

## **Tribunal de Arbitramento**

**Varela Fiholl & Compañía Ltda. y otras**

**vs. Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte —IDRD—**

**Laudo Arbitral**

**Diciembre de 2009**

**Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil nueve (2009)**

Agotado el trámite legal y estando dentro de la oportunidad para el efecto, procede este Tribunal de Arbitramento a proferir en derecho el laudo que resuelve las diferencias entre VARELA FIHOLL & COMPAÑÍA LTDA., SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. y HEYMOCOL LTDA., integrantes del CONSORCIO COMPLEJO METROPOLITANO, en adelante el Consorcio, como parte convocante, y el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE —IDRD—, en adelante IDRDR, como parte convocada.

### **1. ANTECEDENTES.**

#### **1.1. LAS PARTES DEL PROCESO.**

La convocante del presente trámite está constituida por VARELA FIHOLL & COMPAÑÍA LIMITADA, HEYMOCOL LIMITADA y SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A., como integrantes del CONSORCIO COMPLEJO METROPOLITANO. Todas ellas son sociedades comerciales, legalmente constituidas; las dos primeras tienen su domicilio en la ciudad de Bogotá y la última en la ciudad Cali.

La convocada es el IDRDR, establecimiento público descentralizado del orden distrital, creado mediante acuerdo 4 de 1978 del Concejo de Bogotá; con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, con domicilio en la ciudad de Bogotá.

#### **1.2. EL PACTO ARBITRAL.**

En la demanda se adujo como pacto arbitral, el contenido en la cláusula trigésima del contrato de obra pública N° 017 celebrado entre el IDRDR y el Consorcio el 25 de marzo de 2004, pacto que reúne los requisitos legales y es del siguiente tenor:

*TRIGÉSIMA: CLÁUSULA COMPROMISORIA: Las diferencias que puedan surgir entre las partes por razón de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del presente contrato, se someterán a la decisión de un Tribunal de Arbitramento integrado por tres (3) árbitros expertos en derecho administrativo, designados por la Cámara de Comercio de Bogotá. Las reglas de arbitramento serán las previstas en el Artículo 70 de la Ley 80 de 1993 y las normas vigentes sobre la materia”.*

#### **1.3. EL TRÁMITE DEL PROCESO.**

1.3.1. El día 14 de febrero de 2008 las sociedades demandantes solicitaron la convocatoria de este Tribunal de Arbitramento y formularon demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá contra el IDRDR.

1.3.2. Mediante sorteo público efectuado el día 15 de mayo de 2008, de conformidad con el pacto arbitral, la Cámara de Comercio de Bogotá designó a las árbitras, quienes aceptaron oportunamente.

1.3.3. El día 20 de junio de 2008 tuvo lugar la audiencia de instalación en la cual el Tribunal admitió la demanda y de ella ordenó correr traslado al IDRDR, cuyo apoderado se notificó en esa misma fecha.

1.3.4. Luego de algunas suspensiones decretadas a solicitud de las partes, mediante escrito radicado el 16 de septiembre de 2008, el IDRDI dio respuesta a la demanda, en la cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló excepciones de mérito.

1.3.5. De las excepciones perentorias propuestas se corrió traslado a la parte demandante, según fijación en lista del día 26 de septiembre de 2008.

1.3.6. Con escrito radicado el día 3 de octubre de 2008 la parte demandante recorrió el anterior traslado y pidió pruebas adicionales.

1.3.7. El día 9 de octubre, las sociedades demandantes reformaron la demanda, la cual fue admitida por Auto N° 5 proferido el 14 de noviembre de 2008.

1.3.8. Con escrito del 25 de noviembre del mismo año, el IDRDI dio respuesta a la reforma de la demanda, reiterando las excepciones inicialmente propuestas, respecto de las cuales la convocante se pronunció nuevamente en escrito del 3 de diciembre siguiente.

1.3.9. En cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 141 del Decreto 1818 de 1998 el Tribunal citó a las partes a audiencia de conciliación, la cual tuvo lugar el día 4 de diciembre de 2008, pero se dio por concluida y fracasada ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo.

1.3.10. Mediante Auto N° 7 proferido en esa misma oportunidad, el Tribunal señaló las sumas de gastos y honorarios del proceso, las cuales fueron cancelados por las partes en igual proporción.

1.3.11. La primera audiencia de trámite tuvo lugar el día 21 de enero de 2009, oportunidad en la cual, mediante Auto N° 8, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias surgidas entre las partes. A su vez, por Autos N° 9 y 10 de la misma fecha, el Tribunal decretó pruebas y fijó las correspondientes audiencias para practicarlas, respectivamente.

1.3.12. A partir del 29 de enero de 2009 y hasta el 5 de octubre del mismo año se instruyó el proceso, incluyendo algunas suspensiones, decretadas a solicitud de las partes.

1.3.13. El 23 de octubre de 2009 tuvo lugar la audiencia de alegaciones, en la cual los apoderados de las partes expusieron sus argumentos de manera oral y al final presentaron sendos resúmenes escritos.

1.3.14. El agente del Ministerio Público presentó su concepto escrito el día 9 de noviembre de 2009.

1.3.15. El presente proceso se tramitó en veintiocho (28) audiencias, en las cuales el Tribunal admitió la solicitud de convocatoria y la demanda; integró el contradictorio y surtió los respectivos traslados; asumió competencia; decretó y practicó pruebas; resolvió varias solicitudes de las partes; recibió las alegaciones finales de estas y el concepto del Ministerio Público, y ahora profiere el fallo que pone fin al proceso.

1.3.16. Corresponde al Tribunal mediante el presente laudo, decidir en derecho las controversias planteadas, lo cual hace en tiempo oportuno. En efecto, como la primera audiencia de trámite tuvo lugar el 21 de enero de 2009, el plazo legal para fallar vencía el 21 de julio de 2009. No obstante, a solicitud de las partes, este proceso se suspendió en las oportunidades que a continuación se mencionan, incluidas la fecha inicial y la final, en cada caso: entre el 27 de febrero y el 27 de abril de 2009 (Acta 15); entre el 29 de abril y el 10 de junio de 2009 (Acta 16); entre el 26 de junio y el 22 de julio de 2009 (Acta 17); y entre el 24 de julio y el 5 de agosto de 2009 (Acta 19); entre el 19 y el 26 de agosto de 2009 (Acta 21); entre el 2 y el 10 de septiembre de 2009 (Acta 22); y entre el 6 y el 22 de octubre de 2009 (Acta 25). En estas condiciones, descontadas las mencionadas suspensiones, que ascendieron en total a 177 días, el término del proceso arbitral se extiende hasta el 13 de enero de 2010.

## **2. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN.**

## 2.1 LAS PRETENSIONES.

En su demanda la parte convocante formuló varias pretensiones que luego reformó por medio de escrito que radicó 9 de octubre de 2008 al hacer uso de la prerrogativa que prevé el artículo 89 del C.P.C. De esta manera el petitum sobre el cual deberá pronunciarse este Tribunal es el que se transcribe a continuación (folios 1 a 3 de la demanda reformada), integrado por las siguientes pretensiones:

**PRIMERA.** *Que se declare que el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE —IDRD—, incumplió el contrato de obra pública N° 017 celebrado el día 25 de marzo de 2004, con el CONSORCIO COMPLEJO METROPOLITANO, cuyo objeto fue, de conformidad con la cláusula primera, “ejecutar por el sistema de precios unitarios fijos, sin fórmula de reajuste, la construcción del Complejo Acuático Simón Bolívar, ubicado en el Parque Metropolitano Simón Bolívar de la localidad de Barrios Unidos en Bogotá, D.C., conforme a las especificaciones técnicas y planos suministrados por el Instituto”, todo lo cual generó sobrecostos, daños y perjuicios a los miembros que integraron el denominado CONSORCIO COMPLEJO METROPOLITANO.*

**PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN.** *Que en subsidio de la primera pretensión principal, se declare que en desarrollo del contrato de obra pública N° 017, celebrado el día 25 de marzo de 2004, entre el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE —IDRD— y el CONSORCIO COMPLEJO METROPOLITANO, se presentaron circunstancias imprevistas e imprevisibles, no imputables a la convocante, que crearon una situación de excesiva onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del consorcio contratista.*

**SEGUNDA.** *Que como consecuencia de cualesquiera de las declaraciones anteriores, se condene al INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE —IDRD— a pagar a las sociedades VARELA FIHOLL & COMPAÑÍA LTDA., SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. y HEYMOCOL LTDA., integrantes del CONSORCIO COMPLEJO METROPOLITANO, en el contrato de obra pública N° 017 de 2004, los sobrecostos, daños y/o perjuicios de todo orden sufridos por estas, bien sea por razón del incumplimiento contractual del INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE —IDRD—, bien sea por la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas que crearon una excesiva onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del consorcio contratista.*

**TERCERA.** *Que se condene al INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE —IDRD—, al pago actualizado o corregido monetariamente (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero), de las sumas que resulten a su cargo desde la época de la causación de los daños, perjuicios y/o sobrecostos hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, y que, adicionalmente, se ordene pagar intereses a la tasa que el Tribunal determine como aplicable, sobre el monto de daños, perjuicios y/o sobrecostos ya actualizado, desde la época de causación, momento a partir del cual quedará constituido en mora el deudor, hasta la fecha de ejecutoria del laudo arbitral.*

**PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA TERCERA PRETENSIÓN.** *En subsidio de la pretensión tercera principal, solicito que se condene al INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE —IDRD—, al pago actualizado o corregido monetariamente (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero), de las sumas que resulten a su cargo desde la época de la causación de los daños, perjuicios y/o sobrecostos hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, y que, adicionalmente, se ordene pagar intereses a la tasa que el Tribunal determine como aplicable, sobre el monto de daños, perjuicios y/o sobrecostos ya actualizado, desde la fecha de presentación de la reclamación a la entidad contratante, previa la liquidación del contrato (26 de agosto de 2004), momento a partir del cual*

quedará constituido en mora el deudor, hasta la fecha de ejecutoria del laudo arbitral.

**SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA TERCERA PRETENSIÓN.** *En subsidio de la pretensión tercera principal, solicito que se condene al INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE —IDRD—, al pago actualizado o corregido monetariamente (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero), de las sumas que resulten a su cargo desde la época de la causación de los daños, perjuicios y/o sobrecostos hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, y que, adicionalmente, se ordene pagar intereses a la tasa que el Tribunal determine como aplicable, sobre el monto de daños, perjuicios y/o sobrecostos ya actualizado, desde la fecha de celebración de la audiencia de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, momento a partir del cual quedará constituido en mora el deudor, hasta la fecha de ejecutoria del laudo arbitral.*

**TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA TERCERA PRETENSIÓN.** *En subsidio de la pretensión tercera principal, solicito que se condene al INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE —IDRD—, al pago actualizado o corregido monetariamente (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero), de las sumas que resulten a su cargo desde la época de la causación de los daños, perjuicios y/o sobrecostos hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, y que, adicionalmente, se ordene pagar intereses a la tasa que el Tribunal determine como aplicable, sobre el monto de daños, perjuicios y/o sobrecostos ya actualizado, desde la fecha de presentación y/o admisión de la demanda, momento a partir del cual quedará constituido en mora el deudor, hasta la fecha de ejecutoria del laudo arbitral.*

**CUARTA.** *Que se condene al INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE —IDRD— al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho.*

**QUINTA.** *Que se ordene al INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE —IDRD— dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, y se le condene al pago de intereses comerciales moratorios sobre el monto de la condena desde la fecha de la ejecutoria del laudo y hasta la fecha del pago efectivo.*

Un primer análisis de las pretensiones transcritas marca desde el comienzo los parámetros de análisis que ha de tener en cuenta este Tribunal para decidir el asunto sometido a su consideración. En efecto, el petitum de la demanda se orienta a obtener la reparación de sobrecostos, daños y/o perjuicios que pudieron haber sufrido las compañías demandantes, bien por el incumplimiento del contrato 017 de 25 de marzo de 2004, que ellas atribuyen al IDRD (pretensión primera), bien por el simple acaecimiento de circunstancias imprevistas e imprevisibles, que no les eran imputables, que generaron una “situación de excesiva onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del consorcio contratista” (pretensión subsidiaria a la primera pretensión). Además, partir de una declaración de incumplimiento o de una declaración de hechos que hubieran roto la ecuación en el contrato estatal 017 de 2004, la actora solicita al Tribunal, a través de las pretensiones segunda, tercera, primera subsidiaria a la tercera pretensión, segunda subsidiaria a la tercera pretensión y tercera pretensión subsidiaria a la tercera pretensión, que la reparación que ordene el Tribunal tenga en cuenta el valor actualizado de los daños y el pago de intereses.

Adicionalmente, la actora solicita al Tribunal condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada (pretensión cuarta) y que “... se ordene al INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE —IDRD— dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, y se le condene al pago de intereses comerciales moratorios sobre el monto de la condena desde la fecha de la ejecutoria del laudo y hasta la fecha del pago efectivo” (pretensión quinta).

Entrará, entonces el Tribunal a analizar los hechos, las pruebas y los argumentos expuestos por cada

una de las partes, con el fin de determinar si el incumplimiento y la mayor onerosidad cuya declaratoria solicita la demandante se dieron o no en la realidad, y cuáles son las consecuencias que, a la luz del propio petitum y según el principio de la congruencia del laudo, pueden derivarse de su acaecimiento.

Ahora bien, para efectos de la labor que compete a este Tribunal, es necesario no perder de vista que el título 3 de la demanda, "LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA CORRESPONDEN AL CONCEPTO LEGAL DE REPARACIÓN INTEGRAL", enmarca el derecho que reclama la convocante dentro de los parámetros de los artículos 4, 5 y 27 de la ley 80 de 1993, en virtud de los cuales, según se lee en el folio 6 de la demanda, "el contratista tiene derecho a la reparación integral de los perjuicios y mayores costos en que haya incurrido durante la ejecución de el (sic) contrato estatal". Disposiciones estas que encuentran correspondencia en la ley 446 de 1998. Con fundamento en las normas invocadas, el demandante expresa:

Las pretensiones de esta demanda apuntan exclusivamente al restablecimiento del equilibrio económico del contrato estatal de obra pública N° 017 - 2004, mediante el reconocimiento y pago al contratista, por parte de la entidad pública contratante, de la totalidad de las sumas correspondientes al pago integral de los sobrecostos y perjuicios en que este ha incurrido por cuenta de la actuación desplegada por el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE —IDRD—, en la celebración, ejecución y liquidación del referido contrato.

Por último, debemos afirmar que de omitirse el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato de obra pública N° 017 - 2004, se constituiría a favor del INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE —IDRD—, un claro enriquecimiento sin causa legal o contractual que lo justifique, hecho que a todas luces repugna con la noción de interés público, cuya realización constituye el eje principal y móvil definitivo en la celebración de los contratos estatales.

En cuanto al monto de los perjuicios que reclama la convocante, en el escrito de reforma de la demanda, bajo el título REFORMA DEL ACÁPITE N° 6 - VALORACIÓN DE LOS SOBRECOSTOS Y PERJUICIOS SUFRIDOS POR EL CONTRATISTA, se hace una valoración que la demandante considera mínima, pues ha sido establecida para cumplir con los requisitos para la presentación de la demanda. Como consecuencia de ello, manifiesta: "Naturalmente, los valores que se comprueben a lo largo del proceso, por concepto de sobrecostos, daños y/o perjuicios que deban ser pagados a los miembros del consorcio que convocan el Tribunal, deberán ser ajustados monetariamente e incrementados con los intereses que se causen hasta la fecha del laudo" (folios 2 y 3 de la reforma de la demanda).

Para calcular la cuantía de sus pretensiones, según se lee en el punto 3 del escrito de reforma parcial de la demanda, la actora tuvo en cuenta los siguientes factores:

- Daño emergente por mayor consumo de concreto en la actividad de pilotaje, lo que, según el cuadro de resumen que obra a folio 7 del escrito de reforma de la demanda, se valora en \$ 346'528.477,91

Para el cálculo de este valor tuvo en cuenta, inicialmente, el volumen teórico de concreto según la oferta, en m<sup>3</sup> (3.093,88); el volumen teórico, sumado al 20% de expansión según tipo de suelo y análisis posterior en m<sup>3</sup> (3.712,66); el volumen real vaciado de concreto en m<sup>3</sup> (4.459,88) y, el porcentaje de expansión real (44,15%) Al mayor volumen de concreto le aplica el valor contractual por m<sup>3</sup> de concreto y al resultado el 15% del A.I.U. asociado a la actividad. Posteriormente, el resultado fue actualizado con el IPC desde la época de presentación de la propuesta a noviembre de 2007. Sobre la cantidad así calculada, solicita que, de acuerdo con el inciso 2° del numeral 8° del artículo 4° de la ley 80 de 1993, se le aplique el interés correspondiente al 12%, a partir de fecha de liquidación del contrato.

- Daño emergente por actividad de encamisado, según reclamación del 26 de agosto de 2004, lo que, según el cuadro de resumen que obra a folio 7 del escrito de reforma de la demanda, se valora en \$

106'374.274,52

Para el cálculo de este valor tuvo en cuenta la cantidad de pilotes encamisados (140), la cantidad de encamisado (1.098,80 m), el valor unitario de pilotes lámina galvanizada calibre 24 m (\$ 58.316), para lograr un subtotal por valor de encamisado de pilotes (\$ 64.077.620,80), al cual adicionó el 15% de A.I.U. asociado a la actividad. Posteriormente, el resultado fue actualizado con el IPC desde la época de presentación de la propuesta a noviembre de 2007. Sobre la cantidad así calculada, solicita que de acuerdo con el inciso 2º del numeral 8º del artículo 4º de la ley 80 de 1993 se le aplique el interés correspondiente al 12%, fecha de liquidación del contrato.

- Daño emergente: sobrecostos administrativos no amortizados dentro del plazo y/o doblemente causados con ocasión de la suscripción de las prórrogas, lo que, según el cuadro de resumen que obra a folio 7 del escrito de reforma de la demanda se valora en \$ 93'286.013,81, para la adición número 2 y en \$ 1'672.081.159,43 para lo que concierne al plazo inicial.

En relación con las cantidades así expresadas la reforma de la demanda explica que ellas corresponden a costos fijos (administrativos), "no compensados, que se refieren a la maquinaria, equipos, mano de obra y organización cuyos costos, o bien (i) no fueron amortizados durante el plazo corrido del contrato a corte del 5 de noviembre de 2004, fecha de suscripción del Otrosí N° 1, no obstante estar afectados a la obra con bajos rendimientos, o bien (ii) por el doble pago que tuvieron causación (sic) por los mismos conceptos como consecuencia de las prórrogas suscritas por las partes, y respecto de las cuales no operó renuncia alguna del CONSORCIO CONTRATISTA".

Con respecto a los costos no amortizados a que se refiere el numeral (i), se lee en el escrito de reforma de la demanda (folio 5):

En efecto, en relación con el primer período de los anteriormente distinguidos, cuando el contratista no logra ejecutar la obra programada dentro del plazo previsto, no puede tampoco facturar el precio que le permitiría amortizar debidamente sus costos fijos durante ese lapso y, precisamente, esos costos fijos que no logra amortizar, representan un perjuicio, porque ha tenido su organización, equipo y mano de obra afectados a la ejecución del contrato sin poder cobrar la totalidad de su costo. Además de ello es claro que tendrá que seguirlos pagando por el plazo adicional del contrato hasta la culminación de su objeto, claro que, para tal caso, el corte de actividades ejecutadas pagará el valor de los recursos invertidos en obra.

El hecho de haber tenido la organización empresarial dedicada a la ejecución del contrato, con capacidad y recursos para haber ejecutado la totalidad de la obra programada; y el hecho de no haber podido ejecutar sino una parte de dicha obra durante el plazo inicialmente convenido (8 meses), representó para el contratista el no poder amortizar el total de los costos fijos en los que incurrió durante ese tiempo, esto es, equipos y mano de obra cuantificados sobre tales recursos.

Para el cálculo de los sobrecostos a que se refiere este primer sub factor del factor en análisis, se empleó la metodología que se transcribe a continuación (folios 5 y 6 de la demanda reformada):

- Se establece a qué porcentaje del precios del contrato corresponde ese valor total de costos fijos del contrato y, para ello, se aplica una regla de 3 simple, de la que se obtiene que los costos fijos corresponden al X% del precio total del contrato.

- Seguidamente se determina cuál fue el valor total facturado por el CONSORCIO durante los primeros ocho (8) meses del plazo contractual en los cuales estaba previsto terminar los trabajos, de donde resulta el valor que se había logrado facturar.

- Al valor total del contrato y proporción de costos fijos correlativa, se le resta la proporción de costos fijos del valor facturado hasta el cinco (5) de noviembre de 2004, de donde resulta la diferencia que el Consorcio no logró facturar durante los primeros ocho (8) meses del contrato, a pesar de haber tenido todos sus recursos afectados a la ejecución de la obra.

- Se determina qué parte de esa diferencia corresponde a los costos fijos (equipo y mano de obra) que el Consorcio no amortizó pero sí sufragó durante esos siete (7) meses correspondientes al plazo inicial, hasta la suscripción del Otrosí N° 1, que prorrogó el plazo inicial del contrato, único acto respecto del cual se predica la renuncia.

Con respecto al doble pago al que se refiere el sub factor (ii) de este factor, se lee en la reforma de la demanda (folios 6 y 7):

En relación con el segundo período en que el CONSORCIO CONTRATISTA hubo de sufrir sobrecostos, daños y/o perjuicios que se derivan del mayor tiempo o plazo necesario para la ejecución de las mismas obras objeto del contrato o de las obras adicionales, resultando de este concepto la necesidad del reconocimiento de los costos indirectos que compensan el mayor tiempo que debemos permanecer ejecutando el objeto del contrato. En efecto, alude este concepto al reconocimiento de los costos indirectos adicionales calculados sobre el valor del contrato inicial por el plazo que fue necesario adicionar para ejecutar el objeto del contrato. Vale decir, si el plazo para la ejecución de las actividades fue afectado por causas no imputables al Consorcio lo que le impidió ejecutar las obras objeto del contrato en el tiempo programado, el mayor plazo, esto es, el plazo restablecido para ejecutar las actividades le generan mayores costos administrativos que deben ser compensados íntegramente con el reconocimiento de los costos indirectos por el tiempo adicional. Este mayor plazo fue estimado por las partes en seis punto cinco (6.5) meses de los cuales tres punto cinco (3.5) fueron objeto de renuncia por parte del contratista en el documento correspondiente.

Así las cosas, por esta vía, el CONTRATISTA sólo reclama los sobrecostos, daños y/o perjuicios causados con relación a la segunda adición del plazo del contrato, en lo que corresponda a aquel porcentaje del plazo que fue necesario adicionar para ejecutar la obra contractual y no aquella proporción del plazo que corresponda a la obra adicional o nueva.

Los costos así calculados fueron actualizados con el IPC desde la época de la suscripción del adicional N° 2 (diciembre de 2004) a noviembre de 2007. Sobre la cantidad así calculada, solicita que de acuerdo con el inciso 2° del numeral 8° del artículo 4° de la ley 80 de 1993 se le aplique el interés correspondiente al 12%, fecha de liquidación del contrato.

## **2.2. LOS HECHOS DE LA DEMANDA.**

La demandante expone los hechos que se resumen en este capítulo del laudo, así:

**2.2.1.** Luego de describir el objeto general del contrato de obra pública 017 de 2004 (“construcción de cuatro piscinas: olímpica, clavados, entrenamiento y niños, junto con sus zonas anexas...”), explica el demandante que para cumplir con las obras a su cargo el contratista debía desarrollar ciertas actividades que comprendían excavación, cimentación con pilotaje, construcción de instalaciones hidráulicas, sanitarias, eléctricas y acabados. Para estos fines debía basarse en la información que había recibido del IDRД durante el proceso licitatorio. En este contexto resalta varios apartes del Pliego de Condiciones en el capítulo denominado ESPECIFICACIONES GENERALES PROYECTO: COMPLEJO ACUÁTICO SIMÓN BOLÍVAR.

**2.2.2.** Destaca igualmente el demandante varios hitos del proceso licitatorio que dio lugar a la celebración del contrato de obra pública 017 de 2004: (a) la orden de apertura de la licitación pública internacional número 040 de 2003, por medio de la resolución 738 de 20 de diciembre de 2003, aclarada por resolución 029 de 14 de enero de 2004; (b) la apertura del proceso licitatorio el 2 de febrero de 2004; (c) la realización, el 4 de febrero de 2004, de la audiencia de aclaraciones al pliego definitivo, como consecuencia de la cual el IDRД expidió los adendos números 1, 2 y 3; (d) el cierre de la licitación, el 23 de febrero de 2004, junto con el acto de apertura de las propuestas que habían sido presentadas, entre otros proponentes, por el CONSORCIO COMPLEJO METROPOLITANO; (e) la adjudicación de la licitación al CONSORCIO COMPLEJO METROPOLITANO, el 10 de marzo de 2004,

según consta en la resolución 135 de la misma fecha, y (f) la suscripción del contrato de obra pública 017, el 25 de marzo de 2004, por un valor de CATORCE MIL CIENTO CUARENTA Y NUEVE MILLONES CUARENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$ 14.149'047.981,00) y un plazo para la ejecución de las obras, de ocho (8) meses a partir de la suscripción del acta de iniciación, hecho que tuvo lugar el 2 de abril de 2004.

**2.2.3.** En relación con la ejecución del contrato el demandante analiza diversos documentos que, en su opinión, resultaban vinculantes para el CONSORCIO en relación con las especificaciones de la obra y que habían incidido en los cálculos de su oferta económica y en la programación de la obra, así: (a) destaca varios apartes del estudio de suelos que realizara la firma ALFONSO URIBE Y CIA. (ESTUDIO DE SUELOS Y ANÁLISIS DE CIMENTACIONES COMPLEJO ACUÁTICO SIMÓN BOLIVAR AVENIDA 63 CON CARRERA 50-AUS-2379-ARIAS SERNA Y SARAVIA S.A. - Diciembre de 2003); (b) el documento denominado ESPECIFICACIONES GENERALES PROYECTO: COMPLEJO ACUÁTICO SIMÓN BOLÍVAR, (c) el Anexo B del pliego denominado RECOMENDACIONES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE PILOTES PREEXCAVADOS Y FUNDIDOS IN SITU.

**2.2.4.** Igualmente, la demandante hace referencia al documento que, bajo el título MEDIOS Y MÉTODOS DE EJECUCIÓN DE LAS ACTIVIDADES DEL PROYECTO, elaboró el Consorcio para mostrar el procedimiento que habría de aplicar para dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales, todo ello de conformidad con lo prescrito en el pliego de condiciones y en concordancia con “los presupuestos de hecho puestos en su conocimiento mediante la información que hacía parte del pliego de condiciones publicado por el IDR” (folio 16 de la demanda). Además, en este documento el Consorcio incluyó el recuento pormenorizado de las actividades que comprendía la construcción “específicamente en el tema de la cimentación profunda”. De los aspectos relativos a esta última, se menciona, en la cita número 5 de pie de página de la demanda:

El encamisado, que como actividad prevista en la metodología constructiva indicaba el pliego de condiciones, la misma que fue acogida por el entonces Proponente se trataba de un elemento que se utiliza algunas veces para evitar el contacto entre la armadura de acero que se introduce en el hueco del pilote y las paredes de la perforación (la armadura de [sic] introduce en la bentonita antes de iniciar el vaciado del concreto que se inicia en el fondo del pilote) esa camisa se retira a medida que el pilote se va conformando.

**2.2.5.** En relación con el documento denominado MEDIOS Y MÉTODOS DE EJECUCIÓN DE LAS ACTIVIDADES DEL PROYECTO, el Consorcio transcribe las distintas etapas que comprendía la cimentación profunda (folio 15 de la demanda). También destaca la demanda la importancia de la construcción del primer pilote para determinar hacia el futuro el consumo de concreto de los siguientes, cuando el perfil estratigráfico del lote fuera homogéneo.

**2.2.6.** El proceso constructivo a que se refieren los numerales 2.2.4 y 2.2.5 de este aparte del laudo, según lo expresa la demanda, fue aprobado por la Interventoría en reunión del Comité de Obra del 7 de abril de 2004 (acta 03) pero en la medida en que fueron avanzando los trabajos, hubo de ser modificado “en atención a que los estudios previos sobre los cuales el Instituto estructuró el proyecto acuático resultaron insuficientes en tanto que no pusieron de presente la existencia de condiciones subterráneas con la potencialidad suficiente para modificar sustancialmente las proyecciones y expectativas del contratista al tiempo de prestar la oferta”.

**2.2.7.** El mismo 2 de junio de 2004 el Consorcio remitió una comunicación al IDR donde reiteró las circunstancias que se habían presentado durante la construcción del pilotaje en la zona crítica y expresó que ellas podían generar sobrecostos y estaban afectando el programa de obra aprobado con posibles sobrecostos por mayor permanencia en la obra, todo lo cual tendría impacto en el equilibrio económico del contrato.

**2.2.8.** El avance en la construcción de pilotes, mientras se definía la solución técnica que requería la situación descrita, estuvo rodeado de dificultades relacionadas con altos desperdicios de concreto y con



la urgencia de recibir las soluciones técnicas que debían entregar los diseñadores, lo cual quedó plasmado en las comunicaciones OB-CCM-268-04 de 3 de junio de 2004 y OB-CCM-274 de 4 de junio de 2004.

**2.2.9.** Igualmente, la demandante expresa que el 7 de junio de 2004 “acusó recibo” de los planos que indicaban la reubicación de pilotes sobre el eje K (oficio OB-CCM-294-04) y que en la misma fecha dejó una nota en el libro de obra en relación con distintas recomendaciones sobre los pilotes correspondientes a los ejes K, L y J. También hace referencia la demanda a la manifestación del contratista en el comité de obra de 9 de junio de 2004, relativa a la dificultad que le significaba desplazar las máquinas de un lado a otro sin ningún orden y a la aclaración del IDR en el sentido de estar cumpliendo con el compromiso de terminar las entregas de las soluciones a los problemas de pilotaje en el curso de esa semana. En el mismo comité de obra, según afirma la demanda, se dejó constancia del atraso de 23 días “marcados por el descabece de pilotes en la zona de graderías y la estructura metálica básicamente” y se expresó que se habían fundido 33 pilotes de 45 programados, para concluir “El pilotaje en olímpica muestra un atraso de 37 días y 13 días en la cimentación. Se debe avanzar en esa zona porque ya hay espacio. El Contratista dice que se debe esperar el rediseño y el IDR informa que para el viernes en la tarde ya se debe tener”. Finalmente, el 9 de junio de 2004 (comunicación OB-CCM-306-04) el Consorcio solicitó agilizar el rediseño de 62 que afectaban las tres piscinas del proyecto y el 10 del mismo mes dejó constancia (comunicación OB-CMM-328-04) del atraso en la actividad de cimentación y la falta de diseño para 41 pilotes.

**2.2.10.** Ahora bien, según la demandante, la reubicación de los pilotes no solucionó el problema de sobre volúmenes en varios puntos de los ejes K y J-I, donde estos alcanzaron hasta el 106,54 (comunicaciones OB-CCM-398-04; OB-CCM-425-04; OB-CCM-537-04). Esta situación fue atribuida por el IDR, según la demandante, “... al proceso constructivo que desarrolló el Contratista al no utilizar camisas, indicando que en el análisis del encamisado de algunos pilotes se demostró que ese procedimiento aminoraba la expansión” a lo cual respondió el Consorcio) (comunicaciones de 18 de junio y 4 de agosto de 2004] manifestando que para la construcción de pilotes se había ceñido a las recomendaciones técnicas del estudio de suelos, que no incluía la utilización de encamisado. En este punto, recuerda el demandante que el estudio de suelos “constituía el documento idóneo y adecuado para determinar el alcance de la actividad del pilotaje para efectos de la cimentación de la estructura”, por lo cual no podría afirmarse “que el denominado ANEXO A - ESTRUCTURA” en su aparte ‘CAPÍTULO 19 - CONSTRUCCIÓN DE PILOTES’ podía determinar un procedimiento distinto, pues esa información, en modo alguno y por su generalidad, tenía el alcance de modificar las reglas que había fijado el especialista de suelos respecto de la actividad de pilotaje” (página 26 de la demanda). A ello agrega la demandante en la nota 7 de su demanda inicial, que la actividad de pilotaje a la que se refiere este anexo A, concordante con la metodología constructiva propuesta por la demandante, era diferente de la que “en forma experimental impuso la Entidad al contratista para efectos de atacar el problema de los mayores consumos de concreto” y que luego “estaría prohibida por las recomendaciones de los expertos suelistas que participaron en el desarrollo del proyecto, quienes dictaminaron su inconveniencia por cuanto se compromete la adhesión y capacidad portante del pilote”.

**2.2.11.** En efecto, narra la demanda que el 15 de junio de 2004 el Consorcio recibió el estudio de suelos que había solicitado a ESPINOSA & RESTREPO Y CIA. LTDA., donde: (a) se resaltó la circunstancia de que en algunos pilotes se habían presentado expansiones de más del 200%; (b) se estableció la prioridad del estudio del Ing. Alfonso Uribe frente al artículo INV 621, cuyas normas se consideran en algunos casos obsoletas; (c) a partir del estudio del Ing. Alfonso Uribe y de sus memorias de cálculo se concluye que la utilización de la camisa total para la fundida de los pilotes comprometía la adhesión del pilote y su capacidad portante y (d) se destaca la presencia de tuberías subterráneas en la zona crítica como la causante de las sobre expansiones de concreto.

**2.1.12.** El mismo 15 de junio de 2004, el ingeniero Alfonso Uribe Sardiña presentó a ARIAS, SERNA Y SARAVIA S.A., un informe con la revisión de la expansión de los pilotes. De este documento destaca algunos apartes que, en síntesis, expresan: (a) En el suelo de Bogotá, correspondiente a depósitos

lacustres, una expansión del 15% y 20% puede considerarse normal, sin tener en cuenta factores adicionales como los relacionados con “el proceso constructivo, la verticalidad en excavación de las máquinas, el giro del balde sobre el eje, los tiempos de excavación y fundida y la dosificación de la mezcla estabilizadora bien sea bentonita o polímero” (cita obrante e folio 28 de la demanda); (b) “... en la zona de la piscina y donde se detectaron los mayores espesores de los rellenos se presentó dificultad en poder atravesar los materiales existentes, ya que se encontraron restos de demolición que obligaban a la utilización de trépano y otras herramientas para lograr el avance. En los primeros pilotes construidos en esta zona se obtuvieron expansiones hasta del 254%, por lo tanto se solicitó encamisar las excavaciones de los pilotes en el sector para tratar de reducir las expansiones” (cita obrante e folio 29 de la demanda); (c) en relación con rellenos de espesores mayores a 5 ó 6 m el ingeniero Uribe manifiesta que se había considerado emplear “el encamisado metálico perdido, pero en otras zonas y como se muestra en los resultados de expansión no se obtuvieron mayores ventajas” (cita obrante a folio 29 de la demanda. El texto subrayado aparece así en la demanda), y (c) en relación con la tubería que se encontró durante la instalación de pilotes, se lee:

Durante el desarrollo de la obra, al excavar uno de los pilotes, se encontraron conductores de agua que obligaron a desplazar algunos de los pilotes y que no representan ningún problema para el proyecto y como fue expresado en una comunicación anterior **al existir esta tuberías (sic) lógicamente durante su instalación se realizaron excavaciones profundas que como se ha podido comprobar en el sitio fueron rellenas en materiales sin ningún tipo de control en cuanto a su calidad y compactación y que se han traducido en expansiones mayores**” (Cita obrante a folio 29 de la demanda, donde aparecen los textos destacados tal como se han transcrito).

**2.2.13.** A partir de los documentos mencionados, el demandante recapitula sobre los índices de expansión que debía asumir el consorcio contratista durante la ejecución del contrato para concluir “Conforme a lo dicho anteriormente el rango mínimo de expansión o de pérdida de concreto estaría situado en un piso equivalente al 9% y un techo correspondiente al 20%. Ese era el techo que debía enfrentar el Contratista y asumirlo como riesgo propio dentro del desarrollo del contrato” (folio 32 de la demanda), teniendo en consideración que: (a) en el anexo A del pliego de condiciones se señaló como margen de expansión el 9% y (b) el análisis del ingeniero de suelos mostraba que en el terreno en el cual se ejecutaría la obra podría generar expansiones que oscilarían entre el 15% y el 20%. No obstante, destaca el demandante que esta última referencia porcentual no había sido informada en los pliegos de condiciones y que, de haberlo hecho, “el presupuesto oficial nunca hubiera sido suficiente para cubrir el costo de la actividad de pilotaje” (folio 32 de la demanda).

**2.2.14.** Las circunstancias expuestas en los hechos anteriores dieron lugar a una primera reclamación que el Contratista presentó al IDRD el 26 de agosto de 2004 (comunicación CCMOB-072/2004), la cual se refirió a: (a) mayor cantidad de obra por mayores volúmenes de concreto durante la construcción de los pilotes, y (b) actividad de encamisado, todo lo cual arrojó unas pretensiones económicas, relacionadas con sobrecostos, por cuantía de cuatrocientos dieciocho millones cien mil novecientos sesenta pesos M/Cte. (\$ 418'100.960) “a precios de agosto de 2004” (folio 34 de la demanda). Según se lee en el hecho 5.3.6.4 de la demanda, esta primera reclamación no generó ningún pronunciamiento por parte de la entidad contratante.

**2.2.15.** A la reclamación de 26 de agosto de 2004, siguió una segunda, el 13 de octubre de 2005 (comunicación SICDG-0179/05), a través de la cual el contratista alegó el desequilibrio contractual “... representado por el concepto de la mayor permanencia en obra que hubo de sufrir a propósito de los imprevistos técnicos que había tenido que afrontar en desarrollo del contrato” (folio 34 de la demanda). Según la demanda, los perjuicios que había sufrido el Consorcio “... estarían representados en los costos indirectos no compensados” (folio 34 de la demanda) por el otrosí número 1 ni por el otrosí número 2, que aumentaron el valor del contrato en seis mil millones de pesos, destinados a pagar obra nueva y extra y prorrogado el plazo contractual en 6.5 meses. De este término adicional, tres meses quedaron “descubiertos en el pago de la compensación de los sobrecostos que por mayor permanencia

en obra hubo de sufrir el contratista” (folio 34 de la demanda), lo que llevó a cuantificar este desequilibrio, según se lee en la transcripción que hace el demandante del texto de la reclamación, en la suma de cuatrocientos setenta y nueve millones cuatrocientos noventa y ocho mil setecientos noventa pesos M/Cte. (\$ 479'498.790).

**2.2.16.** En relación con el OTROSÍ, ADICIÓN y PRÓRROGA N° 1, la actora expresa que fue suscrito el 5 de noviembre de 2004 y que sus cláusulas se orientaron a: (a) aumentar el precio del contrato a precios unitarios para pagar obra extra o nueva no contemplada inicialmente, por valor de mil cuatrocientos treinta y dos millones ochocientos sesenta y cinco mil cuatrocientos cuarenta y cinco pesos M/cte. (\$ 1.432'865.445); (b) prorrogar el plazo inicial en 3.5 meses, “tiempo adicional con el cual se cubriría el desfase en la programación que se había ocasionado por causas no imputables al contratista a manera de una compensación del tiempo perdido y, de la misma (sic) lo que constituía el otorgamiento del plazo adicional para efectos de ejecutar obra nueva o extra”(folios 36 y 37 de la demanda); (c) excluir del objeto inicial del contrato la construcción de la piscina de clavados; (d) incluir una cláusula en virtud de la cual “El Contratista acepta que sobre las presentes modificaciones contractuales no realizará reclamaciones por haber sido objeto de reconocimiento y acuerdo entre las partes” (folio 37 de la demanda).

**2.2.17.** El 9 de diciembre de 2004, con el único fin de restablecer el equilibrio económico del contrato roto por el aumento en los precios del acero a partir de noviembre de 2003, el IDRD y el consorcio suscribieron un acta de acuerdo en virtud de la cual el primero reconoció al segundo la suma de ochocientos trece millones cuatrocientos noventa y tres mil ocho cientos sesenta y cinco pesos M/cte. (\$ 813.493.865). En esta acta, según se lee en los folios 44 y 45 de la demanda, el consorcio renunció a presentar reclamaciones posteriores, renuncia que circunscribió al objeto preciso del acuerdo en ella consignado.

**2.2.18.** El 27 de diciembre de 2004 el IDRD y el consorcio suscribieron el contrato adicional número 2 cuyo objeto fue adicionar el valor del contrato en cuatro mil quinientos cuarenta y nueve millones de pesos (\$ 4.549'000.000) con el fin de construir la piscina de clavados y otras obras adicionales. Para ello se pactó una prórroga de tres (3) meses al plazo contractual y, “dado que se entraba en una nueva vigencia fiscal, las partes acordaron la aplicación de un mecanismo de actualización de los precios de la obra contractual, la que aún, para aquel entonces restaba por ejecutar, dado el rezago en el tiempo que se traía desde el plazo inicial del contrato por cuenta de las vicisitudes técnicas padecidas durante la etapa de cimentación” (folio 39 de la demanda). Como consecuencia de la prórroga pactada, “Para aquel entonces, surtida la nueva adición en el plazo, sumábamos seis punto cinco (6.5) meses más al plazo inicial del contrato por causa de la necesidad de compensar y restablecer el plazo perdido durante la etapa de cimentación, por los problemas de expansión del volumen de concreto y la obra extra o nueva con la cual había sido adicionado el objeto del contrato” (folio 39 de la demanda).

**2.2.19.** En vísperas del vencimiento del plazo contractual, motivadas por los retrasos que había sufrido el avance de algunas actividades por “imprevistos tales como un exagerado régimen de lluvias que ocurrió sobre el remate de las obras externas” (folio 40 de la demanda), el 15 de junio de 2005 las partes suscribieron el otrosí número 2, destinado a sustraer de la entrega para la época de recibo final de la obra las actividades que venían rezagadas.

**2.2.20.** Finalmente, los hechos de la demanda se extienden sobre el contenido y las circunstancias que rodearon la liquidación del contrato (acta suscrita el 22 de diciembre de 2005), las objeciones que formuló el Consorcio al acta de liquidación y la respuesta que la entidad contratante dio a estas objeciones (comunicación de 21 de diciembre de 2005). Los motivos de inconformidad que expresó el consorcio contratista se estructuraron sobre el argumento de que el acta de liquidación no consideró el restablecimiento del equilibrio contractual que había sido objeto de reclamaciones en agosto de 2004 y en octubre de 2005; la respuesta del IDRD se centró en argumentos que pueden sintetizarse en que: (a) los acuerdos de voluntades plasmados en el contrato adicional número 2 y el otrosí número 1 y el otrosí número 2, así como en el acta de restablecimiento del equilibrio económico de 9 de diciembre de

2004 habían restablecido la ecuación económica del contrato en términos tales que el contratista había, expresamente, renunciado a futuras reclamaciones; (b) en cuanto al mayor volumen de concreto, el contratista había debido contemplar una expansión del 20% y no del 9%, porque así se desprendía del estudio de suelos y los porcentajes de excedentes se debían considerar comprendidos dentro del margen de imprevistos que formaba parte del AIU de cada precio unitario.

## **2.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES.**

### **2.3.1. Postura de la demandada frente a las pretensiones de la demanda.**

El convocado se opuso expresamente a todas las pretensiones de la demanda y al efecto formuló las siguientes excepciones de mérito, las cuales serán objeto de análisis detallado en otro aparte de este documento: (1) carencia de acción: porque las pretensiones exceden la salvedad consignada en el acta de liquidación del contrato; (2) renuncia al derecho reclamado con la acción propuesta; (3) inexistencia de la teoría de la imprevisión, y (4) cualquier hecho que resulte probado en el proceso, del cual se derive que no nació o no se formó el derecho u obligación que la parte demandante pretende, o que si nació o se formó ya se extinguió. Adicionalmente, bajo el título CUESTIÓN PRELIMINAR: ¿QUÉ SE DEBATE?, resalta lo expuesto en la demanda en el punto 3.3., en el sentido de que las pretensiones “apuntan exclusivamente al restablecimiento del equilibrio económico del contrato estatal de obra pública N° 017 - 2004” y expresa que esta manifestación deberá apreciarse “con sujeción a lo que quedo (sic) consignado en la salvedad al Acta de Liquidación del Contrato, de conformidad con lo que sobre esta materia ha definido la jurisprudencia contencioso administrativa y arbitral” (folio 2 del escrito de contestación de la demanda).

Como razón de su oposición a la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, la demandada hizo la siguiente manifestación (folios 2 y 3 del escrito de contestación de la demanda) que, luego, reiteró en el escrito de contestación a la reforma de la demanda (folio 1 del escrito de contestación a la reforma de la demanda):

Por su parte, el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE —IDRD— afirma que no debe prosperar la pretensión de restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato N° 017 de 2004, que se formula en la demanda, pues respecto de lo que se pretende no se dieron los hechos y las condiciones que la ley, la jurisprudencia y la doctrina establecen para que nazca el derecho al restablecimiento del equilibrio económico contractual, y porque de todas maneras el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE - IDRD, mediante el otrosí, adición y prórroga N° 1, el acta de acuerdo mediante la cual se restablece el equilibrio económico del contrato de obra pública N° 017 de 2004, el contrato adicional N° 2 y prórroga al contrato N° 017 de 2004 y el otrosí N° 2 al contrato N° 017 de 2004, oportunamente adoptó medidas con las cuales quedó restablecido cualquier desequilibrio económico que pudiera afectar al contratista CONSORCIO METROPOLITANO, conformado por las sociedades aquí demandantes...

En cuanto a las pretensiones que persiguen la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte de la entidad estatal, en el escrito de contestación a la reforma de la demanda el IDRD no sólo niega haber incumplido el contrato N° 017 de 2004, sino que recalca que al suscribir el ACTA DE LIQUIDACIÓN POR MUTUO ACUERDO, el 22 de diciembre de 2005, el representante legal del CONSORCIO COMPLEJO METROPOLITANO **solo** hizo la salvedad que se cita en el folio 2 del escrito de contestación a la reforma de la demanda en los siguientes términos:

EL CONSORCIO COMPLEJO METROPOLITANO SUSCRIBE LA PRESENTA (sic) ACTA DE LIQUIDACIÓN HACIENDO LA SALVEDAD DE QUE SE RESERVA EL DERECHO DE RECLAMAR JUDICIAL Y/O EXTRAJUDICIALMENTE EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DEL VALOR DE LAS SOLICITUDES DE RECONOCIMIENTO POR MAYOR CANTIDAD DE OBRA POR EL PILOTAJE SEGÚN OFICIO CCMOB-072/2004 DEL 26 DE AGOSTO DE 2004, QUE CONSTA DE 56 FOLIOS Y SUS ANEXOS (INFORME E&R 30 FOLIOS, GRÁFICAS 1, 2, 3 SON 3

FOLIOS Y CUADRO SON 7 FOLIOS) Y POR EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO FINANCIERO POR MAYOR PERMANENCIA SEGÚN OFICIO SICDG-0179/05 DEL 13 DE OCTUBRE DE 2005 QUE CONSTA DE 15 FOLIOS.

Adicionalmente, como razón para oponerse a la declaratoria de incumplimiento del contrato, en la contestación a la reforma de la demanda se hace énfasis en que en el acta de liquidación del contrato el Consorcio suscribió una declaración de paz y salvo que tuvo como razón de ser la consideración de que el objeto del contrato y las obligaciones de las partes se habían cumplido satisfactoriamente. Quedaron por fuera de esta declaración las obligaciones que tuviera que cumplir el contratista luego del plazo contractual (folios 2 y 3 del escrito de contestación a la reforma de la demanda).

### **2.3.2. Pronunciamiento sobre los hechos de la demanda.**

En su contestación a la demanda el IDRDR se pronunció sobre los hechos expuestos, aceptando unos, negando otros y presentando en la mayoría de los casos explicaciones y precisiones.

2.3.2.1. De los hechos que tienen que ver con la parte previa a la suscripción del contrato 017 de 2004, aceptó como ciertos los que hacen referencia a las resoluciones de apertura y aclaración de la licitación pública internacional 040 de 14 de enero de 2003; a la realización por el IDRDR de los estudios de conveniencia, y la contratación de la consultoría para los estudios técnicos y la contratación de la supervisión arquitectónica de la construcción del Complejo Acuático, con sujeción a lo que dicen estos documentos; la publicación en la página web de los pliegos de condiciones, la realización de la audiencia de aclaraciones al pliego definitivo y la expedición de los adendos 1, 2, y 3; la fecha del cierre de la licitación y el acto de apertura de las propuestas y la recomendación, por el Comité de Contratación del Instituto al ordenador del gasto, de la adjudicación de la licitación 040 de 2003 al Consorcio Complejo Metropolitano.

Aceptó que el Consorcio Complejo Metropolitano hubiese presentado propuesta en la licitación 040 de 2003, pero negó o no admitió la afirmación de que esta propuesta se ajustara a los requerimientos exigidos en el pliego, por cuanto el entonces proponente no incluyó el presupuesto del encamisado o revestimiento metálico de los pilotes y adoptó un porcentaje de expansión del 9%, previsto en los documentos de la licitación para pilotes de tornillo y no para pilotes in situ por el sistema de balas.

Aclaró lo concerniente a los estudios que contrató el IDRDR previamente a la apertura de la licitación 040 de 2003, haciendo énfasis en que la convocante conoció, durante el proceso licitatorio, los documentos que resultaron de esos contratos, entre los cuales se encontraba el “Estudio de Suelo y Análisis de Cimentaciones del Complejo Acuático Simón Bolívar”, cuyo anexo A fue adjuntado a la demanda.

En relación con la afirmación que hace el demandante sobre las observaciones de los proponentes que se resolvieron en audiencia del 10 de marzo de 2004, admite el hecho de la audiencia pero afirma que se atiene al contenido del acta respectiva.

2.3.2.2. De los hechos que conciernen a la celebración del contrato y al proyecto en sí mismo, el demandado admite su suscripción, pero glosa el alcance de la meta física del mismo y hace aclaraciones sobre su valor. Asimismo, hace aclaraciones en relación con los documentos a los cuales debía ajustarse la ejecución del contrato.

En relación con el objeto del contrato, la contestación de la demanda trae a colación, además del contrato original, el otrosí —adición— prórroga número 1, el acta de acuerdo de restablecimiento del equilibrio económico, el contrato adicional y prórroga número 2, el otrosí 2 “y demás documentos que describen obras del complejo acuático y las que fueron encomendadas al contratista, en los documentos antes citados”.

En cuanto a la información que debía servir de pauta para la ejecución del objeto del contrato, la contestación de la demanda remite a todos los documentos que formaban parte integrante del mismo.

Respecto al valor del contrato, el demandado expresa que el señalado por la convocante corresponde al que contenía el contrato original, que fue modificado por el otrosí-adición-prórroga número uno, que incrementó el valor del contrato, lo mismo que el del anticipo. Asimismo, hace referencia al acta de acuerdo que restableció el equilibrio económico del contrato (9 de diciembre de 2004) y al contrato adicional y prórroga número 2 que reiteró el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste, adicionó el valor del contrato en \$ 4.549'000.000,00 y prorrogó el plazo pactado en 3 meses.

2.3.2.3. A propósito de los hechos que se relacionan con el desarrollo y ejecución del contrato, admite que el estudio de suelos que realizó la firma Alfonso Uribe y Cía. "señalaba aspectos relacionados con las características del proyecto, topografía y niveles, exploración subsolar y ensayos de laboratorio, subsuelo y cimentación", como lo expresa la demanda en el capítulo de hechos, pero manifiesta que se atiene al texto íntegro del documento elaborado por esa compañía. No obstante, a partir de las transcripciones del estudio que contiene la demanda, la convocada concluye que ellas "demuestran que el contratista CONSORCIO COMPLEJO METROPOLITANO sabía cómo era el perfil estratigráfico del suelo y subsuelo donde tenía que ejecutar el objeto del contrato N° 017-2004 celebrado" (folio 7 del escrito de contestación de la demanda). En este contexto, además, se destaca la existencia de anexos al estudio de suelos, de los cuales transcribe apartes del capítulo 19 del Anexo A (ESPECIFICACIONES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE ESTRUCTURAS DE CONCRETO REFORZADO) y, en lo que concierne a la construcción y presupuesto de pilotes fundidos, el Anexo B, a los que la demandada asigna un valor vinculante que, en su opinión, desconoció el contratista cuando, al elaborar su presupuesto, omitió el valor del revestimiento metálico completo que ha debido tener en cuenta de conformidad con los anexos del estudio de suelos.

También admite la demanda que una de las primeras actividades que el Consorcio debía ejecutar era la del pilotaje y que para estos efectos debía tener en cuenta el estudio de suelos de Alfonso Uribe y Cía., así como los anexos A, B, C, y D. No obstante, en relación con esos hechos manifiesta que la que obra en la demanda es una formulación parcial de las obligaciones y de los documentos a los cuales debía ajustarse la ejecución del contrato 017 de 2004.

Se admite también en la contestación de la demanda la obligatoriedad que el convocante reconoció a las recomendaciones técnicas del estudio de suelos y aclara que a partir de la formulación del hecho 5.3.2.3. de la demanda se desprende que:

... el mismo Contratista CONSORCIO COMPLEJO METROPOLITANO, conformado por experimentados profesionales de la Ingeniería, sabía de las condiciones difíciles del suelo y el subsuelo donde habría de construir, no solamente por los estudios técnicos que el IDRD le había entregado sino, también, porque el Contratista estaba obligado a constatar si el subsuelo realmente correspondía a los perfiles estratigráficos indicados en el estudio de suelos. Es más, en el presupuesto presentado debió incluir el AIU correspondientes a los diversos ítems de obra, que incorporaba un ingreso para atender los imprevistos (folio 9 de la contestación de la demanda).

También, a título de aclaración, el demandado cita textualmente algunos apartes del capítulo 19 del Anexo A (Especificaciones para la Construcción de Estructuras de Concreto Reforzado), de los cuales resaltan los que se transcriben a continuación: "***19.1.2. Los pilotes serán de tipo fundido 'in - situ' utilizando un revestimiento metálico total, previa consulta puede ser aceptable la perforación con revestimiento parcial, utilizando soluciones de bentonita; el revestimiento se extraerá durante la colocación del concreto por el sistema de 'Tremie' o 'Balas Herméticas'***" (la negrilla, el subrayado y las mayúsculas de este párrafo, según se lee en el folio 7 de la contestación de la demanda "no son del texto original").

No admite las afirmaciones de la convocante, en el sentido de que el consorcio hubiera definido la metodología de trabajo y establecido los costos asociados a la actividad de pilotaje, pues el método constructivo que comprendía el encamisado de pilotes venía determinado por el anexo A de las ESPECIFICACIONES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE ESTRUCTURAS DE CONCRETO

REFORZADO que formaba parte del pliego. Además, según se lee en la contestación de la demanda, el revestimiento metálico o encamisado no fue considerado por el CONSORCIO METROPOLITANO, según se desprende del oficio 1322000 radicación 014306 que dirigieron al consorcio los doctores Diab y Brunal.

Respecto del estudio de suelos que había elaborado la firma ALFONSO URIBE Y CÍA., la contestación de la demanda acepta que el mismo “contemplaba una cimentación conformada por pilotes que trabajarían por fricción”, pero niega el efecto vinculante que le asigna la convocante en la cita 4 de la demanda, pues considera que se trata de una opinión personal de la actora. En relación con este último aspecto expresa que el estudio de suelos debe complementarse con el ANEXO A - ESTRUCTURA.

2.3.2.4. En relación con los hechos que tienen que ver directamente con la actividad de pilotaje, la contestación de la demanda se pronuncia en términos que se resumen a continuación:

— No admite que la actividad de pilotaje se haya cumplido en la fecha prevista para ello en el cronograma. Al contrario, cita varios documentos (oficio radicado 012871 de 2004, dirigido al consorcio por los supervisores del contrato, carta de 12 de abril de 2004, de la interventoría del contrato, radicado 06336, oficio HCI-006, radicado 07708 de 2004, de la misma interventoría, así como la bitácora de la obra de 10 de abril de 2004), que muestran atrasos en la actividad de pilotaje.

— También manifiesta que no admite los hechos que tienen relación con el documento que bajo la denominación MEDIOS Y MÉTODOS DE EJECUCIÓN DE LAS ACTIVIDADES DEL PROYECTO presentó el Consorcio y que fue aprobado por la interventoría en el comité de obra del 7 de abril de 2004 (Acta 03). Al respecto expresa que este documento debió ajustarse a las estipulaciones del pliego de condiciones de la licitación y a los documentos que se entregaron al consorcio con ocasión de la misma, que era obligación del contratista hacer un recuento pormenorizado de las actividades relacionadas con la construcción y asigna valor de confesión a lo expuesto en la nota 5 de pie de página de la demanda, en cuanto en ella se afirma que el encamisado estaba previsto como actividad en la metodología constructiva del pliego de condiciones. Asimismo, se lee a folio 12 del escrito de contestación de la demanda: “Además, si el contratista colocó encamisados y los dejó en el lugar donde fundió el respectivo pilote, lo hizo por su cuenta, pues en esta nota de pie de página claramente reconoce que son camisas que se retiran a medida que el pilote se va conformando”. También trae a colación la carta de presentación de la oferta del CONSORCIO METROPOLITANO, de la cual resalta la renuncia “a cualquier reclamación por ignorancia o interpretación errónea” de los pliegos, expresa que la convocante no cuestionó los estudios y diseños de la obra ni antes, ni después del Acta 03 del comité de obra, ni en el acta de liquidación.

Además, a partir de la exigencia que se hizo al contratista en el pliego de condiciones en el sentido de que constatará la coincidencia de los perfiles estratigráficos del estudio de suelos con las condiciones reales del subsuelo, concluye, según se lee en el folio 13 de la contestación de la demanda:

Esto demuestra que la misma entidad contratante previó, porque era previsible, que el suelo donde se construiría podía presentar problemas, como el que se dio en cuanto al pilotaje respecto a la mayor expansión y el hallazgo de los dos (2) tubos de aguas lluvias, se estableció que debía informarse sobre esos hechos para adoptar, como efectivamente adoptó, los correctivos que los expertos indicaron. Es obvio que ese trámite implicaba modificaciones, como claramente lo expresa el documento antes citado. Las características anormales del subsuelo del área geográfica del Distrito Capital de Bogotá son notorias y conocidas por los profesionales de la Ingeniería. El sector donde se construyó el Complejo Acuático forma parte de dicha área geográfica.

— Tampoco admite que los documentos y estudios que soportaron el proceso licitatorio fueran insuficientes, ni que las condiciones que del subsuelo que se constataron durante la actividad de pilotaje tuvieran la potencialidad de “modificar sustancialmente las proyecciones y expectativas del contratista al tiempo de presentar la oferta” y agrega que “[e]l contratista debía prever en su propuesta

de precios unitarios el AIU” (folio 14 de la contestación de la demanda).

2.3.2.5. Sobre las situaciones que, en opinión de la convocante, generaron el desequilibrio contractual, expresa la contestación de la demanda, en los folios 14 y 15:

... como puede deducirse del análisis de los OTROSÍ, ADICIONES, PRÓRROGAS, ACTA DE ACUERDO para restablecer el equilibrio económico del contrato, y CONTRATO ADICIONAL Y PRÓRROGA, que se suscribieron entre el IDRD y el CONTRATISTA, cualquier desequilibrio económico se compensó y al final el contratista obtuvo los beneficios que constituían sus proyecciones y expectativas al celebrar el contrato.

El equilibrio económico se predica del contrato, como un todo, Por tanto, su restablecimiento —en caso de presentarse un desequilibrio— se produce respecto del contrato, como un todo. Es ilógico celebrar un acuerdo de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, si este realmente no se da. Si se celebró, este hecho es un indicio que ha de apreciarse como prueba del restablecimiento de cualquier desequilibrio económico que se hubiere podido dar antes de la celebración del acuerdo de restablecimiento.

No admite que el sobre consumo de concreto que detectó el consorcio durante la actividad de pilotaje fuera excesivo en comparación con el volumen teórico previsto, pues afirma que este supuesto mayor consumo no ocurrió en todos los pilotes sino en un pequeño número de ellos y que este fenómeno era previsible para el contratista pues él “corresponde principalmente a las cárcavas que se originaron en la perforación de rellenos en escombros que tienen espesores entre 2,9 y 11 m”, lo que según la contestación de la demanda corrobora la opinión del Ingeniero Uribe en comunicación ON-1107/2004, que expresa que los resultados de expansión corresponden a “expansiones en general típicas” (folio 16 de la contestación de la demanda). Tampoco admite el hecho que en la demanda se identifica con el numeral 5.3.4.2., pues manifiesta que era obligación del contratista constatar la correspondencia entre el subsuelo y los perfiles estratigráficos de los estudios de suelos y que las por él llamadas “supuestas cárcavas” se generaron “en la perforación de rellenos de escombros que tienen espesores entre 2.9 y 11 m” (cita a propósito el oficio de 21 de diciembre de 2005, de la doctora Silva Gutiérrez al Consorcio) (ver folios 16 y 17 del escrito de contestación de la demanda).

En relación con los hechos que tuvieron lugar o se derivaron de la reunión del comité de obra de 28 de abril de 2004, la contestación de la demanda no acepta las afirmaciones de la demandante en el sentido de que la decisión que allí se tomó de encamisar un pilote tuvieron el alcance de modificar la metodología constructiva propuesta por el contratista, ni alteraba la circunstancia de que era obligación del consorcio fundir los pilotes con revestimiento metálico. Igualmente, expresa que “no parece sensato deducir de una sola prueba o ensayo que el encamisado no servía para evitar la mayor expansión, cuando la ciencia y la técnica de la Ingeniería lo recomiendan para esos fines” (folio 17 de la contestación de la demanda). Como soporte de esta última afirmación el apoderado de la convocada trae a colación el oficio 043205 de 21 de diciembre de 2005, donde la doctora Silva Gutiérrez, dirigiéndose al Consorcio, hace mención de los factores que pueden incidir en una expansión mayor al 15% o 20% en la actividad de pilotaje (folio 18 de la contestación de la demanda), así como la existencia de rellenos.

Igualmente, en relación con lo sucedido en el comité de obra de 28 de abril de 2004, frente a la afirmación del contratista en el sentido de que no había incluido el valor del encamisado en su presupuesto, la contestación asigna a esta expresión el valor de una confesión de incumplimiento contractual y hace mención de la comunicación 1322000, radicado 014306 de 28 de abril de 2004 que dirigieron los doctores Diab y Brunal al Consorcio y al director de interventoría, para dejar constancia de la responsabilidad del contratista en los problemas de pilotaje y su omisión al analizar las especificaciones generales del proyecto que prescribían el empleo de revestimiento metálico total o parcial en los pilotes. En esta comunicación también se hicieron glosas a la aplicación de la metodología constructiva del Consorcio “por ausencia del profesional residente de obra en el frente de



trabajo (pilotaje) en la tarde del 24 de abril” (folio 20 del escrito de contestación de la demanda).

Además la contestación de la demanda hace referencia al informe de interventoría de 1º de abril de 2004, que menciona los pliegos de condiciones de la licitación, en cuanto el Anexo A preveía la necesidad de encamisar la totalidad del pilote si llegaba a ser necesario, la comunicación HCI 10447 de 8 de junio de 2004, en la que la interventoría observó que el contratista no incluyó en el APU para pilotes el insumo de camisas metálicas.

Con fundamento en la correspondencia expuesta, el representante legal de la demandada concluye, según se lee en el folio 20 del escrito de contestación de la demanda:

... 1) Que el encamisado, o revestimiento metálico, si era una obligación a cargo del CONSORCIO COMPLEJO METROPOLITANO, 2) Que el contratista CONSORCIO COMPLEJO METROPOLITANO no incluyó en su propuesta el presupuesto del pilotaje con revestimiento metálico o encamisado; 3) Que el CONSORCIO COMPLEJO METROPOLITANO incumplió sus obligaciones contractuales.

Respecto de los hechos que tienen que ver con la reunión de asesores que convocó el consorcio a raíz de los mayores consumos de concreto, con la contratación de la firma Espinosa & Restrepo y Cía. Ltda. para establecer las causas de las sobre expansiones y con las pruebas de integridad y sondeos que realizó el contratista durante el mes de mayo de 2004, el representante legal de la demandada afirma que no le constan.

Sobre la suspensión de la actividad de pilotaje en la zona crítica, que se decidió en el comité de obra del 5 de mayo de 2004, el apoderado del IDRD responde afirmando que no admite el hecho como está propuesto. Aclara que: (a) “respecto de uno o pocos pilotes, o del hallazgo de los dos tubos de aguas lluvias, se convino suspender esa actividad de pilotaje, pero sin que ello suspendiera el resto de la obra, la cual continuó ejecutándose (...) De todas maneras el hecho reconoce que la obra prosiguió en los demás frentes, de conformidad con el contrato celebrado.

Hay constancias, en documentos, sobre el atraso de obras porque el contratista no empleó todo el equipo ofrecido” (folio 21 de la demanda). A estas aclaraciones agrega la contestación de la demanda que tan pronto como el IDRD tuvo conocimiento de la interferencia sobre el eje “K” “activó todos los mecanismos posibles” (ibídem) para solucionar el problema. Entre estos mecanismos “solicitó a la EAAB su participación en la investigación y solución del problema” (ibídem), al tiempo que trae a colación el acta número 11 del comité de obra de 2-6-2004.

Niega la demandada que la decisión de suspender la actividad de pilotaje afectara el avance programado de la ruta crítica del proyecto y admite con aclaraciones que el 18 de mayo de 2004, a la altura del pilote 324 de la zona de piscinas de entrenamiento se encontrara un tubo de 2 metros, hecho del cual se dejó constancia en el comité de obra de 22 de mayo de 2004. Al respecto precisa la contestación de la demanda que de este hecho “sólo se informó al IDRD el 20 de mayo de 2004” (folio 22 de la contestación de la demanda), según oficio 1322000, radicación 018284 02-jun-04, lo que muestra la rápida respuesta del IDRD al aviso que le dio el contratista sobre el hallazgo de los tubos. Sobre el mismo tema, acepta la contestación de la demanda, la constancia a la que se refiere el hecho 5.3.4.11, pero aclara que finalmente se estableció que la tubería que se encontró a la altura del pilote 324 era para aguas lluvias y no podía considerarse como colector.

También niega la contestación de la demanda la calidad de hecho a la conclusión que expone la actora en relación con el oficio OB-CMM-211-04 de 21 de mayo de 2004 donde el consorcio manifestó que el empleo de bentonita en lugar de polímeros no significó alteración en los volúmenes de consumo de concreto en los pilotes de la zona de tubería; al respecto afirma el apoderado de la demandada que esta afirmación es una conclusión del demandante.

Asimismo, afirma el apoderado de la convocada que si bien los atrasos en la fundición de pilotes fueron

evidentes, hay que tener en consideración que el Consorcio “incumplió pues no inició el pilotaje el 12 de abril de 2004, sino muchos días después” (folio 22 del escrito de contestación de la demanda. Como soporte de esta afirmación cita: oficio 1322000; actas N° 1 y 10 del comité de obra – ESTRUCTURA Y BITÁCORA DE OBRA).

Sobre los hechos que giran en torno al comité de obra de 26 de mayo de 2004 (acta N° 10), la demanda muestra que 110 pilotes que faltaban por fundir estaban proyectados en la zona crítica, por lo cual solicitó a la entidad contratante una fórmula que impidiera parar las piloteadoras. En la contestación de la demanda se acepta la transcripción que hace la demanda del acta 10 del comité de obra, pero aclara que lo expuesto por el contratista en cuanto a los 110 pilotes fue consecuencia de un requerimiento que le hiciera el IDRDR al notar el atraso de la obra por no haber trabajado durante un fin de semana y por problemas con una de las piloteadoras; asimismo, aclara la contestación de la demanda que la actividad de pilotaje se encontraba rezagada en la zona de graderías donde no había problemas.

En cuanto al envío de la comunicación OB-CMM-247-04 de 31 de mayo de 2004 por parte del Consorcio a la Interventoría, la contestación de la demanda acepta su ocurrencia, pero aclara que este hecho correspondía a una obligación contractual del contratista y que el hallazgo de la tubería abandonada por la EAAB también era nuevo para el IDRDR. En este punto, además, se lee en la contestación de la demanda (folio 24):

El hecho de encontrar los 2 tubos no puede considerarse como un imprevisto, extraordinario y determinante de una modificación grave del equilibrio económico del contrato. La mayor cantidad de concreto que pudo consumirse en los pocos pilotes localizados sobre los tubos, no pudo generar desequilibrio económico, pues porcentualmente el valor de esa mayor cantidad de concreto es ínfima frente al valor total del contrato.

Sobre los hechos que se exponen en la demanda en torno a la reunión del comité de obra que tuvo lugar el 2 de junio de 2004 (acta N° 11), admite lo que conste en el contenido íntegro del acta, niega las afirmaciones de la actora en el sentido de que para esa fecha hubiesen ocurrido tres variaciones en la metodología constructiva propuesta por el contratista, aclara que la orden del IDRDR de no seguir fabricando más camisas “fue una recomendación provisional en espera del concepto del Ingeniero de Suelos” (folio 25 de la contestación de la demanda). Precisa, respecto de las anotaciones que en esa reunión hizo el Consorcio en relación con el presupuesto que allí se presentó, que el IDRDR hizo notar (oficio HCI – 035 de 8 de junio de 2004), que en el APU para pilotes no se había incluido el insumo relacionado con las camisas metálicas que estaban previstas en el Anexo A de la licitación y solicitó al contratista este suministro en el “despiece del APU en referencia”. A todo ello agrega la contestación de la demanda que el IDRDR “adoptó medidas que condujeron al restablecimiento del equilibrio contractual, con compensaciones que beneficiaron ampliamente al contratista” (folio 25 del escrito de contestación de la demanda). Ahora bien, como ello concierne con el fondo de asunto que debe decidir este Tribunal, se considera necesario transcribir el texto de la contestación de la demanda en cuanto hace relación con las modificaciones del procedimiento constructivo que alega la convocante (folio 24):

... No hubo variaciones en la metodología constructiva. La expresada en el pliego de condiciones y documentos del contrato se le exigió al Contratista, quien la incumplió reiteradamente como consta en varios documentos, entre ellos EL INFORME DE INTERVENTORÍA N° 01, de Abril 30 de 2004.

Sobre los hechos y comunicaciones inmediatamente siguientes al comité de obra del 2 de junio de 2004, la contestación de la demanda acepta el envío de la comunicación OB-CCM-268-04 de 3 de junio de 2004, pero niega que se hubiesen presentado imprevistos irresistibles o diferentes a los normales en obras como las que eran objeto del contrato 017 y aclara que los suelos que halló el contratista en el área de trabajo, correspondían a los descritos en el estudio de suelos del Ingeniero Alfonso Uribe y que conforme a ellos había debido elaborar su propuesta económica, que comprendía un AIU y había

renunciado a cualquier reclamación por ignorancia o errónea interpretación de los pliegos. Además, recuerda que “[e]l IDRDR suscribió con el contratista el OTROSÍ, ADICIÓN Y PRÓRROGA N° 1, el Acta de Acuerdo para restablecer el equilibrio económico y el Contrato Adicional y Prórroga N° 2, que así como lo correspondiente a imprevistos del AIU, le permitieron al contratista obtener los beneficios económicos proyectados y esperados al momento de celebrar el contrato” (folio 26 del escrito de contestación de la demanda) y que por medio de la comunicación 1300000 radicación 0433205 de 21 de diciembre de 2005 los argumentos que en torno al desequilibrio económico expresó el Consorcio fueron rechazados por el IDRDR.

Admite las afirmaciones de la demanda en cuanto a la entrega de los planos donde aparecía la reubicación de los pilotes pendientes, se atiende al contenido del libro de obra en cuanto al contenido y autoría de las notas que allí se consignaron y resalta cómo en la correspondiente al 7 de junio de 2004 se dejó una expresión que hace referencia al pilotaje de la piscina de clavados que fue excluida de la meta física del contrato original y después se incluyó en el contrato adicional y prórroga N° 2.

Sobre los hechos que tuvieron lugar el 9 de junio de 2004, la contestación de la demanda pide complementar las citas del acta del comité de obra con apartes de la misma que no citó el demandante, con el oficio HCI-037 A de la misma fecha y con apartes del acta número 15 de 1-7-2004. De estas actas resalta expresiones del IDRDR según las cuales los informes de programación no reflejaban la inversión, lo que podría indicar un atraso tal en la obra que podría acarrear multas, y de la Interventoría referentes a deficiencias logísticas y de planeación, que se reflejaron en el atraso de la actividad de pilotaje.

La contestación de la demanda también hace referencia al oficio HCI-041 de 11 de junio de 2004, por medio del cual la Interventoría hizo diferentes manifestaciones al Consorcio sobre horarios de trabajo, retiro de equipos de pilotaje cuando faltaba “un número considerable de pilotes por fundirse” (folio 29 del escrito de contestación de la demanda) y lo relaciona con las comunicaciones del Contratista sobre las difíciles condiciones de la obra, para concluir que ellas “tenían realmente otro propósito: o minimizar las observaciones de la Interventoría o preconstituir pruebas para reclamar un supuesto desequilibrio económico contractual, no obstante los atrasos en la ejecución de la obra...” (ibídem).

Igualmente, el escrito de contestación de la demanda niega que durante el proceso de construcción de pilotes el contratista hubiera acatado las recomendaciones técnicas, como lo afirma el apoderado de la actora. Es más, de las expresiones que al respecto contiene el escrito de demanda, el apoderado del IDRDR concluye que ellas demuestran “... que el Contratista no cumplió con lo preceptuado en el ANEXO A Estructura, Capítulo 19 Numeral 19.1.2, pues se empeña en que el revestimiento metálico (que él llama encamisado) no estaba incluido, lo que es un abierto desconocimiento de lo expresado en el Anexo antes indicado” (folio 30 del escrito de contestación de la demanda).

Tampoco acepta la jerarquización de los documentos contractuales que manifiesta la actora en el hecho 5.3.4.35 de la demanda, particularmente en lo que atañe al Anexo A - Estructura. En efecto, el apoderado del IDRDR deriva del contenido de este anexo que desde la etapa precontractual se imponía al futuro contratista la necesidad de contemplar en su presupuesto el revestimiento de los pilotes y atribuye a la demanda la pretensión de “introducir una confusión al plantear un encamisado que era obligación contractual y otro encamisado que, a modo de experimento, impusieron el IDRDR y la Interventoría” (folio 33 del escrito de contestación de la demanda). A lo expuesto agrega el apoderado de la demandada:

Todo esto hace pensar que el Consorcio contratista cuando se dio cuenta de su grave error consistente en omitir incluir en el presupuesto el encamisado o revestimiento metálico adoptó una estrategia tendiente a desvirtuarlo y colocarlo como causa del mayor consumo de concreto, para sustentar en este una pretensión de desequilibrio económico contractual. Nótese como desde el comienzo de la ejecución del contrato, que es precisamente el que ahora reclama, a pesar de todas las medidas económicas adoptadas por el IDRDR a favor del Consorcio contratista, que

constan en documentos varias veces citados. Esto en contraste con los requerimientos de Interventoría y la Supervisión del IDR D para que diera cumplimiento a la obligación de emplear el revestimiento metálico en la fundición de los pilotes [Ibídem].

De otra parte, el escrito de contestación de la demanda niega que el estudio que realizó la firma ESPINOSA & RESTREPO Y CÍA. LTDA. pudiera tener efecto vinculante en relación con el IDR D y reitera que el estudio de suelos que “oficialmente sirvió de fundamento a la licitación” (folio 34 del escrito de contestación de la demanda) fue el que realizó Alfonso Uribe S. y Cía., al tiempo que acepta que el Ingeniero Alfonso Uribe Sardiña presentó un informe a ARIAS, SERNA, SARAVIA S.A. sobre los resultados de la expansión en los pilotes de la obra (15 de junio de 2004), del cual obra una transcripción en la demanda (folio 28). No obstante, niega que entre ambos estudios haya habido concordancia, pues, según se lee en el folio 34 de su escrito:

Lo que la firma ESPINOSA & RESTREPO pretendió fue atribuir las mayores expansiones a la existencia de los dos tubos detectados en la zona del suelo donde se construía el Complejo Acuático y no a las condiciones del suelo, que es lo afirmado en el Estudio de Suelos de Alfonso Uribe Sardiña. Naturalmente esta es parte de la estrategia del Consorcio Contratista, pues el encamisado que omitió a pesar de reiteradas exigencias de la Interventoría no le favorece en los resultados de las mayores expansiones y consumos de concreto. Obsérvese como el Estudio del Ingeniero Uribe resalta como causa de las mayores expansiones la construcción de los pilotes sin encamisado...

A lo anterior agrega el apoderado del IDR D que el estudio de suelos del Ingeniero Alfonso Uribe Sardiña “... Indicaba señales o indicios de lo que podía ocurrir con el suelo y subsuelo” (folio 35 del escrito de contestación de la demanda). Además, recalca que las soluciones que formuló el IDR D al problema de los pilotes en la zona crítica no fueron el resultado de un hecho imprevisto sino que surgieron de las estipulaciones contractuales que imponían modificar el diseño del pilotaje si, luego de constatar las condiciones reales del subsuelo, se encontraba una falta de correspondencia entre estas y los perfiles estratigráficos del estudio de suelos.

También dentro del análisis de los hechos que en opinión del convocante generaron un desequilibrio económico del contrato, en relación con el porcentaje de expansión del 9% que el consorcio previó al formular su propuesta, la contestación de la demanda hace énfasis en que este porcentaje estaba ligado en el pliego de condiciones al supuesto de que se adoptara como modalidad de pilotaje la de pilotes de tornillo continuo y no a la segunda modalidad de prevista también en el pliego de “pilotes preexcavados y fundidos in - situ” y que al adoptarse este porcentaje como pauta para estructurar la propuesta el contratista incurrió en una mala interpretación del pliego de condiciones (cita de oficio radicación 043205 de 2005 de la doctora Silva al consorcio), toda vez que el anexo A - Estructura Capítulo 19 numeral 19.2 del pliego, dejaba claro que los pilotes que se emplearían serían los preexcavados y fundidos in - situ.

A partir de lo expuesto, el señor apoderado de la demandada manifiesta que existe confesión en el hecho 5.3.5.2., cuando afirma que el porcentaje del 9% era el que debía tenerse en cuenta como base para la estructuración de la oferta económica durante el proceso de licitación.

Igualmente, resalta que los estudios de suelos que realizó ALFONSO URIBE S. Y cía. y que formaron parte de los pliegos de la licitación preveían un margen de expansión en la actividad de pilotaje entre el 15% y el 20% en condiciones normales, y que en ellos quedaba claro que estos porcentajes no tenían en cuenta los factores adicionales.

Sobre el promedio del 44.15% de expansión que según la demanda se presentó en la actividad de pilotaje, la contestación es tajante en no admitirlo, como tampoco admite lo expuesto en el hecho 5.3.5.5 de la demanda donde se lee:

Es claro, según el análisis del suelista que el porcentaje de expansión del tipo de terreno en el

cual se ejecutaría el proyecto oscilaba entre el 15% y el 20%. Sin embargo, es del caso llamar la atención que esa referencia porcentual no había sido informada por la Entidad en el estudio de suelos que hacía parte del pliego de condiciones, sino que, como consecuencia del problema presentado en obra, y a propósito de los requerimientos de aclaración técnica solicitados por la Entidad a su asesor suelista, lo estimó en un rango superior al previsto para la actividad de pilotaje en concreto *tremie*, que es diferente a la actividad de concreto in situ. Tanto fue así la cuestión que, de haber incluido esa información en el pliego de condiciones, el presupuesto oficial nunca hubiese sido suficiente para cubrir el costo de la actividad de pilotaje, y del proyecto en sí (folio 32 de la demanda).

Al respecto la contestación de la demanda alegó la experticia de los integrantes del consorcio.

2.3.2.6. Sobre las reclamaciones de 26 de agosto de 2004 y 13 de octubre de 2005, el apoderado de la convocada acepta la presentación de las mismas, pero aclara que antes de la primera de ellas el Consorcio ya había presentado (oficio radicado bajo el N° 14349) “otra solicitud de restablecimiento del equilibrio económico contractual por mayor valor del acero” (folio 38 del escrito de contestación de la demanda). Además aclara que luego de presentadas las solicitudes de 3 de agosto y 26 de agosto ya referidas, ocurrieron algunos hechos que pone en conocimiento del Tribunal: (a) la suscripción, el 5 de noviembre de 2004 del OTROSÍ, ADICIÓN Y PRÓRROGA N° 1 AL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA 017 DE 2004; (b) que en ese otrosí se adicionó el valor pactado en el contrato principal, se modificó el anticipo, se prorrogó el plazo pactado inicialmente, se modificaron la meta física del objeto contratado y el cronograma de obra, se “estableció un procedimiento para la fijación de los APU y, como consecuencia de todo ello, el contratista manifestó que no realizaría reclamaciones sobre las modificaciones que contenía ese documento; (c) el 9 de diciembre de 2004 las partes suscribieron el ACTA DE ACUERDO MEDIANTE LA CUAL SE RESTABLECE EL EQUILIBRIO ECONÓMICO del contrato, y (d) el 27 de diciembre de 2004 las partes suscribieron el CONTRATO ADICIONAL N° 2 Y PRÓRROGA N° 2.

Por lo que hace a los demás aspectos que configuran los hechos 5.3.6 de la demanda, el señor apoderado del IDR D se pronuncia en el sentido de no aceptarlos por razones que ya han sido analizadas, relacionadas con las obligaciones contractuales del consorcio y porque, además, considera que con los acuerdos de voluntades que se han enumerado en el párrafo anterior se restableció el equilibrio económico del contrato.

En cuanto a los hechos relatados en el punto 5.3.2 de la demanda, el señor apoderado del IDR D también se pronuncia no admitiéndolos porque según él los ya mencionados acuerdos de voluntades habían restablecido el equilibrio económico del contrato y porque el IDR D había analizado el tema de la mayor permanencia en obra (oficio 043205 de 21 de diciembre de 2005, de la doctora Silva Gutiérrez al representante legal del Consorcio) para concluir que había sido tenido en consideración en el OTROSÍ, ADICIÓN Y PRÓRROGA N° 1 de 5 de noviembre de 2004.

2.3.2.7. Sobre los hechos de la demanda que se refieren a los actos jurídicos modificatorios que se celebraron en desarrollo del contrato, agrupados en la demanda con el número 5.4, el apoderado del IDR D se pronunció así:

— Admite la celebración del otrosí, adición y prórroga N° 1, “con una remisión al texto íntegro del contrato, que conjugue este otrosí, el acta de acuerdo para restablecer el equilibrio contractual y el contrato adicional y prórroga, que cité en la respuesta a los hechos 5.3.6.1 y 5.3.6.1.1” (folio 44 del escrito de contestación de la demanda) pero no admite la interpretación que del mismo hace la actora. Tampoco lo hace en relación con los hechos de la demanda que fijan la posición de la demandante en relación con la renuncia a interponer reclamaciones que se incluyó en este otrosí. Al respecto se lee en la contestación de la demanda (folio 45):

La interpretación de la cláusula de renuncia debe hacerse dentro del espíritu del principio de la buena fe contractual y las conversaciones sostenidas entre las partes que dieron lugar a redactar

ese otrosí, adición y prórroga, la suscripción del acta de acuerdo mediante la cual se restablece el equilibrio económico y la posterior adición y prórroga del contrato. La ejecución del contrato se inició el 2 de abril de 2004 y los 8 meses de plazo vencieron el 2 de diciembre de 2004, el otrosí adición y prórroga se suscribió el 5 de noviembre de 2004. La cláusula octava del otrosí no limitó sus efectos a lo que ahora pretende la parte convocante. La interpretación de esa cláusula esta (sic) referida a las modificaciones contractuales, en cuanto inciden en lo previsto en el contrato 017 de 2004 y su ejecución. El contratista acepta en esa cláusula que *'no realizará reclamaciones por haber sido objeto de reconocimiento y acuerdo entre las partes'*. Y a partir de esa fecha esos acuerdos se concretan: el 9 de diciembre de 2004 con el Acta de Acuerdo de Equilibrio Económico y el 27 de Diciembre de 2004 con el contrato adicional N° 2 y prórroga N° 2.

— Admite la suscripción del acta de acuerdo “mediante la cual se restablece el equilibrio económico del contrato por mayor valor del acero” y manifiesta que cuando este documento se firmó (el 9 de diciembre de 2004) ya se había firmado el otrosí, adición y prórroga de 5 de noviembre, así como el pago de la suma señalada en el hecho 5.4.2.2 del escrito de demanda.

— También admite la suscripción del contrato adicional número 2, pero expresa que ese mismo día (27 de diciembre de 2004) ocurrieron los siguientes hechos: presentación del presupuesto para las obras correspondientes a la piscina de clavados y obras exteriores, concepto favorable de la interventoría para la adición del contrato, “[e]l Jefe de la división de Interventoría del IDRD... consideró justificadas las cantidades de obra” (folio 47 del escrito de contestación de la demanda), “la Subdirectora Técnica de Construcciones del IDRD solicitó adicionar y prorrogar el contrato” (ibídem) y se suscribió el CONTRATO ADICIONAL N° 2 Y PRÓRROGA N° 2 AL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA N° 017 de 2004. Además, rechaza que la prórroga del plazo hubiese estado orientada únicamente a la ejecución de la obra nueva adicionada y recalca la renuncia a reclamaciones por parte del contratista.

— Admite la suscripción del otrosí N° 2 como “una gabela más que le dio el IDRD al Consorcio Contratista” (folio 48 del escrito de contestación de la demanda), así como los ítems que debían entregarse en virtud del mismo, pero no admite las razones que expone la demanda como fundamento para haber suscrito este otrosí.

— Sobre los hechos que se relacionan en la demanda bajo el título “El Acta de Liquidación del contrato de obra pública 017 de 2004. Las salvedades plasmadas por el contratista” (folio 40 de la demanda), el señor apoderado de la convocada admite que el contrato fue liquidado de común acuerdo por las partes pero no admite la forma como el demandante presenta la salvedad que consignó el consorcio en el acta de liquidación. De lo dicho en este punto de la contestación de la demanda (folio 49) procede resaltar:

La salvedad indicada delimita la controversia y nada distinto puede pedirse, como lo pretende la parte convocante. Esto afecta la primera pretensión, encaminada a que se declare que el IDRD incumplió el contrato, pues no quedó consignada en la salvedad introducida por el CONSORCIO CONTRATISTA COMPLEJO METROPOLITANO al Acta de Liquidación suscrita el 22 de Diciembre, sin año. Tampoco se incluyó en esa salvedad el supuesto desequilibrio económico por mayores costos por período de improductividad.

Finalmente, en lo que concierne a este tema, la contestación de la demanda reitera su posición en relación con el objeto de las reclamaciones a que se refirió la salvedad ya expuesta.

— A propósito de las respuestas que el IDRD dio a las salvedades en el acta de liquidación, el escrito de contestación de la demanda admite que el 21 de diciembre de 2005 el IDRD “se pronunció en relación con el oficio remitido por el Consorcio mediante el cual manifestaba la intención de incluir unas salvedades en el Acta de Liquidación...” (folio 41) pero contesta no admitiendo los demás hechos que la actora plasmó en la demanda bajo los numerales 5.4.6.2., 5.4.6.3., 5.4.6.3.1, 5.4.6.3.2, 5.4.6.3.3, 5.4.6.3 y 5.4.6.3.

### **3. PRESUPUESTOS PROCESALES.**

Los presupuestos procesales están dados. En efecto, como se señaló en la primera audiencia de trámite, las partes son plenamente capaces y están debidamente representadas. La parte convocante y demandante en este proceso está constituida por VARELA FIHOLL & COMPAÑÍA LIMITADA, HEYMOCOL LIMITADA y SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A., como integrantes del CONSORCIO COMPLEJO METROPOLITANO. Todas ellas son sociedades comerciales, legalmente constituidas; las dos primeras tienen su domicilio en la ciudad de Bogotá y la última en la ciudad Cali.

Por su parte, el IDRD, como parte convocada y demandada, es un establecimiento público descentralizado del orden distrital, creado mediante acuerdo 4 de 1978 del Concejo de Bogotá; con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, con domicilio en la ciudad de Bogotá.

Las partes actuaron por conducto apoderados reconocidos en el proceso.

El proceso se adelantó con el cumplimiento de las normas previstas sin que obre causal de nulidad que afecte la presente actuación. Esta circunstancia fue ratificada por los apoderados de las partes, quienes al momento de cerrar la etapa probatoria manifestaron que revisaron el acervo probatorio y verificaron que todas las pruebas decretadas fueron practicadas, obran en el expediente, y respecto de todas ellas tuvieron oportunidad de contradicción. Manifestaron también que el proceso se adelantó dentro de las normas legales.

Al analizar su competencia, las árbitras encontraron que la cláusula compromisoria pactada reúne los requisitos legales en la medida en que consta por escrito en el cuerpo del mencionado contrato de obra pública y en ella las partes acordaron someter las eventuales diferencias que pudieran surgir con ocasión del mismo a la decisión de un tribunal de arbitramento; que las pretensiones formuladas por las demandantes se encuentran incluidas en el pacto arbitral, son de carácter económico y de contenido particular y concreto respecto de una relación jurídica contractual específica; que tales pretensiones son susceptibles de transacción, y que las partes son plenamente capaces de transigir.

#### **4. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS.**

Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones o excepciones, las partes aportaron varios documentos. Otros fueron remitidos por el IDRD a petición de las convocantes.

A solicitud de las partes se recibieron los testimonios de Jorge Diab Quimbayo, Lewis Brunal Ríos, Olga Lucía Silva Gutiérrez, Diego Alberto Narváez Sánchez, Sara Isabel López Lemus, Carlos Jairo Restrepo García, Abelardo Buelvas Cetarez, Édgar Alfonso Solano Romero, César Augusto Díaz Nieto y Alejandro José Ocampo Mora.

Se recibió el interrogatorio del representante legal de la sociedad demandante Varela Fiholl & Compañía Ltda.

A petición de la convocante se decretó y practicó una inspección judicial con exhibición de documentos en las oficinas del IDRD.

Atendiendo las solicitudes de la parte convocante se decretaron y recibieron dos dictámenes técnicos a cargo de dos peritos ingenieros civiles. El primero con amplia experiencia en diseño de cimentaciones en los suelos de Bogotá y construcción y asesoría en la construcción de pilotes y cimentaciones, y el segundo con amplia experiencia en contratación y construcción de obras civiles. Este segundo dictamen fue parcialmente objetado por las partes.

#### **5. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.**

Antes de proceder al análisis de las pretensiones, las que se estudiarán en el orden en que fueron propuestas, se precisará la naturaleza del contrato y sus obligaciones, los enfoques probatorios propuestos por las partes y las excepciones de mérito.

## **5.1. CLÁUSULAS DEL CONTRATO Y SU DESARROLLO.**

### **5.1.1. Elementos que conforman el contrato.**

#### **5.1.1.1. Objeto.**

El contrato de obra pública N° 017 tenía por objeto la “construcción del Complejo Acuático Simón Bolívar, ubicado en la localidad Barrios Unidos de Bogotá, D.C.”. De conformidad con el estudio de Arias Serna y Saravia “[e]l proyecto arquitectónico contempla la construcción de un complejo acuático que estará conformado por cuatro piscinas, de clavados, olímpica, entrenamiento y niños, así como de zonas anexas tales como graderías y zonas de máquinas, cárcamos, vestieres, salón múltiple, cafetería y terraza” (Cuaderno de pruebas N° 1, fs. 92 a 100).

#### **5.1.1.2. Valor y modalidad de pago.**

Para su ejecución y pago se pactó el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste y, para efectos legales y fiscales, se fijó su valor total en la suma de \$ 14.149.047.981.00, incluidos todos los gastos que el contratista requiriera para su ejecución. Se señaló un anticipo del 30% del valor total estimado y, el 70% del valor pactado se cancelaría contra la presentación de actas quincenales y/o mensuales de obra ejecutada, aprobadas por el interventor (Cláusulas Cuarta y Quinta del Contrato).

#### **5.1.1.3. Plazo de ejecución.**

El plazo para la ejecución del proyecto, se fijó en ocho meses contados a partir de la firma del acta de iniciación de la obra, que fue el 2 de abril de 2004 (Cuaderno N° 2 de pruebas, f. 479). En consecuencia, su vencimiento era el 2 de diciembre de 2004 (Cláusula Sexta del contrato).

#### **5.1.1.4. Obligaciones del contratista.**

De la cláusula SEGUNDA del contrato, que establece las obligaciones del contratista, destacamos como relevantes para el caso sub-judice, las siguientes:

— Ejecutar, dentro del plazo estipulado, las obras contempladas en su objeto, de acuerdo con: a. la propuesta presentada, b. el pliego de condiciones, incluidos los anexos y diseños del proyecto y sus adendos y c. el manual de especificaciones del proyecto (Numerales 1 y 2).

— Cumplir con la programación de obra, requiriéndose autorización previa y expresa del IDRD para cualquier modificación (Numeral 3).

— Llevar a cabo las medidas correctivas o trabajos exigidos por el Interventor, a su costo y sin derecho a remuneración distinta de la que hubiere demandado la ejecución correcta de las obras, de acuerdo con los diseños aprobados, los planos, especificaciones y demás condiciones del contrato (Numeral 15).

— Presentar, previamente a la suscripción del acta de iniciación del contrato, entre otros, los siguientes documentos: a. Análisis unitarios detallados de las actividades a desarrollar, incluido el A.I.U. en cada uno de ellos. b. Plan de inversión del anticipo. c. Programa de insumos y personal. d. Programa de utilización de maquinaria y equipos. e. Programa de trabajo e inversión para dar cumplimiento a los plazos de entrega parcial y definitiva, que incluya diagrama de ruta crítica para la construcción, y ejecutar las obras contratadas de acuerdo con estos programas (Numeral 29).

— Elaborar y presentar el enfoque y la metodología que dará a los trabajos durante la ejecución de las obras, de acuerdo con el programa de trabajo e inversiones (Numeral 30), usar procedimientos adecuados de construcción (Numeral 32) y responder por la dirección técnica de la obra (Numeral 40).

— Avisar oportunamente al IDRD de las situaciones previsibles que puedan afectar el equilibrio financiero del contrato, así como cualquier irregularidad o anomalía dentro de la ejecución del mismo



(Numeral 39).

— Reparar el equipo que se vare dentro de las 24 horas siguientes o reemplazarlo en cinco días calendario (Numeral 41).

#### 5.1.1.5. Obligaciones del contratante.

La Cláusula TERCERA establece las obligaciones del Instituto, que se contraen en lo concerniente a los temas que se debaten, a:

— Ejercer la dirección y el control del contrato;

— Realizar los ajustes para su debida ejecución, manteniendo su equilibrio financiero debidamente soportado, y

— Pagar el valor del contrato en la forma pactada

#### 5.1.1.6. Deberes y facultades del interventor.

El pliego de condiciones, que hace parte del contrato, ordena que todas las actividades derivadas de su ejecución estén supervisadas por una interventoría externa, contratada por el IDRD. Al respecto previó: “[e]l Interventor controlará los diversos aspectos generales, técnicos, administrativos, de seguridad que conlleva esta construcción, supervisará el progreso real alcanzado y la inversión mensual e informará a la Subdirección Técnica de Construcciones del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, sobre eventuales atrasos, conceptuando las razones de los mismos para que los mismos tomen las acciones legales y contractuales a que haya lugar” (Cuaderno de pruebas N° 1 fs. 8 y ss.).

Por su parte, la cláusula SEGUNDA del contrato señala como deberes y facultades del interventor, entre otros, los siguientes:

— Exigir la remoción de toda obra que difiera de la localización o cotas específicas o que exceda las dimensiones indicadas en los planos y especificaciones (Numeral 16).

— Aprobar o negar las modificaciones a la programación solicitadas por el contratista (Parágrafo del Numeral 29).

— Controlar los aspectos generales técnicos y administrativos de la obra y supervisar el progreso de la misma y la inversión realizada e informar al IDRD (Parágrafo del Numeral 29).

— Solicitar modificaciones en la metodología propuesta (Numeral 30-6).

— Inspeccionar y controlar la calidad de los elementos y materiales propuestos o empleados y rechazar los que no garanticen la calidad de los trabajos, así como verificar los procedimientos de construcción (Numeral 35).

#### 5.1.2. Desarrollo del Contrato.

Antes de su vencimiento, el 5 de noviembre de 2004, las partes suscribieron de común acuerdo el Otrosí, Adición y Prórroga Número 1 que: (i) redujo la meta física del objeto del contrato a “las piscinas de entrenamiento y olímpica, zona de acceso y zonas de graderías parcialmente (gradería de piscina olímpica y dos puntos fijos)” (Memorando 1300000 del 5 de octubre de 2004 de la Subdirectora Técnica de Construcciones a la Coordinadora del Grupo de Apoyo a la Contratación); (ii) incrementó su valor en \$ 1.432.865.445.00; (iii) aumentó en 10 puntos el porcentaje del anticipo, y (iv) prorrogó en 3 meses y medio el plazo pactado en el contrato original “tanto para la ejecución de la obra prevista inicialmente como para la ejecución de la obra que se adiciona”. En el Otrosí, se indica que el nuevo cronograma y la nueva meta física quedaron consignados en el Anexo 1 (cronograma) y el Anexo 2 (meta física), que forman parte integrante del mismo. Solicitados los mencionados Anexos el IDRD informó en la

diligencia de inspección, que no existen con esa denominación y que, por deducción, corresponden a los anexos anunciados en las comunicaciones HCI-185 del 27 de agosto de 2004 y HCI-186, de la misma fecha.

Al Otrosí N° 1 se llegó por solicitud de la Subdirectora Técnica de Construcciones del IDR, luego de varias reuniones sostenidas entre el contratista, el supervisor y el interventor, y con fundamento en un balance de la interventoría “sobre las mayores y menores cantidades de obra presentadas en la ejecución del contrato”, así como en la cuantificación “de los ítems no previstos, allegados mediante oficio HCI-186 de ago. 27 de 2004” (Cuaderno de pruebas N° 13, f. 97). Se tuvieron en cuenta, además, los atrasos presentados en la ejecución de la obra y no imputables a las partes (Oficio HCI 185 de agosto 27 de 2004. Cuaderno de pruebas N° 13, f. 81) y, la disponibilidad de recursos del IDR (Consideraciones del Otrosí N° 1. Cuaderno de pruebas N° 2, fs. 418 - 420).

En la cláusula número ocho del mencionado Otrosí “el CONTRATISTA acepta que sobre las presentes modificaciones contractuales no realizará reclamaciones por haber sido objeto de reconocimiento y acuerdo entre las partes”.

El 27 de diciembre de 2004, las partes suscribieron el Contrato Adicional N° 2 y Prórroga N° 2 al Contrato N° 017 por el cual incluyeron de nuevo la construcción de la piscina de clavados, incrementaron el valor del contrato en la suma de \$ 4.549.000.000,00, y prorrogaron en tres meses más el plazo para su ejecución. Así las cosas, a este punto, la meta física prevista en el contrato inicial quedó contratada en su totalidad, el valor final total estimado alcanzó la suma de \$ 20.130.913.426,00, y el plazo se extendió hasta 17 de junio de 2005.

El 15 de junio de 2005 las partes modificaron de nuevo el contrato mediante el otrosí N° 2, por el cual “*excepcionan de la fecha prevista para la terminación del plazo pactado en el contrato*” algunos ítems menores que allí se relacionan. Para estos ítems se señalan unos porcentajes mínimos de entrega para el día 17 de junio, cumplidos los cuales el contratista dispondrá de un plazo adicional de 3 semanas para entregar el 100% de la obra. En acta de recibo final de obra del 17 de junio de 2005 se aclara que “De conformidad con el otro sí N° 2, hace parte de la siguiente acta el listado de detalles y para el cumplimiento de los ítems exceptuados se fijan las fechas allí previstas, así como para los ítems descritos en el cuadro de tolerancias” (Cuaderno de pruebas N° 5, fs. 245 y 246).

De conformidad con lo anterior, los detalles finales se concluyen el día 8 de julio de 2005 cuando se suscribe otra acta de recibo final de obra, donde consta que “se reciben terminados el listado de detalles, los ítems exceptuados y los ítems descritos en el cuadro de tolerancias del otro sí N° 2, terminados en las fechas previstas en el otro sí” (Cuaderno de pruebas N° 3, fs. 168 y 169). El 22 de diciembre de 2005 se firma el acta de liquidación, donde consta que los contratistas “se reservan el derecho de reclamar judicial y/o extrajudicialmente, el reconocimiento y pago del valor de las solicitudes de reconocimiento por mayor cantidad de obra por el pilotaje, según oficio CCMOB-072-2004 de agosto 26 de 2004 que consta de 26 folios y sus anexos” y “por el restablecimiento del equilibrio financiero por mayor permanencia, según oficio SICOG-0179-05 del 13 de octubre de 2005 que consta de 15 folios”.

Por otra parte, con fecha 9 de diciembre de 2004 (documento de respuesta del IDR al Consorcio de fecha 21 de diciembre de 2005) el IDR pagó al contratista la suma de \$ 813.493.865,00 para restablecer el equilibrio económico del contrato ocasionado por los elevados incrementos que tuvo el precio del acero, tal como se indica en el “Acta mediante la cual se restablece el equilibrio económico del Contrato de Obra Pública N° 017 de 2004”.

### **5.1.3. Naturaleza jurídica del contrato.**

Por tratarse de un contrato de obra pública celebrado por una entidad estatal, se rige por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y por las normas del Código Civil y de Comercio, conforme lo prescribe la ley 80 de 1993 y lo reitera el inciso primero del Decreto Reglamentario 679 de 1994, que a la letra dice: “[l]os contratos estatales se sujetarán a la Ley 80 de 1993 y en las materias no

reguladas en dicha ley, a las disposiciones civiles y comerciales”.

Como en él se lee y de conformidad con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el contrato celebrado entre el IDRD y el Consorcio Complejo Metropolitano es un típico contrato de obra pública a precios unitarios fijos, sin fórmula de reajuste.

Ni la Ley 80 de 1993 ni su decreto reglamentario indican qué debe entenderse por pago a precios unitarios, como sí lo hacía el Decreto Ley 222 de 1983, reglamentario del estatuto contractual anterior, cuando en su artículo 89 señalaba que es el que se pacta “por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije”. Este, como concepto, sigue vigente vía jurisprudencia y vía doctrina.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al referirse a esta modalidad, expresó: “[s]e acepta entonces, sin necesidad de definición legal, que el contrato de obra a precio unitario es aquel en el que el precio del objeto contractual a cargo del contratista, se configura por tres elementos: una unidad de medida, el estimativo de la cantidad de cada medida y un precio por cada unidad; siendo claro que lo más probable es que el monto del precio del objeto contractual sea uno al momento de la celebración del contrato y otro cuando concluya la ejecución...” (Concepto de septiembre 9 de 2008).

Así también se lee en el pliego de condiciones de la Licitación Pública Número 040 de 2003, al disponer que el costo total de la propuesta es “[l]a sumatoria de los productos que resulten de la multiplicación de las cantidades de obra por sus correspondientes valores unitarios (...) es el resultado de la sumatoria realizada en el formato N° 3, del costo directo de la obra, costo indirecto AIU, valor diseños técnicos incluido IVA. La relación de cantidades de obra, precios unitarios y las correspondientes especificaciones técnicas de construcción, formará parte del contrato que se celebre con el proponente favorecido” (Cuaderno de pruebas N° 1, f. 16 vuelto).

Dentro de este contexto, el Consorcio presentó su oferta a precios unitarios y celebró un contrato bilateral, conmutativo y oneroso, de tracto sucesivo, por un valor que sólo correspondía a un cálculo preliminar de lo que podría resultar siendo su precio real, toda vez que conforme al mismo pliego y al contrato se preveía que pudieran presentarse variaciones en las cantidades de obra, así como la necesidad de incluir ítems nuevos (pliego de condiciones numeral 6.2.15 y a lo pactado en el las cláusulas octava, novena, décima segunda, décima tercera y décima cuarta del contrato).

## **5.2. ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES.**

### **5.2.1. Carencia de acción: porque las pretensiones exceden la salvedad consignada en el acta de liquidación del contrato.**

La contestación de la demanda refiere esta excepción a la primera pretensión que solicita declarar que el IDRD incumplió el contrato y a la segunda pretensión, en la medida en que vincula la petición de indemnización de perjuicios y sobrecostos objeto de demanda con el incumplimiento contractual del IDRD. Asimismo, esta excepción comprende la improductividad que en este proceso reclama la actora como parte del perjuicio que afirma haber sufrido. Al respecto se lee en el folio 53 del escrito de contestación de la demanda: “[n]i en las reclamaciones formuladas durante la vigencia del contrato ni en la salvedad dejada en el Acta de liquidación del contrato, se cuestionó el supuesto incumplimiento del contrato, como tampoco la supuesta IMPRODUCTIVIDAD, como un factor causante del supuesto desequilibrio económico del contrato”.

Agrega la contestación de la demanda que si bien es posible que el incumplimiento de una entidad estatal pueda causar el desequilibrio de un contrato estatal, las medidas para el restablecimiento de este último difieren de “la condena de perjuicios que se persigue con la acción contractual de incumplimiento o resolución del contrato” (folio 53 del escrito de contestación de la demanda) y culmina su argumentación, en lo que hace a esta excepción, con la reiteración de que el IDRD dio cumplimiento

a sus obligaciones contractuales de manera acorde con la ley 80 de 1993 y el principio de la buena fe que prevén los artículo 1603 del C.C. y 871 del Co. de Co.

Posteriormente, el señor apoderado del IDR D al descorrer el traslado de la reforma de la demanda (folios 335 a 338 del cuaderno principal número 1), agregó como fundamento de esta excepción el que se transcribe a continuación:

Que en el acta de liquidación del contrato N° 017 de 2004, suscrita por el representante del CONSORCIO COMPLEJO METROPOLITANTO, GILBERTO SAA NAVIA, no se hizo ninguna salvedad al contenido de dicha acta, respecto de un supuesto INCUMPLIMIENTO del contrato mencionado por parte del INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE —IDRD—. Por el contrario, se dice que ‘... **el objeto del contrato y las obligaciones de las partes se cumplieron en forma satisfactoria**’, y por tal razón las partes se declararon recíprocamente a PAZ y SALVO SALVO (sic) ‘*por todo concepto derivado de la celebración, ejecución y liquidación del contrato*’.

Los argumentos de la demandada en relación con esta pretensión obran en los escritos que ella radicó el 3 de octubre y 3 de diciembre de 2008 (folios 303 a 314 y 341 a 343 del cuaderno principal número 1) y giran en torno a los siguientes argumentos: (i) las reclamaciones que presentó el contratista como las pretensiones primera y su subsidiaria se orientan a obtener la declaratoria de rompimiento del equilibrio contractual “bien porque se logra probar en desarrollo del proceso que tuvo como causa o un incumplimiento contractual o la ocurrencia de un imprevisto (folio 1 del escrito de 3 de diciembre de 2008 citado); (ii) la carga que en este sentido puede caber al contratista no comprende el empleo de fórmulas “sacramentales” sino el deber de “dejar a salvo su derecho para reclamar, y bien pudiera haberlo dejado en forma abierta o con algún grado de precisión, como en efecto ocurrió” (folio 2 del escrito de 3 de diciembre de 2008 citado) y (iii) es cada día más frecuente que las entidades impongan, a través de la que el demandante llama “cultura de formatos”, el contenido del acta de liquidación al contratista, con lo cual cobran gran importancia las expresiones que este último haya dejado al final del texto como un intento de salvaguardar sus derechos.

Los argumentos así expuestos fueron profundizados por la actora en su escrito de conclusiones donde se extendió sobre la función del juez para valorar las causas del desequilibrio contractual, particularmente cuando el contrato ha concluido y ha sido liquidado y sobre la imposibilidad de exigir al contratista que adopte fórmulas sacramentales para reclamar el restablecimiento de la ecuación económica y financiera del contrato. Como desarrollo de estos planteamientos teóricos, para el caso concreto vuelve al texto de las reclamaciones que presentó y que obran en el proceso para concluir que “el sobrevolumen de concreto, el sobrecosto por el encamisado y los sobrecostos administrativos fueron reclamados expresamente por el CONTRATISTA” (folio 100 del escrito de conclusiones) con lo cual este cumplió con los supuestos para que le sea decretada la reparación que solicita, bien por razón de incumplimiento, bien por la ocurrencia de hechos imprevistos e imprevisibles. También afirma que a lo largo del proceso la demandada ha debido probar y no lo hizo, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, así como el acatamiento de los principios de la actuación administrativa en el trámite licitatorio, todo ello en los términos del principio de la buena fe contractual, a lo que agrega (ibídem):

En efecto, y muy por el contrario, ha sido prolífico el debate probatorio que como resultado dio cuenta que hubo violación al principio de la planeación contractual, y que ello conllevó a la concepción indebida e inidónea del proyecto, lo mismo que repercutió, en forma grave, en su desarrollo. La entidad contratante no informó lo que debía y conocía en la etapa de formación del contrato, y lo hizo con tal carácter que obró con culpa grave en su gestión...”.

Finalmente, en cuanto concierne a esta excepción, recalca el escrito de conclusiones de la demandante que el representante legal del consorcio dejó claras en el texto del acta de liquidación sus salvedades al texto de la misma y que por tanto no es posible entender que el paz y salvo que aparece en este

documento tenga la virtud de enervar el sentido de aquellas.

También el escrito de conclusiones que presentó en este proceso la Señora Procuradora Tercera Judicial Administrativa se pronunció, sin nombrarla, sobre el contenido de esta excepción (escrito radicado el 9 de noviembre de 2009). Ello ocurrió cuando definió como requisito previo para la prosperidad de cualquier pretensión concerniente a un contrato estatal liquidado por mutuo acuerdo de los contratantes, que en el acta respectiva hayan quedado claras las reclamaciones. Como consecuencia de sus reflexiones al respecto y de la jurisprudencia del Consejo de Estado que invocó como fundamento de su postura argumental manifestó (folio 14 del escrito de la señora agente del ministerio público): “Por lo tanto, la decisión que se tome en el presente proceso arbitral, solamente puede contemplar los aspectos sobre los que se dejó salvedad en el acta de liquidación, precedentemente señalados”.

Con el fin de determinar la configuración de esta excepción, se considera pertinente analizar el acta de liquidación así como el texto de los documentos que obran en el expediente y que se relacionan con las salvedades que en ella se dejaron, todo ello luego de determinar el marco normativo que ha de guiar la decisión de este aspecto de la litis.

Establecidas como están las posiciones de las partes y de la Señora Agente del Ministerio Público, procede confrontarlas con las previsiones del sistema jurídico en relación con la liquidación de mutuo acuerdo de los contratos estatales. Al respecto, considera el Tribunal que como el acta de liquidación corresponde a un acuerdo de voluntades que se suscribió el 22 de diciembre de 2005, la normativa que se impone tener en cuenta en su interpretación es la vigente en ese momento, particularmente la que contenía el hoy parcialmente derogado artículo 60 de la ley 80 de 1993 (Artículo 32 de la ley 1150 de 2007). De la redacción de esta disposición se desprende que el común acuerdo que pone fin a una relación contractual sujeta al régimen general de contratación de la administración pública, debe dejar claros todos aquellos “acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo”. Por contraste, surge al intérprete que también en este documento han de quedar claros aquellos aspectos de las reclamaciones que quedan pendientes entre las partes.

Se trata de una normativa que con algunos matices ha evolucionado pero que en lo sustancial ha permitido una elaboración jurisprudencial constante que considera que como acuerdo de voluntades, el acta de liquidación que suscriben las partes para dar por terminado un contrato estatal (o administrativo a la luz de los ordenamientos anteriores), tiene el efecto de hacer intangible todo aquello que en ella se acuerde, a menos que pueda alegarse al respecto alguna de las causales de nulidad de los negocios jurídicos, especialmente en lo que hace referencia a los vicios de la voluntad. De esta manera, han de quedar claros en su texto, según la jurisprudencia, los temas de desacuerdo o, dicho de otra manera, lo que queda fuera del paz y salvo que mutuamente se dan contratante y contratista, que es lo único que puede llegar a ser materia de reclamación judicial (entre otras, sentencias 14113 de julio 6 de 2005 y 14854 de 29 de agosto de 2007 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia de los consejeros Alier Hernández Enríquez y Mauricio Fajardo Gómez).

Particularmente, en cuanto al nivel de claridad y la forma de expresión de los asuntos que se sustraen al acuerdo que se consolida en el acta de liquidación, la jurisprudencia (sentencia 14854 de 29 de agosto de 2007 citada) exige precisión en los hechos o los motivos en que se fundan y, en algunos casos, una cuantificación de los temas de desacuerdo, pero no exige que se les califique jurídicamente ni que se haga un análisis de las vías procesales para hacerlos efectivos.

Ahora bien, al confrontar el contenido del acta de liquidación del contrato 017 de 2004 con el ordenamiento jurídico se encuentra como resultado de un primer análisis que el consorcio contratista dejó claro que se reservaba “el derecho de reclamar judicial y/o extrajudicialmente, el reconocimiento y pago del valor de las solicitudes de reconocimiento por mayor cantidad de obra por el pilotaje según

oficio CCMOB-072-04 del 26 de agosto de 2004, que consta de 56 folios y sus anexos (...) y por el restablecimiento del equilibrio financiero por mayor permanencia, según SICDG - 0179/05 del 13 de octubre de 2005...” (Cuaderno de pruebas número 3, f. 176). A partir de esta expresión, que para el Tribunal es lo suficientemente clara como para admitir que entre las partes quedaron asuntos no resueltos en el acta de liquidación del 22 de diciembre de 2005, ha de considerarse el contenido de las reclamaciones de 26 de agosto de 2004 y 13 de octubre de 2005 para analizar si los dos aspectos a que se refiere esta excepción —incumplimiento e improductividad— tienen o no fundamento suficiente como para ser sometidos al conocimiento de un juez.

En relación con el incumplimiento del contrato, considera el Tribunal que si bien el consorcio contratista no tenía estrictamente, según el análisis general precedente, el deber de calificar el origen del desequilibrio contractual que alegó, en la segunda de las reclamaciones a que se refiere la salvedad del acta de liquidación, sí dio muestras de considerar que el IDR D había incumplido previsiones contractuales, particularmente “lo indicado en el numeral 4 de las consideraciones previas” (Cuaderno de pruebas número 3, f.182), expresión esta última que, además, puede interpretarse armónicamente con la consideración que se lee en el folio 188 del cuaderno de pruebas número 3, según la cual las causas del desequilibrio fueron, en opinión del contratista, imputables a la entidad contratante y particularmente a “la inconsistencia en los diseños y especificaciones”.

Ahora bien, en cuanto concierne a la improductividad que se tiene en cuenta para el cálculo de los perjuicios en la demanda original, ella desapareció como concepto específico de la sustentación de la cuantía de las pretensiones en este proceso, cuando el demandante hizo uso de su derecho a modificarla, todo lo cual obra en escrito que radicó el 8 de octubre de 2008.

Por consiguiente y con fundamento en las razones expuestas, este Tribunal declarará no probada esta excepción.

### **5.2.2. Renuncia al derecho reclamado con la acción propuesta.**

El señor apoderado del IDR D fundamenta esta excepción en las renunciaciones que el Consorcio hizo en la carta de presentación de la propuesta y en la cláusula octava del otrosí, adición y prórroga N° 1. La primera de estas renunciaciones, en opinión del señor apoderado de la demandada se proyectaba a las reclamaciones que pudieran derivarse de su ignorancia o de la errónea interpretación de las especificaciones y características técnicas del proyecto. Sobre el contenido de la renuncia que se pactó en el Otrosí, Adición y Prórroga N° 1 en razón de que las modificaciones contractuales en él contenidas habían sido “**objeto de reconocimiento y acuerdo entre las partes**” (negritas de la cita original que obra a folio 55 del escrito de contestación de la demanda), agrega la contestación de la demanda que ese reconocimiento y acuerdo al que habían llegado las partes “... se cumplió con lo pactado en ese OTROSÍ, ADICIÓN Y PRÓRROGA N° 1, en el ACTA DE ACUERDO MEDIANTE LA CUAL SE RESTABLECE EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA N° 017 DE 2004, y en el CONTRATO ADICIONAL N° 2 y PRÓRROGA N° 2 AL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA N° 017 de 2004” (folio 55 citado).

Posteriormente, en su alegato de conclusiones, los argumentos así formulados se precisaron en materia de tiempos y cuantías con las siguientes consideraciones:

(i) los pilotes se fundieron entre el 14 de abril y el 6 de agosto de 2004 y la primera reclamación del consorcio, por mayor cantidad de obra en la construcción de pilotes y por la actividad de encamisado, se presentó el 26 de agosto de 2004;

(ii) tres meses y medio después de haberse fundido el último pilote y a los dos meses y medio de haberse presentado la reclamación de 26 de agosto de 2004, el 5 de noviembre de 2004, cuando faltaban 20 días para vencer el plazo inicial del contrato y la piscina de clavados debía estar muy avanzada, se suscribió el Otrosí, Adición y Prórroga N° 1 cuya cláusula octava contiene la renuncia ya referida que “comprendía todo lo sucedido antes del 5 de noviembre de 2004” (folio 26 del escrito de

conclusiones de la demandada) y que:

... le otorgó beneficios económicos al Consorcio contratista, tales como la adición de \$ 1.432.865.445.00 al valor del contrato 017 de 2004, le elevó del 30% al 40%, esto es, 10% más el anticipo, modificó la meta física del objeto del contrato y por lo mismo excluyó de la ejecución en esa primera etapa lo que faltaba de la piscina de clavados. Se prorrogó el plazo del contrato en tres meses y medio más (3.1/), se fijó un procedimiento para la fijación de los APU.

(iii) un mes después de suscrito el Otrosí, Adición y Prórroga N° 1, el 6 de diciembre de 2004, se suscribió el acta de acuerdo que restableció el equilibrio económico quebrantado por los reajustes de los precios del acero;

(iv) pese a que para la celebración del Otrosí, Adición y Prórroga N° 1 ya debía ir muy avanzada la construcción de la piscina de clavados, el 27 de diciembre de 2007 se suscribió el Contrato Adicional N° 2 y Prórroga N° 2, “por la cantidad de \$ 4.549.000.000,00 según el presupuesto presentado por el contratista para las obras correspondientes a la piscina de clavados y obras exteriores” (folio 27 del escrito de conclusiones del demandado), a lo que agrega:

En este contrato adicional se pactaron, en la cláusula quinta, AJUSTES a los ítems contractuales en un 8.49% correspondiente al ICCV certificado por el DANE. Adicionalmente, a los precios de ítems nuevos se les aplicaba el procedimiento de los APUS, con lo cual lo ejecutado durante la prórroga N° 2 se pagó a precios del momento sin causar ningún detrimento patrimonial al contratista.

(v) con base en los razonamientos expuestos concluye la demandada que “el contratista estimó una ganancia sobre un contrato de \$ 14.200.000.000.00 y terminó recibéndola sobre un contrato por \$ 20.130.913.426.00” (folio 27 del escrito de conclusiones de la demandada).

Como respuesta a la sustentación de esta excepción, la convocante niega que las reclamaciones objeto de demanda tengan relación con problemas derivados de una errónea o deficiente interpretación de las condiciones técnicas del pliego de condiciones, que, además, no podía renunciar al reclamo de un desequilibrio que ocurrió por situaciones que no podía prever, en las cuales estaba involucrado el incumplimiento contractual del IDRD al entregar información “inveraz” y pobre. Adicionalmente, en relación con la renuncia que se consignó en el otrosí, adición y prórroga número 1, afirma: “hasta la sociedad lo advertimos en este escrito de demanda, de que nada se está reclamando en relación con el período cubierto por dicho acuerdo contractual, razón suficiente que explica por qué sus efectos carecen de alcance respecto de las pretensiones de resarcimiento dirigidas contra la entidad y contenidas en la demanda” (Cuaderno principal número 1, f. 312)

Los argumentos de defensa de la actora en relación con los que soportan esta excepción se reiteran con algunas consideraciones adicionales en su escrito de conclusiones, donde hace énfasis en el ocultamiento de información por parte del IDRD en el curso de la licitación, conducta a la cual le asigna tal grado de culpabilidad que la asimila al dolo. Igualmente, alega que la circunstancia de que en el pliego de condiciones, dentro de las especificaciones generales del proyecto se estipulara que los detalles que se hubiesen omitido en las especificaciones no podían dar pábulo a reclamaciones por parte de los futuros contratistas, es una manifestación de la “anticipada evasión de la responsabilidad de la administración por la información entregada, así como la forzada inclusión de una renuncia predicha y de la ilegal imposición de una obligación de alance ilimitado, de suyo ineficaces de pleno derecho en los términos del numeral 5 del Artículo 24 de la Ley 80 de 1993” (folio 106 del escrito de conclusiones de la demandante).

También se destaca en el alegato de conclusiones de la demandante que el acta de restablecimiento del equilibrio económico del contrato tuvo un ámbito de aplicación circunscrito al problema del alza en los precios del acero y que las renunciaciones que se hicieron en el otrosí, adición y prórroga número 1 sólo se refirieron a las cláusulas en él contenidas, es decir a la “disminución del objeto contractual, esto es a

la utilidad que dejaba de percibir por cuenta del achicamiento de su objeto” (folio 107 del escrito de conclusiones del apoderado de la demandante) y a la adición del plazo “que correspondiera a aquella compensación en tiempo que se produjo respecto del objeto del contrato inicialmente pactado, para esa precisa prórroga” (ibídem).

Los argumentos expuestos por el excepcionante y la actora llevan al Tribunal a analizar, en primer término, el pliego de condiciones de la licitación y el alcance de la propuesta, todo ello a la luz del artículo 1603 del C.C. En el segundo de estos documentos es evidente que el Consorcio, en la carta de presentación de la propuesta (Cuaderno de pruebas número 2, f. 65) declaró conocer todos los documentos de la licitación, así como el sitio y las especificaciones técnicas, y renunció a cualquier reclamación por ignorancia o errónea interpretación de dichos documentos. También es claro que el 9% de expansión se previó en los documentos de la licitación (especificaciones particulares, capítulo 19, pilotes, Cuaderno de pruebas 1, f. 450 a 451 vuelto) únicamente para los pilotes de tornillo y que, considerando la experticia y demás calidades que se exigían a los proponentes, era evidente que ninguno de ellos podía considerar una expansión tan baja para los pilotes tipo fundido in situ a que se refiere el título 19.1 CONSTRUCCIÓN Y PRESUPUESTO DE PILOTES FUNDIDOS IN - SITU. Adicionalmente, ha de tenerse en cuenta que el estudio de suelos dejó claro que “... en el sitio específico donde se hará el complejo existen rellenos en arcillas, tierras y escombros, con espesores que varían entre 2.9 y 11m y que seguramente fueron colocados cuando se reconfirmó el terreno” (Cuaderno de pruebas número 1, f. 65) manifestación que imponía a proponentes de las calidades que se exigían en la licitación 040 de 2003, haber tenido en cuenta para el cálculo de los valores unitarios de pilotes por el sistema tremie una expansión entre el 20 y el 25 por ciento, según ampliación al dictamen pericial que, a solicitud del Tribunal, rindió el Perito Iván Gómez Villa, el 10 de agosto de 2009. Finalmente, es necesario recordar que el apoderado de la convocante reconoció en su escrito de demanda, como riesgo que correspondía a su mandante asumir por concepto de expansión en la actividad de pilotaje hasta un 20% (Cuaderno principal N° 1, f. 45), considera el Tribunal que en lo que hace al primer 25% de expansiones, prospera la excepción que se analiza en esta parte del laudo.

Ahora bien, como se desarrollará en el capítulo relativo a las pretensiones de la demanda, este Tribunal encontró que durante la actividad de construcción de pilotes hubo expansiones mayores al 25% previsible y por consiguiente respecto de las cantidades de concreto que excedan este porcentaje se pronunciará el Tribunal.

En cuanto a lo que hace relación con el encamisado de pilotes, en los términos en que él hubo de ejecutarse en el proyecto del Complejo Acuático, revisados el dictamen pericial que rindió el perito Iván Gómez Villa y el estudio de suelos que formó parte del pliego de la licitación 040 de 2003, resulta razonable que no se hubiesen incluido en las previsiones con base en las cuales se estructuró la oferta del Consorcio Metropolitano, razón por la cual no prospera, respecto de esta actividad, la excepción de renuncia.

Finalmente, para el Tribunal también es claro que la renuncia que se contiene en la Adición, Otrosí y Prórroga N° 1 comprende las reclamaciones relativas a la mayor permanencia por prórroga del plazo allí pactada, por lo cual respecto de esta causal de desequilibrio se declara probada la excepción de renuncia. No ocurre lo mismo con las mayores expansiones en el pilotaje ni con la actividad de encamisado perdido o permanente, como será analizado en detalle en el capítulo relativo a las pretensiones.

### **5.2.3. Inexistencia de la teoría de la imprevisión.**

Se lee en el escrito de contestación de la demanda que la aparición de los tubos de aguas lluvias que originaron sobre expansiones en la actividad de pilotaje no eran imprevisibles pues el estudio de suelos dejaba entrever algunas señales o indicios de su existencia. Frente a estos argumentos el demandante expresa que los hechos que dieron lugar a la sobre expansión y al encamisado de los pilotes, así como a la mayor permanencia superaron lo que era razonable prever en el momento de presentar la



propuesta.

Analizados los fundamentos de esta excepción, encuentra el Tribunal que ellos, más que enervar la acción son argumentos de defensa para oponerse a las pretensiones y serán valorados al pronunciarse sobre ellas.

#### **5.2.4. Excepción genérica.**

Al contestar la demanda el señor apoderado de la parte demandada invocó como excepción “Cualquier hecho que resulte probado en el proceso, del cual se derive que no nació o no se formó el derecho u obligación que la parte demandante pretende, o que si nació o se formó ya se extinguió. Y al presentar su alegato de conclusión señaló que dentro del proceso se acreditó un incumplimiento del contratista a obligaciones establecidas en la Cláusula Quinta. El incumplimiento imputado consista en el rezago del contratista en la facturación por la ejecución de las obras, según lo declarado en particular por el testigo Alejandro José Ocampo Mora.

No encuentra el Tribunal que de la cláusula mencionada se desprenda una obligación contractual y mucho menos que tenga una entidad tal que pudiera ser suficiente para impedir o neutralizar las pretensiones.

Por lo anterior el Tribunal no accederá a declarar probada la excepción planteada.

### **5.3. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES.**

#### **5.3.1. Primera pretensión principal.**

En su primera pretensión principal la convocante solicita que se declare que el IDRD incumplió el contrato.

En el alegato de conclusión manifiesta que durante el desarrollo del contrato ocurrieron fallas que se originaron en la errónea concepción del mismo, lo que dio lugar a las modificaciones que tuvieron que introducirse tanto en el objeto contratado como en su precio y en el plazo para su ejecución. Esta acusación la basa en que el IDRD “en forma negligente y con culpa grave OMITIÓ informar o bien al CONSULTOR o a los proponentes la presencia de tubería de gran diámetro que hubo de aparecer en desarrollo de la actividad de cimentación profunda” (Página 60 del Alegato de conclusiones).

Como prueba de la omisión de información cita el Memorado N° 1322000-027142 del 10 de agosto de 2004 (Cuaderno de pruebas N° 8, f. 153), con el que el jefe de la División de Interventoría del IDRD le envía al Jefe de la División Técnica del mismo Instituto “copia del oficio del Acueducto N° 0820-2004-0284 con radicado N° 14546 IDRD del 4 de agosto de 2004, donde describen y anexan copia del oficio N° 7200-2001-U-0730 del 22 de mayo de 2001, en el cual se le informa al Instituto de la existencia de redes de alcantarillado en dos tubos de diámetro 2 metros, los cuales atraviesan el predio de sur a norte por la proyección de la Transversal 39 (ubicación actual del proyecto)”.

En los hechos de la demanda concreta la acusación de incumplimiento en fallas en la información y en las especificaciones técnicas suministradas en la licitación, consistentes en que los estudios previos que sirvieron de apoyo al pliego de condiciones publicado por el IDRD, base de la oferta presentada por el Consorcio, fueron insuficientes puesto que no permitieron conocer la existencia de la tubería o colector de aguas lluvias que fue detectada durante la ejecución del pilotaje, insuficiencia que también se evidenció en la cantidad de ítems adicionales que tuvieron que ordenarse y/o autorizarse durante el desarrollo del proyecto (Demanda p. 50).

Como prueba de la insuficiencia en la información señala las modificaciones introducidas al contrato, sin que la razón de ninguna de ellas fuere imputable al contratista. Para respaldar esta afirmación cita diversas cartas, memorandos e informes del mismo contratista; de la interventoría; de los supervisores del IDRD y de su Dirección Técnica, que sustentaron los otro sí, adiciones y prórrogas introducidas al

contrato. Transcribe, en su alegato de conclusiones, apartes del testimonio del interventor de la obra, Sr. César Augusto Díaz Nieto; de funcionarios del IDRD encargados de la supervisión: Srs. Jorge Eduardo Diab Quimbayo y Lewis Enrique Brunal Ríos; de la Subdirectora Técnica del IDRD, Sra. Olga Lucía Silva; Diego Albeiro Narváez Sánchez, funcionario de la Subdirección Técnica de Construcciones del I.D.R.D. (Alegato de Conclusiones p. 33); del arquitecto Edgar Alfonso Solano Romero, miembro del equipo del consultor Arias Serna Saravia (Alegato de Conclusión p. 40); de la Sra. Sara Isabel López, designada por el consorcio contratista directora del proyecto, desde el mes de enero de 2005 (ps. 9 a 44 del alegato); todos ellos coincidentes en la necesidad de efectuar ajustes al contrato, por diversas razones, tales como: la aparición del tubo (Sr. Diab, respuesta al doctor Oliveros p. 18 alegato de conclusión); lo apretado del plazo (Sr. Díaz, interventor de la obra en respuesta al convocante (p. 17 del alegato); la mayor cantidad de obra y obra nueva no presupuestada (Sr. Díaz, p. 17; Sr. Brunal, ps. 19 y 20; Sara Isabel López, p. 21); falta de recursos (Sra. Silva, p. 27) y la complejidad de la obra (señores Díaz, Diab, Brunal).

### **5.3.1.1. Omisión de información.**

El cargo de incumplimiento por OMISIÓN no fue presentado en la demanda sino agregado en el alegato de conclusión, por lo tanto, el demandado lo desconoció y al desconocerlo no pudo controvertirlo. Siendo esto así, el Tribunal lo desestima porque de no hacerlo estaría violando los derechos fundamentales de defensa y debido proceso, consagrados en el artículo 29 nuestra Constitución.

No obstante lo anterior, el Tribunal quiere hacer algunos comentarios sobre el documento del 10 de agosto de 2004, que se acopió en la diligencia de inspección judicial (pero que ya para entonces hacía parte del expediente, como que fue anexado por el apoderado de la demandada, Dr. César Hoyos en su contestación a la demanda) única prueba con la que el demandado pretendió sustentar el cargo de omisión que se rechaza.

Como se transcribió en el numeral 6.2.1, se encuentra en el expediente el oficio interno del IDRD, fechado 10 de agosto de 2004 (Cuaderno de pruebas número 4, f. 184 y Cuaderno de pruebas N° 8, f. 153), con el cual el jefe de la División de Interventoría del IDRD dice enviarle al Jefe de la División Técnica del mismo Instituto “copia del oficio del Acueducto N° 0820-2004-0284 con radicado N° 14546 IDRD del 4 de agosto de 2004, donde describen y anexan copia del oficio N° 7200-2001-U-0730 del 22 de mayo de 2001, en donde se le informa al Instituto de la existencia de redes de alcantarillado en dos tubos de diámetro 2 metros, los cuales atraviesan el predio de sur a norte por la proyección de la Transversal 39 (ubicación actual del proyecto)”.

De la lectura de este documento se desprende que la EAAB informó sobre la existencia de dos tubos de redes de alcantarillado e indicó la dirección en que atravesaban el predio, pero no precisó su ubicación exacta, indispensable en un terreno de esa extensión en el cual se va a emplazar una importante construcción. Además, se trata de una información del año 2001, en tanto que la licitación para la construcción del Complejo Acuático se abrió en el año 2003, lapso dentro del cual cualquier empresa de servicios públicos ha podido extender sus redes y la misma EAAB ha podido diseñar o instalar unas nuevas.

El oficio de mayo de 2001 de la Empresa de Acueducto es citado, igualmente, por el Director de Proyectos de Arias Serna Saravia, en comunicación dirigida al IDRD el 29 de septiembre de 2004 (Cuaderno de pruebas N° 3, fs. 64 a 69). Allí hace un recuento de las actividades realizadas por esa firma respecto del colector de aguas lluvias encontrado bajo el proyecto cuando se estaba construyendo y del que, como también lo afirma ARIAS SERNA SARAVIA “el IDRD desconocía la ubicación real del colector”. Agrega que, no obstante el mencionado oficio de la EAAB de mayo de 2001, “[e]n desarrollo del proyecto hidrosanitario se consultó la plancha H-40 de aguas lluvias de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en la cual se observa la presencia de un colector de aguas lluvias proyectado del costado oriental del predio. A partir de la información de dicha plancha,

que igualmente consigna la presencia de dos pozos sobre la rotonda de la transversal 39 con calle 63 de los cuales únicamente el pozo localizado en el costado occidental de la rotonda es evidenciable físicamente y con base en las medidas y ángulos que aparecen en el plano, se proyectó el colector con los datos oficiales disponibles de la empresa de acueducto”.

A su turno, el director de la interventoría externa del proyecto, Ingeniero César Augusto Díaz Nieto, en carta del 20 de mayo de 2004, dirigida al ingeniero Diab, supervisor de la obra, informa que al día siguiente de haberse encontrado el tubo, fue a la Empresa de Acueducto de Bogotá, para, sobre planos del sector, localizar la causa de la interferencia. Indica que “Esta labor fue infructuosa ya que en la Empresa de Acueducto no se conocía de dicho conducto”. (Cuaderno de pruebas N° 14, f. 99) y, en carta del 23 de junio de 2004 (Cuaderno de pruebas N° 8, fs. 98 a 100), informa al mismo ingeniero Diab, sobre las reuniones con la EAAB con el siguiente resultado: “Se realizaron reuniones en obra entre el IDRD, Diseñador, Contratista e Interventoría y se solicitó a la EAAB la información de redes construidas en el sector de la plancha h 40 donde se muestra un colector de ALL en una ubicación diferente a la que realmente se precisó en obra, esta consecución de información se dio el día 19 de mayo de 2004”. Y ante el Tribunal declaró que “se encontró que en fondo del piso del lote, existieron unos tubos que nadie tenía la más mínima idea de que estaban ahí...” (Cuaderno de pruebas N° 10.1, f. 234) “la EAAB por ejemplo desconocía que esos tubos estaban metidos ahí, eso no tenía por qué saberlo la firma contratista, eso no tenía por qué saberlo la firma interventora, cuando se empezó a desarrollar ese proyecto, yo recuerdo que el Instituto, lo que uno hace siempre, cuando uno va a desarrollar un proyecto en un lote pues uno le pregunta a las entidades que manejan los servicios, esto es apto? Esto aquí podemos hacer esta obra, son las respuestas que le dan a uno cuando le dan a uno una licencia de construcción” (Cuaderno de pruebas N° 10.1, f. 239).

Hay más pruebas en el expediente que dan cuenta de que la ubicación de la tubería indicada por la EAAB no correspondía a aquella en donde realmente se encontraba.

En acta sin número de la reunión del Comité de Obra del día 22 de mayo de 2004 (Cuaderno de pruebas N° 6, fs. 131 a 133), se consignó que el 18 de mayo “durante el proceso de excavación del pilote 324, en la zona de piscina de entrenamiento” se encontró “a una profundidad aproximada de 10 metros, un tubo de 2 metros de diámetro” que ni en los planos de la obra ni en los de la EAAB “figuraba dentro del predio del proyecto”.

Frente a tal situación, según se lee en la bitácora de obra del 21 de mayo de 2004 (Cuaderno de pruebas N° 2, f. 487) y lo testifica, entre otros, el ingeniero Diab, el equipo contratista y los interventores se reunieron con los ingenieros de suelos y decidieron realizar una excavación para ubicar los posibles tubos de un colector de aguas lluvias. Asimismo y con el fin de “ver que había allá porque no teníamos ni idea” acordaron hablar con funcionarios de la EAAB y decirles, según el mismo testimonio del Ingeniero Diab:

... que acá, nos está apareciendo una tubería miraron en un plano que nos habían entregado a nosotros, en ese plano no apareció ninguna red de esas.

Investigando después de varios meses después de que habíamos pasado todo, apareció algo que sí que ahí habían unos planos viejos los cuales no suministraron para el desarrollo del proyecto, ni para los diseños, ni para la construcción, que sí que ahí iba una tubería de 2 metros de diámetro (Cuaderno de pruebas N° 10.1, f.10).

El ingeniero Brunal, que apoyaba la Subdirección técnica en la supervisión de las obras, a la pregunta del apoderado de la demandada, Dr. César Hoyos: “¿Usted cree que ese hecho de los tubos lo debía conocer el IDRD o el suelista?” respondió:

No es el suelista, bueno el suelista también tienen toda la razón, es del ingeniero de Plinco, la empresa que hizo el diseño hidrosanitario, porque en el plano aparecía el tubo conector o el tubo donde iban a evacuar las aguas negras del proyecto y las aguas jabonosas, aparecía por el

Parque El Lago y el tubo no existía en el Parque El Lago está exactamente en el Complejo.

Entonces digamos que eso desvió cualquier observación en diferencia a que los tubos pudieran estar debajo del Complejo, la información que él le entregó no correspondía.

Continúa preguntando el apoderado de la demandada:

¿A pesar de lo que le correspondía hacer al ingeniero de suelos y al diseñador de Plinco se dio esa circunstancia? SR. BRUNAL: Si señor porque cuando fuimos al Acueducto a averiguar por esos tubos en el Acueducto tampoco tenían información, había unos planos de una obra proyectada pero no ejecutada (Cuaderno de pruebas N° 10.1, fs. 33 vuelto y 34).

Y cuando el mismo testigo es interrogado por el Dr. Oliveros sobre si se tenía conocimiento de la existencia de la tubería, el Sr. Brunal contesta “y fue cuando se hizo una consulta al Acueducto y aparecieron unos en un plano de proyección, no de construcción, el Acueducto maneja planos de obras a proyectar y obras ejecutadas, aparece un plano de obras a ejecutar con un sistema de redes de alcantarillado que pasaba por ese sector”.

La arquitecta Silva, Subdirectora Técnica de Construcciones del IDRD en la época del proyecto, responde a una pregunta del apoderado de la Convocante que la EAAB “nos había dado una información de que no existía tubería y nosotros la estábamos encontrando” (Cuaderno de pruebas N° 10.1, f. 42 vuelto).

En resumen, la comunicación del mes de mayo de 2001 de la EAAB, no prueba la OMISIÓN que el demandante le imputa al Instituto.

### **5.3.1.2. Deficiencias de información.**

El incumplimiento por deficiencia en la información, lo fundamenta la convocante en: (i) que las condiciones del pliego de la Licitación 040 de 2003, que tuvo en cuenta el contratista para la elaboración de su propuesta, fueron cambiadas durante la ejecución del contrato y (ii) que, luego de su celebración, el contrato sufrió modificaciones en su objeto, plazo y precio, por causa de su “indebida estructuración”, todo lo cual constituye una clara violación al principio de la planeación que debe orientar la contratación estatal.

En su alegato de conclusión destaca que el Instituto fue el que “precisó y determinó el objeto del contrato, su precio y su plazo” y que “la información entregada por la entidad, la única que fue publicada, hacía parecer que era consistente, completa y clara, la misma que, a la postre, resultó induciendo en error al CONTRATISTA”, y hace la salvedad de que a dicho contratista, bien en esta calidad o en la anterior de oferente, no le competía, ni le correspondía advertir tal situación.

Sobre el particular, manifiesta el apoderado de la demandada, con soportes documentales y testimoniales, que para la elaboración del pliego de condiciones el IDRD se asesoró de los expertos más idóneos seleccionados a través de un concurso de méritos, para la elaboración de “anteproyectos arquitectónico (sic) y diseños técnicos del Complejo Acuático”(Cuaderno pruebas N° 10., f. 38 vuelto) y que “el soporte de la licitación pública fue justamente la entrega del producto del contrato Arias Serna Saravia” (Cuaderno de pruebas N° 10.1, f. 39 vuelto) y, el estudio de suelos, realizado por un reconocido profesional. Considera que tales estudios y diseños no eran insuficientes, sino que por tratarse de una obra de gran magnitud y complejidad, tendrían que adecuarse durante su ejecución, como lo preveían los propios pliegos (numeral 6.2.15) y las cláusulas octava, novena, décima segunda, décima tercera y décima cuarta del contrato.

Añade que no puede pedirse infalibilidad a la planeación sino racionalidad y que la preparación del contrato 017 fue razonable, pues, no sólo cumplió con todos los procedimientos de ley sino que contó con todos los estudios técnicos requeridos, elaborados por destacados profesionales de la arquitectura y de la ingeniería. Precisa que lo “razonable” de la planeación debe “analizarse en relación con la

magnitud y complejidad de la obra contratada” y tener en cuenta la modalidad de pago que para el caso fue el de precios unitarios.

El Tribunal verificó a folio 2 del cuaderno de pruebas número 4 que como resultado del contrato de consultoría N° 595 de 2003, cuyo objeto fue la elaboración del proyecto arquitectónico definitivo, la contratación de los estudios técnicos requeridos y la supervisión arquitectónica del Complejo Acuático Simón Bolívar, se entregaron al Consorcio, entre otros, los siguientes documentos: planos arquitectónicos, formulario de cantidades y especificaciones técnicas, estudio de suelos, planos de las estructuras metálicas y en concreto, planos y especificaciones hidrosanitarias y de gas, planos topográficos, y planos y proyecto eléctrico.

Durante el proceso licitatorio se celebró una audiencia de aclaraciones para que los oferentes solicitaran las precisiones que consideraran necesarias sobre las condiciones de la licitación y además se hicieron circular entre todos los proponentes las respuestas a las consultas formuladas por cada uno de ellos.

Era de público conocimiento que el contratante aspiraba a utilizar el Complejo Acuático para unos juegos nacionales próximos a realizarse, y todos los interesados en la ejecución de las obras conocieron de las modificaciones introducidas al pliego licitatorio, tanto para adicionar el presupuesto, como para suprimir una parte de la obra (la piscina de niños). Estos hechos ponen de manifiesto que el IDRD, fue transparente con los proponentes, en cuanto a sus propósitos y a la necesidad de introducir cambios en la medida en que resultare necesario y sus disponibilidades presupuestales se lo permitieran. El Complejo se diseñó y se licitó sobre la base de que tendría ajustes durante su ejecución, lo que no constituye una violación al principio de planeación, orientador de la contratación pública, en tanto que existía la necesidad de realizar la obra, se disponía de los elementos y estudios esenciales para su desarrollo; se contaba con presupuesto y con capacidad financiera para sumir las obligaciones y se optó por desarrollarlo por etapas y por el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste, sistemas que se acomodan más a proyectos complejos y cuyos detalles no están, ni pueden estarlo, totalmente definidos antes de su iniciación.

La convocante enfatiza que la improvisación en la planeación se evidencia en el mayor número de ítems ejecutados frente a los presupuestados, tema sobre el cual indagó a casi todos los testigos que comparecieron al proceso, de cuyas declaraciones el Tribunal destaca lo que considera más pertinente.

Al ingeniero Díaz, director de la interventoría externa, cuya imparcialidad resalta la convocante, le preguntó si consideraba que hubo una debida planeación del proyecto y si era normal y mostraba una debida planificación “el que en un contrato con 300 ítems originales tengan que pactarse 800 más por concepto de obra extra o nueva” (alegato de conclusión p. 124). La respuesta fue que el número sí era considerable, que no era normal, pero que se trataba de un proyecto de gran magnitud, que no era común y corriente, que era difícil y que el sistema de pago era el de precios unitarios”. También manifestó que “se presentaron situaciones que obligaron a cambiar muchas cosas por la presencia de interferencias que se hubieran podido prever con estudios muy completos” y recuerda la presencia de los tubos así: “la EAAB por ejemplo desconocía que esos tubos estaban metidos ahí, eso no tenía por qué saberlo la firma contratista, eso no tenía por qué saberlo la firma interventora”.

Frente a la misma pregunta los demás testigos aceptaron que se adicionaron muchos ítems, pero que era más por el sistema de precios unitarios que obligaban a detallar cada uno de ellos, así no fueran de valor significativo, y sin que modificaran el proyecto, sino algunos detalles de la construcción.

El apoderado de la demandada afirma que los ajustes que se introdujeron al proyecto no fueron de fondo, ni modificaron lo básico del mismo, y en relación con el número de ítems nuevos, con apoyo en las declaraciones de varios de los testigos que intervinieron en la obra, Diab, Brunal y Díaz, señala que aunque lo voluminoso de su número parezca anormal, no lo es, dada la discriminación que se requiere hacer cuando se contrata con precios unitarios, por lo que muchos de los ítems nuevos eran irrelevantes en su valor. Dice que el contratista disponía de toda la información técnica necesaria e

interroga al supervisor de la obra, ingeniero Diab, quien manifiesta al respecto que lo único extraordinario, que no aparecía en los estudios fue el tubo; que por lo demás, se disponía de los estudios y de los recursos necesarios para ejecutar el proyecto. Concluye el apoderado de la demandada que esta cumplió con todas sus obligaciones contractuales y que las modificaciones y adiciones introducidas al contrato, además de estar previstas en los pliegos y en su texto, fueron convenidas de común acuerdo y las obras adicionales e ítems nuevos, se pagaron al contratista, como lo reconoce la propia Dra. López en su testimonio al Tribunal (Cuaderno de pruebas N° 10.1 folio 81 vuelto).

Para el Tribunal es claro, como lo afirma el demandante, que al contrato se le introdujeron tres modificaciones; lo que no encontró probado fue que se debieran a la improvisación o falta de planeación del contratante.

Tampoco encontró probado que el IDRDR hubiera inducido en error al proponente, luego contratista, con los documentos de la licitación; por el contrario pudo verificar que, por ejemplo, en el Anexo A "Estructura" del Pliego, se dice explícitamente que sólo con pilotes de tornillo continuo pueden esperarse expansiones del 9%, no obstante lo cual, el Consorcio presupuestó este porcentaje de expansión, sabiendo que el sistema de pilotaje que iba a utilizar era el tipo tremie sin siquiera utilizar camisas y sabiendo que el terreno había sido objeto de rellenos (Cuaderno de pruebas N° 1, fs. 464 y 464 vuelto)

Era igualmente claro para el proponente, luego contratista, que el precio proyectado para el acero era insuficiente, porque así lo habían manifestado varios proponentes en comunicaciones que el IDRDR circuló entre todos ellos, junto con su respuesta en que ponía de presente la existencia de mecanismos jurídicos para afrontar la situación, si llegare a presentarse un alza del acero superior a la estimada.

Dentro de los elementos integrantes de la planeación contractual, se encuentra la previsión de mecanismos que permitan la correcta selección de contratistas, para lo cual las entidades deberán requerir de los mismos las calidades que la complejidad de las obras demande y la experiencia que acredite su capacidad técnica en la ejecución de trabajos similares.

Verificó el Tribunal las calidades exigidas en el pliego de la licitación a los interesados en presentar oferta (Cuaderno de pruebas N° 1, fs. 475, 475 vuelto, 476 y 476 vuelto) y la experiencia en la construcción de obras de envergadura que acreditaron los miembros del consorcio Complejo Metropolitano (Propuesta. Cuaderno de pruebas N° 2, fs. 151 a 158), así como el conocimiento e idoneidad profesional de sus miembros, calidades que tuvo en cuenta el IDRDR al momento de la adjudicación.

Demostrada como está la capacidad técnica del consorcio, es evidente para el Tribunal que estaba en óptima situación para valorar la información recibida del IDRDR, para verificarla y medir, de acuerdo con su experiencia y conocimientos, si las condiciones del pliego se podían cumplir o no. Hecho ese análisis ofertó, habría podido no hacerlo, e incluyó el presupuesto elaborado de acuerdo con el formato 3 del pliego. Afirma el demandante, que al Consorcio no le competía, ni le correspondía revisar los documentos entregados por el Instituto a los proponentes, ni podía separarse del presupuesto estimado por la entidad. En opinión del Tribunal, no sólo le competía y le correspondía, sino que estaba obligado a hacerlo, todo ello dentro del marco de los derechos y deberes que establece el Estatuto General de Contratación, particularmente en los artículos 3 y 24 de la Ley 80 de 1993.

Lo anterior lleva a concluir que de aceptar esta pretensión se estaría, además, justificando una conducta omisa de quien habiendo podido manifestar oportunamente las inconsistencias y dificultades del pliego, así como la estrechez del plazo y las limitaciones presupuestarias que sólo dice haber advertido poco después del inicio de la ejecución de las obras, no lo hizo.

Bien sabido es que a nadie le es dable alegar su propia culpa o su propia torpeza (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans). Del acervo probatorio analizado resulta evidente que no sólo los

proponentes estaban en capacidad de revisar la información, sino que en ningún momento la que suministró el Instituto fue presentada de manera que pudiera inducir a error a los proponentes o a los contratistas como lo ha afirmado el apoderado de la convocante.

Como consecuencia de las razones expuestas, en Tribunal negará la pretensión primera.

### **5.3.2. Pretensión subsidiaria a la primera y segunda pretensión.**

Analizada la pretensión principal bajo la figura del incumplimiento contractual se estudiará, ahora, la subsidiaria de la principal a la luz de la teoría de la imprevisión, como lo solicita la parte convocante. Pero antes se detendrá el Tribunal a precisar si el desequilibrio alegado en la demanda fue restablecido mediante los otrosí, adiciones, prórrogas y acta de acuerdo económico de diciembre de 2004, que se suscribieron entre el IDR D y el contratista, como lo afirma el apoderado de la convocada (Contestación demanda p. 9).

Vista el Acta de Acuerdo de diciembre de 2004, mediante la cual se restablece el equilibrio económico del contrato de obra pública N° 017 de 2004, única que por este concepto reposa en el expediente; revisadas todas y cada una de sus consideraciones y todos los estudios previos que le sirvieron de base, es claro que tanto de su contenido como de sus antecedentes, el restablecimiento en ella acordado se refiere exclusivamente al desequilibrio económico ocasionado por la inusitada alza del precio del acero. Así lo dice en su parte final:

De conformidad con lo anteriormente expuesto las partes acuerdan lo siguiente: PRIMERO: Restablecer el equilibrio económico del contrato de obra pública 017 de 2004, por concepto de reajuste de los precios del acero estructural y del acero de refuerzo en la suma de OCHOCIENTOS TRECE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$ 813.493.865) (Cuaderno de pruebas N° 2, fs. 423 a 425).

Además, este acuerdo responde a la solicitud que el 3 de agosto de 2004 hizo el contratista por concepto del incremento del precio del acero, por ello, en el acta se señalaron con precisión, como lo manda el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, las cuantías, las condiciones y la forma de pago que deben contener los acuerdos de restablecimiento de la ecuación contractual, sólo en relación con el hierro o el acero.

Con el reconocimiento consignado en este acuerdo, es claro entonces que, contrario a lo que afirma el demandado, no quedó subsanado el desequilibrio que por mayor permanencia en obra, por mayores volúmenes de concreto y por el encamisado de los pilotes demanda al Tribunal la parte convocante. El reconocimiento por estos conceptos le fue expresamente negado al contratista mediante Oficio N° 24871 del 15 de diciembre de 2005, suscrito por la Dra. Olga Lucía Silva, Subdirectora Técnica de Construcciones del IDR D (Cuaderno de Pruebas N° 3, fs. 191 a 204), como respuesta a la reclamación que presentó el Consorcio ante el IDR D el 26 de agosto de 2004 (Cuaderno de Pruebas N° 3 folios 191 a 204 y cuaderno de pruebas N° 3, folios 176 a 190), razón por cual los integrantes del Consorcio convocaron el Tribunal de Arbitramento.

Tampoco el otrosí, adición y prórroga N° 1 suscrito el 5 de noviembre de 2004 ni el contrato adicional N° 2 y prórroga N° 2 cubrieron estos valores, tal como obra en el oficio antes mencionado, en la medida en que el instituto entendió que se trataba de costos comprendidos en el concepto de AIU, como lo reitera la contestación de la demanda

Descartado como está que el desequilibrio alegado por la convocante hubiese sido subsanado, como lo afirma el apoderado del IDR D, se analiza ahora la pretensión por la cual el contratista pide que se declare que durante la ejecución de contrato se presentaron circunstancias imprevistas e imprevisibles, no imputables a él y que le hicieron excesivamente oneroso el cumplimiento de sus obligaciones y, en consecuencia, se condene al IDR D al pago de perjuicios y/o sobre costos.

Como circunstancia imprevista e imprevisible ya se reseñó en el capítulo de los hechos el sorpresivo hallazgo, el 18 de mayo de 2004, de dos tubos, cada uno de dos metros de diámetro (Acta sin número de la reunión del Comité de Obra del día 22 de mayo de 2005), tubería sobre la cual el contratante no tenía conocimiento por cuanto no había sido reportada en el estudio de suelos que le fue entregado (Cuaderno de pruebas N° 1, f. 94 vuelto).

Sostiene que esa circunstancia, ajena al él, fue la causa del rompimiento del equilibrio contractual dado el alto incremento de costos que aparejó para el cumplimiento de su objeto, el verse precisado a utilizar mayor volumen de concreto; a emplear camisas metálicas en el pilotaje, por orden de la interventoría y del Comité de obra, y por la mayor permanencia en obra, y como todas estas peticiones le fueron negadas mediante Oficio N° 24871 del 15 de diciembre de 2005, suscrito por la Dra. Olga Lucía Silva, Subdirectora Técnica de Construcciones del IDRD (Cuaderno de pruebas N° 3, fs. 176 a 204).

Ante el Tribunal el apoderado del IDRD respondió a la pretensión de reconocimiento por el mayor volumen de concreto, distinguiendo dos situaciones:

(i) el mayor consumo de concreto en los pilotes que coincidieron con los 2 tubos, que puede atribuirse a un hecho imprevisto, y (ii) el mayor consumo de concreto en de los demás pilotes, que puede atribuirse a hechos previsibles.

(ii) Sostiene que el hallazgo de los “dos tubos de una red de aguas lluvias abandonadas por la EAAB, que no figuraban en los planos que dicha EAAB suministró para los estudios de suelos” fue calificado por el representante legal del Consorcio Complejo Metropolitano y por su apoderado como un “hecho imprevisto” para, así, enmarcarlo en la teoría de la imprevisión y afirmar que “por eso se rompió el equilibrio económico del contrato”. Pero a partir de este planteamiento, montó una falacia para extender la causa del mayor consumo de concreto en la fundida de unos pilotes determinados a todos los construidos, y no sólo a los que coincidieron con los 2 tubos de la EAAB”.

Para los mayores volúmenes de concreto consumidos en los pilotes que coincidieron con los dos tubos de aguas lluvias, se acoge al concepto del director de interventoría externa, Ing. César Augusto Díaz Nieto, contenido en el oficio HCI-151 del 9 de agosto de 2004, Radicado 14884 IDRD -04-10-12:45, según el cual “estos arrojaron una cantidad de 194.13 M3 que liquidada a \$ 290.379.00 dio un total de \$ 56.371.275,27”, monto que representa, aproximadamente, un 0.40% del valor total del contrato inicial, lo que no constituye una afectación considerable que tornara excesivamente oneroso el cumplimiento de las obligaciones contractuales del Consorcio Complejo Metropolitano y, por lo tanto, no encajan en la teoría de la imprevisión.

Agrega que con las medidas adoptadas por el IDRD al aumentar el anticipo del 30% al 40% y adicionar el contrato con obras, para llegar a un total de \$ 20.130.913.426,00, el supuesto desequilibrio económico se diluyó y no produjo la perturbación profunda que exige la teoría de la imprevisión.

(iii) En relación con el mayor consumo de concreto en la fundición de los pilotes que no coincidieron con los 2 tubos encontrados, su causa la atribuye a la calidad del suelo, advertida en el estudio del Ing. Alfonso Uribe Sardiña; a la maquinaria utilizada; al sistema constructivo empleado, y al tiempo de ejecución en la fundida, ninguna de las cuales puede considerarse como no previsible, por lo que el Consorcio pudo y debió preverlas y conjurarlas.

Como prueba de sus afirmaciones menciona las constancias en las actas de obra, en la bitácora y en otros documentos, así como varios testimonios en donde se cuestiona la maquinaria empleada, la demora en los tiempos de fundida, el no empleo del encamisado recomendado y la ausencia de ingeniero en el lugar de la fundida de los pilotes para orientar la misma. Expresa que objetó el dictamen pericial porque confunde los mayores volúmenes de concreto vertidos en los pilotes que coincidieron con los 2 tubos de aguas lluvias encontrados, con los consumos de concreto por razón de la “expansión” que tuvieron los demás pilotes y por las demás razones consignadas en el memorial de objeciones.



Sobre el costo que el Consorcio reclama por la utilización de las camisas metálicas, el apoderado del IDRD dice que el contratista emplea la misma falacia. El razonamiento en este caso es que por estar las camisas correlacionadas con los pilotes y haber coincidido algunos de ellos con 2 tubos de la EAAB, entonces debe reconocerse el valor de las camisas metálicas empleadas para sortear las mayores expansiones.

Además, afirma que el uso de las camisas era una obligación contractual ya que el mismo Consorcio Complejo Metropolitano las recomendó en su Metodología de Trabajo, cuando expresa en el punto 4: "... Se coloca una camisa metálica para sujetar la tubería y la armadura. Diámetro de la camisa, 2.5 - 3 cm mayor que el pilote. Su colocación no es indispensable pero se recomienda".

Refiriéndose a la prueba con el encamisado que ordenó el Comité de Obra, considera que su uso no se podía dejar de lado porque una sola prueba o ensayo no era suficiente para demostrar que el "encamisado no servía para evitar la mayor expansión, cuando la ciencia y la técnica de la Ingeniería lo recomiendan para esos fines. Y esto es lo que se deduce de la recomendación dada por la firma del Ingeniero Alfonso Uribe y Cía. y Arias Serna y Saravia S.A.", recomendación que coincidía con lo previsto en el Anexo A Estructura Capítulo 19 numeral 19.1.2. del pliego de condiciones.

En resumen, el apoderado del IDRD sostiene que no se dieron los supuestos necesarios para la aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que, salvo en unos pocos pilotes fundidos sobre los tubos, las mayores expansiones de concreto y el uso de las camisas no se debieron a la tubería y, por lo tanto, no pueden considerarse imprevisibles y que, además, el costo de las expansiones atribuibles al imprevisto son insignificantes en relación con el valor del contrato y, por ende, no rompe la ecuación económica.

### **5.3.2.1. Teoría de la Imprevisión.**

Al momento de concretarse una relación de negocios se establecen las prestaciones que corresponden a cada parte, las que en el caso de los contratos conmutativos, se entienden equivalentes de acuerdo con los intereses de cada una de ellas. El mantenimiento de esta equivalencia a lo largo de la ejecución del contrato es en lo que consiste su equilibrio; es la llamada ecuación económica del contrato.

La experiencia muestra que durante la ejecución de los contratos de obra pública, cuya realización requiere de mediano o largo plazo, no es infrecuente que, por diversas razones, se presente algún hecho o acontecimiento que rompe el equilibrio de la ecuación económica, de tal manera que su cumplimiento resulte lesivo para una de las partes.

Hay circunstancias, cuya multiplicidad y variedad no permiten que se puedan precisar e identificar previamente a la celebración de un contrato de obra, que corresponden a contingencias que se espera que ordinariamente ocurran y, por ello, se las considera que les son inherentes, pero que, dada la alta probabilidad de su presencia, permiten que el contratista las cubra anticipadamente agregando un porcentaje al presupuesto liquidado sobre el monto del mismo, porcentaje que va a aumentar sus utilidades en caso de que no se presenten. Son los considerados riesgos normales que, aunque no se pueden predeterminar individualmente, se espera que sucedan.

Además del riesgo considerado normal, inopinadamente también puede presentarse algún hecho o acontecimiento que no es posible, razonablemente, pensar que suceda y que no se espera que ordinariamente ocurra. Se trata de eventos realmente impensables, realmente imprevisibles para las partes, no obstante su experticia y su profesionalismo, sobre los cuales no se tiene ni siquiera un leve indicio y que, por su impredecible aparición, a pesar de que pueden llegar a alterar en forma importante la ecuación económica y financiera contractualmente acordada, no pueden ser calculados con anticipación, pues su carácter impide cuantificarlos antes de la celebración del contrato y, de ahí, que se les considera y trata como riesgo anormal.

La inesperada ocurrencia de un acontecimiento de estas características dio lugar a la creación de la

llamada Teoría de la imprevisión. Esta teoría tuvo origen en jurisprudencia del Consejo de Estado francés, en fallo de 1916 proferido con ocasión de la excesiva alza de los precios del carbón, ocasionada por la ocupación de las zonas carboníferas durante la primera guerra mundial. La teoría fue acogida por la jurisprudencia colombiana a partir de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de octubre de 1936 (casación de 29 de octubre de 1936, XLIV, p. 457) y, desde entonces, ha sido constantemente reiterada por el Consejo de Estado y por los Tribunales de Arbitramento nacionales. Pero a pesar de que jurisprudencialmente sólo se la conoce a partir de 1936, nuestro ordenamiento jurídico la contempla como norma sustantiva desde hace más de dos siglos, con la adopción en 1873 del Código Civil aún vigente.

Es así como el Código Civil, en su artículo 2060 numeral 2 dispone que cuando “circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si este rehúsa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda.”

Con posterioridad al Código Civil, el Código de Comercio, en su artículo 868 ordena al juez “los reajustes que la equidad indique” cuando se presenten “circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa”.

El estatuto de la contratación estatal (Ley 80 de 1993) también manda en su primer inciso del artículo 27 que: “[e]n los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”.

En concordancia con el artículo 27, el artículo 5 del mismo régimen contractual prescribe que con el fin de que el valor intrínseco de la remuneración pactada con los contratistas no se altere o modifique durante la vigencia del contrato, estos tienen “derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.

Las anteriores normas tienen un denominador común: conservar el equilibrio económico de los contratos, cuyo rompimiento puede tener origen tanto en hechos ajenos a las partes, como en causas lícitas atribuibles a la administración (jus variandi y el hecho del príncipe) y en causas contrarias a la ley (incumplimiento de la entidad estatal).

Los contratos de obra pública no son aleatorios ni gratuitos, pero cumplen una función social que obliga a los contratistas a colaborar con el Estado en el logro de sus fines. De ahí que el restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica alterado por circunstancias aparecidas improvisamente no corresponde al pago de una indemnización para reparar un perjuicio causado por el fenómeno de la culpa en cualquiera de sus grados, ni por descuido, sino a una remuneración que por mandato legal se debe, para colocar al contratista cumplido en condición de no pérdida, pero sin que la entidad contratante deba reconocer la utilidad que en otras circunstancias tendría derecho a percibir.

De la copiosa y reiterada jurisprudencia producida por el Consejo de Estado sobre el tema transcribimos el siguiente aparte:

La ruptura de la ecuación financiera de cualquier contrato puede verse alterada por actos o hechos de uno de los contratantes, como cuando uno de ellos no cumple con las obligaciones derivadas del contrato; o por factores exógenos a las partes del negocio o “teoría de la

imprevisión”, que involucra circunstancias extraordinarias, imprevisibles y sobrevinientes al nacimiento del contrato y no imputables a una de las partes; es decir, externas al contrato pero con incidencia en él, todas ellas con características y requisitos propios para su configuración puestas en la situación concreta negocial (C. de E. Sección 3ª. SADEICO Vs. EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOG. Sentencia de julio de 2007).

La jurisprudencia arbitral acoge la llamada teoría de la imprevisión en el mismo sentido:

En un contrato administrativo, para que el contratista pueda invocar el estado de imprevisión, debe ocurrir un hecho anormal, imprevisible y extraordinario de los que razonablemente no se pueden prever.

La teoría de la imprevisión se refiere a acontecimientos anormales e imprevistos que ocurren durante la ejecución de un contrato y que tienen el efecto de aumentar considerablemente y en gran proporción las cargas económicas del contratista, afectando el equilibrio económico del contrato administrativo.

Esta teoría puede invocarse por los contratistas cuando se materializa el estado de imprevisión pero para ello debe darse un cierto número de condiciones.

La primera clase de condiciones hace referencia a la naturaleza del acontecimiento, a su objeto, a su imprevisibilidad y a causas externas en relación con las partes.

El hecho por tanto, debe ser anormal, imprevisible y extraordinario, de suerte que el contratista no hubiera podido razonablemente preverlo. Ese hecho que los tratadistas lo identifican como el álea extraordinaria (sic) excede las previsiones que pudieren tener en cuenta razonablemente las partes (Laudo arbitral. Trabajadores de Conseguridad Ltda. vs. Banco Cafetero. Cámara de Comercio de Bogotá, julio 15 de 1991).

Siguiendo la teoría de la imprevisión se tiene, entonces, que para que sea viable su aplicación deben confluír las siguientes condiciones:

1. Que el evento:

a) sea excepcional y no posible de prever al momento de la suscripción del contrato

b) sea ajeno a la voluntad de las partes

c) altere el equilibrio económico contractual en forma tal que haga especialmente gravosa su ejecución

2. Que el contrato sea de ejecución sucesiva y que su ejecución no haya sido suspendida.

#### **5.3.2.2. Sobre expansiones de concreto y actividad de encamisado.**

Definido el marco teórico de la teoría de la imprevisión, frente a esta se analizará lo acaecido durante la ejecución del contrato 017 de 2004.

Basado en las pruebas que obran en el expediente, encuentra el Tribunal que ni el IDR D ni el contratista tuvieron conocimiento previo de la existencia de los 2 tubos que funcionaron como colectores de aguas lluvia, de dos metros de diámetro cada uno, ubicados en el costado oriental del lote a una profundidad de 8 metros, que no habían sido reportados en el estudio de suelos que conformaba el paquete de documentos licitatorios.

Alega el contratista que el inesperado encuentro de la tubería alteró en forma considerable la ecuación económica contractual toda vez que, las exageradas expansiones exigieron, para el cumplimiento del objeto contractual, emplear mayor volumen de concreto y utilizar camisas metálicas en el pilotaje, ítem no incluido en su análisis de precios unitarios, no obstante lo cual, concluyó el objeto convenido.

Frente a este reclamo el apoderado del IDRD responde que correspondía al consorcio constatar “si el subsuelo realmente corresponde a los perfiles estratigráficos indicados en el estudio de suelos” (p. 13), lo cual demuestra que la “contratante previó, porque era previsible, que el suelo donde se construiría podía presentar problemas, como el que se dio en cuanto al pilotaje respecto a la mayor expansión y el hallazgo de los dos (2) tubos de aguas lluvias”. En el mismo escrito de respuesta destaca como “cuando el IDRD recibió el aviso que estaba obligado a darle el Contratista, procedió inmediatamente a poner el hecho en conocimiento del Ingeniero de Suelos y de los Diseñadores, para que modificaran como correspondía el diseño del pilotaje establecido y así se hizo. Esto fue lo que se previó frente al evento de no ser similar el subsuelo a los perfiles estratigráficos indicados en el estudio de suelos” (p. 9).

Como el reconocimiento del mayor volumen de concreto consumido en los pilotes que coincidieron con la tubería instalada por el Acueducto no lo discute el apoderado, en la forma en que se encuentra liquidado en el concepto del director de interventoría externa, Ing. César Augusto Díaz Nieto, contenido en el oficio HCI-151 del 9 de agosto de 2004, Radicado 14884 IDRD - 04-10-12:45, el Tribunal se concretará a analizar la discrepancia por el mayor volumen de concreto consumido en el resto de los pilotes y el uso de las camisas metálicas.

Es evidente que una tubería no hace parte de las materias que componen el exterior e interior de los suelos, por eso, cuando ni la detecta el estudio estratigráfico, que es el medio indicado para establecer si debajo de estos se encuentran cuerpos extraños, y ni la entidad responsable de mantener actualizados los planos de redes de los servicios públicos que presta la indica, su sorpresivo encuentro durante la excavación, constituye un hecho imposible de haberse podido razonablemente prever.

Consta en el expediente que, una vez iniciado el pilotaje, el contratista advirtió expansiones exageradas que llegaron hasta del 254%, y que exigieron un alto incremento de consumo de concreto en comparación con el histórico, circunstancias que, inmediatamente, puso en conocimiento del IDRD. Con el propósito de encontrar una solución a tal problema el Comité de obra, en reunión del 27 de abril de 2004, de acuerdo con el ingeniero de suelos Uribe Sardiña, ordenó hacer la prueba de encamisar un pilote. Ante esta propuesta, el contratista manifestó que la metodología constructiva aprobada no incluía el encamisado, por lo cual, presentaría el respectivo análisis de precios. Adicionalmente, contrató un nuevo estudio de suelos con la firma Espinosa y Restrepo y Cía. Ltda., que con fecha junio 15 de 2004 avaló el que había realizado Uribe Sardiña.

Se hizo la prueba fundiendo, en la misma zona, un pilote sin encamisar y otro encamisado. Su resultado fue que en el sin encamisar la expansión llegó al 41% y en el encamisado, al 40%. Tal resultado mostró que el encamisado ni era la solución ni contribuía a ella, por lo cual, el IDRD, según consta en el acta del Comité de obra del 2 de junio de 2004 “recomienda no fabricar más camisas, instalar las que ya tiene fabricadas y esperar el concepto del suelista”.

Si bien es cierto que no todos los pilotes coincidieron exactamente sobre los dos tubos, también los es que en el área cercana a estos, las expansiones fueron muy superiores a las tenidas por normales en estos terrenos, hasta el punto de que obligaron al replanteamiento de su ubicación para alejarlos de la zona crítica generada por los tubos.

De acuerdo con el concepto de los ingenieros de suelos, los peritos y la historia detallada de cada uno de los pilotes construidos (Cuaderno de pruebas N° 5 fs. 93 a 154) en los ejes cercanos a la tubería (K - L - M), las expansiones superaron con creces las estimadas normales y las cantidades de concreto que su construcción demandó fueron muy superiores a las teóricas. Sobre la influencia de la tubería en el subsuelo de esta zona, el perito Ing. Hernando Monroy Valencia dice “A lado y lado y entre las tuberías se produce una zona en la cual el suelo “*in situ*” se disturba, al igual que es claro la existencia de materiales filtrantes” (Dictamen pericial. Aclaraciones y complementaciones p. 10).

Según el responsable del estudio de suelos oficial, ingeniero Alfonso Uribe Sardiña, en concepto de fecha junio 15 de 2004 “las expansiones en el Depósito Lacustre de Bogotá, para pilotes no

encamisados y construidos manteniendo las excavaciones de lodos bentoníticos o polímeros, resulta en valores comprendidos entre el 15 y 20%” (Cuaderno de pruebas 3, fs. 53 y 54) y así lo acepta la Subdirectora Técnica de Construcciones del IDRD, Dra. Olga Lucía Silva Gutiérrez, en su oficio 043205 de 21 de diciembre de 2005, dirigido al representante legal del Consorcio:

... de acuerdo con lo expuesto en el estudio de suelos y lo consignado en la bitácora, el consorcio constructor debió asumir dentro de sus costos unitarios un 20% como porcentaje de expansión y no el 9% enunciado en la reclamación, el cual corresponde a una mala interpretación de las especificaciones, por cuanto se relaciona a un proceso constructivo diferente al utilizado en la obra y que por razones técnicas era imposible de implementar en el proyecto (Cuaderno de pruebas 12, f. 17).

En igual sentido se pronuncia el documento de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial (f. 11) del ingeniero Hernando Monroy Valencia.

El interventor Díaz afirmó que una expansión mayor a 25% es anormal (cuaderno de pruebas 8, f. 192), y el suelista contratado por el consorcio a raíz del mayor porcentaje de expansiones que se estaba presentando en el proceso, le responde al apoderado de la demandante: “... si a mi me llaman, si yo he hecho el estudio de suelos, me llama mi cliente, vea estoy teniendo el 30% ò el 35%, yo le digo pues es un número normal, hagamos un esfuerzo por controlarlo, pero no es número absurdo, lo que quiero decir es que un 25, 30% de expansión sería un número”.

El Ingeniero Álvaro Gutiérrez asesor geotécnico, en memorando del 29 de octubre de 2004 al Ingeniero Díaz, director de interventoría, señala respecto a los porcentajes de expansión que, teniendo en la calidad de los equipos, la experiencia del contratista en la construcción del tipo de suelos de la sábana de Bogotá, además de todos los factores adicionales del terreno, especialmente lo relacionado con la identificación de los rellenos, señala: “la práctica constructiva indica que para Bogotá, se debe trabajar con un porcentaje de expansión entre el 15% al 25%”. Para el caso presente se considera un promedio del 20% como porcentaje de expansión a tener en cuenta” (Cuaderno de pruebas N° 5, fs. 90 a 92).

En el citado estudio de suelos de Uribe Sardiña se lee que los valores normales entre el 15 y 20% son “sin tener en cuenta factores adicionales como el proceso constructivo, la verticalidad en excavación de las máquinas, el giro del balde sobre el eje, los tiempos de excavación y fundida y la dosificación de la mezcla bien sea bentonita o polímero. Pero cuando hay rellenos (...) la expansión puede aumentar”. Más adelante agrega que al revisar los resultados de la expansión en “zonas diferentes a la piscina y a la franja de pilotes del costado oriental, es posible concluir que se han obtenido expansiones en general típicas”.

Posteriormente, el ingeniero Uribe Sardiña, en escrito de septiembre 23 de 2004, reafirma su concepto de junio 5 de 2004 y da validez a la opinión de Espinosa y Restrepo en donde afirma que “a lo largo del eje K entre ejes I y M y por la presencia de una red de tuberías, con el suelo propio del proceso de su instalación y filtraciones se contribuyó a la expansión observada en el proceso de pilotaje de estos sectores”. Precisa que “las expansiones no convencionales ocurrieron en el sector oriental ya que al revisar los resultados de expansión en zonas diferentes a la piscina y a la franja de pilotes del costado oriental se obtuvieron expansiones típicas del depósito lacustre de la sabana” (Cuaderno de pruebas 3, fs. 62 y 63).

Al solicitarle aclaración al perito ingeniero Iván Gómez Villa, sobre el porcentaje de expansión aceptable, teniendo en cuenta los rellenos mencionados en el estudio de suelos de Uribe S., en forma clara respondió:

... los rellenos encontrados en las perforaciones efectuadas, según el informe de Suelos, variaban entre 2.9 y 11 metros, mientras que los pilotes debían tener una longitud entre 35 y 40 metros es decir que el máximo recorrido de un pilote entre relleno era de 11 metros o sea un poco más de una cuarta parte de su longitud máxima, mientras que el mínimo era de 2.9 metros o sea un siete

por ciento de su longitud máxima.

Con esta información era razonable estimar entre el 20 y el 25 por ciento del volumen del concreto utilizado en los pilotes (Cuaderno de pruebas N° 11, f. 175).

Si bien el contratista en su propuesta asumió como expansión un 9%, que era el indicado en el Anexo A, numeral 19.2 del pliego de condiciones, para los pilotes de tornillo, en la demanda admite un 20%, porcentaje que, como se anotó, es el aceptado como normal para el terreno en donde se construyó el Complejo.

La metodología constructiva observada fue la elaborada por el contratista siguiendo las recomendaciones del estudio de suelos de Uribe Sardiña, aprobada por el interventor y el Comité de obra, según consta en el acta número 3 del 7 de abril de 2004 (Cuaderno de pruebas N° 1, f. 3). Cabe anotar que de acuerdo con el pliego de condiciones y como se lee en el dictamen pericial presentado por el Ing. Iván Gómez Villa en el punto 1.4. “en el Capítulo 19 del ANEXO A - ESTRUCTURA se presentan 2 sistemas distintos para la construcción de los pilotes, ‘19.1 CONSTRUCCIÓN Y PRESUPUESTO DE PILOTES FUNDIDOS IN-SITU’ y ‘19.2 CONSTRUCCIÓN Y PRESUPUESTO DE PILOTES DE TORNILLO CONTINUO’, pero en ningún lugar menciona que es obligatorio el uso de uno u otro sistema... Vale la pena mencionar que los pilotes de tornillo continuo se pueden utilizar hasta profundidades de 27 m aproximadamente con diámetro máximo de 0.4 m, por lo tanto no eran adecuados para todo el proyecto donde había pilotes de 40 m de profundidad y diámetros de 0.5 m”.

El numeral 19.1.2 del Anexo A, al referirse a los pilotes fundidos “in-situ” menciona la utilización de un “revestimiento metálico total; previa consulta puede ser aceptable la perforación con revestimiento parcial, utilizando soluciones de bentonita; el revestimiento se extraerá durante la colocación del concreto por el sistema de “Tremie” o “Balas Herméticas”.

El “revestimiento metálico total”, como lo explicaron varios de los ingenieros llamados a declarar y se lee en el dictamen pericial presentado por el ingeniero Hernando Monroy Valencia, es un elemento temporal que se instala para sostener el concreto mientras se está vertiendo y se retira al terminar esta operación, se limpia y se vuelve a usar y que, según el perito geotecnista, su uso no es indispensable pero se recomienda; en cambio, el encamisado en la parte superior del pilote es permanente, no se retira después de vaciado el concreto sino que se queda conformando la estructura del pilote (dictamen p. 10-11), este es el que se reclama en la demanda.

De conformidad con los documentos licitatorios y con la metodología constructiva aprobada y seguida, el revestimiento metálico parcial permanente no era obligatorio, no se sabía si se iba a utilizar o no, de ahí que las camisas no fueran tenidas en cuenta en la elaboración del análisis de precios unitarios. Los análisis de precios unitarios correspondientes a las camisas metálicas permanentes los presentó el contratista cuando, después de que se presentaron las anormales expansiones y la consecuente mayor cantidad de concreto, el Comité de obra las ordenó utilizar. Es por ello que, en comunicación de junio 8 de 2004, el interventor Díaz le solicitó al consorcio incluirlo en el “despiece del APU” (Cuaderno de pruebas 8, f. 75). Además, destaca el Tribunal que los pilotes debían obrar por fricción y tal como lo declararon varios testigos ingenieros que comparecieron al proceso, el encamisado disminuye la fricción necesaria según la memoria de cálculo del estudio de suelos (Cuaderno de pruebas N° 1, f. 125). Lo que se ilustra con el siguiente aparte del informe final de ESPINOSA & RESTREPO y cía. LTDA., firma contratada por el Consorcio a raíz de la presentación de las sobre expansiones, cuyos resultados no fueron discutidos por el Ing. Uribe Sardiña:

De acuerdo con lo establecido por el diseñador y sus memorias de cálculos se puede establecer la inconveniencia de la utilización de la camisa total para la fundida de los pilotes toda vez que se compromete la adhesión del pilote y su capacidad portante. Por lo anterior se establece (sic) el sistema constructivo adoptado de soporte lateral de la excavación de los pilotes mediante la utilización de lodos poliméricos o bentoníticos es el único viable para garantizar el comportamiento adecuado de la cimentación (Cuaderno de pruebas N° 3 Folio 19).

Por lo expuesto considera el Tribunal que el encamisado ordenado por el Interventor y el Comité de Obra no tenía por qué haber sido ofrecido por el Contratista.

Además, situaciones anormales como las descritas no podían ser razonablemente previstas con los elementos de juicio de que disponía el consorcio y, por lo tanto, no están cubiertas por el llamado A.I.U. Nadie puede prever más allá de lo que la experiencia, la evidencia y los pronunciamientos técnicos razonablemente permiten.

Por consiguiente, demostrado como está que durante la ejecución de las obras que integran el Complejo Acuático se presentaron situaciones imprevisibles, como fueron la presencia de los tubos de acueducto y la anormal expansión de concreto en la actividad de pilotaje, no imputables a ninguna de las partes, que hicieron más gravoso el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista, alterando en forma importante el equilibrio económico del contrato, de conformidad con las normas citadas y en especial con los artículos 27, 3 y 5 de la Ley 80 de 1993, el Tribunal debe reconocer los mayores costos que por concepto de materiales, indispensables para la cumplida ejecución del contrato, hubo de asumir el contratista. Estos materiales están representados en las camisas ordenadas en la construcción de los pilotes, y en el volumen de concreto en exceso del 25% de expansión.

La liquidación se hará teniendo en cuenta los precios unitarios establecidos para cada ítem, tal como se estableció en el dictamen pericial del Ing. Hernando Monroy Valencia, en los siguientes términos:

En relación con los sobre volúmenes de concreto:

— Costo directo por metro cúbico \$ 275.379,00 m<sup>3</sup> (Cuaderno de pruebas 2, f. 433 vuelto y Cuaderno de pruebas 11, f. 7, respuesta 2.13),

— Volumen teórico de concreto tomado del anexo 1 del pliego 3.093.88 m<sup>3</sup> (cuaderno de pruebas 11, folio 6, respuesta 2.1.11) cantidad a la que el Tribunal agrega el 25% que corresponde a la expansión que ha debido ser tenida en cuenta por el contratista, por los motivos expuestos, para llegar a un volumen teórico de 3.867,35m<sup>3</sup>

— Vaciado efectivo de 4.459.88 m<sup>3</sup> (cuaderno de pruebas 11, Fs. 6 y 7, respuesta 2.1.11)

— Diferencia de 592,53 m<sup>3</sup>

— Total valor sobre volumen de concreto que se reconoce: \$ 163.170.318,87

En relación con la actividad de encamisado:

— Costo directo por metro lineal \$ 58.316 (Cuaderno de pruebas 11, f. 13, respuesta 2.2.5).

— Longitud de encamisado 1.098,80 m (Cuaderno de pruebas 11, f. 13, respuesta 2.2.6).

— Total valor actividad encamisado que se reconoce \$ 64.077.620,80 (Cuaderno de pruebas 11, f. 13, respuesta 2.2.7).

En cuanto a los costos indirectos de los ítems aquí contemplados, como lo analizó el Tribunal en este capítulo, por tratarse de mayores costos debidos a situaciones imprevistas e imprevisibles no imputables a ninguna de las partes, de conformidad con el artículo 5, numeral 1º de la Ley 80 de 1993, corresponde colocar al contratista en situación de no pérdida. Por lo tanto, tratándose de un contrato pactado a precios unitarios, donde cada uno de ellos debía contemplar un porcentaje para administración, imprevistos y utilidad (A.I.U.), solo se reconocerá el primero de estos factores. El porcentaje correspondiente a utilidad, no puede ser reconocido por cuanto se contrariaría lo dispuesto por la norma antes citada.

El de imprevistos no se incluirá tampoco porque si así se hiciera, se estaría reconociendo, por lo menos

en una proporción, una doble reparación por los mismos hechos.

Ahora bien, como no obra ni en la propuesta ni en el contrato, constancia sobre la cuantificación de los distintos factores a que se ha hecho referencia, el Tribunal, para calcular el porcentaje de administración tomará como base el 10% que incluyó el Contratista en su reclamación del 13 de octubre de 2005 como valor estimado por este concepto (Cuaderno de pruebas número 3, f. 184). Adicionalmente, el Tribunal tendrá en cuenta que en el dictamen rendido por el Ing. Hernando Monroy Valencia, en respuesta a la pregunta 2.3.2.1. (Cuaderno de pruebas 11, f. 28), se señala que el 10% era el porcentaje de administración previsto por el Contratista, respuesta que no fue objetada por las partes.

Como consecuencia de lo expuesto, las sumas que habrán de reconocerse por las actividades señaladas se incrementarán en un 10%, correspondiente a gastos de administración así:

(i) Por el sobre volumen en la actividad de pilotaje

MAYOR VOLUMEN DE CONCRETO	VALOR METRO CÚBICO DE CONCRETO	TOTAL VALOR MAYOR VOLUMEN DE CONCRETO	TOTAL VALOR MAYOR VOLUMEN DE CONCRETO MÁS 10% A.
592,53 m <sup>3</sup>	\$ 275.379,00	\$ 163.170.318,87	\$ 179'487.350,76

(ii) Por la actividad de encamisado

LONGITUD ENCAMISADO	VALOR METRO ACTIVIDAD ENCAMISADO	TOTAL VALOR ACTIVIDAD ENCAMISADO	TOTAL VALOR ACTIVIDAD ENCAMISADO MÁS A DEL 10%
1.098,80 metros	\$ 58.316,00	\$ 64'077.620,80	<b>\$ 70'485.382,88</b>

Por consiguiente, con fundamento en lo expuesto en este aparte del laudo, el Tribunal despachará favorablemente la pretensión primera subsidiaria, y la segunda, en relación con los mayores costos por sobre expansión en la actividad de pilotaje y la actividad de encamisado.

### 5.3.2.3. Mayor permanencia en obra.

Antes de entrar a analizar el tema, observa el Tribunal que la reclamación formulada por el Consorcio por concepto de mayor permanencia en obra, según consta a folio 185 del Cuaderno de Pruebas número 3 fue fijada en la suma de cuatrocientos setenta y nueve millones cuatrocientos noventa y ocho mil setecientos noventa pesos M/Cte. (\$ 479'498.790), tal como lo destaca la demanda (Cuaderno principal N° F. 36). Posteriormente, en la misma demanda, al valorar los perjuicios que reclama discrimina entre la mayor permanencia en obra, que valora en \$ 93.276.022, 61, y la improductividad, que valora en \$ 1.125.902.384,39. Al reformar parcialmente la demanda, denominó el primero de los dos guarismos señalados como "daño emergente-sobrecostos, daños y/o perjuicios, Adición número 2" y el segundo "como daño emergente-sobrecostos, daños y/o perjuicios-Plazo inicial". En el alegato de conclusión (P. 178), reduce el daño emergente-sobrecostos administrativos no amortizados correspondientes al plazo inicial del contrato: 2 de abril a 5 de noviembre de 2004 a \$ 831.045.422,08 y, el correspondiente a la segunda adición, a \$ 65.618.773,25.

Las causas de esta reclamación por mayor permanencia en obra, cualquiera sea la denominación y la cuantía que se les haya dado en la demanda, se fundamentan, tanto en el texto de esta última, como en el de la reclamación de 13 de octubre de 2005 y en el alegato de conclusiones de la actora, en las inconsistencias en los diseños y especificaciones que llevaron a prorrogar el término del contrato, como se lee en el segundo de los documentos mencionados:



Así las cosas, tenemos que el valor del contrato principal y sus adiciones llega \$ 20.130.913.426, lo que equivale a un incremento de 42.3% sobre el valor del contrato principal.

El plazo se aumenta, de ocho meses en el contrato principal, a 14.5 meses. Este incremento en el plazo corresponde a un aumento porcentual del 81.25% (Cuaderno de pruebas número 3 f. 180).

Para el cálculo de los costos administrativos adicionales, que alega fueron inicialmente pactados para un contrato de ocho meses, la demandante estableció como base la suma de \$ 14.149.047.981 de la que extrajo el 15%, de costos indirectos para, sobre ella, aplicar el 10% y determinar así el costo proyectado de administración, cantidad que dividió por 8 meses del plazo inicialmente pactado, lo que arrojó una suma de \$ 153.794.000 de costo administrativo proyectado mes. De aceptarse esta interpretación de la demandante, el Tribunal estaría aceptando que, además del factor administración que integra el A.I.U. de cada uno de los precios unitarios del contrato, habría otro 10% del valor de los costos directos, que se destinaría igualmente a cubrir la administración del proyecto.

Este doble pago por el concepto de administración no se compadece con la naturaleza atrás analizada del contrato de obra pública a precios unitarios y por lo tanto no está llamada a prosperar la pretensión así planteada. No obstante, el Tribunal analizará el acervo probatorio allegado al proceso para determinar si fueron probados los costos aquí reclamados, en cuantías que excedan el 10% del A.I.U. que pagó el IDR como parte del valor final del contrato.

Establecida así la conceptualización de este reclamo, analiza el Tribunal la forma como evolucionó el plazo contractual inicialmente previsto. El plazo inicialmente pactado para la ejecución del objeto del contrato era de 8 meses a partir de su iniciación, 2 de abril de 2004, esto es que el Complejo Acuático debería estar concluido el 2 de diciembre del mismo año. El 5 de noviembre de 2004, se suscribió el Contrato adicional Nº 1, de acuerdo con el cual el plazo para la ejecución de parte de las obras que constituye su objeto se incrementa en 3.5 meses (marzo 17 de 2005) y se renuncia a cualquier reclamación que tenga su origen en las modificaciones acordadas. Así lo reitera el apoderado de la demandante en su alegato de conclusión, cuando expresa “en lo que corresponde a la firma del contrato adicional Nº 1, nada reclama el CONTRATISTA por cuenta del concepto de la mayor permanencia en obra a la que expresamente se entiende renunció”.

De acuerdo con lo anterior, la mayor permanencia que se reclama, debería corresponder al plazo pactado en el Contrato adicional y prórroga Nº 2 que fue de 3 meses a partir del 17 de marzo de 2005, fecha de vencimiento del contrato inicial. No obstante lo anterior, tanto la demanda, como el alegato cuantifican la mayor permanencia en el ámbito del plazo inicialmente pactado, respecto del cual, como se analizó al pronunciarse sobre las excepciones de la demanda, operó la renuncia que contiene el Otrosí, Adicional y Prórroga Nº 1.

Genéricamente, y con un razonamiento exclusivamente aritmético, arguye la demandante que el hecho de que la construcción del Complejo hubiera tomado más tiempo del originalmente previsto significó perjuicios para el Consorcio, por lo que inicialmente llamó improductividad y posteriormente englobó dentro del concepto de mayor permanencia en obra, sin tener en cuenta las prórrogas en el plazo, los incrementos en el precio y el sistema de precios unitarios que incluían los costos de administración, que como antes se señaló no se pueden pagar dos veces: una dentro del A.I.U. y otra como el 10% del valor del contrato descontado dicho A.I.U., como lo presenta el demandante.

Cuando quiera que circunstancias excepcionales obliguen a demorar los tiempos programados para la ejecución de un contrato o deban suspenderse las obras contratadas y continúen causándose gastos de administración o quede efectivamente paralizada maquinaria o equipos, podrán reconocerse los mayores costos de esta permanencia previa su demostración específica, la cual no existe en el caso sub judice. Aquí nunca se suspendieron las obras o se extendió el plazo sin que simultáneamente se incrementara el precio del contrato, por lo cual siempre se pagó el costo de administración. En cuanto a la mayor permanencia de maquinaria, no se probó cuales equipos y durante qué tiempo estuvieron inutilizados a disposición de la obra. Todos los cálculos que al respecto hizo el perito Ing. Hernando

Monroy Valencia, a solicitud de la convocante, fueron establecidos en forma matemática, sin soporte analítico.

### 5.3.3. Pretensión tercera y sus subsidiarias (actualizaciones e intereses de mora).

En estas pretensiones solicita la actora que las condenas a que haya lugar se actualicen desde diferentes o hasta diferentes momentos y que se condene a intereses moratorios, igualmente, desde o hasta distintas fechas. Para decretar las actualizaciones e intereses solicitados, el Tribunal procederá con base en la fecha del acta de liquidación del contrato, momento en el cual, según se analizó al estudiar la excepción de renuncia, las partes, luego de un balance de la situación del contrato, finiquitan su relación y dejan las salvedades que consideran en aquellos aspectos en los cuales no hubo acuerdo. Como consecuencia la liquidación se hará en la siguiente forma:

— De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el 1608 del C.C., se condenará a la parte demandada a pagar intereses de mora a partir del día siguiente a la notificación del auto admisorio de la demanda, actuación procesal que tuvo lugar el 20 de junio de 2008 y que genera el efecto de reconvención judicial al deudor. A su vez, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 1 del Decreto 679 de 1994, la tasa de interés moratorio será del 12% anual sobre el valor histórico actualizado de cada concepto.

— Adicionalmente, para mantener el pago dispuesto al acreedor en términos reales, el Tribunal dispondrá la actualización por inflación de los valores reconocidos, desde el 22 de diciembre de 2005, que corresponde a la firma con salvedades del acta de liquidación, documento este en el cual quedan consolidadas las obligaciones recíprocas, hasta el 20 de junio de 2008, fecha de notificación del auto admisorio de la demanda. De allí en adelante se liquidarán los intereses moratorios sobre el valor histórico actualizado en la forma expuesta.

Los cálculos correspondientes son los siguientes:

La metodología de actualización utilizada para este cálculo y que permite traer a valor presente sumas de dinero, aplicando índices de variación de precios al consumidor (IPC), certificados por el DANE y partiendo de la fecha de liquidación del contrato - 21 de diciembre del 2005 - se detalla a continuación:

(i) En relación con las sobre expansiones en la actividad de pilotaje

Total valor sobre expansiones más 10%	IPC inicial	IPC final	Valor actualizado junio 2008
	dic.-2005	jun.-2008	
\$ 179'487.350,76	84,10	98,47	\$ 210'155.997,97

Con la anterior metodología el valor presente, utilizando el último IPC certificado por el DANE, al valor establecido en la respuesta anterior de: \$ 179.487.350,76, equivale a doscientos diez millones ciento cincuenta y cinco mil novecientos noventa y siete pesos con noventa y siete centavos = \$ **210.155.997,97**=, en junio de 2008.

Más intereses del 12% entre junio 21 de 2008 y 09 noviembre 2009 al 12% anual:

Conceptos	Valor \$ diciembre 2005	Valor Actualizado junio 2008	Valor 12% de interés (jun. 21/08-dic. 09/09)	TOTAL
Sobre volumen de	\$ 179'487.350,76	\$ 210'155.997,97	\$ 32'516.617,34	\$ 242'672.615,30

concreto				
----------	--	--	--	--

(ii) En relación con la actividad de encamisado

La metodología de actualización utilizada para este cálculo y que permite traer a valor presente sumas de dinero, aplicando índices de variación de precios al consumidor (IPC), certificados por el DANE y partiendo de la fecha de liquidación del contrato - 21 de diciembre del 2005 - se detalla a continuación:

TOTAL VALOR ACTIVIDAD ENCAMISADO MÁS A DEL 10%	IPC inicial	IPC final	VALOR ACTUALIZADO A JUNIO 2008
	Dic.-2005	Jun.-2008	
\$ 70'485.382,88	84,10	98,47	\$ 82'529.080,29

Con la anterior metodología el valor presente, utilizando el último IPC certificado por el DANE, al valor establecido en la respuesta anterior de: \$ 70'485.382,88, equivale a ochenta y dos millones quinientos veintinueve mil ochenta pesos con veintinueve centavos = **\$ 82'529.080,29**, en junio de 2008.

Más intereses del 12% entre junio 21 de 2008 y 09 noviembre 2009 al 12% anual:

Conceptos	Valor diciembre 2005	Valor actualizado junio 2008	Valor int. 12% jun. 22/08 a dic. 09/09	Total
Actividad encamisado	\$ 70'485.382,88	\$ 82'529.080,29	\$ 12'769.402,49	\$ 95'298.482,77

En resumen:

Conceptos	Valor dic. 2005	Valor actualizado jun. 2008	Int. 12% jun. 21/08 a dic. 09/09	Total actualizado más intereses
Sobreexpansión concreto	\$ 179'487.350,76	\$ 210'155.997,97	\$ 32'516.617,34	\$ 242'672.615,30
Actividad Encamisado	\$ 70'485.382,88	\$ 82'529.080,29	\$ 12'769.402,49	\$ 95'298.482,77
SUMA	\$ 249'972.733,64	\$ 292'685.078,25	\$ 45'286.019,82	\$ 337'971.098,08

En conclusión el valor de la actualización entre el 22 de diciembre de 2005 y el 20 de junio de 2008 asciende a \$ 292.685.078,25; los intereses moratorios causados entre el 21 de junio de 2008 y la fecha del laudo ascienden a la suma de \$ 45.286.019,82; y el valor total de la condena es de \$ 337.971.098,08.

#### 5.3.4. Cuarta pretensión (costas y agencias en derecho).

Ha solicitado la demandante que se condene en costas y en agencias en derecho al IDRD. Considera el Tribunal que en la conducta procesal de las partes no ha existido abuso, temeridad ni mala fe, o

desbordamiento del ejercicio legítimo del derecho a litigar. Por ello, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, el Tribunal se abstendrá de condenar en costas. Este criterio guarda armonía con la jurisprudencia del Consejo de Estado en torno a la interpretación de la norma mencionada, que al respecto ha señalado lo siguiente:

En la nueva regulación de las costas en el proceso administrativo no basta entonces que la parte sea vencida, toda vez que se requiere una valoración de la conducta observada por ella en el proceso (...) Es claro que el legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quién están las costas del proceso y por lo tanto, no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora (CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 1999. Expediente N° 10.775. Magistrado Ponente doctor Ricardo Hoyos Duque).

### **5.3.5. Pretensión quinta (artículo 177 del C.C.A.).**

Ha solicitado el demandante que se ordene al IDRД dar cumplimiento al laudo arbitral de acuerdo con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y que se le ordene al pago el pago de intereses comerciales moratorios sobre el monto de la condena desde la fecha de la ejecutoria del laudo y hasta la fecha del pago efectivo.

Por considerarse ajustada a derecho, accede a esta pretensión.

## **6. LAS OBJECIONES POR ERROR GRAVE FORMULADAS POR LAS PARTES AL DICTAMEN PERICIAL.**

Ambas partes formularon objeción parcial por error grave al dictamen pericial rendido por el ingeniero Hernando Monroy Valencia (folios 1 a 12 y 27 y 28 del cuaderno de pruebas N° 2). Posteriormente, frente a la respuesta a la solicitud de aclaración de la respuesta a la pregunta N° 2.3.1.6, formulada por la parte convocante, que no había sido atendida por el perito, mediante escrito del 16 de septiembre de 2009 la parte convocada amplió su objeción.

Para resolver las objeciones de las partes debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, para que un error sea grave, se requiere que *"haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas"*.

El concepto de "error grave" ha sido afortunadamente puntualizado por la jurisprudencia:

(...) cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...; de donde resulta a todas luces que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 4 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando y aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador que al considerarla entrara en un balance o contraposición de criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Auto del 8 de septiembre de 1993 expediente N° 3446).

De lo anterior se desprende que no basta la existencia de un error sino que este debe tener tal entidad que altere sustancialmente el objeto examinado. Teniendo en cuenta los anteriores parámetros el Tribunal procede a considerar y a resolver las objeciones formuladas por las partes.

(i) La parte convocante formuló objeción por supuesto error grave, únicamente respecto de la motivación ofrecida por el perito en la aclaración a la respuesta dada a la pregunta N° 2.3.1.10. En la pregunta inicial se pidió al perito “establecer la diferencia resultante entre lo que logró facturar el CONTRATISTA al cabo de los siete (7) primeros meses del plazo contractual, y lo que efectivamente debía facturar al cabo de dicho plazo, de acuerdo con el programa aprobado por la entidad”. Al respecto el perito respondió: “Al cabo de siete (7) meses de ejecución, según programación, el CONTRATISTA debía estar facturando \$ 12.380.416.990,00, sin embargo únicamente facturó \$ 4770.200.000 más el 15%, lo que presenta una diferencia de aproximadamente \$ 6.894.686.990,00”.

Dentro de la contradicción del dictamen el mencionado apoderado pidió al perito indicar las operaciones aritméticas que lo llevaron a expresar sus conclusiones numéricas. Al respecto el perito señaló: “Debido a la falta de una programación valorizada, mes a mes, no ha sido posible determinar, la diferencia existente, entre lo realmente ejecutado y lo programado, por lo que fue necesario apelar, al supuesto de una programación lineal, dividiendo el valor total de la obra contratada, por el número de meses. De existir la programación en la forma indicada, ella no aparece en los documentos, que se nos suministraron para análisis”.

Para el objetante los valores dados por el perito son acertados, pero advierte que sí podían ser establecidos o deducidos con base en los documentos del expediente y, en modo alguno, las expresiones numéricas por él utilizadas se refieren a supuestos teóricos basados en programaciones lineales, razón por la cual la objeción tan solo está vinculada con la motivación.

Para el Tribunal no puede haber error grave en las consideraciones del perito si, por una vía distinta, llegó a una conclusión numérica que es compartida por el objetante. Si la conclusión del perito es correcta a juicio del objetante, el hecho de que el criterio empleado distinto al del actor no implica que el objeto examinado, en este caso, la proyección de lo que el contratista hubiera podido facturar al cabo de los siete primeros meses si el contrato se hubiera desarrollado en condiciones normales, haya sido diferente.

Además, el resultado del cálculo al que se refiere la pregunta 2.3.1.10 no tiene incidencia en las consideraciones y conclusiones del Tribunal.

(ii) Las objeciones de la parte convocada pueden sintetizarse así:

La primera objeción la formula frente a las respuestas dadas a la pregunta N° 2.1.12 y su aclaración. En esta pregunta se le pidió al perito establecer “¿A cuánto ascendió el mayor volumen de concreto utilizado para la construcción de los pilotes?” y al efecto el perito determinó que había sido de 747,22 m<sup>3</sup>.

El I.D.R.D. solicitó al perito aclarar y complementar la respuesta indicando “si verificó que la Interventoría, en oficio HCI-151 de 9 de agosto de 2004 Radicado 14884 IDR - 04-10-12:45 suscrito por el Ingeniero César Augusto Díaz Nieto, Director de Interventoría, estableció los pilotes que coincidieron con la tubería de aguas lluvias de 2.00 mts de diámetro, por donde se introdujo un mayor volumen de concreto, y concluyó que estos arrojaron una cantidad de 194.13 M3 que liquidada a \$ 290.379.00 dio un total de \$ 56.371.275,27”, precisando por qué si el mayor volumen de consumo de concreto se atribuye por el contratista al hecho de haber introducido concreto en unos pilotes que coincidieron con una tubería de aguas lluvias de 2.00 mts de diámetro, puede extenderse la respuesta a otras causas no relacionadas con ese hecho, que la pregunta pretende encubrir con una simple deducción de cuánto fue el volumen de concreto que se proyectó utilizar y cuál fue el volumen de concreto realmente utilizado.

También pidió aclarar su respuesta enumerando los factores que influyen en el cálculo del mayor volumen de concreto utilizado para la construcción de los pilotes, indicando si la expansión del suelo es o no uno de esos factores; si las demoras en el vaciado del concreto tienen o no influencia en ese mayor volumen de concreto utilizado y qué porcentaje de pilotes construidos tuvieron demoras para realizar el vaciado del concreto; qué incidencia tiene en ese mayor consumo de concreto el tipo de maquinaria, su mantenimiento y operación; y si en el transcurso de las obras hay constancias, en la bitácora de obra, en Actas de Comité de Obra o en comunicaciones escritas de la Interventoría, en relación con las demoras en el vaciado de pilotes, mantenimiento e impericia en el manejo de la maquinaria de pilotaje o deficiencias de estas.

Las convocantes pidieron precisar si la existencia de un relleno poco compactado por cuenta de una tubería de gran diámetro y todas las causas adicionales relativas a la existencia de esa tubería constituyen causas adicionales que expliquen el mayor consumo de concreto; si conforme a los volúmenes registrados, las sobre expansiones se redujeron a medida que las actividades de pilotaje se ejecutaban en forma lejana a los ejes en los cuales se halló la tubería; y si en un terreno de relleno en el cual se está ejecutando la actividad de pilotaje, vertido el concreto, el suelo se comprime ó se expande.

Para dar respuesta a las partes el perito señaló:

**IDRD:** El mayor volumen de concreto empleado en la construcción de pilotes, con porcentajes de expansión por encima del 20%, no son normales, la expansión del suelo, no es un factor que influya en el mayor volumen de concreto utilizado, por encima de este porcentaje; tampoco las demoras en el vaciado del concreto, tienen influencia en ese mayor volumen de concreto utilizado, ni el tipo de maquinaria, su mantenimiento y operación. No conocemos en esta obra que hubiera bitácora.

**CCM:** En esas condiciones descritas, **si** se presenta la posibilidad de que haya un mayor volumen de concreto. En el caso que nos ocupa, no tengo conocimiento exacto que tales condiciones se hayan presentado. Lo que si se observa, es que en los pilotes fundidos cercanos a la tubería, el consumo de concreto fue mayor, y en cambio ese mayor consumo, fue disminuyendo, a medida que los pilotes, se alejaban de la tubería. Dado que el suelo no está confinado, vertido el concreto, el suelo tiende a expandirse.

Para el objetante el perito no respondió la solicitud de aclaración del IDRD, pues no verificó el oficio mencionado. Igualmente, en su opinión el dictamen cambia las calidades propias del objeto examinado, pues no se contrajo a examinar el mayor consumo de concreto que ocurrió en los pilotes fundidos cerca de los dos tubos de 2 metros de diámetro, que fue lo pedido en las solicitudes de aclaración y complementación; no estableció cuáles fueron los pilotes que coincidieron con los tubos y cuál fue el mayor volumen de concreto utilizado en estos pilotes; las aclaraciones son incoherentes y contradictorias porque, de una parte acepta la posibilidad de que haya un mayor volumen de concreto y de otra afirma que no tiene conocimiento exacto de que tales condiciones se hayan presentado, cuando en el expediente se menciona el hecho de haber encontrado los tubos mencionados.

Con respecto a esta objeción considera el Tribunal que la supuesta falta de respuesta a una pregunta no constituye un error grave en los términos del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil porque lo que de allí surge es que no hay respuesta y no que ella sea errónea. Si esa hubiera sido la situación, la parte convocada ha debido recurrir el auto por medio del cual el Tribunal corrió traslado del dictamen o de las aclaraciones y complementaciones, cosa que no hizo y la objeción no es la vía para reclamar ese tipo de omisiones. Así mismo, el perito no estaba en la obligación de pronunciarse tomando en consideración la posición de la interventoría —quien resulta siendo un representante del dueño de la construcción en la obra—, ni ningún documento emanado de las partes, sino que tiene la libertad de dar respuesta a las preguntas acudiendo a la información que considere pertinente.

Ahora bien, con respecto a los demás argumentos, debe poner de presente el Tribunal que el objeto de

la pregunta no era examinar el mayor consumo de concreto que ocurrió en los pilotes fundidos cerca de los dos tubos de 2 metros de diámetro, sino, en general, determinar a cuánto ascendió el mayor volumen de concreto utilizado en la construcción de los pilotes, que es asunto diferente, y en esa labor podía examinar todas las causas que en su opinión condujeran a un sobre volumen.

La segunda objeción la formula el convocado frente a la respuesta del perito a la aclaración vinculada con la respuesta a la pregunta N° 2.3.1.3.

En la pregunta inicial la convocante solicitó: “Con base en la programación presentada por el CONTRATISTA y aprobada por la Interventoría, sírvase informar ¿Cuáles eran las actividades que al cabo de ocho (8) meses, plazo inicial, debía ejecutar el CONTRATISTA para culminar el objeto del contrato?”.

La respuesta dada por el perito fue: “Según programación las actividades a ejecutar por el CONTRATISTA, para culminar el objeto del contrato, al cabo de 8 meses eran:

Preliminares.

Movimiento de tierras.

Estructura metálica.

Cubierta.

Fachada.

Acceso.

Graderías.

Piscina Olímpica.

Piscina de clavados.

Piscina de Entrenamiento.

Suministro e instalación calderas y equipo de bombeo y planta.

Frente a lo anterior el IDRD solicitó “explicar qué efecto produjo, en la programación de las actividades a ejecutar por el CONTRATISTA para culminar el objeto del contrato al cabo de 8 meses, la modificación de la META FÍSICA del objeto contratado con la exclusión de la piscina de clavados (VER CLÁUSULA SEXTA DEL OTROSÍ, ADICIÓN y PRÓRROGA N° 1 AL CONTRATO N° 017 de 2004 y el CONTRATO ADICIONAL N° 2 Y PRÓRROGA N° 2)”.

Y las convocantes pidieron complementar la respuesta indicando “¿Si se redujo la meta física mediante el Contrato Adicional y Prórroga N° 1 y en qué fecha se pactó”

El perito contestó lo siguiente:

IDRD: No produjo ningún efecto, la exclusión de la piscina de clavados, ya que si bien es cierto, que esas actividades disminuyeron, hay que tener en cuenta, que ellas se deberían ejecutar, en el mismo plazo, con las demás actividades restantes, no excluidas. Se disminuyen las exigencias operativas.

CCM: En noviembre 5 del 2004, se firmó Otro Si al contrato, por un valor de \$ 1432.865.445 y un plazo de 3.5 meses, excluyendo la piscina de clavados y adicionando plata y tiempo, resultantes de la evaluación de las cantidades de obra, y por los atrasos que se habían presentado, no imputables al contratista. En diciembre 27 del 2004 se firmó contrato adicional por un valor de \$

4549.000.000 y 3 meses más de plazo, donde se incluía la piscina de clavados, y otras obras exteriores. De acuerdo con esto, no se redujo la meta física.

La objeción la hizo consistir la parte convocada en que perito efectuó afirmaciones que no son ciertas porque no leyó la letra c) de las consideraciones del Otrosí, Adición y prórroga N° 1 del Contrato, que señalaba que los hechos que produjeron los atrasos no fueron imputables a las partes y no solamente al contratista, y porque tampoco leyó el numeral 8 del Acta de Acuerdo mediante la cual se restableció el equilibrio económico del contrato, en el cual consta que en la piscina de clavados que fue excluida del objeto del contrato, lo único que se invirtió del presupuesto asignado fue el acero y otros gastos que no fueron considerados por el perito. Agregó que para el perito la destinación que se dio a los dineros inicialmente presupuestados para esta labor, a cumplir el resto del objeto, no significó nada, cuando el contrato adicional para ejecutarla fue de \$ 4.549.000.000 y que el auxiliar de la justicia no hizo consideraciones sobre el significado que para el plazo de ejecución de la obra tuvo esa exclusión, el cual es obvio porque quedó más tiempo para realizar las actividades diferentes a la piscina de clavados.

Con respecto a esta objeción considera el Tribunal que la afirmación del perito según la cual los atrasos no fueron imputables al contratista no es contradictoria con las consideraciones contenidas en la modificación al contrato, según las cuales aquellos no fueron imputables a las partes, una de las cuales es el contratista. Por lo demás, el Tribunal coincide con el apoderado de la parte convocante en el sentido de que tal afirmación no es relevante dentro del contexto de la respuesta y de lo pretendido con la pregunta.

En cuanto tiene que ver con el supuesto error derivado de los efectos de la exclusión de la piscina de clavados del objeto de contrato, para el Tribunal la solicitud de aclaración resulta intrascendente frente a la respuesta a la pregunta original. Pero, adicionalmente, a pesar de la redacción inicial de su respuesta, el perito acepta que sí se produjeron unos efectos parciales, al advertir que se disminuyeron las exigencias operativas, sólo que advierte que si bien es cierto, que las actividades relacionadas con la piscina de clavados disminuyeron, las demás no excluidas debían ejecutarse en el mismo plazo.

Finalmente, en el referido escrito del 16 de septiembre de 2009 la parte convocada objetó la respuesta a la pregunta 2.3.1.6 rendida por exigencia del Tribunal ante una inicial omisión derivada de la supuesta falta de información.

La pregunta original fue del siguiente tenor:

De conformidad con los ANÁLISIS DE PRECIOS UNITARIOS presentados por el CONTRATISTA y aprobados por la ENTIDAD CONTRATANTE, una vez fue adjudicado y suscrito el contrato, sírvase establecer ¿Cuál era el valor total de la maquinaria y de los equipos derivados de los costos directos que el CONTRATISTA calculó para efectos de ejecutar el objeto del contrato inicialmente pactado?

La respuesta del perito fue la siguiente:

Evaluando cada uno de los Análisis de Precios Unitarios, se determinó aquellos APU que incluían costo de maquinaria y equipo, calculando con una regla de tres simple su porcentaje dentro del mismo APU. Una vez calculado el porcentaje de maquinaria de cada APU, teniendo el valor total del ítem dentro del pliego de cantidades y precios de la propuesta económica, se determinó el valor de dicho porcentaje para cada uno de los ítems.

Finalmente se realizó la sumatoria de estos valores, dando como resultado el valor de \$ 516.578.737, como valor de equipo, para el contrato inicial (ver cuadro adjunto).

Teniendo este valor total, al dividirlo por los 8 meses del contrato inicial, da como valor mensual \$ 64.678.737, valor inferior al inicialmente dado, debido a que anteriormente se había asumido el porcentaje promedio de equipo para pilotes, que es de 27.616%. Este porcentaje se le aplicó a la



sumatoria de los ítems que incluían maquinaria (\$ 3.913.108.144).

En conclusión se debe escoger el valor exacto de maquinaria, calculado para cada APU e ítems, que es el de \$ 516.629.893.

Se adjunta el cuadro de relación (2 páginas), de los valores dados para cada ítem” (Cuaderno de pruebas N° 11, f. 181).

El objetante considera que tal respuesta se dio sin explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados ni los fundamentos técnicos o científicos de las conclusiones, a pesar de que inicialmente se había abstenido de contestarla hasta tanto no se le suministrara “la relación exacta y diaria de la maquinaria y el equipo que efectivamente estuvo dispuesto para la ejecución de las actividades”. Agrega que el perito supone que lo que aparece en el análisis de precios unitarios corresponde a la maquinaria y equipo que efectivamente se utilizó, cuando en el expediente hay evidencias que demuestran que no todas las maquinarias o equipos estuvieron en la obra en forma continúa. Igualmente, expresa que el perito no tuvo en cuenta la llamada “ruta crítica”, para explicar en su aclaración cuál fue la maquinaria que se requirió en cada etapa de la obra.

Sobre esta objeción el Tribunal pone de presente que la pregunta se formuló para ser contestada “De conformidad con los ANÁLISIS DE PRECIOS UNITARIOS presentados por el CONTRATISTA y aprobados por la ENTIDAD CONTRATANTE, una vez fue adjudicado y suscrito el contrato” para que el perito calculara “el valor total de la maquinaria y de los equipos derivados de los costos directos que el CONTRATISTA calculó para efectos de ejecutar el objeto del contrato inicialmente pactado”. Es decir, no solamente la hipótesis para el cálculo la planteó la parte demandante sino que con ella pretendía una valoración a partir de los cálculos tenidos en consideración para contratar, sin que ello signifique una valoración de la actividad efectiva de cada máquina y en cada frente de trabajo. El hecho de que el perito hubiera hecho el requerimiento de la relación de la maquinaria no significa que ese fuera el sentido de la pregunta, como terminó entendiéndolo cuando le dio respuesta.

No sobra reiterar que frente a todas las respuestas cuestionadas por las partes el Tribunal no encuentra ningún yerro con la entidad de grave que altere las cualidades propias del objeto examinado o sus atributos, o que implique una modificación del objeto de observación y estudio. Las apreciaciones del perito o sus razonamientos desde el punto de vista técnico no se advierten erróneos si se tiene en cuenta que consideró cabalmente el objeto de las preguntas con las hipótesis allí contenidas.

Por todo lo anteriormente expuesto el Tribunal declarará no probadas las objeciones formuladas por las partes al dictamen pericial.

## **7. PARTE RESOLUTIVA.**

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre VARELA FIORELLI & COMPAÑÍA LIMITADA, SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. y HEYMOCOL LIMITADA, como demandantes, integrantes del CONSORCIO COMPLEJO METROPOLITANO, y el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE —IDRD—, como demandado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

**Primero:** Declarar no probadas las objeciones por supuesto error grave formuladas por las partes al dictamen pericial rendido por el ingeniero Hernando Monroy Valencia.

**Segundo:** Declarar parcialmente probada la excepción de mérito denominada “Renuncia al derecho reclamado con la acción interpuesta”.

**Tercero:** Declarar no probadas las demás excepciones de mérito formuladas por la parte convocada

contra la demanda.

**Cuarto:** Declarar que en desarrollo del contrato de obra pública N° 017 celebrado el día 25 de marzo de 2004 entre el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE —IDRD— y el CONSORCIO COMPLEJO METROPOLITANO, se presentaron circunstancias imprevistas e imprevisibles, no imputables a las partes, que crearon una situación de excesiva onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del consorcio contratista.

**Quinto:** Condenar al INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE —IDRD— a pagar a las sociedades VARELA FIHOLL & COMPAÑÍA LIMITADA, SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. y HEYMOCOL LIMITADA, integrantes del CONSORCIO COMPLEJO METROPOLITANO en el contrato de obra pública N° 017 de 2004, la suma de trescientos treinta y siete millones novecientos setenta y un mil noventa y ocho pesos con ocho centavos (\$ 337.971.098.08) M/cte., que corresponde al capital actualizado de los sobrecostos que el Consorcio debió asumir por la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas, y los intereses de mora.

**Sexto:** Negar las demás pretensiones de la demanda.

**Séptimo:** Ordenar al INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE —IDRD— dar cumplimiento al laudo arbitral de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

**Octavo:** Abstenerse de condenar en costas.

**Noveno:** Disponer la protocolización del expediente en una de las notarías del círculo de Bogotá.

**Décimo:** Disponer que los dineros sobrantes de la partida “Protocolización y otros gastos”, sean devueltos por la Presidenta del Tribunal a las partes en igual proporción.

Notifíquese.

*Adelaida Ángel Zea, árbitra—Sara Ordóñez Noriega, árbitra—María Lugari Castrillón, árbitra.*

*Roberto Aguilar Díaz, secretario.*