TRIBUNAL DE ARBITRAJE

DE:

CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A., CONFASE S.A.

CONTRA

INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU-

Y EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil quince (2015).

Surtidas todas las actuaciones procesales para la instrucción del trámite y en la fecha señalada para la Audiencia de Fallo, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo conclusivo del proceso, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

I. ANTECEDENTES

1. PARTES Y REPRESENTANTES

La parte convocante es **CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. - CONFASE S.A.-** , sociedad constituida el 26 de diciembre de 2007 mediante escritura pública No. 3648 otorgada en la Notaría Veinticinco de Bogotá, con domicilio principal en esta ciudad, representada legalmente al momento de presentar la demanda por el señor **Oscar Antonio Ramírez Franco**, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá[1], y por su apoderado judicial, de acuerdo con el poder que obra en el expediente, a quien se le reconoció personería para actuar.[2]

La parte convocada en este Trámite Arbitral está conformada por las siguientes entidades:

(i) **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU**, establecimiento público del orden distrital, constituido por medio del Acuerdo 19 de 1972, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, representado legalmente por el señor **Harold Chaux Campos**, en su calidad de Director Técnico Código 009, Grado 05, según Resolución No. 2366 del 27 de agosto de 2012[3]. y por su

[1] Folios 70 y 72 del C. Principal No. 1.
[2] Folios 69 y 263 del C. Principal No. 1.
[3] Folio No. 118 del C. Principal No. 1

apoderado judicial, acuerdo con el poder que obra en el expediente, a quien se le reconoció personería para actuar.[4]

(ii) **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**, constituida el 13 de octubre de 1999 mediante escritura pública No. 1528 otorgada en la Notaría Veintisiete de Bogotá, con domicilio principal en esta ciudad, representada legalmente por el señor **Ernesto Cadena Rojas**, en su calidad de Subgerente Jurídico Código 090, Grado 03, según Resolución No. 0381 del 20 de septiembre de 2012 y Resolución 276 de 10 de julio de 2012[5] y por su apoderado judicial, acuerdo con el poder que obra en el expediente, a quien se le reconoció personería para actuar.[6]

2. EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral se encuentra en la cláusula 21.3 del *"CONTRATO DE OBRA No. 136 de 2007 CELEBRADO ENTRE EL INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. Y CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A.",* de fecha 28 de diciembre de 2007, que a la letra dispone:

> "21.3. Arbitramento
>
> "Las divergencias que surjan con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del Contrato, se solucionarán a través de un Tribunal de Arbitramento integrado para el efecto por 3 árbitros, designados de común acuerdo.
>
> "En caso de no haber acuerdo en la selección de árbitros, la designación se hará por medio de un sorteo en presencia del Director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, de una lista de 10 personas, integrada por cinco propuestos por cada parte. El procedimiento será el que la ley establece para estos efectos y el Domicilio será la Ciudad de Bogotá.
>
> "El laudo arbitral será definitivo y vinculante para las Partes, de forma que se podrá impetrar decisión jurisdiccional de cumplimiento del laudo en cualquier corte con jurisdicción sobre la Parte que incumpliere.
>
> "La solución de controversias por medio de Arreglo Directo, Perito para Aspectos Técnicos, Arbitramento o cualquier otro mecanismo no suspenderá la ejecución del Contrato, salvo aquellos aspectos cuya ejecución dependa necesariamente de la solución de la controversia."[7]

3. TRÁMITE ARBITRAL

1. El 19 de febrero de 2013, con fundamento en la cláusula compromisoria citada, la parte demandante presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de

[4] Folios 101 a 102 y 263 del C. Principal No. 1.
[5] Folios 105 y 113 del C. Principal No. 1.
[6] Folios 104 y 263 del C. Principal No. 1.
[7] Folio 96 C. de Pruebas No. 2

la Cámara de Comercio de Bogotá la solicitud de convocatoria de un Tribunal Arbitral para dirimir las diferencias existentes con Instituto de Desarrollo Urbano – IDU- y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A.[8]

2. En reunión de designación de árbitros celebrada el 3 de abril de 2013 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación, las partes de común acuerdo seleccionaron árbitros[9], quienes informados de su nombramiento, aceptaron en la debida oportunidad.

3. El 22 de mayo de 2013, la parte demandante radicó un escrito de sustitución de la demanda inicial con sus respectivos anexos.[10]

4. En esa misma oportunidad se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal (Acta No. 1),[11] en la que se designó Presidente y mediante Auto No. 1 se adoptaron las siguientes decisiones: (i) El Tribunal se declaró legalmente instalado; (ii) nombró Secretaria, quien posteriormente aceptó la designación y tomó posesión de su cargo ante el Presidente del Tribunal; (iii) fijó como lugar de funcionamiento y Secretaría la sede Salitre del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; (iv) reconoció personería a los apoderados de las partes.

De otro lado, mediante Auto No. 2, el Tribunal admitió la sustitución de la demanda y ordenó notificar y correr traslado de la misma por el término de 20 días a la parte demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, notificación que se surtió a la parte demandada y al Ministerio Público en la misma fecha.

5. El 6 de junio de 2013, por correo certificado se puso en conocimiento de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la existencia de este trámite arbitral, para lo cual se le remitió copia de la demanda arbitral junto con sus anexos y del auto admisorio de la misma. Así mismo, vía correo electrónico se le remitió copia de la demanda y del correspondiente auto admisorio. En correo electrónico del 12 de junio de 2013, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado acusó recibo de la información remitida.[12]

6. El 16 de agosto de 2013[13] el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- radicó ante el Tribunal su contestación de la demanda.

7. El 20 de agosto de 2013[14] la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A. remitió vía correo electrónico, su escrito de contestación de la demanda.

[8] Folios 1 a 68 C. Principal No. 1.
[9] Folios 158 y 159 del C. Principal No. 1.
[10] Folios 222 a 262 del C. Principal No. 1.
[11] Folios 262 a 265 del C. Principal No. 1.
[12] Folios 298 y 300 del C. principal No. 1.
[13] Folios 302 a 357 del C. Principal No. 1.
[14] Folios 358 a 407 C. Principal No. 1.

8. El 22 de agosto de 2013, se fijó en lista el traslado de las excepciones propuestas en las contestaciones de la demanda y mediante escrito radicado el 29 de agosto de 2013, la parte demandante se pronunció sobre las mismas, solicitando la práctica de pruebas adicionales[15].

9. El 9 de septiembre de 2013[16], la parte demandante presentó reforma de la demanda, la cual fue admitida por el Tribunal el 16 de septiembre de 2013, mediante Auto No. 3 (Acta No. 2) [17], en el que se ordenó correr el traslado correspondiente.

10. El 15 de octubre de 2013, dentro de la oportunidad de ley, las entidades convocadas presentaron sus respectivos escritos de contestación de la demanda reformada.[18],[19]

11. El 16 de octubre de 2013[20], estando dentro del término, el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- radicó un escrito de llamamiento en garantía a las sociedades La Vialidad Ltda., Civiltec Ingenieros Ltda., A.C.I. Proyectos S.A. y Euroestudios S.L.

12. El 22 de octubre de 2013, se fijó en lista el traslado de las excepciones propuestas en los escritos de contestación de la reforma de la demanda presentados por las entidades demandadas. Mediante escrito radicado el 28 de octubre de 2013[21], la parte convocante descorrió el traslado y solicitó la práctica de pruebas adicionales.

13. El 9 de diciembre de 2013 (Acta No. 5), se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual, mediante Auto No. 6, se declaró agotada y concluida por no haberse logrado acuerdo conciliatorio alguno. En esa misma fecha, mediante Auto No. 7, el Tribunal fijó los honorarios y gastos del proceso, sumas que en su totalidad fueron pagadas por la parte demandante.[22] No obstante lo anterior, el 19 de mayo de 2014 la parte demandada Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A. remitió al Tribunal los soportes del reembolso a la parte demandante del 50% de los honorarios y gastos del proceso. De su lado la parte convocada IDU también hizo el reembolso del monto que le correspondía.

14. El 5 de febrero de 2014, por Auto No. 10 (Acta No. 8)[23], el Tribunal inadmitió el llamamiento en garantía formulado respecto de la sociedad Euroestudios S.L. y le otorgó al IDU un plazo de cinco días hábiles para su subsanación, término dentro del cual el llamamiento fue subsanado.[24]

---

[15] Folios 409 a 442 del C. Principal No. 1.
[16] Folios 18 a 74 del C. Principal No. 2.
[17] Folios 93 del C. Principal No. 2.
[18] Folios 157 a 213 del C. Principal No. 2.
[19] Folios 214 a 268 del C. Principal No. 2.
[20] Folios 269 a 271 del C. Principal No. 2.
[21] Folios 283 a 323 del C. Principal No. 2.
[22] Folios 333 a 342 del C. Principal No. 2.
[23] Folios 359 a 364 del C. Principal No. 2.
[24] Folios 365 a 398 del C. Principal No. 2.

15. Mediante Auto No. 11 (Acta No. 7)[25] de fecha 21 de febrero de 2014, el Tribunal, previas las consideraciones del caso, admitió el llamamiento en garantía formulado contra las sociedades La Vialidad Ltda., Civiltec Ingenieros Ltda., A.C.I. Proyectos S.A. y Euroestudios S.L. y ordenó su correspondiente citación.

De conformidad con el art. 56 del C.P.C., el proceso se suspendió hasta que se surtiera la citación a los llamados en garantía y venciera el término para su comparecencia.

16. Mediante sendas comunicaciones radicadas entre el 21 de marzo y el 1 de abril de 2014, las sociedades llamadas en garantía manifestaron no adherir al pacto arbitral.[26]

17. Ante la anterior actuación, por Auto No. 12 (Acta No. 9)[27] de fecha 9 de abril de 2014, previas las consideraciones del caso, el Tribunal ordenó que continuara el trámite arbitral en los términos de ley, sin la intervención de tales sociedades.

18. La anterior providencia fue objeto de recurso de reposición por el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- del cual se corrió traslado a la parte convocante quien se pronunció oponiéndose a su prosperidad. Por Auto No. 13 (Acta No. 10)[28] de fecha 30 de abril de 2014, el Tribunal confirmó la providencia recurrida.

19. El 5 de febrero de 2014 se dio inicio a la Primera Audiencia de Trámite, en la que, previo cumplimiento de los pasos establecidos en la ley, el Tribunal, mediante Auto No. 9 se declaró competente para conocer y resolver en derecho, el litigio sometido a su conocimiento. La audiencia se suspendió para dar curso al trámite de los llamamientos en garantía formulados por la parte convocada IDU, y se reanudó el 30 de abril de 2014, oportunidad en la que el Tribunal decretó las pruebas del proceso.

20. Mediante Auto No. 14 del 30 de abril de 2014 el Tribunal decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron como se indica a continuación.[29]

20.1 **Pruebas Documentales**

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una correspondiera, los documentos aportados por las partes en las oportunidades procesales establecidas en la ley, y también se incorporaron al expediente los documentos remitidos en respuesta a los oficios librados, los entregados por algunos de los testigos, así como aquellos enviados por uno de los expertos a solicitud del Tribunal formulada en el curso de su declaración.

[25] Folios 380 a 383 del C. Principal No. 2.
[26] Folios 464 a 468 y 483 a 484 del C. Principal No. 2.
[27] Folios 2 a 3 del C. Principal No. 3.
[28] Folios 22 a 26 del C. Principal No. 3.
[29] Folios 27 a 34 del C. Principal No. 3.

20.2 **Testimonios y declaración de parte**

En audiencias celebradas entre el 12 de junio y el 13 de agosto de 2014 se recibieron los testimonios y las declaraciones de parte de las personas que se indican a continuación. Las correspondientes transcripciones fueron entregadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporaron al expediente, luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del C.P.C.

- El 12 de junio de 2014[30] se recibió el testimonio de la señora Valentina Botero.

- El 17 de junio de 2014[31] se recibió el testimonio del señor Gregorio Pablo Augusto Rentería, testimonio que fue tachado por sospecha por la parte convocada Transmilenio.

- El 26 de junio de 2014[32] se recibieron los testimonios de los señores Pablo Emilio Morales Torres, testimonio que fue tachado por sospecha por la parte convocante- y Claudia Tatiana Ramos Bermúdez, cuyo testimonio fue tachado por sospecha por la parte convocada Transmilenio.

- El 2 de julio de 2014[33] se recibió el testimonio del señor Guillermo Otero Preciado.

- El 11 de agosto de 2014[34] se recibieron los testimonios de los señores Gloria Inés Cardona y Antonio Ricardo Postarini Herrera.

- El 12 de agosto de 2014[35] se recibieron los testimonios de los señores Miguel Ángel Botero Giraldo y Edgar Herrera Marciales.

- El 13 de agosto de 2014[36] se recibió la declaración de parte del señor Henry Guerrero García, representante legal de la Demandante, quien posteriormente dio respuesta a una pregunta formulada en la diligencia, que el Tribunal solicitó fuera contestada por escrito[37].

Luego de haber sido decretados, las partes desistieron de la práctica de los testimonios de los señores José Castillo y Danilo Rodríguez Castañeda.

Teniendo en cuenta que no obstante los esfuerzos desplegados para la citación de los testigos Edgar Gamboa Rivera, Claudia María Muñoz y Edwin Oswaldo Santiesteban en las diversas fechas que fijó el Tribunal fue imposible su comparecencia, el Tribunal consideró que los hechos que se querían acreditar con

[30] Folios 2 a 90 del C. de Pruebas No. 26.
[31] Folios 112 a 159 del C. Prince Pruebas No. 26.
[32] Folios 185 a 205 y 161 a 184 del C. de Pruebas No. 26.
[33] Folios 207 a 239 del C. de Pruebas No. 26.
[34] Folios 276 a 292 y 293 a 307 del C. de Pruebas No. 26.
[35] Folios 309 a 317 y 318 a 353 del C. de Pruebas No. 26.
[36] Folios 242 a 247 del C. de Pruebas No. 26.
[37] Folios 240, 248 a 251, C. de Pruebas No. 26.

dicha prueba testimonial estaban suficientemente esclarecidos, por lo que se prescindió de dichas declaraciones de acuerdo con lo previsto en el artículo 219 del C.P.C.

20.3 **Dictamen pericial y "experticias" de parte.**

20.1.1. El Tribunal decretó y practicó un dictamen pericial a solicitud de TRANSMILENIO a cargo de un perito contador con experiencia en obras, designó a la contadora pública **Gloria Zady Correa Palacio**[38], quien lo rindió oportunamente, surtiéndose su traslado a las partes. La convocante solicitó aclaración y complementación al mismo, la cual fue rendida en tiempo por la señora perito.[39]

20.1.2. El Tribunal tuvo como pruebas las experticias aportadas por la Parte Convocante con la demanda reformada a saber:

(i) La experticia elaborada por el Ingeniero Alfredo Malagón Bolaños, con el auxilio financiero de JEGA Acounting House Ltda. [40] El 2 de septiembre de 2014 el experto Alfredo Malagón Bolaños[41] compareció ante el Tribunal para rendir declaración en relación con el citado experticio. La trascripción de la declaración rendida fue entregada por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporó al expediente luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del C.P.C.

(ii) La experticia elaborada por el Contador Público Luís María Guijo. [42] El 2 de septiembre de 2014 el experto Luís María Guijo Roa[43] compareció ante el Tribunal para rendir declaración en relación con el citado experticio. La trascripción de la declaración rendida fue entregada por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporó al expediente luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del C.P.C.

20.1.4.- Respecto de todas las experticias antes relacionadas, la parte convocada no manifestó inconformidad ni tampoco cuestionó sus fundamentos y conclusiones, pero interrogó a los expertos en las diligencias respectivas.

20.4 **Oficios**

El Tribunal ordenó que por Secretaría se remitieran los siguientes oficios:

- Al Instituto de Desarrollo Urbano - IDU[44], para que remitiera copia auténtica de los siguientes documentos:

[38] Folios 392 a 444 del C. de Pruebas No. 14.
[39] Folios 452 a 460 del C. de Pruebas No. 14.
[40] C. de Pruebas No. 11 y 12.
[41] Folios 365 a 392 del C. de Pruebas No. 26.
[42] C. de Pruebas No. 13.
[43] Folio 355 a 364 del C. de Pruebas No. 26.
[44] C. de Pruebas No. 18, 19, 20, 21. 22, 23 y folios 1 a 202 del C. de Pruebas No. 24, 25.

- ✓ Los documentos y comunicaciones señalados en la demanda;
- ✓ El contrato IDU 136 de 2007, sus Otrosíes y todos los modificatorios,
- ✓ Todas las comunicaciones, oficios, memorandos y demás documentación correspondiente a las reclamaciones, entre ellas las que se presentan en la demanda.
- ✓ Todos los modificatorios, prórrogas, adiciones, otrosíes que se hayan suscrito entre esta Entidad y los contratistas de los contratos de obra IDU 134, 135 y 138 de 2007.
- ✓ El Convenio Interadministrativo entre el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- y la Sociedad para el Transporte del Tercer Mileno –TRANSMILENIO S.A.- del 20 de septiembre de 2001, así como sus modificatorios y otrosíes.
- ✓ Una Certificación acerca de los proponentes que se presentaron en el Grupo No. 4 de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007, y copia auténtica de la resolución y del contrato, expedidos y firmados como consecuencia de la misma.
- ✓ Copia auténtica de los documentos de la oferta presentada por la Constructora Bogotá Fase III S.A. – Confase S.A., dentro de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007, en particular de todos los que acreditan los contratos realizados, su experiencia técnica, profesional y la del personal que se ofreció junto con los soportes de su formación profesional.

- o A la Interventoría Consorcio IML[45], para que remitiera copia auténtica de todas las comunicaciones proferidas respecto de las controversias que se ventilan en este proceso.

- o Al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, Magistrado Ponente, Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio [46], para que remitiera con destino a este proceso copia del expediente de la Acción Popular de Ernesto Lleras Manrique y Otros contra el IDU, CONFASE S.A. y Otros.

- o Al Juzgado 27 Penal del Circuito de Bogotá[47], para que remitiera copia auténtica, con constancia de ejecutoria, de la sentencia proferida el 24 de agosto del año 2011 por el Juzgado 27 Penal del Circuito de Bogotá, contra el señor Inocencio Meléndez, dentro del Proceso Penal No. 11001600010220110028300.

Las correspondientes respuestas fueron remitidas al Tribunal y se incorporaron al expediente.

[45] Folios 55 a 56 del C. de Pruebas No. 14.
[46] C. de Pruebas No. 15, 16 y 17.
[47] Folios 203 a 228 del C. de Pruebas No. 24.

20.5 **Inspecciones Judiciales**

En uso de las facultades previstas en el artículo 244 del CPC, el Tribunal se abstuvo de decretar las inspecciones judiciales solicitadas por la parte convocante en el numeral 1.6 del acápite de pruebas de la demanda reformada, pues se consideró que con las pruebas practicadas no resultaban necesarias[48], determinación respecto de la cual las partes estuvieron de acuerdo.

21. Por encontrar que todas las pruebas decretadas fueron practicadas en forma oportuna y previa manifestación de las partes acerca de su conformidad con la actuación procesal desplegada, la duración del proceso, las suspensiones solicitadas y decretadas y la forma en que la totalidad de las pruebas fueron evacuadas, el 30 de septiembre de 2014 el Tribunal cerró el periodo probatorio y convocó a audiencia de alegatos de conclusión.

22. El 7 de noviembre de 2014 las partes presentaron sus alegatos de conclusión de manera oral y los correspondientes resúmenes escritos fueron incorporados al expediente.[49]

23. En esa misma oportunidad, el Tribunal concedió al Ministerio Público un plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de su concepto final y fijó fecha para la audiencia de lectura del presente laudo arbitral.

24. El 24 de noviembre de 2014 el señor agente del Ministerio Público presentó su concepto[50], documento que se incorporó al expediente.

25. El Tribunal señaló como fecha para proferir el laudo este día.

4. LA CONTROVERSIA

4.1. La Demanda

4.1.1. Pretensiones

La convocante solicita se declare la necesidad de ejecutar obras no previstas en la licitación pública y en el contrato por contradicciones y errores imputables al IDU en la información suministrada respecto de la vida útil del pavimento; el incumplimiento por la improcedencia de las decisiones negativas de los costos derivados del error en la alternativa de diseño de pavimento rígido y la metodología adoptada, y por lo tanto, se le reconozcan los respectivos mayores costos o, en subsidio, aplicando la metodología del IDU; declarar la falta de entrega por el IDU de diseños, estudios, planos de detalle e información técnica relacionada con la construcción de las

[48] Folios 228 del C. de Principal No. 3.
[49] Folios 261 a 485, 486 a 543 y 544 a 572 del C. Principal No. 3.
[50] Folio 573 a 725 del C. de Principal No. 3

obras del puente de la carrera quinta sobre la troncal Calle 26; la falta de previsión en el presupuesto del valor global de la licitación pública u otro documento, de algún valor para la construcción de obras en dicho puente, por lo cual, los diseños y el valor de las obras no se remuneraron con el valor global de construcción, ya que debió elaborar nuevos diseños y ejecutar obras no previstas por la autorización del IDU para cambiar el diseño geométrico de la Troncal de la Calle 26, cuyo costo no debe sufragar; el incumplimiento por improcedencia de las decisiones negativas de esos costos , y el reconocimiento de los mismos; declarar la falta de terminación del plazo de la etapa de construcción según estaba previsto el 16 de julio de 2010, extendiéndose en término adicional de 27.5 meses por causas ajenas, extrañas e inimputables y generándole mayor permanencia en su ejecución con ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato no compensada; el incumplimiento de la Contratante por improcedencia de sus decisiones negativas a reconocer los mayores costos hasta el 30 de octubre de 2012, sin implicar renuncia a reclamar los posteriores a esa fechas; y en consecuencia de la prosperidad de esas pretensiones, condenar a las demandadas a pagarle "todos los mayores costos y perjuicios", actualizar sus valores, reconocer los intereses moratorios comerciales a la tasa legal más alta, las costas y agencias en derecho y, en caso de interponerse anulación frente al laudo arbitral favorable, al pago de intereses moratorios en la forma pedida."[51]

4.1.2. Hechos

El *petitum* se sustentó en los hechos clasificados en capítulos (algunos con subdivisiones) referidos, en síntesis, a:

> (i) "La Licitación Pública No. IDU-LP- DG - 022 – 2007 y el Contrato de Obra No. 136 de 2007".
>
> (ii) "La ausencia de entrega de estudios y diseños completos y suficientes por parte del IDU".
>
> (iii) "Los mayores costos sufragados por CONFASE S.A. respecto a los diseños y las obras correspondientes a la Estación Central - Conexión Operacional de la Troncal Caracas y Calle 26" y dentro de este aparte se refirió a "los mayores costos" ocasionados como consecuencia de:
>
> - La actualización de diseños;
> - Las obras ejecutadas producto de la actualización de diseños.
>
> (iv) "Los mayores costos sufragados por CONFASE S.A. respecto de las obras correspondientes a los pavimentos de la Troncal Calle 26 y sus bocacalles".

[51] Folios 18 a 25 del C. Principal No. 2.

(v) "Los mayores costos sufragados por CONFASE S.A. respecto de las obras correspondientes a los pavimentos de las calzadas mixtas de la Troncal de la Carrera 10ª y sus bocacalles".

(vi) "Los mayores costos sufragados por CONFASE S.A. respecto de los diseños y las obras correspondientes al Puente de la Carrera 5 con Calle 26 (Puente recto)" y en este capítulo se refirió a:

- "Los mayores costos relacionados con los estudios y diseños del puente Carrera 5 con calle 26";
- "Los relacionados con las obras del puente Carrera 5 con calle 26";

(vii) "Los mayores costos sufragados por CONFASE S.A. correspondientes a la mayor permanencia en obra".

4.2. Contestación de la demanda por el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- y formulación de excepciones

Al contestar la demanda reformada, el IDU se opuso a todas y cada una de las pretensiones aducidas. En cuanto a los hechos, negó algunos, señaló que otros no constituían hechos, consideró otros como apreciaciones subjetivas y respecto de la mayoría manifestó atenerse a lo que se probara en el proceso.

Adicionalmente, en planteamiento defensivo formuló las siguientes excepciones de mérito:

1. "Ineptitud sustantiva de la demanda por falta de cumplimiento de los requisitos legales."

2. "Nulidad absoluta del Contrato IDU 136 de 2007."

3. "Nulidad absoluta de los Otrosíes números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 al Contrato de Obra IDU 136 de 2007 y nulidad absoluta de los Contratos Adicionales números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 y las prórrogas al Contrato de Obra 136 de 2007."

4. "Ausencia de causa petendi."

5. "Inexistencia de mayor permanencia en obra."

6. "Asunción de los riesgos por Constructora Bogotá Fase III S.A."

7. "Cumplimiento del Contrato 136 de 2007 por parte del IDU."

8. "Genérica."

4.3. Contestación de la demanda por la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A. y formulación de excepciones

En la contestación de la demanda reformada Transmilenio se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió algunos como ciertos, negó otros, calificó algunos como apreciaciones subjetivas y en otros manifestó que se atenía a lo que se probara en el proceso.

Adicionalmente, para enervar las pretensiones de la demanda, formuló las siguientes excepciones de mérito:

1. "Falta de jurisdicción – Falta de competencia."

2. "Inexistencia de negocio jurídico – Inexistencia de cualquier contrato adicional, otro sí, prórroga, o cualquier documento contractual de contenido económico o en que conste una obligación de pago no suscrito por Transmilenio S.A."

3. "Nulidad absoluta del Contrato IDU 136 de 2007 – Causa ilícita del Contrato – Objeto Ilícito."

4. "Falta de legitimación en la causa por pasiva en cabeza de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A. – Actuación como simple pagador."

5. "Inexistencia de solidaridad entre el IDU y Transmilenio S.A. frente a situaciones no pactadas expresamente."

6. "Pago."

7. "Falta de causa para pedir."

8. "Buena fe."

9. "Coadyuvancia."

10. "Error en el pago y pago de lo no debido – Pago de obligaciones inexistentes."

11. "Compensación."

12. "Excepción Genérica."

Igualmente, en un capítulo denominado "Otros argumentos de Defensa – Noción del sistema Transmilenio- presentó algunas consideraciones sobre el Sistema Transmilenio.

5. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

El término de duración del proceso es de seis (6) meses, de acuerdo a la Cláusula Compromisoria, cómputo que inició el 30 de abril de 2014 cuando finalizó la Primera Audiencia de Trámite, por lo cual el plazo previsto en la ley habría vencido el 29 de octubre de 2014. Sin embargo, atendiendo la solicitud de las partes se decretaron las siguientes suspensiones:

Acta	Fecha de suspensión	Días Hábiles
Acta No. 11 – Auto No. 16	7 de mayo y 11 de junio de 2014 (ambas fechas inclusive)	25
Acta No. 15 – Auto No. 19	3 y 30 de julio de 2014 (ambas fechas inclusive)	20
Acta No. 18 – Auto No. 21	14 de agosto y 1 de septiembre de 2014 (ambas fechas inclusive)	12
Acta No. 21 – Auto No. 24	1 y 27 de octubre de 2014 (ambas fechas inclusive)	18
Acta No. 15 – Auto No. 20	25 de noviembre de 2014 y 30 de enero de 2015 (ambas fechas inclusive)	45

Total días de suspensión	120

El proceso estuvo suspendido durante ciento veinte (120) días, que sumados a los del término, llevan a concluir que éste vence el veintiocho (28) de abril de dos mil quince (2015). Por lo anterior, la expedición del presente Laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

II. CONSIDERACIONES

Para su decisión en derecho, el Tribunal analizará:

1. Los presupuestos procesales.

2. Las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de cumplimiento de los requisitos legales, “ausencia de causa petendi”, "falta de jurisdicción - falta de competencia", falta de legitimación en la causa, nulidad absoluta del Contrato de Obra IDU-136 de 2007, nulidad absoluta de los otrosíes números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 al contrato de obra IDU-136 de 2007, nulidad absoluta de los contratos adicionales números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, y 9 y de las prórrogas al Contrato de Obra 136 de 2007.

3. La tacha de sospecha.

4. Las pretensiones y las restantes excepciones formuladas.

5. Las costas.

1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Los "presupuestos procesales"[52] concurren a plenitud en el proceso porque las partes acreditaron su existencia y representación legal, han comparecido por sus representantes legales y sus apoderados judiciales, ostentan capacidad procesal, habilidad dispositiva y en desarrollo del derecho fundamental de acceso a la justicia, su libertad contractual o de contratación, *rectius*, autonomía privada dispositiva, están autorizadas por el ordenamiento jurídico para acudir al arbitraje en procura de solución de sus controversias contractuales y acordar pacto arbitral[53] (artículos 116 de la Constitución Política; 8º y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 270 de 1996; 3º de la Ley 1285 de 2009; 3º y 111 de la Ley 446 de 1998, 70 de la Ley 80 de 1993).

El Tribunal, se instaló legalmente, asumió preliminar y preventivamente competencia, como juez natural del contrato por expresa disposición constitucional y específica habilitación de las partes, para juzgar en derecho las diferencias contenidas en la demanda arbitral reformada, sus réplicas, excepciones perentorias y replicación, al considerar que conciernen a asuntos litigiosos, dudosos e inciertos, susceptibles de disposición, transacción y *estricto sensu* de naturaleza patrimonial, derivados de la celebración y ejecución del Contrato de Obra IDU 136 de 2007.

También decretó y practicó pruebas, garantizó en igualdad de condiciones el debido proceso, no observa causa de nulidad en la actuación, las partes sanearon expresamente cualquier motivo de ella y el laudo en derecho es oportuno.

2. LAS EXCEPCIONES DE "INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES", "AUSENCIA DE CAUSA PETENDI", "FALTA DE JURISDICCIÓN - FALTA DE COMPETENCIA", FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA, NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO DE OBRA IDU-136 DE 2007, NULIDAD ABSOLUTA DE LOS OTROSIES NUMEROS 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 Y 10 AL CONTRATO DE OBRA IDU 136 DE 2007 Y NULIDAD ABSOLUTA DE LOS CONTRATOS ADICIONALES NUMEROS 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, y 9 y LAS PRORROGAS AL CONTRATO DE OBRA 136 DE 2007

El Tribunal resolverá de entrada las excepciones indicadas en atención a que de prosperar alguna, según su efecto, y en su caso, sería innecesario cualquier otro pronunciamiento adicional, de ahí que, por sus consecuencias, se impone delanteramente su estudio y decisión.

[52] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de Agosto de 1954.
[53] Corte Constitucional, Sentencias C-059 de 1993; C-544 de 1993, T-538 de 1994; Sentencia T-04 de 1995, C-037 de 1996; T-268 de 1996; C-215 de 1999; C-163 de 1999; SU-091 de 2000, y C-330 de 2000.

2.1. La excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de cumplimiento de los requisitos legales

La presenta el señor apoderado del IDU transcribiendo los numerales 1, 2, 3, y 5 del art. 75 del C. de P.C. para indicar que:

> "Al observar el texto de la demanda sustituida, se encuentra que la misma no cumple con la totalidad de los requisitos exigidos por las normas acabadas de transcribir, por lo que surge la excepción presentada de INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS LEGALES."[54]

Advierte el Tribunal que no es mediante la presentación como si se tratara de una excepción perentoria, que se debe hacer valer la falta de requisitos formales de la demanda, por cuanto la oportunidad propicia para alegarlos es mediante el empleo del recurso de reposición respecto del auto admisorio de la demanda, ocasión en la cual nada se dijo frente al inicial, tampoco del que admitió la demanda reformada, por lo que cobró ejecutoria la providencia que se profiere por, entre otras consideraciones, estar la demanda debidamente presentada en lo que con sus requisitos formales corresponde, de ahí que por este solo aspecto, está llamada al fracaso la excepción.

De otra parte, tampoco encuentra el Tribunal que la demanda reformada haya omitido la designación del juez a quien se dirige, el nombre, domicilio y edad de las partes y las pretensiones, y sus hechos sustentatorios cumplen los lineamientos de orden y claridad, aspectos que enrostra la excepción en abstracto, pues no concreta cómo se reflejan en concreto en el libelo cuestionado, lo que es suficiente para negar la excepción.

2.2. La excepción de ausencia de causa petendi

2.2.1. La sustentación de la excepción

La sustenta la respuesta a la demanda del IDU señalando que: "De la simple lectura de las pretensiones, se observa que la demanda adolece realmente de causa petendi", por estimar el excepcionante que las pretensiones "no son concretas" debido a que en las relacionadas con los diseños y obras de la Estación Central "no especifica ni detalla cuáles fueron las presuntas falencias, errores, deficiencias de los estudios y diseños entregados por el IDU, ni cuáles fueron las obras que el contratista ejecutó y que no debía ejecutar", critica que igualmente extiende a las pretensiones atinentes con los pavimentos de la troncal calle 26, para concluir que "las pretensiones no son concretas. Se hace una serie de peticiones pero se deja al juez la carga de descubrir lo que efectivamente se pide".[55]

[54] Folio 167 del C. Principal No. 2.
[55] Folio 178 del C. Principal No. 2.

2.2.2. La oposición a la excepción

Manifiesta el señor apoderado de la parte demandante que : "El detalle que solicita el IDU, claramente no debe estar referido en las pretensiones solicitadas respecto a la obra de Estación Central- Conexión Operacional, pues los mismos se describen ampliamente en el acápite de los hechos y a su vez están acompañadas de las pruebas que se anexaron a la demanda y a la presente réplica" y adiciona: "Respecto de las otras pretensiones el IDU no explica en qué consiste la ausencia de causa petendi alegada y concluye que:

> "(…) consideramos que las pretensiones presentadas reflejan las declaraciones y condenas que pretende la Convocante. Debe precisarse que dentro de la etapa previa al Tribunal de Arbitramento, la cual duró más de dos años, se fijó el alcance del litigio en las actas de arreglo directo y convivencia. En consecuencia, las pretensiones, de manera precisa y clara, determinaron el marco dentro del cual debe fallar el H. Tribunal. De otra manera no se habría admitido la demanda."

2.2.3. Consideraciones del Tribunal

Observa el Tribunal que este hecho exceptivo no es nada diferente a una modalidad del antes decidido, o sea el de la supuesta falta de requisitos formales de la demanda, debido a que si se asevera que las pretensiones no están presentadas en debida forma por no "ser concretas", lo que se está poniendo de presente es que no se cumple en la demanda con el requisito exigido por el numeral 5 del art. 75 del C. de P.C. que dispone que en el libelo se debe indicar "Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad".

En este orden de ideas se tiene que cabe aplicar lo antes mencionado acerca de que "Advierte el Tribunal que no es mediante la presentación como si se tratara de una excepción perentoria que se debe hacer valer la falta de requisitos formales de la demanda, por cuanto la oportunidad propicia para alegarlos es mediante el empleo del recurso de reposición respecto del auto admisorio de la demanda, ocasión en la cual nada se dijo frente al inicial, tampoco del que admitió la demanda reformada", de ahí que por este solo aspecto, está llamada al fracaso la excepción.

No obstante reitera el Tribunal que las explicaciones que echa de menos el excepcionante, no son propias de las pretensiones, que deben ser concretas y precisas, sino de los hechos sustento de las mismas, de ahí que aún en el supuesto de que ahora se pudiera analizar la defensa, esta no tiene razón por estar formalmente bien presentadas las pretensiones de la demanda.

2.3. La excepción de "falta de jurisdicción-falta de competencia"

2.3.1. La sustentación de la excepción

Invoca **TRANSMILENIO S.A**., la falta de jurisdicción y competencia del Tribunal para decidir *"todas las pretensiones que guardan relación con decisiones de la*

administración" por cuanto las adoptadas "*dentro de la ejecución del contrato constituyen verdaderos actos administrativos contractuales*", cuya legalidad y efectos jurídicos, según lo indica el excepcionante, precisó la Corte Constitucional en sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000, escapan a la jurisdicción arbitral.

2.3.2. La oposición a la excepción

A esta excepción se opuso la Parte Convocante, soportada en las sentencias C-1436 de 2000 y SU-174-07, y el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, por tratarse de controversias estrictamente económicas ajenas a la legalidad de acto administrativo alguno.

2.3.3. Consideraciones del Tribunal

1. La Cláusula 21.3 del Contrato de Obra IDU-136 de 2007[56], estipula pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria, acordándose someter a decisión de un Tribunal de Arbitraje las divergencias surgidas con ocasión de su celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación.

2. La jurisprudencia inalterada del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional reconocen la jurisdicción y competencia de los tribunales arbitrales para juzgar las controversias económicas derivadas de los contratos estatales, aun cuando "tengan como causa un acto administrativo" (Sentencia C-1436 de 2000).

Esta jurisprudencia, se recogió en el artículo 1o. de la Ley 1563 de 2012 que prescribe: “En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.”, disposición que elimina cualquier duda acerca de la competencia que tiene este Tribunal para dirimir las controversias de contenido económico que se le han planteado.

3. Por eso. en armonía con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, mediante el auto admisorio de la demanda inicial y de la demanda reformada, el Tribunal asumió competencia respecto de las controversias económicas planteadas en la demanda arbitral, sus contestaciones, excepciones perentorias y réplica, sin comprender la legalidad de ningún acto administrativo, lo que se reiteró en la primera audiencia de trámite, providencias respecto de las cuales las partes se mostraron conformes porque no se interpuso el recurso de reposición, que hubiera sido el procedente.

Por lo anterior, esta excepción no prospera se niega y así se declarará en la parte resolutiva del laudo.

[56] Reverso Folio 96 del C. de Pruebas No. 2.

2.4. La excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva

2.4.1. La sustentación de la excepción

Con la contestación a la demanda arbitral reformada se interpone la excepción de "**FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA EN CABEZA DE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. ACTUACION COMO SIMPLE PAGADOR**", bajo los siguientes presupuestos:

> **"LA POSICIÓN DE TRANSMILENIO EN RELACIÓN CON EL CONTRATO:**
>
> "La **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.** no comparece como CONTRATANTE al contrato IDU 136 del año 2007 *"toda vez que el compromiso de ejecutar el objeto del contrato y del cumplimiento de las obligaciones lo adquieren el IDU y el hoy actor."*
>
> *"I.* ***Las partes del contrato principal IDU No. 136 de 2007***
>
> *"[…]*
> *"En la introducción del contenido contractual se dejó plasmado que la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. no concurre al contrato como parte contratante y que es el IDU quien ostenta esta calidad."*

En su sentir, el Contrato "identifica en forma clara, sin lugar a dudas y sin que proceda una interpretación diferente quienes conforman las partes, a saber, CONTRATANTE y CONTRATISTA", su intervención "como pagador y la obligación de pago" no se contrae con el CONTRATISTA sino con el IDU, según el Convenio No. 20 de 2001, en un "esquema de cooperación interinstitucional" y conforme el IDU autorice pagar en forma expresa, previa y escrita; esa obligación de pagar se adquiere únicamente en sede administrativa; con arreglo a la cláusula 6 del Contrato IDU 136 de 2007, las obligaciones de TRANSMILENIO S.A. refieren a hacer los pagos solicitados en forma escrita, previa y expresa por el IDU, por lo cual no es contratante solidario; de acuerdo con el artículo 15 del Decreto 831 de 1999, la competencia funcional y legal para adelantar y contratar la construcción de la infraestructura del sistema, es del IDU, sin tener TRANSMILENIO S.A en su objeto adelantar obras; según el numeral 1 del Convenio No. 020 de 2001, el IDU de manera autónoma y su bajo su responsabilidad iniciará, tramitará y llevará a cabo los procesos de contratación que sean requeridos para la ejecución de las obras; las cláusulas de perfeccionamiento y ejecución del contrato, plazo del contrato, alcance y desarrollo del contrato, forma de pago, interventoría, multas, caducidad, solución de controversias, identifican como parte CONTRATANTE al IDU; y TRANSMILENIO, solo comparece como pagador y carece de facultades para exigir al CONTRATISTA el cumplimiento del objeto contractual.

En el alegato conclusivo, anota:

> "Es importante puntualizar que dentro de la presente actuación existe Litis Consorcio necesario de Transmilenio S.A. como parte del contrato, quien concurre a su suscripción siendo ente gestor del Sistema de Transporte Masivo de Pasajeros en la ciudad de Bogotá D.C., administrador del Sistema TransMilenio y pagador del contrato. No obstante

que hemos manifestado que no somos el "contratante ejecutor de la obra" propiamente dicho pues dicha condición la ostenta el IDU, no hemos dicho que no somos parte del contrato y hemos expresado que si es obligatorio que firmáramos los adicionales, otro sí y prórrogas porque así está en el Convenio 20 de 2001, en los pliegos de la Licitación Pública y en el contrato No. 136 de 2007.

"En la contestación de la demanda hemos desarrollado ampliamente la excepción citando en forma pormenorizada la mayoría de los apartes del contrato, que coinciden con el contenido de los pliegos de condiciones en relación con la calidad y condición de la participación de Transmilenio S.A. en relación con el contrato No. 136 de 2007, lo cual no ha sido desvirtuado por la parte convocante. Hemos expresado con razón y fundamentos de derecho que nuestra entidad si es parte del contrato, más hemos precisado cuál es su condición de parte del contrato como pagador y hemos demostrado con la prueba documental precitada, así con argumentos de hecho y de derecho, lo cuales no han sido desvirtuados, que necesariamente la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. tenía que suscribir todos los documentos contractuales para la existencia y validez de los mismos.

"La obligación de pago que debe o debía cumplir TRANSMILENIO S.A. tiene lugar únicamente en sede administrativa y dentro del ejecución contractual pues está sujeta a una condición ineludible que es la previa, expresa y escrita autorización por parte del IDU, si ello no tuvo lugar existe para mi apadrinada absoluta imposibilidad jurídica y legal de hacer pago alguno. En este sentido siendo un mero ejecutor, que debe acatar la orden que se le imparta no le incumbe responsabilidad por las negativas del IDU a pagar alguna suma de dinero u obra.

"En todo caso, como quiera que el pago está sujeto a la previa, expresa y escrita autorización del IDU, en caso de que se llegare a la improbable consideración de que la obligación existe también en relación con el contratista es ineludible el hecho de que ello solo tiene lugar en sede administrativa, por la condición existente que solo tiene lugar en este escenario. Por lo anterior no está legitimada la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. para ser llamada a responder dentro del marco de un tribunal de arbitramento."

2.4.2. La oposición a la excepción

La Convocante se opuso a la excepción por estar *"probado que TRANSMILENIO S.A. al ser el responsable del manejo presupuestal y de realizar los pagos a los contratistas con cargo a su presupuesto, adquirió la posición de contratante y por ende se encuentra legitimado para acudir en dicha calidad dentro del presente trámite arbitral como parte demandada."*[57]

2.4.3. El concepto del Ministerio Público

El Señor Procurador en su concepto, aborda el estudio de las argumentaciones de las partes, plantea el interrogante de precisar, ***"si dentro del marco de un contrato estatal de obra, una de las partes contractuales que no ostenta la calidad de contratante ejecutor ni de contratista del mismo, está llamada a comparecer como parte demandada dentro de un proceso cuya litis verse sobre temas contractuales, aun cuando no exista pretensión alguna en su***

[57] Folio 278 del C. Principal No. 3.

contra"[58]**,** recuerda el laudo arbitral proferido el 9 de diciembre de 2013 para dirimir controversias entre Grupo Empresarial Vías Bogotá SAS, IDU y TRANSMILENIO, en el cual, respecto de idéntica excepción se consideró que es parte del Contrato.

Sobre esta perspectiva, el Ministerio Público, estima:

> "Este despacho considera que la decisión adoptada por el Tribunal de arbitramento sobre la necesidad de conformar un litisconsorcio necesario en la parte pasiva de la controversia es perfectamente aplicable en el caso que ahora ocupa nuestra atención, pues en ambos casos se encuentra probado que la empresa demandada es TRANSMILENIO S.A. en su calidad de pagador de las obligaciones dinerarias a cargo del IDU; en los dos casos TRANSMILENIO S.A. intervino en la formación de los contratos, lo suscribió y en virtud de ello adquirió obligaciones; en las dos controversias TRANSMILENIO S.A. se presenta como parte demandada aunque no existan pretensiones dirigidas en su contra; en los dos contratos TRANSMILENIO S.A. solo adquiere la obligación de ser mero pagador de lo previamente autorizado por el IDU, sin convertirse en contratista ejecutor de las obras, pues esa potestad es ejercida por el IDU; en las dos causas petendi la participación de TRANSMILENIO S.A. en la formación y suscripción de los contratos se lleva a cabo en virtud del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio Interadministrativo No 20 de 2001, y; en los dos contratos que suscitan la controversia se expresa que la financiación de los mismos se hace con recursos que administra exclusivamente TRANSMILENIO S.A. Así pues, se demuestra una identidad fáctica, jurídica y de parte pasiva de la controversia, lo cual nos permite aplicar el mismo razonamiento arbitral en el caso objeto de análisis.
>
> "Por todo lo anterior, este despacho considera que la excepción No 4 formulada por TRANSMILENIO S.A. consistente en la falta de legitimación por pasiva, no está llamada a prosperar, antes bien, sí es procedente su vinculación a este proceso en calidad de litisconsorte necesario de la parte pasiva de conformidad con el artículo 61 del Código General del Proceso, con el fin de acudir en defensa de sus derechos e intereses patrimoniales que puedan resultar afectados por las decisiones que se adopten en el laudo, pues aunque no es parte contratante dentro del contrato, sí intervino en la formación de dicho acto y adquirió la obligación de pago de las obligaciones dinerarias cuya financiación se encuentra a cargo de la misma empresa TRANSMILENIO S.A., lo cual eventualmente puede afectar el patrimonio de esta sociedad.
>
> "La concurrencia de la demandada TRANSMILENIO S.A. al proceso encuentra su justificación en la garantía de los derechos de defensa, contradicción y debido proceso frente a la toda la actuación arbitral."

2.4.4. Consideraciones del Tribunal

1. En la disciplina jurídica el contrato es un acuerdo dispositivo de dos o más partes o sujetos contractuales para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas (arts. 864 C. de Co y 1495 C.C).

[58] Aclara el Tribunal que en el presente proceso existe pretensión concreta respecto de Transmilenio pues el aparte de condenas se solicita: "**B.- Condenas.** 1. Que se condene al IDU y a TRANSMILENIO S.A., ordenando pagar a éste último; o subsidiariamente al IDU, ordenando pagar a ésta, todos los mayores costos y perjuicios que resulten en favor de CONFASE S.A de la prosperidad de las pretensiones anteriores y que aparezcan debidamente probados en el proceso. (Folio 5 del C. Principal No. 3)

Parte en un contrato, "*es el titular del derecho, rectius, interés constitutivo del acto dispositivo, independientemente de su celebración por sí o por conducto de otra persona* (y, a contrario sensu, tercero, por exclusión, es el sujeto extraño o ajeno al interés dispuesto en virtud del negocio jurídico"[59], han expresado la jurisprudencia[60] y doctrina.[61]

2. La legitimación en la causa es el interés directo, legítimo y actual del *"titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico"*[62] para pretender (legitimación activa) y contradecir (legitimación pasiva) **en cuanto titular de la relación jurídica sustancial y procesal** controvertida en el proceso.[63]

El Consejo de Estado ha definido la legitimación en causa, en los siguientes términos:

> "(…) es la identidad del demandante con la persona a quien la ley le otorga la vocación jurídica para reclamar la titularidad de un derecho y por pasiva la identidad del demandado, con aquel a quien se le puede exigir la obligación correlativa que se deriva del primero (…). [64]
>
> "La legitimación en la causa -legitimatio ad causam- se refiere a la posición sustancial que tiene uno de los sujetos en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones o se les desconocen los primeros o se les exonera de las segundas.
>
> "Es decir, tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, se encuentra autorizada para intervenir en el proceso y formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda por ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquélla exista. Es un elemento de mérito de la litis y no un presupuesto procesal."[65]

En las acciones contractuales, en línea de principio, la legitimación se predica de las partes o sujetos contratantes, y por excepción, se permite a quienes no lo son

---

[59] G.B. Ferri, *Parte del negozio*, Enciclopedia del diritto, vol. XXI, Milano, Giuffré, 1981, pp. 901 ss.

[60] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 1 de julio de 2008, Expediente 11001-3103-033-2001-06291-01,

[61] Francisco MESSINEO. *Doctrina General del Contrato.* T.I. Traducción R.O. FONTANARROSA, S.SENTIS MELENDO y M. VOLTERRA. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952. Luís DIEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Editorial. Tecnos. Madrid, 1979. pp- 262 ss; R. SCOGNAMIGLIO. *Teoría general del contrato*, Trad. Fernando Hinestrosa, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1961, pp.31.

[62] U. Rocco, Tratado de derecho procesal civil, T. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pp. 360.

[63] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 1º de julio de 2008, [SC-061-2008], Expediente 11001-3103-033-2001-06291-01.

[64] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias 8 de agosto de 1988; Exp. No. 5154; 13 de febrero de 1996, Exp. 11213; 12 de diciembre de 2001, Exp. 20456.

[65] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de abril de 2008, Exp. 16.271. En el mismo sentido, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 8 de mayo de 2013, Radicación número 50001-23-31-000-1998-00027-01(24510); Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 28 de junio de 2012, Radicación número 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990); Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de octubre de 2013, Radicación número 68001-23-15-000-1995-11195-01(25869); Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 23 de febrero de 2012, Radicación número: 05001-23-26-000-1994-00558-01(20810).

ejercer determinadas acciones, *ad exemplum*, la nulidad absoluta del Contrato por el Ministerio Público o por terceros con interés directo.

La Ley 1437 de 2011, aplicable a este asunto por su iniciación durante su vigencia, disciplina en el artículo 141:

> **"Artículo 141. *Controversias contractuales.*** Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.
>
> "Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.
>
> "El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes".

Las partes o sujetos contratantes están legitimados en la causa para instaurar toda acción contractual; el Ministerio Público y los terceros con interés directo pueden promover la acción de nulidad absoluta. En lo referente a la acción contractual de un contrato estatal, la legitimación en la causa se circunscribe a las partes o sujetos contratantes, salvo que la ley expresamente contemple lo contrario.

3. Predicadas las premisas anteriores de la presente cuestión litigiosa, es necesario despejar la calidad o posición jurídica de TRANSMILENIO en el Contrato IDU 136 de 2007.

4. Es menester destacar que son conceptos, si bien íntimamente relacionados, diferentes, el de **parte en el contrato** y el de **parte en el proceso**, de manera que serán las estipulaciones contractuales las que servirán de guía para efectos de determinar la calidad de parte en el contrato y, de contera informan lo que concierne con la legitimación en la causa desde el punto de vista sustancial, en tanto que la parte en el proceso no necesariamente coincide con la parte del contrato, aun cuando usualmente así acontece, pero no resulta necesario para ser parte en el proceso, serlo en el contrato que origina el litigio, pues la calidad de parte demandante no depende de ser parte en el contrato sino del mero querer de un sujeto de derecho para demandar a otro, y la calidad de parte demandada igualmente surge del querer del demandante de dirigir su derecho de acción demandando a otro lo que, se reitera, no implica que necesariamente exista legitimación en la causa.

5. En este orden de ideas, para el Tribunal es evidente que TRANSMILENIO tiene la condición de parte procesal porque fue traída a juicio como consecuencia de la demanda que interpuso la sociedad CONFASE, calidad de demandada que el actor le otorgó al promover su demanda y que dicha entidad, además invocó dentro del juicio, al contestar la demanda, al excepcionar, al presentar sus alegaciones finales, y en todas las demás actuaciones procesales.

6. Dicha calidad, como antes se enunció, no es la de litisconsorte necesario ni legítimo contradictor de las pretensiones reclamadas, siendo conveniente recordar lo que al respecto ha interpretado el Consejo de Estado al indicar que:

> "Existe *litisconsorcio necesario* cuando hay pluralidad de sujetos en calidad de demandante (litisconsorcio por activa) o demandado (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una única relación jurídico sustancial. En este caso y por expreso mandato de la ley, es indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste puede perjudicar o beneficiarlos a todos (…) En cambio, el *litisconsorcio será facultativo o voluntario* cuando concurran libremente al litigio varias personas, en calidad de demandantes o demandados, ya no en virtud de una única relación jurídica, sino de tantas cuantas partes dentro del proceso deciden unirse para promoverlo conjuntamente (legitimación por activa), aunque válidamente pudieran iniciarlo por separado, o de padecer la acción si sólo uno o varios de ellos debe soportar la pretensión del actor (legitimación por pasiva). Bajo esta modalidad, los actos de cada uno de los litisconsortes no redundarán en provecho o en perjuicio de los otros, sin que ello afecte la unidad del proceso o implique que la sentencia sea igual para todos (art. 50 del C. de P. Civil). […] [existe] la denominada por la doctrina y la jurisprudencia como *litis consorcio cuasinecesario*. Esta especie o modalidad de *litis* consorcio, es una configuración jurídica intermedia, entre el *litis consorcio necesario y el facultativo*. Se presenta cuando uno o varios sujetos tienen legitimación para intervenir en un proceso, por la parte activa o por la parte pasiva, esto es, en calidad de demandantes o de demandados, por tener una relación sustancial o material, pero basta con que uno solo actúe dentro del proceso en tal calidad, para que pueda dictarse sentencia de mérito con plenos efectos jurídicos. "El inciso tercero del artículo 52 del C. de P. Civil, regula este tipo de *litis* consorcio en los siguientes términos: "Podrán intervenir en un proceso como litisconsortes de una parte y con las mismas facultades de ésta, los terceros que sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso (…) (…) Es, por consiguiente, una figura procesal distinta al litisconsorcio necesario, que implica la legitimación simultánea para varios sujetos, pero sin que la propia ley, ni la naturaleza de la relación sustancial, establezca como requisito *sine qua non* para su procedencia, la integración del contradictorio con todos ellos. Además, esta modalidad se identifica con el *litis consorcio necesario* en que en una y en otra la sentencia vincula al tercero y lo afecta, pero se diferencian en que en el *litis consorcio cuasinecesario* no se requiere que todos los sujetos comparezcan al proceso para proferirla; y se parece al *litis consorcio facultativo* en que el sujeto voluntariamente puede concurrir o no al proceso, pero difiere del mismo por cuanto si no comparece al proceso la sentencia es uniforme y lo vincula."[66]

7. Atendidas las directrices anteriores se observa que debido a que por lo pactado en el contrato, TRANSMILENIO no tiene que correr fatalmente la suerte del otro demandado, el IDU, lo que aleja toda posibilidad de que sea litisconsorte necesario

[66] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 23 de febrero de 2012, Radicación número: 05001-23-26-000-1994-00558-01(20810).

o cuasi necesario, calidades que, por definición imponen fallo en el mismo sentido para todos sus integrantes, su vinculación se debe al querer exclusivo de la parte demandante.

Es más, tan protuberante es la calidad advertida que si la demanda no se dirige contra TRANSMILENIO no hubiera sido menester su citación, por no ser condicionante de la validez de la decisión a tomar frente al contrato, pero que integrada por voluntad de la parte como demandado, faculta al Tribunal para decidir lo que fuere menester frente a las pretensiones que en contra de ella se dirigieron y sin que exista comunidad de suerte entre todos los demandados.

8. Averiguado tienen la doctrina y la jurisprudencia que la simple firma de un contrato no otorga a quien lo suscribe la calidad de parte en sentido sustancial, así formalmente se muestre como tal en el documento que da cuenta de lo estipulado, cuyas precisiones son la base para establecer si la parte en sentido formal del contrato, también lo es en sentido sustancial, pues se predica del titular del derecho respecto del cual versa el interés dispositivo.

9. En este orden de ideas se tiene que TRANSMILENIO suscribió el Contrato de Obra IDU-136 de 2007, y desde el preámbulo, advirtió:

> "**Adicionalmente** el presente contrato es firmado por:
>
> "ANGÉLICA CASTRO RODRÍGUEZ, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con cédula de ciudadanía No. 51.764.863 de Bogotá, nombrada mediante Decreto No. 027 del 31 de Enero de 2006, con Acta de Posesión No. 095 del 1 de febrero de 2006, actuando en su calidad de Representante Legal de TRANSMILENIO S. A., **quien suscribe este Contrato, exclusivamente en su calidad de pagador de las obligaciones dinerarias a favor del Contratista, previa solicitud expresa y escrita del IDU, según se establece en el presente Contrato y en el Convenio Interadministrativo de Cooperación No. 020 de Septiembre de 2001 suscrito entre TRANSMILENIO S. A. y el IDU**". (Negrillas y subrayado por fuera del texto original).

10. Por lo tanto, habrá que tener en cuenta lo que en el texto desde su encabezamiento se dijo, y es menester hacer referencia a los considerandos del Contrato de Obra IDU-136 de 2007, que señalan, entre otras cosas, lo siguiente:

> "1. El IDU, de manera autónoma y bajo su responsabilidad, iniciará, tramitará y llevará hasta su culminación, los procesos de contratación que sean requeridos para la ejecución de las obras de infraestructura física de las troncales del sistema TRANSMILENIO, así como para la contratación de las interventorías que sean requeridas. En tal virtud, el IDU adelantará los estudios correspondientes, ordenará la apertura de las licitaciones y/o concursos correspondientes, elaborará y adoptará los Pliegos de Condiciones y/o Términos de Referencia y los demás documentos y actos que sean necesarios para el proceso de contratación, evaluará las propuestas que se presenten y adjudicará los contratos correspondientes. Igualmente el IDU adoptará, **también de manera autónoma y bajo su responsabilidad,** las modificaciones o aclaraciones a cualquiera de los documentos anteriores. (Subrayado por fuera del texto original).
>
> "2. La coordinación, vigilancia y control de la ejecución de los Contratos estará a cargo y bajo la responsabilidad exclusiva del IDU. Lo anterior sin perjuicio de la contratación de

interventores externos. Adicionalmente, será el IDU, quien autónomamente definirá las eventuales modificaciones a los contratos, por cualquier causa. **TRANSMILENIO S. A., no participará, ni será responsable, de estas labores,** salvo por la obligación del manejo presupuestal y de realizar los pagos a los Contratistas a que se refieren los numerales siguientes. (Subrayado por fuera del texto original).

"3. Los certificados de disponibilidad presupuestal, necesarios para la apertura de las licitaciones y concursos, para la contratación misma, para respaldar los eventuales contratos adicionales o modificatorios o, en general, para cualquier otro fin relacionado con la ejecución de las obras a que se refiere el objeto del presente convenio, serán otorgados por TRANSMILENIO S. A., con cargo a su presupuesto de la vigencia fiscal de 2007 y/o a la autorización de compromiso de vigencias futuras. Será el IDU el único responsable de definir la necesidad de estos recursos, dentro del límite de las apropiaciones presupuestales con que cuenta TRANSMILENIO S. A., y hacer la solicitud correspondiente a TRANSMILENIO S.A., para que esta última entidad expida los certificados de disponibilidad presupuestal respectivos.

"4. TRANSMILENIO S.A. **asumirá directa y únicamente la obligación de hacer los pagos a los Contratistas con cargo a su presupuesto, para lo cual hará los registros presupuestales que ordena la ley**. **Únicamente para esos efectos, TRANSMILENIO S.A. concurrirá, conjuntamente con el IDU, en los términos del presente convenio, a la firma de los contratos, modificaciones, otrosíes o cualquier otro documento en donde consten tales obligaciones de pago, estrictamente en su calidad de pagador. En todo caso, se entiende, y así quedará consignado en los contratos que se celebren, que los pagos que debe hacer TRANSMILENIO S.A. a los Contratistas, sólo se harán previa orden expresa y escrita del IDU.** (Subrayado por fuera del texto original).

"5. TRANSMILENIO S.A. hará dichos pagos dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes al recibo de la solicitud del IDU. Para garantizar el cumplimiento de ese plazo, el IDU deberá comunicar, antes de la suscripción de los documentos con terceros, el cronograma del plan de pagos previsto, con el objeto de que TRANSMILENIO S.A. manifieste si su programa de caja permite hacer los pagos en los plazos previstos. En todo caso, las obligaciones de pago que se asuman con terceros, deberán respetar esa manifestación de TRANSMILENIO S.A."[67]

11.- Como alega TRANSMILENIO en la contestación de la demanda arbitral reformada, la firma del Contrato de Obra 136 de 2007, "exclusivamente en calidad de pagador" por dicha entidad encuentra por antecedentes el Acuerdo No. 4 del 18 de febrero de 1999 del Concejo Distrital de Bogotá, su Decreto Reglamentario 831 de 3 de diciembre de 1999, la Ley 86 de 29 de Diciembre de 1989 y el Acuerdo 6 de 1998 del Concejo de Bogotá, la Ley 310 de 1996 y el CONVENIO INTERADMINISTRATIVO DE COOPERACIÓN No. 20 del 20 de septiembre de 2001 celebrado con el IDU, y del cual sí es parte, invocado en el pliego de condiciones por la entidad contratante para adelantar la licitación pública[68],

[67] Folio 73 y reverso del C. de Pruebas No. 2.

[68] C. de Pruebas No. 2. PLIEGOS DE CONDICIONES. INTRODUCCIÓN: El IDU, adelanta el proceso de selección con presupuesto de TRANSMILENIO en virtud de lo establecido en el Convenio Interadministrativo 020 de 2001, según cuya cláusula segunda, numerales 3,4 y 5, a TRANSMILENIO "corresponderá sólo lo relacionado con los certificados de disponibilidad presupuestal y demás registros de ley que se requieran y hacer los pagos al contratista con cargo a su presupuesto y firmar conjuntamente con el IDU el Contrato, sus modificaciones y otrosí y cualquier otro documento en donde consten obligaciones de pago, pero únicamente para los fines de cumplir con su condición de pagador del contrato, correspondiendo todo lo demás en forma autónoma al IDU".

normatividad que expresamente dispone que es al Instituto de Desarrollo Urbano-IDU a quien corresponde la construcción, mantenimiento y mejora de la infraestructura específica y exclusiva que se utilizará en la operación del Sistema Transmilenio, a que se refiere el artículo 13 del Decreto 831 de 1999, y que para efectos de la "**cesión**, disposición, entrega, construcción, mantenimiento, mejora y administración de la infraestructura específica y exclusiva del Sistema Transmilenio", **se celebrarán los convenios interadministrativos entre Transmilenio** y las entidades y que en tales convenios se deberá detallar y especificar la infraestructura destinada de manera especial y exclusiva al Sistema Transmilenio (art. 17º).

12. Del Contrato de Obra IDU-136, es claro que TRANSMILENIO lo firma como pagador de las obligaciones económicas adquiridas por el IDU con el Contratista en virtud del mismo, cuyos términos y condiciones determina y acuerda el IDU autónomamente, sin participación de TRANSMILENIO, quien se obligó a pagarlas frente al IDU con cargo a su presupuesto, previa orden expresa y escrita del IDU, sin asumir obligación ni responsabilidad alguna por la iniciación, tramitación y culminación de los procesos de contratación que "de manera autónoma y bajo su responsabilidad, iniciará y tramitará y llevará hasta su culminación" el IDU, ni por la adjudicación de los contratos, su celebración, "coordinación, vigilancia y control de la ejecución" que también "estará a cargo y bajo la responsabilidad exclusiva del IDU", y quien también "autónomamente definirá las eventuales modificaciones a los contratos, por cualquier causa", a cuyo efecto, TRANSMILENIO, "no participará, ni será responsable, de estas labores", salvo por el manejo presupuestal y la realización de pagos" (Considerandos del Contrato), todo lo cual evidencia la simple firma del Contrato, no le confiere frente al co-contrante contratista la calidad de parte, a punto que ninguna de las mismas, "tendrá derecho, facultad o compromiso alguno, ni para actuar en nombre de la otra parte, ni para ser su agente o representante, ni para comprometerla en forma alguna. Ninguna de las cláusulas de este Contrato podrá interpretarse en el sentido de crear una relación distinta entre las partes a la de la vinculación negocial en los términos de este Contrato." (Cláusula 27, Relación entre las partes).

13. Es claro que la firma del Contrato de Obra 136 de 2007 por TRANSMILENIO tanto por el régimen jurídico del sistema, las normas de su creación y el Convenio Interadministrativo de Cooperación 020 del 20 de septiembre de 2001, se hace "exclusivamente **en su calidad de pagador de las obligaciones dinerarias a favor del Contratista, previa solicitud expresa y escrita del IDU, según se establece en el presente Contrato" y en dicho convenio, para lo cual, la obligación de pagar establecida a su cargo de TRANSMILENIO se asumió fue frente al IDU**, […] ", obligaciones económicas que adquiere el IDU frente al CONTRATISTA, y TRANSMILENIO frente al IDU, y mediante orden o autorización previa **expresa y por escrito del IDU, premisa bajo la cual deben interpretarse y aplicarse las estipulaciones del contrato. Ahora, emitida la orden o autorización previa, expresa y escrita del IDU para el pago, desde luego, TRANSMILENIO debe pagar al CONTRATISTA, pues es la manera en que cumple la obligación de pagar contraída frente al IDU.**

14. De esta manera, **TRANSMILENIO** al suscribir el contrato, adquirió las precisas obligaciones previstas para ella en el mismo para con el IDU, relación jurídica que nace del mismo convenio 136 pero que no es objeto de debate en este proceso, siendo ajenas a dicha entidad todas las concernientes con la ejecución y cumplimiento de las diferentes obras contratadas, pues desde el preámbulo mismo del escrito en que se plasmó el acuerdo se estipuló que TRANSMILENIO: *"suscribe este Contrato, exclusivamente en su calidad de pagador de las obligaciones dinerarias a favor del contratista, previa solicitud expresa y escrita del IDU, según se establece en el presente contrato y en el Convenio Interadministrativo de Cooperación No. 020 del 20 de septiembre de 2001 suscrito entre TRANSMILENIO S.A. y el IDU"*.[69]

15. Fijada la anterior directriz para el Tribunal es claro que TRANSMILENIO no tiene la calidad de parte en sentido sustancial en el Contrato de Obra 136 de 2007 respecto del Contratista y de las obras, actividades y servicios contratados, obligaciones contraídas por éste y la entidad contratante, ni contrae obligación ni responsabilidad por su inejecución, limitándose a pagar cuando el IDU le otorgue la orden o autorización expresa, previa y escrita y cuya inobservancia compromete su responsabilidad frente al IDU.

16. Aún más, examinadas las pretensiones declarativas y de condena incoadas en la demanda arbitral reformada, todas conciernen a la ejecución de las obras del Contrato IDU-136 de 2007 y es irrefutable que en los términos del contrato, son aspectos de la exclusiva responsabilidad del IDU, y a quien corresponde "de manera autónoma y bajo su responsabilidad", por lo cual, respecto de lo pretendido en este proceso, TRANSMILENIO S.A., no obstante ser parte demandada en este proceso y parte en sentido formal del contrato, tal como antes se precisó, carece de legitimación en causa, pues no es la titular de la relación jurídica sustancial objeto del presente debate, ni de ella puede pretenderse responsabilidad alguna por la ejecución del contrato y las obras.

17. Con todo, estima el Tribunal que al suscribir el contrato en calidad exclusiva de pagador y en lo que refiere a este aspecto, el pacto arbitral, negocio jurídico autónomo e independiente del contrato que lo contenga, es parte del mismo.

Atendidas las anteriores consideraciones, el Tribunal concluye lo siguiente en lo atinente a la excepción propuesta por Transmilenio:

> 1.- La calidad de parte de Transmilenio en el presente proceso arbitral proviene de la circunstancia de haber sido demandada por Confase para efectos de que, de haber lugar a la estimación de sus pretensiones: "se condene al IDU y a TRANSMILENIO S.A., ordenando pagar a éste último; o subsidiariamente al IDU, ordenando pagar a ésta, todos los mayores costos y perjuicios que resulten en favor de CONFASE S.A de la prosperidad de las pretensiones anteriores y que aparezcan debidamente probados en el proceso."

[69] Reverso Folio 72 del C. de Pruebas No. 2.

2.- En tal orden de ideas respecto de Transmilenio se predica la existencia de legitimación procesal, más no de legitimación en la causa por pasiva, entendida como el interés sustancial para pretender una responsabilidad que le es ajena, razón por la que prospera esta excepción, tal como se declara en la parte resolutiva del laudo, así como la inherente a que se declare que tal entidad actúa como simple pagador de acuerdo con lo previsto en el contrato citado.

3.- Consecuencialmente, prospera la excepción de "Inexistencia de solidaridad entre el IDU y TRANSMILENIO S.A. frente a situaciones no pactadas expresamente".

4.- Referente a la pretensión atinente a que "se condene al IDU y a TRANSMILENIO S.A., ordenando pagar a éste último; o subsidiariamente al IDU, ordenando pagar a ésta, todos los mayores costos y perjuicios que resulten en favor de CONFASE S.A de la prosperidad de las pretensiones anteriores y que aparezcan debidamente probados en el proceso.", la excepción de falta de legitimación en la causa pasiva la cobija, pues no puede imponérsele condena alguna dado que la calidad de parte en la ejecución de las obras del Contrato IDU-136 de 2007, y la responsabilidad respectiva, la tiene el IDU y no TRANSMILENIO S.A.

2.5. La excepción de nulidad absoluta del Contrato de Obra IDU 136 de 2007

El IDU y TRANSMILENIO formulan la excepción de nulidad absoluta del Contrato de Obra IDU - 136 de 2007.

2.5.1. La sustentación de la excepción

Para el IDU, la nulidad absoluta "deviene" de la sentencia penal proferida el 24 de agosto de 2011 por el Juzgado 27 Penal del Circuito de Bogotá que aprobó el acuerdo suscrito entre la Fiscalía General de la Nación y el señor Inocencio Meléndez, lo condenó a 90 meses de prisión y multa, como responsable en su calidad de Subdirector Técnico Legal del IDU, de los delitos de prevaricato por acción y omisión e interés indebido en la celebración de contrato sin los requisitos legales, indicando:

> "De allí que el Contrato IDU 136 de 2007, está viciado por causa ilícita en su celebración, debido a que como lo indicó el fallo, el Señor INOCENCIO MELENDEZ ejerció ilegalmente sus competencias y funciones para favorecer la adjudicación de los Contratos IDU 134, 135, **136** y 137 de 2007. Favoreciendo con su actividad la adjudicación de tales contratos a favor de quienes resultaron como contratistas de los mismos."[70]

[70] Folio 168 del C. Principal No. 2.

El señor Meléndez, agrega la sustentación del hecho exceptivo, transgredió los principios de transparencia, selección objetiva, planeación y estudios previos *"que al haber sido violados, hacen nulo el contrato IDU 136 de 2007, por cuanto el consentimiento de la entidad estuvo viciado, amén que el procedimiento para la adjudicación de los contratos no se cumplió en debida forma y de conformidad con la ley. Esta violación al haber sido concertada con los contratistas invalida el consentimiento institucional, pues se expresa de manera contraria a la ley",* presentándose la ilicitud del objeto, por *"haber acordado el señor MELÉNDEZ con un oferente la modificación de las reglas de la licitación pública 022 de 2007 encuadra en la prohibición del numeral 8 del artículo 24 de la ley 80 de 1993 que en lo pertinente dice "igualmente les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto."* y agrega:

> "La acción del funcionario MELÉNDEZ fue determinante de la adjudicación de los contratos 134, 135, **136** y 137 de 2007. De manera que los contratistas obtuvieron el contrato como consecuencia directa de la acción ilícita del citado funcionario, razón por la cual esa acción fue la causa eficiente de la adjudicación y por eso vicia de nulidad el contrato."

Adicionalmente, se argumenta por el excepcionante que otro laudo arbitral del 9 de diciembre de 2013, declaró la nulidad absoluta del Contrato de OBRA IDU-137 de 2007, sus otrosíes, prórrogas y adiciones por objeto ilícito y celebración contra expresa prohibición legal, sustentado en la sentencia dictada por el Juzgado 27 Penal del Circuito.

TRANSMILENIO, tras recordar la "*plena competencia legal"* del Tribunal para decidir la nulidad absoluta del contrato, al tenor del artículo 5º de la Ley 1563 de 2012, fundamenta el "*objeto ilícito que deviene de la sentencia condenatoria",* y la causa ilícita *"por el ejercicio ilegal de las competencias y funciones […] para favorecer a un particular y la violación flagrante*" de los principios de transparencia, selección objetiva, planeación y estudios previos".

Señala que esta sentencia penal concierne a "***los contratos 134 a 130 de 2007***" de la Fase III e incluye el 136 de 2007; precisa en la página 2, párrafo cuarto, las modificaciones contractuales para favorecer a los contratistas con el diseño de faltantes, y en el segundo párrafo de la página 3, que el señor Meléndez "… ***en el contrato 136 de 2007, particularmente, permitió la realización de dos variaciones del presupuesto oficial de la licitación en el desarrollo del proceso de selección,*** *a través del pliego de condiciones, adendas No. 3 y 6,* ***así mismo, la modificación de la experiencia del proponente no corresponde a las necesidades técnicas y financieras del proyecto,*** *conforme el pliego de condiciones, adendas No. 4 y 8…".*

Agrega:

> "El Señor INOCENCIO MELENDEZ ejerció ilegalmente sus competencias y funciones **para favorecer la adjudicación del grupo 4 de la licitación IDU LP-DG 022 de 2007 a**

un conjunto de personas dueñas de las sociedades contratistas (CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. –CONFASE S.A.). El citado funcionario condenado actuó como coautor del punible, conviniendo ayudarles y favorecerlos.

Este hecho afecta el contrato de causa ilícita de lo cual se desprende su nulidad." (Destaco)

"**El Señor INOCENCIO MELENDEZ violó los múltiples principios rectores y normas de la contratación pública entre los cuales figuran:**

- El principio de transparencia.
- Selección objetiva.
- Planeación.
- Estudios previos.

"La violación de estos principios rectores y de la ley hace nulo el contrato No. 136 de 2007 celebrado con IDU por cuanto el consentimiento de la entidad Transmilenio S.A. y del IDU está viciado, además de mal expresado, pues el procedimiento para ello no se cumplió en debida forma y de conformidad con la ley. Esta violación al haber sido concertada con los contratistas invalida el consentimiento institucional, pues se expresa de manera contraria a la ley."

2.5.2. La oposición a la excepción

La Parte Convocante se opuso a la excepción de nulidad absoluta, por cuanto la sentencia del Juzgado 27 Penal del Circuito de Bogotá atañe a la responsabilidad penal del señor Inocencio Meléndez por la adjudicación del Contrato 137 de 2007 y no del Contrato 136 de 2007; los interrogatorios de GUIDO ALBERTO NULE MARINO, MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA, MIGUEL EDUARDO NULE VELILLA, MANUEL ANTONIO GALOFRE AMIN, según esa sentencia dejan entrever la injerencia del procesado para obviar los requisitos en la celebración de los contratos y asegurar los resultados del proceso licitatorio, el favorecimiento confesado por éste refiere únicamente al grupo No. 4, o sea, al Contrato 137 de 2007 adjudicado a la Unión Temporal Transvial y no al 136 de 2007 cuyos objetos son diferentes; la promesa de sociedad futura, hoy Confase S.A, presentó oferta para participar en los grupos 1, 2, 3 y 5 y no en el tramo denominado grupo 4; según la sentencia penal las irregularidades relatadas por Meléndez están recopiladas en el informe No. 573145 del 27 de enero de 2011 y corresponden al Contrato No. 137 de 2007, las personas mencionadas en la misma como son los integrantes de la familia NULE y los abogados, no tienen relación alguna con sus directivos, asesores o personal; y de *"la prueba judicial aportada, sólo se puede concluir que:*

(i) La responsabilidad en materia penal es personal e indelegable, es decir la decisión sólo repercute en el señor Inocencio Meléndez.

(ii) La sentencia aportada, no puede ser tenida como prueba en este proceso ya que CONSTRUCTORA BOGOTA FASE III S.A. no fue parte en ese juicio.

(iii) La CONSTRUCTORA BOGOTA FASE III S.A. nunca tuvo la posibilidad de controvertirla, es decir, no ha podido ejercer su derecho de defensa y debido proceso sobre la misma.

(iv) La presunción de inocencia de CONSTRUCTORA BOGOTA FASE III S.A, así como la de su representante y servidores, no se ha desvirtuado.

(v) La sentencia aportada no declara, ni invalida el Contrato 136 de 2007."

En torno al abuso o desviación de poder destaca la falta de indicación de los motivos torcidos y de prueba alguna, la sentencia penal señala *"que la motivación interna del funcionario condenado fue beneficiar y modificar la experiencia y requisitos exigidos al grupo No. 4, tramo en el cual hemos señalado que CONFASE S.A no participó"*, el proceso licitatorio y la adjudicación del Contrato 136 de 2007, "*tiene un fin constitucionalmente asignado: la consecución del interés general y éste se logró beneficiando a los ciudadanos capitalinos de unas obras que permiten mejorar el medio de transporte de Bogotá*", y el IDU, *"en ningún momento ha desconocido la legalidad de los actos y acuerdos contractuales suscritos entre las partes. Por el contrario, siempre ha exigido la ejecución y cumplimiento de lo que el CONTRATISTA ofertó y firmó a la hora de suscribir el Contrato 136 de 2007 y sus modificatorios."*

En lo concerniente a la celebración contra expresa prohibición legal, insiste en la presunción de inocencia y buena fe, la condena penal relativa al grupo 4 y a un contrato diferente, la carencia probativa de nexo alguno entre el condenado y los directivos de las empresas integrantes de Confase, y la autorización expresa de la celebración del contrato por el artículo 32, numeral 1 de la ley 80.

Puntualiza que los delitos de "interés indebido en la celebración de contratos", "celebración del contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales" , "prevaricato por acción" y "prevaricato por omisión", por los cuales se condenó a Inocencio Meléndez Julio, según las Consideraciones de la sentencia penal, *"se contraen, de modo concreto y específico, al Grupo 4, al Contrato 137 de 2007 a la Sociedad Transvial y a su relación con los señores Guido Nule Marino, Manuel Nule Velilla, Miguel Nule Velilla y Mauricio Galofre Amín".*

No entiende por qué transcurridos dos años de la sentencia penal contra el señor Inocencio Meléndez, el IDU, argumenta y pide al Tribunal declarar la nulidad del Contrato 136 de 2007, sin proceder a hacerlo como autorizan los artículos 44 y 35 de la Ley 80 de 1993. Además, la sola declaración de Inocencio Meléndez no da lugar a la anulación de contratos distintos al 137 de 2007 y agrega:

> "8.4. Los "HECHOS" de la sentencia del Juzgado 27 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de 24 de agosto de 2011, si bien hacen mención a los otrosíes 1 y 2 del Contrato 136 de 2007, no dicen nada más y de ellos no se desprende sindicación alguna contra CONFASE S.A., sus accionistas, administradores o representantes legales. Lo mismo ocurre con las "CONSIDERACIONES" de la sentencia. De hecho debe resaltarse que en reiterados párrafos de la misma, se hace referencia a que las actuaciones del señor Inocencio Meléndez Julio, siempre tuvieron como propósito beneficiar al grupo

empresarial de los señores Nule respecto del Contrato 137 de 2007.

"9. Adicionalmente, y tal como lo expresaron la totalidad de los testigos interrogados sobre el particular, Inocencio Meléndez (a pesar de que aparece firmándolos) no tuvo participación ni en el contrato principal ni en las modificaciones contenidas en los otrosíes 1 y 2."

Concluye que en este contexto, debe respetarse la presunción de legalidad del Contrato IDU 136 de 2007 y de la Resolución 06674 de 21 de diciembre de 2007, a través de la cual se adjudicó el Grupo 3 a la "CONSTRUCTORA BOGOTA FASE III S.A.", también la presunción de veracidad de los otrosíes 1 y 2, y que por todo lo anterior, a este asunto no le es aplicable el laudo arbitral de 9 de diciembre de 2013, que anuló el Contrato 137 de 2007, sus adicionales y otrosíes con fundamento en la sentencia proferida por el Juzgado 27 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá.

2.5.3. El concepto del Ministerio Público

El Señor Procurador Primero Judicial II Administrativo en su juicioso concepto, previa delimitación del litigio, estudia según los preceptos legales, la jurisprudencia y doctrina, la responsabilidad por daño antijurídico, las acciones respectivas, en particular las relativas a controversias contractuales, sus fuentes y pretensiones susceptibles de plantear, la noción de nulidad, tipos, causas y efectos con énfasis en la nulidad absoluta, la legitimación en la causa para invocarla, competencia del juez arbitral y la facultad oficiosa del juzgador para declararla, sintetiza la argumentación y analiza detenidamente la excepción interpuesta, para señalar que:

"De acuerdo a los argumentos anteriormente planteados, la sentencia penal, que condenó a Inocencio Meléndez, al referirse esencialmente al contrato 137 de 2007, **no** tiene la virtualidad de poder inferir que el contrato 136 de 2007 tiene objeto ilícito, y por ende, no se puede declarar la nulidad de este contrato por esta causal u otra que se pudiera derivar de dicho fallo.

"El fallo penal que nos pudiera dar fundamentos para poder inferir o no un objeto ilícito del contrato 136 de 2007, sería el que se produzca en el proceso penal que se sigue actualmente contra la ex directora del IDU Liliana Pardo, por este y otros contratos de la fase tres de Transmilenio y que tiene que ver con su actuación como ordenadora del gasto y capacidad de suscribir contratos, pero este fallo aún no se ha dado.

"En conclusión, esta agencia del Ministerio Público considera que en el presente caso no se dan los elementos configurativos del objeto ilícito en el contrato 136 de 2007, y por ende, no se puede predicar la nulidad absoluta de este contrato por este motivo."

2.5.4. Consideraciones del Tribunal

Para decidir, el Tribunal, se ocupa de los siguientes aspectos:

1. La nulidad absoluta del contrato estatal.

Consta en el expediente la copia del Contrato de Obra IDU - 136 de 2007 suscrito el 28 de diciembre de 2007[71], previa apertura por el IDU según Resolución 4382 del 14 de Septiembre de 2007 de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 y adjudicación mediante Resolución 06674 del 21 de diciembre de 2007, cuyo objeto, según su cláusula 1. es *"la ejecución de la totalidad de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la Calle 26 (Avenida Jorge Eliécer Gaitán) y la carrera 10 (Avenida Fernando Mazuera) del grupo 3"* al sistema Transmilenio en los tramos 4, 5 y 6 descritos, conforme a lo pactado y a los Apéndices A-H y Anexos (Anexo 1 – sobre definiciones del contrato), y el cual se ejecutará "*bajo la modalidad de precio global con ajuste, incluyendo las obras para redes, demoliciones y desvíos, las cuales se ejecutarán bajo la modalidad de precios unitarios con ajustes*".[72]

Es un contrato estatal de obra pública a precio global y unitario con ajustes, celebrado por una entidad estatal "*para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago*", con tipicidad legal, *nomen y disciplina normativa*, bilateral, oneroso, conmutativo, de ejecución sucesiva o progresiva en el tiempo.

Son elementos esenciales del contrato de obra, la obra pública consistente en la construcción, mantenimiento o instalación o la realización de cualquier tipo de trabajo material sobre inmuebles y el precio, sea determinado o determinable, fijo o variable, unitario o global o a alzada.

Al contrato aplican los principios directrices del interés público, social o general, la función administrativa y los servicios públicos (artículos 1º y 209 de la Constitución Política), y se regula de manera preferente, prevalente y singular por la Ley 80 de 1993 y sus normas reglamentarias *"en las materias particularmente reguladas*", y en lo no previsto, por el derecho privado, civil o comercial.[73]

Con arreglo al artículo 44 de la Ley 80 de 1993, régimen jurídico prevalente y preferente aplicable al Contrato de Obra IDU-136 de 2007, los contratos estatales adolecen de nulidad absoluta *"**en los casos previstos en el derecho común** y además cuando:*

> "1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

[71] Folios 72 y ss del C. de Pruebas No. 2.

[72] El contrato ha tenido varios otrosíes (1 a 10), adiciones, prórrogas y la modificación No. 11. El numeral 1.1 del Capítulo 1 del pliego de condiciones, señaló su objeto así: "**CAPÍTULO 1 CONDICIONES GENERALES 1.1 OBJETO DE LA LICITACIÓN** El INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO- IDU, requiere contratar la ejecución de las obras de construcción y todas las actividades necesarias (,,,) GRUPO 3: Adecuación de la Carrera 10 (Avenida Fernando Mazuera) al Sistema TransMilenio en el Tramo 4 comprendido entre Calle 7 y Calle 26, en Bogotá D.C. y el tramo 6 comprendido entre Calle 26 y Calle 34, en Bogotá D.C. y Adecuación de la Calle 26 (Avenida Jorge Eliecer Gaitán) al sistema TransMilenio en el Tramo 5 comprendido entre Carrera 19 y la Carrera 13, incluye conexión operacional con la Troncal Caracas, en Bogotá D.C. y en el tramo 6 comprendido entre Carrera 13 y Carrera 3 y Carrera 3 entre Calle 26 y Calle 19, en Bogotá D.C."

[73] Artículos 3, 13, 32 [numeral 1] y 40 de la Ley 80 de 1993.

> "2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.
>
> "3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.
>
> "4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y
>
> "5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley".

En el "*derecho común*" al cual remite el artículo 44 anterior, la nulidad absoluta del contrato se presenta por la vulneración del derecho imperativo u orden público (*ius cogens*), o las buenas costumbres, la incapacidad absoluta, la ilicitud del objeto y la ilicitud de la causa (arts. 6 y 1741 del Código Civil, y 899 del C. de Co).[74]

Al respecto, el Consejo de Estado, ha dicho:

> "[…] La nulidad absoluta, por su parte, está consagrada en interés general y corresponde a aquellos eventos en los que el desconocimiento de tales formalidades y requisitos configura una seria vulneración del ordenamiento jurídico y reviste una gravedad tal, que el vicio resulta insaneable por ratificación (…)."
>
> "21. La Ley 80 de 1993 dispuso las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, entre las cuales se hallan las consagradas en las normas de derecho privado y además, las establecidas específicamente en el estatuto contractual (artículo 44), de tal manera que los vicios que afectan la validez del contrato y conducen a la declaratoria de nulidad absoluta del mismo, son:
>
> "i) objeto ilícito, ii) causa ilícita, iii) omisión de las formas solemnes en su celebración, iv) incapacidad absoluta de uno de los contratantes (art. 1741, C.C.); v) cuando se contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa (art. 899, C. de Co); la celebración del contrato vi) con personas incursas en causal de inhabilidad o incompatibilidad, vii) contra expresa prohibición constitucional o legal o viii) con desviación o abuso de poder, ix) la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se fundamente el contrato y x) cuando se celebre el contrato con violación de los principios de reciprocidad y de preferencia de ofertas nacionales[75]; la nulidad absoluta, que puede ser alegada por las partes, el agente del ministerio público o cualquier persona que acredite un interés directo (art. 32, L. 446 de 1998), puede ser declarada de oficio y no es susceptible de saneamiento por ratificación (art. 45, L. 80 de 1993);"[76]

[74] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia de 6 de marzo de 2012, Expediente 11001-3103-010-2001-00026-01: y cas. civ. sentencias de 7 de febrero de 2008, exp. 2001-06915-01 y 1º de julio de 2008, ex. 2001-00803-01.

[75] "El legislador dispuso que en los casos de nulidad absoluta por inhabilidad o incompatibilidad, por celebración contra expresa prohibición constitucional o legal y declaratoria de nulidad de los actos en que se fundamenten, el jefe o representante legal de la entidad deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre (art. 45, inc. 2º, L. 80 de 1993)".

[76] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 20 de febrero de 2014, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01678-01(27507). En el mismo sentido, Sección Tercera, Sentencias de 8 de marzo de 2007, Radicación número 20001-23-31-000-1996-02999-01(15052); y del 27 de marzo de 2014, Sección Tercera, Subsección A, Radicación número: 250002326000199802814 01 (26939).

La causal segunda de nulidad absoluta del contrato estatal prevista en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, presupone su celebración "*contra expresa prohibición constitucional o legal"*.

Es menester celebrar el contrato no obstante la prohibición ya constitucional, ora legal, expresa, precisa, explícita, clara e inequívoca[77], "*lo que implica así mismo, que no puede aducirse la causal mediante interpretaciones que conduzcan a deducir la existencia de la supuesta prohibición*".[78]

La nulidad absoluta del contrato estatal celebrado *"con abuso o desviación de poder*" (artículos 24. [8] y 44 [3], Ley 80 de 1993), acontece cuando se celebra por el órgano o autoridad competente en el marco de su competencia observando las formalidades exigibles, para perseguir fines diversos o contrarios a los autorizados en el ordenamiento jurídico[79], es causal autónoma, específica y debe probarse plenamente.[80]

La ilicitud del objeto y de la causa, también invocadas por las excepcionantes, constituyen otras causas de nulidad absoluta, en particular por trasgresión del orden público, normas imperativas, la moralidad colectiva o buenas costumbres, o el interés dispositivo proyectado sobre los bienes o servicios constitutivos de su objeto, lo contraviene.[81]

---

[77] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 24 de abril de 2013, Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02693-01(23042): "Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, (…) razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra. En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso." En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de agosto de 2006, Expediente 31480.

[78] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre de 2012, expediente 17204: *"para la procedencia de la misma, es necesario que el negocio jurídico haya sido suscrito a pesar de la existencia de una prohibición expresa, contenida en la Constitución, la ley o en una norma con fuerza de ley, lo que de entrada descarta la nulidad proveniente del desconocimiento de una prohibición contenida en normas jerárquicamente inferiores, tales como decretos, ordenanzas, acuerdos, etc., debiendo tratarse entonces de una disposición contenida en la Constitución Política, o que haya sido expedida directamente por el legislador o el presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias, en la cual éstos de manera concreta hayan prohibido la celebración de esa clase de contratos, lo que implica así mismo, que no puede aducirse la causal mediante interpretaciones que conduzcan a deducir la existencia de la supuesta prohibición";* 20 de febrero de 2014, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01678-01(27507).

[79] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 22 de marzo de 2007, Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00107-01(28010): "La desviación de poder, en materia contractual, se puede definir, al igual que lo ha hecho la jurisprudencia y la doctrina tratándose de actos administrativos unilaterales, como la función administrativa ejercida por el servidor público, con el propósito de favorecer a un tercero, o a sí mismo, dejando de lado el fin legítimo que persigue la ley con la atribución de la respectiva competencia. (…). De modo que, el marco constitucional y legal prohíbe ejercer la función administrativa dentro de la cual se encuentra la contratación estatal con violación de dichos principios erigidos como orientadores de la gestión pública." Igualmente "... el desvío de poder se configura cuando la autoridad administrativa, con competencia suficiente para expedir un acto adecuado a las formalidades, lo ejecuta con fines distintos de aquellos para los cuales se le otorgó esa competencia, es decir, cuando el acto administrativo se aleja de los fines esenciales del Estado, señalados en el preámbulo y en el artículo 2 de la Constitución Política..."

[80] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 8 de marzo de 2007, Radicación número: 20001-23-31-000-1996-02999-01(15052); 29 de agosto de 2007, Radicación número: 15324; 2 de mayo de 2007, Radicación número: 15599

[81] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia de 6 de marzo de 2012, Expediente 11001-3103-010-2001-00026-01: "[…] no puede ser objeto de "*declaración de voluntad*", "*un hecho moralmente imposible,*

La nulidad absoluta del contrato estatal puede declararse *ex officio* cuando estando plenamente probada, en el proceso han intervenido las partes contratantes - o sus causahabientes-,[82] podrá pedirse por éstas, el Ministerio Público o un tercero con interés directo, invocarse como acción o excepción.

En todo caso, quien solicita la nulidad absoluta, debe alegar la causal precisa, sustentarla y probarla, como lo ha señalado el Consejo de Estado:

> "22. Cuando se alega la nulidad absoluta del contrato estatal, recae sobre el demandante la carga no sólo de aducir alguna de las causales legalmente contempladas para ello, sino además, la de explicar el fundamento fáctico y jurídico de la acusación esgrimida, por cuanto se trata de un requisito de la demanda que se presenta ante esta jurisdicción, según lo establecido en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, de acuerdo con el cual, toda demanda ante la jurisdicción administrativa debe contener, entre otros requisitos, los fundamentos de derecho de las pretensiones y cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo, implica que deben indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación; *"*[l]*a cita de las normas violadas y el concepto de la violación tienen que ver con las acciones de impugnación de actos jurídicos, ya que en éstas la violación de la ley en su expresión específica es causa petendi autónoma para pretender la nulidad del acto. Por esa razón, si el juzgador estudia oficiosamente otras normas diferentes no alegadas estará modificando la demanda en su causa petendi"* afirmación valedera frente al contrato, en la medida en que se trata de un acto jurídico bilateral cuya legalidad se cuestiona cuando se pide la declaratoria de nulidad total o parcial del mismo, solicitud que implica sustentar las razones por las cuales se considera que el negocio jurídico es violatorio de la normatividad a la que se halla sujeto. 23. Lo anterior no implica desconocer la facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato, siempre que la misma esté plenamente demostrada en el proceso y que en éste intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, sino reiterar que el demandante no puede limitarse simplemente a pedir la declaratoria de nulidad de un negocio jurídico para que el juez proceda a su revisión, sino que tiene la carga de sustentar dicha pretensión mediante la alegación de las causales de nulidad procedentes y la aportación o petición de pruebas para la comprobación del vicio presente en el contrato*".* [83]

2.- En el caso presente el Tribunal no encuentra estructurada con caracteres manifiestos u ostensibles alguna causal de nulidad del contrato, ni existe prueba que apunte a su demostración.

Frente a la nulidad invocada a título de excepción, en adición a lo antes expuesto, comparte el Tribunal integralmente las siguientes consideraciones expuestas en el concepto del señor Procurador delegado para este proceso, en cuanto a que:

---

entendiendo por tal el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público" (art. 1518 C.C), "*hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación. Así, la promesa de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto*" (artículo 1519 Código Civil), también "*en todo contrato prohibido por las leyes*" (art. 1523 C.C), "*se entiende por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público*" (art. 1524 C.C.) y *ex* artículo 899 del Código de Comercio, "*será nulo absolutamente el negocio jurídico cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa*" […] (cas. civ. sentencias de 7 de febrero de 2008, exp. 2001-06915-01 y 1º de julio de 2008, ex. 2001-00803-01).

[82] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 9 de julio de 2014, Radicación número: 27001-23-31-000-1991-01898-01(35130):

[83] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 20 de febrero de 2014, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01678-01(27507).

"En la sentencia penal arrimada a este proceso, hay que tener en cuenta que se trata de un proceso penal contra una persona – Inocencio Meléndez, y que éste se acogió al principio de oportunidad y confesó, y el sustentó de la condena, es básicamente su dicho en el proceso penal, y existe una carencia absoluta de un soporte probatorio que corrobore su versión o al menos no es mencionado en el fallo.

"En consonancia con lo anterior, no hay que perder de vista el artículo 232 del CPC, que dice: (…) Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión.

"Lo que nos lleva hacer claridad, que en materia de contratos, la sola declaración de una persona sobre ejecución de contratos, sin soporte de documentos, no es suficiente para probar hechos contractuales y darle la consecuencia jurídica que se persigue. En este caso, si bien es cierto, se trasladó un fallo penal, producto de una confesión y un preacuerdo con la Fiscalía, pero no se trasladó pruebas testimoniales, ni periciales, ni documentales, que permita hacer un mayor análisis de los hechos y en especial en lo que tiene que ver con el contrato 136 de 2007.

"(...) se hace el siguiente análisis por parte de esta agencia del Ministerio Público, en relación si se puede determinar a partir del fallo condenatorio de Inocencio Meléndez, la posible existencia de la causal de nulidad del contrato 136 de 2007, por objeto ilícito, que llevaría a la nulidad absoluta de este contrato.

- En el fallo penal en comento, se puede determinar que el mismo se produjo por las conductas, acciones y omisiones desplegadas por Inocencio Meléndez, y relacionadas con el contrato 137 de 2007
- Que aunque en el mismo fallo se hace alusión a otros contratos y a supuestas irregularidades cometidas por Inocencio Meléndez, entre los que se encuentra el 136 de 2007, estás no fueron el soporte principal y determinantes para su condena. Y por tal razón, si no fueron determinantes y no fueron el fundamento básico de la condena, mal podrían si ser determinantes para que se declare en este trámite arbitral del contrato 136 de 2017, el objeto ilícito y la nulidad del contrato.
- El soporte de documental y probatorio del fallo es muy precario y contiene muchas generalidades, que no permiten soportar en pruebas concretas e individualizadas las imputaciones que se hacen.
- En el fallo se dice que Inocencio, fue vinculado por el IDU mediante Resolución del 16 de marzo de 2007 en la Dirección Técnica Legal y posteriormente nombrado Subdirector Jurídico, mediante Resolución del 24 de abril de 2009; **En el fallo se dice que en desarrollo de sus funciones emitía conceptos, coordinaba y controlaba los contratos.**

"Este punto es de especial relevancia, puesto, que si se observa que Inocencio Meléndez, solo ejercía funciones de emitir conceptos, coordinación y control a los contratos, pero en las mismas no estaban las de: adjudicar contratos, suscribir contratos, suscribir prórrogas, suscribir contratos adiciones y mucho menos la ordenación del gasto. Lo anterior guarda consonancia con el numeral 5° del artículo 26 de la Ley 80 de 1995, que dice: La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del luego, jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma. Luego, las funciones anteriores estaban en cabeza de la doctora Liliana Pardo, quien era la Directora del IDU para la época, y quien suscribía los

> contratos, y en dicho fallo penal no se establece el grado de participación de ella en las conductas por las cuales se sancionó a Inocencio Meléndez y tampoco se estableció si las conductas asumidas por Inocencio, fueron determinantes o no para la suscripción del contrato 136 de 2007, por parte de la doctora Pardo. Esta agencia, no comprende por qué se condenó a Inocencio Meléndez por el delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales, si este no suscribió ningún contrato ni tenía poder decisorio".

En su concepto el Ministerio Público, estudia el principio de planeación conforme al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia del Consejo de Estado[84] para indicar que su vulneración no genera nulidad absoluta del contrato[85] y concluir:

> "Argumentos, estos últimos que comparte en su integridad esta agencia del Misterio Público, luego considero que no existe ilicitud del objeto, por violación del principio de planeación, y por ende, tampoco nulidad absoluta del contrato, por lo que no se desarrollara el tema si existió o no falta de planeación, teniendo en cuenta lo irrelevante para determinar la ilicitud del objeto, por carencia del mismo".

Atendidas las anteriores consideraciones, para el Tribunal es evidente que la actuación penal que concluyó con la sentencia condenatoria en contra del entonces funcionario del IDU doctor Inocencio Meléndez y asumiendo que el traslado de la prueba documental se hizo legalmente, concierne con un contrato que tuvo partes y objeto diferente y ella no contiene elemento alguno que permita predicar la existencia de nulidad del Contrato IDU – 136 de 2007 y, por tales razones, se niega su declaración.

2.6. La excepción de nulidad absoluta de los otrosíes números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 al Contrato de Obra IDU 136 de 2.007 y nulidad absoluta de los contratos adicionales números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, y 9 y las prórrogas al Contrato de Obra 136 de 2007

2.6.1. La sustentación del hecho exceptivo

Se fundamenta en que todos los referidos otrosíes y contratos adicionales se suscribieron sin que en ellos interviniera TRANSMILENIO y es así como destaca varios textos del Contrato 136 de 2007 que prevén la intervención de la mencionada entidad para concluir que TRANSMILENIO es:

> "(…) parte del contrato aludido y por lo tanto cualquier decisión que se tome dentro del mismo, sea con la firma de un otrosí, prórroga o adición la afecta y le trae consecuencias (…) Como consecuencia de esta excepción el Contrato de OBRA IDU 136 de 2.007, nunca fue modificado válidamente por las Partes firmantes del mismo y, por tanto, las condiciones del Contrato son las únicas aplicables a las relaciones jurídicas y económicas de las Partes. Al carecer de la suscripción de TRASMILENIO S.A. de los otrosíes, prórrogas y adiciones al contrato IDU 136 de 2007, se violó la solemnidad

[84] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de agosto 22 de 2013. Expediente: 22974; Sección Tercera, Sentencia de Mayo 8 de 2013. Expediente: 24510; Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 13 de junio de 2013, Radicación: 66001-23-31-G0G-19S8-GO885-01.
[85] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta, Sentencia de Tutela del 21 de agosto de 2014.

establecida en el artículo 41 de la ley 80 de 1.993 puesto que no cumplieron con el requisito de la participación de Trasmilenio S.A. como contratante."[86]

2.6.2. La oposición a la excepción

Se desarrolla por CONFASE señalando que no le asiste razón al IDU en la excepción propuesta "pues en virtud del Convenio Interadministrativo suscrito entre el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- y la Sociedad para el Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A. de 20 de Septiembre de 2001, esta última entidad tiene exclusivamente el carácter de pagador, mientras que el IDU es el encargado de la ejecución contractual del mismo."

Destaca que en las hojas número 2, 3 y 4 del Contrato de Obra 136 de 2007, se dispuso lo siguiente:

- "TRANSMILENIO S.A. quien suscribe el Contrato, **exclusivamente en su calidad de pagador de las obligaciones dinerarias a favor del CONTRATISTA**, previa solicitud expresa y escrita del IDU".

- "El IDU, de manera autónoma y bajo su responsabilidad, iniciará, tramitará y llevará hasta su culminación, los procesos de contratación que sean requeridos para la ejecución de las obras de infraestructura física de las troncales del sistema TRANSMILENIO S.A. (…)."

- "**La coordinación, vigilancia y control de la ejecución de los Contratos estará a cargo y bajo la responsabilidad exclusiva del IDU**."

- "Adicionalmente, **será el IDU, quien autónomamente definirá las eventuales modificaciones a los contratos, por cualquier causa. TRANSMILENIO S.A. no participará, ni será responsable, de estas labores**, **salvo por la obligación del manejo presupuestal y de realizar los pagos a los contratistas a que se refieren los numerales siguientes**". (Destacado fuera de texto).

- "Será el IDU el único responsable de definir la necesidad de estos recursos, dentro del límite de las apropiaciones presupuéstales con que cuenta TRANSMILENIO S.A., y hacer la solicitud correspondiente a TRANSMILENIO S.A., **para que esta última entidad expida los certificados de disponibilidad presupuestal respectivos**."

- "**TRANSMILENIO S.A. asumirá directa y únicamente la obligación de hacer los pagos a los Contratistas con cargo a su presupuesto, para lo cual hará los registros presupuéstales que ordena la ley**. Únicamente para esos efectos, TRANSMILENIO S.A. concurrirá, conjuntamente con el IDU, en los términos del presente convenio, a la firma de los contratos, modificaciones, otrosíes o cualquier otro documento en donde consten tales obligaciones de pago, estrictamente en su calidad de pagador. En todo caso, se entiende, y así quedará consignado en los contratos que se celebren, que los pagos que debe hacer TRANSMILENIO S.A. a los contratistas, sólo se harán previa orden expresa y escrita del IDU." (Subrayado Nuestro) (sic).

Todo lo cual lo lleva a concluir que:

[86] Folios 177 y 178 del C. Principal No. 2.

"3.4 Con arreglo a las anteriores disposiciones contractuales, queda claro que el IDU era autónomo para adelantar las modificaciones al contrato que considerara pertinentes para la viabilidad del proyecto. En las mismas TRANSMILENIO S.A., por expresa estipulación no tenía la obligación de participar, pues ello sólo le correspondía en lo relativo al manejo presupuestal y a la labor de efectuar los pagos pertinentes.

"3.5 Además de la claridad de las estipulaciones referidas, el propio IDU así lo hizo expreso en la mayoría de Otrosíes que se suscribieron en desarrollo del Contrato de Obra 136 de 2007, en los que se estableció lo siguiente:

> "**El presente documento no es suscrito por TRANSMILENIO S.A., toda vez que en atención al Convenio No. 020 de 2001 y la cláusula primera de la modificación No. 5 al mismo, no es de su competencia la firma de estos documentos, en virtud a que sólo actúa como pagador**."

"(...) 3.6.2 Lo anterior queda ratificado con el hecho cierto de que TRANSMILENIO S.A. ha desembolsado los recursos que se han requerido durante la ejecución contractual, sin haber manifestado su oposición en razón de no haber suscrito los otrosíes o modificatorios que ahora el IDU cuestiona."[87]

2.6.3. El concepto del Ministerio Público

El señor Procurador delegado para este proceso señala con relación al punto que la excepción debe ser negada debido a que no era requisito condicionante de existencia y validez de los otrosíes y contratos adicionales la intervención en ellos de TRANSMILENIO y al respecto señala que no era pertinente que esos otrosíes y contratos adicionales los suscribiera TRASMILENIO por referirse a obras dado:

"que se encuentra probado que de acuerdo con el texto del Contrato IDU No 136 de 2007, el contenido obligacional de obras se encuentra en cabeza del IDU y la obligación de efectuar los pagos se radicó en cabeza de TRANSMILENIO S.A. según autorización previa que emitiera el IDU en desarrollo del objeto contractual."

2.6.4. La decisión de la excepción

Las consideraciones que se exponen acerca de este punto en el concepto del señor Procurador Delegado las hace suyas el Tribunal por compartirlas dado lo atinado de señalar:

"Siguiendo la clasificación de los contratos como principales y accesorios, es claro que en el presente caso el contrato principal es el No 136 de 2007, suscrito el 28 de diciembre de 2007, y todas las adiciones, otrosíes y reformas que se efectuaron con posterioridad a la fecha de celebración del contrato se adaptan a la categoría de contratos accesorios que se integran al contrato principal sin necesidad de la participación de TRANSMILENIO S.A., tanto es así que la empresa TRANSMILENIO S.A efectuó los pagos autorizados por el IDU en desarrollo del contrato sin haber concurrido a la suscripción y firma de todos y cada uno de los otrosíes y adiciones.

"Es cierto que el adicional es un acuerdo de voluntades que genera obligaciones respecto de los suscribientes. No obstante, en estos otrosíes no se establece obligación clara y directa con respecto a TRANSMILENIO S.A., por lo que no tiene razón que el otrosí no le

[87] Folio 294 y reverso del C. Principal No. 2.

es oponible a él, es decir, sí le es oponible porque no vincula a TRANSMILENIO S.A., pues no le impone obligaciones adicionales distintas a la primigenia obligación general de pago. TRANSMILENIO S.A. no acogió obligación nueva pero no hay que perder de vista que la obligación de pago de toda la ejecución contractual que se materializaba con la orden de pago que le diera el IDU en los términos planteados deviene del contrato primario. Luego, si en dicho adicional se generaba un pago a favor del contratista, el hecho de no haber suscrito por parte de TRANSMILENIO S.A. el otrosí, no lo exonera porque su obligación no deviene del otrosí sino del contrato principal**. En ningún adicional se le impuso nueva carga distinta a la primera, por lo que no era necesario que suscribiera el otrosí. Entonces, para efectos de validez de los contratos adicionales por el solo hecho de no haberlos firmado TRANSMILENIO S.A no afecta su validez por lo anteriormente expuesto."** (Resalta el Tribunal)

"Igualmente, consideramos que el hecho de que no suscribir los otrosíes con el IDU no los vicia, no afecta su oponibilidad frente a terceros, a lo máximo se estaría **incumpliendo una obligación contractual** de TRANSMILENIO S.A., por no haberlos suscrito, pero no vicia el contenido obligacional del contrato, suscrito por las dos partes.

"En este mismo sentido, no podemos olvidar que el numeral 4 de la cláusula segunda del Convenio Interadministrativo 20 de 2001 celebrado entre el IDU y TRANSMILENIO S.A. disponía que "*TRANSMILENIO asumiría directa y únicamente la obligación de hacer los pagos a los contratistas con cargo a su presupuesto, para lo cual haría los registros presupuestales que ordena la ley. Únicamente para estos efectos, TRANSMILENIO concurriría, conjuntamente con el IDU, en los términos del Convenio, a la firma de los contratos, modificaciones, otrosíes o cualquier otro documento en donde constaran tales obligaciones de pago, estrictamente en su calidad de pagador. En todo caso, se entendería, y así quedaría consignado en los contratos que se celebraran, que los pagos que debía hacer TRANSMILENIO a los contratistas, sólo se harían previa orden expresa y escrita del IDU*". Sin embargo, esta disposición fue modificada el 20 de junio de 2008 y su nuevo texto quedó así:

> "...*4. La responsabilidad en la elaboración, expedición, realización, suscripción v celebración de los actos y actuaciones administrativas precontractuales, contractuales y poscontractuales, corresponderá a las distintas dependencias v funcionarios del IDU, según su régimen legal de competencias, delegación y desconcentraciones. 5. A TRANSMILENIO S.A. le corresponde ejecutar las decisiones y solicitudes que le realice y ordene el IDU, en desarrollo y ejecución de las obligaciones adquiridas en virtud del Convenio No. 20 de 2001*."

"De conformidad con la modificación, "*se eliminó la obligación de TRANSMILENIO consistente en suscribir los contratos, sus otrosíes, modificaciones o adiciones, razón por la cual, a partir del 20 de junio de 2008, esta entidad ya no concurre a la firma de ninguno de tales documentos, así fuera en su condición de pagador.*"

En adición a lo antes transcrito, se pone de presente que de la interpretación del Contrato de Obra IDU-136 de 2007, sus antecedentes formativos, el Convenio Interadministrativo 20 de 2001, el marco jurídico del sistema Transmilenio, con base en lo cual fue suscrito aquél y éste por TRANSMILENIO S.A., la expresa manifestación de su representante legal, conocida y aceptada por las partes, al firmarlo exclusivamente en calidad de pagador de las obligaciones económicas previa, expresa y escrita autorización u orden de la entidad contratante, circunstancia plasmada en su texto, también conocida y aceptada por las partes, el Tribunal ha concluido que no es parte en sentido sustancial del mencionado

contrato, por razones que no es del caso repetir pero que tienen plena aplicación en orden a la decisión de este hecho exceptivo.

Tal entendimiento queda además reiterado al dejarse consignado expresamente en los otrosíes, contratos adicionales y todos aquellos cuya nulidad se solicita firmados luego del 20 de junio de 2008 por el IDU y el contratista que "**El presente documento no es suscrito por TRANSMILENIO S.A., toda vez que en atención al Convenio No. 020 de 2001 y la cláusula primera de la modificación No. 5 al mismo, no es de su competencia la firma de estos documentos, en virtud a que sólo actúa como pagador**."[88], a más que TRASMILENIO jamás en el desarrollo del contrato y no obstante cumplir su obligación de pagar, una vez recibida la autorización u orden expresa, previa y escrita de pagar del IDU las obligaciones económicas contraídas bajo esos otrosíes y adicionales, se rehusó u objetó por el hecho de no haber comparecido a suscribir esos acuerdos adicionales.

Es que, si en rigor fuera parte en sentido sustancial, y *estricto sensu* no lo es, sino simple pagador, y no hubiera suscrito el contrato en esa calidad exclusiva de pagador, en observancia del orden jurídico, el régimen de la contratación pública, las normas presupuestales y la disposición de los recursos públicos, ni el IDU podía ni debía impartir la orden de pago, ni TRANSMILENIO, podía ni debía pagar compromiso económico alguno derivado de esos otrosíes y adicionales, so pena de incurrir en flagrante violación de la ley, la contratación y el manejo de recursos públicos.

Adicionalmente el planteamiento es dicotómico: se invoca la calidad de parte del contrato, cuando en verdad como concluyó el Tribunal, no se tiene, ni se ostenta en sentido material, para pedir la nulidad de los otrosíes, adicionales y modificatorios por no haberlos celebrado debiendo hacerlo, y se argumenta la no calidad de parte, sino la de pagador para eximirse de responsabilidad por el incumplimiento del contrato, la responsabilidad y prestaciones indemnizatorias.

En tal orden de ideas no es admisible que se quiera por las demandadas erigir como causal de nulidad circunstancia originada, conocida y reiteradamente respetada, dadas sus múltiples menciones, para al final de cuentas alegar que lo por ellas propiciado es motivo de nulidad y menos cuando dicha circunstancia, atendida la calidad de pagador de TRASMILENIO y no de parte en sentido sustancial, no es motivo erigido en la ley para efectos de anular el negocio jurídico.

Se concluye así que esta excepción no prospera y así se declara en la parte resolutiva del laudo.

[88] Hoja No. 8 del Otrosí No. 8 del 21 de septiembre de 2011, Cláusula quinta (Reverso folio 344 del C. de Pruebas No. 2). Con idéntica redacción la cláusula décima segunda de la Adición en Valor No. 8 y Otrosí No. 9 del 16 de diciembre de 2011, folio 362 del C de Pruebas No. 2. También la prórroga No. 1 del 9 de abril de 2012 al Contrato Adicional No. 3 en la cláusula quinta, Folio 371 del cuaderno No. 1 y la prórroga No. 3 y adición No. 6 del 16 de diciembre de 2010 cláusula tercera, documento aportado por el IDU, Folio 164 del C. de Pruebas No. 9.

3. LA TACHA DE SOSPECHA

En audiencia del 26 de junio de 2014, la Parte Convocante, tachó de sospechoso el testimonio del Ingeniero Pablo Emilio Morales Torres, coordinador y director designado de la interventoría "del Grupo III correspondiente a la Carrera 10ª tramos IV y V y Calle 26 tramos V y VI", por su interés en las resultas del proceso derivada de su intervención directa en la problemática vinculada al rajón según decisiones adoptadas en comunicaciones del 16 de septiembre de 2010 y diciembre de 2008 en el sentido de expresar su colocación "a todo lo largo y ancho de la 26 y no en sitios puntuales como habían establecido los estudios y como había establecido el IDU", así como por estar afectada su imparcialidad en torno a las alegadas falencias de diseño y a la Estación Central.

A la tacha se opuso la Parte Convocada al no existir los motivos en que se funda.

En la audiencia del 26 de junio de 2014, TRANSMILENIO formuló tacha de sospecha a la testigo Claudia Tatiana Ramos Bermúdez, ingeniera civil especialista en vías terrestres, quien trabajó en INVIAS, el IDU y CONFASE, porque en su sentir, encuentra "*afectación e interés marcado de la testigo en las resultas del proceso, durante todo su interrogatorio ella ha manifestado yo reclamo, nosotros reclamamos, nosotros, es una postura muy sugerida en ese punto y fuera de eso que ha sido empleada de dirección y confianza de la entidad como dice fue directora y asesora y emite conceptos personales y propios, lo cual pone en tela de juicio su credibilidad porque está en respaldo de sus propias afirmación y su propio concepto, no digo nada más".*

A la tacha se opuso la Parte Convocante por idénticos motivos a los de la oposición a la formulada respecto del interventor.

En audiencia del 17 de junio de 2014, TRANSMILENIO tachó de sospechoso el testimonio del Ingeniero Gregorio Pablo Augusto Rentería Antorveza, fundado en *"la animadversión y conceptos preconcebidos de experiencias anteriores, las cuales están afectando directamente el ánimo del testigo frente al IDU, frente a las obras que él realizó",* estar "imbuido por una subjetividad extrema, que deviene de animadversión, prejuicios frente a las condiciones profesionales de los funcionarios del IDU y porque le pararon una obra 2 meses, que él mismo confesó en su testimonio (páginas 39 y 40 del testimonio en cita", admitiendo *"los sentimientos de animadversión, conflictos personales con el IDU, así como con sus funcionarios y prejuicios frente a los funcionarios jóvenes o más jóvenes que él que laboran o laboraban en ese momento en el IDU"*.[89]

[89] El testigo dijo: *"*porque aquí la calidad de los proyectos que se licitan son para mi una vergüenza, en todos los ámbitos del país, que pena con ustedes y entonces trato de evitarme el término de la licitación porque se que si les digo la verdad no licitan. DR. GNECCO: Explique o ilustre al Tribunal la razón de su dicho o por qué usted manifestó que no le gusta trabajar con el IDU. DR. LOPEZ: La pregunta ha lugar y la puede responder.SR. RENTERIA: Por una razón, porque ahí no trabaja uno con ingeniería, sino con una cantidad de problemas legales y sobretodo lo que más me choca son los problemas ambientales, a mi me pararon una obra 2 meses por un chamizo que no tenía ya ni hojas y el individuo nos paró la obra 2 meses, una vaina de 2 metros porque se le dio la gana a una china ambientalista, entonces no me gusta que una persona que lleva un año de graduada, se tire una empresa y se tire a todos los que sabemos cómo son las cosas por un simple chamizo, el individuo arbóreo estaba enfermo y había que

El legislador contempla la sospecha de testigos cuando en concepto del juez, estén en circunstancias que afectan su credibilidad o imparcialidad por parentesco, dependencia, sentimientos o interés con las partes, apoderados, antecedentes personales u otras causas (art. 217 C. de P.C.).

A pesar de los motivos de sospecha, el testimonio debe apreciarse por el juez de manera más estricta con las demás pruebas y en el marco de las circunstancias en concreto (art. 218 C. de P.C)[90] por cuanto, "*la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquél por el que deben pasar las declaraciones de personas libres de sospecha*",[91] y ésta, "*no descalifica de antemano —pues ahora se escucha al sospechoso—, sino que simplemente se mira con cierta aprehensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha, haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después —acaso lo más prominente— halla respaldo en el conjunto probatorio*", de donde, es menester demostrar que "*la propia versión testifical no permite concederle, por ningún motivo, credibilidad; en una palabra, demostrar, con la labor crítica inherente, que lo declarado por el testigo, antes que enervar la desconfianza con que se lo mira de comienzo, acabó confirmándolo. Porque, insístase, lo sospechoso no descarta lo veraz.*"[92]

Por lo anterior, el juzgador debe recibir la declaración, considerar las causas de la sospecha, determinar el grado de convicción del testimonio y, en general, apreciarlo *"de acuerdo con las circunstancias de cada caso"* (Artículo 218 C. de P. C), para precisar si la ocurrencia de alguna de las razones disciplinadas en el ordenamiento, *verbi gratia,* el parentesco, la dependencia, el interés y relaciones con las partes o sus apoderados, afectan la credibilidad o veracidad del testigo.

Debe advertirse la necesidad de apreciar el marco de circunstancias específico, sin que por sí mismas la simple presencia de alguna de las causas normativas en el declarante comporte desestimar su credibilidad, siendo preciso que su dicho no corresponda a la verdad de lo declarado, por ser contrario a la realidad, o porque, se expone en forma sesgada, parcial o carente de objetividad para provocar un yerro en el juzgador.
En el caso concreto, para el Tribunal las decisiones adoptadas por la interventoría con la participación del ingeniero Pablo Emilio Morales Torres a propósito del rajón, Estación Central y los diseños, reflejan su perspectiva respecto de la problemática planteada y de suyo no configuran circunstancias de las cuales pueda desprenderse un interés directo en las resultas del proceso o la afectación de su imparcialidad. Por esto, se desestimará la tacha y valorará su testimonio dentro del

esperar 3 meses a que se mejorara el individuo arbóreo, eso es ridículo en este país".

[90] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sala de Casación Civil, Sentencias de 11 de febrero de 1979, 30 de noviembre de 1999. G.J. t. CCLXI. Vol. II, pág. 1231, 19 de agosto de 1981 y 22 de Febrero de 1984.

[91] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sala de Casación Civil, Sentencias de 19 de septiembre de 2001, Exp. 6624; 26 de octubre de 2004, Exp. 9505 y 28 de julio de 2005, Exp. 6320.

[92] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de febrero de 1980.

marco de circunstancias respectivo con los restantes elementos probatorios decretados y practicados en proceso.

Por idénticas razones, de las relaciones o nexos profesionales preexistentes entre la testigo Claudia Tatiana Ramos Bermúdez con el IDU y CONFASE, su otrora calidad de directora, asesora y empleada de dirección o confianza, o postura personal respecto de la liquidación del contrato, tampoco puede inferirse de suyo un interés en las resultas del proceso o afectación de su imparcialidad, de donde, la tacha se desestima y su declaración será igualmente apreciada teniendo en cuenta sus particularidades con los demás elementos probatorios.

De otra parte, las simples manifestaciones críticas del Ingeniero Gregorio Rentería sobre la experiencia de los jóvenes profesionales vinculados a un proyecto y a los problemas legales o ambientales por los cuales le pararon una obra dos meses, podrían generar alguna duda. Empero, fueron declaradas espontáneamente, no constituyen por si mismas animadversión, concepto preconcebido, prejuicio o subjetividad, los asuntos son diferentes y las calidades personales, éticas y profesionales del testigo, bastan para desestimar la tacha por sospecha, eso sí, su testimonio será apreciado con las restantes pruebas del proceso conforme al ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, se declararán infundadas las tachas de sospecha de los testigos Pablo Emilio Morales Torres, Claudia Tatiana Ramos Bermúdez y Gregorio Pablo Augusto Rentería Antorveza.

4. LAS PRETENSIONES Y LAS RESTANTES EXCEPCIONES FORMULADAS

La *litis* deriva del Contrato de Obra 136 de 2007 celebrado el 28 de diciembre de 2007 por el IDU, en calidad de CONTRATANTE, CONFASE en carácter de CONTRATISTA y TRANSMILENIO, en condición de *"pagador de las obligaciones dinerarias a favor del Contratista, previa solicitud expresa y escrita del IDU*", en torno al cual, la Convocante formula las pretensiones que se enuncian, estudian y deciden, en su orden, con la advertencia de que todas ellas conciernen exclusivamente con las relaciones contractuales de quienes fueron parte sustancial del contrato de obra, o sea el IDU y CONFASE, tal como antes quedó determinado. Para adoptar su decisión, el Tribunal ha estudiado el material probatorio que surge del aporte de las pruebas documentales y práctica de las testimoniales y periciales, análisis crítico que ha sido determinante para el sentido de la decisión del laudo.

Empero, es menester dejar sentadas algunas consideraciones especiales en lo atinente con las pericias técnica y financiera practicadas por solicitud de la parte demandante y aportada en la debida oportunidad por la misma, de lo que se infiere que contó la parte demandada con la posibilidad de realizar su contradicción si así lo hubiera estimado necesario.

La legislación procesal colombiana permite, desde hace veinticuatro años, la aportación del dictamen pericial practicado por iniciativa de la parte, pues se consagra por vez primera en el art. 21 del decreto 2651 de 1991[93], estatuto promulgado por la comisión legislativa especial creada por la Constitución de 1991, norma que, entre otras, se adopta como legislación permanente por el art. 162 de la ley 446 de 1998.

Claro ha quedado durante cerca de cinco lustros de empleo de la disposición, que esta modalidad probatoria facilita a las partes la contratación de expertos, que bajo los presupuestos de independencia e imparcialidad propias de esta prueba, rindan sus opiniones calificadas sobre "hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos", pero, acatando el principio del debido proceso, para ser avaluadas por el juez, se requiere surtir el trámite propio de la contradicción de este clase de prueba. Es por eso que la otra parte siempre cuenta con la facultad de ejercitar el derecho de contradicción del mismo, bien argumentando los motivos que podrían descalificar total o parcialmente la opinión del experto, bien objetándolo por error grave, pues no sobra mencionar que el entendido generalizado acerca de que no es posible objetar los dictámenes periciales por error grave no es cierto[94], puesto que lo que se eliminó, en buena hora, fue el tortuoso trámite de la objeción por error grave, tal como lo precisó el estatuto arbitral en el art. 31. Por esa razón cuando se ejercita el derecho de adjuntar en las oportunidades probatorias un dictamen elaborado por solicitud de parte, la otra cuenta con los mecanismos procesales aptos para controvertirlo y caso de que no lo haga, en principio, muestra conformidad con sus alcances, lo que no puede entenderse como que la experticia se torna imperativa en sus conclusiones.

Ciertamente, esta circunstancia no significa que el juez quede relevado del análisis crítico de ese medio probatorio, porque con o sin observaciones frente al mismo, está en el deber de estudiarlo para desentrañar su alcance, de manera que si surgen bases para considerarlo atinado por estar debidamente fundamentado, la ausencia de controversia da mayor seguridad para guiarse, en lo que fuere pertinente, por lo indicado en dicha prueba, tal como en este caso sucede, debido a que la parte demandada, a lo largo de todas sus actuaciones procesales, no presentó observación o censura a dichos trabajos.

En este orden de ideas, el Tribunal deja sentado que el dictamen técnico del experto Alfredo Malagón[95], apoyado con el de JEGA Accounting House Ltda.[96],

---

[93] Dispone la norma: "En todo proceso las partes de común acuerdo pueden, antes de que se dicte sentencia de primera o única instancia o laudo arbitral, realizar los siguientes actos probatorios". Presentar informes científicos, técnicos o artísticos, emitidos por cualquier persona natural o jurídica, sobre la totalidad o parte de los puntos objeto de dictamen pericial; en este caso, el juez ordenará agregarlo al expediente y se prescindirá total o parcialmente del dictamen pericial en la forma que soliciten las partes al presentarlo."

[94] Proviene el error de la errada apreciación del art. 25 de la ley 1395 de 2010 que señala al reformar el art. 432 del C. de P.C. y al referirse a la práctica de la prueba pericial en el literal a) del numeral 2º que: "En ningùn caso habrá lugar a la objeción del dictamen", cuando lo que determina el alcance de la disposición es suprimir el trámite de la objeción por error grave. La incertidumbre la disipa el art. 31 de la ley 1563 de 2012, al indicar que: "En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción de dictamen por error grave".

[95] C. de Pruebas No. 11.

[96] C. de Pruebas No. 12.

reúne las bases adecuadas para guiar la decisión del Tribunal en varios de los puntos allí establecidos, por tratarse de estudios provenientes de expertos en la materia, presentados con soportes y análisis razonados, de modo que se deja sentado que, en especial en lo que tiene que ver con la cuantificación de las condenas a que haya lugar, temas frente a los que las dos experticias son concordantes, complementarias y versan sobre especiales aspectos científicos sobre los que el concepto del juez requiere de su sustento, a ellas se acudirá para guiar el criterio decisorio.

4.1. Las pretensiones declarativas de la demanda arbitral reformada

4.1.1. Pretensiones relacionadas con los diseños y obras correspondientes a la Estación Central-Conexión Operacional de la Troncal Caracas y Calle 26

Pide la demandante, declarar que por las falencias, errores y deficiencias de los estudios y diseños entregados por la entidad Contratante para hacer viable su construcción, debió elaborar nuevos diseños[97], habiendo ejecutado con éstos, obras que no debía sufragar a su costa, distintas de las previstas en los diseños entregados, en el presupuesto del valor global de construcción de la Licitación Pública y en el Contrato[98], siendo improcedentes y constitutivas de incumplimiento las decisiones adoptadas por el IDU y la interventoría al considerar los nuevos diseños como ajuste[99] y por esa virtud, se le reconozcan los mayores costos de los mismos y el valor de las obras no previstas ejecutadas con éstos.[100]

a. La argumentación de la Convocante

Para la Parte Convocante, los diseños del IDU para la Estación Central, "*además de incompletos, no eran definitivos ni construibles",* sus planos concernían a las

[97] Pretensión 1.1."Que debido a las falencias, errores y deficiencias de los estudios y diseños entregados por el IDU a CONFASE S.A. y para hacer viable su construcción, CONFASE S.A. tuvo que elaborar nuevos diseños para la Estación Central - Conexión Operacional de la Troncal Caracas y Calle 26."

[98] Pretensión "1.2. Que para la construcción de la Estación Central - Conexión Operacional de la Troncal Caracas y Calle 26, CONFASE S.A. ejecutó, con base en los diseños que ella misma elaboró y no con los del IDU, obras que no debía sufragar a su costa y que difieren de las previstas por el IDU en sus diseños, en el presupuesto del valor global de construcción de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 y en el Contrato IDU 136 de 2007".

[99] Pretensión 1.3. Que son improcedentes y constituyen incumplimiento contractual y legal: a) Las decisiones del IDU de considerar los nuevos diseños como ajuste (contenidas en los oficios IDU 029772 STEST -346 del 3 de mayo de 2010 y STEST – 201034600488781 de 23 de septiembre de 2010) y las de su representante en el Contrato IDU 136 de 2007 (contenidas en la comunicación de la Interventoría IML-1-172-1702-10 del 23 de agosto de 2010), b) La decisión del IDU contenida en el Acta No. 5 de Arreglo Directo del 28 de junio de 2011, en la que la Entidad ratificó la negativa de reconocer los nuevos diseños como ajuste y resolvió negar a CONFASE S.A. el pago de las mayores cantidades de obra no previstas y ejecutadas en la citada Estación Central, aduciendo que "*no se acepta efectuar la valoración teniendo en cuenta que no se han modificado las condiciones originales del proyecto*".

[100] "Pretensión 1.4. Que como consecuencia de lo anterior y de la oposición de CONFASE S.A. a la decisión del IDU a que se refiere la pretensión 1.3, se le reconozcan a CONFASE S.A., teniendo en cuenta lo solicitado en esta demanda y lo que resulte probado en el proceso, lo siguiente: a) Los mayores costos en que la misma incurrió para actualizar y elaborar los nuevos diseños de la Estación Central Conexión Operacional de la Troncal Caracas y Calle 26.b) Las obras no previstas en la Licitación Pública IDU- LP- DG-022-2007 y en el Contrato IDU 136 de 2007, ejecutadas con base en los nuevos diseños actualizados en la Estación Central Conexión Operacional de la Troncal Caracas y Calle 26."

obras iniciales previstas en los pliegos de la licitación pública modificados por el Adendo 3 y fueron excluidos del alcance del Contrato.

Esta circunstancia está plenamente probada con las comunicaciones CBF-I-01-074-0 -"Observaciones a la Geotecnia de la Calle 26"-, del 24 de julio de 2008, CBF-I-01-088-08, del 01 de agosto de 2008, CBF-I-01-128-08 del 22 de agosto de 2008, CBF-I-0168-08 del 11 de Septiembre de 2008, CBF-I-0217-08 de 29 de septiembre de 2008 -en respuesta a las Nos. IML-1-172-0327-08 de 10 de Septiembre de 2008, IML-1-172-0356-08 de 16 de septiembre de 2008 e IML-1-172-0369-08 de 19 de septiembre de 2008 de la Interventoría-, CBF-I-0258-08 del 21 de octubre de 2008 y CBF-I-0267-08 del 30 de octubre de 2008, las de la Interventoría IML-1-172-0269-08 del 29 de agosto de 2008, IML-1-172-0350-08 del 12 de septiembre de 2008, el oficio IDU-153242 STEO-330014 de octubre de 2008, los Otrosíes 1 y 2 al Contrato No. 136-2007 del 16 de septiembre de 2008 y 16 de octubre de 2008 y el testimonio del Ingeniero Edgar Herrera Marciales. También con el dictamen pericial técnico de la Estación Central, al concluir "*que, el IDU no puso a disposición del Contratista, en el momento de suscribir el acta de inicio, ni durante la Etapa de Preconstrucción, los estudios y diseños suficientes y necesarios para ejecutar las obras correspondientes a la Estación Central",* y que el "*diseño entregado por el IDU era, además, inejecutable puesto que correspondía al desarrollo total de la Estación Central, mientras que el alcance previsto por el IDU para esta Meta Física se limitó a su primera etapa, es decir, a la conexión operacional de la Troncal Caracas y Calle 26".*

Agrega que el numeral 3.1. "ACTUALIZACIÓN DE DISEÑOS DE LA CALLE 26" del Acta No. 1 de 11 de marzo de 2009, prueba el reconocimiento y aceptación del IDU "*que en el presupuesto del Global de Obras de Construcción, incluido en el Adendo 6, no se incluyeron cantidades de obra prioritarias para la construcción del Proyecto con los diseños originales entregados por el IDU"* y que *"el Contratista entregará al IDU una actualización de los costos reales del proyecto a partir de los diseños originales entregados por el IDU, en la cual se evidenciarán dichas omisiones",* lo cual coincide con el considerado 11 del Otrosí No. 2 y los testimonios de los ingenieros Gregorio Rentería y Guillermo Otero; no obstante reconocer las falencias y aceptar la actualización de los costos reales del proyecto, mediante oficio IDU-029772 del 03 de mayo de 2010 solicitó realizar "ajustes" a los diseños, cuando se trató de "actualización" según demuestran las comunicaciones CBF-I-0823-09 de 7 de mayo de 2009, CBF-I-0743-10-A de 08 de junio de 2010, CBF-I-1070-10 del 19 de julio de 2010, CBF-I-1674-10 del 29 de noviembre de 2010 y CBF-I-0265-11del 25 de febrero de 2011; el IDU y la Interventoría insistieron en su posición generando una controversia (comunicación IML-1-172-1702-10 de 23 de agosto de 2010; oficio IDU STEST-20103460488781 del 23 de septiembre de 2010), cuya etapa de arreglo directo solicitó el 16 de febrero de 2010, fracasó (Acta No. 5 de Arreglo Directo del 28 de junio de 2011) y agotó el 1 de septiembre de 2011.

La prueba documental, los testigos Guillermo Otero, Gregorio Rentería, Edgar Herrera Marciales y Tatiana Ramos y el dictamen pericial técnico concluyen *"que*

las obras realmente construidas en la Estación Central son producto de nueva elaboración y no resultado de adaptación, ajuste o complementación de los estudios y diseños entregados por el IDU al Contratista para la construcción de esta Meta Física", indica *"las obras construidas que no fueron previstas por el IDU en los diseños entregados",* compara las obras previstas y las construidas, sus diferencias y precisa *"que, en mi concepto, lo diseñado y construido por el Contratista difiere de lo originalmente previsto para la Estación Central en los documentos de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007",* cuantificando el valor para los nuevos diseños y obras realmente construidas.

b. La oposición de la Convocada

Para el IDU, el valor de los diseños y obras ejecutadas en la Estación Central y la conexión operacional de la Troncal Caracas y calle 26, los ajustes, modificaciones y complementaciones a los entregados, integran el riesgo del contratista (cláusulas 30 y 8.1) *"dada la modalidad de precio global fijo del contrato de obra y que conoció previamente desde la licitación",* cuya comunicación CBF-I-0851-09 del 15 de mayo de 2009 prueba la entrega del listado de actividades y sus APU´s respectivos, "*como resultado de lo acordado en la reunión del 11 de marzo de 2009, en la que se evidenció que las obras de la estación Central quedaron excluidas de la actualización de los diseños, es decir, que no se pagarán por parte del IDU"*; el alcance de la Estación Central y la conexión operacional de lo que informó al Contratista con oficio IDU-019353-STEST-346 del 31 de marzo de 2010, se estableció en el apéndice A unificado y en el Adendo 3 y "[t]odas las actividades *enunciadas anteriormente, con excepción de aquellas en donde se señala una forma de pago diferente, se encuentran dentro del Valor Global para Obras para construcción y todas aquellas inherentes para el desarrollo de las mismas."*

Agrega que "*el IDU y el Contratista adelantaron la revisión de estudios y diseños encontrando que los correspondientes a la Estación Central y sus obras anexas no eran objeto de actualización, por lo que fueron excluidos*", también en el balance del Otrosí 8 por obras complementarias, de donde *"Los costos en que incurrió la contratista demandante para realizar los diseños de la Estación Central y la Conexión Operacional son a cargo exclusivo de la Convocante y entran dentro del valor global del Contrato, dentro de la Cláusula 30 transcrita y dentro de los riesgos por ella asumidos conforme a la Cláusula 8 del Contrato. Alegar que tiene derecho a que se le pague por un trabajo que asumió es injusto e indebido, puesto que el Contratista se obligó para con los contratantes a realizar por su cuenta y riesgo los diseños y las obras correspondientes a la Estación Central",* pues "*no puede "desconocer que conoció los pliegos de condiciones y sus adendos, y así fue que firmó el Contrato de Obra 136 de 2007 y los diferentes otrosíes, adiciones en plazo, valor y modificaciones",* manifestó tener experiencia suficiente, "*es un experto en la ejecución y desarrollo de obras como la ejecutada por virtud del contrato de obra IDU 136 de 2007. Si salió vencedora de esta adjudicación fue porque cumplió con el lleno de los requisitos para obtener la adjudicación. Razón por la cual, no es de recibo que ahora pretenda la convocante el pago de unos ítems que por su experiencia, sabe y conoce, no le corresponde cobrar por cuanto hacen parte del*

valor global del contrato", lo cual se sustenta en la doctrina de los actos propios (artículo 83 Constitución Política).

Para TRASMILENIO, durante la "*etapa precontractual"* la Convocante tenía el deber de revisar, adaptar, adecuar y complementar los estudios y diseños (Cláusula Cuarta del Contrato 136 de 2007), conoció el alcance de sus obligaciones, los documentos de la licitación y tuvo oportunidad de solicitar aclaraciones; la cláusula cuarta del Contrato enuncia su alcance en las etapas de pre construcción, estudio y conocimiento de los estudios y diseños, ajustes y complementación de los estudios y diseños, las modificaciones, correcciones, adecuaciones y ajustes necesarios a los estudios surgen no de presuntas falencias, errores o deficiencias, sino de una obligación contractual y del pliego conocido por el contratista quien contrajo "*toda la responsabilidad por la implantación de los estudios*" y los ajustes, modificaciones o la forma diferente que diere a los estudios o que hiciere a los mismos (Numeral 4.1.4., página 13 del Contrato 136 de 2007); las partes tienen un deber de cooperación; no se aportó el documento de diseños con el cual se ejecutó la construcción de la Estación Central-Conexión Operacional de la Troncal Calle 26; las copias simples no son admisibles; en la cláusula segunda del Otrosí No. 2 del 16 de octubre de 2008, no "*demandado de nulidad",* las partes acordaron el alcance de la actividad del contratista frente a los diseños entregados, o sea, *"…**ajustar, adecuar, adaptar, complementar y actualizar** los estudios y diseños entregados por el IDU durante la etapa de Pre construcción...*", y adicionalmente en el parágrafo primero de la cláusula segunda, definieron la noción de "actualización" y el procedimiento para modificar los diseños y estudios.

c. El concepto del Ministerio Público

El señor Agente del Ministerio Público en su concepto memora la noción y función del contrato de la administración pública, su conmutatividad y equivalencia prestacional, la cláusula 4 sobre el alcance y desarrollo del Contrato IDU 136 de 2007, la obligación a cargo del contratista de "*ajustar los estudios diseños, y que si es del caso, deberá también modificarlos en el evento en que un simple ajuste no sea suficiente para hacer viable la ejecución de la obra. Con lo que queda claro que, tanto los ajustes y las modificaciones de estudios y diseños quedan comprendidos dentro del precio del contrato de obra pública IDU 136 y que no le es dable al contratista exigir el pago por alguno de los anteriores conceptos*", lo cual no obsta "*para que si es del caso, el contratista exija el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pues por más que se trate de un contrato pactado a precio global, ello no va en desmedro de los derechos que le caben al contratista de obtener una remuneración y/o utilidad",* según resalta la jurisprudencia del Consejo de Estado desde la sentencia del 29 de abril de 1999, Expediente 14855.

Destaca la obligación legal de las entidades estatales consagrada en el artículo 25 numeral 12 del Estatuto General de la Administración Pública (en su redacción original), vigente al perfeccionarse el Contrato 136 e incorporado a su contenido conforme a la ley 153 de 1887, de elaborar antes de la apertura del procedimiento

selectivo del contratista o firma del contrato, "*los diseños y proyectos que guiarán el período de ejecución contractual"*, sin "*que los ítems no previstos sean desconocidos*", y encuentra "*en el material probatorio, demostración suficiente de la falta de planeación por parte del IDU, que obligó al contratista no solo a efectuar ajustes y modificaciones, sino también a realizar nuevos estudios y diseños para adelantar la debida ejecución de las obras contratadas*" según acredita el dictamen pericial rendido por Alfredo Malagón Bolaños.

En su concepto, está evidenciado el incumplimiento de la entidad contratante, pues, "*el IDU no contaba con los estudios y diseños definitivos al momento de abrir el proceso licitatorio, ni aun después de haber adjudicado y perfeccionado el contrato*", sin perjuicio de la obligación del Contratista de realizar *"los ajustes y actualizaciones"* (cláusula 4, 4.1.4.1. y 4.1.4.2, modificado por el otrosí No. 2 de 16 de octubre de 2008), *"no así los nuevos diseños ni las nuevas obras. Ellos escapaban de las obligaciones del contratista, no se encuentran remuneradas en el precio global ni son riesgos que Confase se encuentre en el deber de soportar",* bastando la "*simple lectura*" del Contrato, Cláusula 8.2., literal a), Riesgos de Construcción, Cantidades de obras, "*para darse cuenta que el riesgo por trabajos adicionales y no previstos le son imputables a la entidad y no a su colaborador".*

Apoyado, en el dictamen pericial y en el material probatorio, concluye:

> "De todo lo anterior, es verdad evidente que lo licitado, adjudicado y contratado es radicalmente distinto de lo efectivamente construido. Así no cabe duda que el contratista se vio obligado a realizar nuevos estudios y diseños como consecuencia de las deficiencias achacables a los entregados por el IDU y que las obras ejecutadas en la llamada Estación Central difieren de las inicialmente previstas, pues éstas fueron ejecutadas siguiendo los planos y diseños elaborados por el propio contratista.
>
> "Ahora bien, no se puede soslayar el hecho que mediante el Acta de Reunión No. 1 de marzo de 2009 (Fl. 6), se señaló que "el Contratista continuará con la ejecución de la actualización de los diseños del corredor de la Calle 26, lo cual cuenta con el respectivo aval por parte del IDU, de acuerdo con la presentación de la propuesta realizada por el Contratista al IDU el día 27 de febrero de 2009."
>
> "Lo anterior significa que el IDU autorizó que el contratista realizara la actualización de los diseños. Además, el 20 de marzo de 2009 la Entidad aceptó la propuesta técnica de actualización de los diseños presentada por Confase; posteriormente en el Acta de Arreglo Directo No. 5 el IDU se negó a reconocer al considerar que no se habían modificado las condiciones originales. Reza la mencionada Acta que "El IDU manifiesta que no se acepta efectuar la valoración teniendo en cuenta que no se han modificado las condiciones originales del proyecto. El Contratista manifiesta no estar de acuerdo porque los diseños actuales no corresponden a los diseños originales."
>
> "Ahora, las nuevas obras ejecutadas conforme al nuevo diseño, no contempladas en el diseño original, ni en el precio global del Contrato IDU 136 de 2007, deben ser reconocidas y para tal efecto, se descontará lo realmente ejecutado, menos los valores contemplados para lo contratado en el Presupuesto Oficial, debiendo de ese modo reconocerse la diferencia. Aquí debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el dictamen pericial, el cual señala (…)."
>
> "Dado que, se pudo demostrar en las pretensiones relacionadas con los Diseños y Obras correspondientes a la Estación Central – Conexión Operacional de la Troncal Caracas y

Calle 26, que sí hubo nuevos diseños y ejecución de obras adicionales conforme a esos diseños nuevos; en consecuencia muy respetuosamente solicito al Honorable Tribunal reconocer que existe obligación de cancelar el valor de los nuevos diseños y obras adicionales autorizadas por parte del IDU, según el monto de lo que resulte probado en el proceso."

d. Consideraciones del Tribunal

1. El Contrato de Obra IDU 136 de 2007 es un contrato estatal[101] cuyo régimen jurídico prevalente está contenido en el estatuto de contratación estatal, sus normas reglamentarias y, en lo no previsto, en el derecho privado, civil o comercial.[102]

En los contratos estatales, incluido el de obra pública[103], la "*ecuación contractual*", equilibrio financiero o equivalencia prestacional, es un principio rector de orden público[104] y, por su virtud, debe mantenerse "*la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar*", a punto "*que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio" (*artículos 27; 3, inc. 2, 4 N°. 3-8- 9; 5-1, 14-1, 23, 25-14, 27 y 28 Ley 80 de 1983; 32, Ley 1150 de 2007; Decreto 2474 de 2008; 2°,13, 58, 83 y 90 de la Constitución Política).[105]

El equilibrio económico, ha señalado la jurisprudencia, podrá romperse por actos o hechos imputables a la entidad contratante, trátese de una conducta legítima o ilegítima causante de un daño antijurídico que el contratista no debe soportar[106] -*v.gr*., el *ius variandi,* por la alteración de las condiciones existentes al contratar en ejercicio de las facultades *"exorbitantes"* de interpretación, modificación y terminación unilaterales, el incumplimiento contractual y los actos emanados de cualquier autoridad u órgano del Estado, incluida la contratante, en desarrollo de facultades constitucionales o legales ("*hecho del príncipe*", figura ésta, *stricto sensu* diferente a la revisión por imprevisión)-, así como, por circunstancias sobrevenidas extraordinarias, imprevistas, imprevisibles, ajenas e inimputables a las partes por imprevisión.[107]

---

[101] Artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de marzo de 1980 (Anales, 1er. Semestre, T. XCVIII, Nos. 465 y 466; 15 de Septiembre de 1983, anales 193, 2o Semestre, Nos 479 y 480 y sentencia 9 de marzo de 1988; Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos de 4 de abril de 1974, "Anales del Consejo de Estado", T. LXXXVI, p. 22 y de 26 de Julio de 1984.

[102] Artículos 3, 13 y 40 de la Ley 80 de 1993.

[103] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de octubre 2 de 2003, expediente 14.394; Sentencia de septiembre 04 de 2003; Sentencia de Abril 29 de 1999. Sentencia de Julio 02 de 1998. Sentencia de Mayo 09 de 1996.

[104] Corte Constitucional. Sentencia C-892 de agosto 22 de 2001; Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia de octubre 24 de 1996: "La ecuación financiera del contrato es una figura de imperativo legal, que se aplica con independencia de que las partes la hubieren pactado o no.".

[105] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2011, 25000-23-26-000-1997-04390-01[18080]).

[106] Corte Constitucional, Sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996. Expediente D-1111. Gaceta de la Corte Constitucional, 1996, Tomo 8. En el mismo Sentencia C-430 de abril 12 de 2000, Expediente D-2585, y Sentencia C-899 de 2003, Expediente D-4562.

[107] Es célebre el fallo del *Conseil d'Etat* francés, *Gaz de Bordeaux* (l'arrêt "Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux" de 1916, 30 mars 1916, n° 59928, D. 1916 3.25), su reconocimiento por la jurisprudencia civil aún a falta de norma positiva (Corte Suprema de Justicia, Cas. Civ. Sentencias de 29 de octubre de 1936, XLIV, 457- 458; 23 de

El Contrato de Obra IDU 136 de 2007 se pacta a precio global, excepto en las precisas actividades o asuntos para las cuales se acordó un precio unitario, es decir, combina una y otra modalidad.

En el contrato de obra a precio global, la contraprestación a favor del contratista (retribución, remuneración o precio), se pacta en una suma fija, única, total o global contentiva de todos los costos directos e indirectos por la ejecución de íntegras las obras y servicios contratados, sin derecho a un valor diferente del estipulado.

Empero, ha dicho el Consejo de Estado, apreciación que comparte este Tribunal, que además de oneroso es conmutativo[108], el precio global no excluye el equilibrio económico[109] ni implica la asunción de aleas anormales, extraordinarias e infinitas, actividades, obras distintas a las fijadas en el pliego de condiciones y el contrato, ya provenientes de falencias de la entidad contratante[110], ora adicionales, que siendo no previstas, esenciales, indispensables e inherentes, autorizadas, construidas y entregadas, no se incluyen en el valor general y deben reconocerse.[111]

2. En la cuestión litigiosa, el material del proceso acredita que los estudios y diseños entregados para la Estación Central -Conexión Operacional de la Troncal

---

mayo de 1938, XLVI, 523 y ss.; 21 de febrero de 2012, exp.11001-3103-040-2006-00537-01), y su posterior consagración normativa en asuntos de trabajo, estatales y mercantiles (art. 868 C. de Co), así como su desarrollo por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 4 de septiembre de 1986, Exp. 1677; 31 de enero de 1991; 27 de junio de 1991, Exp. 3600; 27 de marzo de 1992, Exp. 6353; 5 de octubre de 1994, Exp. 8.223; 6 de septiembre de 1995. Exp. 7.625; 9 de mayo de 1996, Exp. 10.151; 15 de febrero de 1999, Exp. 11.194; 29 de abril de 1999, Exp. 14855; 21 de junio de 1999, Exp. 14.943; 29 de mayo de 2003, Exp. 14.577; 4 de septiembre de 2003. Exp. 22.952; 11 de septiembre de 2003, Exp. 14.781; 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119; 26 de febrero de 2004, Exp. 14.043; 14 de abril de 2005, Exp. 28.616; 7 de diciembre de 2005, Exp. 15.003; 7 de marzo de 2007, Exp. 15.799; 8 de noviembre de 2007, Exp. 32.966; 20 de noviembre de 2008, Exp. 17.031; 7 de marzo de 2011, Exp. 20683; 31 de agosto de 2011, Exp. 18080; 28 de septiembre de 2011, Exp. 15476; Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 18 de julio de 2012, Rad. 50001233100019920 396601.

[108] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 29 de abril de 1999, Exp. 14855 y 15 de octubre 1999, Exp. 10.929.

[109] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 26 de febrero de 2004, Radicación 25000232600019910739101(14043): "(…)La Sala precisa que la teoría del equilibrio financiero del contrato procede respecto de todo contrato oneroso, de tracto sucesivo, conmutativo y sinalagmático, sin consideración al sistema de pago acordado; así lo precisó la Sala en sentencia proferida el 29 de abril de 1999, cuando dijo: "No es dable tampoco considerar que por tratarse de un contrato de obra pública a 'precio global' el contratista estaba impedido para reclamar y obtener el reconocimiento y pago de las mayores cantidades de obra que ejecutó en cumplimiento de lo ordenado por la entidad contratante."

[110] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de Abril de 2011, Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00404-01(14823): "Según el artículo 88 en cita, en los contratos de obra pública a precio global, el contratista asume directamente la ejecución de la obra, por su cuenta y riesgo, en el entendido fijado en el pliego de condiciones y en el contrato, no siendo de su incumbencia las obras necesarias para la ejecución que la entidad, debiendo hacerlo, no previó. Sobre el particular, en sentencia de 29 de abril de 1999 esta Corporación sostuvo que pactar la forma de pago a precio global no comporta el desconocimiento del derecho del contratista a reclamar por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato."

[111] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007. Expediente 15469: "Sucede que en el caso sub lite, las obras adicionales que fueron autorizadas por la Administración, construidas y entregadas por el contratista a satisfacción de la entidad contratante, presentan especiales características*, en la medida que resultan esenciales e inherentes a la infraestructura misma que fue construida, es decir, son de su naturaleza, toda vez que para acometer la obra principal resultaba indispensable realizarlas de manera previa o concomitante o de lo contrario resultaría imposible cumplir con la ejecución de la obra contratada";* Sentencias del 6 de Abril de 2011, Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00404-01(14823); 31 de Agosto de 2011, Radicación número 201125000-23-26-000-1997-04390-01(18080); (Subsección B), 29 de septiembre de 2011. Expediente 20740; (Subsección B), 29 de Febrero de 2012, Radicación número: 66001-23-31-000-1993-03387-01(16371).

Caracas y Calle 26, como destaca el Ministerio Público, fueron deficientes e incompletos, y el Contratista debidamente autorizado por la entidad contratante, debió realizar un nuevo diseño técnico aceptado por ésta, con el que construyó y entregó las obras, las cuales no estaban previstas en los iniciales, en el presupuesto del valor global de construcción de la Licitación Pública, ni en el Contrato IDU 136 de 2007 y no es un riesgo a su cargo.

3. El objeto del Contrato de Obra 136 de 2007 consiste en la ejecución de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la calle 26 y la carrera 10 al sistema Transmilenio en los tramos 4, 5 y 6 comprendidos en el Grupo III de la Licitación Pública No. IDU-LP-DG-2007, señalados en su Cláusula Primera, bajo la modalidad de precio global con ajuste, incluyendo obras para redes, demoliciones y desvíos que se ejecutarán bajo la modalidad de precios unitarios con ajuste, de conformidad con las especificaciones, programación y manuales señalados en su contenido y en los apéndices A-H, Anexo 1 y los documentos contractuales.

4. La Cláusula Cuarta del Contrato determinó su alcance y desarrollo en sus distintas etapas, asumiendo el contratista en la de preconstrucción, la obligación de estudiar, conocer, ajustar, complementar y modificar los estudios y diseños respectivos. (Cláusula 4, 4.1, 4.1.4.1 y 4.1.4.2.). Con el Otrosí No. 2 del 16 de octubre de 2008, se acuerda iniciar la construcción y el contratista paralelamente, "*deberá ajustar, adecuar, adaptar, complementar y actualizar los estudios y diseños entregados por el IDU durante la Etapa de Preconstrucción",* entendiéndose "*por actualización de los estudios y diseños,* las *actividades que el contratista deba ejecutar para diseñar los faltantes de estudios y diseños, o el rediseño de los mismos"*, y *"en el evento de requerirse actualización de los estudios y diseños, el contratista deberá presentar la cotización con el presupuesto desglosado, para aprobación por parte del IDU, y suscripción del correspondiente Otrosí, si a ello hubiere lugar."* Por lo tanto, la "*actualización de los estudios y diseños*" comprende "*diseñar los faltantes*", o sea, adicionar lo que falta, y "*el rediseño*", esto es, volver a diseñar o hacer un nuevo diseño.

5. El Apéndice A, modificado por el Adendo 3, singularizó el alcance de las obras a ejecutar en la "Estación Central"[112], cuyos estudios y diseños iniciales entregados por la entidad contratante, no eran completos, suficientes, ni ejecutables.

[112] En lo pertinente: "TRONCAL CALLE 26 – TRAMO 5 La descripción de las obras correspondientes a este tramo es la siguiente: Intersecciones o Estructuras viales para tráfico mixto y/o tráfico del Sistema TransMilenio. La conexión operacional de la Troncal Caracas y Calle 26, la cual se constituye en la primera etapa de ejecución de la Estación Central. (…). XII. Se modifica el APENDICE A TRAMO CALLE 26, quedando de la siguiente manera "(…) Se incluye en la parte final del numeral 4.2.4 ESTUDIOS Y DISEÑOS ESTRUCTURALES DE PUENTES, ESTRUCTURAS DE DRENAJE, CONTENCIÓN, PASOS PEATONALES, PASOS DEPRIMIDOS, EDIFICIOS Y DEMÁS OBRAS COMPLEMENTARIAS, los siguientes párrafos: "Considerando que la Estación Central no se construirá en su totalidad en la primera Etapa, construyendo dentro del alcance del Contrato únicamente las obras requeridas para garantizar la integración operacional entre la Troncal de la Calle 26 y de la Avenida Caracas, sin construir ninguna placa de entrepiso prevista en el diseño inicial, se debe considerar por parte del Contratista que el hecho de realizar solo excavaciones para la zona deprimida, sin el elemento estructural antes mencionado, implica la necesidad que los muros de contención previstos en el diseño inicial deban ser revisados y ajustados para la nueva condición, proyectando inicialmente muros en cantiliver del orden de 7.0 m de altura, con su respectivo sistema de cimentación, verificando igualmente todas las modificaciones constructivas necesarias para el correcto funcionamiento de esta estructura y garantizando la completa integridad con el proyecto definitivo, en sus aspectos estructurales,

6. Según el dictamen pericial técnico del Ingeniero Alfredo Malagón Bolaños *"el IDU no puso a disposición del Contratista, en el momento de suscribir el acta de inicio, ni durante la Etapa de Preconstrucción, los estudios y diseños suficientes y necesarios para ejecutar las obras correspondientes a la Estación Central",* [113] y el *"diseño entregado por el IDU era, además, inejecutable puesto que correspondía al desarrollo total de la Estación Central, mientras que el alcance previsto por el IDU para esta Meta Física se limitó a su primera etapa, es decir, a la conexión operacional de la Troncal Caracas y Calle 26, con lo cual el proyecto original no se pudo construir […]".*[114]

7. Las conclusiones del experto sobre la falta de plenitud de los estudios y diseños iniciales se constatan con las comunicaciones a propósito del contratista[115] y fue reconocida tanto por la interventoría [116] como por la entidad contratante.[117]

---

arquitectónicos operacionales, funcionales y urbanísticos, que será construido en una etapa posterior por parte de la Administración Distrital.".

[113] C. de Pruebas No. 11, páginas 4 y 5, folios 8 y 9: (…) el IDU, a través del oficio IDU-129178 del 10 de julio de 2008, manifestó: "Sobre el particular esta entidad reitera que se efectuó entrega de la información de los Estudios y Diseños en (6) seis DVDs con motivo de la suscripción del Acta de Inicio del proyecto que nos ocupa y que tales insumos, tal como lo establece el Apéndice 1 del contrato de Interventoría, cuentan con sus respectivas aprobaciones. En la información contenida en los 6 DVD's entregados por el IDU, específicamente en el DVD No. 4, aparecen únicamente los siguientes estudios y diseños para la Estación Central: Vol. 15 Estructuras 78-80-81. Acceso a Estación Central por Av. Caracas. Vol. 15 Estructuras 78, 82, 83: Estructura de la segunda etapa de la Estación Central. Vol. 15 Estructuras 78 – 80. Estructura de acceso a Estación Central calle 26. En los planos entregados por el IDU para la Estación Central y sus Accesos, puestos a disposición del perito, expresamente se indica que correspondían a versiones emitidas para "la revisión de la Interventoría", es decir, de planos que se encontraban en proceso de elaboración. El 8 de julio de 2008, a través de comunicación CBF-01-049-08, el Contratista solicitó al interventor la entrega del Informe Geotécnico de la Estación Central. El 24 de julio de 2008, mediante comunicación CBF-I-01-074-08, el Contratista advirtió al interventor que hacían falta, entre otros, las memorias de cálculo así como las condiciones de diseño de las pantallas de contención a construir en la Estación Central: El 14 de octubre de 2008, mediante oficio IDU-153242 STEO-3300, el IDU aceptó la existencia de faltantes en los Estudios y Diseños e informó que algunas obras entre las que se incluía la Estación Central estaban siendo objeto de revisión por parte de la Administración Central. Así, conforme al recuento detallado realizado se puede concluir que, el IDU no puso a disposición del Contratista, en el momento de suscribir el acta de inicio, ni durante la Etapa de Preconstrucción, los estudios y diseños suficientes y necesarios para ejecutar las obras correspondientes a la Estación Central".

[114] C. de Pruebas No. 11: "(…) los diseños entregados por el IDU al contratista no eran los adecuados para construir lo solicitado en el Apéndice A, modificado mediante Adendo No. 3, dado que ilustraban una edificación, de varios pisos, integrada con el conjunto de vías requeridas para interconectar la Troncal Calle 26 con las Troncales Av. Caracas, mientras que en el citado apéndice, las obras se reducen al conjunto de vías y estructuras viales requeridas para interconectar la Troncal Calle 26 con las Troncales Av. Caracas, porque el IDU excluyó del alcance de las obras a ejecutar en la denominada Estación Central la edificación prevista en sus diseños, con lo cual invalidó el diseño de las estructuras de contención del terreno circundante. **El diseño entregado por el IDU era, además, inejecutable puesto que correspondía al desarrollo total de la Estación Central, mientras que el alcance previsto por el IDU para esta Meta Física se limitó a su primera etapa,** es decir, a la conexión operacional de la Troncal Caracas y Calle 26, con lo cual el proyecto original no se pudo construir, aun implementado los ajustes que, en relación con las estructuras de contención y según lo previsto en el pliego licitatorio, le correspondía realizar al Contratista, razón por la que no se pudo construir esta obra modificando el diseño entregado por el IDU. En primer lugar, los diseños entregados por el IDU para la Estación Central eran incompletos y no correspondían con las obras descritas en el pliego licitatorio para dicha estación. En segundo lugar, los diseños entregados por el IDU para la Estación Central correspondían a versiones emitidas para "la revisión de la Interventoría", es decir, se trataba de planos que se encontraban en proceso de elaboración. Por esta razón, la propia Interventoría del Contrato IDU 136 de 2007, se negó a revisarlos. (…) En tercer lugar, porque los diseños entregados por el IDU para la construcción de la Estación Central (reducida por el IDU en el alcance del Contrato IDU 136 de 2007 a servir de interconexión entre las Troncales Calle 26, Avenida Caracas) se correspondían con los diseños también entregados por el IDU para la construcción de la Troncal Calle 26 y éstos últimos fueron actualizados en desarrollo del Contrato IDU 136 de 2007, razón por la que surgió la necesidad de replantear las obras su interconexión con la Troncal Avenida Caracas, es decir, resultó necesario diseñar nuevamente las obras a construir en la Estación Central".

[115] Comunicaciones CBF-I-01-074-08, "Observaciones a la Geotecnia de la Calle 26", de 24 de julio de 2008; CBF-I-01-088-08, el 01 de agosto de 2008 a la Interventoría -CONSORCIO IML-; CBF-I-01-128-08 de 22 de agosto de 2008 -a la interventoría- CBF-I-0168-08 del 11 de Septiembre de 2008; CBF-I-0217-08 de 29 de septiembre de 2008,

8. En efecto, la entidad contratante reconoció, autorizó y aceptó la "*actualización"* de los diseños de la calle 26 tal como consta en el Acta de Reunión No. 1 del 11 de marzo de 2009, sostenida entre el IDU y CONFASE:

> "3.1 ACTUALIZACIÓN DE DISEÑOS DE LA CALLE 26
>
> "Este punto abarca los literales (...) [Accesos y Conexión operacional a la Estación Central] del Numeral 3 de la agenda de la presente reunión."
> "(…)
>
> "Además de lo anterior se ha encontrado que en el presupuesto del Global de Obras de Construcción, incluido en el Adendo 6, no se incluyeron cantidades de obra prioritarias para la construcción del Proyecto con los diseños originales entregados por el IDU; citando como ejemplo estructuras de contención, con sus correspondientes demoliciones, excavaciones y construcción de nuevos muros de contención, además la subestimación de cantidades de obra de excavaciones para estructuras en el sector de la Estación Central.
>
> "De acuerdo con lo anterior, el Contratista entregará al IDU una actualización de los costos reales del proyecto a partir de los diseños originales entregados por el IDU, en la cual se evidenciarán dichas omisiones.
>
> "De otro lado, el Contratista entregará un informe detallado en el cual se sustente técnicamente la necesidad de realizar la modificación de los diseños entregados por el IDU para el corredor de la calle 26. **Entre tanto el Contratista continuará con la ejecución de la actualización de los diseños del corredor de la Calle 26, lo cual cuenta con el respectivo aval por parte del IDU, de acuerdo con la presentación de la propuesta…"** (Se subraya).[118]

De su parte, la Representante legal del IDU, en oficio IDU-021239-STEO-3300 del 20 de marzo de 2009, aceptó *"la propuesta técnica presentada para la* ***actualización*** *de los diseños"*. Expresa a CONFASE:

---

en respuesta a las comunicaciones Nos. IML-1-172-0327-08 de 10 de septiembre de 2008, IML-1-172-0356-08 de 16 de septiembre de 2008 e IML-1-172-0369-08 de 19 de septiembre de 2008 de la Interventoría: CBF-I-0258-08 del 21 de octubre de 2008 y CBF-I-0267-08 del 30 de octubre de 2008.

[116] Comunicación IML-1-172-0269-08 de 29 de agosto de 2008 de la Interventoría: *"2. En reunión llevada a cabo el día 19 de Agosto de 2008, en las instalaciones del Consultor de la calle 26, se informó por parte de ACI…""3. (…) que no se realizó el diseño de pavimentos para retornos, accesos, conectantes y bocacalles a lo largo del Corredor mencionado. Sin embargo los Ingenieros de la Consultoría manifestaron que se deberá utilizar el mismo espesor empleado para las calzadas de Tráfico Mixto";* Comunicación IML-1-172-0350-08 de 12 de septiembre de 2008 de la Interventoría *"A continuación se presenta un balance de la documentación, por grandes grupos de obra: "(…) "2. DOCUMENTOS EN REVISIÓN "En la actualidad, el Contratista se encuentra verificando la siguiente documentación entregada a la mano por el IDU el día 8 de septiembre de 2008, de acuerdo al memorando interno STEO-3200-37906: "(…)Diseño estructural puente vehicular nuevo intersección avenida caracas por calle 26 v.2Diseño estructural Estación Central tomos I y II: incluye 56 planos. Diseño estructura de acceso a la Estación Central y muros de contención por la avenida caracas v.1 tomo I: incluye 24 planos.Diseño estructural box peatonal nuevo Estación Central – carrera 10 v.1. tomo I: incluye 19 planos (…) Vale la pena aclarar que esta información no fue revisada por la Interventoría del contrato de consultoría no cuenta con las firmas de la Consultoría y la Interventoría. En cuanto a la solución de inconsistencias, a la fecha no se conoce respuesta de los consultores a las solicitudes realizadas, tanto por la Interventoría como por el Contratista, y que se han dado a conocer en las diferentes mesas de trabajo y mediante oficios al IDU."*

[117] Otrosí No. 1 al Contrato No. 136-2007 de 16 de septiembre de 2008, Consideración 2; oficio IDU-153242 STEO-330014 de octubre de 2008; Otrosí No. 2 de 16 de octubre de 2008, Considerados 4 y 5.

[118] Folios 269 a 275 del C. de Pruebas No. 4.

> "De acuerdo a la reunión sostenida en la Entidad el día 18 de febrero de 2009 en la Dirección General del IDU, la presentación técnica realizada el día 27 de febrero de 2009 en la Sala de Juntas del IDU, la revisión de la documentación anexa mediante el oficio de la referencia y las mesas de trabajo adelantadas los días 11 de marzo de 2009 y 13 de marzo de 2009 (ver anexos Actas de Reunión en 9 folios), […] le informo que una vez verificada toda la documentación del contrato y **analizada la propuesta técnica presentada para la actualización de diseños, ésta se acepta** en sus diferentes disciplinas, por lo cual es necesario presentar la programación de entrega de los productos avalados por la entidad." (Se subraya)[119]

9. El Contratista, previa la justificación técnica de la actualización[120], elaboró y remitió el presupuesto[121], su evaluación económica[122], la actualización del diseño geotécnico y estructural de la conexión operacional.[123]

10. No obstante autorizar y reconocer el IDU la actualización en el Acta de Reunión No. 1 del 11 de marzo de 2009 y aceptar la propuesta técnica de actualización según oficio IDU-021239-STEO-3300 del 20 de marzo de 2009, posteriormente con el No. STEST-20103460488781 del 23 de septiembre de 2010, consideró que era un "ajuste", y no una modificación de las condiciones originarias del proyecto, posición reiterada en el Acta No. 5 de Arreglo Directo del 28 de junio de 2011:

> "El IDU manifiesta que no se acepta efectuar la valoración teniendo en cuenta que no se han modificado las condiciones originales del proyecto. El Contratista manifiesta no estar de acuerdo porque los diseños actuales no corresponden a los diseños originales. Solicita el cierre de esta instancia en relación con este punto en cuanto a las obras de Estación Central."

11. Como demuestran los elementos probatorios, el contratista con la autorización de la entidad contratante elaboró los diseños de la Estación Central-Conexión Operacional de la Troncal Caracas y Calle 26 que fueron aceptados por ésta, con su presupuesto y justificación, ejecutó y entregó las obras contempladas en los mismos, el IDU, autorizó y aceptó que se trataba de una "actualización", para considerar ulteriormente, y en contra de lo que ya había admitido, que se trataba de un "ajuste".

12. Confrontado el alcance de los diseños y obras iniciales y de la "actualización", es inadmisible la perspectiva del "ajuste", pues el contratista *estricto sensu* elaboró un nuevo diseño distinto del inicial, por lo cual, las obras ejecutadas, construidas y entregadas con autorización del IDU, desde luego, no se comprenden en aquéllos, tampoco hacen parte del precio global contratado, ni del presupuesto desglosado del Adendo 6, a punto que varios *ítems* no estaban en éste.

13. El dictamen pericial técnico del ingeniero Alfredo Malagón, confronta el alcance de los diseños y obras iniciales, los elaborados después por el contratista y las

[119] Folios 267 y 268 del C. de Pruebas No. 4.
[120] Comunicación CBF-I-0823-09 de 7 de mayo de 2009 (C. de Pruebas No 4, folio 277-288),
[121] Comunicación CBF-I-0743-10-A de 08 de junio de 2010 (C. de Pruebas No. 4, a folios 299-307).
[122] Comunicación CBF-I-1070-10 del 19 de julio de 2010
[123] Comunicaciones CBF-I-1674-10 del 29 de noviembre de 2010 y CBF-I-0265-11 del 25 de febrero de 2011 C. de Pruebas, No. 4, folios 310 y 311 respectivamente),

obras ejecutadas con estos para concluir desde el punto de vista técnico *"que las obras realmente construidas en la Estación Central son producto de nueva elaboración y no resultado de adaptación, ajuste o complementación de los estudios y diseños entregados por el IDU al Contratista para la construcción de esta Meta Física"*[124], y a partir de la comparación de las obras de la Estación Central como quedó construida [125]con las previstas en los planos entregados por el IDU, *"confirmo que, en mi concepto, lo diseñado y construido por el contratista difiere de lo originalmente previsto para la Estación Central en los documentos de la Licitación Pública."*[126]

[124] C. de Pruebas No. 11 páginas 14-16, folios 18 y ss: "(…) el IDU y la Interventoría consideraron en varias comunicaciones (oficios IDU 029772 STEST -346 del 3 de mayo de 2010 y STEST – 201034600488781 de 23 de septiembre de 2010 y de la Interventoría IML-1-172-1702-10 del 23 de agosto de 2010) que lo hecho por el Contratista en materia de diseño era un Ajuste. En el siguiente gráfico se comparan, en planta, las obras que componen la Estación Central como quedó construida, con las obras que aparecen representadas en los planos entregados por el IDU; comparación visual que hace evidentes, al menos para mí, las significativas diferencias existentes entre los diseños entregados por el IDU para la Estación Central (que incluyen y giran alrededor de la edificación eliminada del alcance de la Licitación) y los diseños de las obras como quedaron construidas. De donde se sigue que los diseños de las obras realmente construidas son producto de una nueva elaboración y no de la adaptación, ajuste o complementación de los de los diseños entregados al Contratista por el IDU. (…) "Las anteriores vistas en planta de la Estación Central, muestran a ojos vista las diferencias existentes los planos entregados al Contratista por el IDU (lado derecho del gráfico), que incluían, como ya se dijo, la edificación excluida por el IDU del alcance de las obras durante la etapa licitatoria y (lado izquierdo del gráfico) los diseños de las obras que, claro está dada su exclusión del alcance del Contrato, no incluyen la edificación. En el Apéndice A del Contrato, el IDU advirtió que, ante la exclusión de dicha edificación, se invalidaba su diseño de las estructuras de retención del suelo circundante por tratarse de pantallas ancladas apoyadas sobre la estructura de la edificación eliminada y que el Contratista elaboraría los nuevos diseños de las estructuras de contención que se requiriesen para reemplazar dichas pantallas. "Así las cosas, desde mi punto de vista técnico considero que inicialmente estaba prevista la necesidad de que el Contratista realizara un ajuste de los diseños de las estructuras de retención del suelo circundante, es decir, según lo previsto por el IDU durante la Etapa Licitatoria, consistía simplemente en diseñar los muros de contención que reemplazarían a las pantallas previstas en el diseño entregado por el IDU. Sin embargo, (i) con motivo de la Actualización del diseño geométrico de la Troncal Calle 26, (ii) por razones impuestas por el terreno disponible para la Estación Central, (iii) debido a la necesidad de evitar la afectación de edificaciones y vías existentes en su rededor y, (iv) en función de la información obtenida como resultado de los nuevos Estudios Geotécnicos realizados por el Contratista, surgió la necesidad de replantear la geometría así como el diseño geotécnico y estructural de las obras requeridas para implementar la interconexión vial de las Troncales Calle 26 y Avenida Caracas; razón por la que se hizo necesario volver a ejecutar los estudios y diseños de las obras que componen la Estación Central como quedó construida. En el siguiente gráfico se comparan, en elevación o de perfil, las obras que componen la Estación Central como quedó construida (parte superior del gráfico), con las obras que aparecen representadas en los diseños entregados por el IDU (parte inferior del gráfico). Esta comparación visual muestra cómo, ante la eliminación de la mencionada edificación y por razones geotécnicas, en las obras realmente construidas de las excavaciones se eliminaron en parte las estructuras de contención del suelo circundante (cuya excavación fue estabilizada mediante taludes tratados). En conclusión, desde mi punto de vista técnico considero que las obras realmente construidas en la Estación Central son producto de nueva elaboración y no resultado de adaptación, ajuste o complementación de los estudios y diseños entregados por el IDU al Contratista para la construcción de esta Meta Física".

[125] C. de Pruebas No. 11, página 20, folio 24 y ss., respuesta a la pregunta 9. "[---] En referencia con las obras construidas que no fueron previstas por el IDU en los diseños entregados, en caso de la Estación Central, las más representativas se relacionan a continuación:

[126] "10. Determine, con base en lo diseñado y construido por el Contratista, si técnicamente es posible afirmar que se modificaron las condiciones originales de la Estación Central prevista por el IDU en los documentos de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007. "Advierto en primer término que la respuesta que a continuación se ofrece se hace desde el punto de vista técnico, debido a que según lo acredita la correspondencia puesta mi disposición el IDU dijo en el Acta No. 5 de Arreglo Directo del 28 de junio de 2011 que "no se acepta efectuar la valoración teniendo en cuenta que no se han modificado las condiciones originales del proyecto". Este tema deberá definirlo jurídicamente el Tribunal. Desde el punto de vista técnico puedo decir lo siguiente: "En la respuesta 5 de este cuestionario, se comparan gráficamente las obras que componen la Estación Central como quedó construida, con las obras que aparecen representadas en los planos entregados por el IDU y, a partir de dicha comparación, visual se hace evidente, al menos para mí, lo diseñado y construido por el Contratista modificó el alcance de las obras previsto por el IDU para la Estación Central en los documentos de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007. Para mayor ilustración, a continuación se muestran nuevamente los mencionados gráficos comparativos: (…) Asimismo, en la respuesta 9 de este cuestionario, se comparan las obras que componen la Estación Central como quedó construida, con las obras que aparecen representadas en los planos entregados por el IDU para su construcción. A partir de

14. De otra parte, la conducta de la entidad contratante al autorizar la "actualización", aceptar la justificación técnica, y la construcción de las obras contempladas en los diseños elaborados por el contratista, para ulteriormente considerar que es "ajuste", es contraria al "acto propio" y a la confianza legítima[127], debiéndose recordar que constituye un axioma acogido por la jurisprudencia constitucional[128], del Consejo de Estado[129] y de la Corte Suprema de Justicia[130]en directa referencia al comportamiento contractual, la aplicación de la prohibición según la cual "*a nadie es licito venir contra sus propios actos"*, sencillamente porque la buena fe contractual implica un deber de conducta que obliga a observar en el futuro el comportamiento que los actos anteriores permitían prever, consecuencia de la protección de la confianza legítima que fundadamente se crea en el contratante y en torno al cual, Jesús González Pérez advierte que: "*Cuando unas determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua y fundada, conforme a la buena fe, en una determinada situación, no debe defraudar esa confianza suscitada, y es inadmisible toda actuación incompatible con ella, por la sencilla razón de que, como ya viene dicho, la exigencia jurídica del comportamiento coherente está vinculada de manera estrecha a la buena fe y a la prestación de la confianza."*[131]

15. En adición, como anota el Procurador en su concepto, los nuevos diseños y las nuevas obras difieren de un "ajuste" a los iniciales, tampoco están remunerados en

dicha comparación numérica, confirmo que, en mi concepto, lo diseñado y construido por el Contratista difiere de lo originalmente previsto para la Estación Central en los documentos de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007".

[127] Artículos 1603 C.C., 871 C. de Co; 23 y 28 de la ley 80 de 1993

[128] Corte Constitucional, Sentencias T-475 de 1992, T-295 de 1999, T-827 de 1999 y T-618 de 2000. Arts. 83 Constitución Política; 1603 C.C., 871 C. de Co; 23 y 28 de la ley 80 de 1993.

[129] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 13 de Agosto de 1992, Junio 19 de 1996, Exp. 4868; Septiembre 11 de 1997, Exp. 9207; 9 de marzo de 2000. Exp. 11447; Sentencia de 26 de junio de 2011. Expediente 18836 "El artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, ordena que los contratos deberán ejecutarse de buena fe y que por consiguiente obligan a lo que en ellos se pacte y a todo lo que corresponda a su naturaleza. Estos preceptos, a no dudarlo, consagran la buena fe objetiva que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte[129], y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia."

[130] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 25 de junio de 2009, Exp. 11001-02-03-000-2005-00251-01: "5.Justamente, el principio de confianza legítima (*Vertrauenschutz, legitímate expectations, legittimo affidamento, estoppel*), reconocido como un parámetro constitucional relevante, protege de comportamientos ulteriores asimétricos, contradictorios o incompatibles con los anteriores y de cambios sobrevenidos, inesperados, súbitos e intempestivos […]El principio está en indisociable conexión con la seguridad jurídica, la legalidad y la buena fe, sin confundirse con éstas."[…] En cuanto a sus requisitos, presupone: a) un acto susceptible de infundir confianza y crear esperanzas fundadas; b) una situación preexistente generatriz de una expectativa verosímil, razonable y legítima basada en la confianza que inspira la autoridad con su conducta sobre su mantenimiento o estabilidad; y c) una actuación de buena fe del sujeto (S. Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, Dalloz, Paris, 2001, pág. 496). La confianza legítima se traduce en la protección de las expectativas de estabilidad generadas con las actuaciones previas ante la fundada creencia de su proyección en condiciones relativas de permanencia, coherencia y plenitud, partiendo de la premisa según la cual todo ciudadano tiene derecho a prever, disciplinar u ordenar su conducta con sujeción a las directrices normativas entonces vigentes, a su aplicación e interpretación por las autoridades, confiando razonablemente en que procederán de manera idéntica o similar en el futuro. "[…]". En el mismo sentido, Cas. civ., Sentencias 20 de mayo de 1936, G.J. XLIII, pp. 46 y ss.; Abril 2 de 1941, LI, 172; Marzo 24 de 1954, LXXXVIII, 129; Junio 3 de 1954, LXXXVII, 767 y ss.; Junio 23 de 1958, LXXXVIII, 234; 9 de Agosto de 2007, Exp. 00254-01; 24 de enero de 2011, Exp. 11001310302520010045 7-01 y 27 de febrero de 2012. Expediente 14027.

[131] "El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, p. 45.

el precio global, *"ni son riesgos que Confase se encuentre en el deber de soportar. Si se observa el Contrato IDU 136 de 2007, basta una simple lectura del mismo para darse cuenta que el riesgo por trabajos adicionales y no previstos le son imputables a la entidad y no a su colaborador; la cláusula 8.2. "De riesgos en cabeza de la Entidad Contratante"* estipula*: "8.2. RIESGOS QUE ASUMEN EL IDU Y TRANSMILENIO S.A. a) Riesgos de construcción: […] Cantidades de obra: Derivado de las mayores o menores cantidades de obra para redes, demoliciones, desvíos y parcialmente el riesgo por las obras no previstas y/o adicionales."*

16. En este contexto, razón asiste a la Convocante y al Ministerio Público al señalar y también así concluye el Tribunal, que los elementos probatorios acreditan además de las deficiencias de los diseños y estudios entregados por la entidad contratante, la elaboración con su autorización de la "actualización" sustancialmente diferente de aquéllos, la construcción y entrega de las obras contempladas en éstos, necesarias e indispensables técnicamente, distintas y no previstas en los diseños iniciales entregados, ni en el presupuesto del Adendo No. 6 de la Licitación Pública No. IDU-LP-DG -022–2007 ni en el valor global del Contrato, por lo cual, deben reconocerse, descontando de su valor real, el del presupuesto desglosado para las iniciales, de ahí que esta pretensión prospera.

17. El Dictamen Pericial técnico rendido por el Ingeniero Alfredo Malagón cuantifica el valor de los nuevos estudios y diseños, y obras construidas:

> "La obra total construida por el contratista con los nuevos diseños y entregada a la contratante la cuantifica en la suma de $9.424.654.313 y de este valor deduce el contenido en el presupuesto del IDU por $3.756.485.839, para un valor neto de $6.107.721.799,75, a costo directo en pesos de diciembre de 2007, así: (…) "Como se observa en el anterior cuadro, el valor global a costo directo de las obras ejecutadas por el Contratista en dicha estación ascienden a $9.684.207.638,75, para una diferencia con el valor global a costo directo del presupuesto oficial ($3.576.485.839) de $6.107.721.799,75, a costo directo en pesos de diciembre de 2007"
>
> "(…) En resumen, el valor de los mayores costos causados por los diseños de la Estación Central, calculado de acuerdo con lo anteriormente señalado asciende a $315.545.782, cuyo valor que actualizado con el IPC a Julio de 2013, corresponde a $343.092.929. El valor de la diferencia entre el presupuesto oficial establecido por el IDU en la licitación y, las obras realmente ejecutadas por el contratista en la denominada Estación Central asciende a la suma de $6.107.721.800, el cual ajustado con el ICCP hasta la fecha de terminación de las obras y con el ICP a julio de 2013, resulta un valor de $9.424.654.313, incluido AIU."[132]

Finalmente, el perito concluye que el IDU, no ha reconocido ni pagado el valor de los diseños ni de las obras, resumiendo los valores:

> "De acuerdo con los documentos consultados para resolver este cuestionario, el IDU no ha reconocido el costo de los estudios y diseños utilizados para la construcción de la Estación Central, es decir, no ha reconocido que fueron producto de una nueva elaboración por parte del Contratista. Por otra parte, el IDU tampoco ha reconocido que, con motivo de la elaboración de los nuevos diseños de la Estación Central, existe una

[132] C. de Pruebas, No. 11.

diferencia entre (i) el costo directo del Valor de Global de las actividades y cantidades de obra realmente ejecutadas en la Estación Central y (ii) el costo directo del Valor de Global de las actividades y cantidades de obra tenidas en cuenta por el IDU para la determinación del presupuesto oficial estimado de la Estación Central." [133]

Por todo lo anterior, las pretensiones 1.1 a 1.4 prosperan, así se declarará en la parte resolutiva y reconocerá el valor cuantificado por el perito en pesos de diciembre de 2007 para, los diseños en la suma de $315.545.782, y las sobras en $6.107.721.799,75, que serán actualizadas con el IPC certificado por el DANE a la fecha más próxima del Laudo.[134]

4.1.2. Pretensiones relacionadas con la construcción de pavimentos (rajón) de la Troncal Calle 26 y sus bocacalles

a. Argumentos de la convocante

Pide la demandante declarar que por las órdenes de la Interventoría como representante del IDU y la decisión de éste de cambiar el diseño geométrico de la expresada Troncal y sus bocacalles fue necesario instalar rajón, material de sello y realizar la excavación mecánica en zonas no previstas en los estudios y diseños de la Licitación Pública y del Contrato[135], siendo improcedentes y configurativas de incumplimiento las decisiones por las cuales consideró que su pago debía hacerse aplicando la metodología de *"valoración de área de acuerdo al diseño inicial con respecto al diseño actualizado*"[136], y en consecuencia se le reconozcan los mayores costos[137], aplicando una metodología diferente[138] o, en subsidio de no reconocerse los costos no previstos por tales órdenes, se reconozcan con la

[133] C. de Pruebas, No. 11 página 17 folios 21 y ss.
[134] C. de Pruebas No. 11.
[135] "2.1.Que se declare que como consecuencia de las órdenes del representante del IDU en el Contrato IDU 136 de 2007 (contenidas en las comunicaciones de la Interventoría IML-1-172-0649-08 del 2 de diciembre de 2008 e IML-1-172-1875-10 del 16 de septiembre de 2010) y de la decisión del IDU de cambiar el diseño geométrico de la Troncal Calle 26 y sus bocacalles (autorizado en el oficio IDU 032563 del 7 de mayo de 2009), fue necesario colocar rajón, material de sello y realizar la respectiva excavación mecánica en zonas no previstas en los estudios y diseños de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 y en el Contrato IDU 136 de 2007 (concretamente a lo largo y ancho de la vía existente de la Troncal Calle 26 y sus bocacalles y en zonas resultantes de la actualización del diseño geométrico de la Troncal).
[136] "2.2. Que son improcedentes y constituyen incumplimiento contractual y legal, las decisiones del IDU contenidas en el Acta No. 5 de Arreglo Directo del 28 de junio de 2011 y en el Acta del Comité de Convivencia el 1 de septiembre de 2011, mediante las cuales consideró que el pago a CONFASE S.A. por la colocación no prevista de rajón, el material de sello y la respectiva excavación mecánica a la que se refiere la pretensión anterior, debía hacerse solamente en relación con el cambio de diseño geométrico de la Troncal Calle 26 y sus bocacalles y aplicando la metodología de *"valoración de área de acuerdo al diseño inicial con respecto al diseño actualizado*".
[137] "2.3.Que como consecuencia de lo anterior y de la oposición de CONFASE S.A. a la decisión del IDU de no reconocer lo reclamado por ésta, se le reconozcan a CONFASE S.A., teniendo en cuenta lo solicitado en esta demanda y lo que resulte probado en el proceso, los mayores costos en que la misma incurrió por la colocación no prevista de rajón extendido a lo largo y ancho de toda la subrasante, su correspondiente material de sello y la respectiva excavación mecánica ejecutadas en la construcción del pavimento de la Troncal Calle 26 y sus bocacalles, en virtud de las órdenes del representante del IDU en el Contrato IDU 136 de 2007 a que se refiere la pretensión 2.1. y no solamente en virtud de la decisión del IDU de cambiar el diseño geométrico de la Troncal Calle 26 y sus bocacalles.
[138] "2.4. Que para los efectos del reconocimiento de los mayores costos reclamados en la pretensión 2.3, se aplique una metodología distinta de la de áreas reconocida por el IDU, que incluya, además de lo que resulte del cambio del diseño geométrico ordenado y autorizado por el IDU respecto de la Troncal Calle 26 y sus bocacalles, lo que sea consecuencia de las órdenes del representante del IDU en el Contrato IDU 136 de 2007."

metodología de áreas formulada por el IDU en las Actas de Arreglo Directo y de Comité de Convivencia de 28 de junio y 1 de septiembre de 2011.[139]

Los hechos en que se basa esta pretensión son, en resumen, los siguientes:

1.- Que el IDU "previó en sus Pliegos de Condiciones, la necesidad de incluir una c*apa de rajón* y su respectivo sello con espesor total de 30 cm, dentro de la estructura de pavimento rígido de la Troncal Calle 26, únicamente en aquellos sitios donde la excavación llegara a la subrasante natural y sobre esta consideración, CONFASE S.A. ajustó los diseños correspondientes a los pavimentos de la Troncal de la Calle 26 y sus bocacalles, dada la falencia de diseños entregados por el IDU para esta actividad."

2.- Que "La deficiencia de los diseños, fue advertida por CONFASE S.A. en comunicación CBF-I-01-066-08 de 26 de julio de 2008, en la que puso en evidencia que los estudios y diseños de la Troncal Calle 26, entregados por el IDU, mediante oficio IDU-121181, no se encontraban completos".

3.- Que el 26 de septiembre de 2008, en comunicación CBF-I-0213-08, CONFASE S.A., "reiteró que la utilización de rajón, en cumplimiento de lo dispuesto en los Pliegos de Condiciones, sería necesaria sólo en las áreas donde durante la construcción se encontrara la subrasante tan reblandecida que no permitiera construir la primera capa de la estructura del pavimento diseñado, no sólo porque así lo establece la buena práctica de la construcción vial, sino también porque el consultor del IDU no realizó la caracterización geomecánica de la subrasante, con la amplitud necesaria para predecir dónde se hallarían las zonas de subrasante blanda."

4.- Que "El 20 de octubre de 2008, a través de la comunicación IML-1-172-0476-08, la Interventoría manifestó no estar de acuerdo con la metodología propuesta por el Contratista para la definición de las zonas de la subrasante a reforzar con una Capa de Rajón, y solicitó a CONFASE S.A. realizar, sin reconocimiento ni pago alguno, los estudios dejados de realizar por el consultor del IDU para predecir la ubicación de dichas zonas blandas, pretensión de la Interventoría que superaba ampliamente las obligaciones que correspondían a CONFASE S.A."

5.- Que "El 20 de octubre de 2008, mediante la comunicación IML-1-172-0480-08, la Interventoría manifestó que la capa de rajón debía ser construida por CONFASE S.A. a todo lo largo y ancho de la subrasante, porque de lo contrario no se cumpliría con el K (medida de resistencia estructural de los pavimentos) propuesto por el Contratista; apreciación equivocada ya que, sin la capa de rajón se cumplía dicho K, cuando la subrasante superara el CBR de 3% establecido como límite."

[139] "2.5. Subsidiaria de las pretensiones principales 2.2, 2.3 y 2.4: Que en caso de que se denieguen los costos no previstos reclamados por CONFASE S.A. en las pretensiones principales respecto de las órdenes del representante del IDU en el Contrato IDU 136 de 2007, se le reconozcan a CONFASE S.A. los costos no previstos por las actividades a que se refiere la pretensión principal 2.2. y resultantes de la autorización del IDU de cambiar el diseño geométrico de la Troncal Calle 26, aplicando al efecto la metodología de áreas formulada por el IDU en las Actas de Arreglo Directo y de Comité de Convivencia de 28 de junio y 1 de septiembre de 2011."

6.- Que "El 26 de noviembre de 2008, a través de la comunicación CBF-I-0332-08, en respuesta a la comunicación IML-1-172-0480 de la Interventoría, CONFASE S.A. reiteró su posición frente a los diseños de pavimentos, insistiendo en que el mejoramiento con rajón no se había considerado necesario en los diseños entregados por el IDU para toda la subrasante, sino sólo para sitios aislados donde se encontraran subrasantes tan blandas que impidieran la construcción de las primeras capas de pavimento.", pero que el 2 de diciembre de 2008, "a través de la comunicación IML-1-172-0649-08, en respuesta al comunicado CBF-I-0332-08, la Interventoría ordenó extender a lo ancho de toda la subrasante la capa de rajón…".

7.- Que "Mediante comunicación IML-1-172-1875-10 de 16 de Septiembre de 2010, la Interventoría nuevamente indicó a CONFASE S.A. que debía realizar el mejoramiento con rajón en el ancho total del corredor de la Calle 26:

> "Esta Interventoría, basada en lo evidenciado en obra y ratificando la recomendación del diseño original de pavimentos, le solicita al Contratista realizar el mejoramiento con rajón de la vía de la calle 26 en su ancho total y no puntualmente como se ha venido haciendo.
>
> "Consideramos que al ser este mejoramiento homogéneo se pueden prevenir problemas futuros por el cambio de rigideces en el piso de soporte de la estructura por el cambio de material portante. El hecho de que el mejoramiento sea sectorizado puede generar asentamientos diferenciales y escalonamiento de losas."

8.- Que "En el acta No. 5 del Arreglo Directo solicitado por CONFASE S.A., suscrita el 28 de junio de 2011, se señaló que:

> "Tramo 5 y 6 de la calle 26:
>
> "Teniendo en cuenta que se surtió una actualización a nivel geométrico se procede a efectuar la valoración de área de acuerdo al diseño inicial con respecto al diseño actualizado. Si procede la petición se revisará su valor. El Contratista no acepta la metodología por área para revisión de los pavimentos del tramo 5 y 6 de la calle 26 por lo que solicita agotar este tema en esta instancia, con lo cual está de acuerdo el IDU."

9.- Que "Con fundamento en el presupuesto desglosado, es claro que la metodología con la que deben liquidarse y reconocerse a CONFASE S.A. los sobrecostos correspondientes a la capa de rajón, su material de sello y la respectiva excavación mecánica, es aquella que surge de comparar los volúmenes y precios de las cantidades de obra ejecutadas por el Contratista, con los volúmenes y precios de las cantidades usadas para calcular el valor de éstos ítems en el presupuesto oficial de la licitación pública, cuyas cantidades obedecen a los diseños iniciales del IDU, en los que se evidencia que sólo se debía aplicar la capa de rajón en zonas blandas y no en la totalidad de la obra de la Calle 26."

10.- Que, "En consecuencia, el IDU adeuda a CONFASE S.A. los valores correspondientes a 9.130 m^3 de capa de rajón, que equivalen a la diferencia entre 19.490 m^3 realmente ejecutados para los pavimentos de la Calle 26 y 10.360 m^3 inicialmente previstos por la Entidad; así como a 12.332 m^3 del respectivo material seleccionado para sello y relleno de la capa de rajón y; 27.845 m^3 de excavaciones

ejecutadas para llenar los espacios ocupados por el rajón y su material de sello. Por consiguiente, el IDU le adeuda a CONFASE S.A. la suma de TRES MIL CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS ($3.137.691.875), más los ajustes e indexaciones hasta la fecha de su pago."

b. La oposición de la parte convocada

En la respuesta a la demanda el IDU responde los hechos atinentes a este rubro de la demanda con la expresión "Me atengo al texto del documento" en lo que corresponde a los numerados 4.1 a 4.19, para posteriormente indicar que:

> "En cuanto a la segunda pretensión, relacionada con la Construcción de Pavimentos de la Troncal Calle 26 y sus Bocacalles, el IDU no debe suma alguna por cuanto el pago se realizó de acuerdo con lo establecido en el Contrato IDU 136 de 2007.
>
> "El contratista CONSTRUCTORA BOGOTA FASE III S.A. convino en el Contrato las condiciones de pago previstas en el mismo, las cuales no puede cambiar según su criterio."[140]

Según la parte convocante no tiene razón el IDU en su negativa debido a que:

> "En el **Acta No. 5 de Arreglo Directo del 28 de junio de 2011 y en el Acta del Comité de Convivencia el 1 de septiembre de 2011**, el IDU reconoció que debía pagársele al CONTRATISTA las mayores cantidades de rajón extendido a lo largo y ancho de toda la subrasante, el material de sello y la respectiva excavación mecánica ejecutadas en la construcción del pavimento de la Troncal Calle 26 y sus bocacalles. Sin embargo, no hubo acuerdo en la metodología para valorar los mayores costos, pues el IDU consideró efectuar una ***"valoración de área de acuerdo al diseño inicial con respecto al diseño actualizado"*** y el CONTRATISTA consideró que la valoración debía realizarse no por área sino por volumen."[141]

c. El concepto del Ministerio Público

El Señor Agente del Ministerio Público, expresa en lo atinente con las pretensiones relacionadas con el rajón y previas observaciones generales acerca de los intereses que van envueltos en toda contratación estatal, unos de interés general otros de contenido particular, en esencia el legítimo derecho al lucro individual perseguido por el contratista como contraprestación a su labor, todo lo cual se contemplaba en el derogado art. 3 del estatuto de la contratación administrativa, derogatoria que no implica que la garantía a obtener razonables utilidades *"se haya eliminado de nuestro sistema jurídico"* pues subsiste *"el derecho que tienen los contratistas a recibir una remuneración por la labor realizada"*[142], de ahí también la normatividad tendiente a mantener el equilibrio económico del contrato prevista en el numeral 1 del art. 5º del Estatuto al indicar, en el inciso segundo, que el contratista tiene derecho: **"previa solicitud, a que la administración les**

[140] Folio 513 del C. Principal No. 3. En el alegato de conclusión textualmente reitera lo transcrito.
[141] Reverso folio 297 del C. Principal No. 2.
[142] Folio 649 del C. Principal No. 3.

restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato. (Subrayas y negritas fuera de texto) (sic)".

Destaca el concepto del señor Procurador, dentro de sus atinadas consideraciones generales que:

> "Se puede observar con claridad, que la Administración en su posición de Entidad Contratante, puede tomar determinaciones relacionadas con el contrato, haciendo al contratista asumir una nueva posición respecto de la labor que le cabe, esto es, alterando lo primeramente establecido en el acuerdo perfeccionado, viéndose éste último obligado a ejecutar una labor distinta de la que se obligó inicialmente, lo que a la postre puede implicarle un mayor costo por una mayor cantidad de obra ordenada. Entonces, la Administración cuenta con una facultad especial que le permite alterar unilateralmente el contrato celebrado con sus colaboradores, lo que no implica de suyo un menoscabo de la utilidad del contratista cuando quiera que el uso de dicha facultad no afecte gravemente la ecuación financiera; de lo contrario se verá en el deber de restablecer el equilibrio económico perdido."[143]
>
> "(...) Ahora, es requisito indispensable para que proceda el restablecimiento del equilibrio económico que las mayores cantidades de obra o la mayor permanencia en la misma no se deban al arbitrio o decisión del contratista, antes bien, se debe contar con la aprobación de la Entidad Contratante, o deberse al ejercicio del Ius Variandi que ésta ejerce. (…) De modo tal que, cuando se procede a realizar una mayor cantidad o permanencia en obra, esta debe estar autorizada por la Entidad Contratante, y no basta la sola manifestación verbal de ésta, pues dado el carácter solemne del Contrato Estatal es necesario que se dé también la forma escrita, no obstante, el Consejo de Estado ha manifestado que cuando no es posible alcanzar el acuerdo escrito por actos imputables a la Administración y se prueba la mayor obra por el contratista, entonces, procede el pago al contratista por su labor adicional.[144]"

Va el análisis del Ministerio Público al dictamen pericial, prueba en este proceso, para poner de presente lo señalado por el perito en el sentido de que: "En conclusión, el diseño del pavimento de la Troncal Cale 26 entregado por el IDU se previó la construcción de Mejoramiento con Rajón sólo en aquellas zonas donde la subrasante exhibiera un CBR inferior al 3% y/o donde la subrasante se mostrara inestable, con el fin de mejorar la capacidad portante de la subrasante en dichas zonas blandas. (Fl. 2)".

Adiciona:

> "Ni en los diseños ni en el presupuesto oficial el IDU previó que el contratista debía extender el mejoramiento con rajón a todo lo largo y ancho de la subrasante, sino solamente en las zonas inestables estimadas por el IDU en el 55% del área superficial de la subrasante puesto que para el ítem Mejoramiento con Rajón el IDU previó una cantidad total de 10.360 m³ que equivalen al 55% de los 19.489,83 m³3 que el contratista ejecutó. (Fl. 7)"

[143] Folio 655 del C. Principal No. 3.
[144] Folios 656 y 657 del C. Principal No. 3.

Y concluye que:

> "(…) De todo lo reseñado en precedencia se puede concluir que efectivamente hubo una mayor cantidad de obra, debida a la colocación de mayores cantidades de rajón respecto de las inicialmente previstas, que fueron ordenadas por la Interventoría y aceptadas por el IDU.
>
> "Teniendo en cuenta los motivos, de índole conceptual y probatorio, hasta aquí expuestos, solicito de forma respetuosa al Honorable Tribunal, se sirva acceder a las pretensiones relacionadas con la Construcción de Pavimentos de la Troncal Calle 26, por la mayor cantidad de rajón ejecutado, según lo que, para los señores árbitros resulte probado en la actuación."

d. Consideraciones del Tribunal

Atendido el resumen antes mencionado y para ir a la esencia del asunto, se tiene que es hecho debidamente demostrado que CONFASE hubo de instalar mayor cantidad de rajón del señalado en el contrato según decisión tomada por la interventoría de la obra, admitida por el IDU y a regañadientes acatada por CONFASE.

Así lo evidencian, entre otras, las siguientes pruebas documentales y testimoniales:

La comunicación IML-1-172-1875-10 del 16 de septiembre de 2010 referida al "Mejoramiento homogéneo de subrasante", en la que la Interventoría reiteró:

> "Esta Interventoría, basada en lo evidenciado en obra y ratificando la recomendación del diseño de pavimentos, le solicita al Contratista realizar el mejoramiento con rajón de la vía de la calle 26 **en su ancho total y no puntualmente como se ha venido haciendo.**"[145] (Resalta quien transcribe)

Claudia Tatiana Ramos en su testimonio señala que:

> "DR. LOPEZ: Como usted era funcionaria de Confase en esa época, aceptaron la indicación del Interventor en el sentido de colocar rajón completo como él lo quería?
>
> "SRA. RAMOS: Sí doctor, porque el Interventor nos dijo tiene que hacerlo, nos dio la orden por escrito e hicimos varios meses de trabajo y le dijimos no es necesario y ellos fueron reiterativos en el tema y en últimas le dijimos tenemos que poner rajón o si no, ni siquiera nos reconoce por lo menos que teníamos inicialmente previsto, entonces pusimos el rajón."[146]

Edgard Herrera Marciales señala que:

> "DR. ARIZA: En los documentos que le dio el IDU para la licitación, usted tenía que hacerlo en sitios puntuales o extendido a lo largo y ancho?

[145] Folio 146 del C. de Pruebas No. 5.
[146] Folio 166 del C. de Pruebas No. 26.

"SR. HERRERA: No, en sitios puntuales, eso lo hace uno técnicamente es donde lo necesito nada más.

"DR. ARIZA: No, pero qué le pedían los documentos de la licitación?

"SR. HERRERA: En sitios puntuales donde la subsarante fuera blanda.

"DR. ARIZA: Quién entonces decide que lo haga a todo lo largo y ancho de la vía?

"SR. HERRERA: Eso fue cuando se iniciaron las obras, la Interventoría solicitó que se hiciera ese mejoramiento a todo lo ancho y lo largo de las calzadas.

"DR. ARIZA: Usted le puede recordar al Tribunal las razones por las cuales la Interventoría indicó eso y si Confase digamos advirtió o discutió con la Interventoría esta orden?

"SR. HERRERA: Digamos que ellos solicitaron que se hiciera todo el reemplazo de la subrasante y mejoramiento con rajón a pesar de que digamos por parte de Confase se le recordó que de acuerdo a los documentos contractuales ese reemplazo debía ser puntualmente y no a todo lo ancho y largo de las calzadas.

"DR. ARIZA: En el mismo sentido de la pregunta anterior, cuando yo diseño para efectos de homogeneidad la colocación de rajón en sitios puntuales, hay una diferencia de diseño cuando yo tengo que colocarlo a todo lo largo y ancho de la vía o en términos más concretos tener una u otra alternativa implica dos diseños distintos?

"SR. HERRERA: Básicamente es el mismo diseño sino que la obra sí se incrementa por una u otra alternativa, con la alternativa de reemplazo general estoy incrementando cantidades de obra que en teoría no requeriría porque solamente necesitaba mejorar el punto blando.

"DR. ARIZA: Usted sabe en ese sentido en los documentos de la licitación y concretamente en el Adendo 6 que desglosa los precios unitarios, cuánto rajón estaba calculado, cuántos metros cúbicos de rajón estaban calculados?

"SR. HERRERA: Alrededor de unos 10.000 metros cúbicos.

"DR. ARIZA: Cuántos colocó Confase por pasar a todo lo largo y ancho de la vía?

"SR. HERRERA: Más de unos 19.000 y algo, 19.500 metros cúbicos.[147]

En el dictamen pericial del ingeniero Alfredo Malagón se indica:

"En el documento ESTUDIOS Y DISEÑOS DE LA TRONCAL CALLE 26 (AVENIDA 3 – AEROPUERTO EL DORADO – AVENIDA JOSÉ CELESTINO MUTIS) EN BOGOTÁ D.C. – DISEÑO DE PAVIMENTOS, incluido por el IDU en el pliego licitatorio, consultado por este Perito, se dispuso para las calzadas mixtas de pavimento rígido de la Troncal Calle 26 la siguiente estructura:

"Loza de concreto de 4.5 Mpa
Mezcla densa en caliente tipo MDC-12 de 5.0 cm
Subbase granular tipo SBG_A de 0.30 m
Rajón de 0.30 (***se colocará cuando se encuentre el suelo natural***) (sic)"[148]

[147] Folios 340 y 341 del C. de Pruebas No. 26.

Posteriormente destaca el experto que:

> "O sea, la Capa de Rajón no hacía parte de la estructura de pavimento de la Troncal Calle 26, sino que constituía el procedimiento previsto por el diseñador para estabilizar la subrasante donde ésta resultara inestable o blanda, razón por la que en el diseño del pavimento de la Troncal Calle 26 entregado por el IDU con el pliego de condiciones no se previó la construcción de una Capa de Mejoramiento de la Subrasante con rajón a todo lo largo y ancho de la misma."[149]

Está debidamente probado que la decisión de implementar rajón a lo ancho y largo de la Troncal de la 26 se debió a la autorización de la actualización del diseño geométrico dada por el IDU y de la comunicación de Interventoría IML-1-172-0649-08 del 2 de diciembre de 2008, como también, tal como lo destaca la experticia del ingeniero Malagón que:

> "(…) que ni en los diseños ni en el presupuesto oficial el IDU previó que el contratista debía extender el mejoramiento con rajón a todo lo largo y ancho de la subrasante, sino solamente en las zonas inestables estimadas por el IDU en el 55% del área superficial de la subrasante puesto que para el ítem Mejoramiento con Rajón el IDU previó una cantidad total de 10.360 m³ que equivalen al 55% de los 19.489,83 m³3 que el contratista ejecutó."[150]

El Tribunal comparte la apreciación del Ministerio Público en el sentido de que:

> "Además, el IDU alega que no hubo estudio o documento alguno que especificara cuáles eran las zonas blandas que se debían intervenir. La anterior afirmación, si bien es cierto que no había estudios que especificaran las zonas blandas que se debían intervenir, no es menos cierto, que se probó en el proceso que dichos diseños no debía entregarlos el IDU, sino que durante la ejecución del contrato el contratista debía excavar y diseñar la postura de rajón de acuerdo a las zonas blandas que fuera detectando, con lo cual se desvirtúa que al no existir diseño original no es dable reconocer la mayor colocación de rajón, más aun, que en el precio global se determinaron los metros cúbicos (m³) de rajón a ejecutar (10.360 m³) y que el excedente colocado no se hizo a capricho del contratista sino por orden directa y escrita del interventor, quien especifica las ventajas técnicas por las cuales dio dicha orden que conlleva igualmente a afirmar que se estableció igualmente los beneficios técnicos y la necesidad de modificar lo inicialmente convenido (colocación de rajón sólo en zonas blandas).
>
> "De todo lo reseñado en precedencia se puede concluir que efectivamente hubo una mayor cantidad de obra, debida a la colocación de mayores cantidades de rajón respecto de las inicialmente previstas, que fueron ordenadas por la Interventoría y aceptadas por el IDU."

En este orden de ideas prospera esta pretensión y por ende, se declara que el IDU debe pagar la suma debidamente soportada a la que llegó el dictamen pericial técnico, que se reitera, no fue objeto de cuestionamiento por la parte convocada, en el que se destaca, previo el debido análisis, que:

---

[148] Folio 127 del C. de Pruebas No. 11.
[149] Folio 128 del C. de Pruebas No. 11.
[150] Folio 133 del C. de Pruebas No. 11.

> "En resumen, el Contratista incurrió en mayores costos directos de construcción de la Capa de Rajón, su material de sello y la respectiva excavación, por la suma de $ 1.987.432.891, 28 como se muestra en las tablas."[151]

Este valor cuantificado por el perito será reconocido con su actualización aplicando el IPC certificado por el DANE a la fecha más próxima del Laudo.

4.1.3. Pretensiones relacionadas con los pavimentos de las calzadas mixtas de la Troncal de la Carrera 10ª y sus bocacalles.

a. Lo solicitado por la parte convocante

En su demanda CONFASE solicita que se declare que por errores imputables al IDU en la información suministrada para la licitación respecto de la vida útil del pavimento de las calzadas mixtas, fue necesario ejecutar obras no previstas, de ahí el incumplimiento contractual del IDU por no reconocer los costos derivados de dicho error.[152]

Los hechos centrales que se aducen en apoyo de las pretensiones anteriores son, en resumen, los siguientes, precedidos del título "***Los mayores costos sufragados por CONFASE S.A. respecto de las obras correspondientes a los pavimentos de las calzadas mixtas de la Troncal de la Carrera 10ª y sus bocacalles."***, numerados 5.1 en adelante y en ellos se destaca que:

---

[151] Folio 136 del C. de Pruebas No. 11.

[152] Textualmente indica la demanda: "3.1 Que se declare que por contradicciones y errores imputables al IDU en la información suministrada en la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 respecto de la vida útil del pavimento de las calzadas mixtas de la carrera 10 y sus bocacalles (dentro de las que se cuentan la contradicción entre las especificaciones del Apéndice A y los estudios y diseños de dicha licitación y el error contenido en la alternativa de diseño de pavimento rígido de la misma), fue necesario que CONFASE S.A. ejecutara obras no previstas en la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 y en el Contrato IDU 136 de 2007.

3.2. Que son improcedentes y constituyen incumplimiento contractual y legal, las decisiones del representante del IDU del Contrato IDU 136 de 2007 (contenidas en la comunicación de la Interventoría IML-1-172-0360-09 del 2 de marzo de 2009) y las del IDU (contenidas en el oficio IDU-060581 DTC 335 del 3 de septiembre de 2009 y en las Actas No. 6 de Arreglo Directo del 26 de julio de 2011 y del Comité de Convivencia de 1 de septiembre de 2011), mediante las cuales se negaron a CONFASE S.A. los costos derivados del error contenido en la alternativa de diseño de pavimento rígido de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007.

3.3. Que, igualmente, son improcedentes y constituyen incumplimiento contractual y legal, las decisiones del IDU (contenidas en las Actas No. 6 de Arreglo Directo del 26 de julio de 2011 y del Comité de Convivencia de 1 de septiembre de 2011), solamente en lo que se refiere a la metodología adoptada por el IDU para reconocer los costos no previstos reclamados por CONFASE S.A. por el cambio de la estructura de pavimento de las calzadas mixtas de la Troncal Carrera 10ª y sus bocacalles.

3.4. Que como consecuencia de lo anterior y de la oposición de CONFASE S.A. a las decisiones del IDU y de su representante en el Contrato IDU 136 de 2007 a que se refieren las pretensiones anteriores, se le reconozcan a CONFASE S.A. los mayores costos en que la misma incurrió por la contradicción y el error indicados en la pretensión 3.1., aplicando la valoración y la metodología que resulten probadas en el proceso.

3.5.Subsidiaria de la pretensión principal 3.3 y 3.4:

Que en caso de que se denieguen las pretensiones principales 3.3 y la 3.4 en lo pertinente y se declare aplicable la metodología planteada por el IDU, se le reconozcan a CONFASE S.A. los mayores costos en que la misma incurrió por el cambio de la estructura del pavimento de la Carrera 10ª y sus bocacalles, teniendo en cuenta la metodología del IDU.

> "El IDU estableció que el pavimento para los carriles mixtos de la Troncal de la Carrera 10ª debía construirse en pavimento flexible. Adicionalmente, el Apéndice A- especificaciones particulares de construcción, Capítulo 4 – Obligaciones del Contratista relacionadas con la Etapa de Preconstrucción y Construcción, numeral 4.2.2.2. "Alternativa en Pavimento Flexible", estableció que la estructura de éste debía tener un período de diseño de 20 años."

Que *"El 26 de agosto de 2008, CONFASE S.A. emitió la comunicación CBF-I-01-133-08, en la que presentó observaciones sobre la información faltante del diseño de la Carrera 10ª, en especial acerca de (i) la necesidad de verificar la pertinencia de la recomendación dada por el consultor del IDU en el sentido de extender el diseño del pavimento de las calzadas mixtas de la Carrera 10ª a sus bocacalles cuyo tránsito esperado es mayor; y (ii) de la ausencia de diseño de los pavimentos de las calzadas mixtas de la Carrera 10ª con 20 años de vida de servicio."*

Que *"Posteriormente, CONFASE S.A. manifestó en las comunicaciones CBF-I-0191-08 del 17 de septiembre de 2008, CBF-I-0197-08 de 22 de septiembre de 2008, CBF-I-0208-08 del 24 de septiembre de 2008, CBF-I-0213-08 del 26 de septiembre de 2008, CBF-I-413-08 del 16 de octubre de 2008, CBF-I-0305-08 de 14 de noviembre de 2008, CBF-I-0332-08 de 26 de noviembre de 2008, entre otras, que el diseño entregado por el IDU para el pavimento de las calzadas mixtas de la Carrera 10ª no coincidía con lo especificado en el Apéndice A, dado que el diseño entregado era para una vida útil de 10 años y el exigido contractualmente era para un periodo de 20 años",* aspecto ratificado por la Interventoría en varias comunicaciones del año 2008.

Que *"El 2 de diciembre de 2008, la Interventoría emitió la comunicación IML-1-172-0649-08, donde indicó que el IDU manifestó en una reunión con los especialistas para cada área técnica, que las calzadas de tráfico mixto debían construirse en pavimento rígido, respetando las condiciones establecidas en el Apéndice A."*

Que *"el 23 de diciembre de 2008, a través de la comunicación IML-1-172-0751-08, la Interventoría remitió a CONFASE S.A. el oficio IDU-189320, ratificando que, de acuerdo con el diseño de pavimentos establecido en el numeral 4.2.2.2 del Apéndice A del Contrato de Obra, el IDU optaba por implementar en las calzadas mixtas de la Carrera 10ª el diseño de pavimento rígido incluido en el Pliego de Condiciones como alternativa para estas calzadas, con el fin de que cumpliera el periodo de vida útil de 20 años."*

Que *"El 4 y 7 de febrero de 2009, en las comunicaciones CBF-I-0496-09 y CBF-I-0507-09, CONFASE S.A. indicó que el diseño entregado por el IDU para la estructura del pavimento rígido de los carriles mixtos de la Carrera 10ª era una alternativa que no brindaba seguridad para garantizar su adecuado comportamiento durante el periodo de diseño exigido, porque generaría un alto riesgo de deformarse en forma diferencial, produciendo grietas prematuras en las losas de concreto del pavimento. Considerando lo anterior, CONFASE S.A., propone construir por debajo de la capa de concreto asfáltico de 5 cms, una capa de*

material tratado con cemento (MTC), con el fin de construir una estructura de pavimento con la calidad requerida y un buen comportamiento durante su vida útil."

Que *"El 31 de julio de 2009, en respuesta a los oficios IDU-042220 e IDU-049081, CONFASE S.A por medio de la comunicación CBF-I-1131-09, presentó al IDU una nueva alternativa de diseño de los pavimentos de las calzadas mixtas de la Carrera 10ª, empleando base granular en lugar de MTC.", pero que el 3 de Septiembre de 2009, "el IDU emitió el oficio IDU-060581, en el que indicó que no se pronunciaría sobre el diseño entregado por CONFASE S.A. para los pavimentos de la Carrera 10ª, argumentando que la revisión y ajuste de este diseño se encontraba dentro del marco de responsabilidad del Contratista. Además, el IDU anunció que tampoco revisaría la valoración de la afectación del balance económico del contrato originada por el ajuste al diseño de los pavimentos de la Carrera 10ª:"*

Que ante las discrepancias surgidas "*mediante Acta No. 5 del Arreglo Directo solicitado por CONFASE S.A., de 28 de junio de 2011, el IDU aceptó respecto de lo solicitado, lo siguiente: "… En cuanto al balance del contrato el análisis de la Entidad es el siguiente: Lo que tiene que ver con pavimentos de la carrera 10 se procederá hacer la valoración por cuanto obedece a un cambio de estructura de pavimentos de asfalto a concreto, se procederá a establecer el delta, si ha lugar, a la valoración. La petición si procede el valor se determinará con base en la revisión."*

Que "En el Acta del Comité de Convivencia suscrita el 1 de septiembre de 2011, se estipuló lo siguiente:

5. "Después de hacer una revisión de los temas enunciados para el comité de convivencia el Contratista solicita que se de (sic) por terminada esta etapa y anexa constancia con radicado IDU-20115260835182 del 01/09/2011.

6. El IDU manifiesta que en cuanto a los pavimentos de la carrera 10 si había cambio de especificaciones y se debía valorar, con lo que no estuvo de acuerdo el Contratista fue con la metodología de valoración. Los pavimentos de la calle 26 el IDU solicitó que se hiciera por diferencia de áreas y el Contratista no estuvo de acuerdo. Igual para el espacio público del sector.

7. El IDU deja claro que acepta la propuesta del Contratista, pero la ejecución de las obras en controversia deben (sic) continuar, teniendo en cuenta que es una reclamación por mayores costos y no obedece a aspectos técnicos.

8. El Contratista acepta que continúen las obras y solicita se requiera al Interventor para les (sic) pague hasta el precio establecido en el global."

Que *"El Contratista no acepta la propuesta del IDU, porque la misma no reconoció la capa de MTC y/o base granular en la totalidad del pavimento de la carrera 10ª que no se encontraba contemplada en los diseños originales entregados por el IDU. Además, no existió acuerdo sobre la metodología para reconocer los mayores costos del cambio de estructura de pavimento flexible a rígido, posición que no fue aceptada por CONFASE S.A. porque el Contratista insiste en que debe reconocérsele la diferencia entre las cantidades de obra establecidas en el valor*

global previsto en la licitación para los pavimentos flexibles y el valor de las cantidades de los pavimentos rígidos realmente construidos por CONFASE S.A. por los precios unitarios no previstos aprobados por el IDU durante el desarrollo del contrato."

b. La respuesta de la parte convocada

La respuesta a los hechos base de estas pretensiones se limita a mencionar que *"Me atengo al texto del documento"* y únicamente en la manifestación al hecho 5.8 se expresa que *"No es cierta la falencia de diseños que refiere la parte convocante".*[153]

Posteriormente advierte:

> "Respecto de las pretensiones contenidas en el numeral 3, relacionadas con los pavimentos de las calzadas mixtas de la Troncal de la carrera 10 y sus bocacalles, debo decir lo mismo. El contratista asumió el costo de las obras con el conocimiento pleno de las cantidades de obra que serían ejecutadas. No se trata de obras adicionales por lo que el convocante carece de legitimación para pedir el pago o mayor valor de obras a las que estaba comprometido a efectuar".[154]

En el alegato de conclusión el IDU pone de presente que el Contrato de Obra 136 de 2007 lo que definió en el punto 2.2 intitulado "2.2. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LAS OBRAS del Apéndice A unificado" los que transcribe y, en lo que interesa para el punto son "g. *Construcción de las calzadas de pavimento en concreto hidráulico.", las que se encuentran dentro del valor global pactado.*

Destaca el alegato:

> "En el acta del 11 de marzo de 2009 se acordó entre el IDU y el Contratista lo siguiente:
>
> *"Los estudios y diseños que sea necesario adelantar para las bocacalles los realizará el Contratista sin costo adicional para el proyecto (ajuste). En el evento de presentarse obras adicionales de adecuación de bocacalles, su valor será reconocido por los precios unitarios que se pacten entre las partes,…".*
>
> "Durante le ejecución de las obras, al Contratista se le reconoció las mayores cantidades de obra ejecutadas en las bocacalles y que están por fuera del límite del proyecto, como consecuencia de la intervención por redes que se ha requerido.
>
> "De lo anterior, se puede concluir lo siguiente:
>
> "Que fue acordado entre el Contratista y el IDU que las bocacalles no eran objeto de actualización.
>
> "Que se acordó entre el Contratista y el IDU que las mayores cantidades de obra en las bocacalles se reconocerían, lo cual se está cumpliendo, según consta en las actas parciales de obra.

[153] Folio 162 del C. Principal No. 2.
[154] Folio 185 del C. Principal No. 2.

"Que el Contrato, en su apéndice A estableció claramente el alcance de las obras que tenía que adelantar el Contratista, especialmente las correspondientes al tipo de concreto de las calzadas a construir, indicando que eran en concreto rígido y su forma de pago"[155]

c. La opinión de la parte convocante.

Replicó que:

"Al respecto la entidad siempre ha reconocido al CONTRATISTA que debe sufragársele dicho cambio. Así consta en las actas de arreglo directo y concretamente en el Acta No. 5, entre otras. La diferencia entre las partes no está en el cambio de especificación sino en la metodología para evaluar la cifra que debe pagársele al CONTRATISTA. Esa es la pretensión presentada ante este Tribunal.

"En consecuencia, no hay razón para que el IDU desconozca lo acordado en las actas de arreglo directo y de convivencia y pretenda reabrir una discusión que ya fue zanjada, al mencionar en su contestación de la demanda que el precio está cubierto en el valor global del contrato.".

d. El concepto del Ministerio Público

Con relación a este aspecto el Ministerio Público recuerda la importancia que tiene la licitación pública por ser la guía para *"las partes que posteriormente se vincularán por un contrato estatal, para una correcta suscripción y perfeccionamiento del contrato."*, y advierte que:

"Para el caso de autos, se presenta en apariencia una contradicción entre el Apéndice A del Pliego de Condiciones, el Contrato de Obra Pública IDU 136 de 2007 y los diseños entregados. Veamos, el Apéndice A en su página 30 contempla el ítem 4.2.2. Sobre diseño de pavimentos que establece como parámetro, una alternativa en pavimento rígido (ítem 4.2.2.1.) y una alternativa en pavimento flexible (4.2.2.2.). Para ambos casos se establece dentro de los elementos de diseños para las calzadas de Transmilenio y las calzadas mixtas un período de diseño de 20 años. (Fl. 30 y ss). Ahora, esta aparente diferencia en los pavimentos de la Troncal de la Carrera 10ª, fue tema de debate en el Acta de Arreglo Directo No 5 en la que se dejó dicho que "lo que tiene que ver con los pavimentos de la Carrera 10, se procederá a hacer la valoración por cuanto obedece a un cambio de estructura de pavimentos de asfalto a concreto; se procederá a establecer el delta, si ha lugar a la valoración. La petición sí procede el valor se determinará con base en la revisión." También el Acta de Arreglo Directo No. 6 que en lo esencial repite lo acordado en el acta antecedente; del mismo modo el Acta de Comité de Convivencia del 1 de septiembre de 2011 en la cual se lee lo siguiente:

"El IDU manifiesta que en cuanto a los pavimentos de la Carrera 10ª sí había cambio de especificaciones y se debía valorar, con lo que no estuvo de acuerdo el contratista fue con la metodología de valoración. Los pavimentos de la Calle 26 el IDU solicitó que se hiciera por diferencia de áreas y el contratista no estuvo de acuerdo.

"El IDU deja claro que acepta la propuesta del Contratista, pero la ejecución de las obras en controversia debe continuar, teniendo en cuenta que es una reclamación por mayores costos y no obedece a aspectos técnicos.

[155] Folios 536 y 537 del C. Principal No. 3.

> "El contratista acepta que continúen las obras y solicita se requiera al Interventor para que les pague las obras hasta el precio establecido en el global.

"Si bien la Entidad por medio de las Actas transcritas, exhibió un interés por reconocer un "cambio de especificaciones" que se debía valorar respecto de los pavimentos de la Carrera 10ª, por el supuesto cambio de estructura de pavimento flexible a rígido; no es menos cierto que la ley que rige el contrato es la de la licitación, y que el contratista desde el Apéndice A tenía conocimiento que su obligación era la de hacer pavimentos con una duración de 20 años."

(…)

"Así las cosas, si desde un principio se había señalado con meridiana claridad que el contrato obligaba al contratista a hacer pavimentos con una duración a 20 años, no es válido que sostenga ahora que se le deban reconocer obras no previstas, por más que en principio la Administración Contratante hubiese estado de acuerdo en reconocerlas, pues no deja lugar a dudas que la intención de la Entidad y la del contratista al haber participado en la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 y suscrito el contrato IDU 136 de 2007, era precisamente la de hacer pavimentos con una duración de 20 y no de 10 años; por ende, ante las falencias presentadas en los diseños, y aunque pudieron haber sido puestas de presente a la Entidad, era obligación del Contratista según lo señalado en cláusula 4 del Contrato, hacer los ajustes y/o actualizaciones necesarias a los diseños que le fueron entregadas para garantizar la ejecución de los pavimentos con una duración según se obligó. En todo caso, la obligación contraída por la parte Convocante era esa y no otra, esto es, que los pavimentos de la Troncal de la Carrera 10ª tuvieran una conservación de 20 años, independientemente que las especificaciones de diseños que le fueron entregadas ulteriormente no fueran claras, pues no debe perderse de vista que el pliego de condiciones es la ley del contrato y tanto éste como aquél precisan las condiciones en que se debe ejecutar la obra contratada, dejando más allá de toda duda, certeza sobre el término de duración bajo los que se debían hacer los pavimentos."

"De igual forma considera este Despacho, que en el Apéndice A del Pliego de Condiciones, se establecieron unas condiciones técnicas que debían reunir las dos alternativas plasmadas en el Pliego, a saber: 1) El ítem 4.2.2.1. Referente a un pavimentos rígido, el cual, debía tener un período de duración de 20 años; 2) ítem 4.2.2.2. Previó una alternativa en pavimento flexible, que al igual que la anterior, estableció un período de veinte (20) años de duración.[156]"

Adiciona el concepto del señor Agente del Ministerio Público que:

"El Contratista en su oportunidad, durante la etapa de licitación, debió observar y percatarse de ésta posible incongruencia con relación a los veinte (20) años del pavimento flexible, pero no lo hizo en esa precisa oportunidad, en la que bien pudo haberse aclarado el tema por parte del IDU, luego debe asumir las consecuencias de atenerse estrictamente a lo manifestado en el Pliego de Condiciones, o sea, construir pavimento con duración a veinte (20) años, el cual es típico de los pavimentos rígidos. Esta Agencia del Ministerio Público no encuentra un argumento incontrovertible e indiscutible para poder determinar que lo contratado haya sido pavimento flexible de diez (10) años de duración. Por lo que nos debemos atener a lo anteriormente expuesto, en el sentido que lo señalado en el Pliego y lo contratado es un pavimento a veinte (20) años,

[156] Folios 663 a 667 del C. Principal No. 3.

por lo que no hay lugar a reconocimiento a un mayor valor al contratista al ejecutar dicho pavimento rígido.[157]"

Y concluye:

"En razón de lo expuesto, está suficientemente probado que la obligación que contrajo el contratista era la de realizar pavimentos rígidos con duración de 20 años, según consta en la Licitación Pública y su Apéndice A; por ende solicito al Honorable Tribunal despachar desfavorablemente las pretensiones relacionadas con los pavimentos de las calzadas mixtas de la Troncal de la Carrera 10ª y sus bocacalles."[158]

e. Consideraciones del Tribunal

1.- El hecho determinante para sustentar esta pretensión obedece a las "contradicciones y errores imputables al IDU en la información suministrada en la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 respecto de la vida útil del pavimento de las calzadas mixtas de la carrera 10 y sus bocacalles (dentro de las que se cuentan la contradicción entre las especificaciones del Apéndice A y los estudios y diseños de dicha licitación y el error contenido en la alternativa de diseño de pavimento rígido de la misma".

2.- Dicha contradicción se halla debidamente probada y, además es asunto pacífico en este proceso debido a que el IDU no la ha negado, es más, en la comunicación del IDU 189320 del 11 de diciembre de 2008[159], expresó en lo pertinente:

"En atención a los oficios de la referencia, mediante los cuales se manifiesta con base en el diseño de pavimentos suministrados por el IDU, se indica que para los carriles mixtos de la Carrera 10 el diseño contempla una estructura de pavimento flexible para un periodo de diseño de 10 años, el cual fue confirmado por el Consultor durante las reuniones adelantadas en agosto de 2008 y que de acuerdo a los parámetros establecidos en el Apéndice A del Contrato de Obra numeral 4.2.2 – Diseño de pavimentos, se establece que:" *Los diseños de pavimentos para el proyecto la Troncal Carrera 10, han considerado los siguientes parámetros de diseño, que deberán ser respetados por el Contratista, precisando que el tipo de pavimento previsto en los diseños suministrados por el IDU (rígido o flexible) no podrá ser modificado"*, y teniendo en cuenta que el mismo Apéndice A en su numeral 4.2.2.2 se indica que el periodo de diseño para la estructura de pavimento flexible es de 20 años, **lo cual no concuerda con los diseños entregados por el IDU**, le informo que la Entidad ha decidido implementar sobre los carriles mixtos, el diseño de pavimento rígido que hace parte de los diseños entregados, el cual se ajusta a un periodo de diseño de 20 años, ciñéndose de esta manera a lo establecido en el Apéndice A.

"**Con base en lo anterior, se solicita adelantar la valoración para la diferencia de costo de las dos alternativas entregadas con el fin de revisar el presupuesto del contrato de obra de acuerdo a la implementación de la alternativa indicada.**" (Resalta quien transcribe)."

[157] Folios 667 y 668 del C. Principal No. 3.
[158] Folio 669 del C. Principal No. 3.
[159] Folio 127 del C. de Pruebas No. 3.

La declarante Valentina Botero Parra quien prestó servicios al IDU, igualmente pone de presente que:

> "(…) había dos alternativas de diseño una de ellas era el pavimento flexible, pero esa alternativa de diseño estaba contemplada para una vida útil de 10 años, **era incongruente**, entonces se decidió para cumplir con la condición de vida útil ejecutar la obra con pavimento rígido a 20 años que era el diseño que cumplía para efectos de la exigencia del apéndice A."[160]

3.- En la comunicación antes transcrita, es el IDU quien reconoce que al haberse optado por la alternativa de pavimentos rígidos a veinte años, se elimina la incongruencia pero, igualmente y de manera espontánea admite que el ejercicio de dicha alternativa puede conllevar "una diferencia de costo", por lo que señala se debe adelantar la valoración "con el fin de revisar el presupuesto del contrato de obra de acuerdo a la implementación de la alternativa iniciada", lo que de entrada descarta que el IDU estuviera considerando el valor de la ejecución de la alternativa escogida como cobijada en el precio global.

También en este aspecto es de sumo interés lo declarado por la Ingeniera Valentina Botero Parra quien así se expresó:

> "DR. ARIZA: En esas actas y creo que no hay necesidad de leerlas, insisto están en la demanda, en las actas, básicamente queda reflejado digamos el acuerdo en el sentido de que sí hubo un cambio y en el sentido de que había que valorar un costo.
>
> "Usted habla de delta pero usted dice que para arriba o para abajo, le puede explicar al Tribunal qué es un delta para estos efectos?
>
> "SRA. BOTERO: El efecto es lo mismo que expuse para el tema de las actualizaciones, es qué está contemplado en el valor global y qué realmente se ejecutó, y si estaba contemplado como lo decía el alcance del proyecto que los pavimentos de las mixtas se construyeran en flexible, pero terminaron ejecutándose en rígido **para el IDU era transparente que había que revisar ese tema."**[161]

4.- Es también circunstancia probada y que se debe destacar, que el IDU en varias ocasiones aceptó que el ejercicio de la alternativa mediante la cual se concentra el deber de prestación, que como tal no se ha cuestionado pues estaba dentro de sus facultades optar, conllevó cambio de estructura en los pavimentos, de ahí que la divergencia traída a la decisión del Tribunal se circunscribe no exclusivamente pero sí en esencia a cuál debe ser la forma valorar la opción de implementar pavimentos rígidos.

5.- En el Acta de Arreglo Directo No. 5 de junio 28 de 2011[162] se indica que "**se procederá a hacer la evaluación por cuanto obedece a un cambio de estructuras de pavimentos de asfalto a concreto**", lo que se reitera en similares términos en el Acta 6 de Arreglo Directo del 26 de julio de 2011, en la cual se plasmó la divergencia traída a decisión de este Tribunal, al señalarse en ella que "al

[160] Folio 80 del C. de Pruebas No. 26 (página 79 de su declaración)
[161] Folio 82 del C. de Pruebas No. 26.
[162] Folio 43 del C. de Pruebas No. 2.

presentarse el análisis de la metodología, el Contratista no estuvo de acuerdo y solicita se cierre la etapa de arreglo directo.[163]

6.- Es debido a los antecedentes advertidos que en el Acta del Comité de Convivencia del 1 de septiembre de 2011 se concretó que la divergencia estriba en el IDU liquida por metros lineales o áreas y el contratista por metros cúbicos, de donde se concluye que es labor del Tribunal determinar cuál de las apreciaciones tiene la razón.

7.- Al respecto encuentra que el material probatorio existente apunta a señalar que esta clase de valoraciones se debe hacer por metro cúbico o volumen que es como se valoran todos los pavimentos[164], pero bajo el supuesto informado por el declarante Antonio Ricardo Postarini Herrera, de que el pavimento rígido tiene un mayor grosor que el flexible, lo que determina un mayor costo, porque:

> "En la parte de superficie si, digamos el pavimento rígido como digo tiene 25, 30 centímetros, el pavimento flexible casi siempre en su totalidad tiene 20 centímetros, además en el pavimento rígido antes de poner la capa de concreto hay que poner una capa de 5 centímetros de pavimento flexible como impermeabilizante, que se me olvidó anotar anteriormente, entonces siempre es mucho mayor el costo y tiene que llevar una serie de refuerzos también."[165]

8. En su concepto el señor Agente del Ministerio Público pone de presente que aun admitiendo que se presenta la incongruencia advertida, "el convocante carece de todo derecho a reclamarla debido a que El Contratista en su oportunidad, durante la etapa de licitación, debió observar y percatarse de esta posible incongruencia con relación a los veinte (20) años del pavimento flexible, pero no lo hizo en esa precisa oportunidad, en la que bien pudo haberse aclarado el tema por parte del IDU, luego debe asumir las consecuencias de atenerse estrictamente a lo manifestado en el Pliego de Condiciones, o sea, construir pavimento con duración a veinte (20) años, el cual es típico de los pavimentos rígidos."

9. En cuanto a esta particular cuestión, en los negocios jurídicos precedidos de un contenido predispuesto según acontece con los estatales, antecedidos de los pliegos de condiciones, gravita un deber de claridad, precisión, explicación e información suficiente sobre quien lo redacta, y de diligencia, previsión y cuidado del destinatario que frente a la anfibología, insuficiencia u oscuridad imponen solicitar las aclaraciones respectivas en tanto sean cognoscibles y detectables a simple vista, equilibrándose así las cargas de la autonomía privada, para examinar en el marco concreto de las circunstancias, quién y en qué medida debe soportar las consecuencias nocivas del defecto.

---

[163] Folio 41 del C. de Pruebas No. 2.

[164] Así lo señala el declarante Guillermo Otero Preciado (Folios 223 y ss. del C de Pruebas No. 26)

[165] Folio 295 del C. de Pruebas No. 26. En el mismo sentido la declaración de Edgar Herrera Marciales al indicar "No, vale mucho más el pavimento rígido" (Folio 331 del C. de Pruebas No. 26): La declarante Claudia Tatiana Ramos Bermúdez pone de presente al ser preguntada si en algún documento de la licitación se preveía el pago del concreto rígido por metro cuadrado respondió "No señor, estaba por metro cúbico, estaba el presupuesto que el IDU nos entregó por metro cúbico, en el presupuesto que soporta el adendo No. 6 estaba por metro cúbico" (Reverso folio 163 del C. de Pruebas No. 26)

10. Pone de presente el Tribunal que ante la índole de los pliegos de la licitación resultaba dispendioso en extremo para el Contratista advertir la contradicción y en este aspecto, admite como explicación razonable la que suministra el convocante en sus alegatos de conclusión en el sentido de que:

> "La anterior contradicción solo fue posible determinarla después de la firma del Contrato IDU 136 de 2007, concretamente en la reunión llevada a cabo con el diseñador el día 6 de agosto de 2008. Así lo puso de presente la Interventoría mediante comunicación IML-1-172-0192-08 de 11 de agosto de 2008 (folios 6 y ss del cuaderno de pruebas No. 6), en la que indicó lo siguiente:
>
> > "Sin embargo, en lo relacionado con el parámetro periodos de diseño, con base en lo revisado en el informe de pavimentos realizado en los documentos del diseño suministrado por el IDU, y **de acuerdo a lo manifestado por el Consultor de la Carrera 10a el día 6 de Agosto de 2008, se utilizó para el diseños de calzadas Mixtas un periodo de diseño Diez (10) años, valor diferente al establecido en el Apéndice A del Contrato de obra, numeral 4.2.2 Diseño para pavimentos, aparte 4.2.2.2 Alternativa en pavimento flexible, ya que en la sección elementos de diseño, se establece un periodo de diseño para pavimentos flexibles de veinte (20) años."** (Destaco en negrilla y subraya)"[166]

11. Con todo, en la citada comunicación del IDU 189320 del 11 de diciembre de 2008 y el Acta de Arreglo Directo No. 5 de junio 28 de 2011, la entidad estatal rectificó la anfibología, admitió el cambio de estructura de "*pavimentos de asfalto a concreto"* y la necesidad "*de adelantar la valoración para la diferencia de costos*", lo que constituye un parámetro de interpretación del pliego de condiciones y el reconocimiento expreso de valorar la diferencia en costos.

12. No encuentra el Tribunal que el IDU al disipar completamente la contradicción interpretando el pliego de condiciones, y reconocer que el ejercicio de la alternativa de pavimentos flexibles a rígidos determinaba un cambio estructural cuyas consecuencias económicas debían ser valoradas, haya ido en contra de lo pactado en el Contrato como lo ha estimado el Ministerio Público, pues del mismo no se desprende que el ejercicio de la alternativa hubiera sido indiferente frente a las actividades a ejecutar para asumir que el costo de cualquiera de ellas estaba cubierto por el valor global pactado, de ahí que el común entendimiento que las partes dieron a este punto, para el Tribunal no se erige como que hubiera existido un mutuo desconocimiento del Contrato, sino como una interpretación realizada *ab initio* por la entidad estatal y aceptada por el contratista.

13. Deja sentado el Tribunal que no está aseverando que las partes del contrato estatal puedan de mutuo acuerdo desconocer los términos del correspondiente negocio jurídico por ser estos de obligatorio acatamiento y proceder en contrario es abiertamente ilícito, sino que en este caso concreto no se encuentra prueba atendible que permita aceptar que se ignoraron los términos del contrato 136 y menos si se recuerda la incongruencia demostrada en lo que a este tema de los pavimentos concierne.

[166] Folios 352 y 353 del C. Principal No. 3.

14. Se tiene, entonces, que esta pretensión prospera y para efectos de fijar la suma que por este concepto le debe ser reconocida al Contratista, el Tribunal encuentra que del análisis del dictamen pericial presentado por la parte demandante y que no fue objeto de censura alguna por la parte demandada, acoge lo señalado por el ingeniero Alfredo Malagón, quien en lo pertinente y al responder la pregunta atinente a: *"(…) determine a cuánto asciende lo reclamado por el Contratista por el cambio de especificación para el pavimento de las calzadas mixtas del pavimento de la carrera 10ª y bocacalles y por la inclusión de las capas granulares (MTC y/o Base granular en la estructura de pavimentos de la carrera 10."*, puso de presente que:

> "El valor de los mayores costos causados en la construcción del pavimento de la de la carrera 10, por concepto de cambio de especificación para el pavimento de las calzadas mixtas y por la inclusión de las capas granulares en la estructura, calculado de acuerdo con lo anteriormente señalado, asciende a $4.321.807.749, el cual ajustado con el ICCP hasta la fecha de terminación de las obras y con el IPC a julio de 2013, resulta un valor de **$ 6.543.323.604, incluido AIU.**
>
> "Para calcular este valor actualizado a julio de 2013, se tuvieron en cuenta los cálculos efectuados por la Empresa JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA auxiliar en el área financiera y que acompaña el presente dictamen, en un anexo denominado Informe Financiero. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 337 numeral 2 del C.P.C."[167]

En consecuencia, el valor cuantificado por el perito en la suma de $4.321.807.749 en pesos de diciembre de 2007, será reconocido con su actualización aplicando el IPC certificado por el DANE a la fecha más próxima del Laudo.

4.1.4. Pretensiones relacionadas con los diseños y obras correspondientes al Puente de la Carrera 5 (puente recto) sobre la Troncal Calle 26

La parte demandante solicita declarar la falta de entrega por el IDU de diseños, estudios, planos de detalle e información técnica relacionada con la construcción de las obras del puente, ausencia de previsión en el presupuesto del valor global de la licitación pública u otro documento, de algún valor para la construcción de obras en dicho puente, **por lo cual, los diseños y valor de las obras no se remuneran con el valor global de construcción**[168]; que debió elaborar nuevos diseños y ejecutar obras no previstas por la autorización del IDU para cambiar el diseño geométrico de la Troncal de la calle 26, cuyo costo no debe sufragar[169]; el

[167] Folio 125 del C. de Pruebas No. 11. (Página 43 del Dictamen)

[168] 4.1. Que el IDU no entregó diseños, estudios, planos de detalle y, en general, la información técnica relacionada con la construcción de las obras del Puente vehicular de la Carrera 5 con Calle 26."; "4.2. Que dentro del presupuesto del valor global de construcción de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007, el IDU no previó valor alguno para la construcción de obras en el Puente de la Carrera 5 con Calle 26, como tampoco lo hizo en ningún otro documento de dicha licitación"; "4.3. Que por lo anterior, ni los diseños ni las obras del Puente de la Carrera 5 con Calle 26, se encontraban remuneradas por el IDU dentro del valor global de construcción del Contrato 136 de 2007.

[169] "4.4. Que debido a la autorización del IDU para cambiar el diseño geométrico en la Troncal Calle 26, CONFASE S.A. tuvo que elaborar nuevos diseños y ejecutar respecto del Puente de la Carrera 5a con Calle 26 obras no

incumplimiento por improcedencia de las decisiones negativas de esos costos[170], y el reconocimiento de los mismos.[171]

a. **La argumentación de la Convocante**

Para la Parte Convocante, el Apéndice A del Contrato, numeral 2.2., previó la "ampliación de la calle 26" y no del Puente vehicular recto de la Carrera 5ª, sin contemplar intervención alguna, como demuestran además los estudios y diseños entregados con oficio IDU 121181 del 14 de junio de 2008 en 6 DVDs, en particular los 8 planos contenidos en la Carpeta denominada "96. PVE RECTO CRR 5ª", el documento técnico del IDU "INFORME FINAL DIAGNÓSTICO ESTRUCTURAL Y PATOLOGÍA", el presupuesto desglosado del Adendo No 6,-documento integrante del Contrato según el Otrosí No 8, fundamental para determinar el tipo de obras presupuestadas y su valor como declaró el ingeniero Postarini -, que no previó ningún valor, los testigos ingenieros Guillermo Otero Preciado y Edgar Herrera Marciales, y el dictamen pericial técnico al concluir que "el IDU no previó, dentro del alcance del proyecto, obras por ejecutar en el *Puente Recto de la Carrera 5ª*", sino "construir al lado Norte de la Troncal Calle 26 un nuevo carril y que dicha ampliación de la Calle 26, no exigía ejecutar obra alguna".

CONFASE, debió actualizar el diseño geométrico de la calle 26 y el diseño del puente recto de la carrera 5ª como corroboran los testigos ingenieros Tatiana Ramos, Guillermo Otero Preciado y Edgar Herrera Marciales; el IDU, conforme a lo pactado en el Otrosí No. 2, aceptó y aprobó su propuesta de actualización en Acta No. 1 de la reunión del 11 de marzo de 2009 y "*los valores de las actualizaciones de diseño a ejecutar por parte de CONFASE S.A., sin incluir los diseños del reforzamiento y la ampliación del puente de la Carrera 5ª"* con oficio IDU-032563 STEST-346 de 07 de mayo de 2009; asimismo, en comunicación CBF-I-1730-09 presentó el informe del especialista y la necesidad de ampliar el puente en el extremo sur; el IDU, con oficio del 3 de mayo de 2010 IDU-029772 STEST-346, ratificó la ejecución de la alternativa consistente en la ampliación del puente vehicular recto de la Carrera 5ª hacia el costado sur, considerándola un ajuste y no una actualización, pero Confase en su comunicación CBF-I-0743-10-A del 08 de junio de 2010, reiteró que las obras eran una actualización y no un ajuste, según concluye el dictamen pericial técnico al conceptuar la necesidad de "los nuevos (porque no existían) estudios y diseños que permitieron esta ampliación del puente." y la Interventoría en comunicación IML-1-172-272-11 del 22 de febrero de 2011.

previstas en la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 y en el Contrato IDU 136 de 2007, razón por la cual tales diseños y obras no deben ser sufragadas a su costa.

[170] "4.5 .Que es improcedente y constituye incumplimiento contractual y legal, la decisión del IDU contenida en el Acta No. 5 de Arreglo Directo del 28 de junio de 2011, en la que la Entidad resolvió negar los mayores costos reclamados por CONFASE S.A en relación con los diseños y obras ejecutadas en dicho Puente, aduciendo que "*para el puente vehicular K5 no se acepta la petición del Contratista dado a que no obedece a un producto de actualización y por tanto no da lugar a entrar a adelantar revisión*".

[171] "4.6 Que como consecuencia de lo anterior y de la oposición de CONFASE S.A. a la decisión del IDU a que se refiere la pretensión 4.5, se le reconozcan a CONFASE S.A. , teniendo en cuenta lo solicitado en esta demanda y lo que resulte probado en el proceso, lo siguiente: a) Los mayores costos en que la misma incurrió por concepto de la actualización contenida en los estudios y diseños del Puente vehicular de la Carrera 5ª con Calle 26. b) El valor de las respectivas obras ejecutadas en el Puente vehicular de la Carrera 5 con Calle 26.

No obstante la claridad del Apéndice A numeral 2.2 y del Adendo 6 al no prever ninguna intervención ni valor en el Puente de la carrera 5ª sino la ampliación de la calle 26 y actividades de mantenimiento, de aceptarse en gracia de discusión que dicho numeral contempla "un reforzamiento y ampliación al lado norte del Puente Vehicular Recto de la Carrera 5ª, habría que aplicar las reglas de interpretación del Código Civil y, en particular, el principio de interpretación *contra proferentem*, también denominado "*Interpretatio contra stipulatore".*

Las obras ejecutadas con el nuevo diseño no estaban previstas y su valor es cuantificado por el perito en $74.829.000 por concepto de diseño y $673.421.550,66 por las obras no previstas en el puente de la carrera 5ª, para un total de $748.250.550,66.

b. **La oposición de la Convocada**

El IDU se opuso a estas pretensiones por cuanto el Apéndice A unificado, página 14 estableció el alcance de la intervención en el Puente de la carrera 5ª con la ampliación de la calle 26, "*reforzamiento y ampliación al lado Norte para nueva Calzada. Conectante Puente Curvo Carrera 5ª, reforzamiento y ampliación al lado Norte para nuevo (sic) Calzada."*

Expresa que el Contratista *en* CBF-I-0851-09 del 15 de mayo de 2009, *entregó las actividades y* sus APU´s respectivos acordados en la reunión del 11 de marzo de 2009, quedando excluidas de la actualización de diseños las obras del puente de la carrera 5. Además, las actividades desarrolladas están en el valor global, el IDU, entregó en el DVD4 la información del puente, y al no existir documento alguno respecto de la intervención del costado sur, la decisión "fue técnica y exclusiva del contratista, el que sabía y conocía que tal obra era a precio global", habiéndose adoptado por los mayores costos de la construcción del diseño original considerado el coluvión, como confesó el señor Representante Legal de Confase al contestar la pregunta 11 del interrogatorio de parte.

Incluida la obra en el Contrato y precio global, el contratista asumió su costo total, no debía discriminar su valor ni puede alegar que el presupuesto del IDU no lo contiene y por esto deben denegarse las pretensiones.

TRANSMILENIO se opone a estas pretensiones por ajenas a la acción, omisión, extralimitación o vía de hecho imputable, total carencia de fuente generadora de responsabilidad, y argumenta que los actos administrativos no son de libre disposición, la falta de precisión de la demanda, la inexistencia de incumplimiento, inoponibilidad e inexistencia de los adicionales y Otrosíes, ausencia de obligación contractual o legal de pagar nada diferente a lo que previamente, en forma expresa y por escrito autorice el IDU y la nulidad del contrato.

c. El concepto del Ministerio Público

El Procurador en su concepto reitera sus consideraciones preliminares respecto de las obras y diseños nuevos por obras no previstas, y del material probatorio, extrae las siguientes conclusiones:

> ”Según los pliegos de condiciones en ninguna parte se contemplaba ejecutar obras en el Puente Vehicular de la Carrera 5ª, sino sólo una intervención para ampliación en un carril de la Calle 26.
>
> “Dada la deficiencia de los diseños, planos y estudios entregados por el IDU, fue necesario que el Contratista realizara un nuevo diseño geométrico del corredor de la Calle 26.
>
> “Con ocasión del nuevo trazado geométrico, y como consecuencia del riesgo geológico inadvertido por la Entidad Contratante, se debió trasladar el carril que se tenía planeado construir, del lado norte al lado sur de la Calle 26.
>
> “Al hacerse el traslado de la ampliación del carril del costado norte, al costado sur, se hizo preciso efectuar una ampliación del puente vehicular de la Carrera 5ª.
>
> “Del Adendo No.6, contentivo del Presupuesto Desglosado no se desprende partida alguna para la prolongación del Puente Vehicular de la Carrera 5ª.
>
> “Partiendo de las anteriores consideraciones, no cabe duda para este Despacho del Ministerio Público, que la prolongación del puente de la Carrera 5ª no se debe a un capricho del contratista, sino a una necesidad derivada de los nuevos diseños para la Troncal de la Calle 26, y que en resultado de ello, se deben considerar como una obra no prevista, motivo por el cual tampoco encuentra consagración en el Adendo 6, y como ya se tuvo oportunidad de precisar anteriormente, las obras nos previstas no hacen parte de los riesgos que deba asumir el Contratista, siempre que no le sean imputables, sino que juega dentro del terreno de los riesgos que se radican en cabeza de la Entidad Contratante.”

Destaca “*que era imperioso para la obra contratada, realizar nuevos diseños, sin los cuales el contrato, en los términos pactados habría devenido inejecutable por deficiencias técnicas, afectando gravemente el interés público envuelto en el contrato”,* sin ser recomendable técnicamente la ampliación de la calle 26 costado norte sino conveniente al costado sur y “al proceder de tal manera, bajo la anuencia del IDU, quien consintió en el nuevo diseño geométrico, se hizo ineludible ampliar el Puente Vehicular de la Carrera 5ª, que se repite era una obra que en principio no estaba prevista, y por tanto hace parte de aquellas que el IDU está en el deber de reconocer al contratista”, pues la Interventoría aprobó los diseños y la ejecución de la ampliación del puente”, el Adendo 6 no desglosó el presupuesto para el Puente de la carrera 5ª “lo que indica que no se previó ninguna cantidad de obra ni de presupuesto para el puente objeto de debate”, el precio global no contenía el valor de las obras no previstas, y por esto debe reconocerse.

Puntualiza que del valor de las obras no previstas debe deducirse el costo del muro de contención en el costado norte que no se construyó, “cosa distinta sucede con la

construcción de la calzada norte que sí se realizó en el costado sur", al no estar demostrado el descuento, incluso "*pudo haber existido una **compensación** entre el menor costo resultante de construir el nuevo carril al costado sur, con la obra adicional de ampliación del puente"*, siendo necesario *"cuantificar cuanto costaba construir dicho muro, para poder descontar tal costo, de ese ítem",* y descontarse *"pues al parecer de acuerdo a la dimensión de una y otra obra, posiblemente era más onerosa la construcción de aquel (por las características del terreno inestable), que la ampliación del puente y, puede darse un saldo a favor del IDU".*

d. **Consideraciones del Tribunal**

Se considera:

1. En el Contrato de Obra IDU 136-2007, el Contratista se obligó a ejecutar las obras del Puente vehicular recto de la Carrera 5ª[172], consistentes en "*Adecuación Puente Vehicular Recto de la carrera 5ª, ampliación de la Calle 26, reforzamiento y ampliación al lado Norte para nueva Calzada".*[173]

Para estas obras los Estudios y Diseños del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 entregados al Contratista[174], previeron la construcción de un nuevo carril al lado Norte de la Troncal de la Calle 26. El Adendo 6[175] no menciona valor alguno para el Puente Recto de la carrera 5ª en el presupuesto desglosado de obra global a precio fijo.[176]

Por lo anterior, las obras de adecuación del puente vehicular de la carrera 5ª consistían en ampliación de la Carrera 26, reforzamiento y ampliación del lado Norte para un nuevo carril, sin preverse su intervención.[177]

---

[172] El estado del puente se detalla en el "INFORME FINAL DIAGNÓSTICO ESTRUCTURAL Y PATOLOGÍA: "3.6 DIAGNOSTICO GENERAL Y RECOMENDACIONES. El puente en general se encuentra en buen estado, el cual fue recientemente rehabilitado. Tiene algunos daños en la carpeta de rodadura, las juntas y los andenes y bordillos, aspectos que se deben rehabilitar a corto plazo. Falta un mantenimiento preventivo general de todo el puente. Tiene profundidades de carbonatación que varían entre 18 y 27mm, que en el momento no son mayores que el recubrimiento de los componentes, por lo cual el acero de refuerzo está debidamente protegido". C. de Pruebas No. 14, a folios 199 y ss:

[173] Folio 14 del C. de Pruebas No. 1: Apéndice A, numeral 2.2. Descripción general de las Obras. 2. Calle 26: "(…) Intersecciones o Estructuras viales para tráfico mixto y/o tráfico del Sistema Transmilenio. (…) Adecuación Puente Vehicular Recto de la carrera 5ª, ampliación de la Calle 26, reforzamiento y ampliación al lado Norte para nueva Calzada".

[174] C. de Pruebas No. 4, folios 10-45: Comunicación IDU 121181 del 14 de junio de 2008, DVD No 4, Estructuras de la calle 26, carpeta "96. PVE RECTO CRR 5ª", planos puente recto de la carrera 5ª, un plano de vista en planta y siete planos de cortes (vistas transversales o longitudinales).

[175] Según Otrosí No. 8 al Contrato 136-2007 - folios 341 y ss. del C. de Pruebas No. 2, considerando 9, literal "c) Que la revisión del precio de las obras mencionadas en los dos literales anteriores, relacionados con la actualización de estudios y diseños se determinó que el valor de las obras complementarias sería el resultado de la diferencia entre el valor establecido en el presupuesto desglosado, el cual originó el Adendo No 6, y el valor de las obras, cuyas cantidades fueron certificadas por la interventoría y firmadas por el contratista, así como fueron avalados los precios unitarios por la dirección técnica estratégica del IDU. Documentos que hacen parte integral del presente otrosí".

[176] C. de Pruebas No. 3.

[177] En el mismo sentido concluye el dictamen técnico rendido por el Ingeniero Alfredo Malagón, respuestas a las preguntas 1, 2 y 3; C. de Pruebas No. 11, folio 2 ss.: "Según se observa en los Estudios y Diseños que hacen parte de los documentos de la Licitación Pública IDU –LP-DG-022-2007, el IDU no previó, dentro del alcance del proyecto, obras por ejecutar en el Puente Recto de la Carrera 5ª. En los Estudios y Diseños contenidos en el pliego de condiciones de la Licitación Pública No. IDU-LP-DG-022-2007, acerca del Puente Recto de la Carrera 5ª, el IDU sólo incluyó un (1) plano de su vista en planta y siete (7) planos de cortes (vistas transversales o longitudinales), para un

2. Conforme a la Cláusula 4 del Contrato 136 de 2007, en su ejecución fue menester revisar, ajustar, modificar y actualizar los estudios y diseños entregados, elaborar y aprobar un nuevo diseño geométrico y estructural de la Troncal Calle 26[178], cuyos cambios y las condiciones geológicas del sector determinaron la necesidad técnica de ampliar el costado sur del puente recto de la Carrera 5ª y diseñar la obra,[179] luego de seleccionada por la entidad contratante[180], construida y entregada, previa elaboración, presentación y aprobación por la interventoría de su diseño.[181]

El diseño, su aprobación, la construcción, entrega, necesidad, justificación y conveniencia técnica de la obra, por los riesgos geológicos y la modificación del diseño geométrico de la Calle 26, son aceptados por las partes quienes divergen en considerarla "ajuste" o "actualización e inclusión en el valor global del contrato y los riesgos asumidos.

En rigor, el Contratista realizó el diseño de una obra no prevista en el Apéndice A ni en los estudios y diseños entregados, en torno a la cual el Adendo 6 no indicó valor alguno, pues lo previsto era adecuar el puente con la ampliación de la Calle 26, reforzamiento y ampliación al lado Norte para nueva calzada, no su intervención con la ampliación hacía el costado sur, por lo cual, los documentos entregados no contenían su diseño y tampoco el presupuesto desglosado del precio global fijó valor ninguno, tratándose de nuevo diseño y de una obra no prevista.

Desde esta perspectiva los diseños elaborados y presentados por el Contratista a la interventoría, aprobados por ésta para la obra concreta, en los términos del Otrosí No. 2 del 16 de octubre de 2008, no pueden considerarse "ajuste", precisamente por no estar prevista y carecer de diseño en los documentos de la Licitación (Apéndice A, Adendo 6, iniciales estudios, diseños y planos entregados[182]), como expresó al IDU la Interventoría con oficio IML-1-172-272-11

---

total de ocho (8) planos, todos esquemáticos, en los cuales se ilustra la geometría del puente y de la Calle 26 existentes antes de intervenirlos, donde se observa que, para ampliar (agregar) un carril al costado norte de la Troncal Calle 26 siguiendo el trazado inicialmente determinado por el IDU, no se requería ampliar el puente. En una lectura técnica y literal de los (sic) transcrito, […] estimo que la adecuación descrita en el anterior aparte del *Apéndice A* se refiere no a la ampliación longitudinal del *Puente Vehicular Recto de la carrera 5ª*, sino a la ampliación, en el costado Norte, de la *Troncal Calle 26*, lo que implica el reforzamiento y ampliación de esta troncal al lado Norte para su nueva Calzada."

[178] Acta de reunión 1 del 11 de marzo de 2009, *"*3.1. ACTUALIZACIÓN DE LOS DISEÑOS DE LA CALLE 26. "

[179] Mediante comunicación CBF-I-1730-09 del 15 de diciembre de 2009, se remite informe del especialista geotécnico, presenta la alternativa de ampliar el puente vehicular al costado sur y no al norte como estaba inicialmente previsto. C. de Pruebas No. 7, folios 45 y ss.

[180] Oficio IDU-029772-STEST-346 del 3 de mayo de 2009, "la propuesta válida corresponde a la ampliación de dicho puente", aclarando "que las propuestas presentadas, hacen alusión a los productos de ajustes de diseño". Folios 47 del C. de Pruebas No. 7.

[181] Comunicaciones CBF-I-179910 del 29 de diciembre de 2010, CBF—I-0107-11 del 26 de enero de 2011, CBF-i-0589-11 del 9 de mayo de 2011, CBF-I0669-11 del 20 de mayo de 2011, CBF-I-0128-12 del 30 de enero de 2012; IML-1-172-1892.10 de 20 de septiembre de 2010 aprueba el diseño geométrico del puente considerándolo un "ajuste"; IML-1-172-885-11 del 17 de mayo de 2011, aprueba los planos de ampliación.

[182] El Dictamen Pericial Técnico del Ingeniero Alfredo Malagón, indica: "Así debido a que como se ha mostrado aquí, el IDU no entregó Estudios ni Diseños orientados a ampliar (ni hacia el Norte ni hacia el Sur) el Puente Vehicular Recto de la Carrera 5ª sobre la Troncal de la Calle 26, concluyo que los estudios y diseños de su ampliación hacia el lado Sur, corresponden a un nuevo diseño, es decir, a un diseño no previsto en el contrato ni en la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007. (Fl. 9) […]Como resultado y consecuencia de una nueva elaboración del diseño geométrico y estructural de la Troncal Calle 26 realizada por el Contratista y aprobada por el IDU, surgió la necesidad de ampliar la longitud del Puente Recto de la Carrera 5ª hacia el lado sur (mediante construcción de una luz adicional para dar

del 22 de febrero de 2011, al referir a la "INTERVENCIÓN TOTAL PUENTE VEHICULAR CARRERA 5ª", indicándole que "NO SE INCLUYO" en el "DISEÑO INICIAL", y que los diseños actualizados de Confase constituyen una "Actualización", por cuanto:

> "No estaba contemplado inicialmente, pero por las modificaciones del diseño geométrico se requiere su intervención, datos que a la fecha no se pueden determinar porque no se conoce el diseño. Para efectos del presente análisis se tomó el valor entregado por el Contratista" [183]

Siendo una obra no prevista, el riesgo se encuentra dentro de la esfera jurídica de la entidad contratante según la Cláusula 8, 8.2. del Contrato de Obra IDU-136 de 2007, y no debe soportarlo el contratista.[184]

3. El Adendo 6 desglosa el precio global fijo sin indicar partida respecto del Puente de la Carrera 5ª,[185] lo cual confirma la ausencia de previsión de valor y cantidades. Al constituir el diseño elaborado por el Contratista y aprobado por la Interventoría, una "actualización" debe reconocerse su valor (Otrosíes 2 y 3 del 16 de octubre y 19 de diciembre de 2008), cuantificado en la suma de $74.829.000 de diciembre de 2007, que para el perito técnico "está de acuerdo con los precios de consultoría del mercado".[186]

El valor de las obras no previstas, ejecutadas, construidas y entregadas con el diseño aprobado por el interventor del Puente Recto de la Carrera 5ª, es calculado por el perito técnico en "$673.421.550,66, liquidado a costo directo y en pesos de diciembre de 2007, con base en algunos precios del Adendo 6 y con precios no previstos aprobados en el desarrollo del contrato, como se muestra en el siguiente cuadro (…)".[187]

---

paso a la calzada mixta sur de la Troncal Calle 26) y, consecuentemente, se hizo necesario que el Contratista realizara los nuevos (porque no existían) estudios y diseños que permitieron esta ampliación del Puente. (Fl. 10). […] El 22 de febrero de 2011, mediante el comunicado IML-1-172-272-11, el Interventor manifestó al IDU que (i) no se incluyeron diseños iniciales (a cargo del IDU) para obras por ejecutar en el Puente Recto de la Carrera 5ª, (ii) que en el alcance inicial del Contrato IDU 136 de 2007 no estaba contemplada la intervención de este puente pero que, (iii) debido a las modificaciones del diseño geométrico de la Troncal Calle 26, se requería intervenirlo. (Fl. 14) […] En resumen, el Contratista realizó los nuevos diseños del Puente Recto de la Carrera 5ª con Calle 26, los entregó a la Interventoría; y ésta los aprobó; sin intervención del IDU puesto que, según se colige de lo anterior, éste y la Interventoría consideran que se trata de un ajuste a los estudios diseños (no entregados por el IDU para esta Meta Física). (Fl. 15) […] "Las obras ejecutadas en el Puente Recto de la Carrera 5ª sobre la Troncal Calle 26, que surgieron en desarrollo del Contrato IDU 136 de 2007 como resultado de la necesidad de modificar el trazado de esta troncal, fueron ejecutadas de acuerdo con nuevos Estudios y Diseños elaborados por el Contratista y aprobados por la Interventoría. (Fl. 16) […] De acuerdo con lo señalado en respuestas anteriores se concluye que el Contratista si construyó una obra no prevista en el Puente Recto de la Carrera 5ª sobre la Troncal Calle 26, producto de los nuevos diseños entregados durante el desarrollo del contrato"

[183] Folio 135 del C. de Pruebas No 14.

[184] Cláusula 8. Riesgos, numeral 8.2. *"RIESGOS QUE ASUME EL IDU Y TRANSMILENIO"* ***Riesgos de construcción:*** *(…)* ***- Cantidades de obra:*** *Derivado de las mayores o menores cantidades de obra para redes, demoliciones, desvíos y parcialmente el riesgo por las obras no previstas y/o adicionales.",* y por lo tanto, no debe soportarlo el contratista.

[185] Dice el perito técnico: "En el presupuesto oficial desglosado del Adendo No. 6, el IDU no incluyó valor alguno de obras a ejecutar en este puente." (Folio 3). "En el presupuesto oficial desglosado (Adendo 6) el IDU no previó, para el Puente Vehicular Recto de la Carrera 5ª sobre la Troncal de la Calle 26, suma a invertir alguna durante la Etapa de Construcción del Contrato IDU 136 de 2007. (Fol.17)

[186] Dictamen Técnico, Respuesta a la pregunta No. 11, páginas 15 y 16.

[187] Dictamen Técnico, respuesta a la pregunta No. 14, páginas 18 a 23

El Apéndice A del pliego de condiciones previó adecuar el Puente vehicular recto de la carrera 5ª, ampliación de la Calle 26, reforzamiento y ampliación del lado Norte para nueva calzada, o sea, según el Dictamen Técnico del Ingeniero Alfredo Malagón, *"la agregación de una calzada en su lado Norte, para lo cual no se requería ampliar el puente, sino construir un muro de contención del suelo Norte de la Troncal Calle 26*".[188]

Esa estipulación del Apéndice A, es explícita y clara: "Adecuación Puente Vehicular Recto de la carrera 5ª, ampliación de la Calle 26, reforzamiento y ampliación al lado Norte para nueva Calzada", sin ambigüedad, insuficiencia u oscuridad ninguna.

Ahora, el Ministerio Público atendiendo la alegación del IDU solicita descontar del valor de las obras no previstas del Puente de la Carrera 5ª, autorizadas, necesarias e indispensables, construidas y entregadas, el del muro de contención que estaba previsto hacer en el costado norte, el cual posiblemente "en principio **tenía un mayor costo** del que se ejecutó finalmente en el costado sur, sin incluir la ampliación del Puente", precisar cuánto estaba previsto inicialmente a precio global, restar lo ejecutado y establecer la existencia del posible saldo a favor del IDU, porque de ser así, se podría estar en presencia de un posible detrimento patrimonial. Aún más, si para el costado norte estaba previsto un **muro de contención** para, valga la redundancia, contener el talud, pero que al final **no se construyó**, lo que impone necesariamente que, así sea a Precio Global, se tenía que haber descontado la obra no ejecutada", inclusive, "en el presente caso pudo haber existido una **compensación** entre el menor costo resultante de construir el nuevo carril al costado sur, con la obra adicional de ampliación del puente".

El perito técnico, después de enfatizar que lo previsto comportaba *"construir un muro de contención del suelo Norte de la Troncal Calle 26",* concluye que la diferencia entre lo que inicialmente se previó realizar en el Puente Vehicular Recto de la carrera 5ª y lo finalmente construido y entregado por el contratista con el diseño aprobado, equivale a la totalidad de las obras ejecutadas y a la totalidad del valor global, por cuanto no se previó ninguna intervención u obra ni suma alguna a invertir por tal concepto*:*

> "En el presupuesto oficial desglosado (Adendo 6) el IDU no previó, para el *Puente Vehicular Recto de la Carrera 5ª sobre la Troncal de la Calle 26*, suma a invertir alguna durante la *Etapa de Construcción* del *Contrato IDU 136 de 2007*. Así las cosas, concluyo que las diferencias en cuanto a construcción, es decir, entre las obras ejecutadas por el Contratista en este puente durante la *Etapa de Construcción* del *Contrato IDU 136 de 2007*, y las obras allí previstas por el IDU (que son ninguna a ejecutar durante dicha etapa) equivalen, pues, a la totalidad de las obras en él ejecutadas.

[188] Dictamen Técnico, Respuesta a la pregunta No. 14, páginas 17 y ss: "Como se muestra en las tres primeras respuestas de este cuestionario, en el *Apéndice A* se describe la necesidad de ampliar, bajo el *Puente Vehicular Recto de la Carrera 5ª sobre la Troncal de la Calle 26*, esta troncal y no el puente; mediante la agregación de una calzada en su lado Norte, para lo cual no se requería ampliar el puente, sino construir un muro de contención del suelo existente al lado Norte de la *Troncal Calle 26*, para aprovechar así la luz norte (espacio comprendido entre la pila central el estribo Norte) del puente existente.

> "Asimismo la diferencia en precio de estas obras, equivale a la totalidad del Valor Global de las obras de ampliación, en longitud, del *Puente Vehicular Recto de la Carrera 5ª sobre la Troncal de la Calle 26*, ejecutadas para dar cabida a la calzada mixta sur de esta troncal. Como se trata de obras para las cuales el IDU no entregó Estudios ni Diseños, concluyo que la diferencia en precio solicitada en la pregunta incluye, además del Valor Global de la construcción, el costo de elaboración de los respectivos Estudios y Diseños realizados por el Contratista." [189]

Empero, por el nuevo diseño, el muro de contención no se construyó, pero estaba previsto e incluido en el valor global del contrato, sin que la falta de desglose en el Adendo 6, permita una conclusión diversa. En efecto, su construcción se previó, el precio global comprende las obras de construcción previstas, y el muro de contención no se construyó porque el nuevo diseño geométrico y estructural de la Calle 26 y las condiciones geológicas del sector, determinaron un nuevo diseño y unas obras no previstas finalmente construidas y entregadas.

El Adendo 6, según se dijo, al desglosar el precio global fijo no indica ningún ítem ni valor para el Puente vehicular de la Carrera 5ª, ni para lo inicialmente previsto en el Apéndice A, esto es, "*Adecuación Puente Vehicular Recto de la carrera 5ª, ampliación de la Calle 26, reforzamiento y ampliación al lado Norte para nueva Calzada"*[190], en el expediente no hay prueba del valor del muro de contención al costado norte de la Troncal calle 26, tampoco de un valor inferior o mayor al de las obras no previstas construidas por el Contratista.

Al no estar desglosado el valor singular de las obras previstas comprendidas en el precio global, dentro de éstas la construcción del muro de contención, ni existir en el expediente prueba del valor de la última, no puede determinarse exactamente si el valor cuantificado por el perito para las obras no previstas, es mayor al del precio global de las obras previstas.

Desde esta perspectiva, valorada la experticia, no puede aceptarse la conclusión en torno a que por la falta de desglose del precio global para la obra prevista, las diferencias con la no prevista equivalen a la totalidad y al ciento por ciento del precio, pues se contempló una obra que no se construyó y su valor estaba en el precio global, sin que por ello pueda determinarse que el contratista incurrió en un mayor costo.

Por esto, le asiste razón a la Convocada en cuanto a que el precio de la obra no prevista se comprende en el de la obra prevista, en idéntica proporción y valor, pues no hay elemento probatorio de uno inferior o mayor al del precio global que permita establecer una diferencia a favor o en contra de ninguna de las partes, ni los mayores costos reclamados, que serán denegados.

---

[189] Folios 269 a 275 del C. de Pruebas No. 4.

[190] Folio 14 del C. de Pruebas No. 1: Apéndice A, numeral 2.2. Descripción general de las Obras. 2. Calle 26: "(…) Intersecciones o Estructuras viales para tráfico mixto y/o tráfico del Sistema Transmilenio. (…) Adecuación Puente Vehicular Recto de la carrera 5ª, ampliación de la Calle 26, reforzamiento y ampliación al lado Norte para nueva Calzada".

Cosa distinta sucede respecto del valor del nuevo diseño que constituyendo una actualización no se incluye en el precio global de construcción y debe pagarse según lo acordado en el Otrosí No. 2 del 16 de octubre de 2008.

Por lo anterior, prosperan las pretensiones 4.1, 4.3, 4.4., 4.5. y 4.6 en lo que refiere a los nuevos diseños.

En consecuencia, solo se reconocerá el valor de la "actualización" conforme al nuevo diseño elaborado por el contratista y aprobado por la interventoría, (Otrosíes 2 y 3 del 16 de octubre y 19 de diciembre de 2008), en la suma cuantificada por el perito técnico[191], o sea, $74.829.000 de diciembre de 2007, la cual será actualizada como se dispone más adelante, aplicando el IPC certificado por el DANE a la fecha más próxima del Laudo.

4.1.5. Pretensiones relacionadas con la mayor permanencia en obra hasta el 30 de octubre de 2012

a. Las pretensiones de la convocante

Solicita la convocante se declare la falta de terminación del plazo de la etapa de construcción según estaba previsto el 16 de julio de 2010, extendiéndose en un término adicional de 27.5 meses por causas ajenas, extrañas e inimputables, y generándole mayor permanencia en su ejecución, con ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato no compensada. También, el incumplimiento de la Contratante por improcedencia de sus decisiones negativas a reconocer los mayores costos, y el reconocimiento de éstos hasta el 30 de octubre de 2012, sin implicar renuncia a reclamar los posteriores a esa fecha.[192]

---

[191] Dictamen Técnico, Respuesta a la pregunta No. 11, páginas 15 y 16.

[192] Textualmente así se consignan las pretensiones:
"5.1 Que debido a razones ajenas, extrañas y no imputables a CONFASE S.A. el plazo de la Etapa de Construcción del Contrato 136 de 2007 no terminó el 16 de julio de 2010, como estaba originalmente pactado, sino que se ha extendido por un término adicional, que para los fines de esta demanda es de veintisiete punto cinco (27.5) meses adicionales.
5.2 Que tal circunstancia ha generado una mayor permanencia de CONFASE S.A. en la ejecución de la Etapa de Construcción y una ruptura en su contra del equilibrio económico y financiero del Contrato 136 de 2007, la cual no le ha sido compensada a CONFASE S.A. por el Contrato Principal ni por los siguientes contratos adicionales: No.1 del 23 de septiembre de 2009, No. 2 del 18 de noviembre de 2009, No. 3 del 24 de diciembre de 2009, Otrosí No. 7, Adición No. 5 del 11 de octubre de 2010, Prórroga No. 3, Adición No. 6 del 16 de diciembre de 2010, Adición No. 7 del 17 de diciembre de 2010, Adición en valor No. 8, Adición en plazo y
Otrosí No. 9 del 16 de diciembre de 2011, Acta No. 071 de Adición de cantidades de obra para redes del 22 de septiembre de 2011, entre otros.
5.3 Que son improcedentes y constituyen incumplimiento contractual y legal, las decisiones del IDU contenidas en el Acta No. 5 del 28 de junio de 2011 y el Acta de Comité de Convivencia del 21 de enero de 2013, mediante las cuales consideró que CONFASE S.A. no tenía derecho al pago por mayor permanencia de obra, aduciendo que "*los costos están incluidos en el contrato principal y los contratos adicionales"* y que "*con las adicionales en valor y plazo se encuentran cubiertos la totalidad de costos de personal, equipo y oficinas reclamados por el Contratista*."
5.4 Que como consecuencia de lo anterior y de la oposición de CONFASE S.A. a la decisión del IDU a que se refiere la pretensión anterior, se le reconozcan a CONFASE S.A., teniendo en cuenta lo solicitado en esta demanda y lo que resulte probado en el proceso, los mayores costos en que la misma ha incurrido por la mayor permanencia en obra hasta el 30 de octubre de 2012.
5.5 Que en caso de que prosperen las pretensiones anteriores y debido a que el plazo de la Etapa de Construcción del Contrato IDU 136 de 2007 terminó en una fecha posterior al 30 de octubre de 2012, se declare, para los efectos de la aplicación de la cosa juzgada, que el reconocimiento hasta la fecha solicitada en la demanda no implica

Alega que se le ocasionaron perjuicios por la mayor permanencia en obra a causa de la prolongación del plazo contractual por el término de 27.5 meses, generada por causas extrañas, ajenas y no imputables a Confase S.A., perjuicios que considera no le fueron remunerados a través de los otrosí y contratos adicionales suscritos.

Señala que dicha mayor permanencia le produjo perjuicios por la suma de TREINTA MIL DOSCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS CINCO PESOS ($30.232.644.905) los cuales manifiesta se le deben reconocer junto con los ajustes e indexaciones hasta la fecha de pago.

Igualmente la convocante aclara que si bien la etapa de construcción terminó el 10 de julio de 2013, en el presente proceso solo reclaman los perjuicios que aduce causados hasta octubre de 2012, toda vez que respecto del resto del plazo las partes no han agotado la etapa de arreglo directo que prevé el contrato.

b. Consideraciones del IDU

Para el IDU, no deben prosperar las pretensiones invocadas por la Convocante en este acápite, toda vez según su dicho, en cada reprogramación de obra se efectuaron adiciones contractuales de conformidad con lo solicitado por el Contratista, y en igual sentido, para cada obra complementaria las partes acordaron su valor y forma de pago, con lo cual considera que el Contratista no puede solicitar un reconocimiento adicional ya que, en su concepto, ello vulneraria el principio de la cosa juzgada.

En igual sentido, indica que se debe tener presente la forma en que fueron asignados los riesgos en el Contrato de Obra 136 de 2007, toda vez que en su concepto "*las menores o mayores cantidades de obra para la construcción que el contratista estimó para calcular los factores económicos de su propuesta, … corresponden en todo caso a su responsabilidad autónoma.*"

Con base en los argumentos anteriormente expuestos, propone la excepción de "inexistencia de mayor permanencia en obra" con base en la cual solicita se desestimen las pretensiones incoadas.

c. Posición de Transmilenio

De acuerdo con lo manifestado por Transmilenio, las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de la mayor permanencia en obra no tienen relación con las actividades desplegadas por dicha entidad, ya que ésta solo actúa como pagador dentro del Contrato 136 de 2007 de acuerdo con las instrucciones que le suministre el IDU.

renuncia de CONFASE S.A. a reclamar judicialmente el pago de la mayor permanencia en obra posterior al 30 de octubre de 2012."

Adicionalmente indica que toda vez que las prórrogas y otrosíes no fueron suscritos por Transmilenio, no puede predicarse de dicha entidad obligación alguna que tenga como fuente dichos documentos contractuales.

d. Concepto del Ministerio Público

De conformidad con el concepto del señor Agente del Ministerio Público el contratista es un colaborador del Estado y cuando celebra un contrato de obra, por más que pacte una remuneración a precio global, no por ello debe asumir todos los riesgos derivados de la ejecución del contrato estatal.

En igual sentido indica que *todo contratista que pretende un reconocimiento por mayor permanencia en obra, está en la obligación, no solo de probar la prolongación en la ejecución del contrato, sino también, los perjuicios que con dicha prolongación haya sufrido"*.

Manifiesta que de conformidad con lo pactado en el Contrato 136 de 2007, el IDU y Transmilenio asumieron el riesgo de mayor permanencia en obra siempre que ésta se produjera por hechos de fuerza mayor no imputables al contratista. Del mismo modo señala que en su concepto está probada la mayor permanencia en obra así como los mayores costos ocasionados a Confase S.A.

No obstante lo anterior, anota que siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, la mera permanencia por un tiempo mayor del previsto puede ocasionar perjuicios al contratista, sin embargo, la celebración de negocios jurídicos donde se amplíe el plazo, sin que hayan salvedades ni protestas por parte del Contratista, le imposibilitan solicitar judicialmente cualquier valor por concepto de mayor permanencia en obra.

Con base en lo expuesto, indica que teniendo en cuenta que Confase suscribió modificaciones contractuales sin que hubiese dejado expresamente salvedades u observaciones, perdió la oportunidad contractual y judicial de reclamarlos *"por lo que este despacho del Ministerio Público, solicita de forma muy respetuosa al Tribunal que no reconozca las pretensiones relacionadas con la mayor permanencia en obra del Contratista.*"[193]

e. Consideraciones del Tribunal

Para efectos de establecer la vocación de prosperidad de las pretensiones incoadas por el apoderado de la convocante en este acápite, el Tribunal abordará

[193] Folio 725 del C. Principal No. 3, en donde concluyó: "En mérito de lo expuesto, toda vez que Confase suscribió documentos en donde de adicionaba y prorrogaba el contrato, lo que significaba una (sic) mayor tiempo en la ejecución del contrato, y ahí mismo se dejaba consignado las causas que dieron lugar a dichas prorrogas, sin que Confase hubiese manifestado expresamente protesta alguna, en los mayores costos que le hubiese significado la mayor permanencia en obra o que se reservaba el derecho de reclamarlos, con lo cual perdió la oportunidad contractual y judicial de solicitarlos; por lo que este despacho del Ministerio Público, solicita de forma muy respetuosa al Tribunal que no reconozca las pretensiones relacionadas con la mayor permanencia en obra del Contratista."

de manera preliminar el estudio de los problemas jurídicos que se derivan de las solicitudes allí efectuadas.

En primer lugar, resulta necesario establecer de conformidad con las estipulaciones contenidas en el Contrato 136 de 2007, a qué parte le correspondía asumir las consecuencias económicas derivadas del riesgo inherente a la mayor permanencia en obra, en otras palabras, a cuál de los co-contratantes le fue asignada la asunción de este riesgo y qué requisitos se consagraron para su configuración.

En segundo orden, es pertinente determinar bajo qué parámetros resultaría pertinente un restablecimiento del equilibrio económico del contrato de conformidad con la normatividad y la jurisprudencia vigente, cuando la alteración de la ecuación contractual se produce como consecuencia de una mayor permanencia en obra.

Y finalmente, si fuere el caso y sobre el supuesto de lo que se defina frente a los puntos anteriores, se analizará lo probado durante el proceso.

1. Los Riesgos Contractuales y Particularmente el de Mayor Permanencia en Obra

Los documentos de política pública han definido el riesgo en un proyecto de infraestructura como "*la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos*." [194]

Si bien a la fecha de celebración del Contrato 136 de 2007 (28 de diciembre de 2007) aún no se encontraba vigente la disposición contenida en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 que establece la obligación de las partes de tipificar, estimar y asignar los riesgos previsibles implícitos en el contrato estatal, el mencionado acuerdo de voluntades estipuló en la cláusula 8 la distribución de riesgos entre el IDU y Confase S.A.

Dicha distribución de riesgos se estructuró en tres partes; la primera, relativa a la cláusula general de asignación, la segunda reguló los riesgos que asumiría el contratista; y la tercera, prescribió aquellos que estarían a cargo de la parte contratante. La cláusula es del siguiente tenor:

> "Cláusula 8. Riesgos
> 8.1. Riesgos que asume el contratista.
> Considerando que el presente contrato implica para el contratista obligaciones de resultado, las que se concretan en la terminación cabal y completa de las obras que corresponden al objeto del mismo, el Contratista asume los riesgos normales que se presentan durante la ejecución y desarrollo de éste, en especial las (sic) que provienen de ser un contrato de obra a precio global, con excepción de los aspectos taxativos en donde se ha definido que se pagarán precios unitarios.

[194] Documento Conpes 3107 de 2001, definición reiterada por el Documento Conpes 3714 de 2011.

> "Entre otros, el contratista asumirá los siguientes riesgos:
>
> a) Riesgos de Construcción: se refiere a la probabilidad que el monto y la oportunidad del costo de la inversión no sean los previstos.
> (….) Plazo: Sucede cuando la obra se realice en un tiempo distinto al inicialmente previsto por causas imputables al contratista.
>
> "8.2 Riesgos que asumen IDU y Transmilenio
> a) Riesgos de Construcción
> Plazo: costos por mayor permanencia cuando se presenten hechos de fuerza mayor no imputables al contratista."

De la cláusula trascrita podemos extraer las siguientes reglas:

- La distribución de riesgos está basada en la naturaleza del contrato de obra (obligaciones de resultado) así como en la sub tipología pactada en el mismo (precio global frente a la ejecución de las obligaciones principales salvo algunas prestaciones que se pactaron a precios unitarios como las redes).

- El contratista debe asumir los riesgos normales derivados de la ejecución de un Contrato de Obra a precio global, salvo aquellos ítems que se estipuló se pagarían a precios unitarios.

- La enunciación de los riesgos asignados a cargo del contratista no es taxativa, dado que la cláusula utiliza la acepción "entre otros".

- El riesgo de mayor permanencia en obra está contenido dentro del riesgo constructivo y hace parte de una de sus tres variables (precios, cantidades de obra y plazo).

- La asunción del riesgo de mayor permanencia en obra estaba dividida entre el IDU y Confase con base en un criterio de imputabilidad de las causas que lo generen.

En efecto, tal como se acaba de señalar, el elemento definitivo para establecer a qué parte le corresponde asumir el riesgo de mayor permanencia en obra está determinado por la imputabilidad de las circunstancias que den origen a la misma; de esta manera, el contratista será responsable cuando dicha prolongación de la ejecución contractual se deba a circunstancias por él causadas[195], mientras que la entidad contratante asumirá aquellas que se produzcan por "hechos de fuerza mayor" no imputables al colaborador estatal.[196]

Al respecto, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, el término imputabilidad proviene del verbo imputar, que significa "Atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable.", esto es, ubicar en el patrimonio jurídico

[195] Cláusula 8.1.
[196] Cláusula 8.2.

de un sujeto las consecuencias patrimoniales adversas generadas por su propia conducta, regla que coincide con el principio de derecho según el cual a nadie le es dable alegar en su favor su propia culpa. (NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS).[197]

En igual sentido, la cláusula incluyó una condición relativa a que la entidad asumirá el riesgo de mayor permanencia en obra frente las circunstancias no imputables al contratista siempre que éstas constituyan eventos de "fuerza mayor".

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico la fuerza mayor se ha definido como un imprevisto al que es imposible resistir[198]. Al respecto, la cláusula 24 del Contrato 136 de 2007 reguló este aspecto de la siguiente manera:

> "Clásula24. Fuerza Mayor o Caso Fortuito
> Las partes quedarán exentas de toda responsabilidad por cualquier demora en la ejecución de las obligaciones emanadas de este Contrato, cuando con la debida comprobación se concluya que la demora es el resultado de hechos que puedan ser definidos como Fuerza mayor o Caso Fortuito al tenor de lo dispuesto por el Artículo primero (1) de la ley 95 de1890. La demora en el cumplimiento de cualquier subcontratista, no se considerará, por si sola, evento de Fuerza Mayor o caso Fortuito, ni tampoco será considerada como hecho de un tercero que eximen de responsabilidad, a menos que la existencia de dicha circunstancia sea el resultado de un evento de fuerza mayo o caso fortuito.
> 24.1 Prórroga Suspensión por Fuerza Mayor o caso Fortuito.
> Mientras subsistan las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, definidas en la Ley 95 de 1890, y éstas impidan la ejecución total del objeto contratado, el plazo del contrato será suspendido o extendido por mutuo acuerdo en un plazo igual al de la fuerza mayor o caso fortuito.
> Si los hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito no impiden la ejecución de la totalidad del objeto contratado, sino sólo la de alguna o algunas de las obligaciones emanadas del mismo, las partes convendrán si tales circunstancias suponen o no la suspensión parcial del contrato, atendidas las condiciones fácticas correspondientes y el grado de importancia de las obligaciones suspendidas.
> En caso de suspensión del contrato por los eventos previstos en esta cláusula, el CONTRATISTA deberá extender a su costo, la vigencia de las garantías del contrato de conformidad con el periodo de suspensión.
> 24.2 Compensación por fuerza mayor o caso fortuito
> Cuando ocurran circunstancias de fuerza mayor ocaso fortuito, las partes no estarán obligadas a pagar compensaciones o indemnizaciones a cargo y/o favor de cualquiera de ellas."

Sobre este punto, es pertinente resaltar que la estipulación contenida en el numeral 24.2 antes trascrito, en el que se establece que la ocurrencia de circunstancias de fuerza mayor no dará lugar a indemnización o compensación alguna de las partes, contrasta con lo establecido en la cláusula 8.2 del Contrato 136 de 2007 que deja a cargo de la entidad contratante el riesgo de mayor permanencia en obra por hechos de fuerza mayor no imputables al contratista; situación que debe superarse aplicando los criterios de interpretación referentes al

[197] Al respecto ver sentencias T -332 de 1993 y 213 de 2008 de la Corte Constitucional.
[198] Ley 95 de 1890.

efecto útil de las cláusulas contractuales así como el de la preferencia de la regla especial, y por lo tanto debe entenderse que prevalecen las previsiones establecidas en la primera disposición contractual.

En síntesis, de conformidad con las disposiciones pactadas en el Contrato 136 de 2007, quedarán a cargo de la parte contratante los efectos de las situaciones económicas adversas generadas por la mayor permanencia en obra del contratista causada por hechos de irresistibles e imprevisibles no imputables a éste.

Ahora bien, a continuación se analizarán las condiciones que desde el punto de vista legal y jurisprudencial se han establecido para que proceda el restablecimiento del equilibrio económico del contrato que tenga como causa una mayor permanencia en obra del contratista.

2. Requisitos para el Restablecimiento del Equilibrio Económico del Contrato fundado en la Mayor Permanencia en Obra

La mayor permanencia en obra ha sido definida por el Consejo de Estado como la prolongación del término del contrato ocasionado bien sea por hechos atribuibles a la inejecución de prestaciones a cargo de la entidad pública contratante o por circunstancias ajenas a las partes.[199]

En igual sentido, ha señalado el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo[200] que para que sea procedente el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, el contratista reclamante debe acreditar que la mayor permanencia en obra se produjo por hechos imprevisibles, no imputables a su conducta y que la misma le generó una alteración grave y anormal en la economía del acuerdo de voluntades:

> "35. Así las cosas, la mayor permanencia en obra o prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante o la ocurrencia de hechos externos a las partes configurativos de situaciones de fuerza mayor o caso fortuito que impiden la ejecución temporal del negocio jurídico, sea que impliquen o no mayores cantidades de obra u obras adicionales, puede llegar a traumatizar la economía del contrato en tanto afectan su precio debido, pues la ampliación o extensión del plazo termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento, situación que da lugar a la reparación de los perjuicios que se le produzcan, siempre y cuando se acrediten y estén debidamente demostrados, o llevarlo a un punto de no pérdida, según el caso.
> "(…)
>
> "37. Ahora bien, dentro de los requisitos necesarios para el reconocimiento de las causas anotadas (como la de las demás) de rompimiento del equilibrio financiero o económico del contrato, está el de la demostración o prueba del hecho que la configura y de la pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato. Es decir, cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo -que debe ser probado-

[199] Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia del 29 de octubre de 2012, Expediente 21429.
[200] Ibídem numeral anterior.

> por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato."

En concordancia con lo anterior, para acceder al reconocimiento de la mayor permanencia en obra, como causa de la ruptura de la ecuación económica el reclamante debe acreditar:

(i) La prolongación del plazo contractual, frente al inicialmente pactado.

(ii) Que dicha prolongación se debió a circunstancias ajenas a la responsabilidad del contratista.

(iii) Que el mayor plazo contractual generó una alteración grave en la equivalencia económica del contrato, superando el alea normal del mismo.

(iv) Que la mencionada alteración no fue cubierta con la remuneración de obras adicionales, ni con el reajuste de precios ni con el componente de imprevistos del AIU pactado en el contrato.

(v) Que si al celebrarse la prórroga o contrato adicional no se reconocieron la totalidad de los perjuicios causados por la mayor permanencia en obra, el contratista dejó las salvedades y observaciones correspondientes.

Estos elementos han sido expuestos por el Consejo de Estado[201] de la siguiente manera:

> "6.3. De todos modos, también es pertinente señalar que a propósito del reconocimiento de perjuicios por la mayor permanencia en la obra resultado de realizar obras adicionales o mayor cantidad de obra, esta Sección ha señalado:
>
> > "Cuando la mayor permanencia de la obra se produce por la necesidad de ejecutar ítems de obra adicional o mayores cantidades de la obra contratada, es procedente incrementar el valor del contrato para pagarlos. Para ello es necesario cuantificar el valor de la obra adicional, incorporando en el precio el porcentaje correspondiente a los costos, imprevistos y utilidad. En tratándose de la mayor cantidad de obra, se toma el valor unitario ofrecido originalmente, que debe comprender esos mismos componentes (AIU) y se multiplica por el número de unidades de obra ejecutadas en exceso.
> >
> > "De esta manera se está pagando al contratista los costos en que incurrió por ese incremento en la ejecución de la obra contratada, dentro de los cuales se entienden comprendidos los relativos a los equipos, personal, materiales etc, que utilizó para cubrir esa obligación negocial. (…)
>
> (…)

[201] CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)

> "Ahora bien, cuando la mayor permanencia en la obra se produce por otras causas no imputables al contratista, procede, en principio, el reajuste de los precios, con el objeto de reparar los perjuicios derivados del transcurso del tiempo, en consideración a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda o a la desuetud de los mismos.
>
> "Lo anterior no obsta para que el contratista demuestre la existencia de perjuicios adicionales, no cubiertos con el pago de mayores cantidades de obra u obras adicionales, ni con el reajuste de precios.
>
> "Para acreditar esos perjuicios resulta indispensable probar los sobrecostos reales en los que incurrió, toda vez que no es dable suponerlos como lo hicieron los peritos, mediante el cálculo del costo día de ejecución del contrato, con fundamento en el valor del mismo, deducido del porcentaje correspondiente al A, del A.I.U. de la propuesta, toda vez que frente a contratos celebrados y ejecutados, estos factores pierden utilidad porque ya existe una realidad contractual que se impone y debe analizarse" [41] (subraya la Sala)."

Ahora bien, a continuación resulta procedente analizar si los presupuestos anteriormente expuestos se acreditaron para el presente caso, situación que resulta imperioso dilucidar de cara al estudio para determinar la prosperidad de las pretensiones incoadas.

2.1. La Prórroga del Plazo Contractual

De conformidad con las pruebas documentales que obran en el expediente relacionadas con las pretensiones incoadas en este acápite, se encuentran acreditadas las siguientes prórrogas al plazo contractual[202] las cuales constan en los respectivos documentos[203] que se relacionan a continuación:

Documento Contractual	Plazo Adicionado a la etapa de construcción
o Adición 4 (16 de julio de 2010)	o 2 meses
o Prórroga 2 (16 de septiembre de 2010)	o 3 meses
o Adición 8	o 3 meses
o Prórroga 3 (16 de diciembre de 2010)	o 10 meses
o Otro si y Adición 9 (16 de diciembre de 2011)	o 9.5 meses

De esta manera se encuentra satisfecho el requisito número 1 señalado en el acápite anterior.

2.2. La Ausencia de Imputabilidad al Contratista de las Causas de la Mayor Permanencia en Obra

En los documentos de modificación contractual antes señalados, se deja constancia de la ausencia de imputabilidad del contratista de las causas que originaron la mayor permanencia en obra, tal como se acredita en el aparte que se trascribe a continuación:

[202] Es importante aclarar que se produjeron otras modificaciones contractuales, que no se referencian en este acápite al no estar relacionados con el estudio de las pretensiones incoadas.
[203] C. de Pruebas No. 2.

"Durante la Ejecución de las obras se han presentado las siguientes circunstancias especiales imprevistas que han alterado el normal desarrollo del cronograma de obras, haciendo necesaria su reprogramación, siendo éstas: 1. El día 06 de mayo de 2009, se presentó una inundación imprevisible e irresistible en la zona de la galería comercial San Victorino y que generó una gran socavación de gran magnitud en la zona colindante con el espacio público sobre la carrera 10, circunstancia que hizo necesaria la construcción de una estructura de contención que no estaba prevista, la cual tuvo incidencia sobre los plazos pactados, por cuanto se convirtió en predecesora de otras actividades que se encontraban programadas. Igualmente, fue necesario realizar algunas gestiones con la comunidad, cuyo objetivo fundamental fue garantizar la ejecución de las obras en condiciones de seguridad dado que la construcción de la estructura de contención implicaba la reubicación de algunos de los locales comerciales que hacían parte de la Galería.

1. La comunidad del sector San Victorino representada por la "Alianza Estratégica de Comerciantes de San Victorino y la Candelaria" en reuniones adelantadas con el IDU y la participación de la Secretaría de Gobierno, La veeduría Distrital y el Instituto para la Economía Social IPES, solicitó la construcción de un paso seguro a la altura de la calle 12 con Carrera 10, dada la gran cantidad de peatones que circulan por ese sector. Previa revisión de dicha solicitud la Alcaldía Mayor de Bogotá consideró viable realizar la construcción de un box peatonal, situación que tuvo incidencia sobre los plazos de ejecución de las obras previstas en el sector toda vez que por secuencia constructiva es necesario realizar primeramente la intervención y terminación de la estructura del box peatonal y luego culminar con las demás actividades previstas en este sector. 3. La ejecución de las obras correspondientes a la construcción de redes y adecuación de andenes han tenido un altísimo grado de complejidad, debido a la existencia de redes muy antiguas y a las interferencias que ellas presentan con las redes existentes, situaciones que han conllevado mayores tiempos de ejecución, pues dichas actividades han debido ejecutarse de forma manual, incluso con la realización de túneles debido a la gran cantidad de ductería encontrada en el sector. Circunstancia que igualmente ha requerido de la implementación de procesos constructivos más complejos debido a la gran cantidad de redes existentes, cuyos cables y ductos deben ser protegidos y anclados para evitar su rotura. Dichas circunstancias en algunos eventos han generado ajustes a los diseños que requieren la respectiva aprobación por parte de empresas de servicios públicos, afectando los tiempos de ejecución de las actividades a cargo del contratista. 4. Así mismo, y dada (sic) las condiciones estructurales de las tuberías de redes existentes, las cuales difieren de las inspecciones previas realizadas en los corredores han afectado los tiempos de ejecución para la renovación de las mismas, conforme a las demandas del sector. 5. La zona de influencia del proyecto, por ser comercial cuenta con un alto tráfico peatonal, el cual aumentó ostensiblemente durante los meses de diciembre (temporada decembrina) y enero (temporada escolar) circunstancia que impactó la ejecución de las actividades de espacio público."

Estas consideraciones contenidas en el otrosí No. 5 fueron citadas como fundamento de las solicitudes de prórroga contenidas en la adición 4, prórroga 2 y prórroga 3 y corresponden básicamente a situaciones relacionadas con eventos de la naturaleza, problemas con la comunidad, sujeciones materiales imprevistas y retrasos ocasionados por demoras en aprobaciones de diseños que correspondían a terceros ajenos a las partes, las cuales se evidencia, son no imputables al contratista.

En el mismo sentido se pronunció el perito Ingeniero Civil Alfredo Malagón Bolaños, quien al respecto señaló lo siguiente:

> "Por lo anterior, en ninguno de los documentos contractuales antes mencionados se evidencia o consta que las causas que justificaron las reprogramaciones de obra hayan sido generadas por el contratista."

De esta manera, se encuentra acreditado el requisito No. 2 para la viabilidad del reconocimiento de la mayor permanencia en obra.

2.3. La Alteración Grave de la Economía del Contrato

Como se señaló anteriormente, para que proceda una reclamación por alteración de la ecuación económica del contrato, los perjuicios causados debe superar el alea normal del contrato, situación que se analizará en cada caso concreto.

Para absolver está cuestión se tendrá en cuenta lo señalado por el perito técnico como respuesta a la pregunta número 7, cuya respuesta es del siguiente tenor:

> "Determine, con base en la respuesta a la pregunta anterior, el costo derivado de la mayor permanencia en obra del contratista.
>
> "Desde el punto de vista técnico, los mayores costos generados durante la mayor permanencia en la obra del contratista, hasta el 30 de octubre de 2012, se pueden liquidar, según mi criterio, de acuerdo con las siguientes premisas:
>
> "Los costos de mayor permanencia en obra, corresponden a los costos de Administración, causados durante el periodo transcurrido desde el día siguiente a la fecha inicialmente prevista en el contrato para la finalización de la Etapa de Construcción (17 de julio de 2010) hasta la fecha reclamada por el contratista según actas de arreglo directo I y II (30 de octubre de 2012) y según lo establecido en la Reprogramación No. 5 de obra.
>
> "Para la liquidación de los mayores costos de mayor permanencia en obra hasta la Reprogramación No. 5 de Obra, se desglosan y tienen en cuenta únicamente los rubros correspondientes a la Administración prevista en la estructura y desglose de costos establecida durante la etapa licitatoria para el AIU entregado por el IDU durante el proceso licitatorio (…).
>
> "(…)
>
> "En resumen, de acuerdo con los soportes y cálculos aquí presentados, los costos de la mayor permanencia en obra del contratista durante el periodo transcurrido desde el día siguiente a la fecha inicialmente prevista para su finalización de la Etapa de Construcción hasta la prevista para su finalización según la Reprogramación de Obra No. 5 es decir, desde el 17 de julio de 2010 hasta el 30 de octubre de 2012, ascienden a la suma de $36.379.715.556 liquidada en pesos de octubre de 2012 (sin incluir intereses); como se resume en la siguiente tabla: (…)."

Ahora bien, es preciso resaltar que este requisito es necesario más no suficiente para que proceda la reclamación por mayor permanencia en obra, toda vez que adicionalmente el reclamante debe acreditar, o bien que en las prórrogas u

contratos adicionales celebrados no se regularon la consecuencias económicas de dicha mayor permanencia en obra, o que si se regularon, el valor reconocido no cubrió la totalidad de los perjuicios efectivamente causados y que el contratista dejó la observación o salvedad expresa sobre este aspecto.

2.4. Que la afectación económica no haya sido compensada por los contratos modificatorios y que el contratista haya efectuado las salvedades correspondientes

Los requisitos 4 y 5 se analizarán de manera conjunta, toda vez que presentan una unidad conceptual. En efecto, si con ocasión de la suscripción de una prórroga en el mismo documento contractual se efectúan reconocimientos económicos y las partes manifiestan que con los mismos se atienden los recursos para cubrir dicha ampliación del plazo contractual, no podrá después el contratista generar una reclamación ulterior, pues ello contraría el precepto jurídico según el cual nadie puede ir en contra de sus propios actos, que es uno de los varios desarrollos del principio de buena fe el cual debe prevalecer en el devenir contractual.

En el mismo orden, si el contratista considera que los reconocimientos efectuados en el respectivo acuerdo de voluntades no generan un resarcimiento total de las consecuencias económicas, así debe manifestarlo, dejando la respectiva salvedad u observación.

Esta posición ha sido sostenida por el Consejo de Estado desde hace más de 20 años, y encuentra su razón de ser, se reitera, en el principio de buena fe que debe orientar las relaciones negociales, en consonancia con el principio de transparencia, pilares de la contratación estatal.

Al respecto el Consejo de Estado[204] ha manifestado lo siguiente:

> "Así las cosas, es menester puntualizar los efectos jurídicos que en relación con reclamaciones pendientes tienen los negocios jurídicos bilaterales de modificación, adición, prórroga y suspensiones suscritos por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad para adaptar el contrato a las exigencias que sobrevengan o sobre el reconocimiento debido de las prestaciones cumplidas, **en el sentido de que no proceden reclamaciones posteriores para obtener reconocimientos de prestaciones emanadas del contrato, cuando no aparecen o no se hicieron en dichos actos.**
>
> "Esta Sección en sentencia de 23 de julio de 1992, rechazó una reclamación de la contratista después de finalizado el contrato por prolongaciones del plazo convenido, cuando estuvo de acuerdo con ellas, puesto que se entiende que mediante estas prórrogas las partes procuraron superar las dificultades que se presentaron para la debida ejecución del contrato[205].
>
> "No encuentra la Sala razonable que el contratista después de finalizado el contrato, por entrega total de la obra, pretenda censurar a la administración por prolongaciones en el plazo convenido, cuando estuvo de acuerdo con las mismas y en parte fue causante de

[204] Expediente 18080 antes citado.
[205] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de julio de 1992, exp. 6032, C.P. Daniel Suárez Hernández.

aquellas. En ningún momento el contratista impugnó tales prórrogas y, si lo hizo, de ello no hay demostración alguna en el proceso. En cambio, sí se infiere que con las prórrogas y ampliaciones las partes procuraron superar las dificultades que se presentaron, todo con el ánimo de obtener la ejecución del objeto contractual y de cumplir a cabalidad las obligaciones contractualmente adquiridas. De estas apreciaciones concluye la Sala que no hay lugar a aceptar el cumplimiento respecto del término del contrato planteado por el actor…"

"Igualmente, en sentencia de 22 de noviembre de 2001, utilizando este criterio como adicional a la falta de prueba de los mayores sobrecostos, **indicó que cuando se suscribe un contrato modificatorio que cambia el plazo original dejando las demás cláusulas del contrato incólumes (entre las mismas el precio), no pueden salir avante las pretensiones de la contratista**.[206]

"No se probó procesalmente que BENHUR, dentro del término de ejecución del contrato incurrió en sobrecostos superiores a los reconocidos por CEDENAR. Además la Sala destaca que BENHUR en ejercicio de su autonomía de la voluntad suscribió contratos adicionales de plazo en los cuales luego de la modificación de la cláusula original de PLAZO, convino con CEDENAR que las demás cláusulas del contrato, entre ellas el precio, permanecían incólumes." (Subraya la sala).

"No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato." (Subraya fuera de texto)

En el mismo sentido en providencia posterior el Máximo órgano de lo Contencioso Administrativo indicó[207]:

"58. Es decir, conjuntamente y de mutuo acuerdo Ecopetrol y Leyco Co. Ltda. hicieron los arreglos y tomaron las medidas que permitieron conjurar, superar y subsanar los hechos ajenos a ellas e imponderables que implicaron el retardo de la obra, sin que al realizar las respectivas prórrogas al contrato, la contratista hubiese reclamado en ellas los conceptos que ahora demanda como causantes de sobrecostos y de un desequilibrio económico del contrato. Esa es la intención común de las partes que se desprende de los acuerdos que sin reparos ni salvedades suscribieron para sobrellevar las dificultades acaecidas en el desarrollo de la relación negocial, de manera que no resultan procedentes reclamaciones posteriores para obtener reconocimientos de prestaciones emanadas del contrato, cuando no aparecen o no se hicieron en dichos actos."

En igual sentido, en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado reiteró la tesis expuesta de la siguiente manera[208]:

---

[206] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, exp. 13356, C.P. María Elena Giraldo Gómez.
[207] Expediente 21429.
[208] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014).

> "Y es que si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.
>
> "En este horizonte, cada parte del negocio se hace responsable de aquello a lo que se compromete, y así mismo, mientras nuevas circunstancias no alteren el acuerdo, se considera que contiene en sí su propio reequilibrio financiero."27
>
> "Pues bien, esto es lo que ocurre precisamente en este caso pues aunque la contratista en comunicaciones del 3 de enero de 1995, 1º de junio de 1995, 22 de septiembre de 1995 y 11 de marzo de 1996 hace reclamaciones a la entidad contratante en relación con el restablecimiento del equilibrio económico del contrato que considera roto por la no entrega de los predios, la depreciación del anticipo, la mayor permanencia en la obra, mayores costos, intereses, etc**., lo cierto es que con posterioridad a tales comunicaciones procedió a convenir en la suspensión del contrato, a celebrar contratos adicionales y a pactar otrosíes sin que en ninguno de ellos consignara reclamaciones, salvedades o manifestaciones de quedar pendientes tales asuntos, razón por la cual se considera que al momento de la suscripción de los documentos que contiene cada uno de esos actos se restableció el equilibrio económico que pudiera estar alterado precedentemente, pues nada se dijo en contrario**."(Resalta quien transcribe)

De acuerdo con los pronunciamientos trascritos, es claro que si en las prórrogas o contratos modificatorios suscritos para conjurar los efectos de la mayor permanencia se regularon las consecuencias económicas y el contratista no dejó salvedad u observación alguna en el sentido que dicho reconocimiento no resarcía integralmente los perjuicios ocasionados, no puede con posterioridad realizar por ese concepto posteriores reclamaciones.

Y es que si el contrato es ley para las partes[209], no es admisible desde el punto de vista jurídico permitir que uno de los co-contratantes convenga la celebración de un otrosí en el que se manifiesta conforme con la manera en la que se regulan las consecuencias económicas del mismo, y después desconozca la obligatoriedad de dicho acuerdo y pretenda realizar una reclamación posterior sobre esos mismos hechos yendo incluso en contra de sus propios actos.

Ciertamente, si en la adición o prórroga de un contrato se hace referencia a que la misma corresponde a unos determinados puntos del contrato, ejemplo "*El valor por concepto de costo global ambiental, social y tránsito que se cause durante la presente prórroga o adición en plazo"* y no se deja expresa reserva o salvedad con relación a otros puntos, no es correcto asumir que la prórroga únicamente cubre, desde el aspecto patrimonial esos específicos ítems, debido a que si en ese momento no se expresó alguna salvedad, un bien entendido desarrollo del principio de la buena fe, permite colegir que ante el silencio del contratista nada más existía por reclamar en esa oportunidad, que es precisamente lo que pregona

[209] Artículo 1602 del Código Civil.

la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, orientación que igualmente comparte el señor Procurador y acoge el Tribunal mayoritariamente.

Por las razones anteriores, las pretensiones atinentes a la mayor permanencia, se niegan.

4.2. Las pretensiones de condena

Como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones declarativas señaladas con anterioridad, procede la condena al pago de los mayores costos y perjuicios probados en el proceso (pretensión 1 de condena), así:

ITEM	VALOR EN $
MAYOR COSTO DIRECTO OBRAS EJECUTADAS EN LA ESTACIÓN CENTRAL	$ 6.107.721.800
DISEÑOS ESTACION CENTRAL	$ 315.545.782
CONSTRUCCIÓN DE PAVIMENTOS DE LA TRONCAL CALLE 26 Y SUS BOCACALLES (RAJÓN, MATERIAL DE SELLO Y LA RESPECTIVA EXCAVACIÓN MECÁNICA) – MAYOR COSTO DIRECTO GLOBAL	$ 1.987.432.891
MAYOR VALOR DE OBRAS EN LOS PAVIMENTOS DE LAS CALZADAS MIXTAS DE LA CARRERA 10ª Y SUS BOCACALLES.	$ 4.321.807.749
DISEÑOS CORRESPONDIENTES AL PUENTE DE LA CARRERA 5ª CON CALLE 26 (PUENTE RECTO)	$ 74.829.000

Con el fin de evitar innecesarias repeticiones, el Tribunal considera que el criterio a seguir para efectos de actualizar las condenas que impone, es el referente a tomar como base para hacerlo el IPC de diciembre 28 de 2007 hasta la fecha del laudo, porque dada la índole de las pretensiones que prosperaron y que se trata de un laudo (sentencia) de condena, no es viable realizar la actualización en la forma solicitada como principal en el aparte B, literal a) de las pretensiones de condena que dice: "a) Para las obras no previstas reclamadas en las pretensiones declarativas: Aplicando las variaciones de ICCP certificado por el DANE, hasta la terminación de cada obra reclamada, conforme lo señalado en la cláusula 10.2.3 del Contrato IDU 136 de 2007 y de ahí en adelante, actualizando con el Índice de Inflación IPC, el valor del dinero desde dicha fecha hasta la ejecutoria del laudo o, subsidiariamente, con el índice que resulte procedente según el Tribunal.", petición que no prospera.

Se acoge la pretensión subsidiaria de la anterior que señala "o subsidiariamente, con el índice que resulte procedente según el Tribunal", que es el IPC, por cierto el mismo solicitado en el aparte siguiente b) de las pretensiones que textualmente invoca el IPC, solicitud que prospera.

En resumen, todas las actualizaciones se hacen con base en el IPC, y ascienden a los siguientes montos:

ITEM	FECHAS		VALOR EN $	IPC		FACTOR DE AJUSTE	CAPITAL AJUSTADO
	INICIAL	FINAL		INICIAL	FINAL		
MAYOR COSTO DRECTO OBRAS EJECUTADAS EN LA ESTACIÓN CENTRAL	28/12/2007	09/02/2015	6.107.721.800	93,85	118,91	1,26702184	$7.738.616.934
DISEÑOS ESTACION CENTRAL	28/12/2007	09/02/2015	315.545.782	93,85	118,91	1,26702184	$ 399.803.398
CONSTRUCCIÓN DE PAVIMENTOS DE LA TRONCAL CALLE 26 Y SUS BOCACALLES (RAJÓN, MATERIAL DE SELLO Y LA RESPECTIVA EXCAVACIÓN MECÁNICA) – MAYOR COSTO DIRECTO GLOBAL	28/12/2007	09/02/2015	1.987.432.891	93,85	118,91	1,26702184	$2.518.120.885
MAYOR VALOR DE OBRAS EN LOS PAVIMENTOS DE LAS CALZADAS MIXTAS DE LA CARRERA 10ª Y SUS BOCACALLES.	28/12/2007	09/02/2015	4.321.807.749	93,85	118,91	1,26702184	$5.475.824.821
DISEÑOS CORRESPONDIENTES AL PUENTE DE LA CARRERA 5ª CON CALLE 26 (PUENTE RECTO)	28/12/2007	09/02/2015	74.829.000	93,85	118,91	1,26702184	$ 94.809.978

Respecto de estas sumas proceden los intereses moratorios a la tasa más alta autorizada conforme a lo establecido en la ley y a partir del día siguiente a los diez días posteriores a la ejecutoria del laudo que se concederá para el pago total y hasta la fecha en que éste se haga. En cuanto a las pretensiones 4 y 5 subsidiarias, lo que se pide está consagrado en la ley, por lo cual no es menester declaración alguna y a ésta deben estar las partes.

4.3. Las restantes excepciones formuladas por el IDU y TRANSMILENIO

Por las razones expresadas al decidir las pretensiones declarativas que prosperan, es pertinente la excepción de inexistencia de mayor permanencia en obra, más no la de asunción de riesgos por Constructora Bogotá Fase III S.A., ni la de cumplimiento del Contrato de Obra 136 de 2007 por parte del IDU, tampoco la genérica, que, por cierto constituye una generalizada e impropia forma de indicarle al juez que si encuentra un hecho exceptivo declarable de oficio y que no sea menester alegarlo, así lo debe hacer lo que en este caso no ocurre.

Del mismo modo, habiendo prosperado la excepción de “Falta de legitimación en la causa por pasiva en cabeza de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio

Transmilenio S.A. – Actuación como simple pagador." y de Ausencia de Solidaridad interpuestas por TRANSMILENIO S.A., en atención a lo señalado en los artículos 306 del C. de P.C. y 282 del C.G.P., no es necesario pronunciarse sobre las restantes excepciones por ella propuestas[210].

5. COSTAS

Para el Tribunal, la actuación de las partes y de sus apoderados en el presente proceso se ha ceñido a los principios de transparencia y lealtad procesal, cada quien en defensa de la posición asumida, sin que jurídicamente se les pueda hacer reproche alguno, y recalca su buena fe en el manejo de la problemática planteada.

La Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente a partir de 2 de julio de 2012, y aplicable a este trámite por su iniciación posterior (art. 308, *ibídem*), dispone:

> "**ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS.** Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Al margen de la discusión en cuanto a si los vacíos de las normas del estatuto administrativo se llenan con el Código de Procedimiento Civil o con el Código General del Proceso, es lo cierto que cualquiera que sea la legislación que se aplique, son coincidentes frente al tratamiento del tema de las costas en lo que ahora interesa.

En efecto, el numeral 6 del art. 392 del C. de P.C. dispone que: "En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión", disposición que se mantiene idéntica en el Código General del proceso y que corresponde al numeral 5 del art. 365 del mismo.

En tal orden de ideas encuentra el Tribunal que en consideración a que las pretensiones prosperaron parcialmente y consecuencialmente de igual manera lo fueron los hechos exceptivos, en aplicación de lo dispuesto en los preceptos mencionados, no se impone condena en costas y cada parte asume los costos del presente proceso como hasta ahora lo han hecho.

[210] Al respecto el C. de P.C., artículo 306 dispone: […] Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes". También el artículo 282 de la Ley 1564 de 2012, C.G.P. en lo pertinente, establece: "**Artículo 282. Resolución sobre excepciones.** […] Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes".

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre **CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. CONFASE S.A.,** por una parte, y por la otra, **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU-** y **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: Declarar infundadas las tachas de sospecha formuladas a los testigos Pablo Emilio Morales Torres, Claudia Tatiana Ramos Bermúdez y Gregorio Pablo Augusto Rentería Antorveza, por lo expuesto en la parte motiva del presente laudo.

SEGUNDO: Declarar que debido a los errores y deficiencias de los estudios y diseños entregados por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU a CONFASE S.A. esta tuvo que elaborar nuevos diseños para la Estación Central - Conexión Operacional de la Troncal Caracas y Calle 26.

TERCERO: Declarar que para la construcción de la Estación Central - Conexión Operacional de la Troncal Caracas y Calle 26, CONFASE S.A ejecutó, con base en los diseños que ella misma elaboró y no con los del IDU, obras que no debía sufragar a su costa y que difieren de las previstas por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO en la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 y en el Contrato IDU 136 de 2007.

CUARTO: Declarar que son improcedentes y constituyen incumplimiento contractual las decisiones del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU de considerar los nuevos diseños como ajuste y negar el pago de las mayores cantidades de obra no previstas y ejecutadas en la Estación Central.

QUINTO: Declarar que CONFASE S.A. tiene derecho a que se le reconozcan y paguen por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU los mayores costos en que la misma incurrió para actualizar y elaborar los nuevos diseños de la Estación Central - Conexión Operacional de la Troncal Caracas y Calle 26, así como los de las obras no previstas en la Licitación Pública IDU- LP- DG-022-2007 y en el Contrato IDU 136 de 2007, ejecutadas con base en los nuevos diseños actualizados en la Estación Central - Conexión Operacional de la Troncal Caracas y Calle 26.

SEXTO: Declarar que como consecuencia de las órdenes del representante del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU en el Contrato IDU 136 de 2007 (Interventoría), así como la decisión del IDU de cambiar el diseño geométrico de la

Troncal Calle 26 y sus bocacalles, fue necesario instalar rajón, material de sello y realizar la respectiva excavación mecánica en zonas no previstas en los estudios y diseños de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 y en el Contrato IDU 136 de 2007, a lo largo y ancho de la vía existente de la Troncal Calle 26 y sus bocacalles y en zonas resultantes de la actualización del diseño geométrico de la Troncal.

SÉPTIMO: Declarar que son improcedentes y constituyen incumplimiento contractual y legal, las decisiones del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU de considerar que el pago a CONFASE S.A. por la colocación no prevista de rajón, el material de sello y la respectiva excavación mecánica a la que se refiere la pretensión anterior, debía hacerse solamente en relación con el cambio de diseño geométrico de la Troncal Calle 26 y sus bocacalles y aplicando la metodología de *"valoración de área de acuerdo al diseño inicial con respecto al diseño actualizado*".

OCTAVO: Declarar que a CONFASE S.A. se le deben reconocer por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO los mayores costos en que la misma incurrió por la colocación no prevista de rajón extendido a lo largo y ancho de toda la subrasante, su correspondiente material de sello y la respectiva excavación mecánica ejecutadas en la construcción del pavimento de la Troncal Calle 26 y sus bocacalles, en virtud de las órdenes del representante del IDU y su decisión de cambiar el diseño geométrico de la Troncal Calle 26 y sus bocacalles, para cuyo reconocimiento de los mayores costos se aplica la metodología señalada en la parte motiva de este laudo.

NOVENO: Declarar que son improcedentes y constituyen incumplimiento contractual y legal, las decisiones del representante del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU del Contrato IDU 136 de 2007, mediante las cuales se negaron a CONFASE S.A. los costos derivados del ejercicio de la alternativa de diseño con pavimento rígido de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 para las calzadas mixtas de la Carrera 10 y sus bocacalles, y se le reconocen los mayores costos en que la misma incurrió.

DÉCIMO: Declarar que el IDU, no entregó diseños, estudios, planos de detalle y, en general, la información técnica relacionada con la construcción de las obras del Puente vehicular de la Carrera 5 con Calle 26.

DÉCIMO PRIMERO: Declarar que debido a la autorización del IDU para cambiar el diseño geométrico en la Troncal Calle 26, CONFASE S.A. tuvo que elaborar nuevos diseños respecto del Puente de la Carrera 5a con Calle 26, obras no previstas en la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 y en el Contrato IDU 136 de 2007, razón por la cual los diseños deben ser sufragados por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU.

DÉCIMO SEGUNDO: Declarar que es improcedente y constituye incumplimiento contractual y legal, la decisión negativa del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU de los mayores costos reclamados por CONFASE S.A en relación

con los nuevos diseños elaborados por CONFASE S.A. para el Puente de la Carrera 5a con Calle 26.

DÉCIMO TERCERO: Declarar que CONFASE S.A. tiene derecho a los mayores costos por concepto de los estudios y diseños del Puente vehicular de la Carrera 5ª con Calle 26, pero no por las obras ejecutadas con base en los mismos, por las razones advertidas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO CUARTO: Declarar que como consecuencia de las anteriores decisiones, se condena al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU a pagar en favor de CONFASE S.A. dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del laudo, las sumas de dinero que se indican a continuación, todas ellas ya debidamente actualizadas, según los parámetros consignados en la parte motiva de este laudo:

a. Siete mil setecientos treinta y ocho millones seiscientos dieciséis mil novecientos treinta y cuatro pesos ($7.738.616.934) por concepto del mayor costo directo de las obras ejecutadas en la Estación Central.

b. Trescientos noventa y nueve millones ochocientos tres mil trescientos noventa y ocho pesos ($399.803.398) por concepto de los diseños de la Estación Central.

c. Dos mil quinientos dieciocho millones ciento veinte mil ochocientos ochenta y cinco pesos ($2.518.120.885) por concepto de la mayor cantidad de rajón material de sello y la respectiva excavación mecánica utilizados en la construcción de la troncal Calle 26 y sus bocacalles.

d. Cinco mil cuatrocientos setenta y cinco millones ochocientos veinticuatro mil ochocientos veintiún pesos ($5.475.824.821) por concepto del mayor valor de las obras de los pavimentos de la calzada mixta de la Carrera 10 y sus bocacalles.

e. Noventa y cuatro millones ochocientos nueve mil novecientos setenta y ocho pesos ($94.809.978) por concepto de los diseños del puente de la Carrera 5ª sobre la Calle 26 (Puente Recto).

DÉCIMO QUINTO: Sobre las sumas anteriores se causarán intereses moratorios una vez vencido el plazo de que trata el aparte 14 de este laudo.

DÉCIMO SEXTO: Negar las restantes pretensiones de la demanda.

DÉCIMO SÉPTIMO: Declarar probadas las excepciones de Falta de legitimación en la causa por pasiva en cabeza de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A., y de Inexistencia de solidaridad entre el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU y Transmilenio S.A. así como la de “Inexistencia de mayor permanencia en obra.” en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva.

DÉCIMO OCTAVO: Negar las restantes excepciones perentorias propuestas por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva. Respecto de las demás excepciones presentadas por la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A., estar a lo expuesto en la parte motiva.

DÉCIMO NOVENO: Declarar que no hay lugar a imponer condena en costas y que cada parte asume sus gastos en este proceso.

VIGÉSIMO: Declarar causados los honorarios de los árbitros y del secretario, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, quien procederá, una vez agotados los trámites propios del Tribunal, a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos y expensas de funcionamiento del Tribunal.

VIGÉSIMO PRIMERO: Disponer que por Secretaria se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público, con las constancias de ley, y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO
Árbitro Presidente

RODRIGO ESCOBAR GIL
Árbitro
Con Salvamento Parcial de Voto

WILLIAM NAMÉN VARGAS
Árbitro
Con Salvamento Parcial de Voto

GABRIELA MONROY TORRES
Secretaria