen a colación antecedentes judiciales sobre la materia.

Además de lo relacionado con el nivel freático y las demoras en el suministro de ladrillo, se desarrolla la tesis de la demanda sobre los hechos que generaron el rompimiento de la ecuación contractual en cuanto las obras ejecutadas en ladrillo prensado se pagaron al precio pactado para las previstas en ladrillo portante prensado.

En este punto también se especifica lo relativo a los muros de las fachadas de los edificios de 10 pisos en ladrillo prensado Santafé, al enchape de columnas y vigas de determinado espesor con ladrillo prensado, lo mismo que al enchape de fachadas y bordes con ese mismo tipo de ladrillo.

Dentro de la reclamación indicada se añade un cuarto punto destinado al examen de la renuncia del contratista, cuya nulidad se solicita en la demanda, y a los sobrecostos en que pudiera haber incurrido durante el plazo adicional previsto en el contrato 032 de 1995.

1.4.5.1.1.4. Evacuado el tema del rompimiento de la ecuación contractual, el alegato comprende tres partes más: la conducta procesal de la demandante, la actuación de la demandada y el de las consideraciones jurídicas.

En el examen de la conducta procesal de la parte demandante se valora la actuación de la misma dentro del contrato y el proceso, particularmente en cuanto no ha incurrido en abusos del derecho que le concede la ley a recibir indemnización plena por los sobrecostos y perjuicios sufridos en la ejecución del contrato principal y sus adicionales. Además, se mencionan su actitud conciliatoria y el propósito de solo someter a la consideración del tribunal los aspectos susceptibles de establecerse con claridad y los perjuicios cuantificables. En cuanto a la actuación de la parte demandada, el alegato evoca sucesos personales que su apoderado no quiere recordar ni desea que el tribunal tenga que referirse a ellos.

En lo jurídico, de manera resumida se recuerdan, para descartarlas, las excepciones de la parte demandada sobre inexistencia del derecho pretendido y alegado por el actor, sobre el cumplimiento por parte del fondo de sus obligaciones contractuales derivadas del contrato inicial y de los adicionales, sobre inexistencia de la teoría de la imprevisión, culpa y mala fe del contratista.

1.4.5.1.1.5. El alegato se detiene en la objeción al dictamen pericial técnico y afirma que las diversas pruebas que obran en el expediente, incluyendo los numerosos conceptos técnicos rendidos dentro de las declaraciones de varios testigos a quienes el tribunal les reconoció versación técnica, permiten establecer los graves errores que la actora puso de presente en la respectiva oportunidad procesal.

Igualmente, agrega el apoderado de ACEI que los aparentes vacíos que deja la falta de un dictamen pericial se superarían con otras pruebas y no requieren en realidad de un concepto especializado. A continuación expresa el repudio a la actitud del fondo que se negó a prorrogar el término de la duración del tribunal, privando al demandante de la posibilidad de ejercitar las facultades que la ley procesal le concede en materia de contradicción de un dictamen pericial.

1.4.5.1.1.6. El señor apoderado de ACEI examina el valor de los sobrecostos y perjuicios sufridos por el contratista por una errónea información del pliego de condiciones sobre el nivel freático; mayor permanencia en la obra; indebida congelación de ajustes de precios; no otorgamiento de anticipo en relación con los contratos adicionales; obras adicionales ejecutadas y no pagadas (puntos hidráulicos, agua caliente, CPVC, actividades de atención al comprador en servicio post-ventas) y pago de obras ejecutadas en ladrillo prensado con el precio pactado para ladrillo portante prensado. Todos estos sobrecostos y perjuicios se enmarcan dentro del contexto de incumplimiento contractual y del restablecimiento del equilibrio económico del contrato como principio de orden público.

1.4.5.2. De la parte demandada. En el escrito correspondiente, el señor apoderado del fondo organiza la defensa de su representada en tres grandes partes: un recuento del proceso; un resumen de los hechos y la explicación de los motivos para desechar las pretensiones de la demanda. Este último tema ocupa la mayor parte de las argumentaciones que se desenvuelven sobre las siguientes tesis:

1.4.5.2.1. El incumplimiento alegado no fue materia del pacto arbitral. Este asunto, que según el demandante puede afectar la jurisdicción o la competencia del tribunal, será analizado de manera particular en otra parte de este laudo.

No obstante en este punto es necesario destacar el tratamiento que el señor apoderado del fondo hace del tema del equilibrio contractual y su relación con el incumplimiento. Según su planteamiento no basta que se invoque el desequilibrio contractual en el acuerdo de compromiso para que se entienda cubierto dentro de este concepto el de incumplimiento y trae a colación, para ilustrar la necesidad de independizar las dos nociones, la posición del tratadista Georges Vedel, expuesta en 1980. Igualmente, para estos efectos, se analizan en el alegato de conclusiones las consecuencias diferentes que tiene el incumplimiento contractual comparado, a la luz del ordenamiento jurídico, con el desequilibrio proveniente de otras causas.

1.4.5.2.2. La segunda parte del alegato está consagrada a la teoría de la imprevisión y a la inexistencia de los imprevistos alegados por la actora, bien porque los hechos que les sirven de fundamento no existieron, o porque no podían calificarse de excepcionales y, finalmente, porque el atraso en la obra no fue ajeno al contratista.

Tanto en cuanto hace al tema del nivel freático, largamente estudiado dentro del proceso arbitral, como a la modificación del sistema constructivo y el déficit de ladrillo, se acude a citas de los testimonios rendidos durante el proceso y al dictamen de los señores peritos técnicos.

Dentro del aparte del déficit de ladrillo se analiza la petición de mayor permanencia y la congelación de ajustes.

1.4.5.2.3. El tercer motivo invocado por la parte demandada para que sean desechadas las pretensiones de la demanda es el del desequilibrio económico del contrato. Bajo este rubro se analizan los subtemas de no pago de anticipo en contratos adicionales y el de las obras no pagadas. Encuentran cabida consideraciones sobre los puntos hidráulicos de agua caliente, emboquillados y resane de pared en ladrillo portante, refinado de pisos y actividades de atención al comprador, pago de obras ejecutadas con ladrillo prensado a precio de ladrillo portante.

1.4.5.2.4. La cuarta parte del alegato está destinada al tema de la nulidad parcial del acta de acuerdo de 14 de julio de 1995 que se pretende en la demanda. Bajo esta misma numeración analiza, también, aspectos que se sucedieron dentro del curso del proceso arbitral, tales como las tachas a los testigos, la objeción al dictamen pericial técnico y una observación al dictamen pericial contable. Igualmente se incluyen aquí las conclusiones finales.

En cuanto hace relación al tema de la nulidad, destaca el tribunal las consideraciones de este alegato en el sentido de que en ningún momento ACEI fue presionada a suscribir el acta de acuerdo de 14 de julio de 1995 y que, más bien, ella y el contrato adicional 032 de 1995 lo que hicieron fue favorecerlo. Además, se extiende sobre el carácter de transacción que reviste este acuerdo de voluntades.

1.5. Presupuestos procesales

1.5.1. Capacidad jurídica y procesal de las partes para actuar. Al asumir competencia para conocer y fallar las divergencias planteadas en este proceso, el tribunal analizó la capacidad de las partes. Ambas comparecieron al proceso mediante apoderados especiales para el caso, quienes las representaron judicialmente con las facultades otorgadas por sus poderdantes y son las que sirvieron de base para su reconocimiento e intervención en el proceso arbitral. Igualmente en el presente proceso se hizo presente el Ministerio Público a través de la doctora Blanca Cecilia Solorza de Camacho.

1.5.2. Que la acción no haya caducado. Revisado este punto, el tribunal observa que el escrito de convocatoria fue presentado dentro del término que señala la ley.

1.5.3. Demanda en debida forma. El análisis que se ha venido haciendo del escrito de convocatoria reúne todos los

requisitos legales para ser considerado presentado en debida forma.

1.5.4. Competencia y jurisdicción de este tribunal. La complejidad de los documentos que conformar el compromiso del cual deriva su condición de juez este Tribunal de Arbitramento, así como la reiterada insistencia del señor apoderado del fondo sobre la carencia de jurisdicción y, por lo tanto, de competencia para conocer las pretensiones que se refieren posibles incumplimientos de su representada, lleva a este tribunal a revisar nuevamente, antes de decidir el fondo del asunto sometido a su conocimiento, el alcance del compromiso, frente a la ley y a las pretensiones de la demanda.

1.5.4.1. Los autos por medio de los cuales el tribunal asumió competencia. Como ya se expresó en este laudo, por medio de auto proferido durante la primera audiencia de trámite el tribunal asumió competencia para dirimir los conflictos sometidos a su conocimiento. Entonces expresó que su decisión se adoptaría dentro de los precisos términos del compromiso suscrito por las partes. Esta decisión estuvo, así mismo, motivada la transigibilidad de las controversias planteadas por las partes”.

Contra la anterior decisión el señor apoderado del Fondo Nacional de Ahorro interpuso recurso de reposición con el fin de llamar la atención del tribunal sobre los límites de su competencia respecto a las pretensiones contenidas en la demanda para que se declare el incumplimiento del contrato por parte del Fondo Nacional de Ahorro. Por ser especialmente pertinentes se transcriben los siguientes apartes del mencionado recurso:

“... el marco de discusión que ha planteado el demandante estribaba hasta antes de formular la demanda en que se había presentado un desequilibrio económico en el contrato, pero el desequilibrio económico del contrato no obedece solamente al incumplimiento del contrato, sino que puede obedecer a causas imprevistas, a hechos de la administración bien por incumplimiento o por hechos que no pudo prever; al fondo no se le planteó antes de llegar a este pleito la conducta de haber incumplido el contrato en ningún documento, por eso el documento de compromiso recogió con tanta precisión las pretensiones, para que se tuviera total certeza de qué era lo que se le iba a reclamar al fondo del marco de este litigio; si ustedes miran el documento de compromiso que es el que irradia la competencia que ustedes han asumido, en ninguna parte se menciona la palabra incumplimiento”.

Dicho de otra manera, al fondo se le ha sorprendido con esta demanda en la que varias pretensiones, en la pretensión primera ordinal C, en la segunda, en la consecucional tercera y en la cuarta, se le enrostra un incumplimiento que nunca antes se le había mencionado y no se trata de una cosa artificiosa ...

Posteriormente, en el memorial que contiene sus alegatos de conclusión, el señor apoderado del Fondo Nacional de Ahorro reiteró que este Tribunal de Arbitramento carece de competencia para pronunciarse sobre la declaratoria de incumplimiento que la parte convocante solicita en su escrito de demanda. Al respecto manifiesta que ni el pacto arbitral ni la reclamación del 1º de abril de 1996 hacen referencia al incumplimiento del Fondo Nacional de Ahorro. Y agrega que “es necesario distinguir... entre el desequilibrio económico del contrato imputable a incumplimiento de la administración, con el que obedece a modificaciones impuestas por esta en ejercicio de sus funciones públicas o con el que se deriva de los hechos imprevistos ajenos a la voluntad del contratista”; como consecuencia de esta distinción, agrega el señor apoderado de la entidad demandada, no cualquier reclamación por desequilibrio contractual puede entenderse referida a incumplimiento.

El tribunal negó la prosperidad del recurso interpuesto por el señor apoderado del Fondo Nacional de Ahorro contra el auto por medio del cual aquel asumió competencia; en la providencia correspondiente se afirmó que sería al momento de proferir el laudo cuando el tribunal confrontaría detalladamente cada una de las pretensiones de la demanda con el pacto arbitral y la común intención de las partes al suscribirlo.

Si bien este tribunal encontró inaceptable la solicitud del señor apoderado del Fondo Nacional de Ahorro, expresada en el mencionado recurso de reposición, de excluir del ámbito de su conocimiento las pretensiones relativas a incumplimiento por parte de esta entidad estatal en el contrato 005 de 1994 y sus adicionales, por cuanto una conclusión de esta naturaleza significaba una interpretación del compromiso enfrentado a la demanda que excedía las posibilidades legales de los árbitros en el análisis preliminar que debe llevarse a cabo al asumir competencia, es evidente que las pretensiones de la demanda contienen matices y variaciones notables frente al documento de compromiso que debe aclarar el tribunal al entrar a decidir en el fondo el conflicto materia del

presente proceso arbitral.

Finalmente, para concluir lo concerniente a su propia competencia, el tribunal deberá confrontar el compromiso, entendido y analizado como se ha dicho, con el ordenamiento jurídico vigente, determinante de hasta donde llega la jurisdicción de los particulares que excepcionalmente ejercen función judicial por haber sido habilitados expresamente para ello por las partes en cualquier conflicto y particularmente en el presente.

1.5.4.2. El compromiso. El 4 de diciembre de 1996 Arquitectos, Constructores e Interventores, ACEI Ltda., y el Fondo Nacional de Ahorro suscribieron un pacto arbitral por medio del cual decidieron someter las controversias existentes entre ellos a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. Como se trata, en este caso, de un acto complejo, en la medida en que por voluntad de las partes lo componen varios documentos de diverso origen, es necesario para el tribunal proceder a valorar el verdadero ámbito de su competencia luego de hacer una interpretación integradora del pacto arbitral propiamente dicho —suscrito por las partes el 4 de diciembre de 1996— de la comunicación de 20 de marzo de 1996 —radicada por 1996 Arquitectos, Constructores e Interventores, ACEI Ltda., en las oficinas del Fondo Nacional de Ahorro el 1º de abril de 1996— y del acta de liquidación del contrato, todo ello según lo acordado en el numeral 1º del denominado pacto de compromiso para someter a la decisión de árbitros diferencias dentro del contrato 005 de 1994 y adicionales 076 de 1994 y 032 de 1995.

1.5.4.2.1. Pacto de compromiso para someter a la decisión de árbitros diferencias dentro del contrato 005 de 1994 y adicionales 076 de 1994 y 032 de 1995. De la parte considerativa de este documento es necesario resaltar que las partes que lo suscribieron tuvieron presente, al hacerlo, la circunstancia de “que durante el desarrollo y liquidación del contrato se suscitaron entre las partes una serie de controversias de contenido técnico y económico que no han podido ser resueltas en forma directa” (pto. 4º, fl. 1 del pacto de compromiso). Igualmente importante es el considerando 5º, cuyo texto se transcribe a continuación:

“Que dado lo anterior, y la necesidad de liquidar el contrato, el día (espacio en blanco) las partes suscribieron el acta de liquidación del mismo, en la cual Arquitectos, Constructores e Interventores Ltda. dejó a salvo sus derechos para reclamar y obtener compensación por diversas causas, claramente especificadas, que el Fondo Nacional de Ahorro no consideró procedente reconocer o aceptar en desarrollo del contrato ni en el acta de liquidación” (negrilla fuera de original) (pág. 2 del pacto arbitral).

Del acuerdo arbitral propiamente dicho es necesario destacar el numeral 1º, de cuyo texto se desprende claramente que la expresión de los puntos de desacuerdo que contiene el texto en análisis no es única; ella debe ser armonizada con la forma como se expresaron las divergencias entre las partes en los documentos a que ya se ha venido haciendo mención en esta parte del laudo.

Finalmente, el tribunal, según el pacto arbitral, deberá decidir en derecho.

Aparte de la mención que hace el acuerdo arbitral a la salvedad que expresara el demandante en el acta de liquidación de los contratos a los que se ha venido haciendo referencia, sobre su derecho a reclamar y obtener compensación por diversas causas claramente especificadas que el fondo se negó a aceptar o reconocer en desarrollo del contrato, no aparece en este documento la posición de la entidad contratante frente a los motivos de inconformidad del contratista que han dado lugar al presente trámite arbitral.

1.5.4.2.2. Acta de liquidación final del contrato administrativo 005 de 1994 y sus adicionales 076 de 1994 y 032 de 1995. Desde el punto de vista del tema de la competencia de este tribunal, este documento presenta los siguientes aspectos que deben destacarse:

1.5.4.2.2.1. El considerando cuarto de este documento hace referencia a la reclamación que presentara ACEI al fondo el 2 de abril de 1996, mientras que el quinto expresa frente a esa misma reclamación:

“Que oídas las explicaciones y sugerencias de la interventoría, de la gerencia de obra y de sus asesores jurídicos, el Fondo Nacional de Ahorro, atendió positivamente tales solicitudes a las que se refiere la consideración cuarta (4ª) de este documento, las que por tanto, para todos los efectos legales futuros a que hubiere lugar; se considerarán como materia de una futura controversia entre las partes, salvo lo relativo a la retención de ley concepto por el cual

el fondo está dispuesto a hacer un reconocimiento al contratista, sin perjuicio del derecho del fondo a reclamar en el proceso que le sea propuesto, bien ante jurisdicción contenciosa o en un Tribunal de Arbitramento, perjuicios que eventualmente le hubieren sido causados por el contratista.

1.5.4.2.2.2. Que el fondo canceló al contratista las cuentas de cobro según consta en los anexos I, II y III que forman parte de esa acta.

1.5.4.2.2.3. Que los intervinientes en el acta dejaron constancia de no existir “prestaciones que cumplir a cargo de las partes intervinientes en relación con el contrato administrativo 005/94 y sus adicionales 076/94 y 032/95... manifestando expresamente estar de acuerdo con la liquidación realizada...”.

1.5.4.2.2.4. Que no obstante la anterior declaración, ACEI suscribió el acta con las salvedades que se incluyeron en hoja adicional. Del texto de las mencionadas salvedades se destaca:

1.5.4.2.2.4.1. Según el contratista, el acta de liquidación no incluyó el reconocimiento:

“... de los valores conducentes al debido restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato en relación con los aspectos que a continuación se enuncian, y cuyo alcance y contenido se establece en esta nota, en la comunicación de fecha 20 de marzo de 1996 (radicada en abr. 2/96 ante el fondo) enviada por Arquitectos, Constructores e Interventores Ltda., ACEI Ltda., al fondo, y en cualesquiera otros documentos en que las partes hicieron constar aspectos del desarrollo contractual, en relación con todos los cuales deja a salvo sus derechos para ejercitar las acciones legales correspondientes tendientes a obtener el resarcimiento íntegro de los sobrecostos y perjuicios sufridos ...”.

Es decir, según el encabezamiento del anexo donde consta la inconformidad del contratista con la liquidación del contrato, esta se restringió a los aspectos allí enunciados y se determinó que su contenido sería el señalado en la mencionada comunicación de 20 de marzo y en cualesquiera otros “documentos en que las partes hicieron constar aspectos del desarrollo contractual”, aspecto este que será objeto de particular análisis en el presente laudo más adelante.

1.5.4.2.2.4.2. Los puntos concretos que resumen la inconformidad del contratista en el acta de liquidación son los siguientes:

1.1. Pretensión de ACEI Ltda., tendiente a que se le pague, a los precios ofrecidos por ella, las obras ejecutadas que no fueron canceladas por el fondo, o que, en subsidio, se le paguen estas obras al precio que se determine era el precio del mercado:

— Puntos hidráulicos de agua caliente.

— Emboquillado de muros en ladrillo portante Santafé y resane de pared —una cara—.

— Reafinado de pisos.

1.2. Pretensión de ACEI Ltda., tendiente a que se le pague, al precio correspondiente a las obras en “ladrillo prensado”, las obras de esta naturaleza que ejecutó, y que durante la ejecución del contrato fueron canceladas con el precio pactado para “ladrillo portante prensado”.

1.3. No existe en el documento.

1.4. Pretensión de ACEI Ltda., tendiente a que se le restablezca el equilibrio económico y financiero del contrato lesionado por los sobrecostos en que incurrió el contratista en la ejecución de las actividades de cimentación como consecuencia del nivel freático encontrado en la zona de ejecución de las plataformas A, B, C, D, y E.

1.5. Pretensión de ACEI Ltda., tendiente a que se le restablezca el equilibrio económico y financiero del contrato lesionado por los sobrecostos en que incurrió el contratista por una mayor duración que la prevista en el desarrollo de los trabajos, por causas no imputables a ACEI Ltda.

1.6. Pretensión de ACEI Ltda., tendiente a que se le restablezca el equilibrio económico y financiero del contrato lesionado por el no pago de anticipo en el contrato adicional 076 de 1994.

1.7. Pretensión de ACEI Ltda., tendiente a que se le paguen los costos administrativos de atención post-ventas al adjudicatario.

1.8. Pretensión de ACEI Ltda., tendiente a que se le reconozcan y paguen los perjuicios sufridos por el descuento efectuado por el fondo por concepto de Ley 33 de 1985.

1.9. En relación con todas las pretensiones de ACEI Ltda., esta solicita la actualización monetaria y el pago de los intereses moratorios o comerciales a que en derecho haya lugar.

1.5.4.2.3. Oficio de 20 de marzo de 1996, radicado por el contratista en las oficinas el fondo el 1º o el 2 de abril de 1966. Como tanto el acuerdo arbitral como el acta de liquidación a los que se viene haciendo mención en esta parte del laudo remiten a este oficio y a los motivos de inconformidad en él contenidos, se procede a hacer su análisis. Análisis que reviste una particular importancia si se tiene en cuenta que el documento de salvedad al acta de liquidación, suscrito por el ACEI asigna a este documento la función de determinar, junto con otros que hayan surgido durante la relación contractual, el alcance de los puntos de conflicto con el fondo en cuanto concierne al contrato Administrativo 005 de 1994 y sus adicionales.

1.5.4.2.3.1. Consideraciones generales

1.5.4.2.3.1.1. Como fundamento de su reclamación, el contratista solicita en este oficio que se tenga en cuenta el artículo 289 del Decreto-Extraordinario 222 de 1983, en cuanto prevé que dentro de la liquidación del contrato deben establecerse las indemnizaciones que correspondan a favor del contratista. A esta norma remite la cláusula vigésima sexta del contrato 005 de 1994, que establece las reglas que deberían seguirse para la liquidación del contrato.

Igualmente, en la parte final del documento se manifiesta que por las razones que en él se exponen y que se analizan en el punto siguiente de este laudo, el equilibrio económico y financiero del contrato se fue deteriorando paulatinamente, al tiempo que se generó una “gravosa carga financiera” que el contratista no ha podido recuperar.

1.5.4.2.3.1.2. En nota a la sustentación que ACEI da a su reclamación por razón de puntos hidráulicos de agua caliente, aclara que la metodología de liquidación de perjuicios que ha aplicado para este efecto es extensible todos los reclamos incluidos la comunicación de 20 de marzo de 1996.

La metodología para la liquidación de perjuicios que aplica, por tanto, a todas las reclamaciones del contratista y que se repite en los cuadros con que ilustra, mes por mes, la evolución de la cuantificación económica de lo que en su concepto le debe el fondo, contiene, además de los precios básicos, la correspondiente actualización con el interés moratorio correspondiente; igualmente se incluye un cuadro donde se incorpora el interés moratorio sobre los reajustes no pagados por el fondo.

1.5.4.2.3.1.3. Para efectos del pacto arbitral, las partes no incluyeron entre los diversos elementos destinados a formar parte de él, la posición del fondo frente a las reclamaciones que integran el oficio de 20 de marzo de 1996 que se viene analizando.

1.5.4.2.3.2. Puntos concretos objeto de reclamación

1.5.4.2.3.2.1. Obras ejecutadas no pagadas por el fondo

Esta parte de la reclamación, se centra en tres ítem que tienen en común, según el dicho del contratista, el no haber estado contemplados ni en el pliego de condiciones, ni en la propuesta, ni en el contrato:

- Puntos hidráulicos de agua caliente.
- Emboquillado de muros en ladrillo portante Santafé.

- Reafinado de pisos.

1.5.4.2.3.2.2. Pago de obras ejecutadas en ladrillo prensado con el precio pactado para ladrillo portante prensado. Las reclamaciones del contratista en este punto se centran en el hecho de que durante la ejecución del contrato la interventoría, la gerencia de obra y el fondo modificaron las condiciones de ejecución de actividades previstas en los pliegos de condiciones, en la oferta y en el contrato para ser adelantadas en ladrillo prensado portante Santafé y ordenaron el reemplazo de este último por ladrillo prensado Santafé. No obstante, esta modificación no se reflejó en los pagos, los cuales se realizaron como si no hubiese habido ninguna alteración en las mencionadas especificaciones.

De esta circunstancia se derivaron para el constructor un mayor valor del ladrillo prensado, en relación con el prensado portante y mayores costos por razón de mano de obra, materiales y equipos, en los siguientes ítem:

- Muros fachadas edificios 10 pisos en ladrillo prensado Santafé.
- Enchape de columnas en ladrillo prensado Santafé (60 cms.).
- Enchape de columnas y vigas ancho 30/50 en ladrillo prensado Santafé.
- Enchape en 12 centímetros de fachadas y bordes en ladrillo prensado Santafé.

1.5.4.2.3.2.3. Diferencias en liquidación de reajustes. Centra el contratista su reclamo en esta materia en la “injusta” aplicación del que él denomina “castigo” previsto en el contrato 005 de 1994 para el pago de obras realizadas fuera de la programación pactada, por razones imputables al constructor. Deriva este perjuicio de la situación de que en el contrato adicional 032 de 1995 no se hubiese pactado una reprogramación como la que sí se llevó a cabo en el contrato adicional 076 de 1994, pese a que la motivación de ambos acuerdos fue la misma: la escasez de ladrillo (alega que en el contrato 076 de 1994 no fueron determinantes de la reprogramación las obras adicionales).

Finalmente, el constructor alega en el escrito en análisis, que las obras realizadas durante el plazo previsto en el contrato adicional 032 de 1995, han debido pagarse con aplicación del “índice del mes de ejecución del acta”, según se lee en la página 64.

El problema de los reajustes también se menciona en el punto concerniente al manejo de aguas

1.5.4.2.3.2.4. Sobrecostos cimentación por nivel freático. El contratista sitúa el origen de este reclamo en la circunstancia de haber encontrado un nivel freático en cota diferente de la establecida en el estudio de suelos, problema del cual dejó constancia en varios oficios que se incluyen en el texto de la comunicación de 20 de marzo de 1996 que se viene analizando.

De las comunicaciones a las que se refiere el contratista en este aparte del documento en estudio resalta la que dirigió el 1º de junio de 1995 a la gerencia de obra, donde expresa (pág. 77) que la obligación del constructor se limita al manejo de aguas lluvias “ya que en los estudios de suelos anexos a la licitación aseguraban un rango de variabilidad de agua entre 5 y 8 metros (pág. 7 del estudio de suelos) y estos datos técnicos fueron tenidos en cuenta por nuestra empresa en la elaboración del presupuesto y programación”. Igualmente, de esta comunicación, así como de las otras que se transcriben en el documento de reclamación, puede deducirse que el contratista reclama los siguientes perjuicios en cuanto concierne al problema del manejo de aguas:

Los atrasos en la secuencia constructiva de las plataformas B, C, en cimentación, muros de contención, pisos placa con “una implicación de 3 a 4 semanas y por consiguiente retrasos en edificios que dependen de su secuencia constructiva” (pág. 74), tuvieron como efecto retrasar “la facturación programada de acuerdo al flujo de inversión contratado incrementándose aún más los inconvenientes de liquidez que les hemos comunicado en el oficio anterior⁽²⁾”. (pág. 73).

Además, la no construcción de los filtros que se habían previsto, según el contratista, en el estudio de suelos y que no fueron autorizados por el fondo sino tardíamente, generó a aquel los siguientes problemas que también se

reflejaron en el equilibrio contractual:

- Incremento en costos administrativos.
- Incremento de los costos de personal directo de obra.
- Incremento de los costos de equipos afectados al cumplimiento del contrato.
- Perjuicios por deficiente aplicación del mecanismo de ajustes de precios.
- Costos financieros resultantes de la modificación de los presupuestos económicos que condujeron a la firma del contrato⁽³⁾.

Todo lo anterior condujo, según el contratista, a unos “sobrecostos extras ocasionados por nivel de agua presente y cambio en el procesos (sic) constructivos”, que no fueron adecuadamente cubiertos por el fondo, toda vez que los pagos se realizaron como si las obras se hubiesen llevado a cabo, según el contratista, “bajo una condición de suelo sin presencia de agua, cuya profundidad de nivel se estipulaba entre y 8 metros (sic), para un suelo seco”, cuando las condiciones reales de ejecución fueron las siguientes:

a) El agua estaba aproximadamente de 3 metros a 3:30 metros de profundidad, nivel correspondiente a placas de contrapiso y área de influencia donde irían los recibos compactados.

b) El calculista de obra, exigió no seguir el proceso constructivo, dado por el constructor y aprobado por el Fondo Nacional de Ahorro al adjudicarse el contrato, por lo cual se obligó al contratista a ejecutar la placa de plataforma antes de vaciar las losas de contrapiso, decisión que trajo al constructor los siguientes problemas:

1. Tuvo que ejecutar un encofrado adicional en el piso de tierra para poderle dar seguridad y apoyo al encofrado de la losa de techo de la plataforma A.

2. El terreno donde se excavaba en más o menos 30 centímetros para construir la caja donde iría el recho compactado, quedó convertido en un pantano, por la presencia del agua en un nivel aproximado de 3 a 3.30 metros. Este hecho se produjo porque la interventoría no tomó oportunamente las medidas correctivas, ya que la empresa ACEI Ltda., había notificado la presencia de nivel freático diferente, el cual apareció más arriba del nivel descrito...

Sin que signifiquen una concreción de los puntos en conflicto, el contratista hace énfasis en los siguientes ítem relacionados con el manejo de agua, en torno a los cuales recalca la pérdida de materiales y mano de obra empleados para hacer los correspondientes rellenos.

- Problemas a nivel de zapatas
- Problemas a nivel de recibos compactados en contra pisos de sótanos.

1.5.4.2.3.2.5. Sobrecostos por mayor permanencia. En este punto la reclamación se basa en la aplicación de una regla de tres que permite al contratista, apoyado en la duración real de las obras frente a la inicialmente prevista en el contrato y en el presupuesto ofrecido en la licitación, calcular mayores costos en los siguientes ítem: mano de obra; equipos y porcentaje de administración.

1.5.4.2.3.2.6. Perjuicios por no pago de anticipo en el contrato adicional 076 de 1994. Directamente en esta parte de su reclamación el contratista afirma que no se pagó el anticipo que estaba previsto en el contrato 005 de 1994.

1.5.4.2.3.2.7. Costos administrativos post-ventas. Según el constructor, el fondo, por medio de una orden escrita ordenó a aquel la realización de actividades de post-venta, la cual no fue presentada por el contratista en su propuesta y tuvo una duración de seis meses. No se detallan los ítem concretos en que debía traducirse la actividad de post-ventas.

1.5.4.2.3.2.8. Perjuicios por retención inadecuada de la Ley 33. No se analizan, por haber sido objeto de

conciliación entre las partes.

1.5.4.2.4. El compromiso considerado integralmente. De los documentos que se han analizado, para efectos de fijar el alcance del compromiso y por lo tanto el ámbito de competencia de este tribunal, puede concluirse:

— Aun cuando el pacto de compromiso hace referencia en sus considerandos a que los conflictos de las partes son de naturaleza técnica y económica, este tribunal se constituyó para decidir en derecho las consecuencias jurídicas de los mismos, según la valoración que de acuerdo con la ley se hará de los soportes técnicos allegados al proceso. En consecuencia, su competencia se limita a dirimir los conflictos de orden jurídico, objeto de compromiso.

— Frente a las pretensiones expuestas por ACEI en los diferentes documentos que conforman el pacto de compromiso, el fondo se reservó la facultad de presentar demanda de reconvención o de promover llamamientos en garantía. Además, en el acta de liquidación de los contratos 05 de 1994, 076 de 1994 y 032 de 1995, al tiempo que declaró que la constructora había cumplido con sus obligaciones, manifestó haber “atendido positivamente” los puntos de disconformidad de ACEI, las cuales consideró “materia de futuras controversias”, salvo lo relativo a la retención de ley. Esta última fue materia de conciliación, según consta en los antecedentes de este tribunal.

— La remisión que el contratista hace, en su salvedad al acta de liquidación del contrato 076 de 1994, documentos distintos de la reclamación de 20 de marzo de 1996, donde pudiese haber dejado constancia de motivos de inconformidad frente a la conducta del fondo, no será tenida en cuenta por este tribunal, por lo menos en cuanto hace a la fijación del ámbito de su competencia.

— Al respecto debe recordarse que, en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional y del numeral 3° del artículo 13 de la Ley 270 de 1996, los tribunales de arbitramento derivan la función de administrar justicia de la expresa habilitación que hacen las partes. Para garantía del debido proceso que consagra el artículo 29 de la Constitución Nacional esta habilitación ha de ser clara y taxativa sobre los puntos en litigio. Consecuente con esta orientación normativa, el artículo 5° del Decreto 2279 de 1989, vigente cuando se celebró el acuerdo de voluntades en que se sustenta el presente Tribunal de Arbitramento, estableció que no produciría efecto alguno el compromiso que no reuniera, entre otros, el requisito de expresar “las diferencias o conflictos objeto de arbitraje”.

— Como consecuencia de lo anterior, para este tribunal los puntos en conflicto a los cuales ha de extender su competencia son únicamente los mencionados en los documentos a que se refiere el pacto de compromiso ya analizado. Comunicaciones diferentes de la reclamación de 20 de marzo de 1996, radicada en las oficinas del fondo el 1° de abril de 1996, solo serán tenidas en cuenta en la medida en que formen parte integrante de esta, para efectos de precisar el contenido de los puntos de desacuerdo que se expresaron en el pacto arbitral propiamente dicho.

— Respecto de la manifestación del señor apoderado del fondo en el sentido de considerar incompetente a este tribunal para conocer conflictos derivados de un posible incumplimiento de su poderdante, debe tenerse presente que la noción de desequilibrio contractual no es, ni ha sido, ajena a la de incumplimiento de las partes.

Durante la vigencia del Decreto 222 de 1986, ley vigente durante la etapa de formación del acuerdo de voluntades que culminó con el contrato 005 de 1994, la jurisprudencia reconoció que el equilibrio económico financiero de un contrato podía romperse, entre otras causas, por incumplimiento de la administración. Posteriormente, la Ley 80 de 1993, vigente cuando se celebró el contrato 005 de 1994 y aplicable a él en virtud de lo dispuesto por el artículo 78 de aquella, incluyó el incumplimiento del contrato como una de las posibles causas de rompimiento de la ecuación económica de los contratos estatales (art. 5°, num. 1°).

Además, al haber sido celebrado el compromiso durante la vigencia de la Ley 80 de 1993, si las partes no dieron un alcance preciso al concepto de desequilibrio contractual y no limitaron las posibles causas eficientes del mismo, es para el tribunal forzoso dar aplicación a las normas legales que permiten determinar cuándo puede romperse el equilibrio contractual, sin excluir ninguna.

Del análisis de las normas legales citadas, así como de la jurisprudencia analizada, el tribunal encuentra que es generalmente aceptado que la noción de desequilibrio financiero es un género y el incumplimiento del contrato una de las especies que puede conducir a dicho desequilibrio.

Dicho en otras palabras, el desequilibrio es un efecto que se produce cuando objetivamente unos hechos probados lo ponen en evidencia y puede originarse en distintas causas, una de las cuales es el incumplimiento del contrato.

Es decir, el desequilibrio es una noción objetiva que se prueba con hechos. Una vez probado, hay que entrar a determinar la causa que le dio origen: se pudo haber llegado a dicha situación por hechos ajenos a las partes contratantes, pero también por un hecho de la propia administración y este, a su vez, puede ser un acto de dicha administración en ejercicio de las facultades que le son propias o un incumplimiento de su parte a las normas contractuales.

Considera el tribunal que en el compromiso no se especificaron —ni para incluirlas ni para excluirlas— ninguna de las causas mencionadas anteriormente y el hecho de haber mencionado una de ellas —el incumplimiento— en la demanda no la deja por fuera de su competencia. Si en el compromiso las partes hubieran sometido al tribunal las diferencias originadas en factores ajenos a las partes o imputables a la administración en ejercicio de sus poderes públicos, sin hacer referencia alguna al incumplimiento, podría llegar a pensarse que, por sustracción de materia, este último tema estaría fuera del ámbito de su competencia; pero, habiéndolo circunscrito el pacto a los hechos y al supuesto desequilibrio (esto es al efecto), la competencia ha de deducirse para todas las causas imaginables que puedan ocasionarlo.

De otra parte, si se analiza en concreto la pretensión 1.4. que a la letra dice: “pretensión de ACEI Ltda., tendiente a que se restablezca el equilibrio económico y financiero del contrato lesionado por una errónea o deficiente aplicación del mecanismo de ajuste de precios”, hay que entender que si bien no se mencionó expresamente el incumplimiento del fondo, se puede deducir que el mecanismo de ajuste de precios estaba contemplado contractualmente.

Además, en este punto es necesario traer a colación la reiterada referencia que se hace en los documentos que integran el pacto arbitral a los intereses moratorios reclamados por el demandante en todos los aspectos del conflicto que dio origen a este proceso. En efecto, tanto en el anexo del acta de liquidación, como en el pacto arbitral y especialmente la reclamación de 20 de marzo de 1996, el ACEI solicita se le paguen intereses moratorios; ello ha quedado claro en el análisis individual de cada uno de esos documentos.

Al respecto es necesario recordar que en los términos del artículo 1608 del Código Civil la mora del deudor no es ajena al concepto de incumplimiento de una obligación. De ahí que cualquier reclamación de intereses de mora suponga el análisis de si existe una obligación pendiente de pago o no por parte del deudor y de si ese pago no efectuado puede dar lugar o no a esta clase de intereses.

En síntesis, este tribunal considera que la reiterada reclamación de intereses moratorios por parte de ACEI en el pacto arbitral, lo habilita, también, para estudiar y decidir si se dan los supuestos para declarar si ha existido incumplimiento o no del fondo en cada una de las pretensiones donde, por la naturaleza de las mismas, este fenómeno se haya dado.

De esta consideración, así como de las anteriores, concluye este tribunal que no existe razón jurídica alguna que le impida pronunciarse sobre un eventual incumplimiento del fondo.

— Como ya quedó expuesto en este laudo, uno de los elementos determinantes que ha tenido en consideración el tribunal para determinar el ámbito de su competencia es el de la condición de transigible que revisten las pretensiones de las partes en los diversos documentos que conforman el compromiso. Esta transigibilidad constituye uno de los requisitos que el ordenamiento legal vigente exigía cuando se celebró el compromiso y cuando este tribunal asumió competencia, como se desprende del artículo 13, numeral 3º, de la Ley 270 de 1996.

Esta precisión, que sobraría respecto de la generalidad de las pretensiones consignadas en el documento de compromiso, requiere una mención particular respecto de la consignada en el punto 1.10 del escrito del cual deriva su competencia este tribunal: “pretensión de Arquitectos, Constructores e Interventores Ltda., tendiente a que se declare la nulidad del numeral 2º del “acta de acuerdo” de fecha 14 de julio de 1995, suscrita en desarrollo del contrato 005/94 para la construcción de la manzana D ...”. La amplitud con que ha sido formulado este punto de diferencia entre las partes, impone al tribunal recordar que su competencia no se extiende al conocimiento de

causales de nulidad que no sean saneables por cuanto ellas escapan al poder de negociación de los particulares.

Así, es necesario tener presente que artículo 44 de la Ley 80 de 1993 incluye entre las posibles causales de nulidad absoluta de los contratos las previstas como tales en el derecho común. Pero a diferencia de lo que sucede con la regulación prevista en el artículo 1742 del Código Civil, que permite que las nulidades absolutas provenientes de causales diferentes del objeto ilícito sean saneadas, el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 establece, sin hacer distinción alguna, que la nulidad absoluta de los contratos estatales no es susceptible de saneamiento por ratificación.

Además, resulta necesario tener presente, para efectos de la pretensión de nulidad contenida en el pacto arbitral, que a diferencia de lo que ocurre con el régimen de nulidades absolutas en el derecho común, en el ámbito normativo de los contratos estatales la declaratoria de oficio de la nulidad absoluta por el juez está limitada al juez contencioso administrativo. En efecto, mientras el Código Civil en su ya mencionado artículo 1742 establece que el juez (sin distinción alguna) puede y debe declarar la nulidad absoluta “aun sin petición de parte”, el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989, vigente cuando se celebró el compromiso, y el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 limitan la competencia para declarar de oficio la nulidad de contratos estatales o de actos relacionados con ellos al juez contencioso administrativo.

Siendo como es la competencia de los tribunales de arbitramento una competencia excepcional, la interpretación de las normas que fijan su alcance debe ser restrictiva. De ahí que, teniendo la noción de juez contencioso administrativo un alcance claramente limitado en los artículos 236 y siguientes de la Constitución Nacional y 11 de la Ley 270 de 1996 sea inaceptable para este tribunal aceptar la posibilidad de decretar una nulidad absoluta, dentro del ámbito de un contrato estatal, de oficio.

Por consiguiente, el tribunal manifiesta desde ahora que su ámbito de competencia respecto del punto 1.10 del pacto de compromiso se limita a aquellas causales de nulidad que sean saneables y respecto de las cuales, por lo tanto, quien la alega tenga capacidad de disposición, al tenor del artículo 2470 del Código Civil.

— En cuanto a las expresiones del fondo en los documentos que conforman el pacto arbitral, esta entidad expresa que considera haber atendido las pretensiones de esta última “positivamente” y se reserva el derecho de contrademandar a ACEI.

1.5.4.3. Las pretensiones y las excepciones del convocante y del convocado, respectivamente. Establecido el alcance de los aspectos litigiosos formulados por las partes en los distintos documentos que conforman el pacto arbitral, procede confrontarlas con el alcance de la parte petitoria de la demanda y de las excepciones propuestas en el escrito de contestación. Para este análisis el tribunal tendrá como normas orientadoras las previsiones que consagran el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil y los artículos 2º, 3º y 5º del Decreto 2279 de 1989; la primera de ellas reguladora del principio de la congruencia; las citadas del 2279 de 1989, determinantes del ámbito máximo de competencia de este tribunal, tal como se expresó en el numeral anterior de este laudo. Dentro de estos parámetros el tribunal interpretará tanto los escritos de cada una de las partes para efectos de las decisiones que se adopten en el presente laudo.

En este punto el tribunal acoge el alcance que la doctrina nacional ha dado al compromiso o pacto arbitral y hace suya la siguiente posición frente al compromiso:

Lo lógico es que en un documento pacten el arbitramento y que en el mismo indiquen sus nuevas pretensiones que además deberán estar fundadas en hechos que una parte afirme que han sucedido, porque la pretensión sola, huérfana de hechos o no puede existir o es inane, dado que al juez se le pide que a partir de unos hechos diga el derecho que se pretende, que aplique las normas y es sabido que toda norma tiene un supuesto de hecho y una consecuencia de derecho; eso es justamente lo que debe quedar consignado en el pacto arbitral, la pretensión o diferencia, pero completa ⁽⁴⁾.

Teniendo en cuenta, entonces, los parámetros mencionados, inicia el tribunal la confrontación de las pretensiones y excepciones consignadas en los escritos de demanda y contestación, con el pacto arbitral. Todo ello en el entendido de que en aquellos pudo haberse restringido el ámbito de los conflictos consignados en este, mas no

ampliarse.

1.5.4.3.1. El *petitum* de la demanda ⁽⁵⁾

— En su solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento, ACEI reformula, en la pretensión primera, las pretensiones 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.6 y 1.7 que se enuncian separadamente en el pacto arbitral. De esas pretensiones solo la 1.3, la 1.4, la 1.5, y la 1.6 se relacionan en el pacto arbitral con el restablecimiento del equilibrio contractual, por motivos ajenos al contratista o sin discriminación alguna con el origen.

Por el contrario, la redacción de la pretensión primera de la demanda relaciona todas las pretensiones mencionadas con el desequilibrio contractual derivado de la ocurrencia de “situaciones imprevistas no imputables al contratista que crearon una situación de mayor onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista” y solicita la declaratoria correspondiente.

No obstante, en el literal c) de la pretensión primera, se establece una relación entre el reajuste deficiente de ciertas obras y una violación del contrato de obra pública 005 de 1994.

Sin perjuicio de que en el análisis individual de cada una de las pretensiones el tribunal se pronuncie sobre la *causa petendi* consignada en el escrito de convocatoria y su relación con el texto de la reclamación de 20 de marzo de 1996, documento que, como ya se dijo, fija el alcance de cada una de las pretensiones se concluye que esta pretensión no excede los marcos del pacto arbitral y respecto de ella puede el tribunal asumir competencia, en los términos en que está formulada.

— En la segunda pretensión se solicita que “... se declare que el hecho de que trata el literal c) de la pretensión anterior constituyó incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales del Fondo Nacional de Ahorro”.

A pesar de la ya mencionada manifestación del señor apoderado del fondo en su alegato de conclusiones, en criterio del tribunal esta pretensión tampoco excede el ámbito de competencia demarcado por los documentos que conforman el pacto arbitral. Al contrario, el tribunal ve en ella una limitación de la que originalmente consideraron las partes que podían atribuirle y entiende que solo podrá hacer declaración de incumplimiento respecto de ella, si a ello hubiere lugar.

— Las pretensiones tercera y cuarta —esta última con sus subsidiarias— son la consecuencia tanto del pacto arbitral propiamente dicho, en su numeral 1.9, como de la reclamación que le da contenido a los puntos de desacuerdo en él manifestados.

— Por su parte, las pretensiones sexta y séptima del escrito de convocatoria son consecuentes con el régimen jurídico vigente cuando se suscribió el compromiso para las sentencias que impongan condenas a entidades públicas, especialmente los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo. De ahí que no se consideren extrañas al mismo.

En cuanto concierne a la condena en costas y agencias en derecho a que se refiere la petición octava, ella también es consecuencia del ordenamiento jurídico vigente cuando se celebró el compromiso, según los artículos 171 del Código Contencioso Administrativo y 392 del Código de Procedimiento Civil.

— Finalmente, por lo que se refiere a la pretensión quinta el tribunal, luego de los análisis ya elaborados respecto de la posibilidad de conocer sobre causales de nulidad absoluta de contratos estatales, encuentra que carece de competencia para pronunciarse sobre ella de oficio o a petición de parte. Sobre todo si se tiene en cuenta que el escrito de convocatoria reduce el origen de esta posible nulidad a las causales del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, al establecer una concordancia entre esta norma y el artículo 5º, numeral 3º, del mismo ordenamiento. Igualmente, al calificar la nulidad de absoluta deja de lado la posibilidad que vislumbra el intérprete en el artículo 5º de un vicio del consentimiento que, al contrario de la nulidad absoluta, sí es saneable y podría dar lugar a una nulidad declarable por un Tribunal de Arbitramento habilitado para ello por un pacto arbitral.

1.6. Las excepciones propuestas por la parte convocada

Con relación a las de excepciones de mérito expuestas en el escrito de contestación de la parte convocada, expresa el tribunal:

— Las excepciones de inexistencia del derecho pretendido y alegado por el actor, así como las de cumplimiento por parte del fondo de sus obligaciones contractuales e inexistencia de la teoría de la imprevisión, corresponden a las expresiones de esta entidad en los diversos documentos que conforman el pacto arbitral, tal como ya ha quedado dicho, por lo cual procede asumir competencia sobre ellas.

— Las excepciones de culpa y mala fe del contratista nunca fueron planteadas en los documentos que conforman el pacto arbitral, ni en ellos se describieron hechos u omisiones que dieran lugar a deducirlas, así no estuvieran expresas. No obstante, en la medida en que ellas no constituyen en sí mismas un punto de desacuerdo entre las partes, sino que hacen relación a actitudes o condiciones que califican su conducta bien en la relación contractual, bien en la relación procesal, el tribunal asume competencia respecto de ellas.

— En cuanto a las excepciones de mérito que resulten probadas en el proceso y cuya declaración sea oficiosa, este tribunal dará cumplimiento a lo ordenado por el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 306. A propósito de esta norma el tribunal resalta cómo ella asigna a los jueces, sin discriminación alguna, el deber de declarar las excepciones de mérito que resulten probadas, salvo las de nulidad relativa, prescripción y compensación.

2. Consideraciones del tribunal

2.1. Objeción por error grave y tacha de testigos

Antes de determinar cuáles son los hechos que se encuentran probados en el proceso y que son la base de las controversias que se decidirán mediante este laudo, corresponde al tribunal analizar la objeción por error grave formulada por el señor apoderado de ACEI al dictamen pericial rendido por el ingeniero Carlos Neira y por el arquitecto Alfonso Suárez Nitola; esto con el fin de establecer la eficacia del medio probatorio y su aptitud para conferir al tribunal certeza sobre los hechos técnicos allí examinados que fueron su objeto; con el mismo fin el tribunal estudiará las tachas formuladas a los testigos.

2.1.1. Objeción por error grave. Por solicitud de ACEI durante la primera audiencia de trámite de este proceso fue decretada la práctica de un dictamen pericial de carácter técnico. De las listas de auxiliares del Consejo de Estado fueron designados por el tribunal el ingeniero Carlos Neira Fernández y el arquitecto Alfonso Suárez Nitola, dado que los peritos nombrados de común acuerdo por las partes no aceptaron los cargos. Debidamente posesionados (acta 9) y transcurrido el término fijado por el tribunal, más el adicional concedido por solicitud de los señores peritos, estos rindieron la pericia el 10 de diciembre de 1998, acompañando el concepto del ingeniero José Antonio Forero sobre el nivel freático y el problema de los drenajes; del dictamen se corrió traslado a las partes en los términos de ley (acta 20).

ACEI solicitó oportunamente adiciones y aclaraciones a la pericia, las cuales fueron ordenadas, además de otras de oficio señaladas por el tribunal. Los peritos presentaron sus respuestas y dentro del término de traslado, ACEI formuló la objeción por errores graves de que se ocupa el tribunal: para demostrarlos solicitó tener como pruebas todos los documentos pertinentes que obran en el proceso y el dictamen pericial técnico rendido en el proceso arbitral de Maeco Ltda. v. Fondo Nacional de Ahorro. Este último medio probatorio no fue decretado por el tribunal por no encontrarlo pertinente para este debate.

Por su parte, el señor apoderado del fondo, en memorial presentado el 18 de febrero de 1999, se opuso a la solicitud de prueba trasladada a que se ha hecho mención y expresó los motivos de su desacuerdo con los planteamientos del ACEI en el escrito de objeciones.

2.1.1.1. Errores señalados por el objetante. Los errores señalados por el objetante al dictamen se concretan así:

2.1.1.1.1. Sobrecostos por mayor permanencia

— El objetante aduce que los peritos estudiaron este tema en un documento que no era el idóneo para ello, ya que contenía los requerimientos de ladrillo para efectuar las obras dentro de un plazo que ya incluía la reprogramación

del término por razón del primer contrato adicional. Esta equivocación llevó a los peritos a desatender la historia del contrato durante el segundo semestre de 1994, época en la que según el objetante, se dieron los más importantes retrasos por falta de ladrillo portante, y los llevó a concluir erradamente que prácticamente nunca había existido déficit en este material, sino por el contrario, casi siempre había existido un superávit de dicho ladrillo.

— Otro error grave se genera por el criterio adoptado por los peritos de que con el pago de las actas de obra ejecutada se compensa al contratista el mayor costo ocasionado por haber mantenido durante más tiempo mano de obra y equipo destinados a la ejecución de una cantidad de obra y que lo único que estaría sin cancelar en este caso, son los costos administrativos del contrato original —los cuales además no calcularon por afirmar que no hay elementos probatorios de ello en el expediente—.

— Otro error endilgado al dictamen estriba en el cálculo del porcentaje de desperdicio de ladrillo portante, el cual se elaboró parcialmente, según el objetante, pues no se incluyó el desperdicio de la totalidad de la construcción, sino solo el reportado respecto de los ítem consignados en el acta 20 de liquidación final.

2.1.1.1.2. Anticipo en contratos adicionales. El error señalado por este concepto lo ubica el objetante en la omisión del cálculo solicitado por ACEI sobre el perjuicio financiero que esta parte alega haber sufrido por la falta de reconocimiento del anticipo a los contratos adicionales.

2.1.1.1.3. Indebida congelación de ajustes. Al igual que el anterior, se constituye por la omisión del cálculo solicitado para cuantificar este sobrecosto alegado.

2.1.1.1.4. Falta de pago de algunas obras

— Puntos hidráulicos de agua caliente: el error señalado consiste en no haber incluido el peritazgo dentro del cálculo del precio de la tubería CPVC utilizada para los puntos de agua caliente de la manzana D, el costo de los demás elementos, tales como accesorios, soldadura, etc., los cuales aparecen en la lista de materiales presentada por el contratista en su propuesta.

— Emboquillado y resanes: consiste el error en la falta de consulta por parte de los peritos de los pliegos de condiciones, según lo afirma el objetante.

— Reafinado de piso: al concluir el dictamen que esta actividad no se llevó a cabo por ACEI se incurre en error grave, pues los peritos dejan ver que no examinaron las pruebas correspondientes que obran en el proceso.

— Pago de obras en ladrillo prensado con precio de obras en ladrillo portante: la crítica estriba en la metodología empleada por el dictamen para concluir que la construcción de fachada en ladrillo prensado resulta más económica que la construcción de fachada en ladrillo portante.

— Actividades de atención al comprador: el alegado error consiste en la falta de respuesta a ese tema por considerar la inexistencia de pruebas de los recursos humanos y del tiempo empleado en tales actividades.

2.1.1.2. Consideraciones del tribunal. Antes de decidir el tema en cuestión, el tribunal debe precisar tres aspectos de especial importancia para ello:

— Solo se referirá a los errores atrás destacados y hará caso omiso de las alegaciones de parte contenidas en el memorial de objeción presentado por ACEI, por considerar que la crítica a la actividad de los peritos es propia del alegato de conclusión; sin embargo, no puede dejar de mencionar la afirmación del señor apoderado de la parte convocada contenida en la página 15 de su escrito, acerca de que los peritos, al responder el tema del nivel freático debatido en este proceso, se basaron en la propuesta del contratista para la manzana B y no para la manzana D que es la que atañe a las controversias.

Esta afirmación es para el tribunal ligera y, de no estudiar cuidadosamente su efecto, podría conllevar de entrada la descalificación del dictamen pericial; sin embargo, lejos de ser determinante, es irrelevante para efectos del concepto. El estudio de suelos elaborado por la sociedad Espinosa Fenwart & Cía. incluido como documento

de los pliegos de licitación y que hace parte de este proceso, se refiere a la totalidad del lote donde se construyó la II etapa para la urbanización Carlos Lleras Restrepo, es decir, comprende el terreno de todas las manzanas que finalmente fueron edificadas por distintos contratistas, sin hacer distinción alguna; por otra parte, las ofertas presentadas por ACEI para las manzanas B y D no fueron diferentes en la técnica del manejo de aguas del terreno ofrecida por el contratista (ver respuesta peritos feb. 23/99). Por tanto, el tema del nivel freático se manejó de una manera uniforme para todo el terreno de la urbanización, sin presentarse diferencias de una manzana a la otra; por ello, aunque los peritos hubieran analizado la oferta correspondiente a la manzana E, como lo afirma el objetante, hecho que además no está demostrado al tribunal, las conclusiones obtenidas serían las mismas, pues la información no presentaba diferencia alguna.

— Por decreto oficioso, los peritos Neira y Suárez dieron respuesta a unas preguntas del tribunal, en memorial presentado el 29 de febrero de 1999. Es obvio que este escrito forma parte integral del dictamen y su contenido también será analizado al estudiar los alegados errores graves.

— El artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, en su numeral 4º, confiere a las partes el derecho de objetar la prueba pericial por error grave “... siempre que el error haya sido determinante de las conclusiones a que hubiesen llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas ...”. “Esto significa que la norma actual le permite al juez apreciar la prueba señalando aquellos temas que a pesar de estar equivocados sean irrelevantes por no incidir en los resultados de la pericia y le señala dos claros parámetros para establecer la existencia del error grave: que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieron llegado los peritos o porque las conclusiones sean erradas” (laudo Diego Jaramillo v. Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, CAR, protocolizado mediante escritura pública 2272 de jun. 4/98, Notaría 40 de Bogotá).

2.1.1.3. Análisis y conclusiones del tribunal. Con base en todo lo anterior, el tribunal analiza los errores en el orden propuesto:

— En cuanto se refiere a los sobrecostos por mayor permanencia, examinada la respuesta de los peritos en las aclaraciones presentadas a la pregunta 9.3.2. a), ellos manifiestan que “... verificados los documentos correspondientes se encuentra que en todos ellos se hizo mención al retraso de ladrillo por parte de la Ladrillera Santafé” y concluyen que la firma del contrato adicional 032 de 1995 es “... constancia definitiva sobre retraso en el suministro del ladrillo” (pág. 26). Nuevamente a la aclaración solicitada por el tribunal respecto a este tema, reiteran: “aclaramos y pedimos excusas al honorable tribunal por el hecho de que en el primer dictamen consideramos que no existe mayor permanencia en obra y por consiguiente sobrecostos, situación que corregimos en el peritazgo de fecha 8 de febrero de 199(sic), página 3”. En estos conceptos no encuentra el tribunal el alegado error, dado que los peritos concluyeron en su aclaración lo mismo que ACEI alegó en su demanda y no lo que su apoderado interpreta en la formulación de la objeción.

— En cuanto al tema concerniente a mayores costos por mayor permanencia en obra que, según el contratista requirió mayor permanencia de mano de obra y equipos, el tribunal estima que este señalado error no es otra cosa que un desacuerdo de criterio de ACEI, expuesto en la demanda y su anexo denominado valorización de los perjuicios, con lo expuesto por los señores peritos en su dictamen; corresponderá al tribunal apreciar el dictamen en conjunto con los demás medios probatorios del proceso y definir si considera válido el concepto pericial que concluye que el pago de las obras del contrato 005 y sus adicionales comprendió el valor de los materiales, mano de obra y equipo. Por otra parte, la alegada falta de cálculo de costos administrativos no puede ubicarse en la categoría del error para quitarle la eficacia al concepto, y solo podrá señalarse como una omisión que el tribunal también apreciará en la correspondiente valoración de conjunto de todas las pruebas del proceso (CPC., art. 187).

— También los errores anotados en materia de porcentaje de desperdicio de ladrillo, anticipo en contratos adicionales, indebida congelación de ajustes, puntos hidráulicos de agua caliente, emboquillado y resane y actividades de atención al comprador, se refieren a defectos por omisión que el tribunal deberá estudiar a la luz de las reglas de la sana crítica (CPC., art. 187).

— Advierte el tribunal que la formulación del error relacionado con el pago de obras en ladrillo prensado con el precio de obras en ladrillo portante, se fundamenta en una diferencia de criterio del objetante con los peritos, mas no en la demostración de una equivocación en la conclusión.

Analizados así los diversos puntos de la objeción, el tribunal encuentra que ninguno de ellos contiene los citados lineamientos del numeral 4º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil: error determinante de las conclusiones o error originado en estas. Por ello, en la parte resolutive no acogerá la objeción formulada por ACEI.

2.1.2. Tacha de testigos. Durante las audiencias de las declaraciones de los testigos Ignacio Angulo Rojas, María Cristina Silva de Klei y Óscar Paredes Zapata, el señor apoderado de ACEI formuló tacha, en los términos del artículo 218 del Código de Procedimiento Civil.

La correspondiente al ingeniero Ignacio Angulo Rojas, la fundamentó el apoderado de ACEI en el hecho relatado por el testigo de que está contratado por el fondo para asesorar al doctor Ramiro Bejarano en la preparación de la defensa de esta entidad; la correspondiente a la señora María Cristina Silva de Klei se fundó en que "... es representante de los intereses del fondo ..." y, la presentada contra el doctor Óscar Paredes Zapata, al final de su declaración, "... por razón del grado de compromiso personal, profesional y anímico que ha mostrado el testigo en su declaración, con el Fondo Nacional de Ahorro..."; esta última tacha fue retirada posteriormente por tratarse de un testigo cuya declaración también fue solicitada por ACEI.

Los artículos 217 y 218 del Código de Procedimiento Civil contienen unas disposiciones tendientes a preservar la imparcialidad de la prueba testimonial. Aunque la ley señala como circunstancias que puedan afectar la credibilidad o imparcialidad del testigo, las razones de parentesco, dependencia o interés que tengan con las partes o sus apoderados, es el juez quien estima si estas razones por sí mismas conllevan actitudes que disminuyan la veracidad de los dichos de los testigos.

En el presente caso, dos de los declarantes fueron llamados a rendir testimonio por el apoderado del fondo en la contestación a la demanda: los profesionales Angulo Rojas, ingeniero civil, relacionado con el fondo mediante un contrato de consultoría para la coordinación del proyecto de construcción de la urbanización Carlos Lleras Restrepo y actualmente también contratado para la asesoría al apoderado del fondo, por razón de su conocimiento del tema, desde el principio, y la arquitecta Silva de Klei, socia de la firma interventora del contrato con ACEI.

El objeto de los testimonios, entiende el tribunal, fue el de informar los pormenores del desarrollo de la relación contractual entre ACEI y el fondo; los hechos relatados por los testigos en su gran mayoría revisten el carácter de técnicos, razón por la cual la conducencia de estos testimonios para su demostración apenas puede predicarse: temas como el concerniente al nivel freático y la utilización de motobombas, el suministro de ladrillo, los puntos hidráulicos para el agua caliente o la discutida aplicación del reajuste en algunas de las actas de obra, etc., requiere de otros medios probatorios para su demostración. Por otra parte, la modalidad del contrato, la organización de su ejecución y la presencia de una parte sometida al derecho público como contratante, hizo que la mayoría de los sucesos hoy en discusión estén plasmados en documentos emitidos por las partes, por la gerencia de obra, por la interventoría y por todas las personas que de una u otra manera tuvieron intervención en la ejecución del contrato.

La ley exige también, para efectos de que prospere la tacha, que la parcialidad de los testigos esté debidamente demostrada; esto es, que los hechos declarados no correspondan a la verdad o que deliberadamente, no comprendan toda la verdad, para así desorientar al juzgador.

No existe en el expediente prueba en contrario de ninguna de las afirmaciones de los testigos, cuya parcialidad se alega. Por el contrario, se trata de declaraciones coherentes con los demás medios probatorios que sobre esos mismos hechos relatados aparecen en el proceso. Es claro que estos dos testigos han tenido relaciones contractuales con el fondo, pero esto no demerita su grado de profesionalidad al describir los hechos que presenciaron y los de que tuvieron conocimiento.

No encuentra, entonces, el tribunal, razón para restarle eficacia a las declaraciones de los señores Angulo Rojas, Silva de Klei y Paredes Zapata. Por el contrario, sus testimonios son existentes y válidos como medios probatorios y el tribunal procederá a apreciarlos en conjunto con las demás pruebas que obran en el proceso.

2.2. Régimen jurídico aplicable al contrato estatal 005 de 1994 y a sus adicionales, los contratos 076 de 1994 y 032 de 1995

Como los contratos en el marco de los cuales transcurrió la relación jurídica entre ACEI y el fondo que ha dado

lugar al presente trámite arbitral fueron gestados en un proceso licitatorio sometido al régimen del Decreto Extraordinario 222 de 1983, pero se suscribieron durante la vigencia de la Ley 80 de 1993, este tribunal considera necesario precisar algunos aspectos relacionados con las implicaciones de este tránsito normativo en la relación contractual y en el sistema de reparación e indemnizaciones a que pueda haber lugar en este proceso.

— El denominado “contrato administrativo” 005 fue suscrito por ACEI y el fondo el 28 de enero de 1994, cuando ya estaban vigentes la totalidad de las normas de la Ley 80 de 1993, con excepción de las disposiciones sobre registro, clasificación y calificación de proponentes. Todo ello según el artículo 81 del mencionado ordenamiento legal.

De esta situación se deriva, en armonía con lo prescrito en el artículo 78 de la Ley 80 de 1993, que el mencionado contrato 005 de 1994 se somete al régimen de este ordenamiento legal y no al régimen anterior a su suscripción. Esta aseveración cobra especial fuerza luego de que el Consejo de Estado declarara la nulidad del parágrafo del artículo 27 del Decreto-Reglamentario 679 de 1994, en sentencia de 19 de febrero de 1998⁽⁶⁾; la norma anulada prescribía que los contratos que se celebraran como consecuencia de concursos o licitaciones abiertos bajo la vigencia de la ley anterior se someterían a ella y no al estatuto contractual proferido en 1993.

— De lo anterior se desprende que el régimen regulador de la ecuación financiera del contrato 005 de 1994 y de sus adicionales, los 076 de 1994 y 032 de 1995, es el contenido en la Ley 80 de 1993. Lo mismo ocurre con el tema de los intereses que se lleguen a deber al contratista y con la forma como deberán repararse los daños pretendidos y probados por la parte actora en este trámite arbitral. De esta manera, los artículos 4°, numeral 8°, 27, 50 y demás normas pertinentes de la Ley 80 de 1993 serán aplicados por este tribunal, en lugar de los artículos 868, 870 y 884 del Código de Comercio, invocados entre los fundamentos de derecho de la demanda.

Solo en la medida en que el estatuto contractual vigente para la contratación estatal presente vacíos, o cuando él así lo disponga, el tribunal dará aplicación a las normas del Código Civil o a las del Código de Comercio, en la medida en que este último sea aplicable teniendo en cuenta la condición de comerciante de ACEI, probada en el proceso.

— Ahora bien, en la medida en que la Ley 80 de 1993 no regula el tipo contractual que entendieron celebrar las partes en el contrato 005 de 1994, este tribunal dará aplicación a las previsiones correspondientes al contrato de obra pública por precios unitarios contenidas en el Decreto Extraordinario 222 de 1983, en cuanto no resulten contrarias a aquellos preceptos considerados de orden público en la Ley 80 de 1993 y que sean necesarias para entender y aplicar las reglas contractuales contenidas en los negocios jurídicos a los que se refiere este proceso.

3. Pretensiones de la demanda

3.1. Pretensión primera

3.1.1. Tal como ha sido planteada en la demanda

Esta pretensión ha sido formulada en la demanda en los siguientes términos:

Primera. Que se declare que en el desarrollo del contrato de obra pública 005 del 27 de diciembre de 1994, celebrado entre el Fondo Nacional de Ahorro y la sociedad “Arquitectos, Constructores e Interventores Ltda., ACEI Ltda.”, para la construcción de la manzana D con 374 viviendas y 16 locales comerciales de la segunda etapa de la urbanización Carlos Lleras Restrepo, se presentaron situaciones imprevistas no imputables al contratista que crearon una situación de mayor onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista y alteraron el equilibrio económico o ecuación económica de dicho contrato en cuanto a los siguientes aspectos de ejecución contractual:

a) Como consecuencia de la existencia de un nivel freático diferente al señalado en el estudio de suelos suministrado por el fondo dentro de los pliegos de condiciones de la licitación, así como por la modificación de los sistemas constructivos, el contratista incurrió en sobrecostos en la ejecución de actividades de excavación, cimentación y trabajos complementarios de las plataformas A, B, C, D y E, sufrió demoras en la ejecución de trabajos y sobrecostos por mayor permanencia (cap. 2.7.1.);

- b) Durante el desarrollo de las obras se presentó una imprevista e imprevisible demora en el suministro de ladrillo portante y prensado, no imputable al contratista, que dio lugar a una demora en la ejecución de los trabajos y que el contratista sufriera sobrecostos por mayor permanencia (cap. 2.7.2);
- c) El Fondo Nacional de Ahorro ajustó deficientemente el valor de las obras ejecutadas (cap. 2.7.3.), incumpliendo con ello el contrato de obra pública 005 de 27 de diciembre de 1994, celebrado entre el Fondo Nacional de Ahorro y la sociedad “Arquitectos, Constructores e Interventores Ltda., ACEI Ltda., para la construcción de la manzana D con 364 viviendas y 16 locales comerciales de la segunda etapa de la urbanización Carlos Lleras Restrepo;
- d) El Fondo Nacional de Ahorro se abstuvo de pagar el anticipo correspondiente a la mayor cantidad de las obras materia del contrato adicional 076 de 1994 (cap. 2.7.4.);
- e) El Fondo Nacional de Ahorro no pagó al contratista el valor de las obras, trabajos y otras actividades ejecutadas de que dan cuenta los capítulos 2.7.5.1. a 2.7.5.5. de esta demanda;
- f) El Fondo Nacional de Ahorro pagó las obras de mampostería que el contratista ejecutó con ladrillo prensado Santafé en los edificios de 10 pisos, a un precio inferior al real, ya que las pagó con el precio pactado por las partes para ladrillo portante Santafé (caps. 2.7.6.1. a 2.7.6.4. de esta demanda).

3.1.2. Análisis y consideraciones del tribunal

3.1.2.1. El rompimiento de la ecuación económico financiera del contrato

3.1.2.1.1. Teniendo en cuenta que esta pretensión se solicita al tribunal declarar la ocurrencia de situaciones imprevistas no imputables al contratista que se presentaron en curso del ya mencionado contrato 005 de 1994 y le generaron a él una mayor onerosidad en cumplimiento de las prestaciones a su cargo en varios aspectos de la ejecución contractual, es lo primero determinar si esa mayor onerosidad se presentó en realidad y luego verificar, en cada supuesto, si obedeció a imprevistos ajenos a ACEI o no.

En este punto el tribunal considera necesario recordar que las normas contenidas en los artículos 4º, numerales 8º y 9º y 27 de la Ley 80 de 1993 buscan no solo mantener una equivalencia entre las prestaciones a cargo de las partes en los contratos estatales, sino también preservar las condiciones “técnicas, económicas y financieras” existentes al momento de proponer o contratar. La expresión de colocar al contratista en situación de no pérdida tiene que ver con las expectativas de lucro vigentes a la celebración del contrato, para que no se vean menguadas por causas ajenas a la propia voluntad de aquel. De esta manera, por mandato legal, la administración ha de asumir los costos necesarios para que el contratista obtenga no solo el monto de las inversiones realizadas en el curso de un contrato estatal, sino que además deberá reconocerle y pagarle sus utilidades, lucros o ganancias, desde luego razonables y ceñidas a las condiciones iniciales del contrato.

Ahora bien, en la demanda y en la reclamación de 20 de marzo de 1996 se afirmó que el contratista había experimentado, en el curso de su relación contractual con ACEI, una mayor onerosidad que la prevista inicialmente en el contrato y que de esta situación se derivaron perjuicios para él. De resultar probada esta afirmación el tribunal tendría que concluir que uno de los elementos que conforman el desequilibrio contractual estaría dado en el presente proceso y procedería, entonces, entrar a indagar sobre el cumplimiento o no de las demás condiciones que exige la ley para declarar si el rompimiento de la ecuación económico financiera del contrato 005 de 1994 debe ser restablecido por el fondo o no.

3.1.2.1.2. Para este efecto procede el tribunal a analizar el dictamen pericial contable, previa la siguiente consideración, motivada en las expresiones del señor apoderado del fondo en su alegato de conclusiones y en escrito radicado en la secretaría el 3 de diciembre de 1998 y que tocan a la credibilidad de este experto:

— El señor apoderado del fondo solicitó a los peritos contables dictaminar si la contabilidad de ACEI, se lleva conforme a las disposiciones legales sobre la materia. En su primer dictamen, los peritos consideraron que “la contabilidad de ACEI Ltda. permitió la verificación y validación para los hechos que nos ocupan”.

Frente a esta respuesta, el señor apoderado del fondo solicitó aclarar el dictamen con el fin de que se le contestara

claramente la pregunta de si la mencionada contabilidad se lleva conforme a las disposiciones legales sobre la materia, ya que no basta decir que tal contabilidad permitió la verificación y validación de los hechos materia del proceso. Al respecto, los señores peritos contables ratificaron en su respuesta que la contabilidad de ACEI se lleva de acuerdo con las disposiciones legales, salvo algunas omisiones indicadas expresamente.

— El tribunal verificó cuáles eran las omisiones o fallas que, de acuerdo con el dictamen pericial contable, presenta la contabilidad de ACEI. Para ello siguió el cuadro presentado en la página 37 del primer dictamen y encontró que dichas omisiones, tal como lo señalan los peritos, no le restan a la contabilidad eficacia como herramienta probatoria en el presente trámite arbitral dado que no afectan los resultados de aquella y, por tanto, no afectan su transparencia.

— Por otra parte, el hecho de que se hayan presentado diferencias entre los reportes contables enviados a la Cámara de Comercio, a la Superintendencia de Sociedades y a la administración de impuestos, no atañe a este tribunal, quien se atiene al concepto de los peritos contables sobre la legalidad de la contabilidad.

— De otro lado, no se comprobó en el proceso la comisión de conductas delictivas que obliguen al tribunal a interponer denuncias o a dar informaciones a las autoridades penales o administrativas.

— Como consecuencia de lo anterior, en los términos de los decretos 2649 y 2650 de 1993, de las normas del Código de Comercio, de la Ley 43 de 1990 y del estatuto tributario, el hecho de que la contabilidad de ACEI sea verificable y transparente la reviste de legalidad y por tanto el tribunal considera que es apta como prueba de los hechos que en ella puedan constatarse.

3.1.2.1.3. En el cuestionario que ACEI formuló a los señores peritos contables incluyó la siguiente pregunta: “Sírvanse establecer la sumatoria de los valores contabilizados en el centro de costos del contrato 005 de 1994, dentro de la contabilidad oficial de ACEI Ltda., tanto por ingresos como por egresos”.

En los cuadros presentados por los señores peritos contables en el dictamen pericial como respuesta a esta pregunta se hace evidente que, de acuerdo con la contabilidad de ingresos y egresos (costos y gastos) la obra Carlos Lleras Restrepo, durante los años 1994, 1995 y 1996 arrojó pérdidas (fls. 14 y 15 del dictamen).

De lo anterior, y con base en el dictamen contable, concluye este tribunal que la ecuación económica y financiera del contrato 005 de 1994 sí se rompió y por lo tanto procede a verificar si, en cada una de los aspectos que se incluyen en la pretensión primera, se dan los supuestos que darían lugar a la reparación de este desequilibrio por parte del fondo y, en caso positivo, en qué cuantía.

En este punto del laudo, y antes de entrar a analizar los diversos aspectos en los cuales el demandante entiende que tuvo lugar el desequilibrio financiero, el tribunal considera pertinente hacer énfasis en que el motivo invocado por ACEI en la demanda como causante de la mayor onerosidad que ha tenido que soportar en su relación contractual con el fondo, se reduce, en esta pretensión, a la “ocurrencia de situaciones imprevistas no imputables al contratista”. Esta reiteración se hace necesaria, pues no será dado al tribunal en razón del principio procesal de la congruencia, pronunciarse en este punto sobre otras causas que hayan podido originar el desequilibrio contractual en el contrato 005 de 1994.

3.1.2.2. El aspecto de la ejecución contractual contenido en el literal a) de esta pretensión

a) Como consecuencia de la existencia de un nivel freático diferente al señalado en el estudio de suelos suministrado por el fondo dentro de los pliegos de condiciones de la licitación, así como por la modificación de los sistemas constructivos, el contratista incurrió en sobrecostos en la ejecución de actividades de excavación, cimentación y trabajos complementarios de las plataformas A, B, C, D y E, sufrió demoras en la ejecución de trabajos y sobrecostos por mayor permanencia (cap. 2.7.1).

3.1.2.2.1. Como ya se ha mencionado en otra parte de esta demanda, considera el contratista que el haber hallado un nivel freático diferente del previsto en el estudio de suelos que formó parte del pliego de la licitación que culminó con la suscripción del contrato 005 de 1994 tuvo que incurrir en mayores costos respecto de los previstos en su oferta, los cuales estaban previstos para construcción en terreno seco.

En apoyo de su reclamación en este punto ACEI expresa que el fondo se negó a aceptar sus sugerencias para una solución definitiva del problema de aguas de origen freático, consistente en la construcción de una malla de filtros en espina de pescado, solución que había sido prevista en el estudio de suelos presentado a los proponentes en el trámite de licitación.

También en apoyo de su posición en este tema, ACEI manifiesta que finalmente, luego de terminadas las obras de construcción de la manzana D de la urbanización Carlos Lleras Restrepo, el fondo tuvo que contratar la construcción de los mencionados filtros.

Otro aspecto que se involucra en esta parte de la pretensión primera de la demanda es el concerniente al cambio del sistema constructivo previsto por el contratista para la obra. Esta modificación se derivó, en opinión de ACEI, de la negativa sistemática del fondo a adoptar una solución definitiva al problema del nivel freático a que se ha hecho mención, lo cual le acarreó los sobrecostos varias veces enumerados en el curso de este laudo. Enfatiza el demandante que el ingeniero calculista ordenó a la interventoría que se vaciara primero el concreto de la placa del techo de las plataformas, sin haber aplicado ni compactado el recebo a nivel de placa de contrapiso, con el fin de apuntalar el muro de contención de los edificios colindantes con la placa del techo de las plataformas. Con este cambio el contratista no pudo introducir maquinaria para el suministro y traslado horizontal y vertical de materiales y tuvo que ejecutarlo manualmente en su totalidad con menores rendimientos y consecuentes sobrecostos.

3.1.2.2.2. Frente a los argumentos de la demanda, el fondo manifiesta que si se presentaron sobrecostos al contratista por razón del manejo de aguas fue por el mal manejo que de las mismas hizo en el curso de la obra. En apoyo de esta posición la defensa de esta entidad estatal manifiesta que ACEI no empleó el número de motobombas que había ofrecido en su propuesta para mantener el sitio de la obra seco y en condiciones de trabajo adecuadas.

Respecto de la conducta contractual del fondo, el señor apoderado del mismo afirma que no existió negligencia alguna de su mandante, ni de la gerencia de obra, ni de la interventoría y en que la construcción de filtros en espina de pescado no era necesaria desde el inicio de la obra. Igualmente expresa que ACEI construyó deficientemente los filtros perimetrales con lo que las aguas lluvias no fueron adecuadamente evacuadas; como consecuencia de ello, una vez terminada la obra, se inundaron los sótanos de parqueaderos, se pensó que este fenómeno obedecía a problemas de nivel freático y se procedió a levantar las placas correspondientes, para comprobar que el problema se originaba en el manejo de aguas lluvias y no en aguas de nivel freático.

En lo que atañe a las modificaciones del sistema constructivo, el fondo rechaza todas las afirmaciones de la demandante y manifiesta que con esta pretensión ACEI pretende enmascarar las dificultades que se le presentaron durante la obra a raíz de la construcción de un muro de contención, dificultades estrechamente ligadas con el deficiente manejo de aguas, tema constante de esta pretensión.

En opinión de esta parte, las que la demanda llama instrucciones de la interventoría fueron realmente recomendaciones para solucionar un problema que se estaba saliendo de las manos al constructor.

3.1.2.2.3. Del material probatorio allegado al proceso cabe resaltar, en primer término, las obligaciones que se derivaban del pliego de condiciones y de las especificaciones técnicas de la licitación para cualquier posible proponente en el trámite de licitación de que se viene ocupando este tribunal. En efecto, en el pliego de condiciones (pág. 46, cap. 70, lit. b), informaciones) se expresa: “El contratista debe formarse su propia opinión sobre los suelos y materiales, adicionalmente al estudio de suelos que hace parte de estos pliegos, basándose en inspecciones del terreno o del subsuelo. La lluvia no será considerada como causal de justificación para ampliación del plazo ni reclamo económico alguno” (negrilla fuera del texto original). Además, en las especificaciones técnicas de la licitación se expresó:

En ocasiones es necesario hacer descender el nivel de aguas freáticas, para lo cual se construirá un número conveniente de pozos que puedan drenarse por medio de filtros tubulares o bombas aspirantes.

En todas las excavaciones mecánicas o manuales, el proponente deberá incluir las previsiones necesarias de

bombeo, drenado, drenaje provisionales y protecciones necesarias para garantizar la manejabilidad del terreno.

Suministro de mano de obra, materiales y equipo apropiado para la construcción de cualquier medio utilizado para garantizar la estabilidad de los aludes y protección de las excavaciones ⁽⁷⁾.

(...).

Dentro del trabajo para la ejecución de las excavaciones se incluyen los siguientes conceptos:

Suministro y mano de obra apropiado para efectuar el control del nivel freático y aguas superficiales durante la construcción⁽⁸⁾ (negrilla fuera del original).

De otra parte, en el estudio de suelos y en los planos hidráulicos (plano HS-O4) se previó que en ciertas circunstancias podría llegar a ser necesario construir una red de filtros, la cual se definiría por los constructores durante la ejecución de los muros y placas de pisos.

En su propuesta, que le mereció una calificación de 85 sobre 100 en memoria técnica, memoria administrativa y equipos del proponente (dictamen pericial técnico, pág. 14), ACEI ofreció 21 motobombas autocebantes y 6 motobombas.

3.1.2.2.4. En el acta de acuerdo de 14 de julio de 1995, soporte del contrato adicional 032 de 1994 se expresó que el fondo ya tenía información suficiente sobre el problema del nivel freático y que este factor no daba lugar a la ampliación en el plazo.

3.1.2.2.5. Por su parte, el dictamen pericial técnico es claro en que el haberse presentado aguas subterráneas aparentemente entre los 3.00 y 3.30 m de profundidad, en una cota diferente a la prevista en el estudio de suelos que formó parte del pliego de condiciones del contrato, era un hecho eventual previsible para un constructor con experiencia.

También se agrega en este experticio que el nivel freático encontrado solo requería un buen manejo de aguas y el empleo de todos los recursos técnicos que a juicio del contratista, este pudo haber utilizado para mantener seco el sitio de la obra.

Respecto de la posible necesidad de una red de filtros en espina de pescado, los peritos concluyen, la página 12 de su experticio:

El contratista se refirió en varias ocasiones a una propuesta similar, indicada en el estudio de suelos para el caso de ser necesario, olvidando que el manejo de aguas durante la construcción puede hacerse también mediante el uso de bombas sin tener que recurrir a soluciones que requieren estudios de tiempo considerable y por lo tanto no son los más adecuados, pues retardan la ejecución de la obra.

Igualmente, en la página 46 de la ampliación al dictamen pericial, en la respuesta a la pregunta sobre si el modo o la técnica idónea para secar un terreno húmedo o saturado de agua es la construcción de filtros o la utilización de motobombas, se lee:

Es necesario hacer distinción entre secar un terreno húmedo o saturado de agua en forma temporal o transitoria o bien cuando se trata de abrir un nivel de agua para controlar la humedad del terreno en forma permanente.

En el primer caso (temporal o transitoria) generalmente se maneja con pendientes, zanjas lineales y puntos de captación de agua para ser desde estos puntos evacuada por gravedad, o bien con el empleo de motobombas, tratándose del caso del fondo de una excavación.

En el segundo caso (permanente) se hace necesaria la construcción de filtros o lechos filtrantes que conduzcan las aguas a puntos de captación para su bombeo cuando estas no se puedan evacuar por gravedad con tres bombas de 4" x 4" y cabeza estática de 6.1 m³ en 3 horas y 23 minutos.

Finalmente, los peritos técnicos concluyen, tanto en el dictamen como en la aclaración al mismo, que el manejo de aguas en la obra a cargo de ACEI no fue el adecuado.

Igualmente, respecto a las modificaciones al sistema constructivo que según ACEI le impusieron la interventoría y la gerencia de obra, relacionadas con el manejo de aguas, el dictamen técnico concluye que “ni la gerencia de obra ni la interventoría modificaron el sistema constructivo presentado por el contratista relacionado con la construcción de las plataformas en general y en especial con las plataformas A y B” (pág. 22 del dictamen).

Por su parte, el documento de aclaración al dictamen técnico explica detalladamente las dificultades del contratista con el mencionado muro de contención y expresa, en su página 24:

De lo anterior se puede concluir que: Si bien el porcentaje que representa el muro afectado en relación con la totalidad (12 m. aprox./190 m. aprox.) no sobrepasa el 1.5%, sí vale la pena anotar al respecto que el contratista demoró aproximadamente 2.5 meses para presentar una solución alternativa a la demolición y reconstrucción del muro afectado como fue la de construir por la parte posterior de la pantalla un muro de gravedad.

El desplome del muro M-2 aledaño al edificio 19 paralelo a este por el lado occidental, se debió al relleno de la parte posterior al muro poniéndolo a trabajar antes de haberse construido la placa de la plataforma y sin haber apuntalado adecuadamente por la parte superior el muro o pantalla de contención.

En la revisión técnica de la solución presentada por el contratista, el ingeniero calculista encontró errores aritméticos y de cálculo, por lo cual dicha solución no fue aceptada y la interventoría entregó al contratista el diseño adecuado para que fuera construido. Este muro fue terminado a finales de julio de 1995, cuatro meses después de que el ingeniero calculista había conceptuado que debía demolerse.

La solución a este problema que afectó aproximadamente 12 m. le lleva al contratista a emplear 120 días cuando para la construcción de la totalidad de los muros (190 m aprox.), según el programa original contemplaba 16 días.

3.1.2.2.6. De la inspección que llevó a cabo el tribunal al sitio de la obra, con asistencia de los señores peritos técnicos, se concluye que la magnitud del problema de aguas que debió solucionarse, cuando la obra ya había sido concluida, a través de filtros en espina de pescado no revistió las dimensiones que se expresaron en la demanda y en los alegatos de conclusiones.

3.1.2.2.7. El análisis probatorio permite al tribunal concluir que en el aspecto mencionado en el literal a) de esta pretensión primera no se configuran los elementos de imprevisibilidad que exige la ley y que alega el demandante como causantes de desequilibrio contractual. Es claro que las variaciones al nivel freático que debió enfrentar el contratista eran totalmente previsibles para un constructor con las condiciones suyas, las cuales fueron determinantes en la adjudicación de la licitación que concluyó con la suscripción del contrato 005 de 1994. Resulta igualmente claro de las pruebas allegadas al proceso que ACEI hubiese podido manejar adecuadamente las aguas del sitio de la obra, de haber puesto a funcionar las soluciones planteadas en su propuesta.

En cuanto a la afirmación del contratista respecto de que el hecho de haber construido la red de filtros después de finalizadas las obras es prueba suficiente de que hubo un nivel freático y por lo tanto de que su petición era justa y el fondo actuó negligentemente al no construir desde un inicio tal red, considera el tribunal que ello no es cierto puesto que, en primer lugar, nunca se probó que las aguas fueran o no de nivel freático y, en todo caso el tema carece de importancia si se tiene en cuenta que cualquiera que fuera su fuente deberían ser manejadas por el contratista; en segundo lugar, el fondo acató las recomendaciones de la interventoría y de la gerencia de obra, apoyada por los conceptos de los ingenieros de suelos y ratificada en el dictamen por los peritos, quienes consideraron que durante la construcción era prematura la elaboración de la red de filtros, decisión que se podía evaluar al finalizar las obras.

Finalmente, de acuerdo con las cláusulas décima y décimo primera del contrato 005 de 1996, era obligación del contratista suministrar todos los equipos indispensables para la realización, terminación y estabilidad de la obra.

Por lo expuesto, el tribunal no admite que hubo negligencia del fondo y, por el contrario se ratifica en su concepto de que hubo mal manejo de aguas.

De otra parte, también se desprende del acervo probatorio que los llamados sobrecostos por modificaciones al sistema constructivo, en este punto tuvieron una relación directa con el deficiente manejo de aguas por parte del contratista y con las dificultades técnicas que tuvo para la construcción de un muro de contención.

Ahora bien, las deficiencias anotadas impiden al tribunal ordenar el restablecimiento de un equilibrio contractual que se rompió en este caso por causas imputables al contratista; no se cumplen en este punto los requisitos previstos en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. De otra parte, considera necesario el tribunal recordar en este punto que de acuerdo con el pliego de condiciones que formaba parte del contrato 005 de 1994, era obligación suya realizar los análisis necesarios para formular en su propuesta una solución adecuada de manejo de aguas independientemente de su origen.

3.1.2.3. El aspecto de la ejecución contractual contenido en el literal b) de esta pretensión

b) Durante el desarrollo de las obras se presentó una imprevista e imprevisible demora en el suministro de ladrillo portante y prensado, no imputable al contratista, que dio lugar a una demora en la ejecución de los trabajos y el contratista sufriera sobrecostos por mayor permanencia (cap. 2.7.2).

3.1.2.3.1. Los planteamientos de la demanda para sustentar esta pretensión hacen énfasis en que los pliegos de condiciones de la licitación para la construcción de la manzana D de la urbanización Carlos Lleras Restrepo exigieron a los eventuales contratistas utilizar ladrillo portante Santafé para la construcción de la mampostería estructural de los edificios de 5 pisos. Este ladrillo obedecía a unas especificaciones que solo llenaba la producción de Ladrillera Santafé.

Igualmente, hace énfasis el demandante en que “el plazo inicial de ejecución del contrato 005 de 1994 era de 67 semanas contadas a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación de obras. Según el programa de ejecución de obras, el cual dependía directamente del oportuno suministro de ladrillo por parte de Ladrillera Santafé, la fecha de terminación del contrato sería el 29 de mayo de 1995” (fl. 45 de la demanda).

“Desde cuando se iniciaron las obras ACEI solicitó a Ladrillera Santafé el suministro del ladrillo necesario y le envió las programaciones requeridas”, es otra afirmación clave dentro de los argumentos sobre los cuales se estructura la demanda (fl. 45). Argumento este al cual se agrega el que la decisión que adoptó el fondo, al inicio de las obras, de “sustituir la utilización de bloques de concreto, prevista para la construcción de los sótanos de los edificios de 5 pisos, por ladrillo portante, por razón de que se encontró que las celdas de los bloques de concreto no coincidían constructivamente con las celdas de ladrillo portante estructural que se utilizarla en la primera planta del edificio” (fl. 46) agravó aún más el problema de déficit de ladrillo.

También hace resaltar la defensa los esfuerzos del contratista por vencer el obstáculo en que se constituyó la escasez de ladrillo portante Santafé (a los cuales se refiere este laudo cuando cita los argumentos y fundamentos de la demanda) y deduce que la demora en el suministro de este material, por provenir de un único proveedor y ser de obligatorio empleo en la obra según el pliego, se convirtió en un imprevisto no imputable al contratista.

De esta situación, así como de los problemas ocurridos con el manejo de aguas, deriva el contratista la mayor duración del plazo contractual inicial, y hace énfasis en que los documentos soporte de los contratos adicionales 076 de 1994 y 032 de 1995 reconocieron como determinantes de las 15.5 semanas en que se prorrogó el plazo contractual el retraso en el suministro de ladrillo por parte de Ladrillera Santafé. De ahí que la demanda concluya en este punto:

Durante este período adicional de 15.5 semanas el plazo del contrato, el contratista sufrió, sobrecostos por mayor permanencia en mano de obra, equipos y porcentaje de administración, imprevistos y utilidades ...

Si bien el fondo reconoció que las dos prórrogas al plazo inicialmente pactado en el contrato 005 de 1994 estaban estrechamente ligadas con el déficit de ladrillo y no le eran imputables, se abstuvo de reprogramar la obra en el segundo de los contratos adicionales (el 032/95), mientras que sí lo hizo en el primero de ellos. De ahí deriva ACEI la conclusión según la cual cuando se amplió por última vez el plazo contractual dejó de regir la programación que se adoptara a raíz de la celebración del contrato 076 de 1994.

En su alegato de conclusiones, además de explicar por qué considera probados vanos de los hechos de la demanda relacionados con el tema hace énfasis en la imprevisibilidad e irresistibilidad que supuso el déficit de ladrillo en el presente caso, considerando la combinación de dos factores: el término máximo previsto por el pliego de condiciones para el desarrollo de las obras y la condición de único proveedor que tenía Ladrillera Santafé respecto de este producto.

De otra parte, ACEI deduce y soporta su pretensión de que se le restablezca el equilibrio contractual roto en el aspecto que aquí se analiza, en un documento adjunto a la demanda, denominado valoración de los perjuicios y sobrecostos sufridos por el contratista que corresponde en su contenido y metodología básicos a la parte correspondiente de la reclamación de 20 de marzo de 1996 que, como ya se dijo, forma parte del pacto arbitral. En él se calcula el mayor costo derivado de la mayor permanencia en obra en cuanto concierne a los factores mano de obra, equipos y A.I.U. con base en la siguiente metodología:

Basándonos en la cantidad final de obra ejecutada que se encuentra en el corte del acta de liquidación 20, se realiza un presupuesto original a diciembre de 1993 fecha de presentación de la propuesta, en la cual están los precios de la licitación para diciembre de 1993 y las cantidades de obra reales finales. Dentro de este presupuesto en su formato aparecen los ítem de materiales, equipos, mano de obra, a precios de diciembre de 1993 y las cantidades de obra reales finales. Presupuesto que elaboró ACEI. Ltda., y que tiene como objeto determinar matemáticamente los índices reales de mano de obra y equipos necesarios.

El cálculo que realizó la convocante para estos efectos cubre las 15.5 semanas de ampliación del plazo según los mencionados contratos adicionales y no el origen de la mayor permanencia en obra.

3.1.2.3.2. A los argumentos que esgrimió la demandante en el curso del proceso, el fondo respondió haciendo énfasis en que la escasez de ladrillo era un hecho previsible para un contratista de la trayectoria de ACEI y que esta compañía actuó sin la diligencia debida, pues de haberlo hecho habría iniciado los acercamientos con Ladrillera Santafé desde el período licitatorio.

Además, esta entidad estatal insistió en que la ampliación al plazo objeto del contrato 076 de 1994, lejos de causar un desequilibrio contractual le significó un beneficio por razón de las obras adicionales en él previstas: a mayor cantidad de obra, mayor facturación y por ende mayor utilidad. En cuanto concierne al plazo previsto en el contrato 032 de 1995, según el fondo tal ampliación no obedeció a circunstancias impredecibles sino al déficit de personal en obra; para sustentar esta afirmación transcribe la demandada apartes de documentos donde consta la alarma de la gerencia de obra y de la interventoría por la disminución del personal dedicado por ACEI al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, a punto tal que la interventoría recomendó al fondo estudiar la posibilidad de imponer multas al contratista por el incumplimiento de los plazos previstos en el contrato adicional, según consta en la comunicación OC-755 de junio 5 de 1995 dirigida por la interventoría a la gerencia de obra.

Agrega la demanda que el constructor tuvo grandes demoras para presentar las actas y corte de obras de manera ágil, lo cual se tradujo en pagos más lentos. Igualmente pone de presente al tribunal el manejo deficiente del ladrillo portante, que aumentó grandemente los desperdicios de este material y las deficiencias de programación del contratista, respecto de las necesidades de la obra.

Finalmente, critica los cálculos en los cuales se basa ACEI para sustentar su pretensión por mayor permanencia en obra.

3.1.2.3.3. Del acervo documental allegado al proceso debe destacar el tribunal, en primer término, el reconocimiento tajante que se hace en el documento de 6 de diciembre de 1994, soporte del contrato adicional 076 del mismo año, donde con total claridad se reconoce que la ampliación del plazo del contrato 005 de 1994 obedeció al déficit de ladrillo producido por Ladrillera Santafé. Así, se lee en oficio de 5 de diciembre de 1994, dirigido por la gerencia de obra al fondo (fl. 2).

Con las condiciones reales de suministro de ladrillo, el ejercicio elaborado con el programador del constructor y verificado por la interventoría y esta gerencia, se encontró que el contrato inicial requería para su culminación de un plazo adicional de 10 semanas; como se puede apreciar en el corte de obra del numeral 4.7.2 y la simulación del

numeral 4.7.3. La incorporación contractual que causaba la adición en el monto del contrato y que presumiblemente requería de un nuevo plazo, quedó nimetizada por este plazo adicional de 10 semanas, originado por el déficit de ladrillo.

Igualmente, resulta fundamental para efectos de este proceso resaltar el considerando 4º del mencionado contrato 076 de 1994, donde se costa que la prórroga del plazo obedece a “imprevistos no imputables al contratista”.

También debe destacarse en este punto que el acta de acuerdo de 14 de julio de 1995, soporte del contrato adicional 032 de 1995 deja constancia del incumplimiento en el suministro de ladrillo prensado por parte de Ladrillera Santafé como una de las razones para prolongar el término contractual. Igualmente, se deja allí, como especie de sugerencia, una manifestación de la interventoría y de la gerencia de obra, en el sentido de que el contratista puede hacer un esfuerzo para involucrar un mayor número de trabajadores en la obra.

3.1.2.3.4. Si bien varios de los testigos llamados a declarar en el curso del proceso rindieron, a título de concepto técnico, opinión sobre la previsibilidad de escasez de ladrillo Santafé en la época de la construcción de la Manzana D de la urbanización Carlos Lleras Restrepo, estas manifestaciones son, para el tribunal, irrelevantes. No versan sobre un hecho y no contienen un concepto sobre aspectos técnicos.

No obstante, sí encuentra el tribunal de gran importancia para efectos de su decisión la declaración del doctor Óscar Paredes Zapata, director del fondo entre enero de 1986 y marzo de 1995, en cuanto a los antecedentes del proyecto y los esfuerzos del Gobierno Nacional por advertir a Ladrillera Santafé de la magnitud del proyecto que significaba la urbanización Carlos Lleras Restrepo en la demanda de ladrillo (ver fl. 32 de la misma).

3.1.2.3.5. En la aclaración al dictamen pericial técnico (fl. 26), los peritos concluyen: “basados en los acuerdos consignados en el acta antes mencionada se redactó y firmó el contrato adicional 032 de 1993 (sic) que amplió el plazo para la terminación del contrato hasta el 15 de septiembre de 1995. En nuestro concepto constancia definitiva sobre retraso en el suministro de ladrillo”.

Respecto de los mayores costos que se presentaron para el contratista se lee en las páginas 28 y 29:

El valor de los materiales, mano de obra y equipos están pagos en las actas de obra ejecutada. Lo único que está sin cancelar son los costos administrativos del lapso de ampliación del contrato original. El estudiar el cuadro del folio 116 del tomo “valorización de los perjuicios sufridos por el contratista”, en nuestro criterio es inconsistente el planteamiento de liquidación propuesto, debido a que incluye los materiales, la mano de obra y los equipos cuyo pago, repetimos, fue cancelado en las actas de obra ejecutada de la ampliación. Lo que realmente no está reconocido son los mayores costos administrativos (a título de ejemplo: salarios de personal directivo como de empleados de obra, costo de pólizas, aportes legales ... etc.).

Para poder determinar los sobrecostos por mayor permanencia en obra, causados por las circunstancias descritas en el capítulo 2.7.2. y calcular el correspondiente ajuste monetario, sería necesario conocer la cantidad de personal empleado durante cuánto tiempo y los salarios cancelados, como también los demás pagos realizados y que corresponden a los rubros de administración.

3.1.2.3.6. Para resolver este punto el tribunal debe, en primer término, hacer referencia a las normas del Decreto Extraordinario 222 de 1983, reguladoras del tipo contractual denominado contrato de obra pública a precios unitarios ya la cláusula décima primera del contrato 005 de 1994. Ya se expuso en la parte de este laudo, relativa al régimen del contrato, cómo, ante la ausencia de estipulaciones concretas sobre esta clase de contratos en el actual estatuto contractual, el régimen de la relación jurídica que se analiza en el presente trámite arbitral está claramente determinado, en cuanto a las características del contrato mismo, por las cláusulas del contrato, complementadas por las normas pertinentes del derogado régimen de contratación administrativa.

La cláusula decimoprimera del contrato estipula, en cuanto concierne a este aspecto de la *litis*:

El contratista, a sus propias expensas deberá suministrar todo el equipo de construcción, los materiales de primera calidad para las obras temporales y las permanentes, la mano de obra y ejecutar tales obras y todas las demás que se requieran para su terminación y estabilidad. Los materiales y la ejecución deberán ser de las calidades descritas

en los planos y especificaciones y de acuerdo con las instrucciones del interventor ...

Por su parte, el artículo 89 del Decreto Extraordinario 222 de 1983 establecía que en esta clase de contratos “el contratista es el único responsable por la vinculación de personal, la celebración de subcontratos y la adquisición de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiere responsabilidad alguna por dichos actos”.

Una primera aproximación a estas normas permitirían deducir que en el presente contrato de obra el retraso en el suministro de ladrillo, no podría reflejarse, en ningún supuesto, en responsabilidad para el fondo, ni frente al contratista, ni frente a terceros.

No obstante, es importante tener en cuenta que estas previsiones deben aplicarse teniendo como marco los principios que rigen la ejecución contractual en la Ley 80 de 1993. De estos principios, para el caso que nos ocupa, resulta clave el de la preservación de la ecuación financiera del contrato, ligado a la obligación que surge para las entidades estatales de restablecerla cuando ella se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado (L. 80/93, arts. 4º, núm. 80. y 27).

El análisis de esta normatividad lleva a concluir que, de acuerdo con el contrato 005 de 1994, la escasez de ladrillo podría ser determinante de la aplicación de medidas tendientes al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, de haberse dado los supuestos de hecho que exige la ley, aspecto que pasa a tratarse enseguida.

3.1.2.3.7. Como ya se ha expresado a lo largo de este laudo, la demanda enmarca la ocurrencia de este aspecto de mayor onerosidad contractual dentro del concepto de la imprevisión: alega la ocurrencia de circunstancias imprevistas e imprevisibles que es necesario verificar en la realidad para decidir esta pretensión.

Del acervo probatorio allegado a la demanda resulta claro que si bien para cualquier constructor experimentado era previsible que los suministros de Ladrillera Santafé podían sufrir variaciones originadas en la gran demanda de ladrillo que vivía el mercado de la construcción en la época y de las prácticas comerciales del fabricante, único proveedor del ladrillo requerido por los pliegos de condiciones. No obstante, esta condición no puede ser el ámbito al cual se reduce el análisis de la imprevisión en este caso.

En primer término porque el contratista desplegó la diligencia necesaria para adquirir el ladrillo Santafé cuando se iniciaron las obras y en segundo lugar porque no puede valorarse lo mismo su responsabilidad cuando el producto obedece a características generales que pueden ser satisfechas por varios proveedores en el mercado. A ello se agrega que las restricciones impuestas al contratista en cuanto a calidad y características del ladrillo requerido para la obra no provinieron de su propia iniciativa sino de las condiciones establecidas por el fondo en los pliegos de condiciones, dentro de un marco de particular rigidez en cuanto a plazos y precios.

Dentro de un contexto tan preciso como el del requerimiento de ladrillo en el contrato 05 de 1994, las partes, como consta en el expediente, intentaron incluso el empleo de otra clase de ladrillo, con resultados totalmente alejados de las estipulaciones contenidas en los pliegos. Esta situación convirtió el problema del suministro de ladrillo en inmanejable tanto para el contratista como para el fondo.

Además, en cuanto a la imprevisibilidad de que esta situación se presentara, ella es clara dentro del contexto del contrato. La circunstancia de que el propio Gobierno Nacional hiciera contactos con Ladrillera Santafé, antes de abrir las licitaciones para la construcción de la urbanización Carlos Lleras Restrepo abrieron para esta entidad un marco de certeza que le permitió estructurar sus pliegos con las características ya mencionadas. De esta manera, las partes entendieron contratar dentro de unas condiciones de seguridad en el suministro de ladrillo que no eran las normales del mercado y que, por lo menos en cuanto hace a este contrato, permiten deducir que el desequilibrio alegado por este concepto sí ocurrió por circunstancias imprevistas e imprevisibles por el contratista al presentar su propuesta.

Circunstancias que, por lo demás, fueron aceptadas por el fondo cuando celebró los contratos adicionales 076 de 1994 y 032 de 1995.

3.1.2.3.8. Si bien del dictamen pericial y de la documentación allegada a este proceso resulta evidente que hubo

una permanencia en la obra de 15.5 semanas, este tribunal solo tendrá en cuenta las diez primeras, es decir aquellas que se derivaron de la celebración de contrato adicional 076 de 1994, toda vez que ACEI renunció a los sobrecostos que se derivaran de la ampliación del plazo estipulado en el contrato adicional 032 de 1995, en este punto recuerda el tribunal que carece de competencia para pronunciarse sobre la solicitada nulidad de la parte pertinente del acta de acuerdo de 14 de julio de 1995.

3.1.2.3.9. Ahora bien, de los mayores costos que deriva el demandante como consecuencia de la mayor permanencia derivada del hecho imprevisto e imprevisible de escasez de ladrillo Santafé, el tribunal acoge el dictamen pericial en cuanto procede reconocer a ACEI el factor administración de los que se incluyen en la demanda.

3.1.2.3.10. Como consecuencia de las consideraciones anteriores, este tribunal declara la alteración del equilibrio contractual por razón del aspecto contenido en el literal b) de la pretensión primera y calculará los mayores costos al decidir la pretensión tercera de la demanda.

3.1.2.4. El aspecto de la ejecución contractual contenido en el literal c) de esta pretensión

c) El Fondo Nacional de Ahorro ajustó deficientemente el valor de las obras ejecutadas (cap. 2.7.3), incumpliendo con ello el contrato de obra pública 005 de 27 de diciembre de 1994, celebrado entre el Fondo Nacional de Ahorro y la sociedad “Arquitectos, Constructores e Interventores Ltda., ACEI Ltda.,” para la construcción de la manzana D con 374 viviendas y 16 locales comerciales de la segunda etapa de la urbanización Carlos Lleras Restrepo.

3.1.2.4.1. Centra la demandante su argumentación en este punto en que: durante el período comprendido entre noviembre de 1994 y julio de 1995, el fondo ajustó los precios del contrato con base en los precios acordados en la reprogramación presentada del contrato adicional 076 de 1994 y no con los índices correspondientes a la fecha de ejecución de los trabajos.

En síntesis, afirma la demanda que a pesar de que el fondo había reconocido, al suscribir los dos contratos adicionales ya mencionados, que el retraso de las obras estaba ligado al del suministro de ladrillo por parte de Ladrillera Santafé, aplicó injustamente al contratista la previsión contenida en el pliego de condiciones para aquellas obras retrasadas con respecto a los programas de trabajo presentados con la propuesta.

3.1.2.4.2. Bajo el título “ajuste deficiente del valor de las obras ejecutadas con indebida congelación de ajustes”, la entidad convocada a este tribunal responde a las afirmaciones de ACEI, con argumentos que pueden resumirse así:

— No es cierto que en el acta de acuerdo que precedió a la suscripción del contrato 032 de 1994 hubiese reconocido que el incumplimiento en el suministro de ladrillo por parte de Ladrillera Santafé fuera un hecho imprevisto ajeno al contratista. El contrato 076 de 1994 fue suscrito con una doble justificación: la construcción de obras adicionales y el déficit en el suministro de ladrillo.

— No obstante la referencia que se pudo haber hecho en los contratos adicionales al déficit de ladrillo la realidad del incumplimiento de la programación fue el déficit de personal, el cual se mantuvo a lo largo de la ejecución del contrato.

— También contribuyeron a los atrasos en la ejecución de las obras las dificultades administrativas de ACEI y el deficiente manejo de ladrillo portante que agravó la deficiencia en el suministro de este material.

— Como consecuencia de estos atrasos imputables al contratista, el fondo sancionó al contratista con el pago de las actas de obra “según los índices de programación y no los de ejecución”.

— De otra parte, afirma que la celebración del contrato 032 de 1994 se hizo con la aclaración de que se refería a una aplicación del plazo contractual pero que no generaría un mayor valor. Admitir los reajustes fuera de la reprogramación a que dio lugar el contrato 076 de 1995, sería admitir la posibilidad de que la extensión en el plazo se tradujera en un incremento en el valor del contrato.

— Como sustento de su posición frente a esta pretensión de la demanda cita varias comunicaciones y actas de obra donde se deja claro que el contratista está retrasado por las razones atrás mencionadas.

3.1.2.4.3. Analizada la prueba documental que obra en el proceso, en especial el documento soporte que dio lugar a celebración del contrato adicional 076 de 1994, al tribunal no le cabe la menor duda de que el déficit en el suministro del ladrillo portante para la época anterior a su firma⁽⁹⁾, fue causa del retraso en la programación, tal causa no fue imputable al contratista, posición sobre la cual hubo consenso del fondo, de la gerencia de obra y de la interventoría.

En cuanto a los retrasos de las obras con posterioridad la suscripción de dicho contrato adicional la situación no es tan clara puesto que si bien dentro del texto mismo del contrato 032 de 1995 (acta de jul. 14/95) se reconoce que el incumplimiento en el suministro del ladrillo prensado⁽¹⁰⁾ es un aspecto que ha influido en la no entrega en tiempo de la obra, también es cierto que durante ese lapso hubo una permanente solicitud por parte de la gerencia y de la interventoría dirigida a ACEI para que incrementase tanto los equipos como el personal dentro de la obra, situación, esta última, que, en su concepto, era la principal fuente de retraso de la misma y que se mencionó expresamente en el acta de 14 de julio de 1995, soporte del contrato 032.

En consecuencia estima el tribunal conveniente considerar las circunstancias que antecedieron la firma del segundo contrato adicional, con el fin de desentrañar la verdadera intención de las partes haciendo uso de las normas previstas en los artículos 1618 y ss. del Código Civil según las cuales

“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras” (art. 1618) y “el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, debe preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno” (art. 1620).

Para la época posterior a la firma del primer contrato adicional existió una situación de permanente conflicto del contratista con la gerencia y con la interventoría de la obra causado principalmente por el problema del nivel freático, ya que el contratista insistía en que mientras no se construyeran los filtros requeridos, las obras estaban presentando un retraso imputable al fondo, tema que se analizó en el punto 3.1.2.2 de este laudo. Por otra parte, el contratista insistía en alegar un retraso permanente en el suministro del ladrillo. Pero la gerencia de obra, apoyada por la interventoría, consideró que más que el retraso en el suministro del ladrillo la real causa del incumplimiento de los plazos previstos era la insuficiencia de equipos y la insuficiencia de personal por parte del contratista ⁽¹¹⁾.

La situación llegó aun extremo tal que la interventoría recomendó al Fondo Nacional de Ahorro estudiar la posibilidad de imponer multas al contratista por el incumplimiento de los plazos previstos en el contrato adicional. En comunicación OC-755 de junio 5 de 1995 dirigida por la interventoría a la gerencia de obra se dice a la letra:

“Dada la cercanía del vencimiento del plazo del contrato 005 de 1994 para la construcción de la obra de la referencia y al inminente incumplimiento del plazo por parte del contratista: ACEI Ltda., creemos conveniente por su conducto solicitar se tomen las medidas necesarias para aplicar las sanciones correspondientes, puesto que se ha solicitado al constructor en repetidas oportunidades poner toda la capacidad para implementar los correctivos necesarios para mejorar el ritmo de trabajo o al menos minimizar los atrasos, correctivos tales como el aumento de personal de obreros fundamentalmente y hasta el momento no se ha visto un incremento en ese personal sino más bien una lenta pero permanente disminución del mismo ...” (negrilla fuera del original)

La gerencia de obra explica al contratista el sentido de la ampliación del plazo en el contrato 032 de 1995 en comunicación EB 327 de 1995 de octubre 12 en que le dice:

“Esta situación implicaba una inminencia en la aplicación de las multas contractuales, salvo que después de estudiar los argumentos del constructor; como efectivamente se hizo, se encontraron razones que ameritaban una ampliación del plazo, caso en el que las multas obviamente no se causarían. Es así como mencionamos que de una situación de inminencia en la aplicación de multas, se cambió a una situación justificada de ampliación del plazo con el requisito expreso de no alterar la curva de inversión contractual ...” (negrilla fuera del texto).

Por otra parte, en los testimonios de Edgardo Bernal y de María Cristina de Klei ellos sostienen que se llegó a un acuerdo final con el contratista, según el cual el fondo se abstendría de imponerle las multas correspondientes y

accedería únicamente a prorrogar el plazo del contrato, situación que quedó plasmada en el acta de 14 de junio y en el correspondiente contrato adicional 032 de 1995.

Infortunadamente la redacción misma del contrato no es clara puesto que, a diferencia de lo que ocurrió con el primer contrato adicional no se incluye la expresión “causas no imputables al contratista” y en cambio se advierte explícitamente que la única modificación del contrato será en cuanto al plazo sin que ello implique una adición al valor del mismo, no se consagra la posibilidad de reprogramar la obra y por último se incluye una cláusula mediante el cual el contratista renuncia a las reclamaciones por la mayor permanencia en la obra durante el nuevo período adicional.

Todo ello permite al tribunal interpretar el contrato como un reconocimiento libre y voluntario por parte del contratista de parte de su culpa en la demora en la entrega y de su aceptación incondicional a no incrementar el valor del contrato a cambio de la no aplicación, por parte del fondo, de las multas anunciadas.

El acta de acuerdo de julio 14 de 1995, documento soporte del contrato adicional 032 de 1995, constituye, como su mismo título lo menciona, un acuerdo para zanjar las controversias que venían presentándose entre el contratista y el fondo. Dentro de las normas interpretativas es necesario dar algún efecto a las expresiones en conflicto. En nuestro concepto al mencionar que el déficit en el suministro del ladrillo prensado ha influido en la no entrega de la obra se reconoce un hecho no imputable al contratista así no se haya consagrado esta expresión textualmente en el documento. Es decir, que no le cabe ninguna duda al tribunal que hubo una causa de retraso en las obras no imputable al contratista cual era el déficit en el suministro del ladrillo prensado.

Pero, por otra parte para desentrañar la voluntad de las partes con respecto a la frase: “sin que ello implique una adición al valor del mismo” el tribunal se ha detenido en analizar el punto uno (1) del documento soporte y concluye que lo aceptado por ellas fue ampliar el plazo pero no el valor del contrato durante el período de prórroga. En otras palabras, el contratista estaba renunciando al aumento de valor del contrato pero solo durante el lapso adicional es decir desde el 7 de agosto hasta el 15 de septiembre de 1995. No aparece que haya voluntad alguna de renunciar a las reclamaciones por sobrecostos por mayor permanencia durante el período anterior.

Ante las manifestaciones de la gerencia de obra y de la interventoría frente a la falta de personal como causante de los retrasos en el avance de las obras en el período comprendido entre noviembre de 1994 y julio de 1995 el contratista fue reiterativo en expresar que ellas le eran ajenas, en la medida en que no conseguía personal o que se debían a su situación financiera; así se lee, por ejemplo en las actas de comité de obra 41, 45, 46 y 48. También en las actas de comité de obra que se allegaron al expediente es evidente que casi durante todo el tiempo del plazo adicional estipulado en el contrato 076 de 1994 hubo déficit de ladrillo.

Todo ello lleva a analizar las consecuencias que, para efectos de la aplicación de reajustes, tenía la reiterada manifestación de la gerencia y de la interventoría en el sentido de que había retrasos por deficiencias de personal y el reconocimiento en los documentos contractuales y en los documentos soporte de los dos contratos adicionales de que la escasez de ladrillo era uno de los determinantes de su celebración. Sobre todo si se tiene en cuenta que a pesar de las comunicaciones de la interventoría y la gerencia de obra el fondo, en el acta de 14 de julio de 1995, expresó su voluntad contractual dejando en un segundo plano los problemas relacionados con el déficit de personal.

En ese contexto, y teniendo en cuenta que no existe un programa de barras que permita determinar la secuencia de actividades, ni se allegó al expediente prueba alguna que permitiera determinar si el personal faltante era en un momento determinante o no para el avance adecuado de la obra, debe atenerse el tribunal a los reconocimientos que se hacen en los documentos soportes de ambos contratos adicionales. Especialmente si se tiene en cuenta que la referencia que se hace en el acta de acuerdo de 14 de julio de 1995 apenas alcanza el carácter de una recomendación y está lejos de ser una constancia sobre la deficiencia de personal como elemento determinante de la prórroga del plazo contractual.

De otra parte, no se deriva del dictamen pericial que el desperdicio de ladrillo por parte del contratista hubiese sido determinante del atraso en el cumplimiento de la obra.

Finalmente, no se ve relación alguna entre la lentitud del contratista en la facturación y la congelación de los ajustes.

3.1.2.4.4. De otra parte, está probado en el proceso que el fondo congeló los ajustes de las obras ejecutadas, las cuales fueron pagadas de conformidad con las fechas de la reprogramación prevista en el contrato adicional 076 de 1994, argumentando su derecho de sancionar al contratista por atrasos de las obras causados por una supuesta deficiencia de personal.

Determinado que para este tribunal la causa claramente comprobada y reconocida por el fondo de prórroga del plazo contractual fue el deficiente suministro de ladrillo por Ladrillera Santafé, es necesario verificar cómo había de aplicarse la cláusula de reajuste en un supuesto como el que significó un retardo de la obra imputable a motivos ajenos al contratista.

En efecto, en la medida en que la cláusula respectiva del pliego de condiciones no distingue el origen de los atrasos respecto de los avances porcentuales previstos en el programa de trabajo de la obra, e impone que cuando estos se presenten, al aplicarse la cláusula de revisión de precios, los índices ponderados de Camacol que se emplearían serían los de la fecha en que la obra ha debido ser ejecutada, podría llegarse a concluir que el fondo no tenía más alternativa que aplicar esta previsión siempre que se atrasara la obra.

Al respecto hace énfasis el tribunal en que la cláusula de reajuste, con todos sus elementos, fue concebida en el Decreto 222 de 1983 como un mecanismo para mantener intacto el valor intrínseco de las prestaciones a cargo del contratista, esto es, como un mecanismo para preservar el equilibrio contractual y así ha debido ser interpretada por el fondo en el caso en litigio, sobre todo si se tiene en cuenta que el contrato 005 de 1994 estaba sometido al régimen de la Ley 80 de 1993, cuyas normas al respecto (arts. 4° y 27), impedían que esta cláusula fuera empleada para disminuir la contraprestación del contratista cuando este no hubiera podido cumplir a tiempo con la programación de obra por motivos que no le eran imputables.

A ello se agrega que el artículo 5° de la Ley 80 de 1993, en su artículo 5° señala como uno de los derechos del contratista el de recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

Además, la fórmula de reajuste debía aplicarse con independencia de si había habido o no reprogramación de las obras o suscripción de contratos adicionales. Ello significa que así no se haya pactado una modificación al programa de inversiones, si las demoras en las entregas de las obras no son imputables al contratista, los precios deberán cancelarse de acuerdo con la fórmula de reajuste prevista; es decir, de conformidad con los índices de Camacol a la fecha de ejecución de las obras.

Como explicamos al analizar el tema de la mayor permanencia por el déficit de ladrillo, una correcta interpretación del contrato adicional 032 de 1995 nos permite concluir que en el contratista no renunció a los reajustes anteriores al período adicional regulado por dicho contrato. En efecto, como una fórmula de arreglo para las diferencias que se venían presentando entre las partes, el contratista accedió a que las obras que se ejecutaran entre el 7 de agosto y el 15 de septiembre de 1995 se liquidarían con base en el índice de Camacol de agosto de 1995. Ello significa que hubo una modificación al índice aplicable para este período de tiempo que no implicaba una adición al valor del contrato. Pero esta renuncia no cubre el período anterior que reclama el contratista. Por ello, no es de recibo la afirmación del apoderado del Fondo Nacional de Ahorro, cuando afirma que al hacer su reclamación, el contratista está desconociendo el sentido literal e integral de su compromiso libre y voluntario para tratar de obtener ventaja del hecho de que el fondo le hubiera prorrogado el plazo en vez de multarlo.

Con el reconocimiento del reajuste no se está violentando lo previsto en el acta de acuerdo de julio 14 de 1995, previa el contrato 032 cuando afirma “sin que ello implique una adición al valor del mismo” puesto que, como lo explicamos antes, los reajustes buscan simplemente conservar el precio y de ninguna manera constituyen una adición al valor del contrato. En este sentido, el tribunal desvirtúa las afirmaciones del apoderado del fondo cuando dice que “el contratista aceptó que la adición no debía generar erogaciones adicionales al fondo”. Tal expresión no se consagra en ninguna parte ya que no es lo mismo hablar de erogaciones adicionales que de adición al valor del contrato. El anterior aserto se ratifica si se tiene en cuenta que de conformidad con la cláusula cuarta del contrato

032 se incluyó una revisión de precios con un índice distinto sin que ello implicara un incremento del valor del contrato. Teniendo en cuenta que la congelación indebida de los ajustes por parte del fondo implica el análisis de una obligación contractual, el tribunal procederá a pronunciarse sobre si hubo un incumplimiento del contrato 005 de 1994.

En los términos de los artículos 1495 y 1496 del Código Civil un contrato es un acto por el cual una parte se obliga para (sic) a dar, a hacer o no hacer alguna cosa. Este contrato es bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.

El contrato 005 de 1994, es un contrato bilateral mediante el cual el contratista se comprometió a ejecutar las obras relacionadas con la urbanización Carlos Lleras Restrepo a cambio del pago de un precio por parte del fondo. Las obligaciones del fondo y ACEI están claramente estipuladas dentro del texto del contrato. Es así como el fondo debía pagar el precio teniendo en cuenta la fórmula de reajuste prevista en la cláusula quinta del contrato.

En el caso específico del contrato para la construcción de las obras de la Manzana D de la urbanización Carlos Lleras Restrepo se presentaron atrasos no imputables al contratista que dieron lugar a la ampliación del plazo en dos oportunidades lo cual se hizo a través de la suscripción de dos contratos adicionales. Si bien en el primer adicional hubo una reprogramación de la obra, no ocurrió lo propio en el segundo contrato a pesar de que durante ese período se presentó déficit en el suministro de ladrillo prensado circunstancia reconocida por el fondo como causa la no entrega de la obra el 7 de agosto de 1995 (acta de acuerdo de jul. 14/95).

El Fondo Nacional de Ahorro aplicó literalmente la fórmula de reajuste de precios en la forma prevista en el numeral 4º de la parte C del capítulo VI “información general sobre el contrato” del pliego de condiciones que estableció “cuando se presenten atrasos con respecto de los avances porcentuales que indica el programa de trabajo presentado por la propuesta, el Fondo Nacional de Ahorro utilizará, para aplicar la cláusula de revisión de precios, los índices ponderados de Camacol a la fecha en que la obra ha debido ser ejecutada”, a pesar de haber reconocido que la causa de las prorrogas de los plazos, se debió a una causa no imputable al contratista. En esta forma, el fondo incumplió su obligación contractual de ajustar debidamente el contrato y así pagar el precio convenido, tal como estaba previsto.

En consecuencia, frente a estas mismas normas relativas a la cláusula de reajuste como herramienta para preservar el valor intrínseco de las prestaciones a cargo del contratista, no son de recibo los argumentos según los cuales haber reajustado las actas correspondientes al período noviembre de 1994, julio de 1995 con los índices de Camacol correspondientes al mes anterior al corte de actas equivale a admitir que el contrato adicional 032 de 1995 tendría un mayor valor.

3.1.2.4.5. Como consecuencia de lo anterior, se declara que el equilibrio contractual se rompió por el motivo expuesto en este literal de la pretensión primera de la demanda. Desequilibrio que se calcula a continuación:

3.1.2.5. El aspecto contenido en el literal d) de esta pretensión

d) “El Fondo Nacional de Ahorro se abstuvo de pagar el anticipo correspondiente a la mayor cantidad de obras materia del contrato adicional 076 de 1994 (cap. 2.7.4)”.

3.1.2.5.1. ACEI fundamenta su pretensión en este sentido en las siguientes circunstancias:

— El contrato 005 previó un anticipo del 30% que le fue pagado al contratista cuando se iniciaron las obras para ser amortizado por él mediante la deducción que hacía el fondo sobre el valor de las obras ejecutadas mensualmente.

— Por razón de la mayor cantidad de obra que era objeto del contrato adicional 076 de 1994 y que tuvo que realizar el contratista, este vio disminuida la proporción que representaba el anticipo frente al costo de la inversión.

— Por ello solicitó un anticipo del valor del contrato adicional 076 de 1994, teniendo concepto favorable de la interventoría.

— No obstante lo anterior, el nuevo anticipo le fue negado, lo cual le generó una situación de desequilibrio contractual. En el alegato, ACEI (págs. 82 y ss.) sostiene su posición inicial e invoca como fundamento probatorio el que esta solicitud fue considerada favorablemente por el fondo, según consta en los siguientes documentos:

- Informe de gerencia 1 - noviembre 21 a diciembre 11 de 1994.
- Informe de gerencia 12 - diciembre 21 a enero 20 de 1995.
- Informe de gerencia 14 - febrero 21 a marzo 21 de 1995.
- Carta de la gerencia de obra al fondo de diciembre 5 de 1994, remisorio del documento soporte para la suscripción del contrato adicional 076, como demostración de la realización de las obras adicionales, asumiendo el costo de su ejecución sin contar con el anticipo correspondiente (pág. 91), invoca:
- Informe de gerencia 5 - mayo 22 a junio 21 de 1994.
- Informe de gerencia 7 - julio 22 a agosto 21 de 1994.
- Comité directivo 10 de enero de 1995.
- Informe de gerencia 9 - septiembre 22 a octubre 28 de 1994.

— Concluye que el fondo debe compensar a ACEI por el hecho de que durante la ejecución de esas obras, el contratista no contó con la base financiera que le permitió ofrecer en su propuesta los precios unitarios de las obras construidas.

3.1.2.5.2. Por su parte, el fondo centra su defensa en que si bien la cláusula décima del adicional 076 de 1994 estableció que continuaban vigentes todas las del contrato original que no se hubieran modificado con el adicional, por lo cual la cláusula relativa al anticipo contenida en el 005 se mantuvo intacta pero no podía entenderse proyectada al contrato 076 de 1994, pues así no se pactó expresamente.

De otra parte del hecho de que no se hubiera acordado en el texto del adicional 076 entrega de anticipo, no se derivaron para ACEI perjuicios ni desequilibrio alguno; al contratista se le reajustaron sus precios según la cláusula de reajuste de acuerdo con la obra reprogramada, por lo cual no hubo desequilibrio económico.

En su alegato de conclusiones el fondo sostiene su oposición a este reconocimiento pues desecha el argumento de que las partes hubieran acordado pagos relativos a anticipo por obras adicionales; como manejo jurisprudencial del tema menciona una sentencia del Consejo de Estado (pág. 70) que niega ese pago por no haber sido alegado por el contratista y también critica el laudo de Maeco contra el fondo de noviembre 10 de 1996 que reconoce el pago por dicho concepto por considerar que al ser idénticas las situaciones del contrato adicional y del inicial, debe reconocérsele al contratista el pago de anticipo sobre las sumas del adicional. Por otra parte invoca a su favor una jurisprudencia del Consejo de Estado que da razón a su defensa (Hernán Duarte v. IDU) al determinar que el anticipo se paga una sola vez (pág. 71 alegatos).

Encuentra también en los testimonios de Felipe Ardila, Óscar Paredes, Edgardo Bernal en el dictamen pericial técnico, respaldo probatorio a su oposición; concluye entonces que no hubo desequilibrio financiero por este concepto y que no hay lugar al pago solicitado.

3.1.2.5.3. Con los planteamientos anteriores, el tribunal aprecia los documentos relativos al tema en estudio (contrato adicional 076 de 1994, contrato 005, informes de gerencia, etc.), y los dichos de los testigos que se refirieron a este: Ignacio Angulo Rojas (pág. 9, 10, 23 versión escrita), Edgardo Bernal (pág. 8, 9, 10), M. Cristina de Klei (pág. 17), Óscar Paredes (pág. 20 y 25), Jorge Mesa (pág. 39) y Felipe Ardila (pág. 15); también estudia el dictamen técnico que conceptuó, luego de analizar algunos documentos que contienen la relación de causas del adicional 076 de 1994, y especialmente el que tiene la expresa solicitud del contratista al pago de un anticipo del 30% sobre \$ 646.416.689.91 que era el valor de este contrato: “Tanto la gerencia de obra como la interventoría, expresaron su conformidad ante el fondo. No obstante lo anterior, esta pretensión no fue incluida en ninguna de las cláusulas del contrato 076 ...”. “El contratista desde el punto financiero no sufre un desequilibrio al no recibir el

anticipo sobre el valor de la obra adicional debido a que en el momento de establecerse el contrato adicional 076 había dejado de facturar \$ 670 millones aproximadamente del contrato original, valor similar al del contrato adicional y sobre el cual al iniciar el contrato 005194 había recibido el anticipo correspondiente”.

En las aclaraciones al peritazgo al responder los peritos sobre las causas del contrato adicional y los sobrecostos sufridos por el contratista por no haber recibido el anticipo, reiteran la conclusión del peritazgo original. Nuevamente concluyen: “En nuestro concepto al firmar el correspondiente contrato, las partes establecen de mutuo acuerdo cada una de las cláusulas del mismo y en ellas no se incluía anticipo alguno, porcentaje básico esencial para establecer sobrecostos o perjuicios financieros”.

El dictamen fue objetado en este punto, pero, como se vio al decidir la objeción fue calificado este supuesto error como una simple omisión al no haber realizado el cálculo del 30% correspondiente del anticipo que se reclama.

3.1.2.5.4. El tribunal encuentra que la voluntad de las partes como fuente de la obligación de pago del anticipo, no puede estar contenida en los conceptos favorables de la gerencia y de la interventoría, como también encuentra que no aparece en la reclamación del contratista al fondo. El silencio en el texto del contrato es suficiente prueba de que no se pactó y por tanto no se podía deducir como obligatorio su pago; el texto de la cláusula décimo segunda del contrato 005 de 28 de enero de 1994 establecía como base para liquidar el monto del anticipo el valor total del contrato ajustado al mes de pago del anticipo. Pretender que esta previsión se proyecte al contrato adicional supone llegar a conclusiones absurdas. Para pactar anticipo en un contrato adicional habría que ajustar el valor del contrato inicial más el del adicional, lo cual daría una suma mayor al anticipo que se pagara como consecuencia de la adición, en relación con la que se habría pagado al iniciar la ejecución del contrato.

3.1.2.5.5. De otra parte, del documento soporte de 6 de diciembre de 1994, previo a la suscripción del contrato 076194, puede inferirse que varias de las obras que motivaron su celebración ya estaban en ejecución. Esta circunstancia desvirtúa la naturaleza del anticipo, destinado a suministrar al constructor recursos para iniciar los trabajos el desarrollo de sus prestaciones en un contrato estatal.

3.1.2.5.6. Además, no se cumple en este punto el elemento de imprevisibilidad que se sitúa en esta pretensión como condicionante del desequilibrio contractual. El contratista sabía que el anticipo no le podía ser otorgado automáticamente por el fondo y por ello lo solicitó expresamente.

Al respecto vale la pena recordar cómo el mismo demandante, en folio 118 de su escrito de convocatoria, resalta como uno de los condicionantes para que pueda aplicarse la teoría de la imprevisión, que el hecho que se alega sea ajeno a la voluntad de las partes.

Por las razones expuestas, este tribunal declara que no ocurrió el desequilibrio contractual invocado en este aspecto de la presente pretensión.

3.1.2.6. El aspecto de la ejecución contractual contenido en el literal e) de esta pretensión

e) “El Fondo Nacional de Ahorro no pagó al contratista el valor de las obras, trabajos y otras actividades ejecutados de que dan cuenta los capítulos 2.7.5.1 a 2.7.5.5.(sic) de esta demanda”.

3.1.2.6.1. Antes de analizar los temas de esta pretensión primera, literales e): 2.7.5.1. Puntos hidráulicos de agua caliente —CPVC— e) 2.7.5.2. Emboquillado y resane de pared en ladrillo portante Santafé —una cara— e) 2.7.5.3. Reafinado de pisos, e) 2.7.5.4. No pago de las actividades de atención al comprador; y f) relacionado con el pago de las obras de mampostería que el contratista ejecutó con ladrillo prensado Santafé en los edificios de 10 pisos, a un precio inferior al real, por considerar que todos se refieren a reclamos fundamentados en la construcción de obras no previstas en los pliegos de la licitación, o en cambios de las especificaciones allí previstas, considera el tribunal necesario en primer lugar. ubicarse dentro del marco de la relación contractual que vinculó a las partes en conflicto, para así determinar las previsiones que ellas mismas acordaron sobre estos aspectos tan de común ocurrencia en la construcción de obra pública.

Para ello, el tribunal examina la cláusula cuarta del contrato 005, que en su parágrafo primero dispuso “Cuando por razón del cambio de especificaciones, variación en las cantidades de obra u otra causa, haya necesidad de

modificar el valor o el plazo del presente contrato, se celebrará un contrato adicional como lo ordena la ley. Los precios unitarios del contrato adicional serán los mismos del contrato principal”. También estudia la cláusula octava: precios unitarios. Cantidades de obra y costos a cargo del contratista, que en su parágrafo primero previó: “cualquier variación en las cantidades de obra por ejecutar respecto a las previstas en esta cláusula, así como también la determinación de precios unitarios y cantidades de obra no previstos pero de necesaria ejecución, requerirán la aprobación previa del fondo, el gerente del proyecto y el interventor, y se suscribirá con el contratista un acta al respecto”.

Las previsiones anteriores indican al tribunal que las partes consignaron en el contrato unas formalidades específicas para las eventualidades en que, por diversas razones, se presentaran, obras adicionales y/o mayores cantidades obra y mayores costos basados en precios incluidos en la licitación o en la determinación de nuevos precios unitarios.

Al respecto es necesario recordar que los contratos adicionales, limitados en el artículo 58 del Decreto 222 de 1983 a una suma máxima equivalente a la mitad del valor del contrato original, son mecanismos extraordinarios que se justifican en los contratos estatales con cláusula de revisión de precios cuando surgen mayores cantidades de obra o aparece claramente necesario el desarrollo de actividades que no se previeron en los pliegos de condiciones. Por consiguiente, estos contratos no pueden emplearse para ampliar el valor del pacto inicial cuando esta adición pueda originarse en omisiones del contratista al elaborar su propuesta; admitir lo contrario sería ir en contra de los preceptos que rigen la selección de contratistas en la Ley 80 de 1993.

De otra parte, es necesario tener presente que la vía que se abre en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 para reconocer erogaciones en que haya incurrido el contratista, solo podrá ser usada cuando la equivalencia entre derechos y obligaciones contractuales se rompe por motivos ajenos a quien resulte afectado.

3.1.2.6.2. Puntos hidráulicos de agua caliente —CPVC—

3.1.2.6.2.1. El demandante centra su petición al respecto en una omisión del pliego de condiciones que, a su juicio, no incluyó el punto de agua caliente de manera que este pudiera haber sido presupuestado por los oferentes.

En el alegato sostiene su posición y reitera que al haberlos instalado, se realizó una obra nueva no incluida en los pliegos. Invoca el contenido del documento aportado por Felipe Ardila en su declaración, que muestra comparativamente los precios del presupuesto de la licitación y los precios de las ofertas; allí puede verse que ACEI no incluyó el correspondiente ítem, agua caliente. Resalta los dichos de los testigos Jorge Mesa (ACEI) y Jorge Enrique Rodríguez (socio de Asinter), y reseña los siguientes documentos: Informe de gerencia 5 —mayo 22 a junio 21 de 1994—, que dice que faltaba por incluir los ajustes por concepto de redes de agua caliente y el 6 —junio 22 a julio 21 de 1994— incorporó en la proyección de costos por concepto de ajustes de cantidades de obra, la suma de \$ 25 millones como estimado de las redes de agua caliente.

3.1.2.6.2.2. La contestación de la demanda se fundamenta en los siguientes aspectos:

— En las especificaciones técnicas el punto hidráulico está contemplado en forma completa: agua fría, agua caliente y pruebas.

— Solo se contempló una unidad de medida y forma de pago en las especificaciones técnicas, capítulo II instalaciones hidráulicas y sanitarias, que dice: “La unidad de medida será el punto por aparato, incluirá el promedio de las tuberías, accesorios soldadura, limpiador, mano de obra y herramienta necesaria para su instalación.

— La diferencia de los puntos de agua fría y caliente se hace en las especificaciones técnicas y también en la propuesta donde existe el ítem calentadores con tubería CPVC.

El fondo consideró que las especificaciones técnicas fueron claras al incluir los puntos hidráulicos de agua fría y caliente en forma unificada como un promedio de la tubería PVC y CPVC, y así lo entendió el contratista al analizar los precios de su propuesta; tampoco solicitó aclaración de este ítem durante el proceso licitatorio. Como pruebas de su posición invoca el concepto de Asinter, firma que fue consultora del fondo para la elaboración de los

pliegos en la parte hidráulica de la obra; el testimonio de Jorge Enrique Rodríguez, socio de Asinter, el de Óscar Paredes, el de Felipe Ardila, el de Alfonso Castro, María Cristina de Klei, Edgardo Bernal y el dictamen pericial técnico, cuya conclusión es que “... el contratista incluyó en su propuesta el valor de los puntos hidráulicos de agua caliente en el ítem denominado calentador”.

3.1.2.6.2.3. Con los planteamientos anteriores el tribunal analiza el pliego de condiciones y la oferta del contratista, los conceptos técnicos de Asinter y Acodal aportados por las partes; sobre este último el señor apoderado del fondo se opuso a su calificación de dictamen técnico y renunció a su traslado simultáneo con la pericia practicada en el proceso, además de apreciar los testimonios que al respecto rindieron: Ignacio Angulo Rojas (coordinador del Proyecto urbanización Carlos Lleras Restrepo: consultor del fondo) (pág. 15 versión escrita), Edgardo Bernal (gerencia de obra), Alfonso Castro (gerencia de obra) (pág. 13) Álvaro Silva (interventoría) (pág. 4 y 6), María Cristina de Klei (interventoría) (pág. 6), Óscar Paredes (ex gerente del fondo) (págs. 17, 18, 28), Jorge Mesa (ACEI) (págs. 16 y ss.), Jorge E. Rodríguez (socio de Asinter) (todo el testimonio) y José Felipe Ardila (consultor del fondo) (pág. 9).

Por basarse esta pretensión en un hecho esencialmente técnico, se analiza el dictamen que conceptúa (págs. 42 y ss.), luego de enlistar documentos consultados como fuente:

“Los puntos hidráulicos de agua caliente fueron ejecutados por el contratista de acuerdo con los planos y especificaciones del contrato. Estos trabajos fueron cancelados dentro de los ítem 11.33 a 11.40 del subcapítulo 11.32 que corresponde a: puntos hidráulicos PVC, presión. Lo anterior se desprende del análisis de 18 propuesta del contratista, especialmente del precio unitario del calentador páginas 12 de los análisis de precios, folios 091 código 1110-4”.

“Cabe mencionar que la denominación PVC (cloruro de polivinilo) tiene dos acepciones. Una genérica, que se refiere a una clase de tubería teniendo en cuenta el material con el cual se fabrica y distingue de otras, como son las de Cu (cobre), HF (hierro fundido), AC (asbesto-cemento), HG (hierro galvanizado); la otra que es una acepción técnica específica que indica que es tubería de cloruro de polivinilo para agua caliente que se denomina técnicamente CPVC.

Las dos acepciones las entendió perfectamente el contratista al hacer su propuesta, dado que en sus análisis, como ya se mencionó, incluyó en el análisis del precio unitario del calentador, las tuberías y accesorios de CPVC que según las especificaciones y los planos se necesitaban”. Luego en las aclaraciones los peritos confirmaron: “Los puntos hidráulicos de agua caliente fueron ejecutados por el contratista de acuerdo con los planos y especificaciones del contrato” (pág. 34); sin embargo, respecto del pago agregaron: “Aclarando que en el precio unitario del calentador están incluidos 5.15 ml (incluye desperdicio) de tubería CPVC:

Cuyo valor a precio de origen del contrato es	\$ 11.855.866
El valor de la mano de obra correspondiente	\$ 3.998.328
Total a diciembre de 1993	\$ 15.854.328

El cálculo financiero no se incluye por imposibilidad de hacerlo puesto que las isométricas fueron recibidas el pasado 5 del presente mes”.

3.1.2.6.2.4. La controversia se ubica en la interpretación de los pliegos de este ítem y su pago, frente a la oferta del contratista que afirma que no incluyó este precio por no estar considerado en las especificaciones técnicas. Los conceptos de Asinter, firma consultora del fondo y Acodal, firma contratada por ACEI tienen conclusiones opuestas: el primero dice que sí están comprendidas las salidas de agua fría y caliente en la especificación y el segundo dice que son dos ítem separados.

Para el tribunal, a pesar de tratarse de un hecho eminentemente técnico, cuya demostración requiere del concepto pericial de los ingenieros, reviste de la mayor importancia el testimonio del ingeniero Jorge Mesa, de ACEI, que al respecto manifestó al tribunal que se equivocó en el análisis de este ítem al estructurar los precios de la oferta⁽¹²⁾.

Por otra parte, al analizar los pliegos de la licitación, encuentra dentro del procedimiento previo a la adjudicación del contrato y a la presentación de las ofertas de los proponentes, la oportunidad para hacer preguntas al fondo y solicitar aclaraciones referidas a todos los temas técnicos, jurídicos y económicos de la contratación. Sorprende al tribunal la confusión del contratista sobre este punto específico, pues, frente a una construcción de viviendas que preveía en sus especificaciones la instalación de calentadores, los cuales se incluyeron en su oferta no podía existir duda alguna que era necesaria la instalación de tuberías para agua caliente.

Por tanto, es justificada para el tribunal la posición asumida por el fondo frente a esta controversia que se presentó durante la ejecución del contrato, en el sentido de no acceder a determinar un nuevo precio unitario para la actividad reclamada.

Vale resaltar además la previsión contenida en el concepto de Acodal, aportado por el contratista con la demanda y que está de acuerdo con su interpretación de los pliegos, pero que señala “igualmente podemos colegir que también el proponente debió hacer la pregunta correspondiente antes de realizar la cotización, lo cual, de acuerdo con nuestra información no se realizó ...” (cdno. 3, fl. 963).

No encuentra pues el tribunal. que respecto de este punto de la pretensión se den los supuestos de imprevisibilidad que se requieren para declarar el desequilibrio del contrato y concluye, al contrario, que en este punto los mayores costos que pudo haber sufrido la demandante se derivan de omisiones que le son imputables: omisiones en la preparación de su oferta y omisiones en la solicitud de aclaración del pliego, si encontraba alguna confusión al respecto.

3.1.2.6.3. Emboquillado y resane de pared en ladrillo portante Santafé —una cara—

3.1.2.6.3.1. Sustenta ACEI su pretensión en que esta actividad no estaba prevista en los pliegos y su desarrollo le generó mayores costos. Al comenzar el proceso constructivo de emboquillado y resane de ladrillo portante, ACEI se dio cuenta que era errado, pues al ejecutarse las ranuras, estructuralmente la pared perdía resistencia; por ello, la interventoría exigió la ejecución del emboquillado de muros en ladrillo portante Santafé. En la aplicación de mortero para pegar los ladrillos ya no se hizo la ranura en V que solicitaba la especificación técnica (ítem 06-01-06.02) sino a ras con las caras del ladrillo portante; esto presentó poros e irregularidades en el mortero, que son normales en este proceso constructivo, las cuales ordenó la interventoría corregir.

ACEI realizó esta actividad por las dos caras de los muros estructurales y en la totalidad de la obra incluyendo fachadas interiores y exteriores, interiores de los apartamentos y zonas comunes; desarrolló la obra según la ejecución impuesta y el fondo la recibió a satisfacción pero no la pagó.

ACEI sostiene su posición inicial (pág. 111 y ss.), e invoca para demostrarla, el testimonio de Alfonso Castro y Álvaro Silva; como prueba de la exigencia de la interventoría señala los formatos de recibo de apartamento, documento acompañado con la demanda y critica el concepto pericial técnico por fundamentar sus análisis en el ítem 4.01, que corresponde a los muros divisorios internos de los edificios de 10 pisos y en los ítem 4.11 y 4.12 que tienen que ver con mampostería en muros divisorios no estructurales desconociendo que la reclamación corresponde al ítem 6.01 y 6.02 construcción en mampostería estructural, relativa a los muros estructurales los 23 edificios de 5 pisos.

3.1.2.6.3.2. En la contestación de la demanda se expresa que esta actividad sí estaba prevista en los pliegos (cap. IV mampostería) y que el hecho de cambiar la realización de las ranuras y en su lugar emboquillar el muro, no genera sobrecostos; por otra parte los costos de emboquillado y ranurado son sensiblemente iguales. Además, el fondo sostiene su defensa (pág. 89) asegurando que lo que hubo fue una economía para el contratista con el cambio de la realización de las ranuras, pues el mayor consumo de mortero de pegar que hubiese podido generarse se compensó con la menor disposición de mano de obra requerida para tal efecto. Invoca los testimonios de Ma. Cristina de Klei y el dictamen pericial técnico que respalda la conclusión de que el fondo nada debe por este concepto.

3.1.2.6.3.3. Con los planteamientos anteriores el tribunal analiza el pliego de condiciones y la afirmación del fondo respecto al cambio del proceso constructivo según sugerencia de ACEI. Por tanto la controversia se ubica en la

menor actividad por razón del cambio del emboquillado y su costo. Se examinaron los testimonios de Alfonso Castro (de la gerencia de obra), quien conceptuó que no hubo mayores costos con el cambio de la especificación, de Álvaro Silva (interventoría), quien explicó lo referente a los dos tipos de ladrillo: portante y prensado que se pegan diferente y quien también concluyó que no hubo mayores costos; la testigo Ma. Cristina Silva (interventoría) también conceptuó que no se habían producido mayores costos; por su parte Óscar Paredes (ex director del fondo) afirmó que los pliegos fueron claros al disponer que el montaje de ladrillo implicaba la emboquillada. El dictamen pericial técnico conceptúa (pág. 47):

“El emboquillado de muros en ladrillo portante Santafé para mampostería estructural como actividad específica no existe. Corresponde a una parte del proceso de construcción del muro.

En las especificaciones técnicas de la licitación 6.01-6.02 construcción de mampostería estructural en el proceso constructivo-ejecución, al final describe el procedimiento del estriado, el cual no se ejecuta en este tipo de muro para no disminuir la superficie efectiva de apoyo entre hiladas.

El contratista como lo expresa en la página 84 del documento de la demanda punto 2. Hechos: “ACEI se dio cuenta de que este requisito del proceso constructivo descrito en las especificaciones, desde el punto de vista técnico era inejecutable y errado, ya que al ejecutarse las normas estructuralmente se perdería resistencia, por la aplicación de una menor cantidad de pega (mortero), lo que necesariamente llevaría a una menor capacidad de carga del muro”.

“Pone de manifiesto su experiencia en la ejecución de este tipo de obras y actúa en forma responsable como le corresponde, aunque la interventoría no hubiera caído en cuenta del error en la descripción del proceso de ejecución de esta actividad contenido en las especificaciones técnicas. Era obligación y responsabilidad del contratista construirlo correctamente.

La experiencia del contratista mal lo hubiera podido llevar a cotizar el muro de ladrillo portante Santafé, ejecutándolo con estrías.

No es consecuente con la experiencia del contratista, que este interprete como una actividad específica independiente “el emboquillado de muros en ladrillo Santafé”, pues el remover el exceso de pega con el palustre simplemente es un paso dentro del proceso de construcción del muro, previo de la hechura de las ranuras, cuando estas deben ejecutarse. La limpieza del muro con costal siempre se hace en cualquiera de los casos”.

“El no haberse exigido el cumplimiento de la especificación errada por parte de la interventoría gracias a la oportuna observación del contratista, le ahorró a este el trabajo de hacerlas, en una cantidad de 13 m de estrías por m² de muro. Labor dispendiosa y que representa un mayor costo que el no hacerlo”. En las aclaraciones al dictamen agregan a lo dicho anteriormente (pág. 38) “Además de lo anterior ... se encuentra en las especificaciones “4.11 a 4.13 muro en ladrillo portante Santafé 1C.V/2 C.V./mampostería fachada áticos/ ...”.

Ahora bien, como el tribunal ha decidido acoger el dictamen pericial en este punto, debe pronunciarse nuevamente en cuanto hace al error grave formulado por el señor apoderado de ACEI en la página 18 del escrito correspondiente, donde expresa que los señores peritos manifestaron no haber leído el pliego de condiciones, por lo cual no habrían podido contestar los interrogantes formulados, y agrega que los mencionados pliegos se encontraban en los anexos de la demanda.

Si bien es cierto que los peritos no respondieron la pregunta que se les formuló en el sentido de “si el terminado ejecutado por el contratista es diferente al exigido por el pliego y en caso afirmativo en qué consiste la diferencia”, por no disponer del pliego, en la respuesta transcrita y que sirve de fundamento a la decisión en este punto, se deduce que se basaron en este documento, adjuntado a la demanda, tal como posteriormente lo señalaron en la aclaración al dictamen solicitada de oficio por el tribunal.

3.1.2.6.3.4. También se lee en el documento de aclaración y ampliación al dictamen pericial técnico que la actividad a que se refiere este punto de la litis no generó un costo adicional para ACEI.

3.1.2.6.3.5. Con base en las pruebas aportadas al proceso y especialmente en el dictamen pericial técnico, respecto

de este punto de la presente controversia, el tribunal concluye que no se dan los supuestos básicos para predicar el desequilibrio contractual respecto del punto que se analiza.

Las actividades descritas no generaron un mayor costo, ni fueron, en sentido alguno, más onerosas para el constructor. También era claro que eran previsibles para él. Además de haber significado un mayor costo, el contratista ha debido solicitar la celebración del contrato adicional respectivo, en los términos de las previsiones contractuales ya mencionadas.

3.1.2.6.4. Reafinado de pisos

3.1.2.6.4.1. ACEI fundamenta su pretensión en la demanda en que:

— Los pliegos contemplaban tres actividades diferentes 9.01 afinado de pisos, 9.02 reafinado de pisos y 9.03 afinado-impermeabilizado.

— El afinado consistía en colocar un mortero en arena cemento de 2 cm de espesor después de haber vaciado las placas de entepiso de los edificios para nivelar los pisos interiores de los apartamentos.

— El reafinado era similar pero con tres características diferentes: aplicación de un aditivo de adherencia, aplicación de cemento puro y utilización de llana metálica para pulir.

— El fondo pagó la actividad de reafinado como de afinado a pesar de los mayores costos requeridos y asumidos por ACEI.

En su alegato de conclusión reitera su petición y como prueba de la realización de la actividad invoca la comunicación de octubre 26 de 1994 enviada por la gerencia del proyecto a la subdirección técnica del fondo en la cual al describir los apartamentos se refiere a que los pisos están construidos en cemento afinado. Critica el dictamen pericial técnico por no haber elaborado los cálculos pedidos por este concepto y porque los peritos no fueron al lugar de las obras.

3.1.2.6.4.2. El fondo destaca, al contestar la demanda, que:

— Lo que la interventoría exigió fue reafinado en los pisos en los sitios en que por descuido del contratista se dañó el afinado.

— Las especificaciones técnicas recomendaban que no se debía permitir la entrada de personas en las zonas niveladas antes de tres días, lo que no fue acatado, pues incluso se colocaron andamios o tablas.

— También las especificaciones técnicas preveían: “aseo varios 20.20.01 a 20.04 y 20.06 y 07 aseo final, no se reconocerán sobrecostos adicionales por la reparación de las obras que se deterioren con el tiempo o por mala protección antes del recibo y aceptación de las obras”.

En su alegato de conclusión reitera su defensa y como demostración de ella invoca el testimonio de Ma. Cristina Silva y el dictamen pericial que le da la razón pues niega que tal actividad de reafinado se hubiera realizado como solicita el contratista.

3.1.2.6.4.3. Con los planteamientos anteriores, el tribunal examina el pliego de condiciones y las declaraciones de Alfonso Castro (gerencia de obra) que considera que lo hecho por ACEI se limitó a reparaciones por mala ejecución de la obra; Álvaro Silva (interventoría) que reconoce que hubo daños no siempre imputables al contratista; Ma. Cristina Silva (interventoría), quien también considera que fueron trabajos realizados para remediar daños en el afinado causados por entrada de personas ajenas al fondo, y Óscar Paredes (ex gerente del fondo), quien afirmó que por tratarse de vivienda de interés social solo estaba prevista la actividad de afinado para la entrega de los apartamentos.

El dictamen pericial técnico, luego de analizar el presupuesto de la oferta, y las actas de los comités 31, 36 y 40 conceptuó que la actividad de reafinado que se realizó por no haber protegido los pisos recién terminados y que los reafinados que reclama no existieron sino para reparar daños parciales de los pisos (pág. 51) y en las aclaraciones

al dictamen se añade: “Además de las comunicaciones de la interventoría se desprende que en algunos casos la baja calidad de la mezcla produjo daños en los pisos recién afinados” (pág. 39).

En este tema el dictamen fue objetado por considerar que los peritos no examinaron las pruebas correspondientes y el tribunal al decidir la objeción (proyecto) no encontró más que una crítica por omisión a los conceptos sobre este tema, mas ninguna prueba en contrario de lo allí concluido.

Además, el tribunal examinó detalladamente los soportes que adjuntaron los señores peritos contables en busca de pruebas que les permitieran concluir que el reafinado de pisos fuera algo más que una actividad ocasional y pudiera dar a las instrucciones de la interventoría la categoría de una modificación al sistema constructivo. El resultado de este trabajo fue negativo.

3.1.2.6.4.4. Conforme con el análisis anterior, el tribunal no encuentra demostración alguna de que el reafinado de pisos se hubiere ejecutado en todos los apartamentos; como anexos al dictamen pericial financiero obran facturas pagadas por ACEI a diversos contratistas, donde puede verse ocasionalmente el pago por actividades de reafinado, ítem 9.02. Esto lleva al tribunal al convencimiento de que la labor sí se realizó pero en unas pocas partes, lo que lo induce a concluir que se trató de terminaciones y correcciones llevadas a cabo dentro de su obligación de entregar los trabajos a satisfacción del fondo y de la interventoría, como varios testigos afirmaron. Por otra parte, el haber cotizado ACEI la ejecución de afinado de pisos y no haber acordado con la interventoría el cambio de la especificación —mediante un acta y contrato adicional, según la previsión contractual— impide al tribunal declarar una obligación a cargo del fondo. que no adquirió con el procedimiento acordado, a más de no estar demostrada su total ejecución ni condición alguna de imprevisibilidad.

3.1.2.6.4.5. No pago de las actividades de atención al comprador

3.1.2.6.4.5.1. La demandante afirma que el fondo solicitó al contratista la instalación de una oficina de postventa con su correspondiente personal, para atender los posibles inconvenientes que se presentaran con los adjudicatarios de los apartamentos, mediante carta de agosto 22 de 1995. Esta actividad no estaba pactada en el contrato, ni en los pliegos se previó el ítem correspondiente, sin embargo ACEI realizó el servicio, según se ve en las actas de comités de postventa.

En los alegatos de conclusión ACEI reitera su reclamación con fundamento en la obligación que el fondo tenía con los propietarios de los apartamentos y que trasladó al contratista, quien destinó personal para la ejecución de este servicio adicional; para ello debió adecuar una oficina para la atención de tales actividades. También ACEI tuvo que entregar los apartamentos a los adjudicatarios, asumiendo obligaciones que no estaban pactadas y no le correspondían.

3.1.2.6.4.5.2. Por su parte el fondo manifestó que esta actividad es la propia de todo constructor en cualquier obra nueva; es una obligación el responder al usuario por las deficiencias en la construcción.

En las actas del comité de postventas se dejó constancia de todas las actividades que había de realizar. También la comunicación de la interventoría de septiembre 20 de 1995 relaciona todos los trabajos que quedaron inconclusos, cuya responsabilidad de terminados era del contratista.

Por la calidad de la obra ejecutada, por los problemas que se generaron a los propietarios y por la celeridad con que debieron entregar los apartamentos, se hizo necesario realizar unos trabajos cuya ejecución era responsabilidad del contratista.

3.1.2.6.4.5.3. Con los planteamientos anteriores el tribunal examina en los pliegos, en la oferta y en el contrato las obligaciones del contratista respecto a la entrega de las obras; así también estudia las actas de los comités de postventa aportados al expediente durante la inspección judicial practicada en las oficinas del fondo (acta 6), la comunicación de la interventoría a ACEI de enero 25 de 1996, suscrita por María Cristina de Klei que señala 17 aspectos relativos a defectos en los terminados de los apartamentos y zonas comunes y la comunicación del presidente de la interventoría solicitando arreglar esos 17 puntos que denomina “fallas” en la construcción. También analiza los testimonios de Edgardo Bernal —gerencia de obra— y Jorge Mesa —ingeniero de ACEI—, quienes trataron el tema en sus declaraciones.

Por su parte los peritos ingenieros en el dictamen original conceptuaron: “De la revisión de los atrasos en los edificios consignados hasta el acta 57 de mayo 22 y lo consignado en el acta 62 de julio 17 concluimos que no existió una entrega definitiva como tal de los edificios sino la primera y la segunda visitas previas en las cuales se consignaban las obras incompletas o pendientes de terminación que el contratista no corregía en su totalidad. Por lo tanto las obras ejecutadas por el contratista durante la etapa que denominaron de postventa corresponden a la verdadera terminación de los edificios enteramente a su cargo.

No obstante, en su escrito de aclaraciones cambiaron de criterio: “La gerencia de obra en comunicación al contratista de agosto 22 de 1995 da orden pormenorizada de la operación en el proceso de postventa. Desafortunadamente para los peritos es imposible conceptuar sobre el valor y ajuste monetario, por desconocer la cantidad de materiales, recurso humano empleado y tiempo de operación del proceso para cada uno de sus empleados” (págs. 57 y 68).

En el pliego de condiciones (pág. 60) se establece: “Con quince (15) días de anticipación a la fecha en que se propone hacer la entrega final de la obra el contratista informará por escrito a la gerencia de obra, y a la interventoría de su propósito y estas harán una visita a la obra y le darán su aprobación o harán las observaciones necesarias. El contratista ejecutará por su cuenta las modificaciones y observaciones que la gerencia de obra y/o la interventoría le indiquen en el plazo que le fijen, dando nuevo aviso, con el fin de hacer el recibo definitivo de la obra. Si la gerencia y/o la interventoría aceptan los trabajos, se suscribirá un acta final de recibo definitivo de la obra, donde conste la ejecución satisfactoria de las obras”.

Examinadas las 17 actividades relacionadas en la carta de la interventoría se encuentra que se refieren a defectos señalados por la junta de administración, tales como, humedades, inundaciones, tejas rotas, reparaciones eléctricas, etc. Por su parte, en las actas de los comités de postventas (realizados semanalmente entre nov. 7/95 y ene. 23/96), se demuestra que efectivamente el contratista dispuso de una oficina y de personal para la realización de entrega de apartamentos a los adjudicatarios y atención a la corrección de los defectos que se presentaban. Se registraron especialmente trabajos relativos a los sistemas de citófonos, antenas para televisión ajustes de cantoneras eléctricas, instalación de cajas telefónicas y servicio de gas. Puede leerse en el acta de noviembre 7 de 1995: “La interventoría solicitó al constructor trabajos adicionales sobre su listado de observaciones, requisito básico para la elaboración del acta de recibo final. También en el acta de noviembre 14: “Se analizaron los puntos pendientes para recibo de la obra por parte de la interventoría. El constructor continúa en dichos trabajos”. Y en la de noviembre 21: “Una vez se suplan las observaciones dejadas por la interventoría se precisarán los términos mediante los cuales se levantará el acta de recibo final”.

3.1.2.6.4.5.4. A pesar del abundante material probatorio que demuestra la realización de actividades del contratista tendientes a entregar los apartamentos a los adjudicatarios, el tribunal no puede dejar de examinar el contrato en su objeto, contenido en la cláusula primera del contrato 005, que obliga al contratista a la “construcción de la manzana D de la II Etapa de la urbanización Carlos Lleras Restrepo, de acuerdo con los planos y especificaciones urbanísticas, redes hidráulicas, sanitarias, eléctricas, telefónicas y de gas”, lo mismo que al contenido de la cláusula décima sexta que lo obliga a garantizar la calidad y estabilidad de la obra mediante la suscripción de una póliza durante dos años contados a partir del acta de recibo final. Esto para determinar que para el cabal cumplimiento del contrato, ACEI debía entregar los apartamentos y las zonas comunes en perfecto estado para su normal funcionamiento. Examinado el listado de las actividades realizadas, todas ellas pertenecen a labores finales previas a la entrega a satisfacción del fondo y de los adjudicatarios, para el total goce de los inmuebles o actividades destinadas a reparar o ajustar imperfectos que quedaron a raíz de la construcción o retardos en ciertos terminados.

Estas labores, por tanto, no pueden alegarse como obligaciones extrañas a lo ya previsto en el presupuesto de obras. Aun cuando la interventoría hubiera, como en efecto aparece que lo hizo, dado instrucciones al contratista sobre la forma como debía atender las actividades posteriores a la entrega de los apartamentos, su realización no daba lugar a nuevos pagos, pues, además, formaban parte, ellas sí, de las que el propio convocante denomina obligaciones “connaturales al contrato”.

Pero aún, si ello no hubiera sido así, respecto de esta pretensión no se puede predicar ninguna condición de

imprevisibilidad para el contratista. También se reitera en este punto que de considerarse como obras adicionales, el contratista ha debido exigir la celebración de un contrato adicional, como ya se ha expuesto en los otros ítem de este aspecto de la pretensión primera.

3.1.2.6.6. Como conclusión de los análisis hechos en este punto del laudo, no prospera la solicitud de declaratoria de rompimiento del equilibrio contractual en cuanto concierne al literal e) de esta primera pretensión.

3.1.2.7. El aspecto de la ejecución contractual contenido en el literal f) de esta pretensión

f) El fondo pagó las obras de mampostería que el contratista efectuó con ladrillo prensado Santafé en los edificios de 10 pisos, a un precio inferior al real, ya que las pagó con el precio pactado por las partes para ladrillo portante Santafé (2.7.6.1.).

3.1.2.7.1. La demandante centra su argumentación en que, como consecuencia de instrucciones impartidas por el fondo al iniciar la obra, actividades que debían realizarse en ladrillo portante, se llevaron a cabo en ladrillo prensado.

ACEI sostiene sus pretensiones (págs. 132 y ss.) con base en la instrucción de la interventoría al inicio de las obras, que aparece en el acta del comité de obra 1 (feb.15/94), según la cual los edificios de 10 pisos debían construirse siguiendo el modelo de los de la manzana “E” cuya ejecución estaba a cargo de la firma Beltrán Pinzón & Cía. Ltda., en cuyas fachadas se utilizó ladrillo prensado. Por ello se ejecutó la obra con este material, cuyo ítem no existía en las especificaciones.

No tiene justificación el reclamo porque aceptar unos costos diferentes a los ofrecidos en su oferta, con los cuales se ganó la licitación, rompería la equivalencia de condiciones con los demás contratistas al momento de contratar. Ofrecer precios bajos para ganar la adjudicación del contrato es ir contra el principio de la buena fe contractual el fondo pagó la ejecución de las fachadas de los edificios de 10 pisos con el precio pactado para el ítem 4.11 del presupuesto que corresponde a la fabricación de muros con ladrillo portante Santafé, a razón de \$ 9.459.08, a pesar de haberse construido con ladrillo prensado Santafé, cuyo valor real es de \$ 13.952.03. Por tanto se le debe reconocer la diferencia por metro cuadrado de \$ 4.492.95.

El fondo pagó la ejecución del enchape de columnas con el precio pactado para el ítem 4.09 que corresponde a ladrillo portante a razón de \$ 8.656.28, a pesar de haberse construido en ladrillo prensado Santafé cuyo valor real es de \$ 11.267.41. Por tanto se le debe reconocer al contratista la diferencia por metro cuadrado de \$ 2.611.13.

El fondo pagó la ejecución del enchape de columnas y vigas ancho 30/50 con el precio pactado para el ítem 4.05 del presupuesto que corresponde al enchape T 30/50 ladrillo portante a razón de \$ 5.707, a pesar de haberse construido en ladrillo prensado Santafé cuyo valor real es de \$ 9.722.33. Por tanto, se le debe reconocer al contratista la diferencia por metro cuadrado de \$ 4.015.33.

El fondo pagó la ejecución del enchape de fachadas y bordes con el precio pactado para el ítem 4.03 del presupuesto, que corresponde a enchape T.10 con ladrillo portante a razón de \$ 2.675.48 a pesar de haberse construido en ladrillo prensado Santafé cuyo valor real es de \$ 4.457.28. Por tanto, se le debe reconocer al contratista la cantidad de \$ 1.781.80 por metro cuadrado.

3.1.2.7.2. Por su parte la entidad convocada afirma que en las especificaciones técnicas y en el presupuesto se habla de ladrillo portante prensado tanto para la actividad de mampostería de capítulo 4-mampostería, como para la actividad de mampostería estructural en el capítulo 6-estructuras.

Las partes decidieron de común acuerdo que la mampostería en los edificios de 10 pisos era en ladrillo prensado (cdno. ppal., pág. 226).

La interventoría no planteó la posibilidad de fijar un precio unitario nuevo porque consideró que los dos costos eran muy similares porque aunque se requería una mayor cantidad de unidades de ladrillo prensado, cada unidad es más barata y la mano de obra puede ser menor, pues no implica la actividad de fundida de dovelas, lo cual está incluido en el precio del ladrillo portante.

El fondo (pág. 95) está de acuerdo con que el ítem no estaba previsto, pero rechaza la interpretación del contratista del cambio de especificaciones “probablemente más tarde, cuando encontró que la especificación era diferente consideró que podía ser beneficioso para él utilizar ladrillo prensado y no portante, porque aunque se usa una mayor cantidad de unidades de ladrillo, cada unidad es más barata y la mano de obra puede ser menor; pues no implica la actividad de fundida de dovelas, lo cual está incluido en el precio del portante, y tal vez por esta razón nunca solicitó el cambio de un precio unitario”.

3.1.2.7.3. De las pruebas allegadas al proceso se destaca: el texto del acta de obra 1 , el testimonio de María Cristina de Klei (interventoría):

“Hay diferencia, indudablemente hay más cantidad de ladrillo prensado que de ladrillo portante, pero el valor del ladrillo prensado es mucho más bajo que el valor del ladrillo portante, entonces la diferencia de costo que se pueda presentar en un muro de ladrillo prensado y uno de ladrillo portante realmente es mínima, donde el ladrillo portante se va menos ladrillo que del prensado, en costo por unidad de ladrillo portante por cantidad se equiparan el uno con el otro y la mano de obra es más económica ladrillo portante y cuando es por la cantidad de unidades, pero entre un precio y el otro uno hace un análisis y lo que tupe tapa, puede hacer diferencias exactas entre unidad a unidad, pero el valor sustancial entre los dos precios unitarios son muy similares por rendimiento y por precio del ladrillo, el muro portante tiene una adicional que es que hay mucha pérdida de mortero entre los huecos del ladrillo, puede que uno hable que se van menos unidades de ladrillo portante porque son menos unidades de ladrillo porque son más grandes, pero el costo del mortero es mucho más grande al hacer el análisis de los dos precios son muy similares es lo que la experiencia nos ha dado”.

Y el dictamen pericial técnico que conceptúa:

“Se revisaron los análisis de precios presentados por el contratista en su propuesta para muros en ladrillo prensado y portante y el que presentó en la reclamación para el muro en ladrillo prensado.

De su comparación se dedujo que en este último incluía materiales, equipos y cantidades no concordantes con las presentadas en su análisis de la propuesta para ladrillo portante que no tenían porqué cambiar aplicadas al muro de ladrillo prensado, por lo tanto, se procedió al análisis unitario que presentamos (pág. 55).

Precio unitario m ² ejecutado con L. portante	\$ 8.473.98
Precio unitario m ² ejecutado con L. prensado	\$ 7.746.30
Diferencia	\$ 727.68

“El precio unitario con ladrillo, incluía el valor de las actividades y equipos empleados para construir muros y además el de los ensayos y el grouting que solo se hacen para la mampostería estructural. El mortero empleado para el muro en prensado es de 1:4 en la práctica.

El contratista aceptó durante todo el tiempo de ejecución del contrato se le cancelara o avalara los muros contruidos con ladrillo prensado con el precio de muro con ladrillo prensado portante (ver las 20 actas de obra) y solo hasta el año de 1996 expresó su inconformidad, lo cual motivó la comunicación” (pág. 55) ...

Y en las conclusiones manifiestan “Consideramos que el reconocimiento hecho por la interventoría en estos casos es adecuado y favoreció al contratista” (pág. 56).

3.1.2.7.4. Si bien es cierto que este cambio de especificación fue posterior a la celebración del contrato 005 de 1994, también lo es que respecto de él no se configuran los supuestos que permitirían llamar al fondo a restablecer el equilibrio contractual. En primer término porque está probado que como consecuencia de él no operó una mayor onerosidad para el contratista, quien no sufrió, en consecuencia, ningún detrimento patrimonial por este motivo.

Pero, además este cambio de especificación fue convenido expresamente por las partes sin que conste en parte alguna que el contratista se opusiera a él o solicitara la suscripción del respectivo contrato adicional, necesario en

caso de un mayor valor del contrato.

Tampoco obra en el expediente prueba alguna que permita afirmar que hizo uso de los mecanismos previstos en el pliego de condiciones para expresar su desacuerdo con las instrucciones que al respecto le impartió la interventoría.

3.1.2.7.5. Como conclusión de lo expuesto, el tribunal declara no ocurrido el desequilibrio contractual en cuanto hace referencia al literal f), aquí analizado.

3.2. Pretensión segunda

3.2.1. Tal como ha sido planteada en la demanda

Esta pretensión ha sido formulada en la demanda en los siguientes términos:

Segunda. Que adicionalmente se declare que el hecho de que trata el literal c) de la pretensión anterior constituyó incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales del Fondo Nacional de Ahorro.

Tal como ya se analizó, al dejar de aplicar la cláusula de reajustes en los términos del contrato, liquidando el valor de las actas de obra según la previsión del pliego aplicable a aquellas situaciones de atraso en la ejecución de la obra imputables al contratista, el fondo incurrió en un incumplimiento del contrato que se declara en esta parte del laudo en los términos y con los fundamentos expuestos en el citado punto.

3.3. Pretensión tercera

3.3.1. Tal como ha sido planteada en la demanda

Esta pretensión ha sido formulada en la demanda en los siguientes términos:

“Tercera. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene al Fondo Nacional de Ahorro, FNA, al restablecimiento de los derechos de la sociedad Arquitectos, Constructores e Interventores Ltda., ACEI Ltda., e indemnizar los perjuicios y sobrecostos de todo orden que a esta le fueron causados, en razón del incumplimiento contractual por parte de dicha entidad y por la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato, todo de conformidad con los artículos 4º, 5º y 27 de la Ley 80 de 1993”.

3.3.1.1. El tribunal, como se vio en las consideraciones anteriores, reconocerá el rompimiento de la ecuación económica del contrato, únicamente respecto de la pretensión primera, literales b) y c), los cuales se refieren a sobrecostos por mayor permanencia, debida a demoras en el suministro de ladrillo y al incumplimiento del contrato de obra pública 005 de 1994, por ajuste deficiente en el valor de las actas de pago de las obras ejecutadas. Por lo tanto, procederá al restablecimiento de los derechos del contratista, calculando en primer término, la indemnización de los perjuicios y los sobrecostos causados por el fondo por tales conceptos a ACEI Ltda. en la siguiente forma:

3.3.1.2. Sobrecostos por mayor permanencia en la obra. El tribunal ha reconocido que el contratista tuvo sobrecostos durante 10 semanas de la vida del contrato (de mayo 29/95 al ago. 7/95), únicamente en lo que respecta al concepto “administración”, puesto que el valor de los costos directos (materiales, mano de obra y equipos), fueron pagados por el fondo mediante las actas de obra ejecutadas. Así mismo consideró el tribunal, como se vio, que no hay lugar al reconocimiento de costos indirectos por concepto de imprevistos ni de utilidades.

Por otra parte, teniendo en cuenta que los peritos técnicos después de señalar que, “lo que realmente no está reconocido son los mayores costos administrativos” (pág. 29 aclaraciones dictamen), consideraron imposible determinarlos, el tribunal ha decidido utilizar el siguiente procedimiento para su cuantificación:

- Utilizar el método de proporcionalidad, tomando como base el tiempo correspondiente al contrato bajo condiciones normales (67 semanas), es decir, tal como fue acordado inicialmente, así:

Semanas	%
67	100
10	X

Lo que arroja un % de 14.9253731, para las 10 semanas

- Tomar como base para el cálculo de la indemnización, la suma señalada en el dictamen pericial contable por el concepto “administración” (fl. 89, col 4), de \$ 453.421.488.97, a precios de febrero de 1994 (fecha del acta de iniciación de las obras, de conformidad con lo dispuesto por el contrato 005).
- Por existir diferencia entre el rubro “administración” contemplado en la propuesta de ACEI, y el mismo rubro contenido en el acta de liquidación del contrato, se le resta a este, el valor del contrato adicional 076 de 1994, para obtener una base neta de cálculo de \$ 340.047.679.69 (cdno. 1 dictamen pericial contable fl. 89 y 97, col 4), a precios de febrero de 1994, así:

\$ 453.421.488.97 (-) \$ 396.734.584.33 (valor/propuesta a precios de feb./94): = \$ 56.688.904.64.
\$ 396.734.584.33 (-) \$ 56.686.904.64 = \$ 340.047.679.69

- Del valor anterior de \$ 340.047.679.69, se calcula el 14.9253731%, equivalente a la proporcionalidad de las 10 semanas frente a las 67 del término inicial del contrato, por el concepto de “administración”, lo que arroja la suma de \$ 50.753.385.03.

3.3.1.4. Ajuste deficiente del valor de las obras ejecutadas. Como consecuencia del reconocimiento que ha hecho el tribunal del ajuste deficiente del valor de las obras por haber aplicado los índices correspondientes a su programación y no a su ejecución, y a la consiguiente declaratoria de incumplimiento contractual, el tribunal utilizará el siguiente procedimiento para el cálculo de la indemnización por este concepto:

- Para obtener el correcto reajuste de pagos en las actas erróneamente calculadas, el tribunal acoge la misma metodología utilizada por la interventoría de la obra para su liquidación, pero utilizando los índices de ejecución de las obras, lo cual es acorde con lo previsto por las partes en la cláusula quinta del contrato 005 del 94, que consagra la fórmula de revisión de precios.
- Se ajustó acta por acta entre noviembre de 1994 y julio de 1995 (demanda pág. 66), con los índices de Camacol correspondientes al mes de ejecución de las obras y certificados por la interventoría, los cuales obran en el proceso (anexo, dictamen pericial contable).
- La suma de las diferencias entre los reajustes pagados con índices de fecha de programación y los calculados con los de la fecha de ejecución asciende a \$ 104.054.248, como se aprecia en el siguiente cuadro:

Pretensión primera c): Valor reajustes actas							
(1)	(2)	(3)		(4)		(5)	(5) Menos (1) = (6)
Valor pagado con índice fecha programación	Acta	Índice (Camacol) fecha programada		Índice (Camacol) fecha ejecución		Valor calculado con índice fecha ejecución	Diferencia valor pagado y valor calculado
\$ 23.744.551	acta 10	1.10898	oct.-94	1.11327	nov-94	\$ 24.510.510	\$ 765.959
		1.11327	nov.-94				
\$ 20.397.666	acta 11	1.11327	nov.-94	1.13656	dic.-94	\$ 24.591.730	4.194.064

\$ 18.936.313	acta 12	1.11327	nov.-94	1.20272	ene.-95	\$ 33.230.068	14.293.755
		1.13656	dic.-94				
\$ 24.013.130	acta 13	1.13656	dic.-94	1.23282	feb.-95	\$ 40.939.785	16.926.654
\$ 37.212.220	acta 14	1.13656	dic.-94	1.24643	mar.-95	\$ 59.798.569	22.586.348
		1.20272	ene.-95				
\$ 51.086.514	acta 15	1.20272	ene.-95	1.25038	abr.-95	\$ 63.097.087	12.010.573
\$ 49.827.623	acta 16	1.20272	ene.-95	1.25782	may.-95	\$ 57.050.184	7.222.561
		1.23282	feb.-95				
\$ 41.062.592	acta 17	1.23282	feb.-95	1.27778	jun.-95	\$ 48.752.193	7.689.601
		1.24643	mar.-95				
\$ 75.514.603	acta 18	1.24643	mar.-95	1.29134	jul.-95	\$ 93.879.336	18.364.732
		1.25038	abr.-95				
						Total	\$ 104.054.248

3.3.1.5. El tribunal no reconocerá los costos financieros asumidos por el contratista durante la ejecución del contrato, a pesar de que aparece en el dictamen pericial contable que el contratista asumió créditos de distinta índole y los registró en su contabilidad en el centro de costos 03. Lo anterior porque no proceden costos de financiación como perjuicios derivados del no pago de una obligación dineraria en los casos en que se reconozcan intereses moratorios, tema que se analizará más adelante. Además, no se probó en el proceso el nexo causal entre la mayor permanencia en obra o la deficiente liquidación de reajustes y la contratación de los créditos mencionados, por lo cual sería también imposible formular condena al respecto.

Sobre el tema en estudio se pronunció el Consejo de Estado en sentencia de diciembre 12 de 1996 expediente 9964 C. ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo, al prescribir: “No proceden costos de financiación como perjuicios derivados del no pago de una obligación dineraria a cargo de la contratante, no propiamente porque ellos no aparezcan probados, sino porque la mora en el cumplimiento de este tipo de obligaciones solo puede traer como consecuencia el pago de intereses, que precisamente se deben a título de perjuicio presumido por la ley por el incumplimiento en su pago. La ley determina que el no pago oportuno de una suma de dinero genera como perjuicios intereses moratorios, que ella misma regula en especial frente al límite de sus tasas; cobrar otro tipo de perjuicios por el mismo incumplimiento implicaría no solo condenar al incumplido a pagar los perjuicios presumidos y los causados y probados dentro del proceso, sino desconocer los límites de las tasas fijadas en la ley” (Revista Jurisprudencia y Doctrina, T. XXVI, 303, pág. 279).

3.4. Pretensión cuarta y subsidiarias

Actualización e intereses

Teniendo en cuenta que en la demanda se encuentran solicitudes sobre estos dos conceptos, el tribunal con base en las indemnizaciones reconocidas a favor del contratista y a cargo del fondo procede a examinarlas a la luz de las disposiciones vigentes sobre la materia, así:

3.4.1. Actualización

De conformidad con lo previsto en el artículo 4° numeral 8° y artículo 5° numeral 1° de la Ley 80 de 1993, se actualizarán las sumas de dinero que representan el resarcimiento de los perjuicios causados por el fondo a ACEI según las consideraciones antes consignadas, actualizándolas al momento del laudo para mantener su valor presente desde la fecha de la ocurrencia del daño, así:

— El valor del concepto “administración”, se actualizará con el IPC correspondiente, a partir de febrero de 1994, fecha del acta de iniciación del contrato, hasta el 30 de abril 1999, fecha del último índice de precios del

consumidor certificado por el DANE, antes de la fecha del laudo; para el caso de la suma a reconocerse por el concepto de los “ajustes deficientes en las actas de obra”, las diferencias no pagadas se actualizarán desde la fecha de cada una de las actas, hasta el 30 de abril de 1999. Las operaciones anteriores se ilustran en los siguientes cuadros:

Administración		
IPC, feb./94, (acta iniciación del contrato)	43.711783800	
IPC, abr./99 (último índice antes del laudo)	105.742200000	
Valor actualización administración		\$ 72.022.995

Actualización a diferencia por reajuste actas				
Actas	Diferencia valor pagado y valor calculado	IPC (DANE Nal.) Fecha acta	IPC (DANE Nal.) Abril/99	Valor actualización de la diferencia por reajuste actas
Acta 10	\$ 765.959	49.36710	105.7422	\$ 874.692
Acta 11	4.194.064	50.10443	105.7422	4.657.241
Acta 12	14.293.755	51.03042	105.7422	15.324.913
Acta 13	16.926.654	52.83083	105.7422	16.952.459
Acta 14	22.586.348	54.21479	105.7422	21.466.762
Acta 15	12.010.573	55.42639	105.7422	10.903.142
Acta 16	7.222.561	56.34609	105.7422	6.331.698
Acta 17	7.689.601	57.02675	105.7422	6.568.889
Acta 18	18.364.732	57.47087	105.7422	15.425.031
	\$ 104.054.248	Total		\$ 98.504.826

3.4.2. Intereses

Atendiendo a los criterios consagrados en el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, el tribunal ordena el pago de intereses legales a la tasa del 6% para las sumas actualizadas correspondientes al rubro de “administración”, calculados a partir de la fecha del acta de liquidación final del contrato, diciembre 19 de 1996; para el caso de la suma a reconocerse por el concepto de “aplicación deficiente de los ajustes en las actas de obra”, y siendo consecuente con la declaratoria de incumplimiento contractual el tribunal ordena el pago de intereses moratorios a la tasa del 12%, liquidados sobre el valor de cada una de las actas reajustadas, a partir de la fecha de las mismas y hasta la fecha del laudo, todo ello teniendo en cuenta que el artículo 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993 remite al interés legal civil, regulado por el artículo 1617 del Código Civil, el cual lo fija en el 6% anual; los cálculos correspondientes aparecen en los siguientes cuadros:

Intereses del 6%		
Fecha acta de liquidación final	dic. 19./96	
Fecha del laudo	mayo 14/99	
Interés técnico 12 anual		1.6666667%
Días (año 365) entre fechas		876
Valor intereses del 6% sobre la base de \$		\$ 10.761.351.80

50.753.385.03		
Base para el cálculo de intereses del 6%:		
“ • IPC fecha acta de liquidación:	72.8114	
• IPC fecha de abr./99:	105.7422	
Valor liquidación “Administración a la fecha del acta de liquidación”		\$ 73.707.889

Liquidación intereses del 12% anual a la diferencia por reajuste actas				
		Liquidación intereses		
Acta	Diferencia valor pagado y valor calculado	Fecha acta	Fecha laudo	Valor intereses
Acta 10	\$ 765.959	30-nov.-94	14-mayo 99	\$ 415.149.62
Acta 11	4.194.064	31-dic.-94	14-mayo 99	2.229.844.04
Acta 12	14.293.755	31-ene.-95	14-mayo 99	7.451.811.09
Acta 13	16.926.654	28-feb.-95	14-mayo 99	8.666.447.01
Acta 14	22.586.348	31-mar.-95	14-mayo 99	11.330.818.09
Acta 15	12.010.573	30-abr.-95	14-mayo 99	5.905.198.18
Acta 16	7.222.561	31-may.-95	14-mayo 99	3.476.459.49
Acta 17	7.689.601	30-jun.-95	14-mayo 99	3.624.365.25
acta 18	18.364.732	31-jul.-95	14-mayo 99	8.466.141.61
	\$ 104.054.248	Total		\$ 51.566.234.00

3.4.3. Con estas decisiones el tribunal está acogiendo la segunda pretensión subsidiaria a la pretensión cuarta, por encuadrar en las citadas normas, cuyo alcance es el aplicable al caso, evento que no ocurre con las demás que se estudian y que por tanto serán negadas en este laudo.

3.5. Pretensión quinta

3.5.1. Tal como ha sido planteada en la demanda

Esta pretensión ha sido formulada en la demanda en los siguientes términos:

“Pretensión quinta. Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º, —num. 3º, inc. 2º— en concordancia con los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, se declare la nulidad absoluta del numeral 2º del acta de acuerdo suscrita el 14 de julio de 1995 (num. 44, num. 9.1 del cap. de pbas.), que expresa:

“2. La firma constructora ACEI renuncia a cualquier reclamación contra el Fondo Nacional de Ahorro por concepto de los sobrecostos en que la firma constructora pueda incurrir durante el plazo adicionalmente pactado en esta acta comprendido entre el 7 de agosto de 1995 y el 15 de septiembre de 1995.

Con base en el análisis ya consignado en este laudo, este tribunal se declaró incompetente para decidir sobre esta pretensión en cuya formulación, por lo demás, no se concretó entre las muchas causales de nulidad absoluta que por virtud del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 pueden llegar a afectar los contratos administrativos, cual era predicable del acuerdo de 14 de julio, en la parte pertinente. Tampoco se allegó al proceso prueba alguna de la ocurrencia de ninguna de las causales aludidas.

3.8. Pretensión sexta

3.6.1. Tal como ha sido planteada en la demanda

Esta pretensión ha sido formulada en la demanda en los siguientes términos:

“Pretensión sexta. Que el Fondo Nacional de Ahorro debe dar cumplimiento al laudo arbitral dentro de un término no mayor a treinta (30) días, contados a partir de la fecha de su ejecutoria”.

Se trata de una manifestación de voluntad de la parte demandante, sin argumentación jurídica alguna, contestada por el fondo de la misma manera, mediante la oposición genérica sobre todas las pretensiones al responder la demanda; esta pretensión la acoge el tribunal con base en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

3.7. Pretensión séptima

3.7.1. Tal como ha sido planteada en la demanda

Esta pretensión ha sido formulada en la demanda en los siguientes términos:

“Pretensión séptima. Que a partir de la ejecutoria del laudo arbitral, se condene al Fondo Nacional de Ahorro a pagar en favor de mi poderdante intereses comerciales durante los primeros seis meses y moratorios a partir de entonces, sobre las sumas líquidas objeto de las condenas establecidas en el mismo”.

Como se afirmó en la parte motiva de este laudo, esta pretensión es consecuencia directa del inciso final del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo. No obstante, es importante anotar que el demandante no se refirió ni en los fundamentos de derecho, ni en la propia pretensión a esta disposición. Ahora bien, la Corte Constitucional en Sentencia 188199 de 24 de marzo de 1999, con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández, declaró la inexecutable parcial de esta norma, por considerarla discriminatoria de los particulares frente a las entidades públicas.

No obstante esta declaratoria parcial de inexecutable, el tribunal accede a esta pretensión por entender que las partes, en este caso, pueden prever un término más amplio del legalmente establecido para efectos de empezar a contar la mora en el cumplimiento del fallo. Igualmente, motiva la declaración del tribunal el que la pretensión no se hubiese presentado limitándose a relacionarla con la norma.

3.8. Pretensión octava

3.8.1. Tal como ha sido planteada en la demanda

Esta pretensión ha sido formulada en la demanda en los siguientes términos:

“Pretensión octava. Que se condene al Fondo Nacional de Ahorro al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho”.

3.8.1.1. El artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, con la reforma que a esta norma le hizo el texto 55 de la Ley 446 de 1998, junto con el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, son las disposiciones que contienen los lineamientos para las condenas en costas para los litigantes vencidos. Ellos se refieren a la prosperidad total o parcial de las pretensiones y de las excepciones y a la conducta asumida por las partes dentro del proceso como indicadores para el monto de tales condenas; en el presente caso, como se vio en la parte motiva del laudo, prosperarán parcialmente las pretensiones de la demanda y en la misma forma las excepciones propuestas por el fondo, razón suficiente para que el tribunal se abstenga de condenar en costas a las partes procesales, asumiendo cada una los costos ya pagados del proceso.

4. Las excepciones de mérito propuestas

Como lo dejó indicado el tribunal en el punto 3.2 del capítulo primero de este laudo referido al desarrollo inicial de la relación procesal en la contestación la demanda, el fondo propuso las excepciones de mérito que denominó:

1. Inexistencia del derecho pretendido y alegado por el autor.

2. Cumplimiento por parte del fondo de sus obligaciones contractuales derivadas del contrato inicial y de los adicionales.
3. Inexistencia de la teoría de la imprevisión, culpa y mala fe del contratista.
4. Las demás que resulten probadas y cuya declaración sea oficiosa.

Una vez definidas como están las pretensiones de ACEI, corresponde al tribunal analizar estos medios defensivos para que el laudo tenga la congruencia o consonancia necesaria ordenada por el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

4.1. Al haber resuelto el tribunal la prosperidad parcial de la pretensión primera de la demanda, por considerar demostrada la demora en el suministro de ladrillo, no imputable al contratista, la cual tuvo como consecuencia la alteración del equilibrio económico del contrato y por reconocer el ajuste impropio del valor de algunas de las actas de obra del contrato por parte del fondo, lo que es calificado en esta providencia como incumplimiento de aquel, las dos primeras excepciones de mérito planteadas, deberán denegarse en la parte resolutive de este laudo.

4.2. Con relación a la excepción denominada “inexistencia de la teoría de la imprevisión, culpa y mala fe del contratista”, el tribunal analiza por separado los tres conceptos así:

4.2.1. Al tratar el aspecto de la ejecución contractual contenido en el literal b) de la pretensión primera de la demanda (3.1.2.3.7), el tribunal examinó la imprevisibilidad alegada por el demandante y cuya oposición se estudia; allí concluyó que la situación del suministro de ladrillo resultó inmanejable tanto para el fondo como para el contratista, y además que fue para esta última ajena, por cuanto el producto requería de unas características especiales que no podían ser satisfechas sino por Ladrillera Santafé. Así las cosas, el tribunal halló esa situación como imprevista dentro del contexto del contrato; por ello, la excepción planteada frente a este primer concepto no habrá de prosperar.

4.2.2. Al tratar el aspecto de la ejecución contractual contenido en el literal a) de la pretensión primera de la demanda, el tribunal examinó la conducta del contratista referida a su actuación en el tratamiento de las aguas del terreno sobre el cual debían llevarse a cabo las obras contratadas, para concluir (3.1.2.2.7) que las variaciones al nivel freático que enfrentó el contratista fueron previsibles por razón de su experiencia, la cual a su vez fue determinante en la adjudicación de la licitación y que, de acuerdo con las pruebas practicadas en el proceso, ACEI manejó deficientemente las aguas, lo mismo que, por las razones allí analizadas le son imputables las dificultades técnicas que debió solucionar para la construcción de un muro de contención; en consecuencia, se reconocerá la prosperidad de esta excepción en lo relativo a la culpa del contratista en los hechos que sustentan la reclamación contenida en el literal aquí analizado. También el tribunal analizó la conducta del contratista en la reclamación referente a los puntos hidráulicos de agua caliente y concluyó que los hechos alegados fueron omisiones a él imputables; por tanto también en este punto prosperará la excepción de culpa.

4.2.3. En cuanto se refiere al elemento de la mala fe contenido en la excepción que se estudia, cabe destacar en primer término, que al igual que todas las excepciones planteadas por el fondo no fue estructurada de manera puntual. Del análisis de la conducta contractual de ACEI a través de los informes de interventoría y de las actas de comité de obra, se concluye que la actitud del contratista en ningún momento fue la de engañar o inducir a error al fondo en sus actuaciones durante el curso de la relación contractual; por lo anterior este aspecto de la excepción que se analiza no será tenido en cuenta por el tribunal.

4.3. En conclusión, la excepción numerada como tres, se declarará parcialmente probada en la parte resolutive de este laudo.

5. Parte resolutive

En mérito de todas las consideraciones precedentes, este Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar no probadas las objeciones por error grave formuladas al dictamen pericial técnico, lo mismo que las tachas formuladas a los testigos por la sociedad Arquitectos, Constructores e Interventores Ltda., ACEI Ltda.
2. Declarar que en el desarrollo del contrato de obra pública 005 del 27 de diciembre de 1994, celebrado entre el Fondo Nacional de Ahorro y la sociedad “Arquitectos, Constructores e Interventores Ltda., ACEI Ltda.”, se presentó una imprevista e imprevisible demora en el suministro de ladrillo no imputable al contratista que creó una situación de mayor onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista y alteró el equilibrio económico del contrato.
3. Declarar que el Fondo Nacional de Ahorro ajustó deficientemente el valor de las obras ejecutadas a que se refiere el capítulo 2.7.3 de la demanda, circunstancia que alteró el equilibrio económico del contrato y que constituyó adicionalmente incumplimiento del mismo por parte del Fondo Nacional de Ahorro.
4. Condenar al Fondo Nacional de Ahorro, como consecuencia de las declaraciones anteriores, a pagar a la sociedad Arquitectos, Constructores e Interventores, ACEI, Ltda., las siguientes sumas de dinero, las cuales contienen los intereses y actualización según las motivaciones correspondientes:
 - Ciento treinta y tres millones quinientos treinta y siete mil setecientos treinta y dos pesos (\$ 133.537.732) moneda legal colombiana, por concepto de la mayor permanencia en la obra causada por la demora en el suministro de ladrillo.
 - Doscientos cincuenta y cuatro millones, ciento veinticinco mil trescientos ocho pesos (\$ 254.125.308) moneda legal colombiana, por concepto de ajuste deficiente del valor de las actas de obra ejecutada.
5. Abstenerse de pronunciarse sobre la pretensión quinta de la demanda, por carecer de competencia para ello.
6. Ordenar al Fondo Nacional de Ahorro dar cumplimiento al presente laudo en un término no mayor a treinta (30) días contados a partir de la fecha de su ejecutoria.
7. Declarar no probadas todas las demás pretensiones de la demanda.
8. Declarar probada la culpa del contratista en lo referente al literal a) de la pretensión primera de la demanda y en lo referente a los puntos hidráulicos de agua caliente. Declarar no probadas las demás excepciones de mérito propuestas por el Fondo Nacional de Ahorro.
9. Expedir copias auténticas de la presente providencia con destino a las partes y a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.
10. No condenar en costas.
11. Protocolizar el expediente en una de las notarías del Círculo de Santafé de Bogotá.

Notifíquese,

De la providencia leída quedaron notificados en audiencia los señores apoderados de las partes a quienes se les entregó sendas copias del laudo arbitral por secretaría.

El tribunal fijó la fecha del veinticinco (25) de mayo de 1999 a las tres de la tarde (3:00 p.m.), para la audiencia en que se resolverán las solicitudes de las partes de aclaraciones, adiciones y correcciones aritméticas al laudo arbitral, si las hubiere; de esta decisión quedaron notificados en audiencia los apoderados de las partes.

Acta 31

Contrato administrativo 005 de obra pública de enero 27 de 1994 y sus adicionales 076 de diciembre 27 de 1994 y 032 de julio 28 de 1995.

En Santafé de Bogotá, D.C., a las tres de la tarde (3:00 p.m.) del día veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999), fecha y hora señalados en la audiencia de fallo (mayo 14/99), se reunieron en la sede del

tribunal, la doctora Adelaida Ángel Zea, quien preside, los doctores Pilar Salazar Camacho y Jaime Vidal Perdomo, árbitros y la suscrita secretaria, María Cristina Morales de Barrios, con el fin de llevar a cabo la audiencia para decidir las aclaraciones, correcciones por error aritmético y complementaciones al laudo arbitral. Asistieron los doctores Eduardo Fonseca Prada, apoderado de ACEI Ltda., y Ramiro Bejarano Guzmán, apoderado del Fondo Nacional de Ahorro.

Abierta la audiencia, la secretaria informó sobre el recibo el 21 de mayo de un memorial del señor apoderado del fondo y el 24 de mayo de uno del señor apoderado de ACEI, contentivos de solicitudes de aclaraciones y adición al laudo arbitral, los cuales fueron leídos.

A continuación el tribunal procedió a decidir las solicitudes de aclaración y adición al laudo, presentadas por los señores apoderados de las partes dentro del término legal. Para tal efecto:

CONSIDERA:

En su memorial, el señor apoderado del fondo solicita se aclare el laudo en el sentido “de indicar si los pedimentos de los numerales d), e) y f), de la pretensión primera no prosperaron fue en virtud de que el contratista no probó tener derecho a los mismos o no acreditó los presupuestos de la teoría de la imprevisión, o ambas cosas”, con indicación de la razón por la cual se declararon no probadas las pretensiones correspondientes, en lugar de reconocer respecto de ellas las excepciones de mérito propuestas por el fondo “denominadas “inexistencia del derecho pretendido y alegado por el actor” e “inexistencia de la teoría de la imprevisión””. En subsidio, en el mismo escrito el fondo pide la adición del laudo para declarar probadas las excepciones de mérito a que se viene haciendo referencia, en cuanto concierne a los literales d, e y f de la pretensión primera.

Para el señor apoderado del fondo los aspectos a los que hace referencia en su memorial afectan la congruencia del laudo.

El tribunal analiza las solicitudes así formuladas a la luz de los artículos 305, 306, 309 y 311 del Código de Procedimiento Civil y concluye:

1.1. La aclaración de las sentencias solo procede cuando frases o conceptos de la parte resolutive ofrezcan duda, o cuando, a pesar de estar contenidas fuera de ella, la afecten. El memorialista enuncia mas no explica, cuál es la influencia que las omisiones por él anotadas tienen sobre las declaraciones y condenas contenidas en la parte resolutive del laudo.

1.2. No encuentra el tribunal fundamento para esta petición, teniendo en cuenta que el laudo en el numeral octavo de la parte resolutive declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por el fondo, al tiempo que en el séptimo se pronunció en idéntico sentido en cuanto a las pretensiones que no prosperaron. Al respecto se recuerda que el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil obliga al juez a expresar en la sentencia cuáles excepciones aparecen probadas, o sea cuáles hechos alegados por la parte demandada como enervantes de las pretensiones de la demanda se demostraron en el proceso.

La “inexistencia del derecho pretendido y alegado por el actor” e “inexistencia de la teoría de la imprevisión”, corresponden al universo de los no hechos y por lo tanto la carga de la prueba, en este caso, correspondió al actor y no al excepcionante. A ello hay que agregar que los argumentos del fondo al respecto constituyen, más que una excepción de mérito, fundamentos de derecho, dentro de la distinción que formulan los artículos 144 del Código Contencioso Administrativo y 92 del Código de Procedimiento Civil.

1.3. Finalmente, frente a la preocupación del fondo sobre la congruencia del laudo por no hacer un pronunciamiento expreso sobre todas y cada uno de las excepciones en la parte resolutive del laudo, el tribunal acoge la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, la cual puede resumirse así:

“4. Empero, en lo atinente al pronunciamiento de las excepciones, conviene observar que no en todo evento en el que el fallador de manera expresa no se pronuncia sobre ellas, tal hecho conduzca inexorablemente a configurar un *verroin procedendo* en la modalidad de *rninima petita*. Porque, según el fuerte vínculo jurídico que existe entre la pretensión y la excepción, es fácil observar que decidida la primera ha quedado igualmente resuelta la segunda.”

(Sent. dic. 11/78, M.P. Alberto Ospina Botero).

1.4. Por las razones expuestas, este tribunal niega la solicitudes principal de aclaración y subsidiaria de adición que formulara el fondo.

2. Por su parte el señor apoderado ACEI solicita se aclare el laudo en el punto relacionado con el pago de intereses que se causen respecto del pago de las condenas a las que se refiere el laudo; como fundamento de su petición cita la decisión contenida en la Sentencia C-188 de 1999.

El tribunal no encuentra que la solicitud de ACEI cumpla los ya mencionados requisitos para que se proceda a aclarar el laudo y reitera lo expuesto en la parte motiva del mismo, con la advertencia de que lo allí decidido encuentra total respaldo en el texto de la misma providencia y en la naturaleza eminentemente económica del derecho a recibir intereses de que trata el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

3. Empero, el tribunal advierte que en la parte resolutive del laudo no aparece la decisión correspondiente a la pretensión séptima de la demanda, cuyo análisis y definición fue abocado en sus considerandos (laudo pág. 69). En consecuencia, mediante providencia separada, de oficio, procederá a la adición correspondiente.

Por las razones anteriores el tribunal resuelve negar las solicitudes de los señores apoderados y adiciona de oficio el laudo arbitral.

Notifíquese

De la providencia anterior quedaron notificados los señores apoderados de las partes.

A continuación el tribunal, con base en el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, dictó el laudo complementario:

Laudo complementario

Santafé de Bogotá, mayo veinticinco (25) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

El Tribunal de Arbitramento, de oficio adiciona la parte resolutive del laudo arbitral proferido el 14 de mayo de 1999, así:

(...).

12. Las condenas dispuestas en este laudo arbitral a cargo del Fondo Nacional de Ahorro y a favor de Arquitectos Constructores e Interventores Ltda., ACEI Ltda., causarán intereses comerciales durante los seis (6) primeros meses a partir de la ejecutoria del laudo arbitral y moratorios a partir de entonces.

Notifíquese.

Del laudo complementario anterior quedaron notificados los apoderados de las partes.

Para constancia se firmó el acta por quienes intervinieron en la audiencia.

Constancia secretarial

El laudo arbitral proferido el 14 de mayo de 1999, junto con la providencia que resolvió las aclaraciones el 25 de agosto de 1999 y el laudo complementario de la misma fecha, se encuentran debidamente ejecutoriados.
