

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE

Vs.

COOPERATIVA MULTIACTIVA DE SERVICIOS SOLIDARIOS COPSERVIR y
OTRAS INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL COOPERATIVAS POR
BOGOTÁ

LAUDO ARBITRAL

11 de marzo de 2014

I. ANTECEDENTES

1. CLÁUSULA COMPROMISORIA.

La cláusula vigésima del Contrato de Obra Civil No. UT 006-2011 celebrado entre la Unión Temporal Cooperativas por Bogotá y Gustavo Adolfo Torres Duarte, titulada “CLÁUSULA COMPROMISORIA”, es del siguiente tenor:

*“Si surgieren divergencias de cualquier índole entre el **CONTRATISTA** y el **CONTRATANTE**, relacionadas o derivadas de la celebración, ejecución, cumplimiento, terminación y liquidación del contrato que no puedan ser resueltas de común acuerdo por las partes, tales controversias serán dirimidas por un tribunal de arbitramento integrado por un (1) miembro designado por las partes, que funcionará en la ciudad de Bogotá, D.C. y que decidirá en derecho. En lo previsto en esta cláusula se aplicarán las disposiciones pertinentes sobre proceso arbitral”.*

Con base en la anterior estipulación, en la primera audiencia de trámite, el Tribunal declaró su competencia para conocer del asunto, sin oposición de las partes.

2. PARTES DEL PROCESO.

La parte convocante es GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE, mayor de edad y plenamente capaz, quien actuó en el trámite a través de abogada.

La parte convocada está conformada por las siguientes entidades, demandadas en calidad de integrantes de la Unión Temporal Cooperativas por Bogotá al momento de la presentación de la subsanación de la demanda: Cooperativa Multiactiva de Servicios Solidarios COPSERVIR Ltda., Cooperativa de Impresores y Papeleros de Bogotá COIMPRESORES BOGOTÁ, La Central Cooperativa de Servicios Funerarios COOPSERFUN, Cooperativa de Ahorro y Crédito FINCOMERCIO, La Equidad Seguros de Vida Organismo Cooperativo, Cooperativa de Trabajadores de Avianca COOPAVA, Cooperativa Multiactiva de Comerciantes de San Victorino COOMERSANV, PROGRESSA Entidad Cooperativa de Ahorro y Crédito, COOPTRAISS Cooperativa de los Trabajadores del Instituto de Seguros Sociales, La Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo, Financiera JURISCOOP Cooperativa Financiera, Cooperativa de Industriales Metalúrgicos y Metalmecánicos COPIME, Caja Cooperativa CREDICOOP, Cooperativa Multiactiva de los Trabajadores de la Educación de Cundinamarca y el Distrital Capital COOTRADECUN, Cooperativa de Ahorro y Crédito de Droguistas Detallistas COPICREDITO, Cooperativa de los Profesionales COASMEDAS, Cooperativa de Empleados de CAFAM COOPCAFAM, Caja Cooperativa Petrolera COOPETROL, Cooperativa Multiactiva Empresarial COOVITEL, Cooperativa para el Bienestar Social COOPEBIS, Empresa Agroindustrial Cooperativa EMPRESAGRO, Cooperativa Médica del Valle y de Profesionales de Colombia COOMEVA, SERVIACTIVA Cooperativa de Trabajo Asociado, Cooperativa de Trabajo Asociado SERVICOPAVA, Cooperativa Alianza Ltda., Cooperativa Multiactiva de Profesionales SOMEK, Fondo de Empleados Granfondo FEG, Corporación Fondo de Empleados Bancarios y del Sector Financiero CORBANCA, Cooperativa del Sistema Nacional de Justicia JURISCOOP, Cooperativa Nacional de Odontólogos COODONTOLOGOS, Fondo de Empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil FONREGINAL, Cooperativa Multiactiva de Trabajadores y Pensionados de Establecimientos y Empresas del Ministerio de Agricultura COPERAGRO E.C., Fondo de Empleados Gas Natural FAGAS, Cooperativa Multiactiva de Empleados de Cosméticos y Populares COSMEPOP, Asociación Colombiana de Cooperativas ASCOOP, Asociación Mutual CORFEINCO, Fondo de Empleados de las Entidades de Inteligencia y la Seguridad FOEMISEG, Cooperativa del Magisterio de Cundinamarca COOMAGISCUN, Fondo de Empleados de Empresas de Servicio Aéreo FEDEAA, Cooperativa de Trabajadores de la Industria Colombiana de Lantas S.A. ICOLLANTAS y Otras Empresas del Sector Manufacturero Relacionado con la Producción y Distribución de Llanta el Caucho y el Plástico COOPILLANTAS Ltda., Grupo Empresarial Solidario Entidad Cooperativa GES, Revisoría Fiscal Auditorías Asesorías y Consultorías REFIASCOOP, Cooperativa de Producción y Trabajo Vencedor COOPVENCEDOR, PROYECTAMOS CAC Cooperativa de Ahorro y Crédito, Fondo de Empleados de Price Waterhouse Coopers FEMPRISE, Fondo de Empleados Auxiliares de Vuelo y Pilotos FEDEAV, Soluciones y Alternativas de Mercadeo Efectiva

Cooperativa de Trabajo Asociado EFECTIVA C.T.A., Cooperativa de Ahorro y Crédito para el Bienestar Social BENEFICIAR ENTIDAD COOPERATIVA y Cooperativa de Trabajadores de la Hacienda Pública y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales COOTRADIAN.

Las anteriores entidades, por medio de sus respectivos representantes legales, designaron un apoderado común a través del cual actuaron en el proceso.

3. TRÁMITE GENERAL DEL PROCESO.

El escrito introductor del proceso fue radicado el 21 de diciembre de 2012, y surtido el trámite de designación del árbitro, el Tribunal se instaló en audiencia realizada el 30 de mayo de 2013.

El 11 de junio de 2013 la parte actora presentó un escrito de corrección de la demanda, incluyendo el juramento estimatorio y haciendo algunas manifestaciones sobre la composición de la Unión Temporal demandada. En audiencia realizada el mismo día, el Tribunal inadmitió la demanda y concedió plazo de cinco días para subsanar los defectos que fueron señalados en su oportunidad. Dando cumplimiento a lo anterior, el 18 de junio siguiente la apoderada del convocante subsanó la demanda presentándola de forma integrada, por lo cual fue admitida en providencia dictada en audiencia del 20 de junio de 2013.

Las convocadas, a través de su apoderado común, contestaron la demanda mediante escrito remitido vía correo electrónico el 19 de julio de 2013, del cual se corrió traslado fijado el 22 del mismo mes, sin recibir pronunciamiento de la parte actora.

En la contestación de la demanda se hizo llamamiento en garantía al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte IDR, que fue negado por el Tribunal en providencia del 30 de julio de 2013, decisión recurrida por la parte convocada y confirmada el 12 de agosto siguiente.

El 12 de agosto de 2013 se inició la audiencia de conciliación dentro del proceso, que fue suspendida hasta el 20 de agosto siguiente, fecha en la cual se declaró fracasada.

La primera audiencia de trámite tuvo lugar el 11 de septiembre de 2013, y dentro de ella el Tribunal se declaró competente para resolver la controversia, decisión que no fue objeto de oposición por las partes. Así mismo, se declaró abierta la etapa probatoria.

La etapa probatoria se declaró concluida el 21 de enero de 2014, y el 3 de marzo del mismo año tuvo lugar la audiencia de alegatos.

4. DESARROLLO DE LA ETAPA PROBATORIA.

Dentro del proceso se recibieron los testimonios de Humberto Amaya Rey, Eduardo Gutiérrez Martínez, Carlos Augusto Ortiz Mesa, Juan Carlos Flórez, Luis Augusto Vega y Angélica González. Otros testimonios decretados en su oportunidad fueron objeto de desistimiento admitido por el Tribunal.

A solicitud del apoderado de las convocadas, se practicó interrogatorio de parte a Gustavo Adolfo Torres Duarte.

A petición de la parte convocante, se libró oficio al representante de la Unión Temporal Cooperativas por Bogotá, cuya respuesta fue puesta en conocimiento en audiencia del 26 de septiembre de 2013 (Acta No. 13).

También a petición de la parte convocante, se practicó una prueba pericial para la cual se designó como perito al ingeniero Julio Ernesto Ordoñez Castillo, de cuyo dictamen se corrió traslado en auto dictado el 12 de noviembre de 2013. Dentro del término de traslado, la apoderada del convocante radicó una solicitud de aclaraciones y complementaciones que fue declarada improcedente. A solicitud del Tribunal, de acuerdo con la decisión adoptada en audiencia del 26 de noviembre de 2013, el perito rindió aclaraciones y complementaciones al dictamen, que fueron puestas en conocimiento mediante providencia del 4 de diciembre de 2013.

Adicionalmente, se tuvieron en cuenta los documentos aportados por las partes y por los testigos en los momentos procesales pertinentes.

5. TÉRMINO PARA DICTAR EL LAUDO.

Al estar sometido el presente arbitramento a las normas generales sobre funcionamiento, es aplicable el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, de conformidad con el cual *“Si en el pacto arbitral no se señalare término para la duración del proceso, éste será de seis (6) meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite”*.

La primera audiencia de trámite se realizó en su totalidad el 11 de septiembre de 2013, y en el curso del proceso se decretaron las siguientes suspensiones, a solicitud de las partes:

- Mediante auto dictado el 26 de septiembre de 2013 (Acta No. 13), se suspendió del 2 de octubre de 2013 al 6 de noviembre de 2013, ambas fechas incluidas.
- Mediante auto dictado el 21 de enero de 2014 (Acta No. 20), se suspendió del 24 de enero al 23 de febrero de 2014, ambas fechas incluidas.
- Mediante auto dictado el 3 de marzo de 2014 (Acta No. 22), se suspendió del 4 de marzo al 10 marzo de 2014, ambas fechas incluidas.

En consecuencia, el laudo se dicta dentro del término legal, sin objeción de las partes en este aspecto.

6. LA CONTROVERSIA.

6.1. Los hechos de la demanda y su contestación.

Se hará transcripción literal de los hechos expuestos en la demanda (versión subsanada, radicada el 18 de junio de 2013) y, a continuación de cada uno, su respectiva contestación.

Hecho primero:

*“**PRIMERO:** El 19 de julio de 2011, la **UNION TEMPORAL COOPERATIVAS POR BOGOTA** abrió la Invitación a ofertar No. 002 de 2011, que tenía por objeto la Construcción de la primera etapa del proyecto Campo de Squash en la Unidad Deportiva del Salitre (UDS) ubicado en la localidad de Engativá en Bogotá”.*

Contestación:

*“**AL PRIMER HECHO:** Es parcialmente cierto, aunque solo (sic) en lo concerniente a la fecha de la invitación a ofertar que corresponde al 19 de julio de 2011 y el número de la misma 002 de 2011, puesto que el objeto señalado en la demanda difiere tangencialmente del real, que correspondió a: **“Contratar por el Sistema de Precios Unitarios Fijos sin Fórmula de Ajuste,** la construcción de la primera etapa del proyecto Campo de Squash en la Unidad Deportiva del Salitre (UDS) ubicado en la localidad de Engativá en Bogotá.” (resaltado y subrayado fuera de texto).*

De la invitación en cuestión, corresponde destacar que en el marco de transparencia con que se desarrolló dicho proceso contractual, se envió invitación a dieciséis potenciales proponentes.

De igual forma, se estableció una visita de obra al lugar de ejecución del contrato, a la cual asistieron trece potenciales proponentes y se determinó un período de aclaraciones hasta el 26 de julio de 2011, término en el cual el señor Gustavo Torres Duarte, no presentó observación alguna sobre el particular”.

Hecho segundo:

“SEGUNDO: El 29 de julio de 2011 se presentó oferta en 174 folios que contenían la totalidad de los documentos jurídicos, técnicos y financieros requeridos para la presentación de la oferta”.

Contestación:

“AL SEGUNDO HECHO: Es parcialmente cierto, conforme con la carta original de presentación de la propuesta por parte del señor Gustavo Adolfo Torres Duarte, de acuerdo con los términos de la invitación a ofertar UTC – N° 002 de 2011, la misma se presentó en 174 folios, pero el día 2 de agosto de 2011”.

Hecho tercero:

“TERCERO: El 16 de agosto de 2011 se suscribió el contrato, con un plazo de ejecución de 4 meses, y un valor de TRES MIL OCHOCIENTOS VEINTISEIS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL TREINTA Y NUEVE PESOS, CON VEINTIUN CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$3.826.878.039,21)”.

Contestación:

“AL TERCER HECHO: Es cierto, el contrato se suscribió el 16 de agosto de 2011”.

Hecho cuarto:

“CUARTO: El 26 de diciembre de 2011, se firma la prórroga del plazo de ejecución hasta el 31 de marzo de 2012”.

Contestación:

“AL CUARTO HECHO: Es parcialmente cierto, toda vez que si bien se prorrogó la ejecución del contrato hasta el 31 de marzo de 2012, la suscripción de la prórroga no fue el 26 de diciembre de 2011, como lo señala la demanda, sino el 16 de diciembre de 2011”.

Hecho quinto:

“QUINTO: El 30 de marzo de 2012 por solicitud del contratista y en consideración a las múltiples fallas que se presentaron durante la ejecución del contrato, se realiza la suspensión del contrato hasta tanto no superen las situaciones que dieron lugar a ello. Dicha (sic) se prorrogó hasta el 15 de julio de 2012, se anexa la comunicación”.

Contestación:

“AL QUINTO HECHO: Es parcialmente cierto, la redacción de la apoderada del demandante es imprecisa, sugiere que la suspensión del contrato se dio por solicitud del contratista, lo cual no es cierto y de igual forma; por múltiples fallas durante la ejecución del contrato, así como tampoco es cierta la fecha de terminación de la suspensión señalada en la demanda, toda vez que dicha suspensión culminó el día 31 de julio de 2012.

La realidad indica que el día 30 de marzo de 2012 en horas de la tarde, se llevó a cabo en las instalaciones de la Sala de Juntas adyacente al despacho de la Dirección del IDRD, una reunión a la que asistieron entre otras personas, los siguientes funcionarios del IDRD para la época: ALEJANDRO OCAMPO, HERNÁN RICCI, CARLOS RIVERA, JORGE DIAB, OLGA LUCÍA SILVA, JORGE QUINTERO, la Asesora Jurídica del IDRD; además de los integrantes de la interventoría, CARLOS AUGUSTO MARTÍNEZ y LUIS AUGUSTO VEGA y por parte de la Unión Temporal Cooperativas por Bogotá, el doctor CARLOS ACERO, el ingeniero LUIS HEBERTO PAEZ, quienes se solicitará sean llamados a declarar a fin de establecer el contenido de dicha reunión y determinar el origen de la decisión de suspender la ejecución del contrato.

En dicha reunión se acordó la suspensión de la ejecución del contrato, inicialmente por 30 días hasta tanto el IDRD no llevara a cabo los análisis y aprobación de Precios Unitarios y de la modificación de los planos de la cancha de dobles; lo anterior como consecuencia del cambio de la reglamentación internacional que amplió las medidas de la cancha en la modalidad de dobles; a lo cual se agrega el análisis que correspondía

realizar del concepto emitido por la firma ESTRUCTURAS CLU S.A.S., respecto del cálculo y diseño de la estructura metálica y de concreto, correspondiente a la obra contratada.

El oficio referido en la demanda, fechado el 29 de marzo de 2012, efectivamente se recibió en ASCOOP, pero al día siguiente a las 5:35 P.M., momento en el cual ya se había determinado la suspensión del contrato por las circunstancias aludidas anteriormente y diferentes a las señaladas en la demanda.

En todo caso, como se demuestra más adelante en el presente escrito, si (sic) es cierto que se presentaron fallas en la ejecución del contrato como lo señala la apoderada del demandante, solo (sic) que estas son atribuibles al contratista mismo; sin lugar a dudas y como lo determina el estudio de la firma ESTRUCTURAS CLU S.A.S., sugerida por el ingeniero GUSTAVO TORRES DUARTE para que se pronunciara sobre la viabilidad o no del cálculo y diseño de la estructura metálica y de concreto, determinó que el proyecto era idóneo, traduciéndose las mencionadas fallas de ejecución en la negligencia misma del contratista para ejecutar una obra que era viable desde el comienzo pero que se dilató por su permanente actitud de reclamo antes que la voluntad de cumplir con el compromiso contractual adquirido”.

Hecho sexto:

“SEXTO: El 6 de junio de 2012, se presenta mediante escrito a la U.T COOPERATIVAS POR BOGOTA una reclamación consistente en la revisión presupuestal y de ejecución del contrato, con el fin de poder reanudar el mismo”.

Contestación:

“AL SEXTO HECHO: Es parcialmente cierto, el 6 de junio de 2012, el contratista presentó una reclamación respecto de la revisión presupuestal del contrato, documento que fue atendido por la Unión Temporal y sobre el cual se basó el malogrado proceso de negociación anterior al presente Trámite Arbitral; sin embargo, no se puede sostener que su finalidad fuera la de poder reanudar la ejecución del contrato, toda vez que desde el comienzo de su ejecución, el señor TORRES DUARTE, antes que proceder a desarrollar la obra en los términos previstos, se dedicó a cuestionar lo que él mismo libremente y conocedor contrató a través de la imposición de trabas respecto de los diseños, los planos y los precios contratados”.

Hecho séptimo:

“SEPTIMO: *El 31 de julio de 2012 de común acuerdo entre las partes se determinó dar por terminado (sic)”.*

Contestación:

“AL HECHO SEPTIMO: *Nuevamente es confusa la afirmación de la apoderada del demandante, ya que no es completa al no especificar que está dando por terminado; pero por la fecha citada, se deduce que se refiere a la terminación del contrato de Obra Civil U.T. N°006 de 2011, caso en el cual si (sic) es cierto”.*

Hecho octavo:

“OCTAVO: *El 1 de agosto de 2012, se inició el proceso de liquidación bilateral del contrato que terminó con el reconocimiento por parte de la U.T COOPERATIVAS POR BOGOTA de la suma de \$553.479.000,38, correspondientes a suministros, materiales, obras y alquileres de andamiajes, que permitieron que en la actualidad se haya podido reanudar la ejecución de la obra por parte de otro contratista, se anexa la liquidación suscrita por el Contratista”.*

Contestación:

“AL HECHO OCTAVO: *No es cierto, si bien se inició un proceso de liquidación bilateral del contrato de Obra Civil U.T. N°006 de 2011, el mismo no culminó de manera alguna, en razón que si bien se le reconocía al contratista la suma referida por concepto de cortes de obra pendientes, materiales y andamiajes, más como un gesto para destrabar el asunto y lograr un acuerdo justo; no fue posible liquidar el contrato y finiquitar el asunto, debido a la intransigencia del contratista y al despliegue de maniobras dilatorias, toda vez que anunció primero que consignaría el valor acordado por concepto de retorno del anticipo no utilizado, circunstancia que no se materializó a pesar de los continuos anuncios, llegando incluso a pedir plazos parciales para devolver el anticipo, incumpliendo reiteradamente con una situación que más que un acuerdo correspondía a una obligación generada desde el día siguiente a la terminación del contrato”.*

Hecho noveno:

“NOVENO: *El 6 de diciembre de 2012, la Unión Temporal se niega a firmar el acta de liquidación bilateral, con el argumento de que hasta no se*

remita la consignación del pago de la cuenta de Colpatria no se procederá, se adjunta copia de la solicitud”.

Contestación:

“AL HECHO NOVENO: Es cierto y obvio no se iba a suscribir un acta cuando de por medio estaba el incumplimiento del contratista, quien mientras solicitaba plazos para pagar o indagaba por la cuenta donde consignar la suma del anticipo resultante al cabo de los cruces realizados, se encontraba preparando y radicando la demanda arbitral que hoy nos ocupa, proceder que refleja la lamentable mala fe del demandante”.

Hecho décimo:

“DECIMA: La cláusula tercera del contrato No.006 de 2011, previó como obligación del contratante la realización de los ajustes necesarios para la debida ejecución del contrato manteniendo su equilibrio financiero debidamente soportado”.

Contestación:

“AL HECHO DÉCIMO: Es cierto, aunque no es un hecho, la cláusula tercera del contrato se refiere en los términos señalados por la apoderada del demandante; sin embargo, las modificaciones que se presentaron en el desarrollo del contrato, para nada afectaban el equilibrio contractual del mismo”.

Hecho décimo primero:

“DECIMA PRIMERA: La cláusula vigésima del contrato 006 de 2011, establece que en caso de que surjan divergencias de cualquier índole, relacionadas con la celebración, ejecución, cumplimiento, terminación y liquidación del contrato que no puedan ser resueltas por las partes de común acuerdo, serán sometidas a un tribunal del arbitramento integrado por un (1) miembro designado por las partes que funcionará en la ciudad de Bogotá y decidirá en derecho, se anexa copia del contrato”.

Contestación:

“AL HECHO DÉCIMO PRIMERO: Es cierto, aunque tampoco es un hecho es una cláusula contractual, que permite acudir a este mecanismo alterno de solución de conflictos, sería deseable que se hubiera dado en condiciones diferentes a las descritas en la respuesta al hecho noveno”.

6.2. Fundamentos jurídicos planteados en la demanda.

La parte actora incluyó en el escrito de convocatoria al arbitramento (versión subsanada) un título de “FUNDAMENTOS JURÍDICOS SOPORTE DE LA RECLAMACIÓN”, compuesto por tres capítulos, a saber: “RÉGIMEN CONTRACTUAL”, “RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO” y “CIRCUNSTANCIAS DEL CONTRATO”.

En el primer capítulo, llamado “RÉGIMEN CONTRACTUAL”, explicó que el régimen del contrato objeto del proceso es de derecho privado.

En el segundo capítulo, llamado “RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO”, citó el artículo 2060 del Código Civil como el primer antecedente normativo que trata el tema de revisión de precios en los contratos de obra. Luego, continuó diciendo, con la expedición del Código de Comercio en 1971 se convirtieron en normas principios como la buena fe, el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa y la teoría de la imprevisión, deteniéndose especialmente en esta última para explicar su razón de ser, sus requisitos o presupuestos, de los cuales enunció dos, que procedió a desarrollar.

Con respecto al primero de ellos, consistente en tratarse de un contrato de *“ejecución sucesiva, de ejecución continuada o a término”*, afirmó que en el caso bajo estudio no demandaba mayor análisis, ya que éste fue un contrato con más de 210 días de ejecución.

En cuanto al segundo presupuesto enunciado por la parte actora, consistente en que con posterioridad a la celebración del contrato suceda un acontecimiento *“imprevisto”, “extraordinario”* o *“imprevisible... que modifique gravemente las condiciones del negocio”*, explicó que algunos tratadistas han señalado que se trata de un elemento esencialmente objetivo traducido en una excesiva onerosidad, la cual, aunque permite la ejecución del contrato, hace las prestaciones a cargo de una parte tan gravosas que *“rompen el equilibrio”* que debe existir con respecto a las prestaciones de su contraparte. Anotó, a manera de conclusión, que *“...el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista implica un desmedro patrimonial y que una vez roto el equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento...”*.

El tercer capítulo, titulado “CIRCUNSTANCIAS DEL CONTRATO”, se subdividió en “SITUACIONES OBJETIVAS”, “DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN ADECUADA A CARGO DE LA UNIÓN TEMPORAL COOPERATIVAS POR BOGOTÁ” y “SITUACIONES FINANCIERAS Y ECONÓMICAS”.

En cuanto a las denominadas “SITUACIONES OBJETIVAS”, dijo la demanda que haría una síntesis de las situaciones objetivas que se presentaron desde la firma del acta de inicio, *“Con el fin de poder entender y dimensionar el grave perjuicio causado durante la ejecución de la obra”*, para lo cual resumió las observaciones plasmadas en distintas actas del Comité de Obra a lo largo de la vigencia del contrato, dentro de las cuales se encuentran varias relacionadas con reclamaciones por la falta de entrega de los planos del proyecto debidamente firmados; diversas observaciones frente a los planos entregados al contratista; manifestaciones en cuanto a que era necesario revisar y ajustar las especificaciones del proyecto; que se dejó constancia en cuanto a dudas del diseño estructural, ocasionando demoras en la compra y figuración del hierro; que se acusaron incongruencias entre los diseños estructurales e hidráulicos, y entre los arquitectónicos y los estructurales; que se debía trasladar una acometida de media tensión existente no tenida en cuenta por el proyectista eléctrico; que se reclamó por demoras en las respuestas a las inquietudes planteadas por el contratista a los diseñadores; que el constructor, en uno de dichos comités, solicitó el presupuesto con las cantidades reales del proyecto; que el ingeniero Diab del IDRDR manifestó que no creía que los diseños hubiesen sido sometidos a control de calidad del IDRDR debido a la gran cantidad de inconsistencias que presentaban; que en comité de obra No. 14 del 17 de noviembre de 2011 se dejó constancia de que el contrato no podía seguir ejecutándose en las condiciones dadas para ese entonces, ya que *“el calculista, Ing. Carlos Ortiz arreglaba una cosa y desarreglaba las que ya supuestamente había corregido”*; se acusó que *“en todos los comités de obra realizados en las instalaciones de la obra y/o en las instalaciones del IDRDR, se tocó el tema de los diseños estructurales, e infortunadamente el tiempo paso (sic), sin obtener en forma definitiva los diseños definitivos con las correcciones necesarias para contar (sic) un diseño idóneo, ejecutable y confiable. En vista de la falta de definición de los diseños estructurales, en diferentes actas de comité se dejó constancia que como consecuencia del poco avance de obra y de las órdenes y contraórdenes que se daban, se estaba presentando un desequilibrio económico del contrato, tal y como esta (sic) de su conocimiento y que consta en la bitácora de la obra, la decisión por parte de un directivo del IDRDR en el sentido de continuar con la construcción de las graderías”*; que la U.T. se comprometió a conseguir un especialista que revisara los diseños estructurales de concreto y metálicos y aclarara en forma definitiva las diferentes objeciones a los diseños estructurales, lo cual vino a darse apenas en enero de 2012; que la firma C.L.U. fue la empresa seleccionada para revisar los diseños estructurales, de la cual formaba parte el ingeniero Humberto Amaya, especialista en estructura de concreto, quien manifestó en comité del 28 de febrero de 2012 que *“corrió el modelo matemático del proyecto, que no encontró diferencias importantes a excepción de la zapata No. 3 ubicada en el eje B-7 la cual se encontraba diseñada para soportar una carga de 29 toneladas y realmente recibirá entre 58 y 60 toneladas. Además manifiesta que las vigas*

planteadas por el calculista para los muros no estructurales son insuficientes para soportar el peso de los muros. Por tal razón tuvo que recalcular las vigas aumentándolas de sección”, y que el ingeniero Eduardo Gutiérrez (especialista en estructura metálica de C.L.U.) informó que “la totalidad de las conexiones se deben modificar pues las diseñadas por el calculista son nocivas para el proyecto, adicional a su alto costo”; que “En el último comité de obra No. 33 celebrado el 29 de marzo, se expuso la imposibilidad de continuar en estas condiciones con el proyecto, habida cuenta que han transcurrido más siete (7) meses desde el inicio, sin que se cuenten con los planos y diseños de la obra lo que está generando un perjuicio económico para el contratista y un daño para la ciudad”; y culminó citando algunas conclusiones del estudio realizado por C.L.U., que según la demanda servirían para llamar la atención en cuanto a “la deficiencia de los diseños entregados por parte de la U.T., que hacía prácticamente inviable la ejecución de la obra, tal y como lo afirmó el Ing. Gutiérrez al señalar, que en caso de que sí el proyecto no hubiese sido revisado habría colapsado”.

A continuación, en el subcapítulo llamado “DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN ADECUADA A CARGO DE LA UNIÓN TEMPORAL COOPERATIVAS POR BOGOTÁ”, la demanda hizo una breve disertación teórica sobre la buena fe y el deber de información, especialmente en la etapa precontractual, a manera de introducción a la acusación contra la convocada al proceso, consistente en haber incumplido esa obligación de información de la cual era deudora, considerando que *“ha estado obligada a revelar las informaciones que correspondan a las previsiones normales del objeto del contrato, según las cuales, por tratarse de una obra material, es indispensable que el acreedor de la información -el INGENIERO GUSTAVO TORRES DUARTE- haya tenido plena certeza sobre todas las particularidades que debe considerar para preparar y presentar su correspondiente oferta económica, y posteriormente para ejecutar el contrato respectivo, **mediante la entrega al mismo, durante el período pre - contractual, de datos, informes y documentos (planos, cálculos, especificaciones, etc.) completos, consistentes, claros, unívocos**”.* La demanda expresó que *“La UT COOPERATIVAS POR BOGOTA Incumplió con su deber de actuar con buena fe calificada entregando unos estudios, diseños e informaciones incompletas o incorrectas”, y que “la información entregada por la UT no era la necesaria para que el acreedor de la obligación hubiese podido formar adecuadamente su consentimiento contractual en razón de que ella contiene vacíos, ambigüedades y contradicciones”.* De acuerdo con la demanda, el demandante *“no tenía porqué (sic) prever que la información que le suministraba la UT no era acertada; todo lo contrario, lo previsible era que la información era acertada y que, en caso contrario, y para el evento de verse afectado, la contratante respondería por su incumplimiento. Sin embargo, en el presente caso el Contratista no estuvo acertadamente informado”.*

Por último, en el subcapítulo de “SITUACIONES FINANCIERAS Y ECONÓMICAS” la demanda inició por decir que el contratista decidió participar en la invitación a contratar UTC-002-2011 luego de revisar preliminarmente la obra, las cantidades y los presupuestos asignados, formuló su oferta al amparo de la buena fe y suscribió el contrato con la tranquilidad de que no se generaría desequilibrio económico o empobrecimiento sin causa. Afirmó el demandante que *“Si bien es cierto, el contrato fue el resultado de multiplicar los precios unitarios contractuales por las cantidades de obra efectivamente ejecutadas, estos valores estaban errados y fueron modificados sin ningún conocimiento ni experticia”,* y que *“Una vez iniciada la obra y cómo (sic) consecuencia de la asistencia a los comités de obra, el CONTRATISTA advirtió de las graves incoherencias y distorsiones presentadas en el diseño de la obra por parte del contratante, en el sentido que lo contemplado en la invitación en cuanto a precios y a cantidades no correspondía con la realidad”.* Seguidamente acusó a funcionarios del IDRD de haber posibilitado irresponsablemente la contratación de la obra o el proyecto, decidiendo sobre *“la calidad y cantidad de obra con base en unos recursos disponibles y no en las necesidades y en la viabilidad del mismo”.* Dijo la demanda, que *“No puede aceptarse desde ningún punto de vista, que el Instituto Distrital de Recreación y Deporte contrate al Arquitecto VICTOR PRIETO con tarjeta profesional No. 257-22481, para el diseño y elaboración del presupuesto para la construcción de Complejo de Squash, y los funcionarios de turno del IDRD simplemente para viabilizarlo desconozcan las cantidades de las obras y valores que han sido allí consignados”.*

A continuación explicó que a pesar de tratarse de un contrato de obra por el sistema de precios unitarios sin fórmula de reajuste, *“lo que no se puede desconocer es que el desequilibrio se produce por acontecimientos totalmente exógenos al contratista y que no eran humanamente predecibles para ningún experto”.*

Luego anunció que procedería a explicar *“el por qué se solicita el reajuste de los precios de lo contratado y ejecutado”,* diciendo que *“Como consecuencia de la dificultad en el cumplimiento de los plazos y de la ausencia total de los diseños; los costos generados por la diferencia de precios de los materiales se hicieron palpables, toda vez que una cosa era hacer una obra en 4 meses con una cantidad “x” de material y otra que se duplicara el tiempo y las cantidades aumentarán de manera significativa”.* Seguidamente, expresó la demanda que el 29 de noviembre de 2011 se solicitó a la Unión Temporal que se revisaran los precios unitarios de los capítulos *“Cimientos; Desagües, Hidráulicos y sanitarias; Estructuras en concreto y Estructuras Metálicas, con el fin de reajustar la ecuación económica del contrato, causada (sic) por la variación de los precios”,* y que apenas sesenta días después el IDRD informó que era la interventoría la que debía conceptuar sobre la viabilidad de la revisión, concepto

emitido el 9 de abril de 2012, que fue favorable en relación con los capítulos 2 y 7.

A continuación, la demanda pasó a referirse al armado de la estructura metálica, alegando que hasta la fecha de terminación del contrato no fue autorizado, toda vez que los diseños no contaron con el aval definitivo. Se quejó la convocante que la falta de utilización del material generó el pago de dos bodegas por más de diez meses.

Concluyó afirmando que *“De lo anteriormente expuesto, podemos decir que estos hechos influyeron negativamente en el desarrollo del proyecto, amén de generar unos costos significativos para el contratista que no habían sido previstos, y que son el resultado de la improvisación por parte del contratante, tal y como consta en el ANEXO 8”*.

Después de dicho todo lo anterior, la demanda dijo que *“Luego de que se han analizado la totalidad de las circunstancias que han rodeado la ejecución de la obra, se revisaron las normas aplicables a este tipo de negocios y se han identificado las condiciones económicas y financieras que afectan la continuación de la obra, se estudiará puntualmente el caso”*, afirmando entonces que *“Como ha quedado suficientemente expuesto en los acápite iniciales, el contrato de obra civil para la Construcción de la Primera Etapa del campo de Squash, sector de la Unidad Deportiva del Salitre, sufrió tantos tropiezos por llamarlo menos que su cumplimiento no pudo llevarse a cabo. Ciertamente los planos, diseños y presupuestos que fueron entregados por la Unión Temporal Cooperativas por Bogotá, a la suscripción del acta de inicio distan mucho de lo que hoy ha sido entregado para ejecutar la obra. ANEXAR COMO QUEDARON LO ULTIMOS (sic) PARA EL NUEVO CONTRATISTA”* (la frase en mayúscula es del texto original). Agregó que, pese a ser lo previsto en el contrato, las especificaciones técnicas del IDRD, los planos de diseños arquitectónicos y los estudios técnicos no pudieron ser seguidos, tal y como se observa en el tema del reforzamiento de las zapatas.

Finalmente, describió los componentes de la reclamación, a saber: *“REVISIÓN DE PRECIOS”, “PERJUICIO ECONÓMICO POR LA PARÁLISIS DE LA OBRA CON OCASIÓN DE LA INDEFINICIÓN DE LOS PLANOS A SEGUIR Y DE LA SUSPENSIÓN REALIZADA”, “A.I.U.”, “HONORARIOS”, “PAGO DE LAS PRIMAS” y “ACTA NO. 9”*. A continuación se resume la descripción que de cada uno de ellos fue efectuada en la demanda.

Revisión de precios:

Se refirió al “*aumento considerable*” de los precios de referencia dados por la Unión Temporal Cooperativas por Bogotá, lo cual, dice, fue ocasionado por el desconocimiento de los datos dados por el consultor inicial del proyecto.

En este aparte, la demanda explicó de qué manera se verificaban los presupuestos “*fácticos*” del artículo 868 del Código de Comercio, es decir, que se trate de “*hechos Imprevistos, imprevisibles y que modifiquen gravemente las condiciones el contrato*”.

Así pues, planteó que “*Tratándose del primer (sic) de los requisitos, es decir, que fuera imprevisto, no era factible por parte de este contratista conocer y tener la certeza qué (sic) los planos y diseños entregados y que debían ser simplemente ejecutados tendrían tantas deficiencias que conllevaría ese aumento en las cantidades como en los valores de los precios. El cambio en los diseños no es un hecho desde ningún punto de vista imputable al contratista, como quiera que la obligación contractual es simplemente ejecutarse en las condiciones dadas y siguiendo las instrucciones impartidas*”; y que “*en cuanto a la imprevisibilidad y ese juicio de valor que debe hacer el contratista en relación al objeto contractual y las circunstancias que rodean el hecho, pues ningún constructor, pese a su experiencia y conocimiento estaba en capacidad de desconfiar de lo entregado por la U.T, ya que fueron ellos los que diseñaron el proyecto cumpliendo los mayores estándares de calidad, así como atendiendo los fines estatales que pretende la contratación pública*”; y “*Por último, tratándose de la alteración de las condiciones del negocio, es evidente que el aumento exorbitante en las cantidades de la obra, influyó de manera directa en (sic) onerosidad del negocio, habida cuenta que los dineros que se tuvieron que cancelar por concepto de los materiales contratados y ya ejecutados superó lo presupuestado*”.

La demanda anunció que el Anexo 9 especificó los ítems respecto de los cuales se solicitaba revisión de precios, que fue analizada y viabilizada por el interventor.

Perjuicio económico por la parálisis de la obra con ocasión de la indefinición de los planos a seguir y de la suspensión realizada:

Hizo referencia al principio de planeación, bajo la consideración de que el contrato, si bien no estaba sometido al régimen de contratación estatal, sí involucró, según entiende la demanda, recursos públicos, y, contrarrestando dicho principio, alude la parte actora a la ausencia de diversos planos, estudios y memorias de cálculo, “*entre otros*”, al momento de solicitar la suspensión del contrato (30 de marzo de 2012), transcurridos más de siete meses desde el inicio

de la obra, como hecho que habría generado *“mayores efectos negativos al interior de la obra”*.

La demanda describió erogaciones por conceptos de *“bodegaje”* de estructura metálica que no pudo ser instalada *“toda vez que no se entregaron los planos de taller”*; gastos de *“personal”* de vigilancia y de obra *“como consecuencia de la suspensión desde el pasado 30 de marzo”*, que indica, *“corresponden a unos costos directos asumidos, ante el silencio del CONTRATANTE en cuanto a la autorización para el retiro de las mismas (sic)”*, ya que el personal trabajó pese a la suspensión de la obra; gastos de *“maquinaria”* alquilada a disposición de la obra durante el período de suspensión, nuevamente, *“como consecuencia del silencio de la U.T, en relación con la continuidad de la obra”*; y finalmente, bajo el título de *“Mayor permanencia en obra”*, dijo que el demandante tenía la expectativa de facturar mensualmente la suma de \$956.719.509,80 *“y sobre este presupuesto se hicieron cálculos de personal, maquinaria y suministros. Sin embargo tal y como se desprende de la ejecución de la misma, la obra no llegó ni siquiera a un 40% de ejecución, por lo que el retraso en la ejecución de la misma (sic), pero el silencio de la UNION TEMPORAL generó la asunción de unos costos que no estaban presupuestados”*.

A.I.U.:

Se pidió por el actor el porcentaje pactado en el contrato (18.7%), aplicado al valor de los materiales y elementos entregados en agosto de 2012, y al valor de la obra realizada que consta en el Acta No. 9, que fueron valores no reconocidos por la Unión Temporal en el proceso de liquidación del contrato.

Honorarios:

Se refirió al pago de asesoría jurídica por la reclamación ante la Unión Temporal, del que se dice *“tuvo como única causa la mala planeación de la obra por parte de la U.T.”*.

Pago de las Primas:

Consistió, según lo alegó la convocante, en el exceso que se habría pagado por primas de seguros, tomando en cuenta que éstas se calcularon con base en el valor total del contrato de obra, el tiempo total de ejecución y el porcentaje de los amparos, no obstante lo cual en la práctica el porcentaje de obra ejecutada fue sólo 38,31%. Se exceptúa de lo anterior la prima por buen manejo del anticipo.

Acta No. 9:

Se refirió aquí al mayor valor a reconocer como resultado de la revisión del Acta No. 9, con respecto a algunos ítems y cantidades que debían corregirse.

Como título aparte, la demanda expuso, a manera de “CONCLUSIÓN”, que *“la variación de los costos en la ejecución del contrato de obra civil, así como los mayores valores sufragados por mi firma debe ser reconocida por parte de la UNION TEMPORAL DE COOPERATIVAS DE BOGOTA, toda vez, que es evidente el desequilibrio económico del contrato”. “De ninguna manera, se puede trasladar al contratista los perjuicios derivados de la falta de planeación ni por aquellos encuadrados dentro de la teoría de la imprevisión. Lo anterior, por cuanto ello implicaría una asunción de riesgos ilimitados; lo que atenta contra los principios rectores de la contratación, plasmados en normas que ostentan el carácter de orden público”. “Visto que todo riesgo es trasladable por acuerdo entre las partes, salvo aquellos que no son cuantificables y/o determinables al momento de celebrar (“la teoría de la imprevisión), resulta indispensable un estudio sobre la conveniencia de trasladar cada riesgo derivado del negocio, en aras a la protección de los intereses de cada una de las partes y en procura de una relación contractual lo más fluido posible”. “En consecuencia, tal y como lo advertimos en los párrafos que antecieron, la UNION TEMPORAL COOPERATIVAS POR BOGOTA cuenta con los instrumentos jurídicos para reconocer los mayores valores adeudados por diferentes conceptos”.*

6.3. Estimación de la cuantía del proceso y pretensiones de la demanda.

La estimación de la cuantía del proceso, contenida en la demanda, es como sigue:

“JURAMENTO ESTIMATORIO

Se estima bajo la gravedad del juramento que el valor que se pretende ser reconocido es la suma de SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL OCHO PESOS CON VEINTIDOS CENTAVOS (\$752'798.008,22), discriminando cada una de las sumas reclamadas así:

CONCEPTO	VALORES A RECONOCER
<i>Revisión de precios</i>	223.572.293,00

<i>Bodegaje</i>	101.002.049,75
<i>Personal</i>	66.955.679,00
<i>Maquinaria</i>	52.530.249,60
<i>AIU</i>	92.651.408,67
<i>Honorarios</i>	183.508.910,00
<i>Primas</i>	17.885.447,34
<i>Acta No. 009 corrección</i>	14.691.970,86
TOTAL A RECONOCER	752.798.008,22 ”

A su vez, las pretensiones de la demanda son las siguientes:

“PRIMERA: Que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento la ocurrencia de la figura denominada *desequilibrio económico del contrato suscrito con la UNION TEMPORAL COOPERATIVAS POR BOGOTA, el 16 de agosto de 2011. SEGUNDA:* Que como consecuencia de lo anterior se condene a la empresa UNION TEMPORAL COOPERATIVAS POR BOGOTA al pago de la suma de SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL OCHO PESOS CON VEINTIDOS CENTAVOS. **TERCERA:** Que se condene en costas del proceso y agencias en derecho. **CUARTA:** Que se compense del valor que resulte a mi favor en el Tribunal de arbitramento, la suma de \$203.493.385.00 correspondiente al saldo que el CONTRATISTA debe al CONTRATANTE como amortización del anticipo y que resultado de la presentación de la reclamación al interior de la UNION TEMPORAL COOPERATIVAS POR BOGOTA”.

6.4. Argumentos de defensa y excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda.

Las demandadas, a través de su apoderado común, controvirtieron los fundamentos jurídicos de la demanda y negaron que en el presente caso tuviera cabida la aplicación de la teoría de la imprevisión. Expresó la contestación de la demanda que *“...si atendemos los argumentos de la demanda relativos a que el origen de la situación se dio con ocasión de supuestos errores de cálculo y de*

los diseños, así como de las cantidades y precios unitarios; entonces no estaríamos precisamente frente a imprevistos o circunstancias extraordinarias, sino frente a supuestos errores que como se demostrará, tampoco existieron, y que en todo caso no serían tampoco posteriores a la celebración del contrato”, y que “No es dable tampoco, argumentar la Teoría de la Imprevisión para pretender la supuesta existencia de un desequilibrio contractual, en la medida que por lo argumentado en la demanda no se trataría de circunstancias ajenas a las partes, sino que el demandante las ubica como responsabilidad de La Unión Temporal, lo cual tampoco corresponde a la realidad...”.

El apoderado de las convocadas desestimó los fundamentos jurídicos expuestos en la demanda, por diferentes motivos, entre ellos, el comportamiento del demandante que calificó como de mala fe, el conocimiento por parte del contratista de las condiciones del proyecto (incluso en materia de precios) desde el momento de la invitación a contratar, y la idoneidad de los diseños.

Igualmente, el apoderado de las convocadas se opuso a la procedencia de la condena pedida, por motivos de fondo, mas no formuló objeción desde el punto de vista estrictamente de la cuantificación de las cifras indicadas en el capítulo del “JURAMENTO ESTIMATORIO”, en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso.

En capítulo especial se enunciaron las excepciones que se denominaron “*Pretensión Indevida de una serie de obligaciones sin ningún sustento legal*”, “*El mal manejo del anticipo*”, y “*Mala Fe del Demandante*”.

7. ALEGACIONES DE LAS PARTES.

En audiencia realizada el 3 de marzo de 2014, los apoderados de las partes expusieron verbalmente sus alegatos de conclusión, así:

La parte convocante hizo énfasis en los que denominó tres aspectos fundamentales, como fueron: i) El conocimiento de los pliegos que impidió reclamar, que fue algo no dicho por la convocada; ii) La ausencia de los planos y estudios definitivos, que llevó a que existieran cerca de 40 versiones de planos, y que al 30 de mayo, la Unión Temporal no entregó los planos definitivos, deficiencias que generaron la mayor parte de los problemas esgrimidos por la actora; iii) diseños defectuosos por parte de la U.T., que condujeron a mayores costos, y que significaron la reclamación de ocho ítems, que sintetizó a continuación.

Respecto del bodegaje, dijo que no era justo que la negligencia de la Unión temporal hiciera que Gustavo Torres tuviera que asumir ciento un millones de pesos. En lo que atañe al personal y a la maquinaria, la falta información adecuada hizo que se tuviera que contar con mayor personal y con mayor maquinaria. Tratándose de la mayor permanencia en la obra, expresó que se llegó apenas a un 34 % de avance de la obra, pero Gustavo Torres Duarte tuvo durante toda la ejecución toda su infraestructura para cumplir con lo adeudado. Toda contratación de obra civil implica los componentes de administración, utilidad e imprevistos, y aquí se deben. Sobre las primas de seguro, dijo que no debían pagar las primas de seguros de una obra que no se hizo, particularmente en lo que atañe a la estabilidad de la obra. En lo relativo a los honorarios de abogado, expresó la convocante que por los ires y venires en que se colocó a Gustavo Torres Duarte entre agosto y marzo, se vio obligado a contratar los servicios de una abogada, que luego buscó con el abogado designado por la U.T. una salida jurídica a la problemática, y que los costos de sus servicios deben ser reconocidos por la U.T.

Finalmente, insistió en que se reconocieran las pretensiones incorporadas en la demanda.

Por su parte, el apoderado de la parte convocada inició su intervención, solicitando al Tribunal que se pronunciara en derecho. En segundo lugar, que se estaba cuestionando la buena fe de la Unión Temporal, quien siempre había actuado en leal forma durante toda la ejecución del contrato. Expresó que se trataba de un contrato de obra civil de carácter privado, pero ejecutado por cuenta del Instituto Distrital de Recreación y Deporte.

A continuación expresó ser la demanda quien omitió decir que el contrato suscrito había sido convenido a precios unitarios sin fórmula de ajuste, que impedían su revisión a lo largo de la ejecución del contrato. respecto del dictamen pericial dijo que debía ser examinado no solamente desde el punto de vista técnico, sino también interpretarse a la luz de lo jurídico. Seguidamente, la convocada se interrogó sobre sí era posible reclamar perjuicios en periodos de suspensión mutua del contrato y respondió que no era factible pues en el texto de tales actas se decía que no generaban gastos. En tratándose de las primas de seguros, manifestó que la Unión Temporal no tenía objeción en cuanto a la suma reclamada, y sobre el personal dijo que el contrato era absolutamente claro de que ello era por cuenta del contratista.

Respecto de la esgrimida teoría de la imprevisión dijo que no se podía utilizar este soporte para la reclamación porque no se trataba de circunstancias imprevistas, imprevisibles ni extraordinarias; que por el contrario, el contratista conoció todas las circunstancias del negocio jurídico, mientras que lo que se estaba demandando en este proceso eran errores del contratista. Finalmente,

respecto de la carta del 15 de diciembre en que Gustavo Torres aceptó haber firmado una carta, reconoció su propio error, que impedía la aplicación de la teoría de la imprevisión por su propia culpa.

Por todo lo anterior, demandó del Tribunal que se negaran las súplicas de la demanda.

Cada una de las partes, al terminar su intervención, entregó versión escrita de sus alegatos, que se incorporaron al expediente.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.

Se encuentran cumplidos los requisitos para dictar el Laudo, teniendo en cuenta la participación en el proceso de sujetos capaces y debidamente representados, el carácter disponible de los derechos involucrados en la controversia, formulada mediante demanda que cumple con los requisitos legales, y que está cobijada por la cláusula compromisoria, lo cual otorga competencia al árbitro para proferir decisión de fondo.

2. EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

Teniendo en cuenta que el soporte de las pretensiones de la demanda consistió en esta figura¹, aludiendo especialmente a la imprevisión contractual contemplada por el artículo 868 del Código de Comercio, el Tribunal realiza las siguientes consideraciones:

Los contratos, como acuerdos de voluntades para crear obligaciones, gozan de una esencial función económica como centro de la vida de los negocios, pues se trata del “instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica que impliquen la composición de intereses inicialmente opuestos, o por lo menos no coincidentes”, al decir de maestro italiano

¹ En efecto, la pretensión primera de la demanda, en la que solicita “*Que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento la ocurrencia de la figura denominada desequilibrio económico del contrato suscrito con la UNIÓN TEMPORAL COOPERATIVAS POR BOGOTÁ, el 16 de agosto de 2011*”, constituye la esencia y base del *petitum* en este proceso, como quiera que de esta pretensión es consecuencial la segunda, que pide la condena a la demandada, y de ello depende la condena en costas y la compensación pedidas en las pretensiones tercera y cuarta.

Francesco Messineo². En esa medida, el contrato tiene unas grandes consecuencias económicas respecto de quienes lo celebran, pues la ejecución de las obligaciones que de él se derivan, implicarán para ellos compromisos de índole financiero.

Pero no sólo lo económico es de trascendencia en esta figura negocial, sino también lo jurídico, pues el contrato genera una situación especial, en tanto y en cuanto las partes quedan cobijadas bajo deberes del nivel legal. Es decir, el contrato conlleva la generación de una ley para las partes y obliga a éstas en los términos en que lo hubieren pactado. Las obligaciones contractuales se tornan de imperativo cumplimiento y obligan a los co-contratantes a lo que ellos pactaron. Se crea un marco conductual al que deben someterse las partes, que implica la inmutabilidad de los compromisos, es decir que las partes quedan atadas a lo que hubieren previsto al momento de su celebración (*pacta sunt servanda*).

Sin embargo, para paliar las consecuencias de un cambio de circunstancias contractuales, en el derecho consuetudinario francés se pactó en forma expresa el principio expresado bajo el postulado latino “*rebus sic stantibus*”, es decir que el *pacta sunt servanda* –los pactos se hicieron para cumplirse- se debería mantener siempre y cuando las condiciones no variaran. Posteriormente esta disposición negocial se entendió incorporada tácitamente en los contratos, y con el transcurso de los años, ha tenido grandes desarrollos jurídicos, todos dirigidos a dar realidad a uno de los sagrados valores jurídicos, como es la equidad.

Así las cosas, a la hora actual, los contratos pueden ser objeto de modificaciones durante su ejecución, sea por virtud de reconocimiento expreso en el marco negocial, o bien porque en el curso de la ejecución de los contratos sucedan diferentes hipótesis que puedan alterar el estado jurídico-económico de las partes, no solamente por virtud del desarrollo mismo del objeto contractual, sino también porque pueden presentarse fenómenos exógenos de impacto, de lo cual surgió la teoría de la imprevisión y con ella el mecanismo de revisión de las condiciones del contrato, justamente para mantener la equidad dentro de la relación obligacional.

Por lo tanto, las modificaciones de un contrato pueden suceder, o bien porque las partes las convienen y modifican su relación negocial, o bien porque alguna de ellas o las dos generan incumplimientos de sus obligaciones, ora porque se producen circunstancias imprevistas, exógenas a las partes, que modifican las

² Francesco Messineo, Doctrina General del Contrato, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, pág. 34.

bases del negocio jurídico, circunstancia última que ha servido de base para fundar la teoría de la imprevisión.

En el laudo arbitral proferido el 15 de julio de 2002 para resolver la controversia surgida entre Dragados Hidráulicos Ltda. y la Concesionaria Tibitoc S.A. ESP, el Tribunal hizo un amplio y profundo análisis de los fundamentos de la teoría de la imprevisión³, destacó su origen en la tesis de la base del negocio jurídico formulada por Oertemann y Larenz –entre otros- a su vez guiados previamente por el maestro Bernhard Windscheid con el planteamiento del concepto de la presuposición. Este soporte doctrinal fue incorporado tiempo después por el legislador patrio al redactar el artículo 868 del Código de Comercio.

En el derecho colombiano resulta particularmente importante traer a colación la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 23 de mayo de 1938⁴, con ponencia del jurista Arturo Tapias Pilonieta, por medio de la cual se reconoció la teoría de la imprevisión en un caso concreto, en términos muy semejantes a como lo harían años después el Código Civil Italiano de 1942 y el propio Código de Comercio colombiano del año 1971, que incorporó norma semejante a la de aquel.

El artículo 868 del estatuto comercial colombiano, traído como fundamento de las pretensiones de la demanda, se reitera, dispone que:

“ARTÍCULO 868. REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS. Cuando 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

³ Allí se dijo que: *“En suma, estima el tribunal que para la aplicación de la teoría de la imprevisión es imprescindible examinar en cada caso lo que constituyen las bases del negocio, supuestas o razonablemente presupuestas por los contratantes, y particularmente las que de manera objetiva soportan la equivalencia de las prestaciones a cargo de cada una de las partes, con el propósito de concluir si ellas han sido significativamente alteradas por hechos sobrevinientes, extraordinarios, imprevistos o imprevisibles que por socavar la equivalencia de las prestaciones de un contrato con efectos diferidos, hacen que para una de las partes resulte excesivamente oneroso su cumplimiento”*.

⁴ Dijo la Corte en esa preclara sentencia: *“...la solución más satisfactoria es la de la revisión de las condiciones del contrato como medio para adaptarlo a las nuevas necesidades, bien obligando el juez a las partes a convenir en las nuevas condiciones del contrato, amenazándolos con la resolución, o ya, asumiendo el juez directamente la facultad de señalar esas nuevas condiciones, en ausencia del acuerdo de las partes... Consintiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusticia y desorbitante ante las nuevas circunstancias”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de mayo de 1938, Gaceta Judicial, Tomo XLV, pág. 544).

de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

“El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

“Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

Esta norma incorpora en el derecho comercial colombiano la figura de la teoría de la imprevisión y contempla el marco para su reconocimiento.

Observada la citada disposición y los varios pronunciamientos jurisdiccionales⁵, los requisitos esenciales para que proceda el restablecimiento económico del contrato derivado de ese cambio de circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, son los siguientes:

A) Existencia de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida. Esta condición plantea tres requerimientos. El primero, que no puede tratarse de un contrato de ejecución instantánea e inmediata, pues ésta se encuentra por fuera del presupuesto legal. El segundo, que no se trate de un contrato aleatorio. Finalmente, el tercero, que el contrato exista al momento de formular la pretensión.

Sobre esta particular exigencia respecto de la existencia del negocio jurídico, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 21 de febrero de 2012⁶ fue enfática y reiterativa en exigir como condición para pronunciarse favorablemente sobre el desequilibrio económico del contrato, a la luz del artículo 868 del Código de Comercio, la presencia actual del contrato:

“El artículo 868 del Código de Comercio, dispone la regla para contratos de ejecución sucesiva, escalonada, periódica o diferida, cuyas prestaciones se proyectan en espacio temporal distante a su celebración, y pueden afectarse por circunstancias sobrevenidas, previas a su cumplimiento futuro y terminación. Exceptúa los contratos aleatorios y los de ejecución instantánea. De suyo, los

⁵ Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil, sentencia del 21 de febrero de 2012, exp. 2006-00537-01 M.P. Dr. William Namén Vargas; Laudo Arbitral de Construcciones C.F. Ltda. Vs. Banco de la República, 5 de marzo de 2007, árbitros Juan Caro Nieto, Álvaro Isaza Upequi y Nicolás Gamboa Morales; Laudo de Dragados Hidráulicos Ltda. Vs. Concesionaria Tibitoc S.A. ESP, 15 de julio de 2002, árbitros: Carlos Darío Barrera Tapias, Sergio Muñoz Laverde y Carlos Alberto Navia Raffo; y Laudo Arbitral de La Fortaleza S.A. Compañía de Financiamiento Comercial en liquidación Vs. Salomón Finvarb Mishaan y Otros, 11 de diciembre de 2000, entre otros.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 21 de febrero de 2012, exp. 11001-3103-040-2006-00537-01, M.P. Dr. William Namén Vargas.

eventos alteradores de la simetría prestacional, han de acontecer después de celebrado el contrato, durante su ejecución y previamente a su extinción.... La revisión del contrato, en rigor se justifica por una prestación de cumplimiento futuro, cuya ejecución se hace después, en lapso ulterior a su existencia, así la determinación del desequilibrio prestacional o la excesiva onerosidad derive no de esa prestación unitaria sino de todo el contrato. Compréndase, entonces, la imposibilidad práctica de una alteración sobrevenida cuando la prestación se cumple o ejecuta al instante de su existencia, extinguiéndose en el mismo acto, también revisar o terminar lo que no existe”.

“Dentro de los requisitos, está la sobreviniencia de las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional. Han de acontecer después de la celebración, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato”.

B) Ocurrencia de circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles. Tal y como lo ilustró el tribunal de arbitramento citado en precedencia, debe tratarse de hechos sobrevinientes, acontecidos con posterioridad a la celebración del contrato, “que resulten contrarios a lo que común, regular y habitualmente acontece”.

Un hecho extraordinario es aquel que se encuentra por fuera del orden natural, de la regla común de los acontecimientos, de lo ordinario, de lo usual.

Un hecho imprevisible es aquel que no se podía avizorar o concebir en precedencia, o que no se podía tener en cuenta con anticipación.

Un hecho imprevisto es aquel que no fue previamente contemplado.

C) Excesiva onerosidad generada por las circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, que hubieren alterado la base del negocio jurídico. No existe una definición de lo que deba entenderse por ‘excesivamente onerosa’, por lo que el juzgador deberá, en cada caso, examinar la situación fáctica y evaluar el impacto de la modificación de las circunstancias y la afectación del contrato, para determinar si se presentó un cambio fundamental.

No obstante esta carencia de definición del término, como bien se expresó en el mismo laudo, “la excesiva onerosidad sobreviniente se presenta, entonces, cuando las circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, afectan de tal manera las bases del negocio que hacen que se destruya o alteren significativamente la relación de equivalencia de las prestaciones. Si, por ejemplo, las cambiantes circunstancias hacen que el valor de las inversiones que el deudor debe hacer para cumplir con sus obligaciones, o si los gastos en

que para ese efecto debe incurrir, se incrementan desmesuradamente, se estará en presencia de excesiva onerosidad sobreviniente”⁷.

Se trata de un juicio particular y concreto que debe efectuar el juzgador teniendo en consideración las obligaciones del contrato, las circunstancias producidas durante su ejecución y las bases del negocio jurídico, y obviamente las pruebas recaudadas a lo largo del proceso.

D) Las circunstancias sobrevinientes no pueden ser atribuibles a los co-contratantes. Las partes del contrato no pueden dar lugar a la variación de las circunstancias del contrato. Es decir, que su conducta respecto del cumplimiento de las obligaciones no puede entenderse como razón para pretender un restablecimiento del contrato. Primero, porque no se trataría de circunstancias exógenas; en segundo término, porque esos particulares eventos de demora o de incumplimiento de las obligaciones son regulados por el esquema de la responsabilidad contractual, al amparo de las reglas de los artículos 1608 y siguientes del Código Civil y 822 del Código de Comercio, hipótesis totalmente diferente a aquella derivada de la imprevisión.

E) Las prestaciones que se pretenden reajustar deben encontrarse pendientes de cumplimiento. En un todo de acuerdo con la exigencia de la vigencia del contrato, las obligaciones cuyo reajuste se pretende por razón del desequilibrio económico no pueden encontrarse ya cumplidas, sino que debe tratarse de “prestaciones de futuro cumplimiento”, según lo exige perentoriamente el artículo 868 del Código de Comercio.

La misma providencia de la Corte del 21 de febrero de 2012, que fue citada anteriormente, se pronunció sobre el carácter futuro de la prestación. Varios párrafos utilizó esa alta Corporación para reiterar en esas indispensables condiciones:

“A contrariedad, la revisión del contrato ex artículo 868 del Código de Comercio, es el medio dispensado por el legislador al desequilibrio económico adquirido o lesión sobrevenida (*laesio superveniens*) por circunstancias posteriores, *distantia temporis* después de su celebración, durante su ejecución y antes de su terminación (*qui habent tractum successivum*). Bien se advierte del *factum* normativo, que la revisión versa sobre “*la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes*”, esto es, no cumplida ni extinguida. La vigencia del contrato y la pendencia de la prestación, conforman condiciones ineludibles”.

⁷ Laudo Arbitral de Dragados Hidráulicos Ltda. Vs. Concesionaria Tibitoc S.A. ESP, 15 de julio de 2002, árbitros: Carlos Darío Barrera Tapias, Sergio Muñoz Laverde y Carlos Alberto Navia Raffo, pág. 14.

Véase cómo insistió la Corte sobre el requerimiento de la existencia del contrato y las obligaciones por venir. Si el contrato ya terminó, por cualquiera causa que sea, o si las prestaciones no son futuras, no puede acudir a esta institución prevista en el artículo 868 del estatuto mercantil. Habrá que buscar otros mecanismos previstos por la ley, tales como las pretensiones dirigidas a la indemnización de perjuicios por incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, o bien a la indemnización derivada de un evento de enriquecimiento sin causa, etc.

Por otro lado, de presentarse eventos de conductas reprochables por parte del contratante de la obra, obviamente el modo de pretender la indemnización correspondiente sería una demanda de responsabilidad contractual por incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, y no una pretensión de haber ocurrido *“la figura denominada desequilibrio económico del contrato”*, como aquí se efectuó, figura que es propia de la contratación estatal (lo mismo que el principio de planeación al cual aludió la demanda tangencialmente), y no son trasladables figuras del derecho público, con sus efectos, a las relaciones entre particulares, regidas por el derecho privado, como lo es la del caso bajo estudio, tal cual lo reconoce la demanda⁸.

Naturalmente, el hipotético debate sobre responsabilidad contractual, exigiría el análisis de presupuestos fácticos, elementos probatorios y jurídicos bien diferentes al debate sobre el desequilibrio económico que aquí se planteó, encaminados a demostrar la existencia de una obligación incumplida, el daño - con todos sus requisitos-, el nexo causal entre lo primero y lo segundo, además del indispensable examen en materia de culpa según el régimen que corresponda. No sería suficiente ni pertinente, si se tratara de perseguir responsabilidad contractual (que, a riesgo de insistencia, no fue la acción formulada en el presente caso y ello debe ser respetado por el Tribunal, en virtud del principio de congruencia del fallo y como garantía del derecho de defensa del demandado⁹), demostrar la verificación de los elementos propios de la teoría de la imprevisión o, en general, el desequilibrio contractual.

3. LA CAUSA SOMETIDA A JUICIO

Como se puede deducir de las posturas de las partes, sintetizadas en los antecedentes de este Laudo, se trata de diferencias ocurridas con ocasión de la ejecución del contrato de obra No. UT-006-2011, celebrado entre el señor

⁸ También lo admite así la contestación de la demanda (páginas 7 y ss.), aunque aclarando que considera que, contrario a lo que alega la parte actora, los recursos involucrados son privados y no públicos.

⁹ Sobre el particular se volverá más adelante en este Laudo.

GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE y la UNIÓN TEMPORAL COOPERATIVAS POR BOGOTÁ, conformada por las cooperativas identificadas en la demanda y en los inicios de este Laudo.

Las pretensiones de la demanda buscan que se declare la ocurrencia del desequilibrio económico del contrato celebrado entre las partes en litigio, y como consecuencia de ella que se condene a la parte convocada al pago de \$752.798.000,22, más la condena en costas y agencias en derecho. De igual manera, pidió la actora que se ordenara la compensación respecto de la condena a su favor respecto de \$203.493.385 correspondiente al saldo que le adeuda a la Unión Temporal como amortización del anticipo.

Obsérvese entonces, como se anotó previamente en esta providencia al inicio del numeral segundo de las consideraciones, que la columna medular de las peticiones de la parte convocante parte de la ocurrencia de la figura denominada desequilibrio económico del contrato. Todas las demás pretensiones son consecuenciales de la primera de ellas, incluyendo la última que pide una compensación entre el valor no amortizado del anticipo y el valor de la pretendida indemnización.

De la *causa petendi* aducida por la parte convocante, se puede deducir cómo hace referencia a “*las múltiples fallas que se presentaron durante la ejecución del contrato*” (hecho quinto), que luego desarrolló dentro de los soportes jurídicos de la reclamación.

Adujo también que, con base en el artículo 868 del Código de Comercio, era procedente la aplicación de la teoría de la imprevisión frente al contrato de obra celebrado por las partes, para reconocer el desequilibrio del contrato, porque en su desarrollo se presentaron circunstancias que lo afectaron gravemente, tales como falta de entrega de los planos firmados definitivos por parte de la U.T.; deficiencias en los diseños y en la planeación, falta de detalles en los planos y, en general, que el diseño no era idóneo, ejecutable y confiable; dudas no resueltas por la U.T. y/o cambios respecto al diseño estructural; necesidad de traslado de una acometida eléctrica porque el proyectista eléctrico no la tuvo en cuenta; imposibilidad de instalar la estructura metálica por falta de planos de taller y de aval definitivo a los diseños; incongruencias entre los diseños estructurales y arquitectónicos, e incongruencias también respecto a los diseños hidráulicos; elaboración del presupuesto con base en los recursos disponibles, desconociendo el criterio del arquitecto que había contratado el IDRD, conllevando errores o discordancia con la realidad en los precios unitarios y las cantidades; reclamaciones que se describieron con mayor detalle y extensión en la parte inicial de este Laudo, al extractar los hechos y fundamentos jurídicos planteados en la demanda.

A lo largo de la demanda se observan continuos y permanentes reproches de la parte convocante a la Unión Temporal, que devienen como presuntos incumplimientos de sus obligaciones contractuales, sea porque los planos definitivos no se entregaron oportunamente (folios 154 a 160 del Cuaderno Principal), porque no se definió oportunamente el traslado de media tensión (folio 155 del Cuaderno Principal), porque se efectuaron cambios en los diseños estructurales (folios 156 y 157 del Cuaderno Principal), porque si bien el contrato fue el resultado de multiplicar los precios unitarios contractuales por las cantidades de obra efectivamente ejecutadas, estos valores estaban errados (folio 166 del Cuaderno Principal), o porque incumplió su obligación de entregar estudios, diseños e informaciones completas y correctas (folios 162 a 166 del Cuaderno Principal).

De igual manera, la parte convocante expresó que el 31 de julio de 2012, el contrato en referencia fue terminado de mutuo acuerdo por las partes (hecho séptimo, reconocido como cierto por la convocada).

Analizada esta causa a la luz de los postulados legales y jurisprudenciales traídos a colación en el numeral segundo de estas consideraciones, compaginados los hechos y fundamentos jurídicos con el tenor literal de la pretensión primera de la demanda, queda claro que la parte demandante formuló sus peticiones con miras a declarar la ocurrencia de un desequilibrio económico del contrato, que ató a las circunstancias previstas por el artículo 868 del Código de Comercio¹⁰.

Verificados los hechos en que soportaron sus pedimentos, y los requerimientos exigidos por esta disposición del Código de Comercio, observa el Tribunal que no se encuentran acreditados todos los elementos para darle despacho favorable a las pretensiones.

En efecto, tal y como lo expresó la parte convocante en el hecho séptimo de la demanda reconfigurada y presentada en escrito del 18 de junio de 2013, el contrato de obra civil No. UT-006-2011 celebrado entre Gustavo Torres Duarte y la Unión Temporal Cooperativas por Bogotá se terminó por mutuo acuerdo de las partes el 31 de julio de 2012 (pág. 4 del escrito, folio 150 del expediente). Este hecho fue aceptado, según se puede leer a página 3 del escrito de contestación del libelo. Así las cosas, el requisito de la existencia actual del contrato se echa de menos en el asunto *sub-iudice*.

¹⁰ El Tribunal descarta de plano acudir a la teoría del equilibrio económico del contrato predicable en el ámbito de la contratación estatal, que se sustenta en distintos fundamentos y persigue diferentes propósitos a los que protege el Derecho entre particulares, e insiste el Tribunal en que no son trasladables las figuras del derecho público y sus efectos, a la contratación privada, en tanto y en cuanto que cada uno de tales regímenes posee su propia regulación y tratamiento.

En segundo lugar, las circunstancias que según la demanda habrían dado lugar al desequilibrio del contrato tienen que ver con conductas de la Unión Temporal, inclusive previas al contrato o en el perfeccionamiento del mismo. Es decir se le están imputando responsabilidades precontractual y contractual a su co-contratante. Ahora bien, véase como la norma citada (art. 868 C.Co.) y los pronunciamientos jurisprudenciales han señalado que debe tratarse de circunstancias ***extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, posteriores al perfeccionamiento del contrato y ajenas a la conducta de las partes***¹¹.

Finalmente, por más que, en gracia de discusión, pudiere entrar a considerarse cada uno de los rubros que compone la reclamación económica planteada en la pretensión segunda¹², es también verdad que al amparo del artículo 868 del estatuto comercial la posibilidad que tendría el juez sería la de revisar la obligación para realizar los ajustes necesarios o, en caso de no ser posible, declarar la terminación del contrato, cosa que tampoco puede hacerse frente a obligaciones del constructor que ya han sido ejecutadas, hecho aunado a que el contrato fue terminado de común acuerdo por las partes con antelación a la formulación de las pretensiones. Tampoco la alegada imprevisión contractual que se alega que afectó al constructor, sirve de base para formular pretensiones económicas indemnizatorias, como lo es la pretensión segunda de la demanda.

Obsérvese cómo se echan de menos los requisitos de existencia del contrato al momento de formular la demanda, su vinculación con obligaciones vigentes y futuras, así como que los hechos atribuidos al desequilibrio sean extraordinarios, imprevistos e imprevisibles, posteriores al perfeccionamiento

¹¹ Distinto a lo imprevisto es lo desconocido al momento de contratar, como quiera que se ha dicho que *“la ignorancia de circunstancias preexistentes al tiempo del contrato, no legitima la imprevisión”* (CSJ, Sala de Casación Civil, sentencia del 21 de febrero de 2012). No estaría por demás traer a colación lo observado por el perito al resolver las preguntas 7 y 8 del cuestionario formulado por el Tribunal (folio 40 del dictamen), en cuanto a que *“Los aumentos en cantidades de obra contratadas con ocasión de las modificaciones en los proyectos o deficiencias del presupuesto, no fueron significativas”,* y a que *“El aumento del costo de los precios comerciales de bienes y servicios durante el período de ejecución del contrato aquí tratado no fue apreciable... Los sobrecostos que reclama el convocante se debieron a la mayor permanencia y a deficiencias en el presupuesto inicial más que a aumentos de los precios comerciales durante la ejecución”*. Esto, aparte de la manifestación del convocante en la carta del 15 de diciembre de 2011 (folios 489 y ss. del Cuaderno de Pruebas No. 1), en el sentido de que *“Reconocía como contratista que había sido un error mío, el haber aceptado los precios presentados por la Unión Temporal Cooperativas por Bogotá pues estos difieren sustancialmente de los precios de mercado”*.

¹² Denominados *“REVISIÓN DE PRECIOS”, “PERJUICIO ECONÓMICO POR LA PARÁLISIS DE LA OBRA CON OCASIÓN DE LA INDEFINICIÓN DE LOS PLANOS A SEGUIR Y DE LA SUSPENSIÓN REALIZADA”, “A.I.U.”, “HONORARIOS”, “PAGO DE LAS PRIMAS”* y *“ACTA NO. 9”*.

del contrato y ajenos a las partes. En la medida en que estos requerimientos están ausentes en el caso concreto, debe concluirse que no se encuentra configurada la figura de la teoría de la imprevisión. Tampoco se puede considerar, en criterio del Tribunal, que las conductas endilgadas a la Unión Temporal, sean ellas provenientes de la alegada falta de planeación o de incumplimientos de obligaciones del contratante de la obra, se puedan subsumir en este caso dentro de la figura del equilibrio económico del contrato, que es propia del derecho público y no puede trasladarse a un contrato entre particulares como lo es el que es materia del proceso, según se explicó previamente.

Ahora bien, con respecto a la redacción de la cláusula tercera del contrato de obra civil No. UT-006-2011 importa destacar que ella no consagra la figura del restablecimiento del desequilibrio económico del contrato, como si se tratase que de los eventos en que se cumplieran las condiciones extraordinarias de alteración previstas por el inciso primero del artículo 868 del Código de Comercio, pudiera surgir la obligación de la Unión Temporal de reparar al contratista los mayores costos en que hubiera incurrido, inclusive después de cumplida la obligación o de terminado el contrato. Si bien las partes introdujeron la obligación del contratante de *“Realizar los ajustes necesarios, para la debida ejecución del contrato, manteniendo su equilibrio financiero debidamente soportado”*, la disposición está enfocada hacia los ajustes normales y necesarios para la debida ejecución del contrato, como una obligación a cargo de la Unión Temporal contratante para superar circunstancias que la impidieran, y bajo el entendido de que cubiertos los mayores costos, subsistiría la obligación del contratista de terminar la construcción de la obra.

Pero la ejecución de esta obligación a cargo de la Unión Temporal requeriría, por su propia redacción y por la naturaleza del contrato, un análisis previo de los elementos que presumiblemente llegarían a desequilibrar las prestaciones; lo primero, como quiera que se refiere el numeral segundo de la cláusula tercera a los *“ajustes necesarios”* con miras a procurar la *“debida ejecución”* del contrato, esto es, ajustar las prestaciones en la medida en que fuera necesario para evitar la parálisis en la realización de la obra (no se trata de un deber indemnizatorio *a posteriori* a cargo del contratante), y en la medida en que se acreditara la necesidad del ajuste, ya que la cláusula exige que el equilibrio se mantenga *“debidamente soportado”*; y lo segundo, pues se trataba de un contrato de obra por el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de ajuste (cláusula primera del contrato), de manera que un cambio en el precio del contrato no podía tomar por sorpresa a ninguna de las partes, en este caso, a la contratante (como sucedería al solicitar, con posterioridad a la celebración del contrato y a la realización de trabajos, mayor remuneración por considerarse insuficientes los valores unitarios establecidos en el presupuesto de obra con base en el cual se contrató).

No podría interpretarse el numeral segundo de la cláusula tercera como una obligación de la Unión Temporal de modificar las condiciones esenciales del negocio, tales como la remuneración al constructor, pues ello, dentro del contexto debatido en este proceso, está limitado a eventos de alteración de las bases del negocio en los que se verifiquen los supuestos para la revisión contractual contemplada en el artículo 868 del Código de Comercio, lo cual produciría los efectos sobre el negocio que dicha norma dispone, que no son indemnizatorios (como sí lo son los que persigue la demanda) sino de revisión de la obligación por parte del juez, y en caso de no ser posible hacer reajustes, de liberación de la obligación a través de terminación del contrato.

Y el efecto de la obligación prevista en el numeral segundo de la cláusula tercera, en el caso de estar ante una circunstancia que pusiera en riesgo la debida ejecución del contrato, no puede entenderse que la contratante tuviera obligatoriamente que disponer de los mayores recursos que fueran necesarios y entregarlos al contratista para que prosiguiera con la obra, pues siendo el contratante el dueño e interesado en ésta, bien podría decidir que las circunstancias presentadas no ameritaban el mayor esfuerzo de su parte que le reclama el contratista para concluir la construcción (o que podría acudir a otro constructor), pero eso sí, en la medida en que el constructor, en este evento de terminación anticipada por decisión del contratante, conservaría el derecho a obtener una ganancia o utilidad por su trabajo, el deber de mantener el equilibrio financiero consistiría en garantizar la obtención de la utilidad esperada, lo cual es diferente a estar obligado a cubrir los mayores costos que serían necesarios para terminar la obra. Y desde luego, como ya se dijo, si el contratante decidiera sí cubrir los mayores costos, en ese caso subsistiría la obligación del contratista de terminar la construcción de la obra.

Por lo dicho, el Tribunal habrá de despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda, como en efecto se hará en la parte resolutive del Laudo, como quiera que la denegación de la pretensión primera conlleva el fracaso de la segunda que es consecuencial de aquella, como lo son la tercera y cuarta, por ser derivadas de lo anterior.

En la medida en que las pretensiones de la parte convocante no están llamadas a prosperar, como quedó visto, resulta inane que el Tribunal se refiera a las excepciones de mérito formuladas por la parte convocada.

5. EL PRINCIPIO DE LA CONGRUENCIA

Ahora bien, para descartar un eventual escenario en que se aspirara a que el Tribunal abordara la controversia por fuera del ámbito de una acción en la que

se reclama la ocurrencia de desequilibrio económico, como lo sería aquel que analizara la demanda como si estuviera perfilada hacia la declaración de una responsabilidad contractual de la parte convocada, es imprescindible traer a colación estas líneas sobre el *thema decidendi* del juzgador, que limitan su pronunciamiento a los extremos sometidos por las partes.

Dispone el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil que la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y no podrá condenarse al demandado ni por cantidad superior a la pedida, ni por un objeto distinto, ni tampoco por una causa diferente a la planteada en el libelo. Quiere esto decir que el juez está sometido al principio de la consonancia o congruencia entre aquello que piden las partes y lo que se resuelve.

Son tres aspectos que deben guardar acompasamiento: la cantidad por la que se condena, el objeto de la *litis* y la causa para pedir. Esta disposición ata al juzgador, quien sólo puede resolver lo que le proponen las partes y conlleva una especial labor de conducta para quien acude ante la jurisdicción para plantear acertadamente las pretensiones y su *causa petendi*, si lo que busca es, en efecto, una sentencia favorable a sus pedimentos. Especial cuidado debe guardar la parte actora en la formulación de las peticiones y de los soportes fácticos y jurídicos, pues su accionar comporta la imposibilidad para el juez de resolver por fuera de ese marco litigioso trazado por ella misma. Tan exigente resulta este postulado, así no sea compartido por toda la doctrina procesal¹³, que su vulneración o desconocimiento está consagrada como una causal de casación (art. 368 numeral 2º C.P.C.).

En este sentido, como lo reconoce expresamente la propia Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 29 de noviembre de 2012¹⁴, la jurisprudencia de esa Corporación ha sido reiterada y en un mismo sentido cuando dijo que:

“En tal sentido, según inalterada y pacífica jurisprudencia de la Corte, la causal en cita ‘*se halla instituida para enmendar el vicio de procedimiento que se presenta cuando el sentenciador, por exceso o por defecto, se aparta del cuadro de instancia que traza la demanda y las excepciones propuestas por el demandado o que el juez deba declarar de oficio*’ (Sent. Cas. Civ. 046 de 8 de abril de 2003, exp. 7844; reiterada en Sent. Cas. Civ. de 30 de julio de 2008, exp. 00363, inter alia); o lo que es igual, ‘cuando el Juez, al proferir su sentencia, se pronuncia sobre objeto distinto del pretendido (extra petita), o desborda las fronteras cuantitativas de lo

¹³ Hernán Fabio López Blanco, Procedimiento Civil, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2002, páginas 623 y 624.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 29 de noviembre de 2012, Exp. 76001-3110-2008-00504-01, M.P. Dr. Jesús Vall de Rutén Ruiz.

que fue suplicado (*ultra petita*), o deja de resolver aspectos que le fueron demandados (*citra petita*), **siendo claro que la congruencia no sólo exige simetría entre el fallo y los pedimentos de las partes: pretensiones y excepciones, sino también con los hechos en que unas y otras se soportan, ‘por ser la causa petendi uno de los límites que se establecen en la Litis contestación’** (XXVI, pag. 93. Vid: Cas. Civ. de 19 de febrero de 1999, Exp. 5099), **por manera que, ‘en el ejercicio de su función, el juez, al decidir el proceso, no puede desbordar los hechos en que éste, conforme a lo expuesto por las partes se apoya’, porque ‘la razón de dar’ expresada en la sentencia ha de guardar correspondencia con la causa petendi’** (Cas. Civ. de 4 de septiembre de 2000, exp. 5602, reiterada en Cas. Civ. de 13 de diciembre de 2002, exp. 6893 y en Cas Civ. de 12 de agosto de 2003, Exp. 7325)’ (Sent. Cas. Civ. 147 de 1º de octubre de 2004, exp. 7560)” (resaltados ajenos a la cita).

El pronunciamiento del juez tiene, entonces, fronteras de tipo cuantitativo y cualitativo respecto de las pretensiones del actor, las excepciones del demandado y las *causa petendi* de ésta y de aquella. El juez no puede fallar más ni menos de lo pedido, ni tampoco podrá hacerlo por fuera del marco litigioso fijado por el objeto y causa de la contención.

Se trata de un imperativo categórico para el juzgador, cuyo desconocimiento en la sentencia se podrá alegar mediante el recurso ordinario de apelación ó el recurso extraordinario de casación, según el caso.

También tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia reiterada¹⁵ que:

“Dicho en otras palabras, para identificar una pretensión con la exactitud necesaria y evitar de este modo incurrir en los excesos o desviaciones a los que atrás se hizo referencia, no basta atender a lo que se pide sino que respecto a ese “petitum” que constituye objeto inmediato de la pretensión, el ordenamiento positivo exige que se le ponga en relación con la causa de pedir invocada, expresión esta que según acaba de verse, comprende tanto la concreta situación de hecho aducida como las consecuencias jurídicas que a esa misma situación le asigna el demandante, de lo que se sigue, entonces, que el elemento identificador en estudio lo componen dos factores enlazados entre sí en estrecha conjunción que de acuerdo con la perspectiva que de esta última aporta la demanda, tampoco puede serle indiferente a los sentenciadores quienes, además de exhaustivos en el pronunciamiento decisorio frente a todos los temas materia de debate, deben ser respetuosos de dicha conjunción y considerarla en su integridad pues como lo advierte un autorizado expositor, “... resulta muchas veces que el Tribunal falla la acción, reconoce o niega lo pedido, pero se equivoca al calificar la causa de pedir,

¹⁵ CSJ, Sala de Casación Civil, M.P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS, 19 de febrero de 1999, Exp. 5099, reiterada en fallo del 4 de septiembre de 2000 (Exp. 5602, M.P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO) y en fallo del 16 de julio de 2008 (Exp. 1997 00457 01, M.P.: PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA).

y en tal caso puede invalidarse la sentencia porque si bien se ha fallado la acción, no se ha considerado el mismo fundamento alegado, la misma causa de pedir, y el juez habría fallado extra petita....” (Fernando Alessandri R. Curso de Derecho Procesal. Primer Año, Tomo II, Cap. IV).

Esos dos factores, componentes inseparables de la “causa petendi”, determinan la razón de ser o el “título” de la pretensión, título en cuya configuración concurren unas razones de hecho y otras de derecho, entendiéndose que las primeras vienen dadas por el relato histórico de todas las circunstancias fácticas de las que se pretende deducir aquello que se pide de la jurisdicción, mientras que las segundas son afirmaciones concretas de carácter jurídico que referidas a esos antecedentes de hecho, le permiten al demandante autoatribuirse el derecho subjetivo en que apoya su solicitud de tutela a las autoridades judiciales, afirmaciones estas que, desde luego, no hay lugar a confundir en modo alguno con los motivos abstractos de orden legal que se aduzcan para sustentar la demanda incoada.

En efecto, al llevar a cabo la tarea, de suyo exigente en grado sumo, de identificar el objeto del proceso en un supuesto dado, obligado es no perder de vista que en lo atinente a la trascendencia jurídica que de dicho objeto pueda predicarse, a su turno juegan papel dos ingredientes cuyo alcance, en el plano que aquí importa destacar, ninguna semejanza tiene: En primer lugar, ha de tomarse muy en cuenta la significación jurídica particularizada de la situación de hecho descrita en la demanda, entendida como el agregado de consecuencias relevantes que el ordenamiento liga a dicha situación y hace posible que la tutela solicitada del poder jurisdiccional del Estado sea esa y no otra distinta, las más de las veces resultante esta última de la simple imaginación de sus órganos; y en segundo lugar, la mención de las reglas de derecho objetivo que en opinión del demandante son aplicables y por ende justifican su pretensión, factor este último ajeno a la delimitación de la “causa petendi” y por ello no vinculante en la sentencia que va a proferirse, lo que no acontece con el primero puesto que si bien es cierto que a los jueces le ha sido reservada la misión de efectuar la correcta calificación jurídica de los hechos litigados que resulten probados, labor en la que satisfechas ciertas condiciones (G. J, Ts. XLI, Bis, pág. 233, y XLIX, pág. 229) no los atan por principio las equivocaciones en que haya podido caer la parte interesada al citar normas destinadas apenas a ilustrar la cuestión planteada, también es verdad que siendo la demanda pieza esencial en el común de los procesos de naturaleza civil y las declaraciones categóricas en ella contenidas pauta de forzosa observancia al momento de fallar (G. J, T. LXVI, pág. 76), aquellos funcionarios no cuentan con autoridad ninguna para, en correría ilimitada y arbitraria, llegar hasta desestimar las susodichas declaraciones, seleccionando de oficio acciones y vías legales no utilizadas por las personas legitimadas para hacerlo, luego salta a la vista la especial importancia que tiene la escogencia de la acción y la manera de enderezarla, habida cuenta que como lo señala la jurisprudencia, “... de estas circunstancias depende muchas veces el resultado favorable o adverso de la demanda, ya que la sentencia con que termina el juicio no puede considerarse legalmente como verdadera decisión de la controversia sino en cuanto recaiga determinada y exclusivamente sobre la acción intentada y la manera en que lo

haya sido, especialmente la forma en que hayan sido emplazadas las partes para sostener el debate....” (G. J, t. LIV, pág. 444)”.

(...)

Si bien no se remite a duda de ninguna clase que es función privativa de los jueces, en desarrollo del conocido adagio “narra mihi factum, dabo tibi ius”, examinar de oficio el contenido de la litis bajo todos los aspectos jurídicos que se muestren como posibles, tarea esta en la que cuentan con amplias facultades para hallar las normas que consideran aplicables aunque tengan que hacerlo separándose de las alegaciones en derecho efectuadas por las partes o, inclusive, supliendo omisiones en las que ellas hayan podido incurrir - “iura novit curia” -, motivo por cuya virtud se entiende que no contravienen aquella exigencia las decisiones jurisdiccionales que, partiendo de bases fácticas aducidas en los escritos rectores del proceso, seleccionan los preceptos que estiman justos y adecuados al caso concreto así esa selección no coincida con el tipo de alegaciones jurídicas de parte aludido, no debe perderse de vista, sin embargo, que el poder del que viene haciéndose mérito lo circunscriben precisos límites que, sin incurrir en el vicio de incongruencia positiva, no pueden ser rebasados pues en cuanto a la demanda toca, de manera constante ha sido insistente la doctrina jurisprudencial en señalar que “...determinada claramente en la demanda cual es la sentencia judicial que persigue el actor, es decir cual debe ser la materia sobre la que haya de recaer el fallo, no puede salirse el sentenciador de ese ámbito que le marca el propio actor, para fallar en sentido diverso a las súplicas de la demanda..” (G. J, T. LXXXI, pág. 700) lo que en otras palabras equivale a sostener, en la actualidad por lo demás con inequívoco fundamento en el texto del Art. 305 del c de P. C, modificado por el Art. 1º, Num. 135, del Decreto Ley 2282 de 1989, que el acatamiento del deber de congruencia reclama que el juicio jurisdiccional emitido en la sentencia se ajuste, no sólo a los hechos litigados sino también a la pretensión entablada de tal modo que no sean alterados los elementos que individualizan a esta última”.

Implica, entonces, esta exigencia, que el juzgador guarde un especial cuidado respecto de los hechos y de los argumentos jurídicos que le sirven de causa, así como de los planteamientos del demandado, pues de ese marco procesal no podrá salirse, so pena de vulnerar el principio de la congruencia, tal y como fue explicado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

En tal virtud, en el caso concreto, en tanto y en cuanto la *causa petendi* formulada se fincó exclusivamente en la configuración de la figura del desequilibrio contractual, mal podrá el juzgador acudir a otros fundamentos jurídicos para dilucidar la controversia, o tergiversar la pretensión efectivamente ejercida hacia una de responsabilidad contractual que no fue planteada. En este caso, el Tribunal se halla atado a lo expresado por la parte convocante, y no puede ir más allá.

6. IMPROCEDENCIA DE LAS SANCIONES CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 206 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.

El artículo 206 del C.G.P. impone un deber, en cabeza de quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, de hacer su estimación en la demanda, a la vez que permite a la contraparte objetar “*su cuantía*”. Y también advierte la norma que “*Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido*”, caso en el cual, si la cantidad estimada excede el 50% de la que por esta vía resultara probada, se debe condenar al pago del 10% de la diferencia.

En este caso, sin perjuicio de la improcedencia de la condena al pago de los perjuicios reclamados por las razones expuestas, en la medida en que no fue formulada objeción contra la liquidación de la cuantía hecha en la demanda al hacer el juramento estimatorio, ni por parte del árbitro se observan indicios en cuanto a que la estimación resultare notoriamente injusta, ilegal o dé pie para sospechar fraude o colusión, no hay lugar a imponer la sanción contemplada en el inciso cuarto del artículo 206 del Código General del Proceso.

Por otro lado, al no deberse la improcedencia de las pretensiones de la demanda a falta de demostración de los perjuicios, tampoco hay lugar a la sanción establecida en el parágrafo de la misma norma.

7. COSTAS.

En materia de costas son de obligatoria aplicación las reglas establecidas en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, cuyo numeral primero dispone que “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso...*”, por lo cual corresponderá al convocante, cuyas pretensiones serán negadas en su totalidad, pagar a las convocadas las costas en que incurrió por la tramitación del proceso.

Los gastos que asumió la parte convocada están constituidos por la porción pagada de honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal, decretados en auto dictado en audiencia del 20 de agosto de 2013 (Acta No. 7), de los cuales, siguiendo el numeral 9 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, aparecen en el expediente causados y comprobados los rubros de honorarios del árbitro y secretario, y gastos del Centro de Arbitraje y Conciliación, más IVA. En cuanto a los gastos de secretaría, de acuerdo con lo previsto en el inciso segundo del artículo 28 de la Ley 1563 de 2012, en su debida oportunidad se

rendirán cuentas de los mismos y se harán las devoluciones a que haya lugar a las partes, teniendo en cuenta que los gastos en los que se haya incurrido y en los que se incurra hasta la terminación del proceso, correrán por cuenta de la parte convocante.

En materia de agencias en derecho, acogiendo los parámetros del numeral 3 del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil y los Acuerdos 1887 y 2222 de 2003 expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta la cuantía del proceso, la duración de la gestión del apoderado de las convocadas y el nivel de complejidad de los argumentos que han sido determinantes para la absolución, se fija la suma de DOCE MILLONES DE PESOS (\$12.000.000).

En consecuencia, el valor a pagar a las convocadas por concepto de costas, es el siguiente:

Cuota de honorarios del árbitro ¹⁶	\$9'880.000
Cuota de honorarios del secretario	\$4'940.000
Gastos del Centro de Arbitraje y Conciliación	\$3'290.000
IVA	\$2'897.600
Subtotal	\$21'007.600
Agencias en derecho	\$12'000.000
TOTAL	\$33'007.600

III. PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal de Arbitramento –árbitro único-, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Negar todas las súplicas de la demanda, por las razones expresadas en la motivación de esta providencia.

¹⁶ El valor de las cuotas de honorarios de árbitro, secretario y gastos del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, corresponde al 50% a cargo de la parte convocada, de los valores decretados en audiencia del 20 de agosto de 2013 (Acta No. 7, folio 224 del Cuaderno Principal), porcentaje que legalmente le correspondía pagar y que, en efecto, pagó, según consta en el Acta No. 8 (folio 227 del Cuaderno Principal).

SEGUNDO: Abstenerse de resolver las excepciones de mérito denominadas “*Pretensión Indevida de una serie de obligaciones sin ningún sustento legal*”, “*El mal manejo del anticipo*”, y “*Mala Fe del Demandante*”, propuestas en la contestación de la demanda, según lo expuesto en las consideraciones de este Laudo.

TERCERO: Condenar a la parte convocante al pago de TREINTA Y TRES MILLONES SIETE MIL SEISCIENTOS PESOS (\$33'007.600) en favor de las integrantes de la parte convocada, por concepto de costas (incluidas agencias en derecho), según lo expuesto en la parte motiva.

De la partida de gastos, por Secretaría se rendirá cuenta, según lo previsto en la parte pertinente de esta providencia.

CUARTO: Expedir una copia auténtica del presente Laudo para la parte convocante y una para la parte convocada, destinada a la cooperativa representante de la Unión Temporal Cooperativas por Bogotá, con las constancias de Ley (artículo 115, numeral 2, del C.P.C.).

QUINTO: Archívese el expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

SEXTO: NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JUAN CARLOS GALINDO VÁCHA
Árbitro Único.

JAVIER RICARDO RODRÍGUEZ SUÁREZ
Secretario