

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

El Tribunal de Arbitraje integrado para dirimir las controversias suscitadas entre MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A., como Parte Convocante, y la sociedad FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. (Contratante, Administradora y vocera del patrimonio autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica-Findeter), como Parte Convocada y Demandada, de manera unánime profiere el presente Laudo Arbitral en Derecho, después de verificar que se cumplieron en debida forma todas las etapas que la normatividad vigente (Ley 1563 de 2012 y demás normas complementarias) prevé y ordena para el desarrollo de los procesos arbitrales, con lo cual le pone fin al conflicto jurídico que las Partes sometieron a su conocimiento.

Se advierte desde ya que la cita de los documentos contractuales se efectuará por el Tribunal tal como los mismos han sido redactados por las Partes, pero sin las negrillas incorporadas por las mismas.

CAPÍTULO PRIMERO **ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO**

I.- Identificación de las partes del proceso

1. La Parte Convocante es la sociedad MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A., identificada con el NIT No. 890.406.491-6, con domicilio en la ciudad de Cartagena, tal y como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal que obra en el expediente, como miembro del CONSORCIO 038 SUCRE, a quien otro miembro del consorcio, DIEGO JARAMILLO GÓMEZ, cedió sus derechos litigiosos tal como obra en el Contrato de Cesión, de fecha trece (13) de mayo de 2019.
2. La Parte Convocada es, conforme a lo consagrado en el artículo 1234 numeral 4º del Código de Comercio¹, la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., identificada con el Nit No. 800.142.383-7, como contratante, Administradora y Vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica - Findeter S.A. con Nit No. 830.055.897-7, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C.

II.- El Pacto Arbitral

3. El pacto arbitral con base en el cual se convocó a este Tribunal de Arbitraje es el contenido en la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato de Obra celebrado con ocasión de la Convocatoria N° PAF-ATF-038-2012 y cuyo objeto es "la contratación de las obras correspondientes a la OPTIMIZACIÓN Y AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE ACUEDUCTO DE LA CABECERA MUNICIPAL, DEL MUNICIPIO DE OVEJAS DEPARTAMENTO DE SUCRE", y cuyo texto a continuación se transcribe:

¹ Art. 1234. *Deberes indelegables del fiduciario. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:*

(...)

4o. *Llevar la Personería para protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente.*

"CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA.- CLÁUSULA COMPROMISORIA: Cualquier diferencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución o liquidación de este contrato que no sea posible solucionar directamente será dirimida por un tribunal de arbitramento designado por el director del centro arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, que se sujetará a las normas legales existentes sobre la materia de acuerdo a las siguientes reglas: a) Los árbitros serán elegidos de la lista de árbitros del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. b) el tribunal estará integrado por tres (3) árbitros. c) La organización interna del tribunal, se sujetará a los reglamentos previstos para tal efecto por el centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de Bogotá. d) El tribunal decidirá en derecho. e) El tribunal funcionará en el centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, igualmente las partes aceptan expresamente que el Laudo Arbitral que se dicte será vinculante para ellas, en consecuencia, cada una de las partes involucrada mediante este Acuerdo se somete irrevocablemente a la jurisdicción de cualquier panel de arbitraje establecido en Bogotá de conformidad con las reglas previstas en la presente cláusula. Cada una de las partes designan la dirección de su domicilio, para recibir cualquier notificación sobre cualquier asunto y cualquier servicio del proceso en cualquier arbitraje, acción o procedimiento que pueda surgir, relacionado con éste Contrato, así:

(a) EL CONTRATISTA

CONSORCIO 038 SUCRE

Dir.: Carrera 7ma # 156-68 oficina 2901 Edificio North Point Torre III de Bogotá

Tel. Fax: (1)6551185 – (1)6551186

(b) PATRIMONIO AUTÓNOMO

FIDEICOMISO – ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.

Teléfonos: 3485400

Calle 67 No. 7-37 Piso 3. Cualquier cambio de dirección de su domicilio deberá ser notificado por escrito a la otra parte a más tardar dentro de los diez (10) días calendario siguientes a que este tenga efecto".

III.- Síntesis de las actuaciones surtidas en la etapa introductoria del proceso.

Las actuaciones adelantadas en el presente trámite arbitral fueron, en síntesis, las siguientes:

4. Por conducto de apoderado judicial, MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A., como Parte Convocante, presentó el día 17 de diciembre de 2019 demanda arbitral en contra de FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. (Contratante, Administradora y vocera del patrimonio autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica-Findeter) S.A.
5. Agotado el trámite de la designación de árbitros, fueron nombrados mediante sorteo público por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, los doctores WEINER ARIZA MORENO, RAFAEL ENRIQUE OSTAU DE LAFONT PIANETA y CARLOS MAURICIO GONZÁLEZ ARÉVALO. El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el 10 de marzo de 2020 (Acta No. 1). En esta audiencia, el Tribunal, además de declararse debidamente instalado y de designar como Presidente al doctor WEINER

ARIZA MORENO, fijó como su sede y la de su Secretaría al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se designó como Secretario al doctor CARLOS HUMBERTO MAYORCA ESCOBAR, éste último de la lista de Secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien oportunamente aceptó su designación y tomó posesión dando cumplimiento al deber de información consagrado en la ley. De igual manera fue inadmitida la demanda arbitral, la cual se subsanó por la Parte Convocante mediante escrito de fecha 16 de marzo de 2020.

6. Una vez surtido el trámite previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, el secretario del Tribunal tomó posesión ante este el día 24 de marzo de 2020, fecha en la cual se profirió el auto admisorio de la demanda (Acta No.2), el cual se notificó mediante el uso de los medios tecnológicos previstos en el artículo 23 de la Ley 1563 de 2012, el día 25 de marzo de 2020, a través de correo electrónico certificado.
7. El día 30 de marzo de 2020, mediante correo electrónico el apoderado de la parte Convocada interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, con el fin de que se revoque el Auto No. 3 de 24 de marzo de 2020. El día siguiente por secretaría y en cumplimiento de los artículos 23 de la Ley 1563 de 2012 y 319 del Código General del Proceso, se corrió traslado del recurso de reposición, el cual se recorrió por el apoderado de la parte Convocante el día 3 de abril de 2020. Dicho recurso se denegó mediante Auto No. 4 de 6 de abril del 2020 (Acta No. 3)
8. Después de varias solicitudes de suspensiones sucesivas presentadas por el apoderado de la parte Convocada, en virtud de lo previsto en el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 del 2020 y con ocasión de las medidas correspondientes al aislamiento preventivo obligatorio ocasionado por la pandemia derivada del Covid-19 (Actas Nos. 4, 5, 6, 7), la Parte Convocada contestó la demanda el día 16 de junio de 2020, presentó excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio contenido en la demanda y solicitó pruebas.
9. Mediante Auto No. 9 de fecha 30 de junio del 2020 (Acta No. 8), se tuvo por contestada la demanda por parte de la Convocada. En la misma providencia se corrió traslado de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio contenidas en la contestación de la demanda, fijándose fecha para audiencia de conciliación para el día 13 de julio del 2020.
10. El día 12 de julio del 2020, el apoderado de la Parte Convocante presentó escrito de reforma de la demanda mediante correo electrónico con copia al apoderado de la Parte Convocada, la cual se admitió mediante Auto No. 10 de 16 de julio del 2020 (Acta No. 9), ordenándose correr traslado por el término de ley a la Parte Convocada.
11. El día 1 de agosto de 2020, la Parte Convocada contestó la reforma de la demanda, presentó excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio contenido en la reforma y solicitó pruebas.
12. El día 21 de agosto de 2020, luego de que se señalara fecha y hora para el efecto, se dio inicio a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012, en la cual no fue posible lograr un acuerdo entre las Partes, razón por la cual, mediante auto de la misma fecha, el Tribunal declaró fallida la etapa de conciliación, dio por terminada dicha fase y en

cumplimiento de su deber procedió a fijar los honorarios y gastos del proceso, cuyo pago fue realizado oportunamente únicamente por la Parte Convocante, la cual informó mediante memorial del día 29 de abril de 2021 que dichas sumas fueron reembolsadas por la Parte Convocada.

IV.- Primera audiencia de trámite, etapa probatoria, reintegración del Tribunal y alegaciones finales

13. El 5 de octubre de 2020 se surtió la primera audiencia de trámite, en la cual, después de estudiar el alcance del pacto arbitral respecto de la materia y la capacidad de los sujetos procesales, mediante Auto No. 15 (Acta No. 13) de la misma fecha el Tribunal se declaró competente para resolver en derecho el litigio sometido a su conocimiento y resolvió sobre las solicitudes de pruebas mediante Auto No. 16 (Acta No. 14).

V.- Pruebas decretadas, practicadas y aportadas en el proceso

14. Documentales.: En el desarrollo del proceso fueron tenidos como pruebas la totalidad de los documentos aportados por las Partes en el desarrollo del proceso, así como aquellas decretadas por el Tribunal mediante Auto No. 19 de 23 de octubre del 2020.
15. Interrogatorio de Parte y Declaración de Parte del representante legal de la Parte Convocante CARLOS MARIO VILLEGAS NUÑEZ: Fue practicada a solicitud de la Convocada el día 13 de octubre del 2020 (Acta No. 14)
16. Declaraciones de terceros: Fueron practicadas a solicitud de las Partes, las declaraciones de DIEGO JARAMILLO GÓMEZ, LUIS FERNANDO MEJÍA BOTERO el día 21 de octubre del 2020 (Acta No. 15).

La Parte Convocante presentó el desistimiento del testimonio de RAFAEL HOLLMAN CUERVO GÓMEZ, el cual fue aceptado por el Tribunal. Igualmente, presentó una declaración juramentada extrajuicio del señor CARLOS ALBERTO VILLEGAS LINARES, para que fuera decretada de oficio, lo cual se denegó mediante Auto No. 20 de 23 de octubre del 2020

17. Dictámenes Periciales: Fueron agregados al expediente como prueba, el dictamen pericial técnico elaborado por la perito LILIANA ESTRADA PARIÁS aportado por la Parte Convocante y el dictamen pericial técnico de contradicción elaborado por el Ingeniero HECTOR REYES RIVEROS, aportado por la Parte Convocada.
18. El Tribunal mediante Auto No. 21 (Acta No. 18) de 19 de noviembre de 2020 y por haberse practicado la totalidad de las pruebas dentro del presente trámite arbitral, decretó el cierre de la etapa probatoria y fijó fecha para audiencia de alegatos de conclusión para el día 26 de noviembre de 2020.

VI.- Término de duración del proceso.

19. La primera audiencia de trámite en este proceso se surtió el día 5 de octubre de 2020, por lo cual el término de duración del proceso, que inicialmente fue de ocho (8) meses en virtud de lo establecido en el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 del 2020, debía vencer el 5 de junio de 2020.

- 19.1. El término del Tribunal estuvo suspendido entre los días 15 de diciembre del 2020 y el 28 de marzo del 2021, ambas inclusive (50 días hábiles)
- 19.2. Lo anterior implica que, de conformidad con lo ordenado por el Artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, al término de duración del proceso deben agregarse los 50 días hábiles durante los que aquel estuvo suspendido.
20. En consecuencia, el término de duración del proceso vencerá el 20 de agosto de 2021, por lo que el presente Laudo Arbitral se profiere de manera oportuna.

CAPÍTULO SEGUNDO **SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA**

I.- Las pretensiones de la demanda

21. Las pretensiones de la Parte Convocante fueron formuladas en la demanda reformada, las cuales se transcribirán más adelante.

II.- Los hechos de la demanda

22. Los hechos de la demanda que sirven de fundamento a las pretensiones son los siguientes:

1. *En ejercicio de su objeto social, FINDETER S.A., por intermedio del Patrimonio Autónomo Fideicomiso -Asistencia Técnica Findeter – Fiduciaria Bogotá S.A., cuyo administrador y vocera es esta última entidad financiera, inició, en febrero de 2013, la Convocatoria PAF-ATF-038-2013² (en adelante, la “Convocatoria”) , la cual tenía como objeto “la contratación de las obras correspondientes a la OPTIMIZACIÓN Y AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE ACUEDUCTO DE LA CABECERA MUNICIPAL, DEL MUNICIPIO DE OVEJAS DEPARTAMENTO DE SUCRE.³” De la revisión de los Términos de Referencia de la Convocatoria, se resalta, por ser jurídicamente relevantes para las pretensiones de la presente demanda, entre otros, el Numeral Sexto (6) del Capítulo I, relativo a la Normatividad Aplicable al Contrato⁴, la Matriz de Riesgos Contractuales Previsibles, la Cláusula Segunda –Cantidades de Obra y Precios Unitarios⁵, la Cláusula Cuarta -*

²Convocatoria N° PAF-ATF-038-2013: Términos de referencia para la contratación de: "Optimización y ampliación del sistema de acueducto de la cabecera municipal del municipio de Ovejas, Departamento de Sucre" (Folios 01-74)

³ La Cláusula Trigésima Tercera, a su turno, reguló lo relativo a los demás documentos que hacen parte integral del Contrato de Obra, así:

CLÁUSULA TRIGÉSIMA TERCERA: DOCUMENTOS DEL CONTRATO: Hacen parte integral del presente contrato los siguientes documentos: 1) Los Términos de Referencia de la convocatoria No. PAF-ATF-038-2012 y sus Adendas. 2) Los presentados por EL CONTRATISTA en su propuesta. 3) La garantía única. 4) Los demás que se produzcan durante el desarrollo del mismo.

⁴ "1.6. *NORMATIVIDAD APLICABLE: El presente proceso se rige por las normas civiles y comerciales, y por lo señalado en este documento.*"

A su vez, la Cláusula Vigésima Octava reiteró la normatividad aplicable al Contrato, así:

CLÁUSULA VIGÉSIMA OCTAVA.- NORMATIVIDAD APLICABLE: El régimen jurídico aplicable será el previsto en La Constitución Política de Colombia, en las normas civiles y comerciales y por lo dispuesto en el Manual Operativo del Contrato de Fiducia Mercantil del contrato suscrito entre FINDETER y la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.

⁵ *CLÁUSULA SEGUNDA.- CANTIDADES DE OBRA Y PRECIOS UNITARIOS: Las cantidades por ejecutar son las que se presentan en el Formato 5 de la convocatoria No. PAF-ATF-038-2012; estas se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de las obras, previa revisión y aprobación por la Interventoría. EL CONTRATISTA está obligado a ejecutar a los mismos precios de la propuesta contenidos en el formato No. 5 de la Convocatoria las mayores cantidades de obra que resulten a los mismos precios de la propuesta. Todas aquellas modificaciones que llegasen a alterar el presupuesto, deberán ser aprobadas por LA CONTRATANTE, previa solicitud y soportes de la Interventoría. En caso de presentarse alguna actividad adicional, los precios de los insumos son los que aparecen en la propuesta, de acuerdo con el Análisis de Precios Unitarios (APU) contenidos en el formato 5 de la Convocatoria No. PAF-ATF-038-2012. Para el pago final del contrato se realizará el balance de las cantidades de obra finales ejecutadas, con el fin de realizar el respectivo pago y liquidación del contrato. En caso de presentarse mayores o menores cantidades de obra, estas podrán compensarse mediante acta suscrita entre el interventor y EL CONTRATISTA, con el visto bueno de LA CONTRATANTE, siempre que sea posible hacerlo. Si no es posible suscribir acta de compensación de cantidades de obra porque el valor de las variaciones netas en las cantidades de obra generan un mayor valor del contrato, el Interventor no podrá autorizarlas sin el visto bueno de LA CONTRATANTE, quien dará su aprobación previa verificación de*

Valor - del Contrato⁶, la Cláusula Décima – Modificaciones y Prórrogas⁷-, y la Cláusula Décimo Octava –Suspensión Temporal-⁸.

2. El CONSORCIO 038 SUCRE, conformado por la Sociedad MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A., y el Señor DIEGO JARAMILLO GÓMEZ, cada uno con participación del cincuenta por ciento (50%), radicó, mediante Carta de Presentación de la Oferta suscrita por el Representante Legal del Consorcio (Formato 1 de los Términos de Referencia), oferta en el mes de marzo del año 2013.

3. El día veintiuno (21) de marzo de 2013, mediante Acta No. 018 del COMITÉ FIDUCIARIO FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER-, luego del proceso de evaluación de las propuestas presentadas por los distintos oferentes, adjudicó al CONSORCIO 038 SUCRE el Contrato de obra derivado de la Convocatoria PAF-ATF-038-2012, de febrero de 2013⁹.

4. El día diecinueve (19) de abril de 2013, como consecuencia del Acta de Adjudicación, se suscribió el Contrato de Obra derivado de la convocatoria PAF-ATF-038-2012 de febrero de 2013, entre los Representantes Legales de la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., como Administradora y Vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-, y el CONSORCIO 038 SUCRE, cuyo objeto consiste, al tenor de lo dispuesto en la Cláusula Primera, en la "(...) OPTIMIZACIÓN Y AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE ACUEDUCTO DE LA CABECERA MUNICIPAL DEL MUNICIPIO DE OVEJAS DEPARTAMENTO DE SUCRE (...)"¹⁰. Del cuerpo del clausulado se destacan, además de lo resaltado del texto de los Términos de Referencia en el Hecho No. 1, la reiteración sobre la Normatividad Aplicable al Contrato, la Cláusula Compromisoria, el Valor del Contrato y el Plazo del mismo.

5. Los representantes de las partes del contrato, mediante documento suscrito el 2 de julio del año 2013, suscribieron el Acta de Inicio del Contrato de Obra derivado de la convocatoria PAF-ATF-038-2012 de febrero de 2013.

6. Con el inicio de las actividades de replanteo, el contratista identificó y señaló las falencias en la estructuración del Proyecto, y como consecuencia de ello, consignó dichos hallazgos, entre otros documentos contractuales, en el Acta de Seguimiento No. 1 del 17 de julio de 2013. Se destacan, por ser jurídicamente relevantes, la existencia de coordenadas inexactas necesarias para llevar a cabo la actividad de replanteo, la falta de legalización de predios y carencia de permisos para la ejecución de la obra.¹¹

7. A los pocos días de haber iniciado la ejecución del proyecto, esto es, el 6 y el 23 de agosto de 2013, el Contratista, en sendos comunicados dirigidos la Interventoría del Proyecto, con copia a la parte Contratante, ratifica la necesidad de contar con la totalidad de los estudios derivados de la Convocatoria, pues hasta la fecha únicamente había sido

que exista disponibilidad de recursos para cubrir el posible pago de las mayores cantidades de obra. En caso de presentarse alguna actividad adicional, para el cálculo del precio unitario de ésta, se tendrá en cuenta el menor valor respectivo de los insumos (tarifas de los equipos, precios de insumos-materiales básicos y tarifas de personal, etc.) consignados entre la lista de precios de insumos y en los análisis de precios unitarios presentados por EL CONTRATISTA al Interventor en el momento previsto para el efecto en el presente contrato. Las obras adicionales o complementarias, es decir, los ítems o actividades no previstas en el contrato requerirán de una modificación o adición al mismo. El CONTRATISTA se obliga a ejecutar las obras objeto del presente contrato a los precios unitarios y en las cantidades que se anexan según los diseños y estudios definitivos y de conformidad con el presupuesto anexo al presente contrato que forma parte integrante del mismo.

⁶ CLÁUSULA CUARTA. VALOR: El valor del presente contrato será la suma de SEIS MIL SEISCIENTOS VEINTE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CIENTO NOVENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$6.620.474.198 M/CTE)

⁷ CLÁUSULA DÉCIMA.- MODIFICACIONES Y PRÓRROGAS: El presente contrato podrá modificarse o prorrogarse en cualquier tiempo por mutuo acuerdo de las partes, decisión que deberá constar por escrito.

⁸ CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA.- SUSPENSIÓN TEMPORAL: Por razones de fuerza mayor o caso fortuito, o por acuerdo entre las partes en atención a circunstancias que así lo justifiquen y de manera motivada, se podrá, de común acuerdo entre las partes, suspender temporalmente la ejecución del contrato mediante acta en donde conste tal evento, sin que para los efectos del plazo extintivo se compute el tiempo de suspensión ni se varíe el valor del contrato. PARÁGRAFO: El contratista prorrogará la vigencia de la garantía por el tiempo que dure la suspensión, de haber lugar a ella.

⁹ Ver Acta 018 del Comité Fiduciario Fideicomiso Fidubogotá – Asistencia Técnica Findeter, de fecha 21 de marzo de 2013.

¹⁰ CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO: El objeto del presente contrato es la "OPTIMIZACIÓN Y AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE ACUEDUCTO DE LA CABECERA MUNICIPAL DEL MUNICIPIO DE OVEJAS DEPARTAMENTO DE SUCRE" que se va a ejecutar en el municipio de Ovejas, departamento de Sucre, de acuerdo con las especificaciones técnicas de la convocatoria No. PAF-ATF-038-2012 y con la propuesta presentada por EL CONTRATISTA, la cual para todos los efectos hace parte integral del presente contrato.

¹¹ Ver Acta de Seguimiento No. 1, de fecha 17 de julio de 2013. Folios 129-136.

posible adelantar las actividades de replanteo. En dichas comunicaciones, se alertó sobre la falta de determinación del futuro del Proyecto con respecto a la solicitud de suspensión del plazo contractual, el cual, al seguir corriendo, ocasionó a la fecha de la comunicación un atraso no imputable al contratista de cerca de un (1) mes y veinte días¹².

8. La persistencia de los inconvenientes descritos en dichos comunicados, sumado a la aparición de unos nuevos, motivó la expedición del Acta de Suspensión No. 1, de fecha 4 de septiembre de 2013, la cual comprendió un lapso entre el cuatro (4) de septiembre al 18 de octubre de 2013. Los motivos que dieron lugar a la suspensión, no imputables al Contratista, se referían a la ausencia de permisos de Intervención de estructuras, la falta del permiso arqueológico ante el ICANH para dar inicio a las actividades de excavación, la falta del permiso para la tala de árboles, necesario para la construcción de los Pozos No. 14 y No. 15, y a la espera de la aprobación de la reformulación al Proyecto por parte del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (MVCT).¹³

Esta suspensión, sin embargo, se extendió, finalmente, hasta el veintisiete (27) de febrero de 2015, sumando, en total, nueve (9) actas de prórrogas a la primera suspensión, como a continuación se describen:

8.1. El Acta de Prórroga No.1 a la Suspensión No. 1 se suscribió por las partes el día dieciocho (18) de octubre de 2013, por un término de 45 días calendario, es decir, hasta el dos (2) de diciembre de 2013. Los motivos que ocasionaron dicha prórroga no eran imputables al contratista, en la medida en que los mismos se referían al incumplimiento del municipio de Ovejas para tramitar los permisos de servidumbres, el de intervención de estructuras, y el permiso arqueológico. Así mismo, durante dicho lapso, se estudió la nueva alternativa hidráulica presentada por el diseñador del Proyecto (la cual estaba a la espera de su aprobación por parte del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (MVCT)).¹⁴

8.2. El Acta de Prórroga No. 2 a la Suspensión No. 1 se suscribió el día dos (2) de diciembre de 2013, por un término de 45 días calendario, es decir, hasta el diecisiete (17) de enero de 2014. Los motivos que llevaron a suscribir la prórroga a la suspensión se refieren al incumplimiento del Municipio de Ovejas en adquirir los Permisos de Exploración, Prospección y Concesión de los Pozos 13, 14 y 15, así como la falta del permiso arqueológico¹⁵.

8.3. El Acta de Prórroga No. 3 a la Suspensión No. 1 se suscribió el día diecisiete (17) de enero de 2014, por un término de 31 días calendario, es decir, se extendió hasta el 17 de febrero de 2014. Nuevamente, los motivos que dieron lugar a la prórroga de la suspensión fue el incumplimiento del municipio de las obligaciones adquiridas en el Convenio Administrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero, así como la falta de aprobación de los diseños definitivos que presentó el Consorcio Hidrosucre, los cuales, según lo expuesto por la Interventoría del proyecto, tenían una serie de observaciones que a la fecha no habían sido aún atendidas.¹⁶

8.4. El Acta de Prórroga No. 4 a la Suspensión No. 1 se suscribió el día dieciocho (18) de febrero de 2014, por un término de dos (2) meses, es decir, hasta el diecisiete (17) de abril de 2014. Las razones que motivaron la suspensión fueron nuevamente la falta de permisos (arqueológico y de Prospección, Explotación y Concesión), y la falta de aprobación de los diseños definitivos por parte del Plan Departamental de Agua de Sucre.¹⁷

8.5. El Acta de Prórroga No. 5 a la Suspensión No. 1 se suscribió el día diecisiete (17) de abril de 2014, por un término de tres (3) meses y quince (15) días, es decir, se extendió hasta el primero (1) de agosto de 2014. La prórroga se suscribió ante la imposibilidad de ejecutar el contrato por la continuación de las causas que originaron la primera suspensión y sus respectivas prórrogas.¹⁸

¹² Ver Comunicados del 6 y 23 de agosto de 2013, ambos dirigidos al Coordinador de Interventoría. (Folios 137-138; 140-141)

¹³ Ver Acta de Suspensión No. 1 (folios 142-144).

¹⁴ Acta de Prórroga No. 1 a la Suspensión No. 1 (folios 145-147).

¹⁵ Ver Acta de Prórroga No. 2 a la Suspensión No. 1 (Folios 148-151).

¹⁶ Ver Acta de Prórroga No. 3 a la Suspensión No. 1 (Folios 152-156A). Si bien en el Acta de Prórroga No. 3 a la Suspensión No. 1 se consignó que los 45 días corrían hasta el 16 de diciembre de 2013, dicha apreciación es un error de mecanografía, pues los cuarenta y cinco días de suspensión culminaban el día 17 de enero de 2014.

¹⁷ Ver Acta de Prórroga No. 4 a la Suspensión No. 1 (Folios 157-161)

¹⁸ Ver Acta de Prórroga No. 5 a la Suspensión No. 1 (Folios 162-165)

8.6. El Acta de Prórroga No. 6 a la Suspensión No. 1 se suscribió el día primero (1) de agosto de 2014, por un término de dos (2) meses, es decir, hasta el primero (1) de octubre de 2014. El Acta se suscribió pues, nuevamente, persistían las causas que habían motivado las prórrogas precedentes.¹⁹

8.7. El Acta de Prórroga No. 7 a la Suspensión No. 1 se suscribió el día primero (1) de octubre de 2014, por un término de duración de dos (2) meses, es decir, hasta el primero (1) de diciembre de 2014. En el Acta se consignó que no habían sido superadas las causas que originaron la suspensión del contrato y sus respectivas y sucesivas prórrogas.²⁰

8.8. El Acta de Prórroga No. 8 a la Suspensión No. 1 se suscribió el veintiocho (28) de noviembre de 2014, por un término de un (1) mes y quince (15) días, es decir, hasta el quince (15) de enero de 2015. Esta Acta suscribió con base en la recomendación de la Interventoría, con el fin de estructurar la solicitud de Reformulación del Proyecto por parte del Municipio al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.²¹

8.9. La última prórroga a la primera suspensión se suscribió con el Acta de Prórroga No. 9 a la Suspensión No. 1, el día quince (15) de enero de 2015, por un término de cuarenta y tres (43) días calendario, es decir, se extendió hasta el veintisiete (27) de febrero de 2015²². El objeto de esta nueva prórroga a la suspensión era estructurar la solicitud de reformulación del Proyecto, y su posterior aprobación por parte del MVCT.

9. Una vez conjuradas las causas que dieron lugar a la Suspensión No. 1 del Contrato, el veintisiete (27) de febrero de 2015, con la firma del Otrosí No. 1 al Contrato de Obra PAF-ATF-038-2013²³, se materializaron, en primer término, los cambios y modificaciones que aprobó el Comité Fiduciario con base en las Reformulación aprobada por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, y de otra parte, para darle viabilidad al proyecto, se modificó la Cláusula Cuarta del Contrato, disminuyendo la suma de TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS SESENTA MIL DOSCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS (\$373.260.232 M/CTE), al valor total del contrato.²⁴

10. Como consecuencia del Otrosí No. 1, las partes, en la misma fecha (27 de febrero de 2015), suscribieron el Acta de Reiniciación del Contrato de Obra No. PAF-ATF-038-2013.²⁵

11²⁶. (antes el 12). Pese a los inconvenientes descritos y luego de transcurridos casi seis (6) meses desde el Reinicio de la ejecución del Contrato (Ver Hecho No. 10), únicamente había sido posible iniciar trabajos en los frentes Pozo Profundo 15 y Redes de Distribución, mientras que en los demás frentes persistían los inconvenientes que habían sido relatados a la interventoría en el Comité de Obra del 13 de julio de 2015. Así lo hizo saber el contratista a la interventoría del Proyecto, mediante Comunicación CS-MV-009-15, de fecha 17 de julio de 2015, donde de manera amplia y técnicamente detallada, se describen las inconsistencias en los diseños y los reprocesos durante las actividades de construcción, ocasionándole al contratista retrasos en el cronograma de la obra, así como elevados costos administrativos, de arriendo y de mano de obra.²⁷ (Hecho Precisado).

12. (antes el 13). Los anteriores inconvenientes fueron reiterados en su totalidad mediante Comunicación CS-MV-018-15, de fecha once (11) de agosto de 2015, en el cual se describen los traumatismos que se presentaron en la ejecución del proyecto, los cuales, incluso, llevaron al contratista a solicitar a la Interventoría del Proyecto la liquidación del contrato en el estado en el que se encontraba, previo resarcimiento de los daños ocasionados al Consorcio, ante la imposibilidad de ejecutar la obra en las condiciones pactadas.

¹⁹ Ver Acta de Prórroga No. 6 a la Suspensión No. 1 (Folios 166-169)

²⁰ Ver Acta de Prórroga No. 7 a la Suspensión No. 1 (Folios 170-173)

²¹ Ver Acta de Prórroga No. 8 a la Suspensión No. 1 (Folios 174-177) y Solicitud de Reformulación al Proyecto PAF-ATF-038-2013, suscrita por el Alcalde de Ovejas, Sucre, dirigida al MVCT (Folios 180A-192).

²² Ver Acta de Prórroga No. 9 a la Suspensión No. 1 (Folios 193-196)

²³ Ver Otrosí No. 1 suscrito el 27 de febrero de 2015. (folios 222-224).

²⁴ Luego de la suscripción del Otrosí No. 1, la Cláusula Cuarta del Contrato, relativa al valor del mismo, quedó en la suma de SEIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS TRECE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$6.247.213.966 M/CTE).

²⁵ Ver Acta de Reiniciación del Contrato de fecha 27 de febrero de 2015 (Folio 225-226).

²⁶ Se eliminó el Hecho No. 11 Original.

²⁷ Ver Folios 268 a 272.

Concretamente, los inconvenientes encontrados en obra se referían a la falta de revisión y aprobación de los diseños eléctricos.²⁸

13. (antes el 14). Aunado a todo lo anterior, el contratista debió sortear nuevos inconvenientes en el Frente de Obra "Redes de Distribución", pues, para intervenir el mismo, se requería el permiso que otorga la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), el cual era necesario para la ocupación de la infraestructura, y como consecuencia de ello, para la realización de cruces y el mejoramiento de la línea de conducción. Dicho permiso, con el que se esperaba contar al inicio del Contrato, solo se obtuvo hasta el 25 de noviembre de 2015, mediante la expedición de la Resolución No. 1979 de 2015²⁹. El permiso otorgado en la fecha indicada, en todo caso, no surtió efecto alguno, comoquiera que el Municipio aún no había adquirido las pólizas que requería y estipulaba la referida Resolución.

14. (antes el 15). Ante la imposibilidad de dar cumplimiento al cronograma de obras que fue aprobado inicialmente, que contemplaba un plazo de ejecución de dieciséis (16) meses, y frente a los inconvenientes antes descritos, el CONSORCIO debió requerir a la Interventoría y a Findeter, el día 29 de enero del 2016, para que se hiciera entrega material del proyecto completo, esto es, de todos aquellos insumos incluidos en los Términos de Referencia, necesarios para la ejecución de las obras. El objeto de dicha entrega era mitigar, desde la óptica del contratista, los problemas existentes en la ejecución, y estimar, prudentemente, la fecha final de entrega o el tiempo necesario para agotar el objeto contractual.³⁰ (Hecho Precisado).³¹

15. (Antes el 16). Mediante Comunicación CS-MV-035—2015 (sic), de fecha 3 de febrero de 2016, el CONSORCIO, con fundamento en los hechos no imputables al contratista, le solicitó a la Interventoría una prórroga al contrato por diez (10) meses, ante la incertidumbre que generaba estimar el tiempo para terminar las obras en las condiciones reinantes en el Proyecto.³²

16. (antes el 17). Posteriormente, el CONSORCIO, sobre la base de los atrasos no imputables al contratista y el tiempo necesario para culminar la ejecución contractual, le solicitó a la Interventoría del Proyecto, mediante Comunicación CS-MV-041-2015 (SIC) de fecha 2 de marzo de 2016, una reprogramación de las obras, indicando, para tal efecto, una prórroga al Contrato de siete (7) meses. Como se explicó en la referida comunicación, el plazo de la prórroga se encontraba sujeto al cumplimiento del Municipio en la entrega de los permisos definitivos.³³ (Hecho complementado en el pie de página).

17. (antes el 18). La interventoría, sin embargo, mediante Comunicación IHG-CEXS-005353-2016, de fecha 17 de marzo del 2016, indicó, por un lado, que consideraba viable y razonable, para la culminación de las actividades, un término de 5 meses, y de otra parte, aclaró que "(...) en el evento en el que ustedes terminen las actividades que actualmente están realizando (las cuales no presentan inconvenientes por permisos o tramites adicionales) si aún no se cuenta con los permisos, servidumbres y/o trámites por parte del municipio, se suspenderá el contrato ya que las demoras en dichos tramites no son responsabilidad del contratista ni de la interventoría".³⁴

18. (antes el 19). El contratista, una vez más, mediante Comunicación del 18 de abril de 2016 (CS-MV-049-2015)³⁵, ante le proximidad de la fecha de vencimiento del plazo de ejecución del contrato (en ese momento 25 de abril de 2016), y con base en las consideraciones allí expuestas (las cuales son una reiteración de los hechos ya descritos y

²⁸ Ver Folio 284 a 286.

²⁹ Ver Resolución 1979 de 2015 emitida por la Agencia Nacional de infraestructura (ANI) (folios 302-311)

³⁰ Ver Comunicación CS-MV-034-2016, de fecha veintinueve (29) de enero de 2016. (folios 345-346).

³¹ A partir de este hecho, se aclara, los pie de página que tenga la palabra SIC (La palabra SIC es un adverbio latino que se utiliza en los textos escrito para indicar que la palabra o frase que lo precede es literal o textual, aunque sea o pueda parecer incorrecta. Proviene de la frase latina sic arat scriptumm, "así fue escrito"), obedece a que, por un error administrativo, las comunicaciones del año 2016, hasta el mes de agosto, consignaban el año 2015, cuando en realidad era 2016.

³² Ver Comunicación CS-MV-035-2015 (Folio 347).

³³ Ver Comunicación CS-MV-041-2015(sic), de fecha 2 de marzo de 2016. (folios 367-369). En concreto, el contratista manifestó en la comunicación que: (i) En el frente de las Redes de Distribución se encontró que la información contenida en los planos no coincidía con lo encontrado en campo; (ii) Se encontraron tramos ya ejecutados, tramos que debían ser ejecutados y que no estaban proyectados, para lo cual fue necesario realizar apiques y rediseños; (iii) En el contrato no se consideró la demolición de la roca para la excavación, la cual representa un 50% de la excavación total; (iv) Faltaba aclarar los diseños de telemetría para los Pozos 13 y 15; (v) En el frente Tanque Sur persistían los problemas con la servidumbre los cuales generaron un atraso de cinco (5) meses en la ejecución del Contrato.

³⁴ Ver Comunicación IHG-CEXS-005353-2016, de fecha 17 de marzo del 2016. (Folio No. 385).

³⁵ Ver Comunicación del 18 de abril de 2016 (CS-MV-049-2015). (Folio 400-401).

no imputables al CONSORCIO), le solicitó a la interventoría la suspensión del mismo, solicitud que, en términos generales, fue avalada por la interventoría.³⁶

19. (antes el 20). Como consecuencia de los hechos anteriores, las partes suscribieron el Otrosí Modificatorio No. 2, de fecha 22 de abril de 2016, al Contrato de Obra derivado de la Convocatoria PAF-ATF-038-2013, mediante el cual se adicionaron dos (2) meses al plazo de ejecución contractual (Prorroga No. 1), quedando, con ello, finalmente en dieciocho (18) meses el plazo de ejecución.³⁷

20. (antes el 21). El Contratista, mediante Comunicación CS-MV-053-2015 (SIC), de fecha 20 de junio de 2016, y como quiera que aún no contaba con la Aprobación No. 3 a la Reformulación del Proyecto por parte del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (MVCT), ni con los permisos de conexión de Electricaribe, solicitó la adición de un (1) mes a la prórroga del Contrato para acometer las actividades en los frentes que no dependían de los permisos pendientes o de la reformulación al proyecto.³⁸

21. (antes el 22). Como consecuencia de lo anterior, se suscribió el Otrosí Modificatorio No. 3 al Contrato de Obra PAF-ATF-038-2013, de fecha veinticinco (25) de junio de 2016, en virtud del cual se adicionó un (1) mes al plazo de ejecución del Contrato, quedando, con ello, finalmente en diecinueve (19) meses el plazo de ejecución.³⁹

22. (antes el 23) Una vez se (i) obtuvo formalmente el permiso de intervención por parte de la ANI para la ejecución de los frentes de obra línea de impulsión y línea de conducción que se encontraban sobre la Troncal de Occidente, (ii) se solucionó el problema de la servidumbre del predio para la ejecución de la impulsión y la conducción de los tramos que van desde el Tanque Sur a la Troncal de Occidente, y (iii) se aprobó la Reformulación No. 3 al Proyecto por parte del MVCT, el contratista solicitó la prórroga del contrato en cinco (5) meses, contados a partir del veinticinco (25) de julio de 2016, con el objeto de acometer todas las actividades necesarias para agotar el objeto contractual.⁴⁰ (Hecho Precisado).

23. (antes el 24). En consideración a lo anterior, las partes acordaron suscribir el Otrosí Modificatorio No. 4 al Contrato de Obra PAF-ATF-038-2013, de fecha 25 de julio de 2016, prorrogando el plazo del contrato hasta el veinticinco (25) de diciembre de 2016, es decir, el plazo de ejecución se modificó a veinticuatro (24) meses⁴¹.

24. (antes el 25). Mediante la suscripción del Otrosí Modificatorio No. 5 al Contrato PAF-ATF-038-2013, de fecha primero (1) de agosto de 2016, las partes, en consideración a la reformulación aprobada por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, adicionaron los recursos necesarios para culminar las obras en el plazo contractual otorgado.⁴²

25. (antes el 26). El Contratista, una vez más, se ve abocado en solicitar la Suspensión del Contrato PAF-ATF-038-2013, tal como se observa en la Comunicación C-038-S-163⁴³, de

³⁶ Ver Comunicaciones IHG-CEXS-005514-2016 e IHG-CEXS-005519-2016, de fecha 20 y 21 de abril de 2016, respectivamente (Folio 402 y 404 – 405).

³⁷ Otrosí No. 2 al Contrato de Obra. (Folios 416-418)

³⁸ Ver Comunicación CS-MV-053-2015, de fecha 20 de junio de 2016, donde puntualmente se dijo:

"(i). Para la ejecución de los componentes del Pozo 13 y 15 se requiere el permiso de conexión de ELECTRICARIBE, el cual como es de su conocimiento ha sido negado al Municipio de Ovejas por una deuda pendiente.

(ii). Para la ejecución del componente línea de impulsión y línea de conducción se requiere el permiso de la ANI, el cual aunque ha sido concedido no se ha podido utilizar por falta de trámite de aprobación de pólizas por parte del municipio de Ovejas.

(iii) Para la ejecución del componente línea de conducción se requiere de la servidumbre del predio ubicado al lado de la carretera troncal.

(iv). Para acometer las mayores cantidades necesarias en el contrato, es necesaria la aprobación de la reformulación No. 3.

(V) Para acometer las actividades correspondientes a los ítems no previstos del contrato, es necesaria la aprobación de la Reformulación no. 3."

(v) Para acometer las actividades correspondientes a los ítems no previstos del contrato, es necesaria la aprobación de la Reformulación no. 3." (Folios 427-428).

³⁹ Otrosí Modificatorio No. 3 al Contrato de Obra, de fecha 25 de junio de 2016. (Folios 430A-431).

⁴⁰ Ver Comunicación CS-MV-2015(sic) (Folio 443).

⁴¹ Ver Otrosí Modificatorio No. 4 al Contrato (Folios 444-446)

⁴² Ver Otrosí No. Modificatorio No. 5 al Contrato (Folios 450-451). Con la firma de este documento negocial, se modificó la Cláusula Cuarta del Contrato, relativa al valor del mismo, adicionándose al Contrato la suma de CIENTO DIECINUEVE MILLONES SETECIENTOS DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$119.719.868. M/CTE), quedando finalmente el valor del mismo en SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$6.366.933.834 M/CTE).

⁴³ Ver Folio 582-584. En la referida comunicación, además, el contratista anunció que la mayoría de las obras pendientes podrían ser terminadas para el 25 de diciembre del 2016, salvo las actividades que dependían del permiso de electricaribe y del suministro de los medidores.

fecha doce (12) de diciembre de 2016, con fundamento en una serie de circunstancias, ninguna imputables al CONSORCIO, y que se describen a continuación:

25.1. El régimen de lluvias (mayor pluviosidad) durante los meses de octubre y noviembre afectaron los frentes de obra de Líneas de Impulsión y Conducción debido a la fuerte pendiente del talud de la zona (mayor a 50°), así como el acceso al frente de obra de Tanque Sur por las precarias condiciones de la vía que dificultan la transitabilidad.

25.2. Inconvenientes presentados por el proveedor, PAVCO, para el suministro de los accesorios, pues, al parecer, se experimentaron problemas con la máquina que fabrica los codos en PVC, y el pedido realizado por el CONSORCIO (Pedido No. 252) no pudo ser entregado oportunamente.

25.3. Mediante Comunicación Electrónica de fecha 29 de noviembre de 2016, el proveedor de micromedidores le comunicó al CONSORCIO que no sería posible efectuar la entrega el primero (1) de diciembre de las 2.344 unidades ordenadas. El proveedor, AQUASOFT, indicó que los medidores llegarían a más tardar el 23 de diciembre, lo que sin duda afectaba la programación prevista.

25.4. A la fecha, la ejecución de los Pozos 13 y 15 se encontraba en cerca del 80%, no obstante, no había sido posible ponerlos en funcionamiento debido a las deudas pendientes del Municipio de Ovejas con Electricaribe, entidad que no otorgaba el permiso de conexión por esa circunstancia. Al entorpecerse la puesta en funcionamiento del Pozo 13, no era posible llenar el Tanque Sur, necesario para llevar a cabo la prueba de Estanqueidad. De igual forma, la falta de energía eléctrica imposibilitaba la realización de las pruebas de bombeo en el Pozo 15.

26. (antes el 27). Como consecuencia de las diversas circunstancias descritas en los antecedentes del acuerdo contractual, las partes se vieron avocadas suscribir el Acta de Suspensión No. 2 al Contrato, con fecha de 16 de diciembre de 2016, por un término de 3 meses, esto es, desde el 16 de diciembre del 2016 hasta el 15 de marzo de 2016.⁴⁴

27. (antes el 28). El veinticuatro (24) de febrero de 2017, mediante Comunicación CS-MV-004-2017⁴⁵, el contratista advierte sobre la necesidad de ampliar el plazo de suspensión del contrato, toda vez que entre Electricaribe y el Municipio no se había llegado a un acuerdo de pago definitivo y ello incidía en la factibilidad para el suministro de energía en los pozos 13 y 15⁴⁶.

28. (antes el 29). El 7 de marzo de 2016, mediante el Acta de Prorroga No. 1 de la Suspensión No. 2, las partes, con fundamento en los motivos allí expuestos, prorrogaron en 1 mes la suspensión del contrato, con la cual su fecha de terminación se extendió hasta el 15 de abril del 2017.⁴⁷

29. (antes el 30). El CONSORCIO, mediante Comunicación CS-MV-012-2017, de fecha 31 de marzo del 2017, y como quiera que en esa fecha no se había superado las circunstancias que llevaron a la última suspensión del contrato (el cual, en ese momento, tenía como fecha de terminación el 24 de abril de 2017), solicitó la ampliación de la suspensión por un término de 1 mes.⁴⁸

30. (antes el 31). El 12 de abril de 2016, mediante el Acta de Prorroga No. 2 de la Suspensión No. 2, las partes, con fundamento en los motivos allí expuestos, prorrogaron en 1 mes la suspensión del contrato, con la cual su fecha de terminación se extendió hasta el 15 de mayo del 2017.⁴⁹

31. (antes el 32). Mediante la suscripción del Otrosí Modificadorio No. 6 al Contrato PAF-ATF-038-2013, de fecha 23 de mayo de 2017, las partes decidieron, con fundamento en las causas explicadas por el contratista en la Comunicación C-038-S-163, de fecha 12 de

⁴⁴ Ver Acta de Suspensión No. 2 de fecha 16 de diciembre de 2016. (folios 600-603).

⁴⁵ Comunicación CS-MV-004-2017, de fecha 24 de febrero de 2017. (Folio 604).

⁴⁶ Otrosí No. 6 al Contrato de Obra, que amplía el plazo contractual en razón a las suspensiones que sufrió el contrato (Folios 678-681)

⁴⁷ Ver Folio 613- 616.

⁴⁸ Ver Folio 631.

⁴⁹ Ver Folios 632A – 634.

diciembre de 2016, prorrogar una vez más el plazo del contrato por el término de 2 meses, desde su vencimiento, con lo cual el nuevo plazo contractual quedó en 26 meses.⁵⁰

32. (antes el 33). El 18 de julio de 2016, mediante el Acta de Suspensión No. 3, las partes, con fundamento en los motivos allí expuestos, prorrogaron en 1 mes la suspensión del contrato, con la cual su fecha de terminación se extendió hasta el 17 de agosto del 2017.⁵¹

33. (antes el 34). Las partes, así mismo, suscribieron el Acta de Reinicio del contrato, de fecha 17 de agosto de 2017, mediante la cual se definió, como nueva fecha de terminación, el 24 de agosto de 2017.⁵²

34. (antes el 35). El 22 de agosto de 2017, mediante el Acta de Suspensión No. 4, las partes, con fundamento en los motivos allí expuestos, prorrogaron en 1 mes la suspensión del contrato, con la cual su fecha de terminación se extendió hasta el 22 de septiembre del 2017.⁵³

35. (antes el 36). El 22 de septiembre de 2017, mediante el Acta de Prórroga No. 1 de la Suspensión No. 4, las partes, con fundamento en los motivos allí expuestos, prorrogaron en 1 mes la suspensión del contrato, con la cual su fecha de terminación se extendió hasta el 22 de octubre del 2017.⁵⁴ (Hecho Precisado).

36. (antes el 37). Las partes, por último, suscribieron el Acta de Reinicio del contrato, de fecha 23 de octubre del 2017, mediante la cual se definió, como nueva fecha de terminación, el 25 de octubre del mismo año.⁵⁵ (Hecho Precisado).

37. Las salvedades consignadas en algunos documentos contractuales (no todos) descritos en los hechos anteriores, relativas a la no generación de "gastos administrativos adicionales", "ni de otro tipo", "ni lucro cesante" o "daño emergente", por la mayor permanencia en obra que generaba para el contratista la suscripción de los mismos (situación que implicó casi 3 años de una estancia superior en el proyecto), fueron impuestas por la Contratante en desarrollo de su posición dominante, siguiendo además instrucciones de Findeter S.A. en ese sentido, y sin que al respecto el contratista pudiera oponerse al contenido de las mismas, ni dejar manifestación contraria, salvo en el Acta de Liquidación.⁵⁶ (Hecho Nuevo).

38. La totalidad de prorrogas del plazo contractual, al igual que las suspensiones con sus distintas ampliaciones, todas ellas descritas en los hechos anteriores, ocasionaron al CONSORCIO, por hechos no imputables a él (la mayoría de ellos imputables al Contratante directamente), una mayor permanencia en obra. Como consecuencia de ello, un contrato que debía ser ejecutado, a más tardar, según el término inicial, el 2 de noviembre del año

⁵⁰ Ver Folios 678 – 681.

⁵¹ Ver Folios 755 – 758.

⁵² Ver Folio 765-766.

⁵³ Ver Acta de Suspensión N°4 de fecha 22 de agosto de 2017 (folios 777-781); Acta De Prórroga 1 a la suspensión N°4 (folios 789-793); Acta de Reiniciación de fecha 23 de octubre de 2017 (folios 794- 796)

⁵⁴ Ver Folios 790-793.

⁵⁵ Ver Folio 794-797.

⁵⁶ Al revisar en detalle los distintos documentos contractuales se encuentra el siguiente inventario:

1. Acta de Suspensión No. 1, de fecha 4 de septiembre del 2013 ("Las partes acuerdan que la suspensión del contrato no generará gastos de administración adicionales por permanencia en obra o lucro cesante a cargo de la CONTRATANTE"); Acta de Prórroga No. 1 a la 5, de fechas 18 de octubre del 2014, 2 de diciembre del 2013, 17 de enero del 2014, 18 de febrero del 2014, y 17 de abril del 2014, respectivamente ("Las partes acuerdan que la suspensión del contrato no generará gastos de administración adicionales por permanencia en obra o lucro cesante a cargo de la CONTRATANTE"); Actas de Prórrogas No. 6, del 1 de agosto del 2014, y No. 7, del 1 de octubre del mismo año, no se incluyó salvedad alguna; Acta de Prórroga No. 8, de fecha 28 de noviembre del 2014 ("Durante el tiempo de suspensión no se causarán gastos administrativos ni de otro tipo, por cuanto todas las actividades derivadas del contrato deben suspenderse a la vez que se suspende éste. En consecuencia, esta suspensión no genera gasto adicional alguno por mayor permanencia en obra ni por lucro cesante ni por daño emergente"; Acta de Prórroga No. 9, de fecha 15 de enero del 2015 ("Durante el tiempo de suspensión no se causarán gastos administrativos ni de otro tipo. En consecuencia, esta suspensión no genera gasto adicional alguno por mayor permanencia en obra ni por lucro cesante ni por daño emergente").

2. Acta de Suspensión No. 2, de fecha 16 de diciembre del 2016, no se incluyó salvedad alguna; Acta de Prórroga No. 1, de fecha 7 de marzo del 2017, no se incluyó salvedad alguna; Acta de Prórroga No. 2, de fecha 12 de abril del 2017, no se incluyó salvedad alguna.

3. Acta de Suspensión No. 3, de fecha 18 de julio del 2017, no se incluyó salvedad alguna.

4. Acta de Suspensión No. 4, del 22 de agosto del 2017, no se incluyó salvedad alguna; Acta de Prórroga No. 1, de fecha 22 de septiembre del 2017, no se incluyó salvedad alguna.

5. Salvo en el Otrosí No. 6, de fecha 23 de mayo del 2017 ("Cláusula Primera. Parágrafo. Las partes aceptan que la presente prórroga no genera erogación alguna en favor del contratista o a cargo del contratante"), en los primero 5 otrosíes no se hizo referencia alguna a este tipo de salvedades.

2014 (considerando para ello la fecha del Acta de Inicio), fue finalmente objeto de entrega el día 8 de noviembre de 2017 (Acta de Entrega y Recibo a Satisfacción), lo que significa, en concreto, que el contratista estuvo en obra, por un término adicional, 36 meses y 6 días. (Hecho Precisado).

39. La mayor permanencia en obra, tal como se acredita con el peritaje que se aporta, ocasionó un perjuicio económico al contratista, el cual no está en el deber legal de soportarlo, y que es precisamente el objeto de las pretensiones de esta demanda.

40. El veinticinco (25) de octubre de 2017, dentro del término contractual finalmente acordado (26 meses), las partes suscribieron el Acta de Terminación y consignaron, entre otras cosas, el cumplimiento de las obligaciones contractuales y la relación de algunos productos que debían ser objeto de ajustes para la posterior suscripción del Acta de Entrega y Recibo a Satisfacción.⁵⁷

41. El ocho (8) de noviembre de 2017, una vez ejecutadas las correcciones o ajustes indicados en el hecho anterior, las partes suscribieron el Acta de Entrega y Recibo a Satisfacción, mediante la cual, en esencia, se dejó constancia de que los productos objeto del contrato se encontraron terminados y ajustados a los requerimientos, especificaciones y normas técnicas del contrato.⁵⁸

42. Finalmente, el Contrato PAF-ATF-038-2013 se liquidó de forma bilateral, mediante Acta de Liquidación de fecha 7 de noviembre de 2018, dejando expresa salvedad el contratista, tal como lo advirtió a lo largo de la ejecución del contrato⁵⁹, de los perjuicios económicos causados por las constantes suspensiones y prórrogas del término de ejecución del mismo, por causas que no le eran imputables, reservándose, desde allí, su derecho a reclamar judicialmente, entre otros conceptos, los efectos de la mayor permanencia de tiempo en obra.⁶⁰ (Hecho complementado con el Pie de Página No. 61)“.

III.- La Contestación de la demanda.

23. La Convocada contestó oportunamente la demanda, dando respuesta a cada uno de los hechos planteados, solicitando la práctica de pruebas, y con el fin de enervar las pretensiones de aquella formuló las excepciones de mérito que más adelante se transcriben.

CAPÍTULO TERCERO PRESUPUESTOS PROCESALES

24. Encuentra en el presente caso el Tribunal que los denominados presupuestos procesales, esto es, las condiciones de forma que le permiten al juzgador proferir una decisión de fondo, se han reunido cabalmente en este proceso, por cuanto las partes, por tratarse de personas jurídicas debidamente constituidas (capacidad procesal), han concurrido a este proceso a través de sus representantes legales (capacidad para comparecer al proceso). Así mismo, la demanda reformada, reúne los requisitos previstos en la ley (demanda en forma) y este Tribunal es competente para resolver las controversias sometidas a su conocimiento (competencia del juez), en aplicación del parágrafo del artículo 3 de la Ley 1563 de 2012, por lo que no existe duda alguna de que los presupuestos procesales se encuentran plenamente consolidados en este proceso.
25. De igual forma, para el Tribunal, todas las etapas de este arbitraje se desarrollaron en debida forma y en el presente caso no existen nulidades insaneables que deban ser decretadas oficiosamente o insaneables que deban ser puestas en conocimiento de las Partes al tenor de lo previsto por el artículo 137 del Código General del Proceso.

⁵⁷ Ver Folios 797-800.

⁵⁸ Ver Folios 801-803.

⁵⁹ Ver, entre otros, el Comunicado No. CS-MV-015-15, de fecha 26 de julio del 2015 (Folio No. 274 y 275).

⁶⁰ Ver Folios 804- 810.

26. Por lo antes expresado, en el presente Laudo Arbitral, desde el punto de vista de los presupuestos procesales y de la validez de la actuación formal, no existe obstáculo que permita proferir una decisión de fondo sobre los asuntos litigiosos sometidos a decisión de este Tribunal de Arbitraje.

CAPÍTULO CUARTO
CONSIDERACIONES PARA RESOLVER LAS PRETENSIONES
DECLARATIVAS

I. La Primera Pretensión Declarativa de la Demanda Reformada, la oposición y la excepción formuladas por la Convocante. Las pruebas.

27. La Pretensión.

1.1. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:

Que se DECLARE, específicamente, que el CONSORCIO 038 SUCRE, conformado por la Sociedad MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A., la aquí Convocante, y DIEGO JARAMILLO GÓMEZ, para efectos de la elaboración de su propuesta económica, no podían advertir, durante la etapa precontractual y de ejecución del contrato, los hechos y circunstancias, extraordinarias e imprevisibles, que motivaron las suspensiones (con sus ampliaciones), prorrogas y otrosíes del Contrato de Obra derivado de la Convocatoria PAF-ATF-038-2012.

28. La oposición y la excepción.

- 28.1. La Convocada se opuso a la prosperidad de la Primera Pretensión Principal Declarativa.

- 28.2. Y formuló de modo específico la siguiente excepción:

3.1. EL RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO DEL CONTRATO IMPIDE RECLAMACIONES POR MAYOR PERMANENCIA.

(...)

De lo anterior, puede concluirse, con claridad meridiana que, en primer lugar, yerra el demandante al proponer una mayor permanencia en la obra, dado que la figura jurídica aplicable al objeto de la litis es la teoría de la imprevisión, en tanto, bajo los argumentos señalados, al contrato de obra No. PAF-ATF-038-2012 le es aplicable el régimen de derecho privado; en segundo lugar, no es jurídicamente viable la solicitud de revisión pretendida por Mejía Villegas Constructores S.A., como integrante del Consorcio 038 Sucre, en virtud de la teoría de la imprevisión, como quiera que la oportuna solicitud debió realizarse antes de la terminación del contrato, en búsqueda de ayuda económica para evitar la interrupción al cumplimiento de sus obligaciones; lo cual ya no es posible, pues el contrato de obra suscrito el 19 de abril de 2013 ya terminó y se liquidó de forma bilateral, mediante acta de liquidación de fecha 07 de noviembre de 2018.

Es evidente que el contratista no presentó tal solicitud antes de la terminación del contrato, pues bien sabía que no era procedente en tanto las circunstancias que motivaron las suspensiones y prorrogas tuvieron como fundamento su impericia, falta de debida diligencia y de precaución durante la ejecución del contrato y necesitó del tiempo solicitado para solventar tales situaciones. En ese sentido, no es posible revisar las circunstancias que fundamentan las pretensiones infundadas del contratista, en tanto, éstas ya fueron cumplidas y no es posible reajustar, restablecer la ecuación contractual de un contrato ya terminado con las obligaciones ejecutadas.

Finalmente, es necesario clarificar que, si bien la Corte Suprema de Justicia en el fallo citado menciona la posibilidad de que la parte afectada recurra a otras vías jurídicas con el fin de reajustar o restablecer el equilibrio contractual y/u obtener las respectivas, estas también están comprendidas dentro del periodo de la vigencia contractual, lo cual, en cualquier

caso, impide al demandante a obtener un reajuste económico del contrato una vez cumplido el mismo.

29. La prueba documental.
 - 29.1. Conforme a la cláusula sexta del Contrato de Obra derivado de la Convocatoria PAF-ATF-038-2012, este tenía un plazo de ejecución de 16 meses.
 - 29.2. Un contrato que tenía un plazo de ejecución de 16 meses estuvo suspendido y fue prorrogado por 37 meses, de los cuales, como se verá al resolver la Segunda Pretensión Principal Declarativa, 32 meses no son imputables al Contratista.
30. Primer Período: Comprendido entre el 2 de julio de 2013 y el 27 de febrero de 2015, es decir, entre la firma del Acta de Inicio y la firma del Otrosí No. 1.
 - 30.1. En tal período se convino entre las Partes la firma del Acta de Inicio, la Suspensión No. 1, 9 Prórrogas a dicha Suspensión y el Otrosí No. 1 del 27 de febrero de 2015. En efecto, según se encuentra probado en el proceso, el Contrato se suspendió mediante Acta de Suspensión No. 1 del 4 de septiembre de 2013 hasta el 18 de octubre de 2013. Y se prorrogó así:
 - a. Acta de Prórroga No. 1 a la Suspensión No. 1 del 18 de octubre de 2013, 45 días y hasta el 2 de diciembre de 2013.
 - b. Acta de Prórroga No. 2 a la Suspensión No. 1 del 2 de diciembre de 2013, por 45 días calendario, hasta el 17 de enero de 2014.
 - c. Acta de Prórroga No. 3 a la Suspensión No. 1 del 17 de enero de 2014, por un término de 31 días calendario, hasta el 17 de febrero de 2014.
 - d. Acta de Prórroga No. 4 a la Suspensión No. 1 del 18 de febrero de 2014, por 2 meses, hasta el 17 de abril de 2014.
 - e. Acta de Prórroga No. 5 a la Suspensión No. 1 del 17 de abril de 2014 por 3 meses y 15 días, hasta el 1 de agosto de 2014.
 - f. Acta de Prórroga No. 6 a la Suspensión No. 1 del 1 de agosto de 2014, por un término de 2 meses, hasta el 1 de octubre de 2014.
 - g. Acta de Prórroga No. 7 a la Suspensión No. 1 del 1 de octubre de 2014, por un término de 2 meses, hasta el 1 de diciembre de 2014.
 - h. Acta de Prórroga No. 8 a la Suspensión No. 1 del 28 de noviembre de 2014, por un término de un mes y 15 días, hasta el 15 de enero de 2015.
 - i. Acta de Prórroga No. 9 a la Suspensión No. 1 del 15 de enero de 2015, por un término de 43 días calendario, hasta el 27 de febrero de 2015.
 - 30.2. El 27 de febrero de 2015, las Partes suscribieron el Otrosí No. 1 al Contrato de Obra PAF-ATF-038-2012. En dicho Otrosí, convinieron modificar el proyecto objeto del Contrato con base en la reformulación solicitada por Findeter mediante comunicaciones 15-198-S-010980 y 15-198-S-012948, aprobada por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio en la comunicación 2015EE00141-82 de 20 de febrero de 2015. En dicho Otrosí No. 1, las Partes:

- a. Acordaron incluir una nueva Cláusula en el Contrato de Obra PAF-ATF-038-2012, que incorporaba *"las Reformulaciones del proyecto aprobadas por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio"* (Cláusula Primera).
 - b. Teniendo en cuenta la Reformulación realizada por el Ministerio, disminuyeron el valor del Contrato en \$373.260.232, que pasó de \$6.620.474.198 a \$6.247.213.966.
- 30.3. En la Suspensión No. 1 y en las Prórrogas No. 1, 2, 3, 4, 5, 8 y 9, las Partes convinieron que la Suspensión y las Prórrogas no generarían costo alguno por concepto de daño emergente y lucro cesante derivados de la mayor permanencia. El Contratista guardó silencio en las Prórrogas No. 6 y 7.
- 30.4. Así las cosas, durante este período, el Contrato estuvo suspendido por 19 meses.
31. Segundo Período: Comprendido entre el 28 de febrero de 2015 y el 22 de mayo de 2017, es decir, un día después de la firma del Otrosí No. 1 y la fecha de finalización de la Prórroga No. 2 a la Suspensión 2.
- 31.1. En tal período se firmaron los Otrosíes 2, 3, 4 y 5 como a continuación se verá.
- 31.2. En efecto, en el Otrosí No. 2 de 22 de abril de 2016:
- a. Se firmó porque según el Supervisor de Findeter, encargado de avalar la prórroga, *"de acuerdo a lo informado por el Municipio de Ovejas de no contar con los recursos necesarios para la Interventoría"* (considerando 6).
 - b. Esta circunstancia fue considerada por la Interventoría como no imputable al Contratista (considerando 5).
 - c. Ello dio lugar a que el Comité Fiduciario aprobara la solicitud de prórroga por el término de 2 meses comprendido entre el 25 de abril de 2016 y el 25 de junio de 2016 (considerando 7).
- 31.3. El Otrosí No. 3 de 25 de junio de 2016 se celebró debido a que:
- a. Según la Interventoría, la ejecución de actividades relacionadas con la estructura en concreto del tanque de almacenamiento sur no había sido aprobada por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (considerando 5).
 - b. Ello dio lugar a que se prorrogara el Contrato en un mes, término comprendido entre el 25 de junio de 2016 y el 25 de julio del mismo año (considerandos 6 y 7).
- 31.4. El Otrosí No. 4 del 25 de julio de 2016 se celebró:
- a. En razón de la aprobación de la Reformulación No. 4 y a la aprobación del permiso de intervención vial otorgado por la ANI (considerando 4).
 - b. Tales circunstancias fueron consideradas por la Interventoría como no imputables al Contratista.

- 31.5. El Otrosí No. 5 de 1 de agosto de 2016:
- a. En el mismo se adicionó al Contrato \$119.719.686, producto de la Reformulación No. 4, la cual no tiene alcance compensatorio o transaccional.
 - b. No hubo una compensación sino una adición para atender la citada Reformulación.
- 31.6. También se firmaron el Acta de Suspensión No. 2 y las Prórrogas No. 1 y 2 a la Suspensión 2.
- 31.7. El Acta de Suspensión No. 2 de 16 de diciembre de 2016 se firmó por las siguientes razones:
- a. El Contratista solicitó la suspensión por la no obtención de los medidores y del permiso de conexión de energía por parte de Electricaribe S.A. (considerando 1).
 - b. El Interventor centró la suspensión en la necesidad de conexión a la red de energía de los pozos 13 y 15 *"para continuar con las actividades que dependen de la entrada en funcionamiento de estos pozos y que forman parte de la ruta crítica del proyecto por parte de Electricaribe, recomendando 3 meses"*(considerando 2).
 - c. El Supervisor dio visto bueno con base en la solicitud del Contratista y el concepto del Interventor avalando el término de 3 meses, *"tiempo en el cual se puede obtener por parte del Municipio de Ovejas el permiso de Energización (Electricaribe) en los pozos No. 13 y No. 15 y el tanque sur, estructuras que son de vital importancia para garantizar el funcionamiento del sistema de acueducto del Municipio Ovejas"*(considerando 4).
- 31.8. En el Acta de Prórroga No. 1 a la Suspensión No. 2 de 7 de marzo de 2017, por la misma razón de la Suspensión No. 2 – permiso para la energización de los pozos No. 13 y 15 y el Tanque Sur ante Electricaribe y a que el Municipio de Ovejas se encontraba tramitando un acuerdo de pago con dicha compañía (considerando 2), se suspendió por un mes el Contrato, período comprendido entre el 16 de marzo y el 15 de abril de 2017 (considerando 3).
- 31.9. Ocurrió lo mismo y por la misma razón con la firma del Acta de Prórroga No. 2 a la Suspensión No. 2 del 12 de abril de 2017, en la cual se suspendió por un mes el plazo del Contrato.
- 31.10. En el Acta de Suspensión No. 2 y en las Prórrogas No. 1 y 2 no se controvierte que la tramitación del permiso de energización correspondiera al Municipio de Ovejas y no al Contratista.
- 31.11. En los documentos anteriores, el Contratista no consignó salvedad sobre la mayor permanencia, como tampoco sobre los costos que la misma generaba en materia de daño emergente y lucro cesante.
- 31.12. Así las cosas, el Contrato estuvo suspendido en este período por 13 meses.

32. Tercer Período: Comprendido entre el 23 de mayo de 2017 y el 22 de octubre de 2017, es decir, entre el Otrosí No. 6 y la Prórroga No. 1 a la Suspensión No. 4.
- 32.1. En tal período se firmaron el Otrosí No. 6, el Acta de Suspensión No. 3, el Acta de Suspensión No. 4 y la Prórroga No. 1 a la Suspensión No. 4.
- 32.2. El 23 de mayo de 2017, las Partes firmaron el Otrosí No. 6, mediante el cual prorrogaron el plazo por 2 meses (23 de mayo), conviniendo expresamente en el Parágrafo de la Cláusula Primera que *"Las PARTES aceptan que la presente prórroga no genera erogación alguna en favor del CONTRATISTA o a cargo del CONTRATANTE"*.
- 32.3. En el Acta de Suspensión No. 3 del 18 de julio de 2017, se convino suspender por un mes, entre el 17 de julio y el 17 de agosto de 2017, atendiendo la solicitud del Contratista que había justificado la solicitud por *"la necesidad de conseguir un Generador Eléctrico que cumpla con las especificaciones y capacidad requerida (250 kva a 460 kva), lo cual permitiría realizar las pruebas del Sistema de Acueducto en el Municipio de Ovejas"* (considerando 17). El Contratista se había dirigido a la Convocada mediante comunicación CSMB-029-2017 y el Comité Fiduciario de 17 de julio de 2019 aprobó la misma, atendiendo la manifestación. del Contratista, según el cual el período de suspensión no generaría erogaciones.
- 32.4. En el Acta de Suspensión No. 4 de 27 de agosto de 2017, las Partes convinieron suspender por un mes, entre el 22 de agosto y el 22 de septiembre de 2018, atendiendo la solicitud del Contratista, según el cual, *"ya que a la fecha han tenido problema con el cableado de la bomba del pozo 13 al realizar las pruebas la máquina se envió por garantía al proveedor (se encuentra en Bogotá) y en un mes estará de vuelta para continuar las labores"* (considerando 16). El Contratista se dirigió a la Convocada en comunicación CSMB-037 de 2017 en la cual indicó que la suspensión no generaría sobrecostos para la Convocada.
- 32.5. En el Acta de Prórroga No. 1 a la Suspensión No. 4 del 22 de septiembre de 2017, se convino suspender por un mes, entre el 22 de septiembre de 2017 y el 22 de octubre de 2017, atendiendo la solicitud del Contratista, según el cual, *"Dado las condiciones Técnicas para la puesta en marcha de la Bomba planteadas en el oficio CS-MV-037-2017, no logran ser superadas"* (considerando 17). El Comité Técnico, al aceptar la solicitud añadió *"Se aclara que la prórroga no generará erogaciones económicas en favor de los CONTRATISTAS ni a cargo del Patrimonio Autónomo CONTRATANTE"* (considerando 20). El Contratista se había dirigido a la Convocada mediante comunicación CSMB-040 de 2017, en la que indicó que la suspensión no implicaría sobrecostos para la Convocada.
- 32.6. Así las cosas, durante este período el Contrato estuvo suspendido por 5 meses.

33. **La decisión del Tribunal y sus fundamentos.**

- 33.1. Por lo expuesto, prosperará la Pretensión Primera Declarativa de la Demanda Reformada, pues para efectos de la elaboración de la propuesta económica de la Convocante, esta no podía advertir, durante la etapa precontractual y de ejecución del Contrato, los hechos y circunstancias no imputables que

motivaron las suspensiones, ampliaciones, prórrogas y Otrosíes del Contrato de Obra derivado de la Convocatoria PAF-ATF-038-2012. Como se verá más adelante, la mayor permanencia consecuencial no imputable al Contratista es de 32 meses.

- 33.2. Se declara impróspera la oposición de la Convocada y se denegará la excepción de la misma denominada "*EL RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO DEL CONTRATO IMPIDE RECLAMACIONES POR MAYOR PERMANENCIA*", por las siguientes razones:
- 33.3. La demanda de la Convocante no pretende la revisión del Contrato de Obra derivado de la Convocatoria PAF-ATF-038-2012 a la luz del artículo 868 del Código de Comercio.
- 33.4. Dentro de los fundamentos de derecho de la Demanda ni siquiera se encuentra mencionado el artículo 868, anteriormente citado.
- 33.5. La demanda de la Convocante es, como resulta de las pretensiones formuladas y los hechos planteados, una controversia basada en la mayor permanencia y cuyo propósito es el reconocimiento de la misma. No es, se repite, una demanda de imprevisión que tenga como propósito la revisión del Contrato o su resolución por el Tribunal.
- 33.6. Ese es, además, el alcance de la salvedad formulada por el Contratista en el Acta de Liquidación de 7 de noviembre de 2018 en la que indicó que dejaba "*expresa constancia que se reserva(ba) el derecho de reclamar oportunamente, a través de los mecanismos e instancias establecidos en la ley y en el contrato, los mayores costos causados, entre otras cosas, por una mayor permanencia en la obra derivada de las múltiples suspensiones descritas en esta Acta de Liquidación, cuyas causas, como allí mismo se indican, no le son imputables al Consorcio*".

II. La Cuarta Pretensión Declarativa de la Demanda, la oposición y la excepción de la Convocada.

34. La Pretensión.

1.4. CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:

Que se inapliquen o se dejen sin efecto, se consideren como no escritas o se declare su ineficacia, o incluso se decrete la nulidad absoluta, todo ello según los criterios que para tales efectos adopte el Tribunal Arbitral, de las salvedades consagradas en los distintos documentos contractuales que se suscribieron a lo largo de la ejecución del Contrato de Obra derivado de la Convocatoria PAF-ATF-038-2012, tal como se detallan en el Hecho No. 37 de la Demanda Reformada.

35. La oposición y la excepción.

35.1. La Convocada se opuso a la Cuarta Principal Pretensión Declarativa.

35.2. Formuló la siguiente excepción:

3.4. EN LA SUSCRIPCIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS ENTRE LAS PARTES NO HAY VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.

Tanto en la suscripción del contrato de obra No. PAF-ATF-031-2012, como en sus suspensiones (con sus ampliaciones), prórrogas y otrosíes del Contrato de Obra derivado

de la Convocatoria PAF-ATF-038-2012, las partes manifestaron su consentimiento libremente, sin que su voluntad estuviere viciada por error, fuerza o dolo. Los actos jurídicos son plenamente válidos, dejándose constancia que el actor no los atacó dentro de la oportunidad legal, y que tienen pleno vigor, y su contenido refleja la voluntad libre de los suscriptores.

En ese sentido no puede ser admisible que ahora, en la reforma de la demanda se plantee el artificioso argumento conforme con el cual, se le impuso por parte del contratante suscribir las prórrogas, suspensiones y otrosíes, sin incluir salvedades, o manifestaciones de supuesto rompimiento del equilibrio y causación de perjuicios o señalar, contrariando el Principio de la Buena Fe contractual, posición dominante, imposiciones, lo cual es totalmente falaz.

Sorprende que experimentados contratistas del Estado pretendan evadir su incuria, mostrándose ahora como víctimas de un abuso por parte de la entidad contratante, el que por supuesto jamás existió.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que los actos jurídicos suspensiones del contrato de obra, otrosíes, prórrogas, no han sido atacados jurídicamente en su validez, razón por la cual su contenido y efectos han de permanecer incólumes.

36. Consideraciones generales del Tribunal.

36.1. Dice el Contrato de Obra derivado de la Convocatoria PAF-ATF-038-2012, lo siguiente:

*CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA – SUSPENSIÓN TEMPORAL. Por razones de fuerza mayor o caso fortuito, o por acuerdo entre las partes en atención a circunstancias que así lo justifiquen y de manera motivada, se podrá, de común acuerdo entre las partes, suspender temporalmente la ejecución del contrato mediante acta en donde conste tal evento, sin que para los efectos del plazo extintivo se compute el tiempo de suspensión **ni se varíe el valor del contrato.***

36.2. Cláusulas como la décima octava del Contrato en su parte final, según la cual, de modo absoluto, no se variaría el valor del Contrato por las suspensiones o prórrogas generadoras de mayor permanencia, han sido declaradas ineficaces de pleno derecho por la justicia arbitral, en el contexto de la Ley 80 de 1993, tal como resulta de los siguientes laudos:

a. Laudo Arbitral de 7 de abril de 2008 de Unión Temporal ODINCA UT ODINCA contra el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS – (Árbitros: Saúl Sotomonte Sotomonte, Jesús María Carrillo Ballesteros y Julio César Ortiz Gutiérrez), en el cual se declararon ineficaces de pleno derecho dos disposiciones con el mismo alcance de la que aquí se juzga. Se dijo al respecto:

El apoderado de la parte convocante, en su pretensión séptima, solicita al Tribunal la declaratoria de ineficacia o en subsidio de inexistencia o nulidad de las cláusulas incluidas en los adicionales número 1, 3, 4, 5, 6 y 7 al contrato de obra en cuyas cláusulas primera se prorroga el plazo de ejecución del contrato, y cuyos párrafos disponen: PARAGRAFO "esta ampliación no le acarreará costos adicionales al instituto y por lo tanto el contratista no podrá presentar futuras reclamaciones al INVÍAS por mayor permanencia en la obra a causa de esta ampliación del plazo".

PARAGRAFO ADICIONAL No. 3 "No obstante la prórroga que se acuerda en este documento, las partes declaran que el valor del contrato permanece inalterable y el CONTRATISTA manifiesta en forma expresa que no se presentará reclamación alguna que tenga como causa la prórroga acordada".

(...)

Teniendo en cuenta lo anterior, para el Tribunal es claro que dichas cláusulas contractuales antes reseñadas contenidas en los contratos adicionales, violan los principios rectores de la

contratación estatal y el orden público, ya que no pueden contemplar renunciaciones del contratista a los perjuicios futuros que se le pudieren ocasionar como consecuencia de hechos imprevistos e imprevisibles ajenos al contratista.

De aceptar la validez de las cláusulas, se estaría contrariando normas de orden público especialmente el artículo varias veces mencionado, relativo a los derechos de los contratistas previsto en el artículo 5º de la ley 80 de 1993.

Así las cosas, el Tribunal reconocerá la operancia de la norma, en el sentido de que por ser una ineficacia de pleno derecho, la que consagra la misma, operaría sin necesidad de declaración judicial.

Por lo tanto constata el Tribunal que las cláusulas contenidas en los contratos adicionales, son ineficaces prosperando así las pretensiones principales, sin que haya lugar a estudiar el evento de las pretensiones subsidiarias que solicitan la inexistencia o nulidad de las mismas.

- b. Laudo Arbitral de GRODCO contra INVÍAS de 16 de febrero de 2007, citado en el laudo anterior, en el cual se habían declarado ineficaces de pleno derecho dos disposiciones similares a la que aquí se analiza, en la que las partes convinieron dos cosas “*primero, declaran estar de acuerdo en que el valor del contrato permanece inalterable y, segundo, la renuncia expresa de cualquier tipo de reclamación circunscrita a la prórroga del tiempo acordada por parte del contratista*”. Se dijo allí:

Dentro de este marco, es menester determinar, como lo solicita la actora, si las cláusulas bajo examen contienen una disposición que resultan ineficaces a la luz del ordenamiento jurídico. Ab-initio, menester es para este Tribunal, advertir que las cláusulas transcritas indudablemente son ineficaces como se reconocerá, en razón de contener disposiciones declarativas y prohibitivas de conductas, que quebrantan normas de orden público contenidas en nuestra Constitución Política y específicamente en la Ley 80 de 1993.

En efecto, las partes en el contrato, a través de la primera cláusula descrita, convienen dos cosas: primero, declaran estar de acuerdo en que el valor del contrato permanece inalterable y, segundo, la renuncia expresa de cualquier tipo de reclamación circunscrita a la prórroga del tiempo acordada por parte del contratista. La primera parte de esta cláusula, lleva implícita la proscripción de cualquier tipo de reclamación con el fin de recuperar el eventual mayor valor del contrato que pueda generarse en las vicisitudes mismas de su desarrollo y en la segunda parte, de manera explícita, se renuncia a las reclamaciones de cualquier tipo circunscritas a la prórroga de tiempo que ha acordado, por parte del contratista. En la segunda cláusula, esto es, la contenida en el acta de suspensión de 3 de junio de 2004, en forma idéntica el contratista renuncia a reclamar sobrecostos al INVÍAS, por mayor permanencia en la obra y por lucro cesante de la maquinaria o equipo.

Todas estas renunciaciones limitan expresamente el derecho del contratista a buscar por cualquier medio la manera de subsanar o reivindicar un posible daño que pudiera ser causado por mayores valores o por la prórroga. Dicho de otra manera, el derecho que tiene el contratista a que se le restablezca integralmente el equilibrio económico del contrato, no es renunciable de forma anticipada, ni son renunciables los perjuicios futuros que se le pudieren ocasionar al contratista como consecuencia de la ocurrencia de hechos ajenos y no imputables a éste

En aras de preservar y someterse a las disposiciones contractuales de manera que lo decidido aquí, imponga recuperar el equilibrio y la justicia contractual, indefectiblemente se debe concluir que las disposiciones contractuales mencionadas no pueden generar efecto alguno pues, al hacerlo contravendría principios de superior jerarquía al acuerdo de la voluntad y que buscan proteger un orden jurídico público que no en vano, resguarda no solamente los fines de la contratación estatal que desembocan en los fines del Estado, sino además los derechos del contratista y las facultades que a estos les otorga la ley, para de manera legítima, buscar la reivindicación o resarcimiento de un eventual daño causado por la administración en su papel de contratante.

Como primera medida, cabe mencionar que existe en el estatuto contractual una serie de disposiciones que envuelven principios considerados superiores por este Tribunal, como son

la finalidad de la contratación estatal (artículo 3), la imparcialidad en el desarrollo de los contratos (artículo 23) y la transparencia (artículo 24), la proscripción de renuncia a reclamación o acción cualquiera con de la celebración y ejecución del contrato (artículo 5 numeral 3 y artículo 24 numeral 5) los cuales operan ipso-jure al otorgársele valor normativo y vinculante a nuestra Constitución Nacional (integrado por el mismo esquema que ella plantea y desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁶¹) frente a la aplicación directa de los postulados constitucionales.

El Artículo 5 No. 3 de la Ley 80 establece:

"Artículo 5. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines que trata el artículo 3 de esta ley, los contratistas:

(...)

3. Podrán acudir a las autoridades con el fin de obtener la protección de los derechos derivados del contrato y la sanción para quienes los desconozcan o vulneren.

Las autoridades no podrán condicionar la participación el licitaciones o concursos, ni la adjudicación, adición o modificación de contratos como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones demandas y reclamaciones por parte de este."

En criterio de este Tribunal, la autoridad administrativa aquí demandada, jamás pudo condicionar la prórroga o suspensión del contrato en examen, a la renuncia por parte de la convocante a ejercer las acciones, demandas y reclamaciones que se derivaran de ella, pues ello claramente violentaría la normativa transcrita, la cual indubitablemente posee el carácter de norma de orden público, ya que lleva envuelta la protección de los fines de la propia y misma contratación estatal. No quisiera pensar este Tribunal que la cláusula en estudio tuvo origen en tan deleznable conducta y por ello la pretende estudiar, en su escueto contenido y desde la perspectiva natural y obvia en que ambos contratantes obraron bajo los postulados de la buena fe.

En este escenario, no escapa al Tribunal la existencia del artículo 24, numeral 5, inciso final de la ley 80 de 1993, que al consagrar el principio de transparencia en el ejercicio de la contratación estatal, establece que en virtud de él:

"serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados" (subrayas fuera de texto). Las cláusulas de renuncia ya mencionadas, aún no condicionadas a ninguna conducta y pactadas de buena fe por las partes, en criterio de este Tribunal, indudablemente devienen ineficaces, es decir, sin producir efecto jurídico alguno y así lo reconocerá, en virtud de vulnerar el principio de transparencia (artículo 24 numeral 5 de la ley 80 de 1993).

Independientemente de lo anterior y adicionalmente este Tribunal reconoce que la cláusula bajo examen vulnera principios de carácter constitucional al desconocer, por ejemplo, derechos fundamentales como el debido proceso, al restringir de antemano y en forma total la posibilidad de accionar o siquiera realizar una reclamación, pudiendo llevar ello a que la administración desborde sin ningún tipo de control los derechos que esta cláusula le otorga en la relación contractual. Vulneran las cláusulas igualmente el derecho a una defensa técnica, a un proceso y por tanto a un juez natural, y a presentar y controvertir las pruebas que se alleguen en su contra dentro del mismo (artículo 29 Constitución Nacional); igualmente el derecho a realizar peticiones a las autoridades en interés particular, consagrado en el artículo 23 de la Carta y por supuesto al consiguiente derecho de recibir respuesta oportuna y eficaz. Estos derechos, hacen parte del capítulo 1 del título II de la Constitución, que consagra los Derechos Fundamentales y su finalidad no es otra que garantizar el respeto a unas condiciones mínimas para las personas, sin las cuales todos los demás postulados constitucionales y legales carecerían de sentido, pues básica y primariamente la insatisfacción de aquellos, haría nulo cualquier intento posterior de reglamentación que pretenda reivindicarlos.

El Tribunal procederá pues a interpretar la disposición contractual referida no solo desde la perspectiva de la exégesis normativa para arribar al reconocimiento de la ineficacia jurídica de sus efectos, sino que adicionalmente y para disipar cualquier duda sobre su decisión,

⁶¹ Ver sentencias T-406 de 1992, T-067 de 1998 Corte Constitucional, entre otras.

desarrollará el análisis desde el punto de vista de la capacidad vinculante y normativa de los principios vulnerados, de su construcción, valoración y uso, con el fin de determinar exactamente la normatividad de orden público de nuestro sistema jurídico desconocida y vulnerada.

De esta manera, se resalta que los postulados de la Ley 80 que han sido referenciados y transcritos aquí, tienen explícitamente consagradas las prohibiciones de que el contratista renuncie a cualquier tipo de reclamaciones, acciones o peticiones, tanto en la etapa precontractual como en la contractual, por condicionamientos que la administración proponga o bien, simplemente que la renuncia se refiera a unos hechos enunciados en la misma ley. Si bien es cierto que estas normas son precisas en proscribir y delimitar, la imposibilidad de no ejercicio de este tipo de derechos por parte del contratista, resultaría un despropósito para la finalidad, intención y contenido de todo el estatuto contractual, concebir estas situaciones como las únicas formas de reprimir y sancionar el pacto de renuncia descrito.

Por si lo anterior no fuese suficiente, es evidente que en estas dos particulares regulaciones subyace un principio más general y superior, que por ello se encuentra implícito, como es el reconocimiento del derecho de acción que tiene el contratista y la garantía de que ante una eventual discrepancia con su contratante, pueda iniciar el procedimiento que estime pertinente para exigir, sin restricciones de ningún tipo, la reivindicación de los derechos que cree le están siendo vulnerados. Huelga manifestar la imposibilidad de renunciar a este derecho democrático so pretexto del ejercicio de la autonomía de la voluntad, en cuanto ese principio normativo contiene ínsito un precepto de orden público que protege valores supremos inalterables, por estar destinados a dar cumplimiento a los fines del Estado. Es precisamente este principio el que se encuentra trasgredido en el acuerdo de voluntades contenido en las cláusulas objeto de estudio, pues claramente allí se establece una renuncia a un derecho que se encuentra garantizado al contratista no solamente en el estatuto contractual, sino además, en la Constitución Política misma.

La cláusulas contractuales tantas veces citadas, violan un principio de la Constitución Política, el cual prescribe que cualquier particular puede acudir a las autoridades legítimamente constituidas a reclamar "sus" derechos, principio que se concreta en el postulado constitucional del debido proceso (artículo 23 y 29 Constitucionales), el cual se concreta en forma específica, en el principio legislativo de transparencia (artículo 25 de la ley 80 de 1993), concretado a su vez, para el caso específico que nos ocupa, en la imposibilidad absoluta de los contratistas de renunciar a accionar o acudir a los órganos del Estado en "demanda" o reclamación de cualquier índole, independientemente a que sus pretensiones prosperen o no.

La anterior interpretación sistemática y extensiva de nuestra normatividad vigente en materia de contratación administrativa, consulta la "ratio" del motivo, de la finalidad y del propósito con que los principios supremos, constitucionales y legales fueron establecidos y desarrollados en la Ley 80 de 1993, especialmente en los artículos 5 (numeral 3) y 24. El resultado de la construcción anterior, (artículo 8 de la Ley 153 de 1887) permite evidenciar que se vulneran normas y principios constitucionales y legales, situación que hace clara para este Tribunal, la necesidad de considerar las cláusulas pactadas como ineficaces, con la consecuencia expuesta de la figura, consistente en paralizar los efectos jurídicos que en su aplicación pudieran producirse.

Verificadas la ineficacia de la cláusula primera contractual del contrato adicional No. 3 al contrato principal número 0559 de 2003 y la contenida en el acta de suspensión de junio de 2004, como en efecto se reconocerá en este laudo, resulta inocuo para este Tribunal continuar el estudio sobre las peticiones subsidiarias que sobre el punto fueron hechas por la apoderada de la convocante y de las pruebas que pudieran sustentarlas".

Teniendo en cuenta lo anterior, para el Tribunal es claro que dichas cláusulas contractuales antes reseñadas contenidas en los contratos adicionales, violan los principios rectores de la contratación estatal y el orden público, ya que no pueden contemplar renunciaciones del contratista a los perjuicios futuros que se le pudieran ocasionar como consecuencia de hechos imprevistos e imprevisibles ajenos al contratista.

De aceptar la validez de las cláusulas, se estaría contrariando normas de orden público especialmente el artículo varias veces mencionado, relativo a los derechos de los contratistas previsto en el artículo 5º de la ley 80 de 1993.

Así las cosas, el Tribunal reconocerá la operancia de la norma, en el sentido de que por ser una ineficacia de pleno derecho, la que consagra la misma, operaría sin necesidad de declaración judicial.

36.3. Cláusulas como la décima octava del Contrato en su parte final, son asimilables a aquellas que establecen precios unitarios bajo la modalidad de "considerando todo factor", pues en el caso objeto de juzgamiento por este Tribunal, el precio del Contrato incorpora la mayor permanencia por suspensiones o prórrogas sin que varíe el valor del Contrato. Tal tipo de cláusulas han sido declaradas también ineficaces de pleno derecho por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Se dijo al respecto en la sentencia de 27 de marzo de 2014 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consorcio Iván Javier Puentes - José Mauricio Andrade Monje contra Empresa de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Neiva, M.P. Mauricio Fajardo. Se dijo sobre el particular:

Así pues, resulta a todas luces inconsistente que a pesar de definir con claridad en el objeto del futuro negocio jurídico la modalidad de contratación por el sistema de precios unitarios, de manera simultánea se hubiera pretendido exigir en el mismo pliego de condiciones que el listado de análisis de precios unitarios debiera comprender la modalidad "considerando todo factor", pues esta última modalidad no solo desdibuja la función del sistema de precios unitarios, sino que se opone a su finalidad en cuanto que los precios habrían de pactarse considerando todo factor, lo cual se asimila más a la modalidad de precio global o alzado en cuyo contenido estaría incluida la asunción de cualquier tipo de riesgo o eventualidad en la ejecución de la obra.

Ahora bien, si lo que se pretendía era que el contratista asumiera cualquier tipo de riesgo sin importar su magnitud y sin establecer los límites de sus alcances, resulta viable concluir que tal exigencia abandona por completo el criterio de justicia que debe permear el pliego de condiciones, pues resulta a todas luces inequitativo que se le exija al contratista la asunción de una carga cuya dimensión además de ser totalmente incierta y desconocida, en el caso de presentarse eventualmente podría llevarlo a un estado de desequilibrio económico respecto del cual, paradójicamente, la misma ley de contratación se encarga de fijar mecanismos obligatorios –y a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado irrenunciables ex-ante⁶²- que procuren y garanticen su restablecimiento, garantías que por

⁶² En ese sentido consultar sentencia proferida Subsección A, Sección Tercera, Consejo de Estado, 14 de marzo de 2013, Expediente: 20.524, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, en la cual se precisó:

"La posibilidad de acudir a los instrumentos de ajuste y revisión de precios refleja, entre otros, el principio de mantenimiento del equilibrio económico del contrato, propio de los contratos conmutativos onerosos (artículos 1496 a 1498 del C.C.), a cuya categoría pertenecen gran parte de los contratos estatales (artículo 28, Ley 80 de 1993), por cuanto están orientados a garantizar que la prestación intrínseca se mantenga inalterable, es decir, que no sea sustancialmente distinta de aquella prevista al momento de acordar el sinalagma funcional (plazo, precio y objeto). Esto significa que las partes no pueden renunciar, antes de que se presente el supuesto de ruptura, a que se restablezca el equilibrio económico-financiero del contrato. Nadie puede renunciar a lo que desconoce; por ende, como los contratantes no saben cuándo, cuántas veces y por qué período se producirá la variación de los precios, no es válido dimitir de los reajustes de precios a través de un acuerdo convencional. Esto implica que la cláusula de renuncia a los reajustes de precios se torne ineficaz al momento de solicitar la revisión de los precios del contrato.

"Una cláusula contractual así concebida es, además, abusiva, porque propende por el favorecimiento de una de las partes en la relación contractual, sin que exista una justificación constitucional o legal válida.

"(...).

"En ese sentido, las partes sólo pueden renunciar a los derechos económicos derivados de los reajustes y de la revisión de precios cuando conocen realmente el grado de afectación, lo que, dicho en otros términos, significa que sólo pueden renunciar a tales derechos en el acta de liquidación bilateral del contrato, bien sea por la manifestación expresa en tal sentido o bien sea de manera tácita suscribiendo el documento sin salvedad de ninguna clase.

"Lo anterior, sin perjuicio de que la renuncia anticipada a los reajustes o a la revisión de precios tenga como fundamento el hecho de que el contratista haya asumido expresa, consciente y libremente el riesgo económico derivado de la fluctuación de precios, tal como lo dispone el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, pues en este caso las partes previamente y de consuno han logrado tipificar (identificado, definido y clasificado), estimar (desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, de periodicidad de ocurrencia y nivel de impacto) y asignar a una de ellas el riesgo, y el contratista, por su parte, ha tomado las previsiones necesarias para administrarlo. En este orden de ideas, si el contratista no ha asumido expresa, consciente y libremente este tipo de riesgo contractual, cualquier renuncia a los reajustes o a la revisión de precios será ineficaz, salvo –se insiste– que se produzca al momento de liquidar bilateralmente el contrato."

ningún motivo pueden ser desconocidas por la entidad pública so pretexto de la inclusión de la modalidad "considerando todo factor" en el análisis de precios unitarios.

Por similares motivos puede concluirse que la analizada exigencia entrañaba una regla orientada a que el contratista realizara ofrecimientos de extensión ilimitada en cuanto que, como se explicó, el desconocimiento de los riesgos que serían asumidos por virtud de dicha cláusula llevaría a concluir que no existiría entonces límite alguno que pudiera servir de lindero para fijar las cargas que estarían en cabeza del futuro contratista, circunstancia que igual contraría la prohibición relativa a la existencia de cláusulas de imposible cumplimiento, comoquiera que no resulta posible asumir la ocurrencia de todo tipo de sucesos o eventualidades sin resultar quebrantado económicamente por cuenta de su acaecimiento.

Tanto es así que las explicaciones de la entidad estatal contratante contenidas en los informes preliminar y final de evaluación de las ofertas reflejaban de manera inequívoca el pernicioso propósito de EMVINEIVA de que partir de la introducción de la modalidad "considerando todo factor", el futuro contratista asumiera en su oferta, a como diera lugar, toda serie de vicisitudes y eventualidades que tuvieran ocurrencia durante la ejecución del contrato, con independencia de la dimensión o cuantía en que se tradujeran, propósito que resulta del todo alejado del ordenamiento jurídico y por contera no puede ser prohijado por esta instancia judicial.

En suma cabe precisar que cualquier exigencia o requisito que atente contra las disposiciones en comento, disposiciones que en todo caso constituyen los lineamientos y parámetros con sujeción a los cuales deben elaborarse los pliegos de condiciones, a más de desbordar la autonomía de la entidad estatal, se sanciona con su ineficacia de pleno derecho, tal y como lo dispone el inciso final del numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 al establecer que "Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados."

Con lo anterior la Sala no pretende significar que las entidades estatales contratantes, durante la etapa precontractual, no puedan diseñar la respectiva matriz de riesgos que habrá de regir la vida del contrato; es más resulta evidente que a partir de la vigencia del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007⁶³, dichas entidades tienen el deber legal de elaborar con precisión la identificación, tipificación y asignación de riesgos, sin embargo al respecto se impone puntualizar que dicha facultad, como todas las demás de que está investida la Administración Pública, debe ejercerse con sujeción a los principios y reglas constitucionales y legales que orientan la actividad contractual del Estado; de ahí que si la distribución de riesgos que realiza la entidad resulta violatoria de la normativa en que debe apoyarse, como ocurrió en el caso en examen, el resultado connatural a tal acontecer no puede ser distinto a señalar que las previsiones que en ese sentido haya adoptado la entidad no estarán llamadas a producir efecto alguno.

Todo lo expuesto basta para considerar que la exigencia de plasmar el término "considerando todo factor" en los ítems del análisis de precios unitarios de las propuestas, de acuerdo con lo consignado en el anexo No. 1 del pliego de condiciones de la Licitación No. 004-96, resulta ineficaz de pleno derecho por transgredir los postulados recogidos en las letras b), d) y e) del numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

- 36.4. Cláusulas como la décima octava del Contrato en su parte final, crean desde el inicio mismo de la relación contractual un desequilibrio improcedente, el cual resulta ineficaz de pleno derecho conforme a la jurisprudencia arbitral. Así resulta de lo decidido en el laudo de 2 de mayo de 2016 de Portal Calicanto S.A.S. contra Transcaribe S.A. (Árbitros: Rafael Ostu De Lafont Pianeta, Juan Carlos Expósito Vélez y Patricia Mier Barros), en el que se indicó:

Por lo anterior, no podrá la administración válidamente en los pliegos de condiciones de una licitación pública para la celebración de un contrato estatal en general y particularmente para la construcción de una obra pública, exigir de los proponentes manifestaciones tales como las que cita el Tribunal a título de ejemplo con el fin de ilustrar la problemática bajo análisis. "el perfecto conocimiento del contratista del suelo o del subsuelo y por lo mismo renuncias a reclamación futura por este concepto", cuando la obra en cuestión incluye

⁶³ Artículo 4º. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

trabajos de excavación; o exigir al proponente que declare conocer "el comportamiento climático de las zonas de trabajo"; o exonerarse ella de responsabilidades frente a hechos futuros constitutivos de fuerza mayor imprevisión e incluso su propio cumplimiento, así como de la interpretación o fuerza vinculante que para los proponentes pudiera tener la información incluida en los pliegos de condiciones como parte integral de los mismos cuando tal información constituye precisamente el fundamento fáctico-económico de los ofrecimientos hechos.

Si así procediera, la administración estaría creando desde el inicio mismo de la relación contractual, el desequilibrio de una ecuación que sólo puede establecerse precisamente en las condiciones previstas por la entidad pública en la invitación a contratar e incluidas en el documento base del contrato: Los pliegos de condiciones. Y mal puede tener eficacia el pacto del desequilibrio económico del contrato público desde los pliegos de condiciones, pues de aceptarse, se estaría a (sic) frente a la institución..nalización (sic) por la vía del acuerdo del enriquecimiento sin causa de la administración pública derivada del correlativo detrimento del patrimonio del particular contratista.

- 36.5. En fin, ante el hecho de que el Contrato que aquí se juzga no está gobernado por la Ley 80 de 1993 (por lo cual no resulta aplicable el artículo 24.5 de la misma), cláusulas como la décima octava en su parte final sí traducen un abuso de posición dominante de la Convocante y resultan abusivas y violatorias del artículo 95.2 de la Constitución, por lo cual son nulas conforme a los artículos 899.1 del Código de Comercio y 1519 del Código Civil.
- 36.6. Al respecto ha dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y de la Sección Tercera del Consejo de Estado:
- a. Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del 2 de febrero de 2001, M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo:

"Cumple anotar que tratándose de negocios jurídicos concluidos y desarrollados a través de la adhesión a condiciones generales de contratación, como —por regla— sucede con el de seguro, la legislación comparada y la doctrina universal, de tiempo atrás, han situado en primer plano la necesidad de delimitar su contenido, particularmente para "excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del contratante individual" (Lukes).

Con tal propósito, por vía de ejemplo, se promulgaron normas por la Comunidad Europea (Directiva 93/13 de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores), que también se encuentran incorporadas, a nivel interno, en los derechos alemán (ley de dic. 9/76), luxemburgués (L. 25/83), italiano (C.C., art. 1469 bis y ss.), francés (L. 95/96), español (L. 7ª/98) y, en similar sentido —además—, en las legislaciones brasileña (CDC, art. 51), paraguaya (C.C., art. 691), argentina (L. 24.240, art. 37y el D. 1798/94), e igualmente en la colombiana, circunscrita ésta a los contratos de prestación de un servicio público (L. 142/94, art. 133), legislaciones en las cuales, de ordinario, se advierten como características arquetípicas de las cláusulas abusivas — primordialmente—: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial —vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad—, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes⁶⁴.

(...)

Lo abusivo —o despótico— de este tipo de cláusulas —que pueden estar presentes en cualquier contrato y no solo en los de adhesión o negocios tipo—, se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato (C. Co., art. 1047), esto es, en aquellas disposiciones —de naturaleza volitiva y por tanto negocial— a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o

⁶⁴ Cfme. Adela Serra Rodríguez. "Cláusulas abusivas en la contratación. Aranzadi. 1996. Ágs 35 y ss. Atilio Anibal Alterini. "Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas". Civitas 1996. Pág. 89 y Vincenzo Roppo. "La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori in clausole abusive nei e assicurazione". Giuffrè, Milán. 1994.

efectiva de controvertirlas, en la medida en que han sido prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora, sin dejar espacio —por regla general— para su negociación individual.

De esta manera, en caso de preterirse el equilibrio contractual, no solo se utiliza impropriamente un esquema válido —y hoy muy socorrido— de configuración del negocio jurídico, en el que no obstante que "el adherente no manifieste una exquisita y plena voluntad sobre el clausulado, porque se ve sometido al dilema de aceptar todo el contrato o renunciar al bien o al servicio", en cualquier caso, "no puede discutirse que existe voluntad contractual", o que ese acto no revista "el carácter de contrato"(61), sino que también abusa de su derecho y de su específica posición, de ordinario dominante o prevalente, en franca contravía de los derechos de los consumidores (arts. 78, 95 nral. 1º y 333 inc. 4º C. Pol. y demás disposiciones concordantes), eclipsando al mismo tiempo el potísimo axioma de la buena fe, dada la confianza que el tomador —consumidor, lato sensu— deposita en un profesional de la actividad comercial, al que acude para trasladarle —figuradamente— un riesgo por el que ha de pagarle una prima (C. Co., art. 1037), en la seguridad de que si el suceso incierto configurativo del riesgo asegurado se materializa, esto es, cuando este muda su condición ontológica (in potencia a in actus), el asegurador asumirá las consecuencias económicas o patrimoniales desfavorables que de él deriven, pues esta es su "expectativa objetivamente razonable", como lo enseñan determinados autores, la que precisamente sirvió de báculo para contratar el seguro.

De ahí que la doctrina especializada haya calificado como abusiva —y de indiscutida inclusión en las llamadas "listas negras", contentivas de las estipulaciones que, in radice, se estiman vejatorias—, aquella cláusula que "favorece excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente", (...)

Por eso la Sala ya ha puesto de presente, con innegable soporte en las normas constitucionales reseñadas y al mismo tiempo en el artículo 830 del Código de Comercio, que en la formación de un contrato y, específicamente, en la determinación de "las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas", ejemplo prototípico de las cuales "lo suministra el ejercicio del llamado 'poder de negociación' por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación" (CCXXXI, pág. 746)".

- b. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera-Sala Plena, sentencia 00199 del 28 de abril de 2014, M.P. Doctor Mauricio Fajardo Gómez, expediente 41834:

"Como puede verse, en el derecho colombiano existe una clara tendencia a proscribir y limitar los acuerdos que contengan cláusulas abusivas, vejatorias, leoninas, esto es aquellas que muestren de manera evidente, injustificada e irrazonable una total asimetría entre los derechos, prestaciones, deberes y/o poderes de los intervinientes, en especial cuando uno de ellos sea el mismo Estado, todo lo cual, debe enfatizarse, encuentra amplio y suficiente fundamento constitucional, partiendo del preámbulo de la Carta Política; el artículo 2º según el cual constituyen fines del Estado, entre otros, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la vigencia de un orden justo; el artículo 6º que consagra el principio de legalidad, según el cual los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la ley y por "omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones"; el artículo 13 que prevé que el Estado debe proteger especialmente a "aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan"; el artículo 83 según el cual todas las actuaciones que adelanten las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe; el artículo 90 que obliga al Estado a reparar los daños antijurídicos que le sean imputables; el numeral 1º del artículo 95 que establece el deber de toda persona de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; los principios con fundamento en los cuales debe desarrollarse la función

administrativa (art. 209), en especial los de igualdad, moralidad e imparcialidad, los cuales, en virtud del principio de irradiación constitucional, deben aplicarse a cualquier actuación que adelante la administración.

(...)

Si bien las anteriores consideraciones en relación con las cláusulas abusivas, el abuso de la posición dominante, la búsqueda de un equilibrio mínimo y proporcional en los acuerdos negociales, la aplicación del principio de la buena fe objetiva, encuentran su origen, desarrollo y, en principio, encuentran aplicación en los acuerdos de origen contractual de derecho privado, en especial aquellos contratos denominados de adhesión, lo cierto es que tales razonamientos también están llamados a tener aplicación en el terreno de la contratación estatal (L. 80/93, art. 13(72) y a juicio de la Sala dichos criterios encuentran campo fértil para su aplicación en todos los terrenos en los cuales están llamadas a generar efectos jurídicos las manifestaciones de voluntad, comoquiera que tanto en el ámbito eminentemente contractual como en todos aquellos en que el ordenamiento vigente autoriza y tutela el ejercicio de la autonomía de la voluntad, el fundamento es idéntico, esto es la búsqueda del equilibrio y evitar cualquier comportamiento abusivo en las negociaciones. (Se resalta).

37. La decisión del Tribunal y sus fundamentos.

- 37.1. Para el Tribunal la expresión en negrillas de la cláusula décima octava, según la cual, si hay suspensión temporal no varía el valor del contrato, es una cláusula que está afectada de nulidad absoluta y así lo declarará.
38. Es nula porque viola una norma imperativa como lo es el artículo 95.1 de la Constitución Política, según el cual "*son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*".
39. La violación de tal norma imperativa da lugar a la aplicación de los artículos 899.1 del Código de Comercio y 1519 del Código Civil.
40. La violación de la parte subrayada en negrillas de la cláusula décima octava, se produce por las siguientes razones:
 - 40.1. Mal podía disponer la Convocada que si había suspensión del Contrato no variaría el valor del mismo cuando se presentaran eventos como el que es objeto de juzgamiento donde el Contrato pasó 32 meses suspendido por causas no imputables al Contratista.
 - 40.2. Mucho menos exonerarse de responsabilidad por situaciones no imputables al Contratista, y menos aún por incumplimientos de la propia Convocada.
 - 40.3. Establece una exoneración como la que fue fallada en los laudos de GRODCO contra INVIAS de 16 de febrero de 2007 y de ODINCA UT contra el INVIAS de 7 de abril de 2008, en la que esta dispuso que el valor del contrato permanecería inalterable por la prórroga de tiempo que acordaran las Partes.
 - 40.4. Desnaturaliza el precio pactado (contrato a precios unitarios), pues como lo advirtió la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia del 27 de marzo de 2014, mal podía la Convocante calcular que el precio del Contrato variara en 32 meses que no le eran imputables, sin que el mismo resultara afectado.
 - 40.5. Obliga al Contratista a asumir una carga incierta y desconocida, creando una modalidad de pago "*considerando todo factor*", es decir, con inclusión de suspensiones, prórrogas, ampliaciones y modificaciones del plazo.

- 40.6. Crea desde el inicio mismo de la relación contractual un desequilibrio reprochable, tal como se advirtió en el laudo del 2 de mayo de 2016 entre Portal Calicanto SAS y Transcribe S.A.
- 40.7. En fin, plantea una renuncia sobre circunstancias que por no existir al momento de celebrarlo no son susceptibles de cuantificación.
41. Por tales razones, prospera la Cuarta Pretensión Principal Declarativa. En tal sentido, el Tribunal declarará la nulidad absoluta de la parte final de la cláusula décima octava del Contrato de Obra derivado de la Convocatoria PAF-ATF-038-2012.
42. Se deniegan la oposición y excepción de la Parte Convocada.

III. Nulidad e ineficacia consecuencial de lo pactado en la Suspensión No. 1 y en las Prórrogas de la misma No. 1, 2, 3, 4, 5, 8 y 9.

43. La pretensión

1.4. CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:

Que se inapliquen o se dejen sin efecto, se consideren como no escritas o se declare su ineficacia, o incluso se decrete la nulidad absoluta, todo ello según los criterios que para tales efectos adopte el Tribunal Arbitral, de las salvedades consagradas en los distintos documentos contractuales que se suscribieron a lo largo de la ejecución del Contrato de Obra derivado de la Convocatoria PAF-ATF-038-2012, tal como se detallan en el Hecho No. 37 de la Demanda Reformada.

44. La oposición y la excepción.
- 44.1. La Convocada se opuso a la Cuarta Principal Pretensión Declarativa.
- 44.2. Formuló la excepción indicada en el anterior Capítulo, intitulada "3.5. EN LA SUSCRIPCIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS ENTRE LAS PARTES NO HAY VICIOS DEL CONSENTIMIENTO".

45. **Consideraciones generales del Tribunal**

- 45.1. En la Suspensión No. 1 de 4 de abril de 2013 y en las Prórrogas No. 1, 2, 3, 4, 5, 8 y 9 se dio aplicación a lo pactado en la cláusula décima octava del Contrato, la cual ha sido declarada absolutamente nula por el Tribunal.
- 45.2. Tal aplicación fue condición exigida para la firma de la Suspensión No. 1 y de las prórrogas mencionadas, así:
- a. Suspensión No. 1 de 4 de septiembre de 2013: El Comité Fiduciario de 30 de agosto de 2013 exigió que se suscribiera la Suspensión aplicando la cláusula décima octava del Contrato. En el antepenúltimo párrafo de dicha Suspensión se convino lo siguiente:

Las Partes acuerdan que la suspensión del contrato no generará gastos adicionales por permanencia en obra o lucro cesante a cargo de LA CONTRATANTE

- b. Prórroga No. 1 de 18 de octubre de 2013. El Comité Fiduciario de 18 de octubre de 2013 exigió que se suscribiera la Suspensión aplicando la cláusula

décima octava del Contrato: En el antepenúltimo párrafo de dicha Prórroga se convino lo siguiente:

Las Partes acuerdan que la suspensión del contrato no generará gastos de administración adicionales por permanencia en obra o lucro cesante a cargo de LA CONTRATANTE.

- c. Prórroga No. 2 del 2 diciembre de 2013. El Comité Fiduciario de 18 de octubre de 2013 exigió que se suscribiera la Suspensión aplicando la cláusula décima octava del Contrato: En el antepenúltimo párrafo de dicha Prórroga se convino lo siguiente:

Las Partes acuerdan que la suspensión del contrato no generará gastos de administración adicionales por permanencia en obra o lucro cesante a cargo de LA CONTRATANTE.

- d. Prórroga No. 3 de 17 de enero de 2014: : El Comité Fiduciario de 17 de enero de 2014, sin citar la cláusula décima octava del Contrato, exigió que la Prórroga se suscribiera sin que se generara sobre costo alguno, tal como lo ordena la cláusula décima octava. En el antepenúltimo párrafo de dicha Prórroga se convino lo siguiente:

Las Partes acuerdan que la suspensión del contrato no generará gastos de administración adicionales por permanencia en obra o lucro cesante a cargo de LA CONTRATANTE.

- e. Prórroga No. 4 de 18 de febrero de 2014: El Comité Fiduciario de 14 de febrero de 2014 sin citar la cláusula décima octava del Contrato, exigió que la Prórroga se suscribiera sin que se generara sobre costo alguno, tal como lo ordena la cláusula décima octava. En el antepenúltimo párrafo de dicha Prórroga se convino lo siguiente:

Las Partes acuerdan que la suspensión del contrato no generará gastos de administración adicionales por permanencia en obra o lucro cesante a cargo de LA CONTRATANTE.

- f. Prórroga No. 5 del 17 de abril de 2014: El Comité Técnico del 10 de abril de 2014, sin citar la cláusula décima octava del Contrato, exigió que la Prórroga se suscribiera sin que se generara gasto adicional, tal como lo ordena la cláusula décima octava. En el antepenúltimo párrafo de dicha Prórroga se convino lo siguiente:

Las Partes acuerdan que la suspensión del contrato no generará gastos de administración adicionales por permanencia en obra o lucro cesante a cargo de LA CONTRATANTE.

- g. Prórroga No. 8 del 28 de noviembre de 2014: El Comité Fiduciario del 9 de enero de 2015, sin citar la cláusula décima octava del Contrato, exigió que la Prórroga se suscribiera sin que se generara costo alguno, tal como lo ordena la cláusula décima octava. En el antepenúltimo párrafo de dicha Prórroga se convino lo siguiente:

Durante el tiempo de suspensión no se causarán gastos administrativos ni de otro tipo, por cuanto todas las actividades derivadas del contrato deben suspenderse a la vez que se suspende éste. En consecuencia, esta suspensión no genera gasto adicional alguno por mayor permanencia en obra, ni por lucro cesante o daño emergente.

- h. Prórroga No. 9 de 15 de enero de 2015: El Comité Fiduciario del 9 de enero de 2015, sin citar la cláusula décima octava del Contrato, exigió que la Prórroga se suscribiera sin que se generara costo alguno, tal como lo ordena la cláusula décima octava.

Durante el tiempo de suspensión no se causarán gastos administrativos ni de otro tipo. En consecuencia, esta suspensión no genera gasto adicional alguno por mayor permanencia en obra, ni por lucro cesante o daño emergente.

- 45.3. Como se ve, la aplicación de la cláusula décima octava no fue objeto de negociación alguna entre las partes sino producto de una decisión del Comité Fiduciario en su mayoría y del Comité Técnico en uno de los casos, tal como se ha expuesto.
- 45.4. Los documentos prueban que la Suspensión No. 1 y las Prórrogas 1, 2, 3, 4, 5, 8 y 9 no son imputables al Contratista.

46. La decisión del Tribunal y sus fundamentos.

- 46.1. Por ser aplicación de una cláusula nula, el Tribunal declarará sin efectos las renunciaciones pactadas en el Acta de Suspensión No. 1 del 4 de abril de 2013 y en las Prórrogas No. 1, 2, 3, 4, 5, 8 y 9.
- 46.2. Pero además, declarará de oficio la nulidad de lo pactado en los anteriores documentos contractuales, tanto por las razones explicadas en el Capítulo anterior, como por violación del artículo 95.2 de la Constitución por abuso de posición dominante del Comité Fiduciario y del Comité Técnico al exigir como condición para la firma de la Suspensión No. 1 y de las Prórrogas No. 1, 2, 3, 4, 5, 8 y 9, la renuncia del Contratista al reconocimiento de los sobrecostos adicionales, basándose al respecto en una cláusula nula como lo es la décima octava del Contrato.
- 46.3. No prospera la oposición ni la excepción de la Parte Convocada.

IV. La Segunda Pretensión Declarativa de la Demanda Reformada, la oposición y las excepciones formuladas por la Convocada.

47. La Pretensión.

1.2. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:

Que se DECLARE, específicamente, que el CONSORCIO 038 SUCRE, conformado por la Sociedad MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A., la aquí Convocante, y DIEGO JARAMILLO GÓMEZ, como consecuencia de las suspensiones (con sus ampliaciones), prórrogas y otrosíes, cuyas causas no le eran imputables, incurrió en una mayor permanencia en obra, en los términos precisados en Hecho No. 38 de la Reforma de la Demanda, durante la ejecución del Contrato de Obra derivado de la Convocatoria PAF-ATF-038-2012.

48. La oposición y la excepción.
- 48.1. La Convocada se opuso a la prosperidad de la Segunda Pretensión Principal Declarativa.
- 48.2. Y formuló de modo específico la siguiente excepción:

"3.3. NO SE CONFIGURAN LOS REQUISITOS DE LA MAYOR PERMANENCIA DE OBRA.

(...)

De lo hasta aquí expuesto es posible concluir que el comportamiento del contratista es suficiente para rechazar cualquier tipo de reclamación en torno a la ampliación del término previsto inicialmente en la suscripción del contrato, toda vez que, aún si quisiese considerarse como Régimen Jurídico aplicable el de la contratación pública, y por ende sea procedente el estudio de la mayor permanencia en obra, se encuentra que la figura tampoco es válida para el caso en estudio, pues indiscutiblemente no se cumplen con los requisitos para su reconocimiento. Lo anterior encuentra asidero en que:

- (i) De conformidad con lo ya señalado y demostrado, la mayoría de causas que motivaron las ampliaciones del término contractual se dieron por causas imputables al contratista y no por el incumplimiento de obligaciones y/o deberes del PA;*
- (ii) El demandante no ha cumplido con la carga probatoria de demostrar e indicar con suficiente especificidad y claridad los perjuicios patrimoniales que le fueron causados, su cuantía y su nexo causal con las situaciones fácticas y jurídicas que motivaron la ampliación del término de ejecución del Contrato de Obra;*
- (iii) Finalmente, el contratista no expresó reserva, reclamación o salvedad de manera oportuna, esto es, en el momento de suscribir las respectivas actas de suspensión, prorrogas y otrosíes; por el contrario, señaló con precisión que tales situaciones no le incurrían un mayor costo o mayores gastos de ninguna índole, es decir, que no ocasionaban afectación a su patrimonio.*

Adicionalmente, se prueba que no hay lugar a reconocimiento alguno al contratista por concepto de mayor permanencia con el dictamen pericial que se aporta realizado por el ingeniero civil Héctor Reyes Riveros.

49. La prueba pericial a la prueba documental mencionada al resolver la Primera Pretensión Declarativa de la Demanda.

49.1. Según el dictamen de la Convocante, las causas que motivaron la mayor permanencia y los detalles de la misma fueron las siguientes:

De las once situaciones que presentó el contratista, concluidas en el capítulo anterior, y nuevamente citadas a continuación, a saber:

- i. Imposibilidad de construcción de los diseños hidráulicos presentados en la convocatoria.*
- ii. Reformulación del proyecto, que tampoco se pudo materializar en su totalidad, al encontrar redes ya construidas o no eran prioritarias, o no se pudieron intervenir porque se encontraron con vías pavimentadas.*
- iii. Ajustes en obras por divergencias inclusive con reformulación.*
- iv. Inconsistencias en estudios preliminares no sólo de tipo hidráulico sino geotécnico, puesto que en la zona inicial del proyecto se evidenció roca, la cual no estaba prevista en ningún aparte del proyecto, y esto redujo los rendimientos imposibles de contemplar en el cálculo de rendimientos de la parte precontractual.*
- v. Las inconsistencias de formulación del proyecto a su vez se traduce e otros gastos no previsibles, como es el caso de mayor tiempo de comisión topográficas para realizar los ajustes y mayor tiempo del grupo social.*
- vi. Falta de permisos, tal es el caso, que la ejecución del primer pozo se vio imposibilitada por CAR SUCRE, surgiendo mayores pormenores para la reformulación.*
- vii. Falta de negociaciones prediales, que se tradujeron en tiempos de suspensión.*
- viii. Falta de permisos arqueológicos, no considerados con anterioridad.*
- ix. Falta de permisos ANI para línea de conducción, pues inclusive se debió surtir cambios en el alineamiento derivados de esta causa.*
- x. Ajustes en el diseño eléctrico que ejecutó el contratista en pro de viabilizar su ejecución.*
- xi. Problemas de conexión Electricaribe.*

Se encuentra en las Bitácoras anexas ([BITACORA 1](#), [BITACORA 2](#) y [BITACORA 3](#)), los días donde se expresa de manera relevante las incidencias de la errada estructuración para la materialización del proyecto, que expresan

1.1 Imposibilidad de construcción de los diseños hidráulicos presentados en la convocatoria.
1.2 Reformulación del proyecto, que tampoco se pudo materializar en su totalidad, al encontrar redes ya construidas o no eran prioritarias, o no se pudieron intervenir porque se encontraron con vías pavimentadas.

1.3 Ajustes en obras por divergencias inclusive con reformulación.

- *23 de Junio de 2015: Cuadrilla de excavación realiza excavación en barrio el campito y se encuentra que la tubería existente es de PVC en buen estado y de $\varnothing 3''$ por lo cual se suspende la actividad y se hacen apiques para identificar hasta donde construir dicho tramo existente, lo excavado y tapado fueron 97.6m incluyendo los apiques.*
- *9 de Julio de 2015: se hacen apiques sobre el costado izquierdo de la troncal de occidente en sentido sur norte, a la altura de la derivación al tanque la paz, para investigar la trayectoria de las tuberías existentes y hasta donde llega la de asbesto cemento de $\varnothing 8''$. Esto autorizado por la interventoría. En esta actividad se hizo daño a la red de gas de $\frac{3}{4}$ la cual fue reparada por el operador de surtigas.*
- *13 de julio de 2015: Se realizan apiques en el barrio la pradera sobre tramo de tubería en $\varnothing 4''$ en diseño para investigar trayectoria de la tubería existente, la interventoría autoriza inicio de excavación de este tramo paralelo a la tubería de $\varnothing 3''$ existente. Previos apiques para su ubicación mañana se realizará esta actividad.*
- *14 de Julio de 2015: La interventoría autoriza hacer levantamiento en zona de tanque elevado sur para definir área cedida por Argos aproximadamente 900m², y levantamiento en pozo N.13 para ubicación de la caseta, se realiza por la comisión de topografía. Se realizan apiques en tramo a intervenir tubería nueva para ubicar la existente de $\varnothing 3''$ y excavar zanja para lo cual se debe definir permisos de predios. La trabajadora social realiza esta actividad.*
- *18 de Julio de 2015: A la fecha seguimos a la espera de que se aprueben tramos o frentes de trabajo. El diseñador entrega nuevos planos a la interventoría, por medio de los cuales la interventoría podrá autorizar tramos para continuar.*
- *22 de Julio de 2015: Hoy se realiza apique para chequear que tubería existente en el tramo J-187 al TCU-35 y si existe derivación, en el tramo J-187 al J-189. El apique se realiza en el nodo J-187 y se encuentra una tubería de AC $\varnothing 6''$ que corresponde al tramo J-187 al TCU-35. El segundo apique se realiza en sentido ortogonal para verificar la existencia de una derivación de AC $\varnothing 6''$, pero no se encuentra y los vecinos del sector manifiestan que en el tramo no hay tubería alguna y es más que en ese tramo es un camino utilizado pero no es una vía o calle propiamente dicha, por lo cual es materia de investigación para definir.*
- *23 de Julio de 2015: Se realiza un apique en el Barrio La María en el nodo J-188, para verificar la existencia de la tubería en el tramo J-187 – J-188, se encuentra que la tubería es de $\varnothing 6''$; esto se le comunica a la interventoría quien manifiesta que lo consultará con el diseñador, antes de dar autorización, para excavación por lo cual quedamos a la espera de su respuesta. Se le comunica a la interventoría, la preocupación por lento avance de las obras, debido a que en estos momentos solo realiza apiques para la investigación de la tubería existente lo que paraliza las cuadrillas de excavadores. Se realiza apique en el Barrio La María sector de los corrales en el nodo J-186 del Tramo TCB-35 al J-186y se encuentra tubería existente de 6". Lo que se comunica a la Interventoría porque la reposición debe ser por cambio de material y a $\varnothing 3''$ según diseño. Por lo cual la interventoría manifiesta que lo consultará con el diseñador.*
- *29 de Julio de 2015: Hoy se hace recorrido conjunto con la interventoría y funcionarios de la Alcaldía; con el fin de acordar los apiques en la Carrera 19 del Barrio La Paz y con respecto a esto el funcionario manifiesta que el pavimento de esta vía es nuevo y que está seguro que la tubería es nueva y de $\varnothing 3''$ en el primer tramo y que se pide por esto a la oficina de planeación municipal permiso para hacer apiques en la parte que se presentan dudas en el cambio de la tubería. La interventoría acuerda con el funcionario de la alcaldía que hará la solicitud del escrito. Luego nos dirigimos al Barrio La María en el tramo comprendido entre los nodos J-187 y J-189 y el funcionario afirma que esto queda dentro de un lote privado y que eso no es una calle como se muestra en los planos de diseño. La interventoría responde que eso será motivo de consulta con el diseñador y posteriormente darán respuesta si se modular el tramo en esa trayectoria porque de lo contrario afirma el funcionario de la alcaldía que se tendrían que comprar los predios y es poco probable por el costo de los mismos.*

- *4 de Agosto de 2015: Hoy se informa a la interventoría que se requieren que nos den tramos para hacer apiques e investigar la tubería existente, con el fin de que se aprueben los mismos y continuar avanzando.*
- *18 de Agosto de 2015: Entre los nodos J-84, J-75, J-77, J-72 y J-73 se realizan tres apiques acompañados por la interventoría para identificar el recorrido de la tubería existente y definir el recorrido de la tubería nueva.*
- *21 de Octubre de 2015: Tanque sur. Se hace recorrido en conjunto interventoría y contratista se observa la discrepancia encontrada entre la caseta de operaciones y químicos con el plano detalle, dejando claro este tema.*
- *14 de Enero de 2016: El tramo que estamos interviniendo no está claro y la interventoría no nos da claridad si se instala la tubería $\varnothing 6''$ desde el nodo J-187 o hasta el J-188; ya que depende si se encuentra tubería en el tramo J-187 a J-189, es decir no tenemos claro el tramo que nos encontramos interviniendo. Por tal motivo solicitamos nos hagan entrega de diseño definitivo para poder reactivar los dos frentes de trabajo nuevamente y poder organizar un plan de trabajo.*
- *16 de Diciembre de 2016: A partir de la fecha se suspende el contrato de obras de acuerdo a solicitud de contratista y concepto de interventoría y Findeter. Por lo anterior la interventoría solicita al contratista cerrar todas las excavaciones abiertas en el pueblo y realizar la reconstrucción de los correspondientes pavimentos.*

1.4 Inconsistencias en estudios preliminares no sólo de tipo hidráulico sino geotécnico, puesto que en la zona inicial del proyecto se evidenció roca, la cual no estaba prevista en ningún aparte del proyecto, y esto redujo los rendimientos imposibles de contemplar en el cálculo de rendimientos de la parte precontractual.

- *18 de junio de 2015: Se inicia la excavación de la zanja tubería de tres pulgadas, carrera 17 entre calles 33 y 32. Cuadrilla de maestro Rubén Gómez y su contra maestro Gilberto Gómez, se encuentra 40m de peña.*
- *18 de Septiembre de 2015: Barrio Plaza de la Cruz diagonal 22 excavación... 15.12 m³ de peña.*
- *23 de Septiembre de 2015: Barrio Plaza de la Cruz diagonal 22 excavación... 8.46 m³ de peña.*
- *27 de Octubre de 2015: Carrera 13 Nodo J-78 y J-76, se da inicio a la excavación de los últimos 15 metros del Tramo encontrado una peña con dureza considerable.*
- *10 de Diciembre de 2015: Carrera 13. Se continúa con la instalación de acometidas de este tramo encontrando un gran porcentaje de peña, en este tramo se instala en total 23 acometidas.*
- *25 de Agosto de 2015: Barrio C. de Jesús Cl 30B entre Cra 16 y 15, se realiza excavación en peña para medir rendimiento en h/h entre los nodos J-13 y J-16. Cl 30^a con transversal 15 (nodo J-23): se realiza apique con dimensiones (1.5 x 0.8 x 0.5) para observar el material de la tubería existente desde el nodo J-23 hasta el nodo J-24 y se encuentra tubería de PVC por lo que la interventoría indica no realizar la intervención en este tramo.*

1.5 Las inconsistencias de formulación del proyecto a su vez se traducen en otros gastos no previsibles, como es el caso de mayor tiempo de comisión topográfica para realizar los ajustes y mayor tiempo del grupo social.

1.6 Falta de permisos, tal es caso, que la ejecución del primer pozo se vio imposibilitada por CAR SUCRE, surgiendo mayores pormenores para la reformulación.

- *16 de abril de 2015: Se realizó visita por parte del funcionario de CARSUCRE Jorge Martínez, quien realizó una verificación de condiciones para la perforación. Se indica por parte del funcionario de CARSUCRE que el sitio donde se está perforando está a 21m del eje*

de la vía y que este no puede estar a menos de 30m del eje de la vía por tanto debe suspenderse la perforación y reubicar el pozo. La Interventoría y contratista explican que el sitio en el que se está perforando corresponde a las coordenadas tomadas de los planos de construcción y que éstas fueron verificadas con las coordenadas aprobadas en el artículo primero de la resolución N. 0073 de CAR SUCRE. El funcionario de CARSUCRE indica que pese a ello debe respetarse los 30m desde el eje de la vía, por tanto debe reubicarse el pozo.

- 17 de abril de 2015: Se realiza un levantamiento topográfico en el talud adyacente al sitio actual de ubicación del pozo 15, puesto que para garantizar los 30m desde el eje de la vía es necesario realizar una explanación sobre este talud. Con base en lo solicitado por CARSUCRE interventoría y contratista realiza una evaluación técnico económico de alternativas para reubicar el pozo 15. En consecuencia se acuerda suspender la perforación hasta que se tome una decisión sobre la reubicación del pozo 15.

1.7 Falta de negociaciones prediales, que se tradujeron en tiempos de suspensión.

- 15 de julio de 2015: Se realiza visita conjunta entre funcionarios de la alcaldía, interventoría y contratista con la comisión de topografía previos apiques realizados para autorización del tramo de Ø4" comprendidos entre los nodos. Se encontró que gran parte de la trayectoria de la tubería a instalar debe pasar por predios privados por lo que la interventoría paraliza los trabajos de inicio de este nuevo frente hasta tanto se genere por parte de la alcaldía los permisos escritos de servidumbre en los terrenos privados. El contratista aclara que queda a la espera de poder iniciar un nuevo frente por no tener donde adelantar trabajos que justifiquen la contratación de la cuadrilla de excavadores destinada a la red de distribución.

- 17 de Julio de 2015: La interventoría aclara que en este tramo requiere de la servidumbre del precio del Señor Víctor Ricardo, situación que fue puesta en conocimiento del Municipio de ovejas para su solución.

6.11 Imposibilidad de conexión eléctrica del proyecto con Electricaribe, dado que el municipio presentaba una deuda con la misma.

- 16 de Mayo de 2017: Teniendo en cuenta que no prevé en el corto plazo una solución al inconveniente de permiso de conexión con Electricaribe por parte del municipio de Ovejas; se decide reiniciar el contrato, acordando realizar pruebas eléctricas y de funcionamiento hidráulico a través de un generador eléctrico portátil; con el objeto de verificar la funcionalidad de las obras pero teniendo en cuenta que no quedarán en operación por la falta de conexión a la red de Electricaribe, situación que es aceptada por el Municipio de Ovejas.

- 17 de Agosto de 2017: Teniendo en cuenta que el Contrista consiguió una planta eléctrica provisional de 250 Kva, se reinicia el contrato con las pruebas de arranque de la bomba en el Pozo No. 15.

Adicional a las situaciones anteriores en bitácora se deja constancia de Inconvenientes de orden público en el municipio.

- 19 de mayo de 2015: En las horas de la mañana se presentan disturbios en el municipio, protagonizados por sus habitantes y se presentan enfrentamientos con la policía, por lo cual se deben suspender labores de la cuadrilla de sociales por seguridad. La actividad suspendida es la de actas de vecindad, es de anotar que por un menor grado también se afectaron las demás actividades. ANEXO

No se evidenció en la Bitácora las situaciones descritas en comunicados y actas de suspensión asociados a las situaciones:

1.8 Falta de permisos arqueológicos, no considerados con anterioridad.

1.9 Falta de permisos ANI para línea de conducción, pues inclusive se debió surtir cambios en el alineamiento derivados de esta causa.

6.10 Ajustes en diseños eléctricos.

49.2. Según el dictamen de la Convocada, las causas que motivaron las suspensiones y prórrogas durante el Tercer Período son imputables al Contratista:

CONCLUSIONES

1. El contrato sufrió una suspensión inicial de 17 meses mientras se completaban los diseños que debía suministrar la parte contratante. Sin embargo, se llegó a un acuerdo entre las partes de mayor permanencia tal como se le requirió en su momento al contratista de que manifestara su posición y en las diferentes actas de suspensión que las partes firmaron.
2. Existieron los siguientes problemas que incidieron en el desarrollo del contrato:
 - a) Permiso de la ANI para poder hacer uso del derecho de vía donde iban las líneas de impulsión y conducción, lo cual solo se solucionó el 19 de junio de 2016 cuando le aprobaron las pólizas a la alcaldía de Ovejas. El contratista tenía programado cinco meses adicionales para ejecutar esa parte de la obra, la cual finalizaría a principios de diciembre de 2016. El tramo afectado correspondía aproximadamente al 15 % de longitud de tubería.
 - b) Permiso de servidumbre del lote del Tanque sur. Se solucionó a finales de 2015. El contratista estimó que las obras durarían 10 meses.
 - c) Falta de energía que debía suministrar la alcaldía por intermedio de Electricaribe. Se solucionó en agosto de 2017 cuando después de cuatro meses de haberse solicitado el contratista finalmente la pudo suministrar.
 - d) Otros permisos menores como Permiso del INCAH que el alcalde solucionó al inicio del contrato.
3. También existieron incumplimientos serios por parte del contratista:
 - a) Reacción tardía al inicio del contrato. En ese momento se perdieron cinco meses sin equipo, ni personal en obra, falta de permisos que debe gestionar el propio contratista como Permiso de ocupación de espacio público, programación de obra adecuada. (Solo se entregó al quinto mes de obra)
 - b) Se aprobaron precios extras por un valor que en definitiva fue el 77.77 % del valor de la obra.
 - c) Se aprobaron precios extras de ítems que eran contractuales (Ver cuadro No)
 - d) A diciembre de 2016 el contratista le faltaba por ejecutar cerca de 2.000.000 de obra, que solo terminó en julio de 2017 y que sin contar los valores dependientes de la planta eléctrica alcanzaron a ascender a 1.000.000) (ver acta comparativa)
 - e) Es evidente que el proyecto no contó durante su ejecución con la gerencia de obra adecuada generando atrasos por la falta de cantidad adecuada de personal, maquinaria, tiempos adecuados en entrega de insumos para lograr culminar en los tiempos adecuados las diferentes actividades en los frentes de obra que no tenían inconvenientes por permisos especiales.
4. Consideramos que no se debe reconocer ningún valor por mayor permanencia en obra ni lucro cesante, ni administrativo alguno dados los estudios de las evidencias encontradas.

50. **La decisión del Tribunal y sus fundamentos.**

50.1. Conforme a la prueba documental y al peritazgo de la Parte Convocada (el cual es acogido por el Tribunal solamente en relación con el Tercer Período), de los 37 meses de mayor permanencia es imputable al Contratista la mayor

permanencia de 5 meses del Tercer Período (comprendido entre el 23 de mayo de 2017 y el 22 de octubre de 2017, es decir, entre el Otrosí No. 6 y la Prórroga No. 1 a la Suspensión No. 4), por las siguientes razones:

- a. El Otrosí 6 fue solicitado por el Contratista mediante comunicación No. 038-S-163 de 12 de diciembre de 2016, por asuntos propios de las obligaciones que había adquirido con la Convocada.
 - b. Para la firma del Acta de Suspensión No. 3 de 18 de julio de 2017, el Contratista se había dirigido previamente a la Convocada mediante comunicación CSMB-029-2017, indicando, como lo resaltó el Comité Fiduciario de 17 de julio de 2019, que el período de suspensión no generaría erogación alguna.
- 50.2. Lo mismo había ocurrido para la firma del Acta de Suspensión No. 4 de 27 de agosto de 2017. El Contratista se había dirigido a la Convocada en comunicación CSMB-037 de 2017, indicando que la suspensión no generaría sobrecostos a la Convocada.
- 50.3. Y lo mismo ocurrió también con el Acta de Prórroga No. 1 a la Suspensión No. 4 de 22 de diciembre de 2017. El Contratista se había dirigido a la Convocada mediante comunicación CSMB-040 de 2017, en la que indicó también que la suspensión no implicaría sobrecostos para la Convocada.
51. Por lo expuesto, prosperará parcialmente la Segunda Pretensión Principal Declarativa, en el sentido que, como consecuencia de las suspensiones, ampliaciones, prórrogas y otrosíes, cuyas causas no le eran imputables, el Contratista incurrió en una mayor permanencia en obra por el término de 32 meses.
52. Prospera parcialmente la oposición y la excepción de la Convocada, respecto del Tercer Período.

V. La Tercera Pretensión Declarativa de la Demanda Reformada, la oposición y las excepciones de la Convocada.

53. La Pretensión.

1.3. TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:

Que se DECLARE, específicamente, que el CONSORCIO 038 SUCRE, conformado por la Sociedad MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A., la aquí Convocante, y DIEGO JARAMILLO GÓMEZ, sufrió un perjuicio económico, por la mayor permanencia en obra durante la ejecución del Contrato de Obra derivado de la Convocatoria PAF-ATF-038-2012, el cual deberá ser resarcido a través de la prosperidad de las pretensiones económicas de la presente demanda.

54. La oposición y la excepción.

54.1. La Convocada se opuso a la Tercera Pretensión Principal Declarativa.

54.2. Y propuso la siguiente excepción:

"3.2. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL.

(...)

3.2.1. Oportunidad para presentar reclamaciones, salvedades u observaciones sobre circunstancias que puedan afectar el equilibrio económico.

(...)

De lo anterior se colige que, a la luz de los requisitos precisados por el Consejo de Estado, no es viable declarar el rompimiento del equilibrio económico, pues el contratista no presentó solicitudes, reclamaciones o salvedades de los hechos generadores de una supuesta ruptura del equilibrio financiero al momento de suscribir las suspensiones, prórrogas y otrosíes en relación al plazo contractual, incurriendo en conductas evidentemente violatorias del principio de buena fe objetiva o contractual. Por el contrario, fue quien solicitó al contratante la extensión del plazo contractual inicialmente fijado y aceptó expresamente dichas situaciones, declarando, además, que tales extensiones del plazo no generarían afectación alguna a su patrimonio.

En ese sentido, sus salvedades y la reserva que realizó sobre el reclamo de una supuesta afectación patrimonial no solo estuvieron infundadas sino que, además, transgredieron el principio de la buena fe contractual, pues era su deber presentar dichas salvedades o reclamaciones en el momento oportuno, en aras de alcanzar una solución justa para los intereses de los contratantes y mantener el equilibrio del contrato, y detallar los motivos que le irrogaron perjuicios o hicieron más gravosa la ejecución de las obligaciones a su cargo.

3.2.2. - Circunstancias que puedan afectar el equilibrio económico y Requisitos que deben cumplir las salvedades.

(...)

Expuesto lo anterior, es indiscutible que la salvedad dejada en el Acta de Liquidación del contrato, suscrita el 07 de noviembre de 2018, por el demandante no cumplió con los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado, a saber:

1) El Contratista omitió precisar de forma clara, expresa, concisa y debidamente cuantificada la manera en que los eventos aludidos le irrogaron un daño antijurídico o le hicieron más oneroso el cumplimiento de sus obligaciones.

Salvedad esta contraria a lo expresado por el propio contratista, cuando afirmó que la suscripción de las actas de suspensión, otrosíes y prórrogas al contrato no generarían perjuicio alguno a su patrimonio.

2) El Contratista no cumple con las condiciones ni exigencias establecidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, antes indicadas, para tener derecho a solicitar el restablecimiento de la ecuación contractual. Más cuando, las causas que motivaron la prolongación del plazo contractual no fueron ajenas a la demandante, por el contrario, fueron imputables a sus acciones y omisiones, quien además las asumió contractualmente, tal como se enunció en la contestación de los hechos; en las suspensiones, prórrogas y otrosíes el Consorcio 038 Sucre de manera expresa señala que las mismas no causan sobre costo alguna por mayor permanencia en obra.

Adicionalmente, se prueba que no hay desequilibrio económico y financiero del contrato con el dictamen pericial que se aporta realizado por el ingeniero civil Héctor Reyes Riveros.

3.2.2. Violación a la teoría de los actos propios.

(...)

Ahora bien, tal como quedó claro en los acápite anteriores, el Consorcio 038 Sucre hizo saber al PA, en el momento oportuno, que durante el tiempo de las suspensiones y otrosíes no se causarían gastos de ninguna índole por mayor permanencia en la obra, ni por lucro cesante o daño emergente, ni de ningún otro tipo, mediante manifestación expresa que consta en las actas de suspensión, ampliaciones a las suspensiones, prórrogas y otrosíes que suscribió. Es, por tanto, incoherente y desleal que una vez terminado el contrato pretenda el pago y reconocimientos por las suspensiones, ampliaciones y prórrogas que el mismo contratista solicitó y que en su mayoría son imputables a sus acciones y omisiones.

(...)

De esta manera, el demandante, con su conducta y pretensiones, no solo ha olvidado que la expresión de su voluntad lo vincula a lo pactado, además de ello, ha demostrado un comportamiento desleal dentro del contrato y posterior a su terminación, generando falsas expectativas en la contratante. Por ello, su actuar ha sido completamente violatorio del principio de la buena fe contractual, toda vez que pretende el reconocimiento de unas sumas por conceptos que, durante la ejecución del Contrato de Obra No. PAF-ATF-038-2012, señaló con firmeza y claridad que no le generaría costo alguno o afectación a su patrimonio.

55. La prueba documental y pericial:

55.1. Documental y pericialmente está acreditado lo que ocurrió en lo que el Tribunal ha denominado Primer Período, Segundo Período y Tercer Período.

56. **Consideraciones generales del Tribunal.**

56.1. Conforme a la jurisprudencia reciente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la ausencia de salvedades en las Prórrogas 6 y 7 del Primer Período y en los documentos firmados en el Segundo Período, indicados en este Laudo, no implica renuncia del Contratista ni impide estudiar sus pretensiones económicas respecto de los 32 meses que el Tribunal ha considerado como resarcibles. Así resulta de las siguientes providencias:

a. Sentencia de 5 de mayo de 2020 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Cortázar y Gutiérrez Ltda. contra el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, M.P. Martín Bermúdez Muñoz. Se dijo en ella:

13.5.- Si en el acta se deja constancia de la causa de la suspensión y se establece expresamente que ella es imputable a la entidad contratante, no puede entenderse, de ninguna manera, que el contratista haya renunciado tácitamente a su derecho a reclamar perjuicios, por las siguientes razones:

13.5.1.- De un lado, para que el acuerdo sobre la renuncia de derechos tenga validez, este debe provenir de la manifestación expresa de las partes. Presumirlo implicaría desconocer el principio de la autonomía de la voluntad, del cual se deduce que las partes solo se obligan a aquello que quieren y que manifiestan expresamente.

13.5.2.- De otro lado, implicaría dar al silencio del contratista un efecto que la ley no contempla y que el juez no puede presumir. No es razonable presumir que el contratista renuncia a reclamar los posibles perjuicios, cuando suscribe la suspensión de un contrato y no realiza ninguna manifestación al respecto.

Los artículos 2469 y 2375 del Código Civil no permiten considerar como transacción un acuerdo en el que una de las partes renuncie a un derecho futuro que <no se disputa> o que <no existe>. Bajo la misma lógica, tampoco puede presumirse la existencia de renunciar al reclamo de perjuicios cuando el contratista no la ha expresado al suscribir la suspensión del contrato.

Ahora bien, el Consejo de Estado ha aceptado esta tesis y ha señalado que el silencio del contratista frente a los reclamos de posibles perjuicios en el acta de suspensión no implica una renuncia a su derecho a reclamar.

"La Sala ha precisado que "no haberse previsto en el acta de suspensión lo atinente a las consecuencias económicas de la misma o a la falta de salvedades previas por el contratista, no significa que haya renunciado a formular reclamaciones y más si aquella tuvo origen en circunstancias que no le son imputables a él"

En el presente caso, tratándose de contratos adicionales que se hicieron necesarios para prorrogar el plazo del contrato para la ejecución de obras no previstas y debido a la dificultad en la consecución de materiales que no fueron imputables al contratista, el

*principio anterior también tiene aplicación y no impedía la reclamación del contratista en relación con los sobrecostos derivados de esa mayor permanencia en la obra*⁶⁵.

13.5.3- Un acuerdo en el que se sujete la suscripción de la modificación del contrato a la renuncia de derechos del contratista violaría el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con el cual las autoridades no pueden condicionar la <<adición o modificación de contratos (...) a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de este>>.

En conclusión, si la renuncia de derechos está prohibida legalmente, el juez no puede presumir su pacto y hacerle producir efectos, como lo pretende el IDU.

13.5.4.- Ahora bien, la situación planteada anteriormente difiere de los casos en que el silencio se equipara a una manifestación tácita de la voluntad de las partes, y por lo tanto, las obliga. En efecto, el silencio puede llegar a ser vinculante en aplicación del principio de buena fe, en aquellos casos en que el comportamiento ordinario o habitual de uno de los contratantes puede generar en el otro la expectativa de que continuará comportándose de la misma manera en un futuro. El carácter vinculante de este tipo de silencio tiene como finalidad proteger a la otra parte contratante de cambios inesperados en la relación contractual, lo cual evidenciaría mala fe. La doctrina se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos:

"La doctrina y la jurisprudencia contemporáneas han dado gran trascendencia al llamado silencio condicionado o silencio cualificado o circunstanciado. Es el silencio rodeado de circunstancias tales que permite inferir la voluntad contractual.

Esas circunstancias pueden consistir en relaciones anteriores de negocios, en las que se ha observado determinado comportamiento. Sería el caso del proveedor que tiene por costumbre expedir las mercaderías a sus clientes con la simple nota de pedido.

Esas antiguas relaciones y ese comportamiento habitual hacen innecesario el consentimiento expreso. Así, la recepción de la nota de pedido y el silencio subsiguiente permiten deducir que el destinatario ha aceptado – como en otras ocasiones – la oferta de contratar que se le dirige (...)

*La solución contraria podría entorpecer el comercio y favorecer la mala fe: el destinatario no responde a su cliente habitual; en caso de baja del precio, despacha el pedido al precio que él mencionó, en caso de alza, sostiene que no se obligó"*⁶⁶.

*Hay otros casos excepcionales previstos por el legislador en los que cobra importancia el consentimiento tácito, por ejemplo, el silencio en la renovación del contrato de arrendamiento o del contrato de trabajo. En dichos casos, el silencio vincula a las partes de forma similar al consentimiento expreso*⁶⁷.

13.5.5.- Sin embargo, el caso analizado en esta sentencia no se adecúa a aquellos en los que el silencio se equipara a un consentimiento tácito. Así, el hecho de que el contratista se haya abstenido de anticipar reclamaciones por los perjuicios ocasionados por razón de la suspensión del contrato no implica una renuncia a sus derechos. De un lado, la ley no otorgó dicha consecuencia jurídica a la referida situación. De otro lado, el silencio del contratista en la firma del acta de suspensión no es una actividad habitual que genere en la entidad la expectativa de la renuncia del derecho, es decir, no es una manifestación del principio de buena fe contractual.

- b. Sentencia de 8 de mayo de 2020 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Unión Temporal Pereira y otros contra Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Se dijo allí:

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2000. Radicado 10540. C.P. Ricardo Hoyos.

⁶⁶ TAMAYO Lombana, Alberto. "Manual de Obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes". Editorial Derecho y Ley Ltda., Bogotá, 1979. Páginas 129-130.

⁶⁷ Ídem

Aunque la inexistencia de salvedades ha sido invocada como una de las reglas para la interpretación del alcance del otrosí de prórroga, la Sala advierte que su ausencia no impide el estudio de fondo de las respectivas reclamaciones y no constituye argumento suficiente para desechar las pretensiones correspondientes.

Finalmente, debe hacerse claridad en que esta postura no modifica la exigencia de salvedades claras y concretas en el acta de liquidación bilateral, como requisito para conocer de las reclamaciones en el proceso judicial, en atención a la nota característica del acuerdo sobre el estado financiero de liquidación, que tiene por objeto el cierre definitivo de las cuentas y el finiquito del cada una de ellas para establecer el saldo final, es decir, quién le debe a quien y cuánto le debe.

57. Lo mismo se había dicho por la justicia arbitral en el laudo de 31 de enero de 2017 de Constructora Bogotá Fase III S.A. – CONFASE S.A. contra Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y TRANSMILENIO S.A. (Árbitros: María Luisa Mesa Zuleta, Fabiola Orozco Duque y Carlos Betancur Jaramillo), el cual se transcribe en lo pertinente:

Pero también y esto es relevante para lo que aquí se resuelve, si el contratista guarda silencio sobre los posibles perjuicios o reclamos, no 173 pierde la posibilidad de hacerlos a la terminación del contrato o su liquidación, dentro del término de caducidad de la acción contractual mencionado atrás, porque ese silencio no puede interpretarse como una renuncia a un derecho de contenido patrimonial del contratista, que la propia ley protege al regular el derecho a mantener el equilibrio económico del contrato.

En este sentido, el Tribunal acoge el siguiente párrafo del salvamento de voto del árbitro William Namén por considerar que refleja su pensamiento sobre el punto:

"En consonancia con lo anterior, la celebración de un acuerdo entre el contratista y la entidad estatal sobre la suspensión o la prórroga del contrato, no la exime del deber de indemnizar los posibles sobrecostos imputables a su conducta e incurridos por el contratista ni priva a éste del derecho a reclamarlos cuando haya lugar a los mismos y se demuestren dentro del proceso. Luego, el acuerdo de las partes sobre la suspensión del contrato o la extensión de su plazo, simplemente constituye una herramienta para regular los efectos de la suspensión, pero no supone una renuncia tácita del derecho que le asiste al contratista respecto del reconocimiento de los sobrecostos en que haya podido incurrir como consecuencia de su mayor permanencia en obra. Cualquier renuncia en este sentido deberá ser clara y expresa.

"Cuando quiera que las partes no hayan acordado los términos y el alcance de las suspensiones, deberá identificarse la causa de la misma y su imputación, a efectos de definir si hay lugar o no al reconocimiento de mayores costos y el monto de los mismos. En estas hipótesis la procedencia del derecho, está sujeta al análisis de las causas de la mayor permanencia y, en particular, a su imputación a la entidad contratante, bajo la perspectiva de que el contratista no tiene el deber de soportar las pérdidas ni los gastos incurridos, salvo que los haya asumido expresamente mediante una estipulación negocial a propósito, se hayan excluido por las partes o le sean imputables. Aún, la jurisprudencia del contencioso, reconoce este derecho en repudio al enriquecimiento injustificado y en preservación del equilibrio de las relaciones contractuales."⁶⁸

Se destaca en el párrafo precedente la razón por la cual la decisión de este Tribunal se aparta de una posición de la jurisprudencia que le sirvió de fundamento al laudo antecitado para denegar el reclamo por mayor permanencia. en cuanto sobre este punto dicha jurisprudencia no ha sido ni siquiera uniforme (tal como se observa entre otros en los fallos de 2 de octubre de 2003, 9 de mayo de 1996, 16 de mayo de 1995, de 18 de abril de 1997 (auto).

Ahora bien, en concepto de este panel arbitral, tanto la jurisprudencia del Consejo del Estado como el laudo mencionado desconocen no sólo las normas de orden público que regulan el derecho al restablecimiento del equilibrio económico y la caducidad propia de las

⁶⁸ Salvamento de Voto William Namén

controversias contractuales, sino que le dan un equivocado alcance a la cláusula 21 del contrato 136, que contempla los mecanismos de solución alternativa de tales controversias.

Cabe afirmar que durante la celebración, ejecución y cumplimiento de todo contrato estatal, pueden producirse conflictos o diferencias de diversa índole, cuya fuente puede estar en el contrato mismo (por ejemplo, las acciones de nulidad absoluta o relativa); en los hechos de ejecución y cumplimiento del objeto contractual (acciones de responsabilidad o de cumplimiento); y en los actos contractuales que expida la administración en desarrollo de sus poderes de excepción.

En este orden de ideas, frente al caso subjudice, se insiste en la segunda de las citadas fuentes. Así: si durante la ejecución del objeto contractual surgen discrepancias entre las partes, el citado contrato 136 contempla mecanismos de arreglo directo o a través de un Comité de Convivencia o de un arbitraje, con miras a salvar los obstáculos que entorpecen el desarrollo del contrato o a zanjar las diferencias que se presenten durante la ejecución y que puedan impedir su desarrollo y dar al traste con el mismo.

*Pero se destaca, en primer término, **que esas vías no son obligatorias en ese momento para las partes.** Por eso, si se ejercen y se decide el conflicto, ese arreglo produce cosa juzgada y posteriormente no se podrá revivir el debate. Pero si no se ejercen las vías de arreglo directo durante la ejecución del contrato, y se guarda silencio, éste silencio no puede asimilarse a una conducta contraria a la buena fe contractual, ni pasa absolutamente nada para los intereses de las partes que se sientan 175 afectadas con el presunto incumplimiento de la contraparte, ya que al terminar el contrato en su etapa de liquidación o dentro del plazo de caducidad de la acción contractual, podrán acudir al juez del contrato (el administrativo o el arbitral) para que éste resuelva todos los posibles conflictos, con fuerza de verdad legal o cosa juzgada.*

En parte alguna dispone la ley que el silencio o la pasividad que asuma el contratista durante la ejecución del contrato frente a motivos que le causen daño, deba considerarse como una renuncia tácita al derecho que tiene de reclamar los perjuicios que se le causaron. Renuncia que de presentarse tendría que ser expresa e inequívoca, como un acto de manifestación unilateral de voluntad del titular del derecho de acción que se consolida o nace cuando termina el contrato o se ejecutorie el acto de liquidación, cuando la ley así lo exige.

Y el silencio en relación con los daños sufridos por una de las partes no es renuncia tácita porque la vía del arreglo directo siempre será voluntaria y únicamente busca, como se dijo, que se resuelvan los conflictos para facilitar así el desarrollo del contrato; pero en ningún caso la no utilización de esas vías de solución previas durante la ejecución del contrato pueden convertirse, por sí mismas, en una solución implícita y definitiva de tales diferencias.

En otras palabras, se reitera, en el desarrollo de la ejecución contractual y frente a otrosíes, contratos adicionales o modificaciones suscritas en vigencia del contrato, el silencio de la parte que se dice afectada no puede entenderse o significar que está renunciando a reclamar sus derechos, ya que esta renuncia, en los casos en que se pueda hacer, tendrá que ser expresa.

El primer punto de la jurisprudencia que sirvió de fundamento al laudo de 10 de febrero de 2015, del cual se aparta este Tribunal, radica en el hecho de entender que la cláusula 21 del contrato es obligatoria y preclusiva, con prescindencia del derecho de acción.

Es claro que en esta eventualidad las partes harán el balance de lo ocurrido durante la celebración, la ejecución y el cumplimiento del contrato, para detectar los posibles reclamos o acciones que se puedan formular ante el juez.

Precisamente, al terminar el contrato, se abre la oportunidad que las partes tienen para plantear todas las diferencias e inquietudes ante la jurisdicción. Y esa oportunidad no es otra que el término de caducidad de la acción contractual, término que opera cualquiera que sea el conflicto y su fuente, y que precluye cuando vence el plazo señalado en la ley.

En el nuevo código administrativo o ley 1437 de 2011 esa oportunidad, cualquiera sea la clase de contrato (instantáneo o de tracto sucesivo, liquidable o no, según el caso) está expresamente regulada en el art 164, numeral 2, literal j del citado código, norma que, sin lugar a dudas, impone el término de caducidad de los dos años como regla general. Y se precisa esto porque la ley señala cuándo empieza correr dicho término, según sea la clase de contrato, y cuando se cierra.

Esto pone de presente que si el conflicto se produce durante la ejecución contractual, lo que es normal, su ocurrencia, en contratos como el que aquí nos ocupa, no marca nunca el inicio de la caducidad de la acción. De no ser así, frente a cada uno de los conflictos intermedios, nacerían las acciones correspondientes con su término de caducidad y su manejo sería todo un caos.

Decir que cuando el contratista, en los casos de prórroga o de contratos adicionales, guarda silencio o no deja salvedades sobre los reclamos que hasta ese momento pueda tener, es darle no solo obligatoriedad a las vías de arreglo directo contempladas en la cláusula 21 del contrato 136, sino también coartar el derecho de acción que tienen todas las partes contratantes una vez termine el contrato o se ejecutorie el acto de liquidación.

(...)

"Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo. Y aún si la liquidación voluntaria no se produce les quedará a las partes la vía de la liquidación judicial dentro de los 2 años siguientes al término que tenía la entidad pública para hacer su liquidación unilateral. Sobre este particular ha señalado el Consejo de Estado que el acta de liquidación, conforme a la norma transcrita, es una de las oportunidades para manifestar los reclamos que hubieren surgido en relación con la ejecución en los siguientes términos: 178 "Pero cualquiera sea la causa o forma como se llegue a la liquidación bilateral, lo cierto es que la jurisprudencia ha señalado, reiteradamente, que cuando esto acontece no es posible que las partes intenten una acción judicial, para reclamar por los daños e inconformidades, si la parte interesada no dejó constancias de insatisfacción en relación con el aspecto concreto que aspira a reclamar ante el juez." Así las cosas, tratándose de un contrato en ejecución, aún le quedaría a la contratista la vía de manifestar sus reclamos al tiempo de la liquidación para acudir posteriormente a la acción contractual y no resulta justo considerar que, por su solo silencio, ha renunciado a ese derecho.

58. La decisión del Tribunal y sus fundamentos.

- 58.1. A pesar de que no existan salvedades del Contratista en los documentos que se firmaron en el Primer Período y en el Segundo Período, sino en el Acta de Liquidación de 7 de noviembre de 2018, se procederá a reconocer el perjuicio reclamado por la Convocante en tales Períodos, atendiendo la jurisprudencia que se ha transcrito al resolver la Tercera Pretensión Principal Declarativa.
- 58.2. No se reconocerá ningún perjuicio en el Tercer Período por la mayor permanencia de 5 meses, teniendo en cuenta las razones que ya se indicaron en el numeral 50.1 de este Laudo. Debe agregarse, en todo caso, que en tal Período se suscribió, como ya se ha dicho, el Otrosí No. 6, en el que se dispuso "*Las PARTES aceptan que la presente prórroga no genera erogación alguna en favor del CONTRATISTA o a cargo del CONTRATANTE*". A diferencia de las demás cláusulas similares declaradas nulas, esta sí es válida, porque la misma obedece a una prórroga solicitada por el Contratista por hechos imputables al mismo.
- 58.3. Se reconocerán perjuicios en el Primer Período, por las siguientes razones:
 - a. Por la nulidad de la parte final de la cláusula décima octava del Contrato.
 - b. Por la nulidad e ineficacia de las estipulaciones contenidas en la Suspensión No. 1 y en las Prórrogas 1, 2, 3, 4, 5, 8 y 9 a la Suspensión No. 1, a través de las cuales se aplicó la cláusula décima octava del Contrato y se le hizo surtir efectos.
 - c. En lo que toca con el Otrosí No. 1 del 27 de febrero de 2015, por las siguientes razones:

- i. Porque el mismo solo versa sobre la incorporación de "*las Reformulaciones del proyecto aprobadas por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio*".
- ii. Porque, aunque como consecuencia de la reformulación del proyecto, el valor del Contrato disminuyó en \$373.260.232, no existe renuncia a la mayor permanencia y el Tribunal no puede presumirla a la luz de lo dispuesto en el artículo 1450 del Código Civil.
- iii. Porque la jurisprudencia reciente de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado que aunque no existan salvedades en un documento contractual, su ausencia no impide estudiar las reclamaciones del Contratista ni es impedimento para negarlas.
- iv. Lo anterior es conforme con lo dicho por la justicia arbitral en el laudo de Confase ya citado, anterior a la jurisprudencia de la Sección Tercera de 5 y 8 de mayo de 2020, anteriormente transcritas.

58.4. Se reconocerán perjuicios en el Segundo Período, por las siguientes razones:

- a. Por la nulidad de la parte final de la cláusula décima octava del Contrato y por lo dicho en los apartes iii y iv del numeral 58.3 anterior.
- b. Por las razones expuestas en este Laudo en el numeral 31, teniendo en cuenta que los 13 meses de mayor permanencia no son imputables al Contratista y que la causa eficiente de la misma son razones ajenas a este.
- c. Finalmente, aunque en el Acta de Suspensión No. 2 se menciona como fundamento de hecho de la misma la no obtención de los medidores, la causa eficiente no fue esta sino la falta del servicio de conexión de Electricaribe, que, según la Interventoría, era parte de la ruta crítica del proyecto.

58.5. La nulidad de la parte final de la cláusula décima octava del Contrato y de las estipulaciones que aplican la misma en la Suspensión No. 1 y en las Prórrogas No. 1, 2, 3, 4, 5, 8 y 9, así como el reconocimiento de perjuicios en el período en que las mismas se suscribieron no es contradictorio con lo dispuesto en el artículo 1525 del Código Civil.

58.6. Y no lo es porque las estipulaciones objeto de nulidad no se incorporaron ni pactaron por las Partes "*a sabiendas*"; fue una consecuencia de un entendimiento improcedente del principio de autonomía de la voluntad que informa el artículo 1602 del Código Civil. El pacto "*a sabiendas*" es la condición que exige el artículo 1525 del Código Civil, para negar cualquier restitución mutua si la estipulación anulada se encuadra en dicho presupuesto, al decir que "*no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas*".

59. Por lo dicho, el Tribunal declarará que la Convocante sufrió un perjuicio económico por la mayor permanencia en obra por 32 meses durante la ejecución del Contrato de Obra derivado de la Convocatoria PAF-ATF-038 de 2012, el cual comprende el Primer y Segundo Período indicado en este Laudo.

60. Prosperan parcialmente las oposiciones y excepciones de la Parte Convocada, respecto del Tercer Período.

CAPÍTULO QUINTO
CONSIDERACIONES PARA RESOLVER LAS PRETENSIONES DE CONDENA

I. La Primera Pretensión Principal Condenatoria, la oposición formulada por la Convocante. Las pruebas.

61. La Pretensión

2.1. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL CONDENATORIA:

Que, como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones declarativas, o algunas de ellas, se condene a la entidad convocada a pagar a la Sociedad MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A., la aquí Convocante, con corte a 30 de noviembre de 2019, la cifra de CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES DIECINUEVE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS, CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$4.287.019.968,99), MCTE, todo ello de conformidad con la discriminación expuesta en el juramento estimatorio, o la que, en su defecto, en mayor o menor cantidad, se determine durante el proceso arbitral, cifra que deberá ser actualizada al momento de proferirse el Laudo Arbitral.

62. La oposición.

62.1. La Convocada se opuso a la pretensión de condena de la Convocante.

63. La prueba pericial.

63.1. El dictamen de la Convocante.

"6. CÁLCULO DE SOBRECOSTOS DERIVADOS DE LOS INCONVENIENTES NO IMPUTABLES AL CONTRATISTA.

Los inconvenientes presentados en obra todos no imputables al contratista, generaron sobrecostos claros en la ejecución de las obras, los cuales se derivan de:

- *Mayores cantidades de obra, por cambios en la concepción de las obras (cuantificado en balances).*
- *Mayor permanencia de maquinaria, por demoras en la definición para intervención de tramos. (cuantificados en hoja de tiempo de equipos).*
- *Incremento en los costos de los insumos por cambio de tiempo en la ejecución del proyecto. Variación de precios por diferencia de en tres años de inicio de la ejecución. (cuantificado en balances).*
- *Mayor tiempo de trabajadores sociales. (cuantificado en balances).*
- *Mayor tiempo de comisión topográfica. (cuantificado en balances).*
- *Mayor tiempo de gastos relacionados a la dirección del proyecto. (estimado por este peritaje)*
- *Variación del IVA.*

Para determinar las afectaciones, se halló la sumatoria derivada de los mayores costos soportados en balances año a año, adicionalmente se cuantificó lo correspondiente a equipos, variación de precios, mayores costos administrativos, actualización de afectaciones al ICCP (índice de precios a la construcción pesada), y a dicho valor se le restó el valor del contrato.

Así mismo, el valor resultante es afectado por los intereses de mora y la diferencia en IVA.

COSTO	DESCRIPCION	VALOR	INDICE AÑO REPORTADO	INDICE A FECHA A ACTUALIZAR	VALOR ACTUALIZADO
VALOR CONTRATO CON ADICIONES					\$ 6.620.474.198,00
VALOR CONTRATO POR AJUSTE DE PRECIOS DE INICIO TRADIDIO (2013 - 2015)	ACTUALIZADO ICCP		138,62	146,00	\$ 6.972.942.092,83
VALOR AJUSTE DE PRECIOS	AÑO 2015				\$ 352.467.894,83
COSTOS REPORTADOS AÑO 2015	ANEXO BALANCE	\$ 1.611.301.207			\$ 1.611.301.207,00
COSTOS REPORTADOS AÑO 2016	ANEXO BALANCE	\$ 4.525.974.072			\$ 4.525.974.072,00
COSTOS REPORTADOS AÑO 2017	ANEXO BALANCE	\$ 1.691.261.917			\$ 1.691.261.917,00
COSTOS DE MAQUINARIA PROYECTO	ANEXO HOJAS DE TIEMPO MAQUINARIA HASTA AÑO 2017	\$ 612.212.000	138,62	146,00	\$ 644.805.598,04
MAYORES COSTOS ADMINISTRATIVOS POR STAND BY DE PERSONAL ADMINISTRATIVO (2013-2015)	20 MESES DE DIRECTOR (\$6.653.000) ACTUALIZADO CON ICCP	\$ 133.060.000	138,62	146,00	\$ 140.143.990,77
COSTO INVERTIDO EN EL PROYECTO					\$ 8.965.954.679,63
VALOR CONTRATO REFORMULADO					\$ 6.366.933.000,00
DIFERENCIA ENTRE COSTO INVERTIDO Y EL PAGADO	NOVIEMBRE DE 2017				\$ 2.599.021.679,63
VALOR DE LA DIFERENCIA ACTUALIZADO CON ICCP	31 DE OCTUBRE DE 2019		157,87	169,42	\$ 2.789.169.905,39
UTILIDAD DEJADA DE RECIBIR SOBRE MONTO ADICIONAL	2%				\$ 55.783.398,11
IVA SOBRE UTILIDAD DEJADA DE RECIBIR	3%				\$ 1.673.501,94
VALOR DIFERENCIA ACTUALIZADA + UTILIDAD + IVA					\$ 2.846.626.805,44
INTERESES DE MORA A 30 DE NOVIEMBRE DE 2019 (POR DIFERENCIA ACTUALIZADA + UTILIDAD)	INTERESES DE MORA 2.2% MENSUAL POR 12 MESES				\$ 1.440.393.163,55
VALOR A RECLAMAR A 28 DE FEBRERO DE 2019					\$ 4.287.019.968,99

Por todo esto, se determina que el contratista incurrió en mayores costos para la ejecución de la obra por un valor de \$4.287.019.969 a corte del 30 de noviembre de 2019.

63.2. El dictamen de la Convocada.

- a. No hay oposición específica a la liquidación de condenas del peritazgo de la Convocante, distinta de la manifestación general de que esta no tiene derecho a compensación alguna y a que hubo un incremento sustancial de los precios unitarios pactados.
- b. Tampoco a la metodología utilizada en el peritazgo de la Convocante, en el que se comparan los gastos incurridos con los ingresos recibidos, adicionando los costos de stand by de maquinaria y agregándole un porcentaje de utilidad e IVA al saldo no recibido. Tampoco a la actualización con ICCP.
- c. Igualmente, no existe objeción alguna respecto de los ingresos y costos que se presentan en el peritazgo ni sobre los que corresponden al stand by de maquinaria, ni al porcentaje de utilidad y del IVA.
- d. No existe objeción sobre los soportes en que se fundamentan las cifras resultantes de los conceptos anteriormente indicados, ni sobre el aplicativo contable utilizado por la perito, como tampoco sobre el cuadro que detalla el menor rendimiento de cada maquinaria concreta que estuvo a disposición del proyecto.
- e. La Convocada no solicitó la comparecencia a audiencia de la perito de la Convocante para controvertir su dictamen.
- f. Por todo ello se partirá del peritazgo de la Convocante, con las precisiones que se hacen a continuación al valorar los dos dictámenes aportados por las Partes.

64. La valoración de los dictámenes

64.1. La valoración del dictamen de la Convocada

- a. No se comparten las objeciones del perito sobre el Primer Período por ser estrictamente jurídicas, a pesar de que se reconoce que las causas que motivaron las suspensiones no fueron imputables al Contratista.

- b. Tampoco las objeciones sobre el Segundo Período por basarse también en consideraciones jurídicas, a pesar de que se reconoce que la mayoría de situaciones que se presentaron en dicho período no eran imputables al Contratista.
- c. La Convocante tampoco solicitó la comparecencia a audiencia del perito de la Convocada para controvertir su dictamen, ni el dicho del mismo sobre el Período que a continuación se indica.
- d. El Tribunal ya ha dicho que no hay lugar a compensación durante el Tercer Período. En tal sentido, se comparten respecto del mismo las objeciones del perito de la Convocada a cualquier reconocimiento durante dicho Período por ser imputables al Contratista.
- e. En consecuencia, solo para el Período anterior, se tendrá en cuenta el peritazgo de la Convocada.

64.2. La valoración del dictamen de la Convocante

- a. Al comparar los ingresos y gastos consignados en el peritazgo, el Tribunal pudo comprobar que existen diferencias significativas respecto de las cifras registradas en los balances, tal como se indica a continuación:

GASTOS			
AÑO	SEGÚN BALANCE	SEGÚN PERITAJE	DIFERENCIA
2015	1,598,024,448.55	1,611,301,207.00	13,276,758.45
2016	3,470,769,388.20	4,525,974,072.00	1,055,204,683.80
2017	1,933,078,547.00	1,691,261,917.00	241,816,630.00
TOTAL	7,001,872,383.75	7,828,537,196.00	826,664,812.25
INGRESOS			
2015	411,551,539.00		
2016	3,013,848,693.00		
2017	2,849,916,059.00		
TOTAL	6,275,316,291.00	6,366,933,000.00	91,616,709.00

- b. Por ello el Tribunal se basará en los balances aportados por la perito no objetados por la Convocada.
- c. Pero además, la compensación para el año 2017 será parcial y no total. Es decir, hasta mayo de ese año y por la suma de \$986,673,836.21 y no de \$1.691.261.917, como ha calculado la perito, pues la mayor permanencia posterior a mayo de 2017 es imputable al Contratista.
- d. No reconocerá los gastos administrativos entre el 2013 y el 2015 por basarse en el solo dicho de la perito sin ningún documento que la soporte.

65. La decisión del Tribunal y su fundamento

- 65.1. Conforme a lo expuesto, el Tribunal:

- a. Decretará una compensación entre el año 2013 y el 31 de mayo de 2017, teniendo en cuenta que los ingresos y los gastos no están detallados hasta el 22 de mayo y que la compensación resultante es armónica con lo que el Tribunal ha llamado Primer y Segundo Período.
- b. Determinará el saldo entre ingresos y egresos, incluyendo el stand by de maquinaria.
- c. Sobre el saldo anterior reconocerá la utilidad dejada de recibir más el IVA, teniendo en cuenta que el saldo resultante, que corresponde al daño emergente, no incluye el lucro cesante o utilidad.
- d. Todos los valores se actualizan con ICCP desde el año 2015 hasta diciembre de 2020, conforme a los índices públicos disponibles, como resulta del siguiente cuadro:

AJUSTE INGRESOS				
ICCP AÑO 2020	178.07			
AÑO	VALOR SIN AJUSTE	INDICE DE AJUSTE	VALOR AJUSTADO	ICCP UTILIZADO
2015	411,551,539.00	1.2376	509,347,946.55	143.88
2016	3,013,848,693.00	1.1820	3,562,403,164.70	150.65
2017	2,849,916,059.00	1.1604	3,306,950,036.66	153.46
TOTAL INGRESOS	6,275,316,291.00		7,378,701,147.92	
AJUSTE DE GASTOS				
2015	1,598,024,448.55	1.2376	1,977,760,728.06	143.88
2016	3,470,769,388.20	1.1820	4,102,488,582.52	150.65
2017	986,673,836.21	1.1604	1,144,904,274.82	153.46
TOTAL GASTOS	6,055,467,672.96		7,225,153,585.40	
AJUSTE MAQUINARIA				
2015	644,805,598.00	1.2197	786,442,005.73	146.00

- e. No se reconocerán intereses moratorios hasta la fecha del laudo, teniendo en cuenta lo solicitado en la Primera Pretensión Principal Condenatoria. Según esta, si en el laudo no resultara una condena de \$4.287.018.968.99 sino, como ha sucedido en este caso, otra por una "*menor cantidad...* (esta cantidad) *deberá ser actualizada al momento de proferirse el Laudo Arbitral*". Así lo hará el Tribunal.
- f. Conforme a lo anterior, la compensación a favor del Contratista ascenderá debidamente actualizada a \$645.932.068,74.
- g. Tal valor se resume en el siguiente cuadro:

ANEXO FINAL DE LIQUIDACION		
	ORIGINAL	AJUSTADO
INGRESOS Pagados Según Anexos Balance	6,275,316,291.00	7,378,701,147.92
GASTOS		
Según Anexos de Balance	6,055,467,672.96	7,225,153,585.40
Horas Maquinaria	644,805,598.00	786,442,005.73
SUB - TOTAL	424,956,979.96	632,894,443.21
Mas:		
Utilidad (2%)	8,499,139.60	12,657,888.86
Iva (3%)	254,974.19	379,736.67
TOTALES	433,711,093.75	645,932,068.74

II. La Tercera Pretensión Principal Condenatoria.

66. La Pretensión.

2.3. TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL CONDENATORIA:

Que se ordenen a la Convocada reconocer a la Convocante, sobre las sumas de la condena que se impongan en el Laudo Arbitral, intereses moratorios, a partir de su ejecutoria, en los términos previstos en la ley.

67. **La decisión del Tribunal y su fundamento**

67.1. Se accede a la pretensión por corresponder a la ley.

67.2. Se ordenará a la Convocada reconocer a la Convocante sobre las sumas de la condena impuestas en el Laudo Arbitral, intereses moratorios a partir de su ejecutoria.

CAPÍTULO SEXTO **COSTAS**

I. La Segunda Pretensión Principal Condenatoria

68. La Pretensión

2.2. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL CONDENATORIA:

Que, como consecuencia de la condena anterior, se condene en costas y en agencias en derecho a la parte convocada, de conformidad con lo previsto en el Código General del Proceso.

69. La oposición.

69.1. La Convocada se opuso a la pretensión de condena de la Convocante.

70. La decisión del Tribunal y sus fundamentos.

70.1. En este Proceso la parte Convocante prestó el juramento estimatorio que exige el artículo 206 del C.G.P. (modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014), el cual fue objetado por la Convocada. Dicho artículo contempla la imposición de una sanción a cargo de quien efectúa un juramento estimatorio cuando la suma estimada excede en el 50% a la suma que resulte probada,

o cuando se nieguen las pretensiones de la demanda por falta de demostración de los perjuicios.

- 70.2. Considera el Tribunal que no estamos en ninguno de tales casos, pues mediante el peritazgo la Convocante probó que el monto del juramento estimatorio y los perjuicios reclamados ascendían a \$4.287.019.968,99. Otra cosa es que no se haya reconocido la totalidad de lo pretendido por las razones expuestas en este laudo, situación que no encuadra en el citado artículo 206 del C.G.P. (modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014).
- 70.3. Debe tenerse en cuenta, además, que las tesis contrapuestas que expuso cada Parte fueron defendidas con rigurosidad y profesionalismo por sus Apoderados, de manera que la posición acogida por el Tribunal no obedece a negligencia de ninguno de ellos.
- 70.4. En este sentido, es del caso recordar que la Corte Constitucional declaró exequible el párrafo original del artículo 206 del C.G.P. (más estricto que el actual), "bajo el entendido de que tal sanción –por falta de demostración de los perjuicios–, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado."
- 70.5. Por las razones anteriores, el Tribunal concluye que en este caso no hay lugar a imponer a la Convocante la sanción contemplada en el artículo 206 del C.G.P.
- 70.6. De otro lado, conforme al primer inciso del artículo 280 del C.G.P., referente al contenido de las sentencias, "[e]l juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las Partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas." Al efecto, el Tribunal pone de presente que a todo lo largo del Proceso, las Partes y sus respectivos Apoderados obraron con apego a la ética y a las prácticas de buena conducta procesal que eran de esperarse de unas y de otros, motivo por el cual no cabe censura o reproche alguno, y menos la deducción de indicios en su contra.
- 70.7. Por consiguiente, el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 (5) del C.G.P.,³⁰¹ se abstendrá de imponer condena en costas en este Proceso (incluyendo agencias en derecho).

CAPÍTULO SÉPTIMO **PARTE RESOLUTIVA**

En mérito de las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitraje constituido para resolver las controversias contractuales entre MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A., como Parte Convocante, y la sociedad FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. (Contratante, Administradora y vocera del patrimonio autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica-Findeter), como Parte Convocada y Demandada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y por habilitación expresa de las partes, vertida en el pacto arbitral, con el voto unánime de todos sus integrantes,

RESUELVE

Primero.- Declarar, que el CONSORCIO 038 SUCRE, conformado por la Sociedad MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A., la aquí Convocante, y DIEGO JARAMILLO GÓMEZ, para efectos de la elaboración de su propuesta económica, no podía advertir, durante la etapa precontractual y de ejecución del contrato, los hechos y

circunstancias, extraordinarias, imprevisibles, y no imputables que motivaron las suspensiones (con sus ampliaciones), prórrogas y otrosíes del Contrato de Obra derivado de la Convocatoria PAF-ATF-038-2012.

Segundo.- Declarar la nulidad absoluta de la expresión "*ni se varíe el valor del contrato*" estipulada en la cláusula décima octava del Contrato de Obra derivado de la Convocatoria PAF-ATF-038-2012, así como la nulidad absoluta e ineficacia de las estipulaciones que a continuación se indican: "*Las Partes acuerdan que la suspensión del contrato no generará gastos adicionales por permanencia en obra o lucro cesante a cargo de LA CONTRATANTE*" (Suspensión No. 1 de 4 de septiembre de 2013), "*Las Partes acuerdan que la suspensión del contrato no generará gastos de administración adicionales por permanencia en obra o lucro cesante a cargo de LA CONTRATANTE*" (Prórroga No. 1 de 18 de octubre de 2013), "*Las Partes acuerdan que la suspensión del contrato no generará gastos de administración adicionales por permanencia en obra o lucro cesante a cargo de LA CONTRATANTE*" (Prórroga No. 2 del 2 diciembre de 2013), "*Las Partes acuerdan que la suspensión del contrato no generará gastos de administración adicionales por permanencia en obra o lucro cesante a cargo de LA CONTRATANTE*" (Prórroga No. 3 de 17 de enero de 2014), "*Las Partes acuerdan que la suspensión del contrato no generará gastos de administración adicionales por permanencia en obra o lucro cesante a cargo de LA CONTRATANTE*" (Prórroga No. 4 de 18 de febrero de 2014), "*Las Partes acuerdan que la suspensión del contrato no generará gastos de administración adicionales por permanencia en obra o lucro cesante a cargo de LA CONTRATANTE*" (Prórroga No. 5 del 17 de abril de 2014), "*Durante el tiempo de suspensión no se causarán gastos administrativos ni de otro tipo, por cuanto todas las actividades derivadas del contrato deben suspenderse a la vez que se suspende éste. En consecuencia, esta suspensión no genera gasto adicional alguno por mayor permanencia en obra, ni por lucro cesante o daño emergente*" (Prórroga No. 8 del 28 de noviembre de 2014) y "*Durante el tiempo de suspensión no se causarán gastos administrativos ni de otro tipo. En consecuencia, esta suspensión no genera gasto adicional alguno por mayor permanencia en obra, ni por lucro cesante o daño emergente*" (Prórroga No. 9 de 15 de enero de 2015).

Tercero.- Declarar que el CONSORCIO 038 SUCRE, conformado por la Sociedad MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A., la aquí Convocante, y DIEGO JARAMILLO GÓMEZ, como consecuencia de las suspensiones (con sus ampliaciones), prórrogas y otrosíes, incurrió en una mayor permanencia en obra de 32 meses por causas que no le eran imputables, durante la ejecución del Contrato de Obra derivado de la Convocatoria PAF-ATF-038-2012.

Cuarto.- Declarar que el CONSORCIO 038 SUCRE, conformado por la Sociedad MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A., la aquí Convocante, y DIEGO JARAMILLO GÓMEZ, sufrió un perjuicio económico, por la mayor permanencia en obra de 32 meses durante la ejecución del Contrato de Obra derivado de la Convocatoria PAF-ATF-038-2012, el cual será resarcido como a continuación se establece.

Quinto.- Condenar a la Convocada a pagar la Sociedad MEJÍA VILLEGAS CONSTRUCTORES S.A., la aquí Convocante, la suma de seiscientos cuarenta y cinco millones novecientos treinta y dos mil sesenta y ocho pesos con setenta y cuatro centavos, (\$645.932.068,74), MCTE.

Sexto.- La anterior condena devengará intereses moratorios, a partir de la ejecutoria del Laudo, en los términos previstos en la ley.

Séptimo.- Negar las demás pretensiones.

Octavo.- Prosperan parcialmente las excepciones de la Convocada indicadas en la parte motiva de este Laudo. Y se niegan las demás que han sido resueltas en el mismo.

Noveno.- Sin condena en costas.

Décimo.- Decretar la causación y pago a los árbitros y al secretario del 50% restante de sus respectivos honorarios, los cuales deberán ser cancelados por la ejecutoria del Laudo o de la providencia que decida su aclaración, corrección o complementación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1563 de 2012.

Décimo Primero.- Decretar el pago de la contribución especial arbitral de que trata el artículo 362 de la Ley 1819 de 2016 que modificó los artículos 17 a 22 de la Ley 1743 de 2014, equivalente al dos por ciento (2%) del valor total de los honorarios pagados a los Árbitros y al Secretario, el cual deberá consignarse en la Cuenta del Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia, al día siguiente a la ejecutoria del Laudo Arbitral o de la providencia que decida sobre su aclaración, corrección o complementación.

Décimo Segundo.- Ordenar la liquidación final de las cuentas del proceso y, si a ello hubiere lugar, la devolución a la parte actora de las sumas no utilizadas de la partida "Otros Gastos".

Décimo Tercero.- Ordenar el archivo del expediente arbitral en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, una vez se encuentre en firme esta providencia.

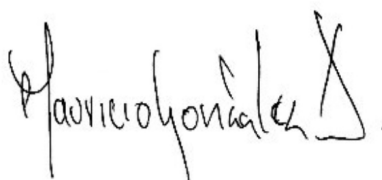
Décimo Cuarto.- Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de Ley y con destino a cada una de las Partes.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia se notificó en audiencia.



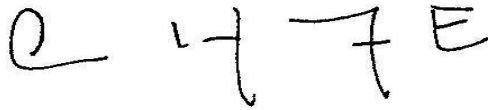
WEINER ARIZA MORENO
Árbitro-Presidente



CARLOS MAURICIO GONZALEZ AREVALO
Árbitro



RAFAEL ENRIQUE OSTAU DE LAFONT PIANETA
Árbitro



CARLOS MAYORCA ESCOBAR
Secretario