

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ARBITRAL DE

CONSORCIO INTERCOL: INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE CALIDAD S.A. – INCOSA, VÍAS Y AMBIENTE LTDA., OBRAS Y PROYECTOS RP S.A.S, GESTIÓN DE PROYECTOS DE INGENIERÍA GPI S.A.S.

contra

INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU y EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Surtida como se encuentra la totalidad de las actuaciones procesales previstas en la Ley 1563 de 2012 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal de Arbitraje profiere en derecho el Laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre **CONSORCIO INTERCOL, INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE CALIDAD S.A. – INCOSA, VÍAS Y AMBIENTE LTDA., OBRAS Y PROYECTOS RP S.A.S, GESTIÓN DE PROYECTOS DE INGENIERÍA GPI S.A.S**, como convocante, en adelante **EL CONSORCIO**, y el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** y la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**, como convocadas, en razón del contrato suscrito entre ellas el día veintiocho (28) de diciembre de 2007.

I. ANTECEDENTES

1. EL CONTRATO.

El veintiocho (28) de diciembre de 2007 la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.** y el **INSTITUTO DE**

DESARROLLO URBANO - IDU, de una parte y el **CONSORCIO INTERCOL** conformado por **INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE CALIDAD S.A. – INCOSA, VÍAS Y AMBIENTE LTDA., OBRAS Y PROYECTOS RP S.A.S,** y **GESTIÓN DE PROYECTOS DE INGENIERÍA GPI S.A.S**, de la otra, celebraron el contrato de Interventoría número 174 cuyo objeto consistía en la interventoría técnica, administrativa, legal, financiera, ambiental y social para las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la calle 26 (avenida Jorge Eliécer Gaitán), al sistema Transmilenio en el tramo 3 comprendido entre la transversal 76 y la carrera 42B y el tramo 4 comprendido entre la carrera 42B y carrera 19, del Grupo 4 de la licitación pública número IDU-LP-DG-O22-2007, en Bogotá D.C.¹.

2. EL PACTO ARBITRAL.

En el numeral 21.3 de la Cláusula 21 del contrato de interventoría No. 174 de fecha veintiocho (28) de diciembre de 2007, las partes pactaron lo siguiente:

“21.3 Arbitramento. Las divergencias que surjan con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del Contrato, se solucionarán a través de un Tribunal de Arbitramento integrado para el efecto por 3 árbitros, designados de común acuerdo.

En caso de no haber acuerdo en la selección de árbitros, la designación se hará por medio de un sorteo en presencia del Director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, de una lista de 10 personas, integrada por cinco propuestos por cada parte. El procedimiento será el que la ley establece para estos efectos y el domicilio será la Ciudad de Bogotá.

El laudo arbitral será definitivo y vinculante para las Partes, de forma que se podrá impetrar decisión jurisdiccional de cumplimiento del laudo en cualquier corte con jurisdicción, sobre la Parte que Incumpliere.

La solución de controversias por medio del Arreglo Directo, Perito para Aspectos Técnicos, Arbitramento o cualquier otro mecanismo no suspenderá la ejecución del Contrato, salvo aquellos aspectos cuya ejecución dependa necesariamente de la solución de la controversia.”

¹ Ver folio 6 a 21 del cuaderno de pruebas número 1.

3. PARTES PROCESALES.

3.1. Parte Convocante:

La parte convocante está integrada por el **CONSORCIO INTERCOL**, identificado con NIT No. 900.191.787-0, representado por la señora **CLAUDIA CONTRERAS FAJARDO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.922.911 de Bogotá D.C., constituido mediante documento privado el veintisiete (27) de noviembre de 2007 por las sociedades **INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE CALIDAD S.A. – INCOSA, VÍAS Y AMBIENTE LTDA., OBRAS Y PROYECTOS RP S.A.S. y GESTIÓN DE PROYECTOS DE INGENIERÍA GPI S.A.S.**

INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE CALIDAD S.A. – INCOSA, Sucursal Colombia, identificada con NIT No. 830.512.449-1 y con domicilio principal en Bogotá D.C.

VÍAS Y AMBIENTE LTDA., identificada con NIT No. 800.132.791-6 y con domicilio principal en Bogotá D.C.

OBRAS Y PROYECTOS RP S.A.S, identificada con NIT No. 800.245.246-9 y con domicilio principal en Bogotá D.C.

GESTIÓN DE PROYECTOS DE INGENIERÍA GPI S.A.S, identificada con NIT No. 830.046.422-4 y con domicilio principal en Bogotá.

La convocante está representada judicialmente en el presente proceso arbitral por el doctor **ROBERTO NÚÑEZ ESCOBAR**, según poder especial que obra a folio 32 del Cuaderno Principal No. 3 del expediente y a quien le fue reconocida personería.

Parte Convocada:

Es convocada el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU**, establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., representado legalmente por su Director General.

El **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** está representada judicialmente en el presente proceso arbitral por el doctor **MARCO ANDRÉS MENDOZA BARBOZA**, según poder especial visible a folio 177 del cuaderno principal número 2 y a quien le fue reconocida personería.

También es convocada la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**, sociedad de carácter comercial con aportes

públicos, que se encuentra bajo el régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, constituida mediante escritura pública No. 1528 del 13 de octubre de 1999 de la notaría 27 del Círculo de Bogotá, con Matrícula Mercantil No. 00974583 de la Cámara de Comercio de Bogotá, representado legalmente por su Gerente General.

La **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.** está representada judicialmente en el presente proceso arbitral por el doctor **JAVIER RICARDO DIAZ PEÑALOZA**, según poder especial que obra en el expediente y a quien le fue reconocida personería.

4. ETAPA INICIAL.

4.1. Con el cumplimiento de los requisitos formales y mediante apoderado, el veinticinco (25) de noviembre de dos mil catorce (2014), el **CONSORCIO INTERCOL** presentó demanda arbitral en contra del **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU**, con base en el contrato celebrado y en desarrollo de la cláusula compromisoria pactada en el mismo.

4.2. El cinco (05) de noviembre de dos mil catorce (2014) tuvo lugar la diligencia de designación de árbitros, en la cual se de consuno se designó al doctor **HENRY SANABRIA SANTOS** y a las doctoras **FABIOLA OROZCO DUQUE** y **CONSUELO SARRIA OLCOS**, en calidad de árbitros, quienes una vez notificados aceptaron oportunamente el cargo².

4.3. En la audiencia llevada a cabo el veinticuatro (24) de febrero de dos mil quince (2015) se declaró legalmente instalado el Tribunal Arbitral y se designó como secretario a **ANTONIO PABÓN SANTANDER**. A continuación, mediante auto No. 2, se inadmitió la demanda y se otorgó un término de cinco (5) días para subsanarla, so pena de rechazo.

4.4. Dentro del término previsto para el efecto, la parte convocante, por intermedio de su apoderado judicial, subsanó la demanda conforme al Auto No. 2 del Tribunal.

4.5. El diecinueve (19) de marzo de 2015 el Tribunal admitió la demanda arbitral presentada por la parte convocante, la cual fue oportunamente recurrida por el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU**.

4.6. Mediante Auto No. 4, el Tribunal decidió no reponer el auto admisorio de la demanda; sin embargo, le adicionó la orden de vinculación al proceso de la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**

² Folios 140 a 201 del Cuaderno Principal 1

4.7. Dentro del término previsto para el efecto, las convocadas, por intermedio de sus apoderados judiciales, contestaron la demanda oponiéndose a cada una de las pretensiones enunciadas en ésta.

4.8. Previa solicitud conjunta de las dos partes, mediante Auto No. 16, el Tribunal ordenó acumular al presente proceso la demanda instaurada por la parte convocante el pasado 30 de septiembre de 2016.

4.9. Dentro del término previsto para el efecto, las partes convocadas, por intermedio de sus apoderados judiciales, contestaron la demanda acumulada oponiéndose a cada una de las pretensiones enunciadas en ésta.

4.10. El veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017) se celebró la audiencia de conciliación, la cual se declaró fallida ante la ausencia de ánimo conciliatorio de las partes. A continuación, mediante auto No. 21, se fijaron las sumas de honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal, las cuales fueron consignadas en su totalidad por la parte convocante.

II. LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE

1. LOS HECHOS DE LA DEMANDA REFORMADA³

Las alegaciones de hecho en las que apoya sus pretensiones la convocante bien pueden compendiarse del siguiente modo:

1. El 28 de diciembre de 2007, las partes celebraron el contrato de interventoría No. 174 de 2007, cuyo objeto consistió en la interventoría técnica, administrativa, legal, financiera, ambiental y social para las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la calle 26 (avenida Jorge Eliécer Gaitán), al sistema Transmilenio en el tramo 3 comprendido entre la transversal 76 y la carrera 42B y el tramo 4 comprendido entre la carrera 42B y carrera 19, del Grupo 4 de la licitación pública número IDU-LP-DG-O22-2007, en Bogotá D.C.

2. El contrato a intervenir correspondió al No. 137 de 2007 celebrado inicialmente entre el IDU y la UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL.

3. El contrato de interventoría se pactó como modalidad de precios la de global fijo por un valor de \$12.773.222.190 el cual fue incrementado mediante adición número 1, en la suma de \$125.585.007; mediante adición número 2, en la suma de \$5.928.996.711 IVA incluido; y en adición número 4, en la suma de \$444.032.588 IVA incluido.

³ La reforma a la demanda obra a folios 219 a 285 del cuaderno principal número 2.

- 4.** Las partes pactaron que el contrato de interventoría No. 174 de 2007 se entendería como accesorio al Contrato de Obra No. 137 de 2007 y que el riesgo de mayor permanencia sería asumido por el IDU.
- 5.** El plazo del contrato se estimó en 27 meses contados a partir de la firma del acta de inicio y como fecha estimada de finalización el 16 de septiembre de 2010, término que fue prorrogado hasta el 28 de enero de 2012 así: por el término de 11 meses, mediante adición número 2; por 73 días, mediante adición número 3; por 1 mes y 15 días, mediante adición número 4 y por 47 días, mediante adición número 5.
- 6.** No obstante lo anterior, las partes pactaron que *“el plazo real de ejecución del Contrato corresponderá al que corra entre la fecha de la firma del Acta de Inicio de las obras de preconstrucción y la fecha de firma del Acta de Terminación de las obras de construcción objeto del contrato N° 137 de 2007 (...)”*.
- 7.** El contrato de interventoría constaba de tres etapas, a saber, (i) la etapa de preconstrucción, (ii) la etapa de construcción y (iii) la etapa de recibo de la obra.
- 8.** La etapa de preconstrucción correspondía al periodo de cuatro (4) meses comprendido entre la suscripción del acta de inicio de contrato de obra y la firma del acta de inicio de la etapa de construcción.
- 9.** El 17 de junio de 2008 se suscribió el acta de inicio de contrato de obra IDU 137 de 2007 y el 17 de octubre de 2008, el acta de inicio de la etapa de construcción.
- 10.** Las partes pactaron que una de las obligaciones a cargo del Interventor en la etapa de preconstrucción sería la de revisar y certificar las revisiones realizadas por el Contratista de Obra sobre los diseños correspondientes al Contrato de Obra No. 137 de 2007.
- 11.** En virtud del otrosí no. 2 del contrato de obra No. 137 de 2007, se estableció que la entrega de los pronunciamientos sobre los estudios y diseños por parte del contratista se debía efectuar dentro de los tres (3) primeros meses de ejecución de la etapa de construcción y que igualmente durante esta etapa, el IDU y su interventor, revisarían los estudios que fueran objeto de actualización.
- 12.** Las partes pactaron que la obligación del Consorcio convocante relativa a la revisión y certificación de los diseños aprobados por el contratista se extendería hasta el 16 de octubre de 2008.

13. Llegada la fecha en la cual el Contratista de Obra debía haber presentado la totalidad de los productos finales correspondientes a los estudios y diseños del proyecto (19 de enero de 2009), el IDU, de manera conjunta con el Contratista de obra, definió que actualizaría los diseños correspondientes a Alcantarillado, Puente AV. Boyacá y Deprimido del Concejo, toda vez que o los mismos o no existían o existiendo no eran viables.

14. En vista de los graves retrasos del Contratista de Obra y que pese a los requerimientos de la Interventoría éste no mostraba señales de recuperación, el CONSORCIO INTERCOL recomendó al IDU iniciar el procedimiento para declarar caducidad del contrato No. 137 de 2007, recomendación que no fue acogida por la convocante, quien por el contrario aceptó la cesión del contrato de obra a GRUPO EMPRESARIAL VÍAS BOGOTÁ S.A., la cual tuvo lugar el 7 de febrero de 2010.

15. Mediante otrosí no. 6 al contrato de obra, el cesionario se obligó a revisar nuevamente la totalidad de los estudios y diseños y a efectuar los ajustes, complementaciones, adaptaciones, adecuaciones y actualizaciones que fueren necesarios.

16. A pesar de lo anterior, y de que a juicio del actor el contrato de interventoría era accesorio al de obra, el IDU no modificó el contrato suscrito con INTERCOL quien se vio obligado a ejercer labores de Interventoría por fuera del término contractualmente pactado para el efecto.

17. Fue solo hasta el mes de agosto de 2011 que el IDU aprobó la totalidad de los diseños revisado y actualizados por el contratista de obra.

18. Con posterioridad a la terminación de la etapa de construcción del contrato No. 137 de 2007 y habiendo ya finalizado el contrato de interventoría No. 174 de 2007, al decir del demandante, el IDU le exigió el recibo de obras de una etapa de construcción que ya había finalizado, por lo cual el Consorcio tuvo que desarrollar labores hasta el 31 de agosto de 2012.

19. Al decir de la convocante, el Consorcio extendió, por causas atribuibles al IDU y al Contratista de Obra, su dedicación sobre actividades de la Etapa de Preconstrucción, lo que le ocasionó a la interventoría un desequilibrio en la actuación financiera del contrato No. 174 de 2007, derivado de las nóminas a pagar a especialistas que en principio laborarían sólo durante cuatro meses y terminaron laborando durante dos años y 10 meses adicionales y, de gastos relativos a personal auxiliar que, en virtud del Otrosí No. 5 del 3 de marzo de 2010, incrementó su jornada laboral causando pago de horas extra diurnas y nocturnas no incluidas en la oferta

inicial presentada por la convocante.

2. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA

Las pretensiones contenidas en la demanda arbitral reformada son las siguientes:

“PRIMERA: DECLÁRESE que el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU- y/o TRANSMILENIO S.A.** en su calidad de pagador, incumplió las obligaciones del Contrato N° 174 de 2007, especialmente las consagradas en las cláusulas 4 y 8.1 del Contrato No. 174 de 2007, debido a las situaciones puestas de presente en los hechos de la demanda, entre las que encontramos:

- *La demora en la entrega, por parte del IDU, de los estudios y diseños necesarios para ejecutar el contrato No. 137 de 2007, objeto de la interventoría del CONSORCIO INTERCOL.*
- *La suscripción del Otrosí N° 2 al Contrato de Obra N°137 de 2007 de fecha 16 de octubre de 2008, objeto de la interventoría de CONSORCIO INTERCOL, mediante el cual se modificó la **cláusula 4** referente al **ALCANCE Y DESARROLLO DEL CONTRATO**, y estableció que la entrega de los pronunciamientos sobre los estudios y diseños por parte del contratista al Interventor, se podía efectuar dentro de los tres primeros meses de ejecución de la Etapa de Construcción y ya no un mes antes de la finalización de la etapa de preconstrucción como estaba inicialmente previsto.*
- *A pesar de que la de la Cláusula 4 del Contrato de Obra fue modificada permitiendo la revisión y entrega de estudios y diseños por parte del Contratista durante los tres primeros meses de la Etapa de Construcción, el Contrato de Interventoría N° 174 de 2007, que era accesorio al principal conforme con la Cláusula 14 de este último, no fue modificado en el mismo sentido en que se modificó el Contrato de Obra.*
- *No obstante lo anterior, el CONSORCIO INTERCOL tuvo que revisar y certificar las revisiones, sobre los pronunciamientos efectuados por parte del Contratista de Obra a los diseños entregados por el IDU durante los 3 primeros meses de la etapa de construcción, actividades que de conformidad con los términos y condiciones contractuales del Contrato de Obra N° 137 de 2007 y Contrato de Interventoría No. 174 de 2007, debían llevarse a cabo durante los cuatro meses siguientes a la firma del Acta de inicio del Contrato de Obra N° IDU 137 de 2007, con*

lo que se desconoció los términos y condiciones pactados en el contrato de interventoría.

- *Adicionalmente, el párrafo de la Cláusula Cuarta del Otrosí No. 2 permitió que, en cuanto a las actualizaciones de estudios y diseños, vencido el plazo de los tres meses en la etapa de construcción para la entrega de los productos finales correspondientes a los estudios y diseños del proyecto, esto es, a partir del día 19 de enero de 2.009, el contratista de obra, durante la etapa de construcción, en conjunto con el IDU y la Interventoría, revisarían las actualizaciones de los estudios y diseños.*
- *Sumado a lo anterior, el IDU permitió, a través de Otrosí No. 6 suscrito al contrato de obra No. 137 d 2007, y con ocasión de la cesión de dicho contrato, que el contratista cesionario continuara revisando los diseños del contrato durante la ejecución de la etapa de construcción, lo que generó que CONSORCIO INTERCOL tuviera que, conforme a sus obligaciones contractuales, continuar realizando labor de interventoría sobre las revisiones correspondientes, hasta el mes de agosto de 2011, lo que generó una mayor dedicación por parte de la interventoría en actividades propias de la etapa de preconstrucción, en la etapa de construcción que no le fue reconocida a la interventoría.*
- *Debido a la cesión del contrato de obra, una vez se había agotado el plazo contractual para ejecutarlo, por medio de Otrosí N° 6 se estableció un plan de contingencia a fin de terminar el proyecto en 16,5 meses, a partir de la fecha de suscripción del Otrosí No. 6, esto es 4 de marzo de 2010 y que sugería la ampliación del plazo del contrato de obra en 11.5 meses. Así mismo el citado Otrosí, establecía entre otras medidas, establecer una etapa de transición de tres meses, a fin de revisar los estudios y diseños del proyecto y trabajar horas extras diurnas y nocturnas, que le fueron reconocidas como tal al contratista de la obra, a través del Factor Multiplicador de Contingencia por Costos de Mano de Obra F2.*
- *Posterior al plazo de transición establecido de tres meses, se continuó revisando los estudios y diseños del proyecto por parte del contratista de la obra.*
- *Sin embargo, el contrato de interventoría no se modificó en igual sentido, pero el CONSORCIO INTERCOL, con el fin de dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales incurrió en costos relativos una mayor dedicación en revisión de los estudios y diseños durante este tiempo adicional y la labor de interventoría en **horas extra diurnas y nocturnas**, - sin que estas le fueran reconocidas-, de las obras*

ejecutadas por el contratista de obra en jornadas extras pactadas en Otrosí No. 6

SEGUNDA: DECLÁRESE que el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU- y/o TRANSMILENIO S.A.** en su calidad de pagador, adoptaron decisiones, en calidad de contratistas, del Contrato No. 137 de 2007, tales como la suscripción de los otrosíes No. 2, 5 y 6, la tolerancia a los incumplimientos del contratista de obra, y las demás situaciones puestas de presente en los hechos de la demanda, que ocasionaron el desequilibrio económico del contrato No. 174 de 2007.

TERCERA: Que como consecuencia de las anteriores situaciones expuestas, se **DECLARE** el ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO DEL CONTRATO DE INTERVENTORIA por el incumplimiento de las obligaciones del IDU y/o TRANSMILENIO S.A.

DE CONDENA

CUARTA: Que se CONDENE al IDU y/o TRANSMILENIO S.A. a RECONOCER Y A PAGAR a favor del CONSORCIO INTERCOL las siguientes sumas, debidamente indexadas a la fecha de su pago efectivo:

- 3.1.** (Sic) La suma CINCUENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$53.869.429) a precios de 2007, por la mayor dedicación por ejecución de actividades propias de la etapa de pre construcción en la etapa de construcción por 3 meses (octubre de 2008 a enero de 2009)
- 3.2.** (sic) La suma TRESCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES CIENTO SETENTA Y TRES MIL VEINTIOCHO PESOS (\$341.173.028), a precios de 2007, por la mayor dedicación en la ejecución de actividades propias de la etapa de pre construcción en la etapa de construcción posterior al vencimiento del plazo otorgado para ello durante 11 meses y medio (enero de 2009 a agosto de 2010)
- 3.3.** (Sic) La suma DOSCIENTOS VEINTIDOS MILLONES CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS PESOS (\$222.049.300), a precios de 2007, por la mayor dedicación en la ejecución de actividades de revisión posterior a la cesión del contrato de obra por 11,5 meses (agosto de 2010 a diciembre de 2011).
- 3.4.** (Sic) La suma DOS MIL SETECIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS DOCE,

*DOSCIENTOS DOS PESOS **QUINTA:** Que se CONDENE al IDU y/o TRANSMILENIO S.A. a RECONOCER Y A PAGAR a favor del CONSORCIO INTERCOL frente a las sumas de dinero por concepto del anterior numeral tercero, intereses pactados en la cláusula 22 del contrato No. 174 de 2007, a una tasa equivalente al DTF + 2 puntos, o la tasa que resulte probada en el proceso, a partir la fecha en que la entidad estuvo obligada a reconocer y pagar las sumas reclamadas en la presente demanda, esto es, mes vencido a aquel en que se empleó a cada uno de los especialistas, por fuera de los previsto en el contrato de interventoría, y al que se causaron las horas extras pagadas, o la fecha en que resulte probado.*

***SEXTA:** Que se ORDENE al IDU y/o TRANSMILENIO S.A. a devolver a CONSORCIO INTERCOL la Rete-garantía que actualmente se encuentra en poder de las demandadas.*

***SÉPTIMA:** Que se ORDENE liquidar el contrato de interventoría N° 174 de 2007, en los términos del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.*

***OCTAVA:** Que se condene al IDU y/o TRANSMILENIO S.A. a las costas del proceso.”*

3. LA CONTESTACIÓN DE LA PARTE CONVOCADA

En escrito presentado el 26 de mayo de 2016, el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** contestó la demanda⁴.

En esta oportunidad aceptó unos hechos y negó otros, particularmente aquellos atinentes al plazo total estimado y real del contrato No. 137 de 2007, al número de diseños entregados por el IDU, a la aprobación de los diseños de parte del IDU al contrato de Obra, y a aquellos en los que afirmó que el IDU le permitió al contratista seguir entregando diseños por fuera de los plazos contractuales estipulados para ello.

En lo que se refiere a las pretensiones, el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** se opuso a todas ellas.

Propuso, además, las siguientes excepciones:

- Inexistencia de la ruptura del equilibrio económico del contrato de interventoría No. 174 de 2007 e inexistencia del incumplimiento del mismo por parte del IDU.

⁴ Folios 287 a 447 del cuaderno principal número 2.

- Inexistencia de los elementos o requisitos que estructuran el presunto incumplimiento del contrato de interventoría no. 174 de 2007 por parte del IDU.
- Cobro de lo no debido. El factor multiplicador se debió incluir los costos exigidos en sede arbitral.
- Incumplimiento contractual de la interventoría – Consorcio Intercol.
- Asunción de los riesgos por parte de Intercol.
- Nulidad absoluta del contrato 174 de 2007.
- Ineptitud sustantiva de la demanda.
- Incumplimiento del contratista.

Por otro lado, en escrito presentado el 26 de mayo de 2016, la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.** contestó la demanda⁵.

En esta oportunidad la convocada aceptó y negó algunos hechos de la demanda y coadyuvó las respuestas a los hechos rendida por el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU**.

En lo que se refiere a las pretensiones, la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.** se opuso a todas ellas.

Propuso, además, las siguientes excepciones y coadyuvó las propuestas por el IDU:

- Falta de jurisdicción – falta de competencia y nulidad del contrato de interventoría No. 174 de 2007.
- Falta de legitimación en la causa por pasiva en cabeza de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio SA – Actuación como simple pagador.
- Pleito pendiente.
- Pago

⁵ Ver folios 448 a 548 del cuaderno principal número 2.

- Falta de causa para pedir
- Buena fe.

4. LOS HECHOS DE LA DEMANDA ACUMULADA

El 30 de septiembre de 2016, la convocante presentó demanda⁶ ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, la cual fue acumulada al proceso mediante auto número 16 de 30 de noviembre de 2016.

Las alegaciones de hecho en las que apoya sus pretensiones la convocante son en síntesis las siguientes:

- 1.** En el contrato No. 174 de 2007 se pactó que el plazo real de ejecución del Contrato correspondería a aquel que corriera entre la fecha de la firma del acta de inicio de las obras de Preconstrucción y la fecha de firma del acta de terminación de las obras de construcción objeto del contrato No. 137 de 2007.
- 2.** El plazo del contrato de Interventoría No. 174 de 2007 inició el 16 de junio de 2008, fecha en la que se suscribió el acta de inicio, y finalizó el 31 de agosto de 2012, fecha en que se suscribió el acta de terminación y recibo de la etapa de construcción del contrato de obra No. 137 de 2007.
- 3.** El último pago efectuado por el IDU al Consorcio INTERCOL por concepto de ejecución de sus labores como interventor correspondió al mes de diciembre de 2011.
- 4.** En desarrollo de sus obligaciones contractuales, el Consorcio INTERCOL ejecutó sus actividades de Interventoría durante todo el plazo del contrato No. 174 de 2007, es decir, desde el 16 de junio de 2008 hasta el 31 de agosto de 2012.
- 5.** En virtud de que el presupuesto asignado a la Interventoría no cubría la realización de actividades de seguimiento y supervisión del contrato No. IDU 137 de 2007 realizadas a partir del 30 de diciembre de 2011, las partes, el 29 de mayo de 2012, iniciaron un procedimiento de arreglo directo que concluyó el 9 de agosto de ese año con la suscripción del Acta No. 02.
- 6.** En dicho acuerdo, el IDU fijó como fecha límite para la suscripción del acta de terminación y recibo de la etapa de construcción del contrato de obra No. 137 de 2007 el 31 de agosto de 2012, y se pactó que acto seguido

⁶ Ver folio 1 a 24 del cuaderno principal número 3.

a dicha suscripción, el Interventor radicaría ante el IDU una solicitud de reconocimiento por la mayor permanencia en la etapa de construcción.

7. En la etapa de arreglo directo, la Interventoría aportó documentos e informes detallados de los trabajos realizados, con el fin de establecer el valor definitivo que el IDU debería pagarle por concepto de labores de interventoría ejecutadas entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de agosto de 2012.

8. En dicha oportunidad, al decir la convocante, se acreditó que la suma que debía pagar el IDU correspondía a \$1.420.778.324.

9. En concepto de la demandante, el IDU incumplió su obligación contractual de pagar los trabajos de interventoría ejecutados entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de agosto de 2012, a pesar de haber sido reconocidos en el procedimiento de arreglo directo.

5. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA ACUMULADA

En la demanda acumulada se incorporaron las siguientes pretensiones declarativas y de condena:

“4.1 DECLÁRESE que CONSORCIO INTERCOL ofertó y pactó contractualmente con el IDU y TMSA el pago mensual de su labor de interventoría bajo el concepto de un precio global directamente proporcional al plazo de ejecución inicialmente pactado en 27 meses, para el contrato No. 174 de 2007.

4.2 En virtud De lo anterior DECLÁRESE que al efectuarse prórrogas al plazo del contrato No. 174 de 2007 se hicieron adiciones que contemplaban los pagos mensuales del tiempo prorrogado, según lo pactado en la cláusula 10 del contrato de interventoría.

4.3 DECLÁRESE que el último pago efectuado por el IDU y/o TRANSMILENIO S.A. a CONSORCIO INTERCOL como contraprestación pactada en el contrato de interventoría No. 174 de 2007, tuvo lugar el 20 de abril de 2012, en concepto de pago de la factura No. 39 correspondiente a los trabajos ejecutados entre el 16 de noviembre de 2011 y el 15 de diciembre de 2011.

4.4 DECLÁRESE que el CONSORCIO INTERCOL ejecutó las actividades de interventoría, en virtud del contrato No. 174 de 2007, entre 1 de enero de 2012 y el 31 de agosto de 2012, en cumplimiento de las órdenes impartidas por el IDU, sin que la entidad contratante definiera cómo procedería al pago de los meses de interventoría que faltaban por ejecutar, desde el mes de enero de 2012, hasta la fecha de suscripción del Acta de Terminación y Recibo de la Etapa de Construcción del contrato

de obra, esto es, sin que se suscribiera una adición al contrato.

4.5 *DECLÁRESE que el IDU y/o TRANSMILENIO SA estaban obligados a pagar a la interventoría CONSORCIO INTERCOL la contraprestación económica de los ocho (8) meses de ejecución del contrato de interventoría No. 174 de 2007, entre el 1 de enero de 2012 al 31 de agosto de 2012.*

4.6 *En subsidio de las anteriores pretensiones, DECLÁRESE que el IDU ordenó la ejecución de actividades por parte de CONSORCIO INTERCOL incumpliendo la obligación de pagar a la interventoría la contraprestación de ocho (8) meses de ejecución del contrato No. 174 de 2007, (entre el 1 de enero de 2012 al 31 de agosto de 2012), de conformidad con lo previsto en su cláusula 10, ocasionando con dicho incumplimiento, y en perjuicio de CONSORCIO INTERCOL, el desequilibrio económico del contrato No. 174 de 2007.*

4.7 *En subsidio de la pretensión 4.6., DECLÁRESE que el IDU y/o TRANSMILENIO S.A. incumplió el compromiso, adoptado durante la Etapa De Arreglo Directo, mediante Acta No. 2 del 9 de agosto de 2012, de pagar los costos en que incurrió el CONSORCIO INTERCOL con ocasión de las actividades ejecutadas desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de agosto de 2012, contenidos en los soportes documentales debidamente radicados ante el IDU, en el año 2012, y aportadas al presente proceso.*

4.8 *Como consecuencia de las anteriores pretensiones se CONDENE al IDU y/o TRANSMILENIO S.A., a RECONOCER Y PAGAR a favor del CONSORCIO INTERCOL la suma, debidamente indexada, de MIL CUATROCIENTOS VEINTE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS VEINTICUATRO PESOS M/CTE (\$1.420.778.324), a una tasa equivalente al DTF + 2 puntos, de acuerdo con lo pactado en la cláusula 22 del contrato No. 174 de 2007, calculados desde cuando sea debido pagar la remuneración mensual a CONSORCIO INTERCOL, y hasta la fecha efectiva del pago. A la fecha los intereses así calculados ascienden a la suma de CUATROS CIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES CIENTO TRES MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS M/CTE (\$465.103.530)*

4.10 *En subsidio del numeral 4.9., se CONDENE al IDU y/o a TRANSMILENIO S.A., a RECONOCER y PAGAR a favor del CONSORCIO INTECOL, frente a las sumas de dinero por concepto del numeral 4.8. la tasa que resulte probada en el proceso, a partir de la fecha en que la entidad estuvo obligada a reconocer y pagar las sumas reclamadas en la presente demanda.*

4.11 *Que se CONDENE al IDU y/o TRANSMILENIO S.A. a las costas del proceso.”*

6. LA CONTESTACIÓN DE LA PARTE CONVOCADA A LA DEMANDA ACUMULADA

En escrito presentado el quince (15) de febrero de dos mil diecisiete (2017) el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** contestó la demanda acumulada⁷.

En esta oportunidad aceptó unos hechos y negó otros, particularmente aquellos que afirman que el IDU incumplió su obligación de pagar a la Interventoría el costo por su mayor permanencia en el contrato, dado que, considera la convocada, dicha prolongación se debió a demoras imputables al contratista de obra, por lo que es a él a quien se le deben trasladar los costos que alude la convocante.

En lo que se refiere a las pretensiones, el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** se opuso a todas ellas.

Propuso, además, las siguientes excepciones:

- Inexistencia de incumplimiento por parte del IDU.
- Incumplimiento contractual de la Interventoría Consorcio INTERCOL.

En la misma fecha, la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.** contestó la demanda acumulada⁸.

En esta oportunidad aceptó unos hechos y negó otros, particularmente aquellos atinentes a la modalidad del precio del contrato. Adicionalmente, resaltó que no había participado en el procedimiento de arreglo directo entre la Interventoría y el IDU, y que tampoco incumplió sus obligaciones de remuneración pactadas en el contrato No. 174 de 2007, dado que no recibió ninguna orden por parte del IDU de pagar al Consorcio INTERCOL suma alguna relacionada con la actividad de interventoría.

En lo que se refiere a las pretensiones la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.** se opuso a todas ellas.

Propuso, además, las siguientes excepciones y coadyuvó las propuestas por el IDU:

- Falta de jurisdicción – falta de competencia.

⁷ Ver folio 136 a 157 del cuaderno principal número 3.

⁸ Ver folio 158 a 179 del cuaderno principal número 3.

- Falta de legitimación en la causa por pasiva en cabeza de la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. – actuación como simple pagador.
- Inexistencia de solidaridad entre el IDU y TRANSMILENIO S.A. frente a situaciones no pactadas expresamente.
- Pago.
- Falta de causa para pedir.
- Buena fe.
- Cosa juzgada.

III. ACTUACIÓN PROBATORIA SURTIDA EN EL PROCESO

1. El once (11) de octubre de dos mil diecisiete (2017) tuvo lugar la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal se declaró competente para conocer las controversias puestas a su consideración.
2. A continuación, mediante auto número 26 el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes las que se practicaron en su totalidad.
3. En audiencia celebrada el 24 de octubre de 2017, se posesionó el perito Yezid Hernández Quintana de cuyo dictamen y aclaraciones se corrió traslado a las partes.
4. El 8 de noviembre de 2017 se recibieron la declaración del señor José Germán Juyar Mora.
5. El 14 de noviembre de 2017 se recibió el testimonio del señor Armando Ávila Campos.
6. El 28 de noviembre de 2017 se recibió el testimonio de las señoras Claudia Contreras Fajardo y Diana Patricia López Jiménez.
7. El 22 de enero de 2018 se recibió el interrogatorio del representante legal de Investigación y Control de Calidad sucursal Colombia.
8. Se allegaron e incorporaron al expediente los laudos arbitrales proferidos dentro de los Tribunales de CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. contra INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU y EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO

S.A. radicado bajo el número 2875, y POYRY INFRA S.A.S. contra INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU y EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., radicado bajo el número 3121.

9. Las partes desistieron de las declaraciones de los señores Nicolás José Giraldo Bedoya, Hernando Vallejo Obando, Claudia Patricia Estrada, Aldo Fabián Alcaraz Ibata, Mario Alexander Palacio, Liliana Carolina Pérez Herrera, Francisco Javier Cifuentes, Silvana Yolima Nope Soler, Carlos Garzón Saboyá y Edgar Iván Cano Monroy, así como de los oficios dirigidos a la Procuraduría General de la Nación, a la Fiscalía General de la Nación y al Juzgado 11 Penal del Circuito de Bogotá.
10. Mediante auto número 38 de 30 de abril de 2018, se declaró concluido el periodo probatorio.

IV. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR LA PARTES

Las partes, luego de concluida la instrucción de la causa, en la forma prevista por el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012, acudieron a la audiencia de alegaciones finales. En ella hicieron uso de su derecho a exponer sus conclusiones acerca de los argumentos probatorios y legales.

Igualmente el Ministerio Público, dentro de la oportunidad prevista para el efecto, entregó sus alegaciones finales.

V. TÉRMINO PARA FALLAR

De conformidad con el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, cuando las partes no señalen el término para la duración del trámite arbitral, éste será de seis (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, lapso en el que deberá proferirse y notificarse incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición.

En el presente caso, la primera audiencia de trámite tuvo lugar el día once (11) de octubre de dos mil diecisiete (2017), fecha a partir de la cual se inició el citado término para proferir la providencia que aclare, corrija o adicione el laudo arbitral. Por ello, y teniendo en cuenta que el proceso se suspendió durante 120 días el término para fallar finaliza el 9 de agosto de 2018, por lo que el Tribunal se encuentra en término para proferir el laudo.

VI. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

1.- PRESUPUESTOS PROCESALES:

En el presente trámite arbitral los presupuestos procesales o condiciones formales para emitir un laudo que resuelva de fondo el asunto sometido a conocimiento de la justicia arbitral se encuentran reunidos a plenitud, habida cuenta de que, en primer lugar, la demanda con la que se promovió este proceso y que luego fue reformada colma las exigencias legales, circunstancia que quedó definida desde el inicio del proceso; en segundo lugar, tanto la Convocante como las Convocadas son personas jurídicas debidamente constituidas y representadas, que han concurrido al proceso y han actuado mediante apoderados judiciales en pleno ejercicio de sus derechos y garantías; y, por último, la competencia de este Tribunal quedó definida desde la primera audiencia de trámite mediante providencia debidamente ejecutoriada.

De manera que los presupuestos procesales conocidos como demanda en forma, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer al proceso y competencia del juzgador, se hallan reunidos a satisfacción y, por ello, el Tribunal resolverá materialmente este litigio, no sin antes observar que durante el trámite del proceso ninguna de las partes alegó nulidad ni puso de presente la existencia de irregularidades procesales que hubiesen afectado el ejercicio del derecho de defensa, y tampoco se advierte que exista causal de nulidad alguna que invalide las actuaciones surtidas hasta el momento, a lo cual debe añadirse por el Tribunal que efectuado el control de legalidad de que trata el artículo 132 del Código General del Proceso ni las partes ni el Tribunal advirtieron sobre la existencia de vicios de procedimiento.

No obstante lo anterior, como quiera que en el alegato de conclusión expuesto por el IDU se planteó de nuevo la supuesta nulidad del Contrato de Interventoría No. 174 de 2007 como consecuencia de la nulidad del Contrato de Obra No. 137 de 2007, asunto que, desde luego, tiene incidencia directa en la competencia de este Tribunal de Arbitraje, se hace menester abordar dicha temática, como en efecto se hace a continuación.

2.- LA NULIDAD DEL CONTRATO DE OBRA Y SU INCIDENCIA EN EL CONTRATO DE INTERVENTORÍA

En la contestación a la reforma de la demanda, el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU formuló la excepción que denominó “*nulidad absoluta del contrato 174 de 2007*”, la cual fundamentó en que, debido a su accesoriidad, la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato IDU 137 de 2007 se extiende al contrato de interventoría que da origen al proceso.

De conformidad con lo previsto en el artículo 1499 del código civil, el contrato accesorio es aquel que “*tiene por objeto asegurar el cumplimiento de*

una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella". En esa medida, sea lo primero advertir que, pese a lo previsto por las partes, si se da estricta aplicación a lo previsto en la ley, el contrato de interventoría no es un contrato accesorio del de obra, pues su objeto no se encamina a garantizar el cumplimiento de ninguna de las obligaciones contenidas en este último. De ser entendido así, frente al incumplimiento de alguna de las obligaciones del contratista de obra, el interventor tendría que responder por la misma obligación, lo cual no tendría sentido alguno.

En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 83 de la ley 1474 de 2001 *"(...) las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda (...). La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen"*.

Y si bien en estricto sentido, como ha quedado expuesto, entre ambos negocios jurídicos no existe relación de accesoriedad, sí se tiene una relación de dependencia⁹ en la medida en que el objeto del contrato de interventoría es verificar y controlar la ejecución del contrato de obra.

A este propósito ha dicho la jurisprudencia:

"No existe duda que entre el contrato de obra pública y el contrato de interventoría existe una coligación funcional e incluso genética.

En efecto, en los términos del artículo 14, numeral 1, de la Ley 80 de 1993, las entidades públicas tienen la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia permanente del objeto del contrato; sin embargo, cuando se trata de aspectos técnicos y especializados debe valerse del personal idóneo y calificado que permita asegurar un correcto seguimiento.

Precisamente, para efectuar ese seguimiento técnico especializado, es decir, para controlar, verificar y exigir que el objeto final se cumpla con las especificaciones técnicas y en la forma y tiempo debidos la entidad pública debe designar o contratar a un interventor, según corresponda. En otras palabras, la interventoría es un medio de control administrativo que ejercen las entidades públicas en relación con el contratista que funge como colaborador de la administración, para garantizar los fines perseguidos con la contratación estatal.

En los contratos de obra, el interventor es, pues, el representante

⁹ Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Tercera Edición, Dávila Vinuesa Luis Guillermo, página 596.

de la entidad pública frente al contratista, en relación con los aspectos que requieren conocimientos técnicos, bajo cuya responsabilidad se verifica que los trabajos se adelanten conforme a todas las reglamentaciones correspondientes, siguiendo los planos, diseños y especificaciones realizados por los diseñadores (artículo 4, numeral 24, de la Ley 400 de 1997, modificado por el artículo 2 de la Ley 1296 de 2008).

Es por ello que entre el contrato de obra y el contrato de interventoría existe una relación de dependencia unilateral o una conexidad funcional unilateral que implica que las obligaciones del contrato de obra constituyen, precisamente, el objeto del abstracto del contrato de interventoría y, en conjunto, las obligaciones de uno y otro están orientadas a un fin práctico común.

Tan manifiesta es la relación de conexidad o de dependencia unilateral que existe entre uno y otro negocio jurídico que el contrato de interventoría solo nace si existe un contrato de obra que deba ser objeto de interventoría, las obligaciones específicas del contrato de interventoría recaen sobre los trabajos propios del contrato de obra y si, por ejemplo, este último termina de manera anticipada, el contrato de interventoría carecerá de objeto y, por consiguiente, se extinguirá por la desaparición de aquél, de modo que el contrato de interventoría depende del contrato de obra y éste predomina sobre el primero, es decir, el de interventoría.

Retomando el contexto específico de la conexidad funcional, debe decirse que a través del contrato de obra se busca ejecutar la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, que se realice cualquier tipo de trabajo material sobre un bien inmueble (objeto abstracto del contrato de obra pública) y mediante el contrato de interventoría se busca asegurar que los trabajos ejecutados en cumplimiento del contrato de obra sean de buena calidad, que cumplan con las reglamentaciones correspondientes y que se adelanten conforme a los planos, diseños y especificaciones previamente establecidos.

Así, pues, el fin práctico y común de dichos contratos conexos es lograr que la obra material sea ejecutada y que los trabajos sean realizados de manera oportuna y de forma idónea, es decir, conforme a lo previsto en los pliegos de condiciones, en los planos, en los diseños y en las normas técnicas reglamentarias, para que cumplan las condiciones de calidad ofrecidas y sirvan para su uso natural, todo lo cual está orientado a satisfacer las necesidades de la administración, para que ésta logre el cumplimiento de los fines previstos en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 y, por la misma senda, los fines del Estado contemplados en el artículo 2 de la Constitución.

Una de las consecuencias más importantes que se siguen de la existencia de contratos coligados con dependencia unilateral está referida a que el incumplimiento de las obligaciones del contrato

predominante repercute en el contrato subordinado; por ejemplo, si el contrato de obra no se cumple en el plazo de ejecución pactado, el contrato de interventoría seguramente deberá ser prorrogado, lo que supone una consecuencia jurídica del uno sobre el otro.

Ahora, lo anterior no significa que todo incumplimiento de las obligaciones del contrato obra implique necesariamente el incumplimiento de las obligaciones del interventor. Solo cuando el incumplimiento de las primeras esté relacionado con el nexo funcional que existe con el contrato de interventoría se presentará un incumplimiento atado a la coligación comercial y, en tal caso, uno y otro contrato deben ser considerados de manera uniforme para efectos de la responsabilidad del constructor y del interventor y, por lo mismo, se debe evitar escindir la continencia de la causa.”¹⁰

Así, si bien no existe una relación accesoria en los términos del artículo 1499 del Código Civil, sí existe entre ambos negocios una conexidad cuyo efecto es, como lo quisieron plasmar las partes en la cláusula 14 del contrato, que su término y extensión estuvieran supeditados a la del contrato de obra.

Y no podía ser de otra manera, pues si el objeto del contrato de interventoría es vigilar y controlar otro negocio jurídico, terminado este último, se agota uno de los elementos esenciales del contrato de interventoría y por lo tanto necesariamente debería concluir. Y en el mismo sentido, ampliados o reducidos las obras o servicios contratados en el contrato principal, en este caso en el contrato IDU 137, igualmente se amplían o reducen los trabajos que se deberán controlar.

Ahora bien, la existencia de esa relación de dependencia entre el contrato de interventoría y el contrato controlado o vigilado no significa que la declaratoria de invalidez de uno afecte al otro, pues una cosa es que el término y objeto del negocio de interventoría esté supeditado al plazo y objeto del contrato que vigila, y otra muy distinta es que los vicios que el último tenga, se extiendan al primero.

Lo cierto es que la legalidad o ilegalidad (validez o invalidez) de cada

¹⁰ Consejo De Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de julio de 2016, radicación 85001-23-31-000-2002-00362-01(35763), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. En otra decisión jurisprudencial se lee que “No se debe perderse de vista que la interventoría, modalidad de consultoría en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es un contrato mediante el cual el Estado despliega su potestad de coordinación, supervisión, control y, en algunas ocasiones, hasta de dirección de una, varias o todas las obligaciones derivadas de un contrato o contratos específicos. Por lo mismo, si bien el contrato de interventoría es principal y autónomo, no cabe duda que tiene una relación inescindible con el contrato sobre el cual se ejercen las distintas funciones de vigilancia, coordinación y control”: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 7 de marzo de 2016, radicación 11001-03-26-000-2014-00110-00(51860), C.P. Dr. Guillermo Sánchez Luque.

contrato, dependerá del cumplimiento de sus condiciones de validez, a saber (i) capacidad de las partes para contratar, (ii) objeto lícito, (iii) causa lícita, y (iv) consentimiento libre de vicios, requisitos que en el presente caso se cumplieron a cabalidad para el contrato que en este proceso se discute. De suerte que la nulidad del Contrato de Obra 137 de 2007 no implica que deba declararse nulo el Contrato de Interventoría No. 137 de 2007, dado que por más coligación negocial que exista entre dichos negocios jurídicos, el análisis de los motivos que dan lugar a la declaración de nulidad absoluta o relativa de los contratos estatales conforme a las normas del derecho común y a las especiales de la Ley 80 de 1993, debe hacerse en forma independiente y autónoma, máxime si los referidos contratos fueron celebrados en épocas diferentes y como consecuencia de procesos de selección autónomos.

En síntesis, la accesoriedad –en sentido lato– o dependencia entre dos contratos, tiene efectos sobre el término de duración de los mismos y sobre el objeto -entendido como cosa- pues, el contrato secundario no puede prorrogarse por un término mayor al del principal y así mismo su alcance dependerá de las obras y trabajos pactados en este último. Sin embargo, dicha dependencia no se extiende a la legalidad del contrato pues ésta depende exclusivamente del cumplimiento de los requisitos de validez, los cuales deben verificarse para cada uno de ellos de manera independiente sin que pueda entenderse que la omisión de alguno de ellos en uno de los negocios, se extienda automáticamente al otro, por tratarse de relaciones jurídicas diferentes, con partes distintas y con objetos diversos.

Por lo anterior, la excepción no prospera y procederá el Tribunal a abordar el estudio de fondo de la controversia.

3.- LA POSICIÓN SUSTANCIAL DE TRANSMILENIO EN EL PRESENTE ASUNTO

3.1.- En relación con la participación de la Empresa de TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. (que en adelante se denominará TRANSMILENIO) en el presente proceso arbitral, el Tribunal de Arbitraje considera pertinente precisar la posición de las partes al respecto en las diferentes etapas procesales:

- El CONSORCIO INTERCOL, el 26 de septiembre de 2014, al solicitar la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para resolver sus controversias surgidas con el IDU, en relación con el Contrato de Interventoría No 174 de 2007, precisó, como parte convocada a dicho entidad pública, esto es, al IDU.

- La anterior demanda arbitral fue admitida por el Tribunal de Arbitramento

mediante el Auto No. 3 (Acta No 2), del 19 de marzo de 2015.

- El 20 de abril de 2015 el Apoderado Judicial del IDU interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda por cuanto, la parte convocante no incluyó a TRANSMILENIO a pesar de haber firmado, como pagador, el contrato objeto de este arbitraje y su cláusula compromisoria.

Consideró el recurrente que la omisión de citar al proceso, a la mencionada Empresa, la exponía a que *“(...) sea condenada en el laudo que ponga fin a éste mecanismo alternativo de solución de conflictos, sin que ejerza su derecho de defensa y contradicción (...)”*.

La parte convocante se opuso a la prosperidad del recurso contra el auto admisorio de la demanda, en primer lugar, por considerarlo improcedente por cuanto éste solo procede contra autos proferidos por jueces o magistrados no susceptibles de súplica, lo que indica que los autos dictados por un juez colegiado como el Tribunal de Arbitramento no son susceptibles del mismo. En segundo lugar, por cuanto si bien TRANSMILENIO es titular de una determinada relación en el contrato de interventoría, su comparecencia al proceso no es necesaria, sino cuasinecesaria toda vez que el laudo que ponga fin al proceso arbitral no puede ser del mismo contenido para TRANSMILENIO, por cuanto suscribió el contrato exclusivamente en su calidad de pagador, y las demás obligaciones correspondían al IDU y estas son las que se señalan en la demanda como incumplidas.

- El Tribunal de Arbitramento mediante el Auto No 4, del 18 de agosto de 2015 (Acta No 3) resolvió el mencionado recurso de reposición, por ser procedente de conformidad con el artículo 318 del CGP, y considero que era necesaria la vinculación de TRANSMILENIO S.A. al proceso de conformidad con el artículo 61 del CGP el cual dispone que *“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado”*.

Con fundamento en dicha norma y en la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la figura del litisconsorcio necesario, el Tribunal de Arbitramento precisó que el contrato de interventoría No 174 de 2007, respecto del cual debe pronunciarse, fue firmado por TRANSMILENIO, en desarrollo de lo acordado en el Convenio Administrativo de Cooperación No 020 de 2001 suscrito entre dicha entidad y el IDU, en cuya cláusula segunda

se indica que TRANSMILENIO asumió directa y únicamente la obligación de hacer los pagos a los contratistas con cargo a su presupuesto, para lo cual haría los registros presupuestales que ordena la ley, estrictamente en su calidad de pagador y siempre con la previa orden, expresa y escrita, del IDU. Y en virtud de dicho contrato adquirió específicas obligaciones que lo vinculan al desarrollo y ejecución de dicho negocio jurídico, razón por la cual el laudo que ponga fin a este proceso arbitral va a surtir efectos respecto de dicha entidad como parte contractual y por ello en su condición de sujeto negocial al cual se atribuyen derechos y obligaciones, debía ser convocado al proceso, de conformidad con el artículo 36, inciso final de la ley 1563 de 2012, que dispone que *“Cuando se trate de integración del contradictorio con quien haya suscrito el pacto arbitral, se ordenará su notificación personal, surtida la cual el citado tendrá veinte (20) días para pronunciarse, según corresponda a su condición de parte activa o pasiva. Vencido este término el proceso continuará su trámite.”*

- El 11 de septiembre de 2015 el IDU, mediante su apoderado respondió la demanda y al referirse a la parte convocada, se refirió al IDU y a TRANSMILENIO y propuso como excepciones de fondo las de: Inexistencia de la ruptura del equilibrio económico del contrato de interventoría No 174 de 2007 e inexistencia del incumplimiento por parte del IDU; Inexistencia de los elementos o requisitos que estructuran el presunto incumplimiento del contrato de interventoría No 174 de 2007, por parte del IDU; Cobro de lo no debido, el factor multiplicador se debió incluir los costos exigidos en sede arbitral (sic); Indisciplina contractual de la Interventoría Consorcio Intercol y Asunción de riesgos por Intercol.

- Por su parte, TRANSMILENIO mediante su apoderado, respondió la demanda, haciendo referencia a las dos entidades como convocadas y se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda, de las declarativas por cuanto no son *“pretensiones contra TRANSMILENIO S.A.”*, en cuanto pretenden declaraciones en relación con el IDU no contra TRANSMILENIO y no existe por parte de ésta conducta culposa, dolosa o gravemente culposa, en relación con sus obligaciones contractuales; de las de condena por cuanto su obligación consiste en adelantar los trámites administrativos y financieros para los pagos en sede administrativa, que autorice el IDU de manera expresa y escrita, lo cual incluye el manejo presupuestal y la administración de los recursos del contrato.

Al precisar las excepciones de fondo en que sustenta la defensa de TRANSMILENIO en la EXCEPCIÓN No 2 el señor Apoderado propuso la de *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA EN CABEZA DE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.- ACTUACIÓN COMO SIMPLE PAGADOR”* porque *“(…) no comparece como parte contratante al contrato 174 de 2007 (…)”* toda vez que el compromiso

de ejecutar el objeto del contrato y el cumplimiento de las obligaciones lo adquirieron la convocante y el IDU.

TRANSMILENIO solamente aparece en virtud del Convenio 20 de 2001, celebrado entre el IDU y TRANSMILENIO en virtud del cual asumió la obligación de hacer los pagos a los Contratistas con cargo a su presupuesto, para lo cual debía hacer los registros presupuestales que ordena la ley. Y únicamente para esos efectos TRANSMILENIO concurrirá conjuntamente con el IDU en los términos de dicho convenio a la firma de los contratos, modificaciones, otrosíes o cualquier otro documento en donde consten tales obligaciones de pago, estrictamente en su calidad de pagador, y previa orden expresa y escrita del IDU.

Se refiere también a las Obligaciones del IDU de conformidad con el Contrato IDU 174 de 2007 de Interventoría y concluye que *“Las anteriores cláusulas y las demás que figuran en el contrato son totalmente claras a efectos de identificar a la parte CONTRATANTE y en todas menciona al IDU en relación con la legalización, ejecución, desarrollo, modificaciones, control y liquidación del contrato.”* Y por el contrario se evidencia que TRANSMILENIO comparece como *“simple y llano pagador y no como contratista solidario del IDU”*, ya que su obligación es una labor meramente administrativa en relación con los recursos de presupuesto destinados por el Distrito, la Nación y el IDU para la ejecución de la obra, y por ello, el reconocimiento de pagos al contratista y/o la autorización de su pago no le corresponde, sino que simplemente los realiza por orden expresa y escrita del IDU, tal como lo establece el Contrato, sin que exista responsabilidad directa y solidaria en relación con la ejecución del Contrato.

Propuso como EXCEPCIÓN No 3. La de *“INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE EL IDU Y TRANSMILENIO S.A. FRENTE A SITUACIONES NO PACTADAS EXPRESAMENTE.”* Afirma que no existe solidaridad convencional, ni legal entre el IDU y TRANSMILENIO por cuanto en relación con la primera no existe ninguna previsión en el Contrato que disponga que TRANSMILENIO debe responder por los eventuales reclamos que se presenten ante el IDU o por presuntos incumplimientos que le sean atribuidos derivados de acciones u omisiones de la mencionada entidad. Y en cuanto a la solidaridad legal precisa que no existe ley que establezca dicha solidaridad en relación con el contrato de interventoría frente a situaciones no pactadas expresamente. Insiste que en el contrato no se previó la mencionada solidaridad. A lo cual se suma que TRANSMILENIO no celebró los otrosíes, ni los adicionales al Contrato de Interventoría No 174 de 2007, lo que prueba que no era parte del contrato de interventoría. Por último, manifiesta que no existe nexo causal del cual se desprenda responsabilidad directa de TRANSMILENIO. Agrega que mucho menos existe *“(…) responsabilidad solidaria pues no existe ninguna acción u omisión de la*

cual se desprenda o sobre la cual se sustente incumplimiento contractual o se hubiere generado daño o perjuicio alguno a la parte contratista hoy demandante”.

En síntesis, sostiene que no existe solidaridad impuesta por la ley entre el IDU y TRANSMILENIO, no se pactó en el Convenio Interadministrativo que establece la relación contractual entre dichas entidades, TRANSMILENIO, no se beneficia con la construcción de las obras ya que quien se beneficia es la ciudadanía, en el contrato base de la acción, expresamente, se pactó que su única obligación era pagar lo que de manera expresa y escrita le ordenara el IDU y así lo ha cumplido. Tampoco existe causa por cuanto no existe acción, omisión, extralimitación, hecho administrativo, vía de hecho o elemento alguno que provenga de TRANSMILENIO y que sirva de causa generadora de su responsabilidad.

En la EXCEPCIÓN No 4 PAGO, TRANSMILENIO afirmó que ha comparecido al negocio realizado por el IDU en calidad de mero pagador de las obligaciones por este adquiridas y sobre las cuales el IDU impartió su aprobación o autorización de pago según se desprende del texto del contrato de Interventoría. Y en cuanto ha cancelado al Contratista, hoy el Consorcio Demandante, todas las facturas autorizadas por el IDU, no procede pretensión alguna de cobro por incumplimiento por parte de TRANSMILENIO del pago del valor del contrato a la parte demandante.

La EXCEPCIÓN No 5 FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, la plantea TRANSMILENIO en el sentido de que ha cumplido en forma cabal y oportuna con su función de pagador de acuerdo con el Convenio 20 de 2001 celebrado con el IDU y según lo pactado en el Contrato de Interventoría No. 174 de 2007, cancelando al contratista todos y cada uno de los conceptos, que en forma previa, escrita y expresa ha autorizado el IDU.

Finalmente, plantea la EXCEPCIÓN No 6 titulada “BUENA FE” y alega que ha cumplido de buena fe las obligaciones adquiridas con el IDU en virtud del Convenio 20 de 2001 y ha concurrido a la celebración del contrato inicial como mero pagador actuando, debidamente, dentro del marco que se obligó según el citado convenio.

- El 5 de mayo de 2016 la parte convocante reformó la demanda y al precisar a la parte convocada se refirió solamente al IDU. Pero al precisar sus pretensiones incluye como parte convocada, a TRANSMILENIO.

- El 26 de mayo de 2016 el IDU contestó la reforma a la demanda y en su escrito no se refiere al tema de la participación de TRANSMILENIO, aunque la menciona al precisar la parte convocada.

- El 26 de mayo de 2016, TRANSMILENIO contestó la reforma a la demanda (Cuaderno Principal 2 Folios 448-459) y sobre la participación de TRANSMILENIO en el Contrato de Interventoría 174 de 2007 precisa que TRANSMILENIO adquirió únicamente la obligación de pago del contrato a precio global fijo de interventoría de una obra, en relación con las sumas que fueren autorizadas en forma previa, expresa y por escrito por parte del IDU.

Afirma que el mismo Contrato de Interventoría 174 de 2007 señala que TRANSMILENIO tiene la obligación derivada del Convenio Interadministrativo de Cooperación No 20 de 2001 de mero pagador en sede administrativa de lo que autorice previamente el IDU, es decir que dicha obligación es puramente instrumental y de manejo presupuestal, pues en relación con el Contrato de Interventoría 174 de 2007, solamente debe adelantar trámites administrativos y financieros necesarios para pagar las actividades y sumas de dinero que previamente, en forma expresa y por escrito autorice el IDU. Lo anterior, por cuanto TRANSMILENIO no es el contratante de la obra y por ello no tiene, ni por ley ni por el contrato mismo, la facultad de autorizar o negar pagos al contratista pues dicha “prerrogativa” es del IDU como único ejecutor de la obra.

Hizo referencia a que TRANSMILENIO no participó en la elaboración de los Otrosíes, adicionales y prórrogas al contrato de obra pública 137 de 2007, ni en su perfeccionamiento.

Se refiere a todos y cada uno de los hechos incluidos en la demanda, coadyuva parte importante de la respuesta dada a los mismos por el IDU y precisa que no se refieren a las obligaciones que le corresponden a TRANSMILENIO de conformidad con lo establecido en el Contrato de Interventoría No. 174 de 2007. Y en cuanto a las pretensiones manifiesta que se opone a la declaración, condena o prosperidad de todas y cada una de ellas, ya que en cuanto a dicha sociedad las pretensiones declarativas carecen de fundamentos de hecho y de derecho.

Agrega que no existe ninguna responsabilidad contractual desde el punto de vista legal para TRANSMILENIO, ni fuente de derecho de las cuales se genere dicha responsabilidad. Lo anterior, además de que no existe ninguna acción, omisión, hecho o extralimitación por las cuales deban ser declaradas en contra de dicha entidad.

Insiste en que TRANSMILENIO no incumplió ninguna de sus obligaciones como pagador en la medida que canceló todas y cada una de las sumas de dinero sobre las cuales recibió orden de pago por parte del IDU y no existe cuenta o suma alguna que el IDU le hubiere ordenado pagar en forma previa, expresa y por escrito, que no hubiere cancelado al Consorcio convocante.

Y en cuanto a las pretensiones de condena reitera los argumentos ya mencionados en cuanto a la posición jurídica de TRANSMILENIO en el Contrato de Interventoría No. 174 de 2007.

Finalmente, en relación con su participación en el Contrato de Interventoría No 174 de 2007, TRANSMILENIO propone las siguientes excepciones de fondo: EXCEPCIÓN No. 2:FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA EN CABEZA DE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.- ACTUACIÓN COMO SIMPLE PAGADOR; EXCEPCIÓN No. 3 PLEITO PENDIENTE; EXCEPCIÓN No. 4 INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE EL IDU Y TRANSMILENIO S.A. FRENTE A SITUACIONES NO PACTADAS EXPRESAMENTE; EXCEPCIÓN No. 5 PAGO; EXCEPCIÓN No. 6 FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; EXCEPCIÓN No. 7 BUENA FE.

Dichas excepciones de fondo contienen argumentos similares a los expuestos al responder la demanda inicial, ya precisados en apartes anteriores de este escrito. Solamente agrega la Excepción de “PLEITO PENDIENTE”, en referencia al proceso que cursaba en esa oportunidad en la Jurisdicción Contencioso Administrativa que luego, de acuerdo con lo decidido por el Consejo de Estado de 31 de mayo de 2016, en el proceso Radicado 250002336000201500109000 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, originó la demanda presentada ante este Tribunal Arbitral el 30 de septiembre de 2016 fue presentada por la parte convocante, y la cual fue acumulada al presente proceso.

- El 30 de septiembre de 2016, el Consorcio convocante presentó, ante este Tribunal Arbitral una segunda demanda, de conformidad con la decisión del Consejo de Estado del 31 de mayo de dicho año, en la cual consideró que la Jurisdicción Contencioso Administrativa no era la competente para decidirla por ser una reclamación enmarcada dentro del ámbito de la responsabilidad contractual y en virtud de la cláusula compromisoria incluida en el contrato de interventoría 174-2007. En relación con el tema que nos ocupa, en dicha demanda se precisan como convocadas el IDU y TRANSMILENIO y se refiere a los Riesgos asumidos por el IDU y TRANSMILENIO y menciona que dichas entidades no han pagado las sumas a las cuales alega tener derecho la convocante. Las partes conjuntamente solicitaron la acumulación de esta demanda al proceso arbitral, y así lo ordenó el Tribunal de Arbitramento, mediante el auto No 16 (Acta No 15) proferido el 11 de octubre de 2016.

- Surtido el trámite probatorio, en la oportunidad procesal pertinente, el IDU y la parte convocante el CONSORCIO INTERCOL presentaron sus alegatos de conclusión, sin volver sobre la participación procesal de TRANSMILENIO, aunque el mencionado Consorcio repitió su planteamiento inicial sobre el

tema, de mencionar como parte convocada solamente el IDU, y al precisar sus pretensiones incluyó también a TRANSMILENIO.

- TRANSMILENIO presentó su alegato de conclusión y en él se refirió a su naturaleza jurídica y su objeto, social de conformidad con su escritura de constitución, para concluir que dicha sociedad no tiene capacidad jurídica para celebrar contratos de obra pública y de interventoría, y por ello para cumplir su objeto social relacionado con “(...) *la gestión, organización y planeación del servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital (...)*” celebró el Convenio Interadministrativo No. 020 de 2001 con el IDU, el cual en su Cláusula Primera, precisó su objeto en “(...) *definir las condiciones en que las partes cooperarían para la ejecución de las obras de infraestructura física para el Sistema Transmilenio.*” Y en su cláusula segunda estableció que al IDU le correspondía el manejo de los procesos de contratación requeridos para la infraestructura física, así como los relacionados con las interventorías necesarias para su seguimiento y supervisión, y en general el manejo de dichos contratos, relacionados con las obras de infraestructura física de las troncales del Sistema Transmilenio, y, TRANSMILENIO tendría la obligación del manejo presupuestal y de realizar los pagos a los contratistas, previa orden expresa y escrita del IDU. Aportó sobre el tema citas de normas y jurisprudencia, así como de otros laudos sobre el tema.

Y se refirió a la prueba testimonial practicada en el proceso y a las declaraciones de varios testigos, que se refirieron a las responsabilidades de TRANSMILENIO relacionadas exclusivamente a hacer los pagos a los contratistas y en este caso al INTERVENTOR, previa orden expresa e inscrita del IDU.

Hechas las anteriores precisiones en torno a los argumentos que han expuesto las partes sobre el particular, le corresponde al Tribunal resolver acerca de la posición jurídica de TRANSMILENIO de cara al presente litigio.

3.2.- El Tribunal de Arbitraje, de acuerdo con lo expresado en el Auto No 4 del 18 de agosto de 2015, mediante el cual ordenó vincular al proceso a TRANSMILENIO, consideró que respecto de dicha Entidad sí se configura un litisconsorcio necesario, en cuanto si bien no sería posible hacer las mismas declaraciones frente a lo planteado por la parte convocante, toda vez que los incumplimientos alegados se refieren a las obligaciones adquiridas por el IDU, según el Contrato de Interventoría 174 de 2007, y las adquiridas por TRANSMILENIO S.A. según el mismo Contrato y también las precisadas en el Convenio Interadministrativo No 020 de 2000 celebrado con el IDU, lo cierto es que se trata de un sujeto comercial vinculado al Contrato de Interventoría como pagador, por lo que mal se podría adelantar este proceso sin su presencia en el mismo. El argumento central del Tribunal en

la citada providencia, fue que TRANSMILENIO como sujeto comercial debía estar vinculado al proceso, máxime si en este litigio se discute el incumplimiento de obligaciones surgidas del Contrato igualmente celebrado por dicha Entidad.

Lo anterior indica que si bien es posible que las declaraciones y condenas que deba hacer el Tribunal de Arbitraje no sean idénticas respecto del IDU y de TRANSMILENIO sí deben actuar los dos en el proceso por cuanto dichas Entidades celebraron el Contrato de Interventoría No. 174 de 2007, es decir, que intervinieron en “los actos” que dieron lugar a las obligaciones y derechos alegados en el proceso arbitral, en este caso en la celebración del contrato de interventoría, y resulta aplicable el artículo 61 del CGP al disponer que *“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado”.* (Se subraya)

Por lo tanto, si no es posible decidir sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de las mencionadas relaciones o que intervinieron en dichos actos, el juez al admitir la demanda debía notificar y dar traslado a quienes falten para integrar debidamente el contradictorio, tal como lo hizo en este proceso arbitral. De hecho, la demanda acumulada fue dirigida igualmente en contra de TRANSMILENIO y admitida de esa forma sin que en contra de dicha providencia se haya formulado impugnación alguna, por lo que el Tribunal ratifica en este laudo arbitral que era menester que estuviese vinculado a este proceso en el que, según se ha dicho, se discute sobre el posible incumplimiento de un Contrato que fue igualmente suscrito por dicha Entidad.

Está probado en el proceso que TRANSMILENIO en desarrollo del Convenio Interadministrativo 20 de 2001, celebrado con el IDU con el fin de definir las condiciones en que las partes cooperarían para la ejecución de las obras de infraestructura física del Sistema Transmilenio, en su Cláusula Segunda, Numeral 4, asumió *“directa y únicamente la obligación de hacer los pagos a los Contratistas con cargo a su presupuesto, para lo cual hará los registros presupuestales que ordena la ley.”*

Y en la misma cláusula segunda del citado Convenio Interadministrativo, se acordó, que únicamente para esos efectos TRANSMILENIO concurriría a la firma de los contratos o de sus modificaciones, o de otrosíes, en su calidad

de pagador.

Ya en el Contrato de Interventoría No. 174 de 2007, cuando se hace referencia a quienes lo firman, se precisa que TRANSMILENIO suscribe dicho Contrato, exclusivamente, en su calidad de pagador de las obligaciones dinerarias a favor del contratista, previa solicitud expresa y escrita del IDU, según se establece en el mismo contrato y de conformidad con lo acordado en el Convenio Interadministrativo 020 de 2001 celebrado con el IDU.

Y luego en su cláusula sexta titulada “*OBLIGACIONES DEL IDU Y TRANSMILENIO S.A.*” en su literal a) las partes acordaron que “*Además de las previstas en otras cláusulas del presente Contrato o en sus apéndices, o de las que se desprenden de su naturaleza, serán obligaciones del IDU y TRANSMILENIO S.A. según corresponda a cada uno de ellos: A) Efectuar los pagos a que se comprometen, de conformidad con la Cláusula 10 FORMA DE PAGO. En cualquier caso, en que el Contrato mencione una obligación de pagar alguna suma de dinero al Interventor, por cualquiera de los conceptos señalados en el Contrato, se entenderá que TRANSMILENIO S.A. y/o el IDU serán los encargados de hacer efectivo dicho pago, dependiendo de los respaldos presupuestales que otorgue cada una de las Entidades, previa solicitud expresa y escrita del IDU cuando se trate de recursos de TRANSMILENIO S.A.*”

También en la Cláusula 10 del mismo Contrato de Interventoría 174 de 2007, al establecer la forma de hacer los pagos a que se obligaba TRANSMILENIO las partes acordaron que se harían siempre que hubiera una solicitud escrita, previa y expresa del IDU.

De acuerdo con la hasta aquí expuesto, es claro para el Tribunal que la participación y la firma del Contrato de Interventoría 174 de 2007, por parte de TRANSMILENIO le generó la obligación de pagar al Interventor las sumas que solicitara de manera expresa, escrita y directa el IDU, lo que significa que dichos pagos no los podía hacer por su propia decisión, sino porque así lo dispusiera el IDU. Es decir, que su obligación era con el IDU en cuanto tenía que cumplir con su obligación contractual de actuar como pagador, sin que tuviera autonomía o poder de decisión respecto de si dichos pagos estaban acordes con las previsiones presupuestales correspondientes, de conformidad con lo previsto en el ya mencionado Convenio Interadministrativo 20 de 2001. Y de ninguna manera se puede afirmar que tuviera las mismas obligaciones y los mismos derechos que surgieron para el IDU del citado Contrato.

Por las mismas razones, en cuanto las obligaciones de coordinación, vigilancia y control de la ejecución de las prestaciones negociales, según el

mismo Contrato No. 174 de 2007, ellas correspondían al Contratista el CONSORCIO INTERCOL y al IDU, y por ello les correspondió definir y acordar lo relacionado con las modificaciones al Contrato, tales como las adiciones y otrosíes, mientras que TRANSMILENIO asumió, exclusivamente, la función de pagador en los términos previstos en las mismas cláusulas contractuales y del convenio interadministrativo, tal como ya se precisó.

Adicionalmente a lo ya mencionado, encuentra el Tribunal que tampoco se puede afirmar que entre el IDU y TRANSMILENIO existiera solidaridad, pues no está prevista en norma alguna y en el Contrato de interventoría No. 174 de 2007 tampoco fue acordada por las partes toda vez que ya en el convenio administrativo se habían establecido la responsabilidad del IDU y de TRANSMILENIO en relación con las obligaciones contractuales frente al contratista y, tal como ya se ha precisado, la obligación de TRANSMILENIO era, exclusivamente, la de actuar como pagador del Contrato, previa autorización escrita y expresa del IDU, entidad ésta en quien recaían las obligaciones en relación con la ejecución del contrato.

Concluye, entonces, el Tribunal arbitral que TRANSMILENIO fue citado al presente proceso, en cuanto celebró el Contrato de Interventoría 174 de 2007; que en virtud de dicho contrato adquirió la obligación de actuar como pagador de acuerdo con las normas presupuestales y que dicha obligación estaba condicionada a que así lo dispusiera el IDU; que no existía entre las partes solidaridad ni prevista en la ley, ni acordada por las partes. En consecuencia, con independencia de la discusión procesal acerca de si TRANSMILENIO es litisconsorte necesario (como lo dispuso el Tribunal) o cuasinecesario (como lo afirmó el Convocante), lo cierto es que debió estar vinculado al proceso como sujeto negocial a efectos de discutir si en tal calidad le asiste o no responsabilidad alguna frente a los hechos debatidos. En todo caso, como sujeto contractual debía estar presente en esta discusión a efectos de que lo que aquí decidido le pueda ser oponible, por lo que pasa a determinarse si a dicha Entidad le asiste responsabilidad por los hechos planteados en las demandas, tanto en la inicial reformada como en la acumulada.

3.3.- Al revisar el expediente y en los términos en que las partes plantearon sus posiciones jurídicas en relación con TRANSMILENIO, se observa que no se ha controvertido el cumplimiento que dicha sociedad dio a su obligación de actuar como pagador de los valores autorizados por el IDU al interventor, ni se ha probado que existan sumas ordenadas por el IDU y que por decisión de TRANSMILENIO no se hubieren cancelado, ni que hubiere realizado alguna acción o incurrido en una omisión que origine su responsabilidad para no pagar al interventor, es decir que no está ni alegado en el proceso ni probado que hubiere dejado de cumplir su obligación o de que exista acción u omisión alguna que compruebe el incumplimiento de su obligación

contractual.

Lo anterior a juicio del Tribunal indica que no es posible acceder a las pretensiones de la demanda en relación con TRANSMILENIO y en este sentido prosperan las excepciones propuestas por dicha sociedad de INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD, PAGO, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR y BUENA FE.

Por el contrario, no prospera la excepción de “*FALTA DE JURISDICCIÓN - FALTA DE COMPETENCIA Y NULIDAD DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA No IDU 174 de 2007*”, de conformidad con lo precisado por el Tribunal en el Punto 2 titulado “*SOBRE LA NULIDAD DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA*” de las Consideraciones de este Laudo Arbitral.

Y tampoco prospera la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA EN CABEZA DE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.*” por las razones expuestas en este punto 3 del Laudo arbitral.

Por último en relación con la Excepción de Pleito Pendiente, el Tribunal Arbitral considera que debe ser denegada, por cuanto la situación a que se refiere TRANSMILENIO al proponerla, desapareció del proceso, en cuanto el mismo Convocante, ante la decisión del Consejo de Estado, al declarar la falta de jurisdicción de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en razón de la existencia de la Cláusula Compromisoria en el contrato firmado por las partes, presentó otra demanda que fue acumulada en el presente proceso respecto de la cual se decide en este Laudo.

4.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA INICIAL REFORMADA EN RELACIÓN CON DESEQUILIBRIO ECONÓMICO E INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

4.1.- Corresponde al Tribunal resolver las pretensiones incorporadas en la demanda inicial en su versión reformada formulada por el CONSORCIO INTERCOL, pretensiones con las que, en síntesis, se busca se declare que el IDU y/o TRANSMILENIO incumplió las obligaciones nacidas del Contrato de Interventoría No. 174 de 2007, especialmente aquellas consagradas las cláusulas 4 y 8.1. del mismo, en razón de:

a.- La demora en la entrega, por parte del IDU, de los estudios y diseños necesarios para la ejecución del Contrato de Obra (contrato 137 de 2007) respecto del cual INTERCOL ejercía la interventoría.

b.- La suscripción del Otrosí No. 2 al Contrato de Obra, mediante el cual se modificó la Cláusula 4 del mismo, a través de la cual se estableció que la

entrega de los pronunciamientos sobre los estudios y diseños por parte del contratista al interventor, se podía realizar en los tres primeros meses de la Etapa de construcción. A pesar de dicha modificación del Contrato de Obra, el Contrato de Interventoría no fue modificado en el mismo sentido, por lo que INTERCOL tuvo que revisar y certificar los pronunciamientos efectuados por el Contratista de obra a los diseños entregados por el IDU durante los tres (3) primeros meses de la Etapa de Construcción, actividad que, conforme a lo pactado en el Contrato de Interventoría, debían realizarse durante los cuatro (4) meses siguientes a la firma del Acta de inicio del Contrato de Obra, por lo que, a juicio del Interventor, ello constituye desconocimiento de lo pactado en el contrato materia de este proceso arbitral.

c.- La modificación incorporada en el Otrosí No. 2 del Contrato de obra (Contrato 137 de 2007) permitió que vencido el plazo de tres (3) meses en la Etapa de Construcción para la entrega de los productos finales correspondientes a los estudios y diseños del proyecto, se hayan continuado revisando las actualizaciones de los estudios y diseños. Y a ello, se le agrega, que a través del Otrosí No. 6 del Contrato de Obra, con ocasión de la cesión de dicho contrato, se permitió que el cesionario continuara revisando los diseños del contrato durante la Etapa de Construcción del mismo, lo cual trajo como consecuencia que INTERCOL tuviera que, en cumplimiento de sus obligaciones como Interventor, continuar realizando revisiones hasta el mes de agosto de 2011, circunstancia que generó una mayor dedicación de personal de actividades que eran propias de la Etapa de Preconstrucción en la Etapa de Construcción, actividades que no le fueron reconocidas.

d.- La ampliación del plazo del Contrato de Obra en 11.5 meses pactada en el Otrosí 6, permitió establecer un periodo de transición a fin de revisar los estudios y diseños del proyecto, pero no se modificó en idéntico sentido el Contrato de Interventoría, lo cual generó una mayor dedicación para dichas actividades que no le fueron reconocidas al Interventor.

En razón de lo anterior, el CONSORCIO INTERCOL solicita se declare que el IDU y/o TRANSMILENIO, *“adoptaron decisiones, en calidad de contratistas, del Contrato No. 137 de 2007, tales como la suscripción de los otrosíes No. 2, 5 y 6, la tolerancia a los incumplimientos del contratista de obra, y las demás situaciones puestas de presente en los hechos de la demanda, que ocasionaron el desequilibrio económico del contrato No. 174 de 2007”* (pretensión segunda). Consecuencialmente, en la pretensión tercera, solicita se declare el rompimiento del equilibrio económico del Contrato de Interventoría No. 174 de 2007 y se condene al extremo Convocado a pagar:

- La suma de *“CINCUENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$53.869.429) a precios*

de 2007, por la mayor dedicación por ejecución de actividades propias de la etapa de preconstrucción en la etapa de construcción por 3 meses (octubre de 2008 a enero de 2009)”.

- La suma de “TRESCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES CIENTO SETENTA Y TRES MIL VEINTIOCHO PESOS (\$341.173.028), a precios de 2007, por la mayor dedicación en la ejecución de actividades propias de la etapa de preconstrucción en la etapa de construcción posterior al vencimiento del plazo otorgado para ello durante 11 meses y medio (enero de 2009 a agosto de 2010)”.

- La suma de “DOSCIENTOS VEINTIDOS MILLONES CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS PESOS (\$222.049.300), a precios de 2007, por la mayor dedicación en la ejecución de actividades de revisión posterior a la cesión del contrato de obra por 11,5 meses (agosto de 2010 a diciembre de 2011)”.

Frente a las sumas de dinero reclamadas como condena, la Convocante pidió el reconocimiento de los intereses pactados en la Cláusula 22 del Contrato *“a partir la fecha en que la entidad estuvo obligada a reconocer y pagar las sumas reclamadas en la presente demanda, esto es, mes vencido a aquel en que se empleó a cada uno de los especialistas, por fuera de los previsto en el contrato de interventoría, y al que se causaron las horas extras pagadas, o la fecha en que resulte probado”* (Pretensión quinta).

4.2.- El IDU se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en esencia, por estimar que tanto el valor total de la propuesta presentada por INTERCOL como el precio pactado en el Contrato de Interventoría No. 174 de 2007 cubrían todos los costos directos e indirectos derivados de las actividades materia del mismo, de suerte tal que dicho precio cobijó todos los costos en que debió incurrir el consultor para la ejecución de los trabajos, por lo que no puede ahora alegar sobrecostos ya incluidos en el valor pactado y pagado.

A ello debe agregarse, en sentir del IDU, que INTERCOL como interventor tenía plena autonomía y libertad para establecer el número de personas a utilizar en el desarrollo de los trabajos de acuerdo con el enfoque de organización que le diera a los mismos, por lo que la plantilla de personal que incorporó en su oferta conforme a los pliegos de condiciones de la licitación, era una plantilla de personal mínimo, por lo que si requería un personal adicional o con una dedicación superior a la ofertada, ese valor debía ser asumido por el Interventor en la medida en que conoció desde un principio el objeto contractual que, por lo demás, no fue modificado. Y si a ello se le agrega que la plantilla de personal mínimo fue la misma durante la Etapa de Preconstrucción y durante la Etapa de Construcción, con la sola variación del tiempo de dedicación, no tiene razón en exigir sobrecostos respecto de un proyecto que conoció desde un principio.

En todo caso, adujo el IDU, no hay evidencia de que al momento de suscribir los documentos contractuales mediante los cuales se adicionó en tiempo y en valor el Contrato de Interventoría, INTERCOL hubiese dejado salvedades o constancias en relación con los mayores costos que dichas modificaciones negociales iban a generar; más aún, según la Convocada, el Interventor siempre conoció de cerca las circunstancias que generaron dichas modificaciones y manifestó su aquiescencia al efecto, por lo que no puede ahora presentar reclamación en contra de sus propios actos.

Así mismo, el IDU fundamentó su oposición a las reclamaciones del interventor en que no hay prueba de que éste haya incurrido en pérdidas económicas que ameriten el restablecimiento de la ecuación financiera, habida cuenta que todas las adiciones y modificaciones reconocieron el pago de las actividades que ellas implicaron.

Adicionalmente, INTERCOL incumplió con las obligaciones a su cargo, especialmente por no haber entregado a satisfacción productos tales como el Acta de Cierre Ambiental e Informe Final Ambiental; Acta de Cierre Social e Informe Final Social de Interventoría; Informe Final de Interventoría; Planos Récord; Aprobación de la Memoria Técnica; Actas de Recibo y Cruce de Cuentas con las Empresas de Servicios Públicos y los respectivos paz y salvos; Entregan de la Señalización y Semaforización a la Secretaría de Movilidad junto con las certificaciones del caso, obligaciones que, según el IDU, no se han cumplido y ello no ha permitido liquidar el Contrato de Interventoría, circunstancia que, por lo demás, le impide a INTERCOL, como parte incumplida, pretender el restablecimiento o la indemnización reclamada en este arbitraje.

4.3.- Asunto que debe ser resuelto en primer lugar es el que corresponde a la excepción de *“Ineptitud Sustantiva de la Demanda”* que propuso el IDU en el escrito de contestación a la demanda reformada, medio exceptivo que hizo consistir en que INTERCOL, en su sentir, mezcló y confundió en sus súplicas las figuras del restablecimiento del equilibrio económico con la indemnización de perjuicios producto del incumplimiento de un contrato estatal, pues en las pretensiones se solicitó la declaración que apuntala a que se incumplió el Contrato de Interventoría por las modificaciones que le introdujo el IDU y, al mismo tiempo, se solicita se declare que existió rompimiento de la ecuación contractual. Sostiene el IDU que una cosa es el desequilibrio económico y otra es el incumplimiento y no pueden confundirse como lo hizo INTERCOL en la demanda.

Por ello, sostuvo el IDU en su contestación que *“el Tribunal de Arbitramento no sabe a ciencia cierta qué debe decidir, si declara el incumplimiento de un deber contractual sin determinar la fuente de la obligación incumplida o*

declarar si se generó un desequilibrio económico del contrato, frente a unos presuntos incumplimientos de otro contrato declarado sustancialmente nulo, sin que sean subsidiarias unas de otras y dándole al Tribunal una incertidumbre sobre la procedencia, por lo genérico de la imputación”. En consecuencia, adujo que “existe ineptitud en las pretensiones porque el rompimiento del contrato se ha entendido como el efecto de hechos ajenos a las partes, y además imprevistos, mientras que la modificación es un acto administrativo unilateral del contrato regulado por el artículo 15 de la Ley 80 de 1993, el cual no fue adelantado por la entidad, toda vez que ello es objeto de un acto administrativo, el cual no existe y, en caso tal, su legalidad no sería enjuiciable ante esta entidad”.

4.3.1.- Revisadas las pretensiones de la demanda en su versión reformada se encuentra que, en efecto, en ellas se solicita que se declare que el IDU incumplió el Contrato de Interventoría No. 174 de 2007 por las acciones y omisiones que en dicho acto procesal se describen (pretensión primera) y que, además, se adoptaron por el IDU decisiones en el Contrato de Obra No. 137 de 2007 *“tales como la suscripción de los otrosíes No. 2, 5 y 6, la tolerancia a los incumplimientos del contratista de obra, y las demás situaciones puestas de presente en los hechos de la demanda, que ocasionaron el desequilibrio económico del contrato No. 174 de 2007”* (pretensión segunda). Consecuencialmente, en la pretensión tercera, solicita se declare *“el ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO DEL CONTRATO DE INTERVENTORIA por el incumplimiento de las obligaciones del IDU y/o TRANSMILENIO S.A.”.*

De una simple lectura del libelo reformado se evidencia que las pretensiones de la demanda están orientadas a que se declare que en virtud de incumplimientos que INTERCOL le atribuye al IDU se rompió y alteró el equilibrio económico del Contrato de Interventoría No. 174 de 2007, por lo que solicita la indemnización, compensación o restablecimiento objeto de las pretensiones de condena.

La causa del desequilibrio alegada, es entonces, el incumplimiento contractual que se le imputa al IDU por haber adoptado decisiones en relación con el Contrato de Obra frente al cual INTERCOL desarrolló su labor de interventor (Contrato No. 137 de 2007) que afectaron el equilibrio económico del respectivo Contrato de Interventoría (Contrato No. 174 de 2007).¹¹

¹¹ Esa orientación de las pretensiones expresamente fue aceptada por INTERCOL en el escrito mediante el cual describió el traslado de las excepciones que el IDU planteó respecto de la demanda reformada, así: *“Las pretensiones declarativas y de condena de la demanda que dio inicio al presente proceso, no se excluyen entre sí, ni se presentan de manera ambigua, las mismas están llamadas a que se declare el ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA, por el incumplimiento de las obligaciones del Contrato No. 174 de 2007, especialmente las consagradas en las cláusulas 4 y 8.1 del Contrato No.*

Vistas las cosas de ese modo no encuentra el Tribunal que en las pretensiones exista contradicción alguna que impida que se aborde su estudio de fondo en este laudo arbitral, pues es claro, como ya se dijo, que INTERCOL pretende se declare que el Contrato materia de este arbitraje se desequilibró económicamente en razón de circunstancias acaecidas durante su ejecución que, a juicio del Convocante, constituyen además incumplimiento atribuible al IDU. Ello, a juicio del Tribunal, no encarna una insalvable contradicción generadora de una indebida acumulación de pretensiones que impida resolver de fondo el litigio, pues analizadas las mencionadas pretensiones, en consonancia con los hechos de la demanda, puede el Tribunal concluir que estamos en presencia de una reclamación por desequilibrio económico en razón de la ocurrencia de circunstancias que la Convocante le atribuye a la conducta de la administración pública.

Es por ello que puede concluirse, como se hizo desde el mismo momento en que el Tribunal admitió la reforma de la demanda, que desde el punto de vista formal las pretensiones fueron debidamente acumuladas al tenor de lo establecido por el artículo 88 del Código General del Proceso, específicamente en lo que concierne con el requisito contemplado en el numeral 2° de dicha norma, según el cual las pretensiones, para que ellas puedan ser acumuladas en una misma demanda, no pueden ser contradictorias, a menos que unas se formulen como principales y otras como subsidiarias.

El hecho de que en el presente caso las pretensiones principales persigan que se declare que existió alteración del equilibrio económico del Contrato de Interventoría No. 174 de 2007 por los incumplimientos que se le endilgan al IDU, no hace que dichas pretensiones no puedan ser decididas de fondo, toda vez que, se insiste, la causa del desequilibrio alegado es clara y precisa, pudiendo el Tribunal estudiarlas y resolverlas, máxime cuando la propia Ley procesal así lo ordena, pues hay que recordar que conforme al numeral 5° del artículo 42 del CGP, es deber de los juzgadores “*interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto*”, interpretación que, conforme a la misma disposición, “*debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia*”, de manera que para salvaguardar el derecho sustancial, garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia y procurar una adecuada tutela judicial, es necesario resolver de fondo el asunto y entender, como en efecto lo entiende el Tribunal, que aunque en la demanda se mezcla la responsabilidad contractual del Estado por

174 de 2007 por parte del IDU y/o TRANSMILENIO S.A. debido a las decisiones adoptadas en calidad de contratistas del Contrato No. 137 de 2007, objeto del contrato de interventoría No. 174 de 2007, tales como la suscripción de los otrosíes No. 2, 5 y 6, la tolerancia a los incumplimientos del contratista de obra, y las demás situaciones puestas de presente en los hechos de la demanda, que ocasionaron el desequilibrio económico del contrato No. 174 de 2007”

incumplimiento con la figura del restablecimiento del equilibrio económico, ello no puede constituir un obstáculo infranqueable que impida adoptar una decisión de fondo.

Y esa conclusión se fortalece si se tiene en cuenta que el extremo Convocado pudo ejercer a cabalidad, como en efecto lo ejerció, su derecho de defensa y contradicción como pieza integrante del derecho fundamental al debido proceso y, en tal virtud, se opuso a dichas súplicas y gozó de plenas y amplias oportunidades que le permitieron presentar resistencia a los pedimentos de INTERCOL. Y para ejercer su derecho de defensa no constituyó obstáculo que el Convocante haya alegado la existencia de un desequilibrio económico a causa de hechos que fueron simultáneamente presentados como constitutivos de incumplimiento contractual de parte de la entidad, pues frente a cada uno de aquellos el extremo Convocado pudo pronunciarse, al igual que frente a las consecuencias económicas reclamadas por la Convocante.

De manera que en el presente caso, lo que corresponde decidir es si, como lo afirma la Convocante, el Contrato de Interventoría sufrió alteración en su ecuación financiera en razón de las circunstancias que en la demanda reformada se han narrado, a las cuales adicionalmente la Convocante atribuyó el carácter de incumplimiento por parte del IDU, litigio que así planteado fue objeto de discusión y debate a lo largo del proceso y, ello, como se ha señalado, no denota *per se* una talanquera desde el punto de vista formal que le impida a este Tribunal de Arbitraje hacer un pronunciamiento de fondo.

4.3.2.- Ahora bien, es cierto que en nuestro derecho contractual ha sido materia de arduas e interesantes discusiones si la figura del incumplimiento contractual puede catalogarse como una de las causas del desequilibrio económico del contrato estatal o si, por el contrario, se trata de instituciones diferentes, autónomas e independientes que no pueden ser confundidas.

Al margen de las discusiones doctrinales y jurisprudenciales existentes sobre este interesante punto, lo cierto es que de acuerdo con el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993 los contratistas *“tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.”*

De acuerdo con esta disposición el incumplimiento de las obligaciones en cabeza de una de las partes del contrato estatal, específicamente de la

entidad contratante, puede dar lugar al desequilibrio del contrato, por lo que, desde el punto estrictamente legal, puede decirse que cuando la entidad incumple con las obligaciones a su cargo y ello genera consecuencias económicas en el contrato puede generarse alteración de la ecuación contractual que dé origen a su restablecimiento.

Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dado cuenta de las discusiones existentes al efecto y ha puesto de presente la diferencia entre las dos figuras, así:

“Finalmente la Sala, en desarrollo de su función pedagógica, encuentra necesario precisar que respecto de las diferencias existentes entre los supuestos y los efectos del desequilibrio financiero del contrato y la responsabilidad contractual del Estado, no hay unidad normativa, jurisprudencial, ni doctrinal.

En efecto, del análisis de la regulación legal contenida en la ley 80 de 1993, se advierte que el tema no está claro; muestra de ello es que las disposiciones relativas al ius variandi, por la modificación o interpretación unilateral del contrato, prevén como efecto de su ocurrencia la obligación de reconocer y pagar las compensaciones e indemnizaciones a que hubiera lugar (arts. 14 a 16 ley 80 de 1993), de lo cual se infiere que, para el legislador, este evento puede producir tanto el desequilibrio financiero del contrato - que conduzca la compensación del afectado -, como de responsabilidad - que conduzca a la indemnización plena de los perjuicios causados -.

Así también, cabe resaltar que la misma ley incorporó el incumplimiento del contrato, como un evento de desequilibrio financiero del mismo que, de producirse, obliga a restablecer la ecuación “surgida al momento del contrato” (inciso 2, num. 1, art. 5 ley 80 de 1993), cuando aquél es uno de los elementos que, junto con la imputación, configuran la responsabilidad contractual, determinante de la indemnización plena de todos los perjuicios causados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de nuestra Constitución.

Y si bien es cierto que el desequilibrio financiero del contrato y la responsabilidad contractual, son instituciones distintas en su configuración y en sus efectos, cabe precisar que ambas tienen puntos de convergencia, como la que se presenta en aplicación de la teoría del hecho del príncipe, que al ser concebida por esta Sección en forma estricta, conduce a la comprobación de los elementos típicos de una responsabilidad objetiva, por la presencia de un daño antijurídico – la alteración de la ecuación económica del contrato – imputable a la acción legítima del Estado contratante, que emite un acto general y abstracto.

Se encuentra también que, el incumplimiento de la obligación de

conservar y/o restablecer la ecuación financiera del contrato, nos ubica en el plano de la responsabilidad contractual, toda vez que comporta la presencia de sus dos elementos: el daño antijurídico – violación del derecho de crédito del contratista – imputable a omisiones del Estado, - por el incumplimiento de las obligaciones contractuales-.”¹²

En la sentencia cuyos apartes más relevantes a propósito del tema se transcriben, en sede de anulación se acusó a un laudo arbitral de contener un fallo en conciencia o en equidad por haber confundido las dos figuras y haber condenado a la entidad contratante al pago de una indemnización por el perjuicio causado en razón del incumplimiento de unas específicas prestaciones negociales, todo lo cual redundó en el desequilibrio económico del Contrato. La Sala encontró no configurada dicha causal en la medida en que encontró que en el proceso se habían alegado dichos incumplimientos, que habían sido debidamente acreditados y que igualmente se demostró el desmedro patrimonial que ellos le generaron al contratista, por lo que el laudo censurado era indudablemente una decisión en derecho.

En sentencia más reciente acerca del tema en comento dijo la Sala:

“El demandante considera que el equilibrio económico-financiero del contrato se quebrantó, porque las obras se iniciaron el 20 de junio de 1995, es decir, 14 meses después de lo previsto, por hechos no imputables a él y ello generó sobrecostos que tuvo que asumir en los gastos administrativos y en los materiales, en la mano de obra y en los equipos (hechos 18, 19, 26 y 27 de la demanda).

Para la Sala, los supuestos de hecho alegados no son constitutivos de ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato, sino de incumplimiento contractual.

La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su cocontratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

La sección tercera de esta corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2005, expediente 11001032600020040004300 (28.616), C.P. Dr. Germán rodriguez villamizar.

dan lugar a la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina “hecho del príncipe”, y “potestas ius variandi” (alea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “teoría de la imprevisión” y paralelamente en la “teoría de la previsibilidad”. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.

El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.

En esta oportunidad no es pertinente profundizar sobre los fenómenos capaces de alterar el equilibrio económico-financiero de los contratos del Estado, pues surge de manera palmaria que los supuestos alegados por el demandante no se ubican, en estricto rigor, en ninguno de aquéllos.”¹³

En otra oportunidad, retomando el precedente ya indicado, señaló la jurisprudencia acerca de la diferencia entre las dos figuras:

“En esta oportunidad, se reitera el citado antecedente jurisprudencial en cuanto a que, si bien el inciso segundo del numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, las dos figuras se diferencian desde el punto de vista ontológico, no solo por el origen de los fenómenos, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno y otro caso.

En efecto, la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 14 de marzo de 2013, expediente 760012331000-1996-03577-01 (20.524), C.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles, que impactan la economía del contrato, o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), no imputables a las partes.

La Sección Tercera de esta corporación ha acogido, de tiempo atrás, las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato estatal, señalando que dicho equilibrio puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina “hecho del príncipe” y “potestas ius variandi” (alea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “teoría de la imprevisión” y, paralelamente, en la “teoría de la previsibilidad”. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que ese equilibrio puede verse alterado por el ejercicio del poder, dentro del marco de la legalidad, o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación, pero en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato, es decir, por el incumplimiento contractual.

La fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso.

El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, el cual asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa con ello un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar.

El incumplimiento da derecho, en algunos casos, a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos supuestos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo disponen el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998.”¹⁴

En el litigio que se resolvió en la sentencia que se acaba de transcribir, la Sala interpretó la demanda y, en tal virtud, encontró que la demandante no

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 26 de febrero de 2014, radicación 60012331000199900522-01 (24.169), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

alegó en estricto sentido la responsabilidad contractual por incumplimiento sino la ruptura del equilibrio económico del Contrato de Concesión en razón de modificaciones unilaterales incorporadas por la entidad contratante.

Y más recientemente indicó que la diferencia entre las dos figuras es útil en casos en donde el demandante les da un tratamiento indistinto, pero ello en modo alguno puede constituirse en un obstáculo para desatar el correspondiente litigio y adoptar una decisión que resuelva de fondo la controversia sometida a decisión de la jurisdicción.

Dijo la Corporación:

“En cuanto a las causas de la ruptura del equilibrio financiero del contrato, la jurisprudencia y la doctrina han explicado que estas pueden agruparse en las siguientes categorías fundamentales: a) aquellas que responden a los supuestos de la teoría de la imprevisión y que consisten en hechos justamente imprevisibles y externos a las partes, al Estado y al contrato, que inciden de manera grave y anormal en el regular desarrollo del objeto pactado y en la equivalencia de las prestaciones contractuales; y b) las causas configurativas del denominado ‘hecho del príncipe’, que resultan imputables al Estado en su ámbito de gobierno y de ejercicio de autoridad y que, siendo ajenas al contrato, inciden en él alterando gravemente la economía contractual.

Ahora bien, con base en el tenor literal del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, la ruptura de la ecuación económica del contrato también se podría presentar como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones; al paso que, de acuerdo con el artículo 27 de la misma Ley 80, la ruptura del equilibrio contractual hace referencia al desbalance originado en un hecho no imputable a la parte afectada que debe ser restituido por la otra parte del contrato, en virtud del principio de la equivalencia de las prestaciones, en el mismo sentido en que lo establece el artículo 28 del indicado Estatuto General de la Contratación Administrativa.

No obstante lo anterior, aun cuando el incumplimiento podría, en principio, configurar una de las fuentes del desequilibrio económico del contrato, esta Subsección suele distinguir los dos supuestos, toda vez que existen diferencias conceptuales en la apreciación de la responsabilidad, entre los eventos de incumplimiento del contrato y de desequilibrio económico: el primero se ubica en el marco de la imputación de responsabilidad contractual bajo el análisis de la culpa o dolo en la conducta contractual, mientras que el segundo se enmarca dentro del concepto de la distribución de las cargas y riesgos del contrato. Por tanto, el desequilibrio económico es independiente de la conducta de cumplimiento del contrato.

Otra razón para justificar la diferenciación entre los conceptos que se debaten consiste en que para la cuantificación del perjuicio

demostrado en caso de incumplimiento contractual no se tiene que acudir al análisis de la ecuación económica del contrato, mientras que en el desequilibrio económico, el razonamiento en este último aspecto debe versar precisamente sobre la fórmula que gobernó la ecuación contractual, como supuesto esencial para determinar la ruptura del mismo y el alcance del restablecimiento correspondiente.

De esta manera, sin duda se justifica la delimitación de los conceptos de incumplimiento y desequilibrio económico y de las circunstancias que se controvierten, en orden a desatar los litigios como el que ahora ocupa la atención de la Sala.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que en el sub judice la parte demandante fundamenta la alegada ruptura del equilibrio contractual en supuestos que refieren el incumplimiento de la ETB, como lo son los pagos tardíos de las entregas parciales de la obra, el pago tardío del anticipo y las demoras que ocasionaron la mayor permanencia del contratista en el sitio de los trabajos. Al hacer mención de estos aspectos, ciertamente, el demandante mezcló los conceptos de incumplimiento y de desequilibrio económico, por lo cual resulta pertinente esbozar en este punto la diferenciación conceptual aludida.”¹⁵

Como se observa, para la jurisprudencia del Consejo de Estado, a pesar de lo dispuesto en el citado numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993, existen diferencias entre el incumplimiento como fuente de la responsabilidad contractual de Estado y el desequilibrio económico del contrato, diferencias que atañen no solamente a la configuración de las causas que le dan origen sino también a las consecuencias de dichas figuras, pero tales diferencias son de orden sustancial y no necesariamente generan que, en casos como el presente, el juez del contrato deba abstenerse de resolver de fondo el litigio; de hecho, en ninguno de los precedentes en comento el juez de lo contencioso administrativo dejó de hacer un pronunciamiento de fondo.

El hecho de que en la demanda de manera indistinta se invoque la existencia de conductas que en sentir de la Convocante son constitutivas de incumplimiento de las obligaciones en cabeza del IDU y que a partir de ellas en su sentir se haya generado alteración el equilibrio financiero del Contrato, no implica que el Tribunal no pueda resolver el fondo del asunto en razón de que la demanda, como lo dice el IDU, adolezca de ineptitud sustancial. Flaco favor haría el Tribunal a la administración de justicia si a estas alturas del proceso se pronunciara un laudo inhibitorio en el que no

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de noviembre de 2017, radicación 25000-23-26-000-1999-02431-01(36865), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

se resolvieran de fondo las pretensiones de la demanda porque el Convocante invocó al mismo tiempo la figura del desequilibrio económico con la responsabilidad contractual por incumplimiento, pues ello cercenaría el derecho de acceso a la administración de justicia.

En casos como el presente, lo que corresponde es, entonces, interpretar la demanda para desentrañar su verdadero espíritu y orientación, que no es otro que la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Interventoría alterado como consecuencia de las circunstancias narradas en la demanda, a las cuales el Convocante les dio el carácter de incumplimiento contractual en cabeza del IDU, pero con independencia de dicho alcance es claro que de lo que se trata es de determinar si en verdad dichas circunstancias generaron una alteración del sinalagma contractual que haya afectado gravemente al contratista y por ello deba ser plenamente reparado. Desde luego que ello comporta violación alguna del derecho de defensa en cabeza del IDU pues, como ya se anotó, frente a cada una de tales imputaciones tuvo oportunidad de pronunciarse ampliamente en el proceso, como tampoco genera vulneración de los límites de congruencia consagrados en el artículo 281 del Código General del Proceso, pues no hay modificación alguna de la causa petendi.¹⁶

En conclusión, considera el Tribunal que no existe ineptitud sustantiva de la demanda en su versión reformada y, en tal virtud, procederá a resolver las pretensiones primera a cuarta allí incorporadas, esto es, a determinar si en verdad ocurrieron las causas que INTERCOL narra como generadoras del desequilibrio alegado y si en realidad ellas generaron una afectación extraordinaria a la economía del Contrato y alteraron de manera grave, desproporcionada y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones que ameriten una compensación económica a favor del Contratista en el monto que, desde luego, esté debidamente acreditado en el expediente, desde luego, si es que a ello hay lugar, porque le corresponde

¹⁶ “(...) Ahora bien, el juez de lo contencioso administrativo cuenta con la facultad de interpretar la demanda, entendiéndolo que el ejercicio de sus funciones debe observar el derecho de acceso a la administración de justicia, y regirse por el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades. Al respecto, la Sala se ha pronunciado de este modo: “(...) si bien el referido escrito debería en principio formularse de manera clara, inteligible y precisa, no se puede desconocer que se trata de un acto humano que como tal, es susceptible de errores y por ende, ante la falta de técnica en su elaboración, es deber del juez desentrañar su verdadero sentido o finalidad, puesto que consiste en una actuación que se somete a su buen y razonable juicio, no siéndole dable únicamente acudir al sentido literal y estricto de las palabras que en ella se emplean, así como tampoco entenderla de manera desconectada o parcial -sino como un todo armónico e integral-, estimación en la que a su vez debe tener en cuenta que la finalidad “de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”, según lo establece el artículo 4 del C.P.C., en plena concordancia con las premisas constitucionales de primacía del derecho sustancial sobre el formal¹⁶ y del efectivo acceso a la administración de justicia”: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2016, exp. 34.097, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

al Tribunal estudiar el devenir contractual a efectos de determinar la incidencia que para el presente caso tuvo el silencio del Consorcio en la suscripción y celebración de los Contratos Adicionales y Modificatorios, como en efecto pasa a analizarse.

4.4.- El Convocante reclama que durante la ejecución del Contrato de Interventoría se presentó (i) mayor dedicación por ejecución de actividades propias de la etapa de preconstrucción en la etapa de construcción por tres (3) meses (octubre de 2008 a enero de 2009); (ii) mayor dedicación en la ejecución de actividades propias de la etapa de preconstrucción en la etapa de construcción posterior al vencimiento del plazo otorgado para ello durante once (11) meses y medio (enero de 2009 a agosto de 2010); y, (iii) mayor dedicación en la ejecución de actividades de revisión posterior a la cesión del contrato de once (11) meses y medio (agosto de 2010 a diciembre de 2011).

Estas circunstancias generaron, a juicio, del Convocante, sobrecostos que alteraron gravemente la economía del Contrato y generaron los perjuicios cuya reparación se pretende en la demanda.

A efectos de resolver las súplicas que sobre este particular tópico se formularon en la demanda inicial en su versión reformada, el Tribunal encuentra demostrados los siguientes hechos:

4.4.1.- El Contrato de Interventoría No. 174 de 2007, conforme a lo pactado en la Cláusula Tercera, tuvo un plazo estimado de 27 meses a partir de la firma del Acta de Inicio, plazo que se discriminó en dicha estipulación de la siguiente manera:

“PLAZO DEL CONTRATO.

El plazo total estimado del contrato es de 27 meses contados a partir de la firma del acta de inicio del Contrato por parte del IDU y el Interventor. Dicho plazo se discrimina así:

<i>Tramo</i>	<i>Preconstrucción</i>	<i>Construcción</i>	<i>Recibo de obra</i>	<i>Total</i>
<i>Tramo 3 comprendido entre transversal 76 y la carrera 42 B en Bogotá D.C.</i>	<i>4</i>	<i>16</i>	<i>1</i>	<i>21</i>
	<i>4</i>	<i>22</i>	<i>1</i>	<i>27</i>

Sin embargo, el plazo real de ejecución del Contrato corresponderá al que corra entre la fecha de firma del Acta de inicio de la etapa de preconstrucción y la Fecha de la firma del Acta de terminación de las obras de construcción objeto de contrato No. 137 de 2007, adjudicado en la licitación pública IDU – LP – DG – 22 – 2007.”

En la Cláusula Cuarta se dejó claro que la ejecución del Contrato de Interventoría tendría conexión con la ejecución y alcance del Contrato de Obra No. 137 de 2007, así:

“ALCANCE Y DESARROLLO DEL CONTRATO

La ejecución del presente contrato se adelantará teniendo en cuenta lo previsto en la cláusula 4. Alcance y desarrollo del contrato de obra 137 de 2007 en lo relacionado con las actividades allí asignadas expresa o tácitamente al interventor en las etapas de preconstrucción y construcción y lo previsto en los términos de referencia.”

Esta estipulación se encuentra en concordancia no solamente con la naturaleza del Contrato de Interventoría, sino también con lo acordado en la Cláusula 14 del mismo, según la cual *“El presente contrato de interventoría se entenderá como accesorio del contrato de obra”*.

4.4.2.- El valor del Contrato, según lo estipulado en la Cláusula Novena, ascendió a la suma de Doce Mil Setecientos Setenta y Tres Millones Doscientos Veintidós Mil Ciento Noventa Pesos (\$12.773.222.190,00), IVA incluido.

Según dicha estipulación *“El valor del Contrato sólo tendrá los efectos previstos de manera expresa en este Contrato y no servirá de base para reclamación alguna entre las partes por pretendidos o reales desfases entre cualquier estimación o precálculo de cualquiera de las partes, conocida o no por su contraparte, y los resultados económicos reales de la ejecución del Contrato”*.

El valor pactado, de acuerdo a lo Convenido en la Cláusula Décima, se pagaría de la siguiente manera:

“FORMA DE PAGO.

*Los pagos a que se obliga **TRANSMILENIO S.A.** se harán de la siguiente manera, siempre que medie solicitud escrita, previa y expresa del IDU.*

10.1. VALOR CORRESPONDIENTE A LA ETAPA DE INTERVENTORÍA DE PRECONSTRUCCIÓN:

El dos por ciento (2%) del valor total del contrato, correspondiente a la interventoría de preconstrucción, se pagará mediante dos (2) pagos bimensuales iguales contra entrega y aprobación de informes mensuales satisfactorios de avance y estado general del proyecto por parte de la Dirección Técnica de Construcciones del

Instituto de desarrollo Urbano.

10.2. VALOR CORRESPONDIENTE A LA ETAPA DE INTERVENTORÍA DE OBRAS:

El noventa y ocho (98%) del valor del contrato correspondiente a la etapa de construcción se pagará de la siguiente manera:

1) El noventa y cinco por ciento (95%) del valor total del contrato, mediante pagos mensuales iguales contra entrega y aprobación de los correspondientes informes mensuales satisfactorios de avance y estado general del proyecto por parte de la Dirección Técnica de Construcciones del Instituto de desarrollo Urbano.

2) El tres (3%) restante, una vez se efectúe el recibo de las obras tanto por parte de la interventoría como de las empresas de servicios públicos domiciliarios e igualmente se hayan recibido, por parte del IDU, el informe final de la obra, los planos record (sic) de la obra construida y los documentos de cierre social y ambiental. (...).”

4.4.3.- Consta en el expediente –y así lo han reconocido las propias partes– que se pactaron las siguientes adiciones y modificaciones del Contrato de Interventoría objeto de este arbitraje:

a.- Mediante Otrosí No. 1 suscrito el 10 de diciembre de 2007, entre otras estipulaciones, se modificaron algunos de los plazos para la ejecución de ciertas prestaciones negociales en cabeza del Interventor, en especial las contenidas en la Cláusula 5 del Contrato No. 174 de 2007, tal y como se lee en la Cláusula Primera del Otrosí

“PRIMERA: Modificar el literal c) Obligaciones relacionadas con la etapa de Preconstrucción de la cláusula 5 en el sentido que las obligaciones previstas en los numerales 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8 y 9 podrán ser culminadas dentro de los primeros tres (3) meses de la etapa de construcción, siempre que no sea por causas imputables al Contratista o al interventor. En consecuencia modificar en igual sentido el literal C. del numeral 2.1.21 del Apéndice No. 1 Actividades y Procedimientos de Interventoría.”

En la Cláusula Octava del Otrosí las partes acordaron que dicho documento negocial “no genera costos adicionales, ni modifica el plazo total estimado del contrato previsto en la cláusula 3 del mismo”.

b.- Mediante Contrato Adicional No. 1 de fecha 18 de noviembre de 2009 se adicionó el valor del Contrato en la suma de Ciento Veinticinco Millones Quinientos Ochenta y Cinco Mil Siete Pesos (\$125.585.007,00).

c.- Mediante Adición No. 2 suscrita el 16 de septiembre de 2010, suscrita

con ocasión de la cesión del Contrato de Obra No. 137 de 2007 al Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S., se modificó el plazo de ejecución y el valor del Contrato de Interventoría.

En la Cláusula Primera del Adicional se acordó *“Prorrogar en once (11) meses el plazo del contrato previsto en la Cláusula 3ª del Contrato 174 de 2007”*.

Y en la Cláusula Segunda, en relación con el precio, se pactó:

“PRIMERA: *Adicionar al valor pactado en el contrato principal, la suma de **CIENTO VEINTICINCO MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL SIETE PESOS M/CTE (\$125.585.007)**, equivalentes a 252.7370 SMMLV para el año 2009, discriminados de la siguiente manera: a) La suma de **ciento ocho millones doscientos sesenta y dos mil novecientos treinta y siete pesos m/CTE (\$108.262.937)** por concepto de valor básico. b) La suma de **DIECISIETE MILLONES TRESCIENTOS VEINTIDÓS MIL SETENTA PESOS (\$17.322.070)** por concepto de IVA.”*

En la Cláusula Tercera del Adicional acordó que *“El valor adicionado incluye las labores de interventoría acordes para ejercer las funciones de acuerdo al Plan de Contingencia establecido en el Otrosí No. 7 al Contrato 137 de 2007, objeto de la Interventoría”*.

d.- Mediante Adicional No 3 suscrito el 16 de agosto de 2011 se adicionó el plazo pactado en la Cláusula Tercera del Contrato de Interventoría en 2 meses y 13 días, como se lee en la Cláusula Primera de dicho acuerdo negocial:

“PRIMERA: *Prorrogar el plazo pactado en la Cláusula Tercera del Contrato 174 de 2007 en su etapa de Construcción, por el término de dos (2) meses y trece (13) días calendario, contados a partir de la fecha de su actual vencimiento. En consecuencia, la discriminación del plazo contenido en esta Cláusula, quedará así:*

Tramo	Etapa de Preconstrucción	Etapa de Construcción		Total
Calle 26 entre Carrera 19 y Transversal 76.	4 meses	35 meses y 13 días	1 mes	40 meses y 13 días

(...).”

Y en relación con el valor claramente se dejó establecido que dicha adición en tiempo no generaría costos adicionales ni para el IDU ni para Transmilenio, puesto que ellos serían asumidos por el Contratista de Obra

(cesionario), esto es, por el Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S., como consta en la Cláusula Segunda del Adicional en cita:

“Para efectos del pago de la presente prórroga, se aplicará lo previsto en el párrafo quinta de la Cláusula 4.2. del Contrato de Obra No. IDU 137 de 2007, así (i) El GRUPO EMPRESARIAL VÍAS BOGOTÁ asumirá los costos de la mayor permanencia de la Interventoría durante los dos (2) meses y trece (13) días de la permanencia de la presente adición (...).”

e.- Mediante Adicional No. 4 de fecha 28 de octubre de 2011 las partes acordaron adicionar el plazo de ejecución del Contrato de interventoría en Un (1) mes y quince (15) días contados a partir de la fecha del “*actual vencimiento*” e igualmente adicionaron el valor del mismo, como se lee en la Cláusula Segunda del documento contractual que ocupa nuestra atención:

“SEGUNDA: *Adicionar el valor consagrado en la Cláusula 9 del Contrato 174 de 2007 en la suma de cuatrocientos cuarenta y cuatro millones treinta y dos mil quinientos ochenta y ocho pesos M/CTE (\$444.032.588) incluidos IVA, desagregado así: TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS CATORCE PESOS M/CTE (\$382.786.714) como valor básico y, SESENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$61.245.874) por concepto de IVA.”*

f.- Finalmente, mediante Adicional No. 5 de fecha 13 de diciembre de 2011 las partes acordaron prorrogar el plazo pactado en la Cláusula Tercera del Contrato de Interventoría en 47 días contados a partir del 15 de diciembre de 2011, al igual que el valor del mismo, como consta en la Cláusula Segunda del Adicional en comentario:

“SEGUNDA: COSTOS DE LA PRÓRROGA: *La presente prórroga no genera erogación alguna para el IDU ni para TRANSMILENIO. Para efectos del pago de la misma, se dará aplicación a lo previsto en la Adición en Plazo No. 6 al Contrato 137 de 2007, mediante el cual se establece que el GRUPO EMPRESARIAL VÍAS DE BOGOTÁ asumirá los costos relativos a la permanencia de la interventoría durante el periodo de prórroga por cuarenta y siete (47) días. EL Costo de la Interventoría asciende a la suma de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (\$458.644.836).”*

g.- Las adiciones tanto en tiempo como en valor fueron resumidas por el perito Yesid Hernández Quintana en su dictamen, como se lee en las páginas 48 y 49 de dicha experticia.

4.5.- Como se observa, el Contrato de Interventoría No. 174 de 2007 que es

objeto del presente litigio arbitral fue objeto de varias adiciones en cuanto a plazo y dinero, adiciones que fueron consentidas y aceptadas por los sujetos negociales sin que al momento de haberlas acordado se hayan dejado salvedades, reservas, protestas o constancias en relación con los posibles sobrecostos en que podría incurrir o en que estaba incurriendo en relación con mayor dedicación del personal contractualmente pactado.

Es importante poner de presente que la reclamación formulada en este proceso por INTERCOL en su demanda inicial reformada radica, en lo medular, en que el IDU incumplió con su obligación de entregar al Contratista de obra y al interventor los estudios y diseños completos, circunstancia que dio origen a la ampliación del plazo contractual, a lo cual se agrega que en la Etapa de Construcción –e incluso luego de la cesión del contrato de obra– el IDU le exigió al Interventor la revisión y aprobación de actualizaciones de estudios y diseños, actividad que no hacía parte de sus obligaciones, todo lo cual condujo, según la Convocante, a que los especialistas que la Interventoría había programado para la Etapa de Preconstrucción se sostuviera durante la Etapa de Construcción, circunstancia que dio origen al desequilibrio reclamado.

Estas circunstancias que se produjeron durante la ejecución del Contrato pudieron ser puestas de presente a medida en que se iban celebrando los documentos modificatorios en cuanto a plazo y a valor, no obstante lo cual en ellos no aparece mención alguna de INTERCOL en torno a la existencia de mayores dedicaciones de personal en razón de actividades que superaban no solamente lo pactado en el Contrato de Interventoría sino lo que razonablemente podía preverse.

En ninguno de los textos contractuales a los cuales se ha hecho mención aparece una nota, manifestación, protesta, reclamación o salvedad en torno al desmedro patrimonial que para el Interventor estaba generando la mayor dedicación del personal inicialmente previsto solamente para la etapa de Preconstrucción y que, por las circunstancias particulares en que se desarrolló el Contrato de Obra No. 137 de 2007, estaban generando mayores costos a los inicialmente contemplados en el Contrato de Interventoría.

Basta una revisión material de dichos textos negociales para encontrar que el Interventor aceptó sin reparo y sin condicionamiento alguno que el Contrato de Interventoría se adicionara en tiempo y en valor sin que se evidencie manifestación alguna tendiente a reservarse el derecho de reclamar por los sobrecostos derivados de la mayor dedicación del personal con el que se estaban ejecutando las labores de interventoría.

Por el contrario:

- En el texto del Adicional No. 1 de fecha 18 de noviembre de 2009, en el aparte de “consideraciones”, específicamente en el numeral 6º, se dice que “(...) mediante solicitud de adición suscrita por el Subdirector General de Infraestructura, el Subdirector Técnico de Ejecución Subsistema Transporte (E), la Directora Técnica de Construcciones, el Coordinador y el Interventor, justifican dicho trámite [se refieren a la adición], invocando como causal de la misma lo siguiente (...)”.

- Texto similar aparece en el Adicional No. 2 del 16 de septiembre de 2010, en donde se dice que “(...) mediante oficio radicado IDU No. 20105260135332 del 16 de julio de 2010, el INTERVENTOR solicita a la Entidad la adición y prórroga del Contrato 174 de 2007, argumentando la necesidad de ‘continuar con las labores de supervisión del proyecto, según los compromisos asumidos con ocasión de la cesión del contrato de obra’”.

- En el Adicional 3 de fecha 16 de agosto de 2011, se lee que “Según comunicación radicado IDU No. 20105260788362 del 16 de agosto de 2011, el Consorcio INTERCOL solicitó al IDU la adición del Contrato de Interventoría argumentando que ‘en virtud de la Adición en plazo No. 5, al contrato de obra IDU 137 de 2007, en el cual se prorroga el contrato por un plazo adicional de 118 días, se hace necesario ampliar el plazo del contrato de interventoría IDU 174 de 2007’(...)”.

- Constancia similar se encuentra en el Adicional No. 4 de fecha 28 de octubre de 2011, en donde se lee, en el numeral 6º, que “Según comunicación radicado IDU 20115260963172 del 21 de octubre de 2011, el Consorcio INTERCOL solicitó al IDU la adición y prórroga del Contrato de Interventoría argumentando que ‘En virtud de la Adición en plazo No. 5 al contrato de obra IDU 137 de 2007, en el cual se prorroga el contrato por un plazo adicional de 118 días y teniendo en cuenta que mediante Adicional No. 3 se prorrogó el contrato de interventoría solamente por 2 meses y 13 días (73 días), se hace necesario ampliar el plazo del contrato de interventoría IDU 174 de 2007 en 1 mes y 15 días (45 días) y adicionarlo en \$444.032.588 para garantizar el seguimiento al contrato de obra IDU 137 de 2007, de acuerdo a las condiciones establecidas por la Entidad’ (...)”.

- En el mismo sentido aparece en el texto del Adicional 5 del 13 de diciembre de 2011, que se dejó plasmado que “Según comunicación radicado IDU No. 20115261066552 del 6 de diciembre de 2011, el Consorcio INTERCOL solicitó al IDU la adición y prórroga del contrato de interventoría, señalando ‘Adjunto remitimos para su aprobación y trámites pertinentes, la solicitud de Adición y Prórroga del Contrato citado en referencia’”.

Revisado el expediente tampoco se observa que previamente o de manera simultánea con la suscripción de dichos documentos negociales, INTERCOL

haya expresado la necesidad de que se acudieran a los mecanismos de reajuste o de solución de los posibles desequilibrios en que se estuviera incurriendo durante la ejecución del Contrato; por el contrario, como se acaba de reseñar, se evidencia que muchas de las adiciones en tiempo y valor fueron expresamente solicitadas y coadyuvadas a plenitud por el propio Interventor, quien consideró la necesidad de pactarlas a fin de poder cumplir cabalmente con las labores de Interventoría del Contrato de Obra No. 137 de 2007, por lo que si el Interventor consideraba que la mayor dedicación de personal en actividades propias de la Etapa de Preconstrucción durante la Etapa de Construcción le estaba generando pérdidas patrimoniales que alteraban la ecuación contractual, ha debido poner de presente la necesidad de que los sobrecostos generados por la mayor dedicación de personal en tales actividades fuese debidamente remunerada y, si a ello se negaba el IDU, el Interventor debió reservarse allí el derecho de formular la reclamación económica respectiva pero no suscribir dichos acuerdos negociales sin reparo o reserva alguna.

No hay prueba en el expediente que durante la ejecución del Contrato No. 174 de 2007 el CONSORCIO INTERCOL haya reclamado al IDU por la ejecución de actividades que generaran mayor dedicación de personal en forma superior a la inicialmente pactada y, por el contrario, obran en el proceso los Contratos adicionales y modificatorios que aumentaron tanto tiempo como valor, los cuales, como se dijo, fueron libremente acordados por el Interventor a pesar de que en dichos instrumentos negociales se hubiese podido invocar su existencia para analizar su incidencia en la economía del Contrato y de esta forma, si fuese del caso, adoptar las medidas consagradas al efecto, tal y como lo establece el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, norma que establece que si la equivalencia entre los derechos y obligaciones de las partes se altera durante la ejecución del Contrato, *“las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”* y para ello, conforme a la misma disposición, *“las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar (...)”*.

Vale la pena aquí traer a colación lo que expresó la testigo Claudia Patricia Contreras Fajardo, Directora de Interventoría durante toda la ejecución del proyecto, quien en su declaración narró lo siguiente:

“DRA. MATEUS: Usted indicó que la plantilla la interventoría debió mantenerla durante la etapa de construcción, podía precisar en qué consistieron las mayores dedicaciones durante la etapa de construcción de actividades propias de la etapa de preconstrucción?”

SRA. CONTRERAS: Sí, precisamente la plantilla de personal tenía

que cumplirse primer porque era una obligación de la interventoría y venía incluida dentro de los términos de referencia.

En ese entendido era obligatorio mantenerla plantilla de personal en la etapa de construcción, lo que exigía el contrato vuelvo y repito era en la etapa de construcción unos especialistas con unas dedicaciones inferiores a las de la etapa de preconstrucción.

Sin embargo la interventoría obviamente mantuvo el número de personal, el número de especialistas conforme lo indicaba el contrato, pero por las razones también ya expuestas debido a que el contrato fue sufriendo modificaciones en las que terminamos revisando diseños durante todo el contrato la interventoría se vio en la obligación de mantener las dedicaciones que traían los especialistas de la etapa de preconstrucción, mantenerlas en la etapa de construcción, por esa misma obligación que era inherente a la interventoría por el tema de la revisión de diseños, la constante revisión de diseños y en algunos casos por los diseños nuevos que se implementaron.

DRA. MATEUS: En algún momento la interventoría le manifestó al IDU que estaban utilizando especialistas de la etapa de preconstrucción o la plantilla de la etapa de preconstrucción durante la etapa de construcción?

SRA. CONTRERAS: Digamos que no era que estábamos utilizando especialistas de la etapa de preconstrucción y construcción digamos que los especialistas era los mismos yo aclaro, los especialistas eran los mismos lo que variaba insisto eran las dedicaciones de ellos.

DRA. MATEUS: Reformulo la pregunta, la interventoría en algún momento le manifestó al IDU que se habían mantenido las dedicaciones propias de la etapa de preconstrucción en la etapa de construcción?

SRA. CONTRERAS: En mi conocimiento no me acuerdo que hayamos por lo menos yo como directora de interventoría haya oficiado eso al IDU, sin embargo tocaría preguntarle al representante legal de esa época, pero no creo que lo hayamos manifestado.”

Indicó la testigo no haber recordado que durante la ejecución del contrato de Interventoría se le haya manifestado inconformidad al IDU acerca de la mayor dedicación de personal en la Etapa de Construcción, dicho proveniente de una testigo que conoció de cerca el desarrollo comercial y, por ende, le confirma al Tribunal la ausencia de reclamo en ese entonces que ahora hace improcedente su pretensión indemnizatoria, máxime cuando en respuesta posterior indicó la testigo:

“DRA. MATEUS: Sabe usted si la mayor dedicación de los

especialistas en la ejecución de actividades propias de la etapa de preconstrucción y de construcción fueron remuneradas a la interventoría?

SRA. CONTRERAS: No, en ningún momento porque no se hizo esa solicitud.”

4.6.- La jurisprudencia ha sido reiterativa en indicar que cuando las partes en un contrato de tracto sucesivo como el que es materia de este litigio, acuerdan extensiones del plazo, efectúan modificaciones al clausulado del negocio, realizan ajustes de orden financiero, etc., es decir, cuando introducen cambios a la estructura del contrato en cuanto a plazo, valor u contenido obligacional, deben dejar sentadas sus inconformidades, reclamaciones, constancias o reservas en torno a los perjuicios que se han presentado hasta la fecha o que podrán presentarse a futuro, pues esas modificaciones son la oportunidad precisa para que las partes acudan a los mecanismos de ajuste pactados contractualmente o para que adopten las medidas encaminadas a corregir y reparar los perjuicios que haya podido experimentar el contratista.

En este caso, como se dejó sentado en líneas precedentes, las partes en pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad negocial suscribieron las modificaciones a los plazos contractuales, no existiendo reserva, reclamación o protesta alguna en dicho momento por parte del contratista frente a cualquier perjuicio sufrido, es decir, dejando atrás y entendiendo por superada toda reclamación frente a cualquier sobre costo padecido hasta ese respectivo momento.

Esta posición jurisprudencial aparece condensada en reciente sentencia del 29 de enero de 2018, en donde se dijo:

“En efecto, tanto el artículo 16 como el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 prevén que en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo ‘los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar’ (...)”

Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.

Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como se sabe, la buena fe contractual, que es la objetiva, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”

En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.”¹⁷

Esta postura jurisprudencial se basa, entonces, en el principio de la buena fe contractual consagrado en el artículo 1603 del Código Civil, en concordancia con lo establecido en el artículo 871 del Código de Comercio, preceptos que obligan a los sujetos negociales a comportarse con rectitud, lealtad, transparencia y claridad no solamente durante la celebración del negocio sino durante su ejecución, informando a la otra parte acerca de la existencia de todas aquellas circunstancias que afecten o puedan afectar el cabal desarrollo del objeto negocial, de tal suerte que el silencio frente a dichas circunstancias genera la confianza de que las prestaciones se están ejecutando en situación de normalidad y que, por ende, no existen reclamaciones pendientes, por lo que si las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad celebran otrosíes, contratos adicionales, modificatorios, etc., escenarios en donde perfectamente pueden plantearse las observaciones, salvedades o puntualizaciones en relación con posibles desequilibrios o con perjuicios causados en razón de incumplimientos, pero se guarda silencio y las partes consienten en tales modificaciones, no serán viables ulteriores alegaciones en torno a los efectos económicos de dichas alteraciones negociales que no fueron puestas de presente en su debida oportunidad.

En este sentido, se ha dicho igualmente por la jurisprudencia:

“Si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de enero de 2018, Radicación 68001-23-33-000-2013-00118-01(52666), C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes. Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como se sabe, la buena fe contractual, que es la objetiva, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”. En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.”¹⁸

Igualmente, la jurisprudencia ha indicado que las partes en ejercicio de la autonomía negocial pueden acordar todos aquellos ajustes que resulten necesarios para restablecer el equilibrio económico y, por ende, si desaprovechan los pactos negociales en virtud de los cuales se amplíen plazos o valores para formular las reclamaciones correspondientes, pierden el derecho de formularlas con posterioridad.

Al respecto se ha dicho:

“Es menester de la Subsección reiterar que en los eventos en que se solicite la declaración de incumplimiento y de alteración del equilibrio económico del contrato, las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pueden pactar lo necesario para restablecer la ecuación contractual, para ello, pueden suscribir los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar”.

Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar el contrato, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 23 de octubre de 2017), radicación 15001-23-33-000-2013-00526-01(55855), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.

(...)

En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en el incumplimiento o la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual”.¹⁹

Un aspecto que resulta de vital importancia para adoptar la decisión con la que habrá de resolverse las pretensiones en comento tiene que ver con lo expresado por la Convocante en su alegato de conclusión en relación con la imposibilidad que, en su sentir, existe para aplicar al presente caso la postura jurisprudencial reseñada.

En su escrito de alegaciones afirmó INTERCOL que la tesis jurisprudencial que ha acogido el Tribunal en el presente asunto no resulta aplicable, en esencia, por dos razones: La primera, por cuanto el IDU obró en contravía de los mandatos y postulados de la buena incumpliendo las obligaciones a su cargo, conducta que se presentó, según la Convocante, de manera autónoma e independiente a la celebración de los Otrosíes, es decir, que no eran estos instrumentos idóneos para que pudiera INTERCOL poner de presente la existencia de conductas constitutivas de incumplimientos en cabeza del IDU; y, la segunda, que al momento de ejecutarse el Contrato de Interventoría No. 174 de 2007 no estaba vigente la postura jurisprudencial a la que se ha hecho referencia.

Específicamente adujo INTERCOL en su escrito de alegaciones finales:

“Se debe advertir que si bien la jurisprudencia actual del Consejo de Estado, en materia de reclamaciones por desequilibrio económico del contrato estatal, entre los requisitos que evalúa para los efectos de acceder a las pretensiones reclamadas, exige que el contratista haya consignado las respectivas salvedades referentes al desequilibrio en los modificatorios suscritos durante la ejecución del contrato, lo cierto es que dicha jurisprudencia no tendría por qué ser aplicada al presente caso, si se tiene en cuenta que las circunstancias que se encuentran probadas en el proceso y que fundamentan las pretensiones principales que dieron origen a la

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de mayo de 2017, radicación 25000-23-26-000-2001-01070-04(44286), C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

presente reclamación, obedecen a actuaciones del IDU que vulneran el principio de buena fe y que se constituyen en un verdadero incumplimiento de aquellas obligaciones que le eran exigidas en virtud del contrato suscrito con el consorcio interventor y el contrato de obra objeto del mismo, y no al rompimiento del equilibrio económico generado por situaciones extraordinarias, posteriores a la celebración del contrato, imprevistas e imprevisibles, ajenas a las partes (teoría de la imprevisión) o imputables a una actuación legal de la contratante (hecho del príncipe).

En este punto es necesario resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho una distinción entre la figura del desequilibrio económico y la del incumplimiento contractual, por lo tanto no se puede admitir en el presente caso que la interventoría haya vulnerado el principio de buena fe objetiva al no haber hecho salvedades en los otrosíes suscritos durante la ejecución del contrato No. 174 de 2007, toda vez que los mismos no se encontraban vinculados con la circunstancia de incumplimiento antes descrita y porque además a la fecha de suscripción del contrato No. 174 de 2007, no se encontraba vigente la línea jurisprudencial que exige actualmente la consignación de salvedades.”

No comparte el Tribunal lo expresado en el alegato de conclusión de la Convocante, por cuanto, por un lado, los Contratos Adicionales y Modificatorios que celebraron las partes en desarrollo del Contrato No. 174 de 2007, a los cuales ya se hizo referencia, tuvieron como objeto ampliar el término de duración del mismo, agregar y modificar actividades y, en algunos casos, adicionar el precio inicialmente pactado, por lo que la celebración de dichos acuerdos negociales sí fueron escenarios propicios para que INTERCOL pusiera de presente que estaba ejecutando mayores actividades a las inicialmente pactadas, lo cual estaba implicando una mayor número y una mayor dedicación de personal en la Etapa de Construcción al inicialmente pactado y, por ende, solicitar el restablecimiento del equilibrio económico o la reparación del perjuicio causado.

No obstante lo anterior, INTERCOL suscribió las referidas adiciones y modificaciones aceptando la ampliación de plazos y la modificación del precio sin haber hecho reparo alguno, a pesar de que estaba ejecutando las obras con una plantilla de personal mayor a la prevista y con una dedicación superior, guardando silencio y absteniéndose de efectuar reserva, salvedad o reclamación en tal sentido, por lo que su silencio, conforme a la jurisprudencia citada, le impide ahora formular las pretensiones de la demanda.

Ahora bien, en cuanto a la alegación consistente en que para la época en

que ocurrieron los hechos no estaba vigente la línea jurisprudencial en comento, es necesario señalar que, aunque es cierto que los precedentes no pueden aplicarse de manera retroactiva²⁰, en el presente caso ello no es así, pues el máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha expuesto la tesis en comento desde hace varios lustros.

En efecto, en sentencia del 23 de junio de 1992 se dijo:

“La anterior manifestación, sin embargo, no encuentra pleno respaldo en el proceso, porque lo cierto es que si hubo suspensiones de las obras, atrasos, de moras, que en últimas condujeron a la prolongación del término contractual inicialmente señalado, no todo obedeció a la voluntad exclusiva de la entidad contratante, sino que hubo acuerdo entre las partes para hacerlo, como se desprende de las actas de suspensión de obra visibles a folios 63 y 64 del Anexo No. 1, suscrito por los interventores, Auditor General y el contratista; o bien de las obras adicionales contratadas, las cuales fueron consignadas en los documentos “otro sí” que reposan en los folios 50 a 60 del Anexo No. 1, suscritos también por el contratista; así mismo, obran en autos las solicitudes de prórroga del actor y los plazos concedidos no sólo en atención a esas peticiones, sino para que entregara la obra contratada en estado de correcta utilización.

No encuentra la Sala razonable que el contratista después de finalizado el contrato, por entrega total de la obra, pretenda censurar a la administración por prolongaciones en el plazo convenido, cuando estuvo de acuerdo con las mismas y en parte fue causante de aquellas. En ningún momento el contratista impugnó tales prórrogas y, si lo hizo, de ello no hay demostración

²⁰ Ha dicho la Jurisprudencia al respecto que: “Y es que si la ley y en general cualquier precepto o criterio jurídico normalmente no pueden regular de manera retroactiva hechos anteriores a su vigencia, a esa elemental consideración no escapa la jurisprudencia, pues si de esta se predica su carácter de fuente de derecho vinculante, claro resulta que sus enunciados (ratio decidendi), que son auténticas normas o directrices jurídicas, están llamadas a correr esa misma suerte. Con otras palabras, si la aspiración más elemental del orden jurídico es la de pretender autoridad y orientar el comportamiento humano conforme al derecho va de suyo que la preexistencia de la exigencia de conducta jurídicamente relevante es presupuesto elemental de racionalidad del sistema jurídico. (...) En virtud de la confianza legítima, que tiene su fundamento sustantivo en el postulado constitucional de buena fe, el respeto al acto propio y a la seguridad jurídica, se tutelan las expectativas que objetiva y razonablemente fundadas han advertidos los terceros a partir de los actos (hechos, omisiones, decisiones) de las autoridades estatales y que presentan vocación de estabilidad. Por consiguiente, alteraciones imprevisibles o intempestivas contrarias a esa conducta previa pueden afectar de manera antijurídica la situación de quienes se han atendido y ajustado su proceder al patrón uniforme de conducta previo. (...) Así, como a todo sujeto que obra conforme a un precedente le asiste la expectativa de que las consecuencias de tales actos surtidos y su juzgamiento se lleve a cabo conforme al derrotero jurisprudencial vigente para cuando ocurrieron tales, resulta bien entendido que la aplicación de un precedente retroactivo defrauda esa confianza, habida consideración que por esa vía la autoridad juzga los hechos o actos surtidos a partir de un criterio imprevisible e inesperado para quienes, en su momento, obraron conforme a las pautas jurisprudenciales vigentes para entonces.”: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 25 de abril de 2018, radicación 05001-23-31-000-2010-00463-01 (58890), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

alguna en el proceso. En cambio, si se infiere que con las prórrogas y ampliaciones las partes procuraron superar las dificultades que se presentaron, todo con el ánimo de obtener la ejecución del objeto contractual y de cumplir a cabalidad las obligaciones contractualmente adquiridas. De estas apreciaciones concluye la Sala que no hay lugar a aceptar el cumplimiento respecto del término del contrato planteado por el actor (...).²¹

En sentencia del 22 de noviembre de 2001 se lee:

“No se probó procesalmente que Benhur, dentro del término de ejecución del contrato incurrió en sobre costos superiores a los reconocidos por Cedenar. Además la Sala destaca que Benhur en ejercicio de su autonomía de la voluntad suscribió contratos adicionales de plazo en los cuales luego de la modificación de la cláusula original de plazo, convino con Cedenar que las demás cláusulas del contrato, entre ellas el precio, permanecían incólumes.”²²

Y en sentencia del 31 de agosto de 2011 se reiteró la tesis:

“No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales, cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato.”²³

Así las cosas, encuentra el Tribunal que la postura jurisprudencial es aplicable al caso objeto de litigio en la medida en que se trata de una tesis reiterada desde antes de la ocurrencia de los hechos que dieron origen a este conflicto contractual.

Y aunque en reciente sentencia del 21 de junio de 2018²⁴ el Consejo de

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 1992, exp. 6032, C.P. Daniel Suárez Hernández.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, exp. 13356, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2011, exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 21 de junio de 2018, expediente 25000232600020022000836-01 (33684), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Estado se señaló que *“No es dable afirmar categóricamente que la suscripción de actas y contratos adicionales sin salvedades enerva cualquier tipo de pretensión judicial por los aspectos convenidos. Esto como quiera que, cuando ello acontece, se requiere valorar las circunstancias, pues bien puede ocurrir sus suscripción como única alternativa, de donde no se puede cerrar la puerta al estudio de la realidad”*, en el presente caso, tal y como se ha evidenciado, el estudio de dicha realidad arroja que nunca hubo un reclamo durante la ejecución del Contrato en torno a la necesidad de que los valores reconocidos en los Adicionales fuera ajustado o que, pese a dicho reclamo, el IDU lo negó e impuso la suscripción de dichos documentos como única opción u alternativa.

Por lo expuesto, las pretensiones de la demanda inicial reformada serán denegadas y así se dispondrá en la parte resolutive de este laudo arbitral; específicamente se denegarán las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta y quinta, que son las relacionadas con el litigio en comento.

En cuanto respecta a las excepciones de mérito que en relación con las pretensiones de la demanda reformada, encuentra el Tribunal que en el medio de defensa intitulado *“Inexistencia de la Ruptura del Equilibrio Económico del Contrato de Interventoría No. 174 de 2007 e Inexistencia del Incumplimiento del mismo por parte del IDU”*, el IDU puso de presente, que INTERCOL *“nunca manifestó inconformidad o un mayor costo del servicio, ni presento (sic) reclamación económica alguna”*, a lo cual a agregó más adelante que *“el contrato ha sido objeto de múltiples adiciones y otrosíes en los cuales el contratista-interventor, no ha hecho salvedad alguna”*, motivo por el cual dicho medio exceptivo se declarará probado en los precisos términos aquí señalados.

Y como ello es suficiente para que se despachen las pretensiones ya indicadas, el Tribunal, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 282 del Código General del Proceso, norma que enseña que *“Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes”*, el Tribunal, entonces, no abordará el estudio de los demás medios exceptivos.

5.- LA PRETENSIÓN DE DEVOLUCIÓN DE LA RETEGARANTÍA

Solicitó INTERCOL en su demanda reformada que se condene al IDU a devolver la denominada *“retegarantía”* que no le ha sido restituida. Específicamente, en la pretensión sexta de la reforma se pide *“Que se ordene al IDU yo/ Transmilenio S.A. a devolver al Consorcio Intercol la Rete – garantía que actualmente se encuentra en poder de las demandadas”*, pretensión respecto de la cual en el escrito de contestación no hubo pronunciamiento

expreso y concreto, aunque el IDU indicó que INTERCOL no cumplió con las obligaciones a su cargo y dejó pendientes de ser entregados.

Revisado el material probatorio que obra en el expediente no encuentra el Tribunal que se haya acreditado que el IDU haya mantenido o conservado en su poder suma alguna por concepto de la figura denominada “*retención en garantía*” y que, por ende, deba ser restituida o devuelta al CONSORCIO INTERCOL. No hay en el proceso, entonces, acreditación en torno a que el IDU haya practicado dicha “*retergarantía*” y esté en mora de restituirla al extremo Convocante.

De hecho, del dictamen elaborado por el perito Yesid Hernández Quintana no se evidencia que exista valor pendiente de pago por parte del IDU que corresponda al concepto de “*retergarantía*”, como se evidencia en lo expresado por dicho experto en la página 52 de su experticia, así:

“El valor total facturado por el Consorcio Intercol a Transmilenio S.A., en virtud del contrato 174 de diciembre 28 de 2007, es la suma de Diez y nueve mil setecientos ochenta y cuatro millones setecientos cincuenta y un mil doscientos cincuenta pesos (\$19.784.751.250) IVA INCLUIDO.

NOTA: En concordancia con la cláusula 10 del contrato 174 de 2007 y de acuerdo a la cláusula Tercera del Adicional No 2, modificada con la cláusula Primera del otrosí No 2, el valor a pagar se haría en once (11) montos mensuales de \$522.829.710. para un total de \$5.751.126.810 iva incluido.

El Consorcio Intercol facturó mediante las facturas de venta 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54 y 55, DOCE (12) pagos mensuales iguales de \$522.829.710 iva incluido para un total de \$6.273.956.520 Iva incluido, valor que de acuerdo a los soportes contables fue pagado por Transmilenio S.A.

Lo anterior generó una diferencia facturada y pagada de \$522.829.710 iva incluido”.

No se evidencia, entonces, que existan saldos pendientes de pago que hayan sido retenidos por el IDU como garantía de las obras existentes y que se encuentre en la obligación de restituir al CONSORCIO INTERCOL, motivo por el cual la pretensión en comento será denegada.

6.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA ACUMULADA

6.1.- Antes de entrar al estudio de las pretensiones aquí formuladas, el Tribunal considera necesario determinar si las actividades, que según la Convocante en su demanda acumulada, fueron ejecutadas durante los ocho primeros meses del año 2012 se realizaron dentro del plazo contractual o,

en su defecto, fueron realizadas después del vencimiento del mencionado plazo.

El Contrato de Interventoría No. 174 de 2007 dispuso inicialmente de 27 meses como período contractual, pero posteriormente fue prorrogado en varias ocasiones mediante contratos adicionales hasta finalmente determinar la fecha de 30 de diciembre de 2011 para la terminación de las obras de la etapa de construcción que serían materia de Interventoría por INTERCOL. No obstante, en la misma Cláusula Tercera del Contrato de Interventoría se estableció “*el plazo real de ejecución del contrato*” para luego concretar que el plazo total se delimitaría entre la fecha de la firma del acta de inicio de las obras de preconstrucción y la fecha de firma del acta de terminación de las obras objeto del contrato 137 de 2007.

En la cláusula cuarta del contrato que da origen a este proceso se dijo que su ejecución tendría en cuenta lo previsto en la cláusula cuarta del contrato de obra No. 137 de 2007 en relación con actividades asignadas expresa o tácitamente al interventor en la etapa preconstrucción y construcción. A renglón seguido dispone que la responsabilidad del interventor va dirigida al control, la supervisión y la vigilancia de las obligaciones a cargo del contratista de obra.

En la cláusula 14 del contrato de obra se acordó que el seguimiento y la supervisión de la ejecución de las etapas de preconstrucción y construcción objeto del contrato de obra estarían a cargo del interventor.

Así mismo, en el Apéndice 1 se determinaron las actividades y procedimiento de la interventoría y en el Otrosí No. 1 del contrato No. 174 se advierte nuevamente las obligaciones pactadas en la cláusula 14 relacionada anteriormente.

Las partes del contrato de obra también acordaron que una vez terminadas las actividades de etapa de preconstrucción se daría inicio a la etapa de construcción, pero que en caso de faltar ejecución de alguna de las obras de la primera etapa “*podrían ser culminadas dentro de los tres primeros meses de la etapa de construcción*”

La secuencia anterior permite dejar claro que las actividades del interventor deberían ejecutarse hasta la fecha de la firma de la terminación de la etapa de construcción del contrato de obra, es decir, existe una relación de conexidad entre uno y otro negocio jurídico en cuanto a su extensión y a la necesidad de que el Interventor ejecute su labor hasta que finalice la construcción de la obra. Mal podría, entonces, el Interventor considerar que no tiene la obligación de continuar ejecutando sus actividades si el Contrato de Obra de no había finalizado cuando las estipulaciones vertidas en el

Contrato de Interventoría son claras en indicar que el plazo real de ejecución del mismo está atado a que finalice la Etapa de Construcción del Contrato de Obra.

En el contrato de obra las partes acordaron la finalización de las obras de la etapa de construcción para el mes de diciembre de 2011. No obstante el acuerdo, las obras se siguieron ejecutando y la interventoría siguió revisando y recibiendo tales obras, aunque, por estos hechos realizó varios requerimientos infructuosos a la entidad contratante hasta que finalmente el IDU resolvió, mediante un acto administrativo de fecha 31 de agosto de 2012, dar por terminada la etapa de construcción del Contrato de Obra.

Esta fecha es realmente la que corresponde a la condición establecida por el mismo Contrato de Interventoría cuanto manda expresamente que el plazo real del contrato vencía con la firma del acta de la terminación de la etapa de construcción del contrato de obra, que no es otra, que 31 de agosto 2012.

La misma identificación y concreción del plazo contractual fue igualmente reconocida por el Consejo de Estado en la providencia –que obra en el proceso– por medio de la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el auto que el juez de primera instancia declaró la falta de jurisdicción en razón de la existencia de cláusula compromisoria, en cuanto dijo que el plazo contractual del interventor vencía con la fecha de suscripción del Acta de terminación de obras del Contrato 137 de 2007.

Hay que recordar que las pretensiones de la demanda acumulada fueron formuladas inicialmente ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en ejercicio del medio de control de reparación directa, bajo el entendido que dichas súplicas correspondían a reclamaciones extracontractuales; sin embargo, al haberse considerado que se trata de asuntos de naturaleza contractual en la medida en que fueron prestaciones ejecutadas durante el plazo del Contrato de Interventoría No. 174 de 2007, concluyó el Honorable Consejo de Estado que el medio de control aplicable era el de controversias contractuales contemplado en el artículo 141 del CPACA, el cual debe ejercerse ante la justicia arbitral al existir cláusula compromisoria.

En dicha providencia²⁵, cuyas conclusiones comparte este Tribunal de Arbitraje, se dijo:

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, auto del 31 de mayo de 2016, radicación 25000-23-36-000-2015-00109-01(54701), C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero

“De lo anterior y de acuerdo con lo establecido en la cláusula 4 de dicho contrato, se puede determinar el plazo real de ejecución del contrato de interventoría, que las partes acordaron tenía estrecha relación y dependía de la finalización del contrato de obra n°. 137 del 28 de diciembre de 2007, pues hasta tanto no se suscribiese el acta de terminación de las obras no podía entenderse terminado el contrato de interventoría n°. 174 de 2007.

Verificado el expediente, se encuentra que el acta de n°. 74 de terminación y recibo de la etapa de construcción del contrato de obra n°. 137 de 2007 fue suscrita el 31 de agosto de 2012, fungiendo como interventor el señor Jorge Alberto Salamanca Rodríguez quien tenía la calidad de representante legal del Consorcio Intercol.

Por lo tanto, se puede concluir que el plazo real de ejecución del contrato de interventoría n°. IDU- 174 de 2007 se extendió hasta el 31 de agosto de 2012.”

Más adelante, en la misma providencia se lee en torno al carácter contractual de las reclamaciones del CONSORCIO INTERCOL lo siguiente:

“Si bien lo alegado por la parte demandante hace alusión a que se vio obligada a realizar actividades más allá del plazo contractual estimado, es claro que las divergencias planteadas están íntimamente ligadas con la ejecución, terminación y liquidación del contrato de interventoría n°. IDU- 174 de 2007, pues tal como se afirma sobre la existencia de labores no pagadas por parte del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, estas corresponden a aquellas relacionadas con la interventoría que se debía desarrollar sobre el contrato de obra n°. IDU- 137 de 2007.

Teniendo en cuenta que las pretensiones están orientadas al pago de labores de interventoría ejecutadas entre el 30 de enero de 2012 y el 31 de agosto de 2012, la Sala puede concluir que lo peticionado por el demandante se encuentra dentro del plazo real de ejecución del contrato de interventoría n°. IDU -174 de 2007, pues tal como fue referido, con ocasión al contenido de la cláusula 3 del contrato y a que el acta n°. 74 de recibo y terminación de la etapa de construcción fue firmada el 31 de agosto de 2012, hasta esta fecha se extendió el plazo real de contrato.

Adicionalmente, de la segunda pretensión se concluye claramente que frente al asunto puesto a consideración de esta jurisdicción, ya se acudió a uno de los mecanismos de solución de controversias pactados en la aludida cláusula 21 del contrato n°. IDU- 174 de 2007, situación que demuestra aún más que la parte demandante tiene como objeto de reclamación una situación cuyo origen es el contrato de interventoría y, por lo tanto, se encuentra cobijada por el pacto suscrito en dicho acuerdo contractual, conclusión respaldada en el oficio 2012-526-029883-2 del 18 de mayo de

2012 radicado por el Consorcio Intercol ante el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU, en el cual se expone lo siguiente:

‘A la fecha seguimos sin obtener respuesta por parte de la entidad sobre la necesidad de asignar recursos económicos para a) continuar con las labores de recibo más allá del plazo establecido (30 de Enero de 2012) y b) continuar la interventoría de obra a partir del vencimiento del plazo contractual (30 de Diciembre de 2011), según nuestras cartas:

(...)

Por lo anterior, y en el caso de que la entidad considere que nuestra presencia continúa siendo necesaria, solicitamos iniciar el procedimiento establecido en el contrato de interventoría sobre el Arreglo Directo de Controversia Contractual.’ (Subrayado y negrilla fuera del texto) (fl. 600, c.4)

Así mismo, las comunicaciones expedidas por el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU (fls. 334 y 335 del cuaderno n°. 4) hacen alusión a que con ocasión de la solicitud del Consorcio Intercol y en cumplimiento a la cláusula 21 –Solución de controversias- del contrato de interventoría n°. IDU-174 de 2007, se convocó a la mesa de trabajo para adelantar el arreglo directo referido en el numeral 21.1 de la cláusula. Adicionalmente, al verificar el escrito radicado el 09 de julio de 2013 con el n°. 2013526081442-2, se observa que lo puesto a estudio en el arreglo directo coincide con lo referido en el presente proceso, pues se dice lo siguiente:

‘De acuerdo con los compromisos establecidos en la Mesa de Trabajo realizada el pasado jueves 30 de junio de 2013, en cumplimiento de lo dispuesto en la reunión citada en referencia, con el objeto de revisar la información contenida en los soportes radicados en la Entidad para la respectiva verificación de los costos en que incurrió la Interventoría Consorcio Intercol en el periodo comprendido entre Enero y Septiembre de 2012, y en aras de continuar con el proceso de Arreglo Directo, adjunto remitimos los soportes verificados y ajustados de acuerdo con sus recomendaciones y observación. (...) (Subrayado fuera del texto) (folio 1158 del c.2 de pruebas)’

En este sentido, para la Sala no es posible acoger el argumento del recurrente en relación a que su petitum se orienta a obtener el reconocimiento de labores realizadas por fuera del contrato, pues, tal como se ha analizado, las pretensiones que se abordan en la demanda están íntimamente relacionadas con el desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del contrato de interventoría n°. IDU- 174 de 2007, además de estar circunscritas al plazo real de ejecución.

Por lo tanto, al encontrarse corroborada la estrecha relación entre las pretensiones de la demanda y los temas referidos en la cláusula

21.3 del contrato de interventoría, se hace evidente que el tema arribado a esta jurisdicción corresponde a aquellos estipulados en la cláusula compromisoria, con lo cual se excluye de este modo la competencia de los jueces administrativos.”

Por su parte, la Contraloría General de la República en audiencia de decisión llevada a cabo el día 19 de diciembre de 2016 dentro del proceso fiscal instaurado contra varios funcionarios públicos y el contratista de obra del Contrato No.137 de 2007 (providencia que igualmente obra en el proceso), llegó a la misma conclusión sobre la existencia de un plazo real diferente al vencimiento de la etapa de construcción y que finalizaba solo el 31 de agosto de 2012 con el acta de terminación del contrato de obra.

En conclusión, estima el Tribunal, en la misma orientación del Consejo de Estado y de la Contraloría General de la República, que las reclamaciones contenidas en las pretensiones de la demanda arbitral acumulada tiene un claro contenido contractual y bajo esa óptica se resolverán dichas pretensiones.

6.2.- Definido lo anterior, ahora sí se procede al estudio de las pretensiones referidas a la ejecución o no de actividades del Contrato No. 174 de 2007 durante desde el 30 enero de 2012 hasta el mes de agosto de 2012.

Las pretensiones de la demanda acumulada se pueden sintetizar de la siguiente manera:

- En las dos primeras se solicitó se declare la existencia del contrato, la forma de pago mensual y sus prórrogas.
- A renglón seguido se pidió se declare que el último pago que se hizo al Consorcio INTERCOL como contraprestación pactada en el contrato de interventoría No. 174 de 2007 fue por los trabajos efectuados hasta el 15 de diciembre de 2011.
- Se solicitó declaración en torno a que el consorcio INTERCOL ejecutó varias actividades contractuales entre el mes de enero y agosto de 2012 en cumplimiento de las órdenes impartidas por el IDU, sin definir como se haría el pago al contratista.
- Consecuencialmente se pidió disponer que el IDU está obligado a pagar la contraprestación económica durante los meses de enero a agosto de 2012.

Como pretensiones subsidiarias se solicitó, en síntesis, lo siguiente:

- Declarar que el IDU ordenó a INTERCOL ejecución de actividades en desarrollo del Contrato 174-2007 pero no realizó pago alguno por esas actividades.
- Que el IDU incumplió el compromiso adoptado durante la etapa de arreglo directo según lo establecido en el Acta 2 del 9 de agosto de 2012.
- Condenar al IDU a pagar la suma indexada de \$1.420.778.324 o pagar esta suma más los intereses a una tasa de DTF +2 puntos de acuerdo con la Cláusula 22 del contrato.

Esta demanda aquí acumulada –como ya se indicó– fue presentada inicialmente ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a través del medio de control de Reparación Directa. El Tribunal Administrativo de conocimiento decidió mediante providencia del 28 de junio de 2015 declarar probada la FALTA DE JURISDICCIÓN y, en consecuencia, ordenó su remisión a la Jurisdicción Arbitral en la medida en que en el Contrato de Interventoría objeto del litigio existe pacto de arbitraje.

Los demandantes, no contentos con la decisión, propusieron el recurso legal y el juez de segunda instancia -Consejo de Estado- mediante auto del 31 de mayo 2016 confirmó íntegramente la solución tomada por el Tribunal *A Quo*, por lo cual es claro que para los jueces administrativos la reclamación de la parte convocante quedó enmarcada dentro del ámbito de la responsabilidad contractual y, según ya se anunció en líneas precedentes.

6.3.- La Entidad Contratante se opone a las reclamaciones de INTERCOL, como primera medida, a la reclamación por obra que se dice ejecutada en el mes de enero de 2012, dado que en el Contrato Adicional No. 5 del 13 diciembre de 2011 se dispuso la prórroga del Contrato de interventoría por 47 días contados a partir del 15 de diciembre de 2011, esto es, hasta el 31 de enero de 2012. Adicionalmente, se aumentó el valor del Contrato en una suma de \$ 395.383.474 más IVA, para un total de \$458.644.836, pero advierte que no habría costos para el IDU ni para Transmilenio por cuanto el contratista de obra (cesionario), Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S., asumiría tales costos.

Para el Tribunal el texto que obra en el Contrato Adicional No. 5 es claro en establecer que el documento contiene una prórroga del plazo contractual y además un aumento en el valor del contrato de interventoría, costos que, como se dijo serían asumidos por el Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S. en su condición de contratista de obra.

La manifestación expresa del contratista de obra de asumir los costos de la adición No. 5 fue conocida y aceptada por el CONSORCIO INTERCOL como

consta en el documento contentivo de la correspondiente adición que prorrogó el contrato hasta el 31 de enero de 2012. Así las cosas, los costos en que pudo incurrir la interventoría en la ejecución de sus obligaciones durante ese mes de enero, fueron sufragados –o cuando menos debieron ser asumidos– por el contratista de obra y no podrán ser objeto de una nueva reclamación a través de esta acción. En ese sentido, para el Tribunal, conforme a las estipulaciones negociales vertidas en ese Adicional, no es jurídicamente procedente que INTERCOL reclame su pago al IDU.

6.4.- Frente a las demás pretensiones de la demanda acumulada, el IDU hace una manifestación expresa contra las pretensiones para decir que son ciertas las identificadas como primera, segunda y tercera; respecto a la cuarta no la niega y dice que la aclara porque la interventoría no ha dado cumplimiento a los productos finales de su Contrato, es decir, alega el incumplimiento en cabeza de la Interventoría; sin embargo, respecto de las demás pretensiones (Quinta, Sexta, Octava, Novena y Décima) se abstiene de responderlas, pero agregó:

“Se puede establecer que INTERCOL efectivamente desarrolló actividades con posterioridad a la fecha establecida contractualmente del 31 de enero de 2012 para la terminación de la interventoría en etapa de construcción realizando labores de revisión y recibo de obras así como la interventoría a las actividades realizadas con metas físicas que no fueron terminadas por el contratista de obra durante el tiempo pactado y que ocurrieron (sic) en un incumplimiento del contratista.

Respecto a las actividades de la interventoría se aclara que durante ese periodo no se entregó ningún informe semanal y mensual de interventoría que mostrara un seguimiento de obra.

El acta de terminación y recibo de obras suscrita el 31 de agosto de 2012 ocho meses y dos días después del plazo contractual para la terminación de la etapa de construcción del contrato de obra, a esa fecha se llegó debido a las demoras del contratista de obra a la ejecución de las metas físicas dentro del plazo pactado por causas imputables al contratista, por lo anterior, la Entidad en sus diferentes pronunciamientos y según ha quedado consignado en las diferentes sesiones de la mesa de arreglo directo considera que los costos asociados a la reclamación por mayor permanencia de la interventoría deben ser trasladados al contratista de obra, tal como se informó a la interventoría mediante comunicado IDU 20123460213041 del 2 de mayo de 2012”.

La transcripción anterior no deja dudas al Tribunal que se trata de una manifestación expresa del IDU en el reconocimiento de la existencia actividades realizadas por la Interventoría con posterioridad al 31 de enero de 2012 y que ellas tenían como finalidad la revisión, el recibo de obras y,

las objeciones a las metas físicas, hecho este que constituye una aceptación expresa de la pretensión cuarta declarativa relacionada con la ejecución de actividades por parte del consorcio INTERCOL durante los meses de febrero a agosto 2012. En consecuencia, no se pone en duda la ejecución de las actividades y su relación directa con el Contrato de Obra y, por consiguiente, con el de Interventoría que es materia de este litigio arbitral.

Por consiguiente, reconocida por el Convocado la existencia y realización de las obras, cuyo carácter contractual no se pone en duda, solo resta al Tribunal establecer la persona obligada al pago de esas actividades cuyo reconocimiento expreso hizo la Entidad, que, en este caso concreto, al igual que ocurre en toda discusión negocial en la que se discute por el no pago de unas obligaciones derivadas de un contrato, la única persona responsable es el contratante finalmente favorecido con el cumplimiento de tales actividades.

Es por todos conocido que en el acuerdo de voluntades en los contratos públicos, una de las partes se compromete a realizar, hacer o no hacer una cosa, y la otra a pagar un precio o contraprestación. La ley 80 de 1993 en su artículo 32, así como la Ley 1150 de 2007, ha establecido sobre los Contratos de Obra lo siguiente:

“Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”.

Como elementos esenciales al mismo se tiene la existencia de un sujeto activo determinado en el carácter de entidad estatal, otro pasivo o contratista, un objeto y un precio.

Como obligaciones del contratista se encuentran establecidas básicamente:

- Ejecutar la obra determinada en el pliego de condiciones en la forma detallada cualitativa y cuantitativamente.
- Entregar la obra en el plazo pactado.
- Poner a disposición el personal, tecnología y equipos ofrecidos.
- Suministrar los materiales convenidos para el proyecto.

De otra parte y respecto a las obligaciones del Contratante se encuentran:

- Pagar el precio convenido

- Poner a disposición los medios idóneos para la ejecución de la obra.
- Recepción de la obra en el tiempo pactado, manifestando la conformidad o no de lo recibido.
- Vigilar y controlar la ejecución del contrato a través del supervisor o interventor.

Respecto a la naturaleza u objeto de los contratos de obra, ha señalado el Consejo de Estado:

“El objeto de los contratos que celebran las entidades públicas, persigue el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Por consiguiente, la causa del contrato es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado. De acuerdo con esta orientación, los contratos estatales están poderosamente influidos por el fin que ellos involucran, cual es el interés público, lo que determina, por una parte, que no le es permitido a la administración desligarse de la forma como los particulares contratistas realizan la labor encomendada a través del contrato; y de otra, que el contratista ostente la posición de colaborador de la entidad. Es decir, con el contrato se pretende la realización de un fin de interés general, pues es un medio que utiliza la administración pública para la consecución de los objetivos Estatales, el desarrollo de sus funciones y la misión que le ha sido confiada, con la colaboración o contribución de los particulares contratistas, los cuales concurren a su formación persiguiendo un interés particular, que consiste en un provecho económico o lucro que los mueve a contratar y que se traduce en un derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual. Es, entonces, la razonable contraprestación económica la que permite que exista un adecuado balance entre el interés público que anima al Estado a contratar y el interés individual que estimula a los particulares colaboradores a obligarse a suministrar los bienes y servicios objeto del contrato para contribuir con el cumplimiento de los fines de la contratación, el cual debe ser calculado y previsto al tiempo de proponer y contraer el vínculo contractual.”²⁶.

Lo anterior no significa cosa diferente, a que cada una de las partes en un

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2011, No 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080), C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

contrato público tiene unas obligaciones previamente establecidas, las cuales, no solamente se circunscriben a la seriedad en el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción de los intereses colectivos, sino que van desde la parte inicial del contrato y son de tracto sucesivo, hasta su total finalización, y comportan especialmente para las entidades contratantes el deber de no apartarse de la ejecución del contrato vigilando y controlando su ejecución, a través de la labor que del mismo haga la interventoría.

6.5.- En relación con los hechos ocurridos con posterioridad a la Adición No. 5 del Contrato No. 174 de 2007, suscrita el 13 de diciembre de 2011, se sostiene en la demanda, en síntesis, lo siguiente:

- Que el IDU exigió al Consorcio INTERCOL procediera al recibo de obras ejecutadas dentro de la Etapa de Construcción del Contrato de Obra.

- Que la Etapa de Construcción del contrato de obra fue terminada el 31 de agosto de 2012 como consta en el Acta No. 74 de terminación y recibo de obras del contrato No. 137.

- Que por las actividades ejecutadas y derivadas del Contrato, la interventoría incurrió en unos costos que alcanzaron un valor de \$1.420.778.324 a la fecha del acta No. 74.

- Que el Consorcio INTERCOL solicitó el 12 de noviembre de 2012 a la entidad contratante la terminación del contrato No. 174, petición denegada por el IDU con el argumento de que aquella no había cumplido con todas las obligaciones contractuales con posterioridad al 31 de agosto 2012, desconociendo la prohibición legal de realizar actividades por fuera de contrato.

- Que a la fecha de presentación de la demanda arbitral el IDU no había reconocido pago alguno por concepto de costos por la ejecución de actividades contractuales entre enero y agosto de 2012 y que INTERCOL solicitó en varias oportunidades a la contratante para que informara la forma de pago de todas esas actividades ejecutadas por la interventoría y, definiera el plazo para la terminación del contrato, no obstante el IDU se abstuvo de dar respuesta alguna.

- Que ante el silencio de la contratante, INTERCOL solicitó iniciar la etapa de arreglo directo y para ello el 29 de mayo de 2012, el IDU promovió el mencionado procedimiento.

- Que el 9 de agosto de 2012 se suscribió el Acta No. 2 y allí se fijó la terminación de la etapa de construcción del Contrato No.137-2007 para el 31 de agosto siguiente. Consta en el documento que “*esta acta estará*

acompañada de la correspondiente Acta de Pago en la cual se incluirá la valoración de las obras recibidas a satisfacción por la interventoría entre 30 de diciembre de 2011 y 31 de agosto de 2012 (...)”.

- Que INTERCOL ejerció de buena fe labores de supervisión basado en la confianza legítima y con la convicción de que la entidad cumpliría su contraprestación, que alcanza un valor, de acuerdo a los documentos aportados en la etapa de arreglo directo, de \$1.420.778.324

6.6.- Como soportes documentales, con la demanda se acompañaron las siguientes piezas:

a.- Acta No. 74 del 31 de agosto de 2012, denominada “*ACTA DE TERMINACIÓN Y RECIBO DE OBRAS de la etapa de construcción del Contrato 137 de 2007*”, suscrita por IDU, el contratista y la Interventoría INTERCOL.

El acta contiene dos anexos: En el Anexo 1. OBRAS NO EJECUTADAS con la observación que no serán recibidas por INTERCOL. La lista del Anexo 2 OBRAS CON DEFECTO DE CALIDAD serán recibidas por el Interventor, pero, conjuntamente con IDU establecerán los plazos perentorios para su entrega. Las obras terminadas y NO relacionadas en los anexos se reciben a satisfacción por la interventoría.

Consta en este documento que las Actas de Cierre Social, Ambiental y Siso, serán objeto de entrega en el informe final de cada una de las áreas en septiembre de 2012.

Revisados los documentos adjuntos con el ACTA 74 se contempla un gran número de actas de comité donde constan recorridos de obra durante los meses de febrero, marzo, abril, mayo y julio de 2012, relacionados con espacio público, estaciones, redes secas y pavimentos, y, en cada una de las actas, se lee un acápite especial llamado “*OBSERVACIONES DE INTERCOL*” donde se hace una relación de varios tipos de advertencias que se le hacen al contratista especialmente incumplimiento en las obras del Contrato No. 137 de 2007.

b.- La Interventoría mediante oficio de febrero 2 de 2012 se dirigió al IDU para pedir información de algunos interrogantes sobre la ejecución de actividades del contrato 137 a partir del mes de diciembre de 2011, así mismo, pide verificación del PMT e indica que para continuar con la supervisión de obra, era necesario garantizar los recursos a partir del 31 de enero de 2012.

c.- ACTA No. 2 de agosto 9 de 2012, de arreglo directo, con la presencia de funcionarios del IDU y la interventoría INTERCOL.

Se relaciona en el orden del día la verificación del compromiso de INTERCOL de la presentación de plantilla (personal y presupuesto) para acreditar la mayor permanencia en la obra después del 30 diciembre de 2011 y luego señalar fecha para suscribir el acta de terminación de la etapa de construcción del Contrato 137 de 2007.

Dice el acta en uno de sus apartes:

“Esta acta estará acompañada de la correspondiente Acta de Pago en la cual se incluirá la valoración de las obras recibidas a satisfacción por la interventoría entre 30 de diciembre 2011 y 31 de agosto de 2012. Suscrita dicha acta la interventoría radicará en el IDU su solicitud de reconocimiento de la mayor permanencia en la etapa de construcción teniendo en cuenta la plantilla de personal que será aprobada por la Dirección Técnica de Construcciones el próximo 13 de agosto la cual entrará al trámite correspondiente (...)”.

Se advierte en el acta que de acuerdo con el compromiso adquirido por INTERCOL en reunión del 4 de junio 2012, ésta presenta una plantilla de personal y sus correspondientes anexos, la que será revisada y aprobada por el IDU el 13 de agosto siguiente.

d.- Acta de reunión del 22 de mayo de 2013 donde se deja constancia por parte del IDU de la controversia iniciada en mayo a agosto de 2012 con varias mesas de arreglo directo y mesas de trabajo para la revisión y verificación de la plantilla de personal de la interventoría que trabajó durante los meses de enero a agosto de 2012. INTERCOL manifestó que entregó informes mensuales en noviembre de 2012 incluyendo los soportes de pagos de parafiscales. Adicionalmente informó que se allegaron 8 tomos con los soportes de las actividades realizadas por ella durante el periodo que se ha relacionado.

Consta en esta acta un aparte de COMPROMISOS PACTADOS donde INTERCOL manifiesta el envío de una plantilla de personal para revisión, que se hará el 23 de mayo 2013. Por su lado el IDU establece que la revisión de las plantillas se hará hasta el 6 junio de 2013 y para ese día se fija fecha de la próxima reunión.

e.- Memorando interno del IDU de fecha 26 de junio 2013 donde el Subdirector General de Infraestructura le envía a la Directora Técnica de Gestión Contractual, solicitud de información respecto de la reclamación económica de INTERCOL por la mayor permanencia a partir del 30 diciembre 2011.

Como antecedentes le comunica sobre la relación contractual existente desde el 2007 y que la entidad ha acordado mesas de arreglo directo. En seguida advierte que el contratista de obra Grupo Empresarial Vías Bogotá no cumplió la totalidad de las obligaciones dentro del plazo establecido, hecho este por el que se dio inicio a un proceso de incumplimiento, pese a lo cual las obras siguieron su ejecución, “(...) *y por consiguiente, al seguimiento de dichas actividades por parte de la interventoría Consorcio Intercol*”.

Agrega que el 20 de enero de 2012 la interventoría informó al IDU el incumplimiento en la terminación de la etapa de construcción, pero además, que en el contrato No. 137 se continuaba realizando actividades con el fin de dar cierre a la etapa de construcción.

Sostiene que el IDU, en respuesta a una solicitud de INTERCOL de 2 de mayo de 2012 donde se pide llevar a cabo la terminación del contrato de obra, manifestó que *“solo nos resta agradecerle a la interventoría las gestiones y acompañamiento que le dan con ocasión con el contrato 137-07 para acompañar el proceso de cierre y recibido de la etapa de construcción, teniendo en cuenta que los costos de mayor permanencia que se generen por la interventoría serán trasladados a la firma contratista”*.

Que en reunión del 4 de junio 2012 la entidad solicitó a la interventoría la presentación de una propuesta con los informes de seguimientos a las obras del contrato No.137 con el soporte de pagos. El 9 de agosto siguiente INTERCOL entregó la plantilla de personal y presupuesto con sus respectivos anexos.

La entidad en reuniones del 22 de mayo y 6 de junio de 2013, le indica al Consorcio INTERCOL que aún faltan soportes para acreditar las actividades realizadas.

6.7.- En las declaraciones recibidas a Claudia Contreras y German Juyar, funcionarios de la interventoría, manifiestan que INTERCOL realizó actividades durante los ocho primeros meses de 2012 en desarrollo del contrato No.174 haciendo la supervisión al contrato No.137 sin que se hubiere cancelado suma alguna por este concepto. Para la fecha del acta de terminación 31 de agosto de 2012 quedaron varios pendientes a cargo del contratista quien los dejó como compromisos para ejecutar posteriormente. La interventoría debió continuar con la supervisión del contrato de obra hasta la fecha de su terminación. Los testigos estuvieron laborando para INTERCOL durante esos meses, aunque la ingeniera Contreras lo hacía asistiendo a las mesas de arreglo directo.

Armando Ávila, funcionario del IDU, manifestó que son ciertas las actividades realizadas por la interventoría durante el año 2012 y que no hay prueba de haber sido canceladas.

6.8.- En relación con la reclamación formulada en la demanda acumulada por la realización de actividades durante los ocho meses de plazo contractual correspondientes al año 2012, la experticia determina que el Consorcio INTERCOL facturó y recibió pagos de Transmilenio como contraprestación del Contrato No.174-2007 únicamente desde el 16 de junio de 2008 hasta el 15 de diciembre de 2011. Agrega que: *“No se evidencian pagos posteriores a esa fecha”*.

De acuerdo con los registros de la contabilidad, INTERCOL siguió relacionando costos entre enero a agosto de 2012. El costo registrado por esos meses corresponde a una suma total de \$549.197.983 discriminados así: relación de costos por pagos a especialistas, una suma de \$341.586.133; costos por pagos a personal, una cantidad de \$139.340.123; y, finalmente, otros costos \$ 68.271.727.

Los costos totales estimados por el perito para al mes de enero de 2012 corresponden a una suma de \$87.110.049.

6.9.- La totalidad de la prueba recaudada, permite el Tribunal dar viabilidad, aunque en forma parcial, a la pretensión reclamada en la demanda acumulada.

En efecto, en el Contrato de Interventoría quedó establecido que su objeto era el control, la supervisión y la vigilancia de las actividades ejecutadas por el contratista de obra No.137-2007; que estas tareas estaban ligadas a la ejecución de las obras; que el plazo real del contrato No. 137 vencía con la firma del acta de terminación del contrato de obra, hecho que ocurrió el 31 de agosto de 2012; y que INTERCOL realizó actividades relacionadas con el contrato No.174-2007 desde febrero a agosto de 2012 sin recibir remuneración alguna por parte del ente pagador.

Del plazo contractual pactado en el contrato No.137, aunado a las varias prorrogas acordadas, se logró inferir que la etapa de construcción vencía el 31 de diciembre de 2011, no obstante la realidad contractual no ocurrió de esta manera, dado que el contratista de obra siguió ejecutando trabajos sin que la entidad contratante formulara objeción alguna a esta irregularidad. Así fue como la continuidad de ejecución de obras obligó al interventor, en cumplimiento de su contrato, a seguir revisando y recibiendo esas obras.

La interventoría en varias ocasiones puso en conocimiento de la entidad las actividades que se siguieron ejecutando después de la terminación de la

etapa de construcción, aunque posteriormente, esos trabajos de la interventoría fueron considerados como ejecutados dentro del plazo real del contrato.

Dado que el contrato de interventoría, como se dispuso literalmente en ese acuerdo, es accesorio al contrato de obra y que la responsabilidad del interventor es *“el control, la supervisión y la vigilancia de la ejecución del cumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista”* correspondía entonces a INTERCOL continuar con la ejecución del contrato hasta tanto se terminaran las obras o hasta que la entidad hiciera uso de sus prerrogativas como era declarar la terminación del contrato de obra.

Las razones advertidas le impusieron a INTERCOL continuar con la ejecución de su contrato pues negarse a hacerlo conducía inexorablemente a un incumplimiento de sus obligaciones y por ende sujeto de proceso disciplinario y contractual por incumplimiento de sus deberes contractuales.

El Consorcio INTERCOL se vio obligado a continuar con la ejecución del contrato a partir del mes de diciembre de 2011, por cuanto la administración se negaba a dar por terminado el contrato con el contratista de obra, precisamente porque éste estaba incurso en incumplimiento de varias de sus obligaciones.

Después de varias solicitudes de la interventoría dirigidas al IDU para efecto de conocer la posición de la contratante sobre la ejecución o no de actividades contractuales durante los primeros meses del año 2012 y, sobre la forma como se harían los pagos por tales trabajos, la entidad contratante no dio respuesta alguna, y en su defecto, dio vía libre a la etapa de arreglo directo.

Es así como en mayo de 2012 el IDU solicitó a INTERCOL que acreditara la cuantía de su reclamación para dar entrada a la etapa de arreglo directo. El interventor entonces procedió a entregar los documentos, soportes y la plantilla con el listado de especialistas y de personal que ejecutaron actividades contractuales durante el tiempo comprendido entre febrero y agosto de 2012.

Pero además, ante los requerimientos del interventor efectuados al IDU, éste siempre demostró interés en resolver favorablemente sus pretensiones, prueba de ello es la constancia dejada en el Acta No.2 del 9 de agosto de 2008:

“Esta acta estará acompañada de la correspondiente Acta de Pago en la cual se incluirá la valoración de las obras recibidas a

satisfacción por la interventoría entre 30 de diciembre 2011 y 31 de agosto de 2012. Suscrita dicha acta la interventoría radicará en el IDU su solicitud de reconocimiento de la mayor permanencia en la etapa de construcción teniendo en cuenta la plantilla de personal que será aprobada por la Dirección Técnica de Construcciones el próximo 13 de agosto la cual entrará al trámite correspondiente (...)”.

En esta misma fecha la entidad contratante reconoció que el CONSORCIO INTERCOL seguía recibiendo obras y que para entonces, el contratista de obra no había cumplido con la totalidad de sus actividades; sin embargo, resuelve advertirle que el 31 de agosto siguiente llevaría a cabo la terminación del Contrato No.137 y que se procedería a recibir las obras por parte de la interventoría.

Consta en actas de Comité que reposan en el expediente que el interventor debió realizar varios recorridos durante varios días en los meses de febrero a julio de 2012 a las obras que había ejecutado o estaba aún ejecutando el contratista de obra y cada una de esas actas contiene observaciones que hacía el interventor.

Así mismo se advierte como la entidad reconoció que la interventoría venía ejecutando actividades contractuales hasta el punto de agradecerle por “(...) acompañar el proceso de cierre y recibido de la etapa de construcción, teniendo en cuenta que los costos de mayor permanencia que se generen por la interventoría serán trasladados a la firma contratista”.

Ahora bien, el dictamen pericial practicado dentro del proceso arbitral concluyó que hay elementos de juicio suficientes para demostrar que INTERCOL incurrió en varias clases de costos para poder continuar con la ejecución de su contrato. Es así como se observa que debió utilizar algunos especialistas, muchos menos de los que ocupó en la etapa de construcción, pero que se hacían necesarios para revisar y recibir a satisfacción las obras del contrato que supervisaba. Que además requirió de un personal de planta y de otros muchos costos de administración y funcionamiento.

Para el Tribunal no hay duda que INTERCOL cumplió con los compromisos establecidos en el contrato No. 174-2007 que consistían en el control, supervisión y recibo de obras del Contrato No. 137-2007 y que como contraprestación a esas actividades la entidad pública realizó, a través de Transmilenio, una serie de pagos que estaban estipulados expresamente en el contrato hasta mediados del mes de diciembre del 2011.

No obstante, ante la ejecución de obras con posterioridad a esta fecha, el interventor debió continuar ejecutando actividades tales como el recibo a

satisfacción de las obras, algunas inconclusas, otras defectuosas y otras que finalmente no fueron realizadas.

La interventoría de esas obras, según aparece en la prueba documental y lo afirma el señor perito, no fueron pagadas al contratista INTERCOL pues quedó claro anteriormente que el pagador del contrato solo canceló operaciones contractuales hasta el 15 de diciembre de 2011.

El no pago de las actividades realizadas por la interventoría durante los meses de febrero a agosto de 2012 en desarrollo del Contrato No. 174-07, conduce a una declaración de incumplimiento en el compromiso contractual.

6.10.- No comparte este Tribunal las excepciones propuestas por el IDU en relación con la demanda acumulada, como pasa a explicarse:

- *“INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL IDU”*. En relación con esta excepción hay que señalar que, en primer lugar, era su obligación, al tratarse de un contrato público cuya pretensión principal consistía, como en todo contrato estatal, en la prestación de servicios públicos para la satisfacción de intereses generales, estar haciendo un seguimiento permanente a los trabajos y actividades realizadas por la Interventoría, y si esto no fue así, de igual forma debió, recibir o no la obra en el tiempo pactado manifestando o no su conformidad con el trabajo recibido, situación que claramente no se presentó a pesar de las labores que para tal fin ejecutó la interventoría, quien constantemente estaba remitiendo requerimientos a la entidad contratante, a los que ni siquiera se dio respuesta, como obra en el expediente.

En efecto, INTERCOL actuó de buena fe, no solamente por continuar realizando una labor como era su función, a pesar que el IDU, nunca le dio respuesta o aclaración sobre cómo se llevarían a cabo los pagos por dicha función, tanto así que se vio abocado a convocar a la entidad contratante a promover arreglo directo, sin que el mismo surtiera trámite alguno.

Se debe tener en cuenta que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes en el contrato la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de aclaración, corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato, para el caso en concreto esa lealtad se predica de la contratista por las diversas actuaciones que realizó, más no de la contratante que de manera voluntaria o no, omitió sus funciones.

Como consecuencia del anterior análisis, para el Tribunal es claro que el IDU se encuentra incurso en un incumplimiento contractual, consistente en el no pago de las actividades realizadas por el Interventor en los meses de febrero a agosto del año 2012, por lo cual no podrá haberse declarado no probada la excepción denominada “*INEXISTENCIA DEL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL IDU*”.

- “*INCUMPLIMIENTO DE LA INTERVENTORÍA POR NO HABER ENTREGADO INFORMES DURANTE EL AÑO 2012*”. Acusa el IDU la inexistencia de informes por parte de la Interventoría durante el año 2012, pero lo que no advierte es que para la fecha de diciembre de 2011 ya se habían realizado la mayoría de las obras del contrato hasta el punto de que varios ítems estaban sobre el 95% de ejecución. De suerte, entonces, que el trabajo de la interventoría en ese momento final, especialmente, era de revisión de la obra ejecutada y recibo a satisfacción de las ya terminadas. Por ende, los informes que echa de menos la entidad contratante ya no tenían como finalidad la certificación de avance de las obras sino simplemente la determinación de la calidad de la obra ejecutada y su recibo a satisfacción.

Pero es que además tampoco podría reclamarse por parte de la contratante la entrega de productos finales pues, como primera medida, no es un prerrequisito para la cancelación de unos trabajos, toda vez que reconocidos éstos como actividad propia del contrato nace el derecho de reclamar el costo por ello, pero además, esos productos finales sí dependían de la terminación de las obras por parte del constructor.

Adicionalmente el Consorcio INTERCOL siguió recibiendo obras derivadas del Contrato No.137 después del Acta de Terminación. Así consta en el memorando interno del IDU por medio del cual se advierte que en septiembre de 2012 y aun durante el año 2013, la interventoría recibió actividades del contrato que vigila, pero claro, sin derecho a reclamar contraprestación alguna por este concepto ya que se encontraba por fuera del plazo real estipulado.

Llama la atención al Tribunal que frente a los presuntos incumplimientos en que según el IDU incurrió la interventoría, no se observa en el expediente requerimiento alguno formulado en oportunidad, como tampoco, se deja alguna observación sobre omisiones de INTERCOL o por lo menos una orden para que se abstuviera de realizar actividades derivadas del contrato de interventoría que permitan demostrar que durante la ejecución del contrato se presentaron los incumplimientos que ahora se alegan.

Así se desprende, por ejemplo, del testimonio de Diana Patricia López Jiménez, quien se vinculó al proyecto luego de haber terminado el mismo, se desprende que los requerimientos fueron realizados mucho tiempo

después de finalizada las labores de interventoría y que, por lo demás, el CONSORCIO INTERCOL justificó los posibles faltantes en incumplimientos que, a juicio de la Convocante, eran atribuibles al Contratista de Obra.

Dijo la testigo:

“DRA. MATEUS: Sabe usted qué información o productos del contratista de obra están pendientes y que podían estar vinculados al informe de interventoría o a los productos que debía entregar la interventoría entre esos los planos récord?”

SRA. LÓPEZ: Tal vez varios, no podría citarlos, pero varios documentos, digamos lo que se puede observar en los expedientes de las comunicaciones cruzadas hay bastante información que debe aportar el contratista y en su momento validarla, aprobarla y remitirla a la interventoría, aunque aquí preciso un tema y es que la interventoría frente a la ejecución de un contrato que supervisó durante toda la etapa de construcción tiene de base los insumos para inclusive elaborar esos documentos y presentarlos al... o sea no es 100% dependiente de la información que suministra el contratista porque tiene sus propios ensayos, tiene su propia toma de información, tiene su topografía, tiene una supervisión diaria del contrato.

DRA. MATEUS: Es decir que ella podía entregar un informe sin los documentos y los productos de contratista?”

SRA. LÓPEZ: Pudo haberlo elaborado con esas salvedades.

DRA. MATEUS: Conoce usted en todo caso si se entregaron los informes finales de interventoría?”

SRA. LÓPEZ: Los informes se entregaron y se devolvieron con observaciones y no tengo en ese momento digamos claridad o precisión si finalmente llevaron a conformidad y fueron aprobados, que yo recuerde no se aprobaron, no contaron con aprobación.

DRA. MATEUS: Conoce la observaciones que en su momento presentó la interventoría frene a la comunicación que usted menciona?”

SRA. LÓPEZ: Sí, no la tengo acá pero prácticamente es eso, no podemos entregar la información a conformidad porque el contratista no ha subsanado observaciones porque no lo hizo durante la ejecución del contrato hace énfasis la interventoría y porque lo que haya entregado o entregue por fuera de la ejecución o con posterioridad al 31 de agosto/12 no está en capacidad la interventoría de revisarlo.

DRA. MATEUS: Usted manifestó que la interventoría entregó un informe final frente al cual ustedes hicieron observaciones y también advirtió que la interventoría hubiera podido entregar un informe con los productos que contaba, sabe usted si el informe que entregó se realizó con base en la información que contaba hasta el momento?

SRA. LÓPEZ: La interventoría entregó lo que tenía efectivamente en su momento, con base en lo que le había suministrado el contratista, no tengo cuenta de que la interventoría haya reconstruido o haya elaborado información con base en sus propios insumos.”

El testigo José Germán Juyar Mora igualmente narró al proceso acerca de la ausencia de requerimientos oportunos por parte del IDU a la Interventoría en relación con la no entrega de productos finales, productos que, hasta donde conoció el testigo, fueron entregados:

“DRA. MATEUS: Una pregunta final, los entregables en qué momento debían presentarse por parte de la interventoría?

SR. JUYAR: Mensualmente, nosotros mensualmente íbamos entregando nuestros informes mensuales, había unas metas físicas que se iban cumpliendo a lo largo del tiempo del contrato, entonces si la meta física se cumplía para el acta de pago se soportaba con una serie de documentos que era la validación del producto y el cumplimiento de las especificaciones y el cumplimiento sobre todo del cronograma que era el apéndice g donde nosotros teníamos decir: mire, se cumplió en un tiempo cumpliendo las especificaciones y unos parámetros contractuales y simplemente se soportaba dentro del acta para que se le pudiera hacer el pago al contratista, al final se recopiló toda esa información, se hace todo un resumen de todos los pagos y de todo lo que son los documentos de entregables como tal.

Hubo algunos entregables como los planos record, quiero ser preciso en eso, el plano récord de obra es un documento con el cual es la fotografía que deja el contratista, se la entrega a la interventoría, se verifica por la interventoría, se valida por la interventoría y se le entrega a la entidad contratante, esta actividad en algunos casos no se pudo ejecutar porque el contratista no elaboró los planos récord de obra como tal, de hecho la gestión no supe al final cómo terminó con las empresas de servicios públicos a raíz de lo que comento, íbamos y verificábamos que lo que decía el plano no era lo que estaba construido.

Entonces nosotros les decíamos: pero ya hemos venido 2 o 3 veces a lo mismo, por favor corrija el plano, entonces se volvió un problema, un círculo vicioso en donde el contratista no

entregaba y se dilataban los tiempos de entrega de esos entregables que eran planos récord de construcción.

DRA. MATEUS: Para claridad, cuál es la diferencia entre los informes mensuales de interventoría y los productos finales que ésta debía entregar al IDU?

SR. JUYAR: Los productos finales es el informe final donde está toda la documentación del contrato, nosotros hicimos una entrega de un informe final donde entregamos todos los documentos que tenía la interventoría, comunicaciones, correspondencias, actas, todos los documentos técnicos que teníamos de especificaciones, los manuales de mantenimiento de cada uno de los equipos instalados, las certificaciones, los ensayos de laboratorio, todos los documentos técnicos de los proveedores porque hay un montón de proveedores de esto que uno tiene que entregar la ficha técnica de cada uno de estos insumos con los cuales fueron construidas las obras, todo eso se llevó en un informe, se entregó tanto físico como digitalmente al IDU.

DRA. MATEUS: No tengo más preguntas señor Presidente, muchas gracias.

DR. SANABRIA: Doctor Marco?

DR. MENDOZA: Si doctor, dos preguntas respecto de la última pregunta que acabo de contestar, conoció algún requerimiento del IDU frente a ese informe final que ustedes entregaron?

SR. JUYAR: Supe, ya estaba afuera del Grupo Intercol, alguna vez me comentó Claudia la directora de la interventoría que le habían hecho un cuestionamiento al entregable, eso fue no sé abril o mayo del 2013, donde después se dio la respuesta sobre mitad de año de Claudia informándole que ya esa documentación se había entregado en cumplimiento a lo que estaba establecido dentro del contrato y entiendo que Claudia en una carta relata en qué fechas y con qué oficios y mediante qué documentos le fue entregado esta documentación al IDU.”

En concordancia con lo expuesto por las dos anteriores declaraciones, dijo la testigo Claudia Patricia Contreras Fajardo que los faltantes del informe final de interventoría tenían relación directa con faltantes relacionados con el Contratista de Obra, pero que los requerimientos y solicitudes del IDU fueron atendidos.

Señaló la testigo:

“Aquí debo hacer, al principio de esta declaración yo aclaré que había estado hasta febrero/ 12, fecha en la cual salí... pero a partir de febrero/ 12 quedó a cargo de la ejecución del contrato

el representante legal pero obviamente yo seguía muy en contacto y al tanto de los temas por la obligación que tenía que cumplir acá con los entes de control, este contrato tuvo mucho eco en los entes de control y muchas investigaciones y mi función la desempeñé desde que inicié el contrato en junio/08 hasta la terminación por eso seguí pendiente pero esta gestión de tramitar, de gestionar ante el IDU de informar al IDU que seguíamos trabajando sin reconocimiento quedó en manos del representante legal el ingeniero Jorge Salamanca, que era el representante legal y que estuvo en todo este tiempo.

Esta predeterminación se firma en esta fecha pero en el acta de terminación queda unos pendientes, unos ajustes, unas notas con unos ajustes que el contratista debía ejecutar, que debían entregar el 31 de diciembre del 2012, aparte de eso se le dieron 6 meses para que se ajustara y este trayecto también debía ser acompañado por la interventoría prueba de esto son las actas de recorrido, documentos, cartas cruzadas entre la interventoría, el IDU y el contratista, pero digamos que si bien se estableció la entrega el 31 de diciembre/12 de ajustes de obra y de entrega de documentos que consistían en documentos que debía entregar el contratista eran paz y salvos de las empresas de servicios públicos, planos récord de obra, el correcto lo debía entregar acá, sin embargo llegamos a diciembre y no los entregó.

De esto la interventoría en noviembre/12 hace la entrega del informe final y a su vez envía el borrador de acta de terminación y liquidación de la interventoría, aquí debo aclarar una cosa, como dentro del contrato de interventoría o el objeto del contrato de interventoría iba hasta la etapa del mes de recibo y seguía una etapa de mantenimiento a la interventoría no le correspondía liquidar el contrato de obra, le correspondía liquidarlo a la interventoría de... pero obviamente nuestro contrato sí se tenía que liquidar, por esa razón en noviembre/12 se envía el informe final de interventoría técnico, social fisoma y también envía un borrador del acta de recibo de la interventoría.

DR. SANABRIA: Qué es fisoma?

SRA. CONTRERAS: Seguridad industrial, salud ocupacional y medio ambiente, términos que se inventan los técnicos para confundir, entregamos esto, este borrador del acta de recibo de interventoría nunca nos lo respondía el IDU tampoco y en febrero, marzo/13 la interventoría recibió observaciones del informe final 4, meses después.

Se atendieron las observaciones, dentro de las observaciones obviamente decía que no se había comprado el informe completo que faltaba en los planes récord, el paz y salvo de las... pero nuestra respuesta en su momento fue devolver el informe

aclarando al IDU que si bien tenía razón que el informe no contenía eso, no se podía pretender que la interventoría esperara indefinidamente a que el contratistas entregara esto para que nuestro informe estuviera completo, dependíamos de ellos para la entrega de un informe como lo pedía el IDU que era con los paz y salvos de Transmilenio y los planos récord de obra.

De hecho, llegamos a julio porque una de esas cartas que fueron dos observaciones parecidas la última que respondimos si mal no estoy fue en julio/13 y a julio/13 el contratista no había entregado eso”

Por lo expuesto tampoco está llamada a prosperar la excepción en comentario y así se dispondrá en la parte resolutive de este laudo.

6.11.- En cuanto a la contestación presentada por TRANSMILENIO frente a la demanda acumulada mediante la cual se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones en su contra, el Tribunal considera que las mismas razones expuestas en el capítulo que se analizó su posición negocial son aquí aplicables y, por ende, en aras de la brevedad, se entienden aquí reproducidas e incorporadas.

6.12.- Finalmente, resulta importante advertir en este punto que en las contestaciones a la demanda acumulada ninguna de las convocadas objetó la cuantía estimada bajo juramento, situación que, en principio, haría pensar que de conformidad con lo previsto en el inciso primero del artículo 206 del Código General del Proceso, dicha estimación es prueba de la cuantía de esas pretensiones.

Y si bien lo anterior es cierto, no debe pasarse por alto que tal estimación constituye una prueba más que debe ser analizada por el juez en conjunto con los demás medios probatorios que obren en el expediente, a tal punto que, si advierte que es notoriamente injusta, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el verdadero valor de lo pretendido, lo cual resulta innecesario en este caso toda vez que existe prueba pericial que lo acredita.

Es decir, a pesar de que no se presente objeción al juramento estimatorio, si existe otra prueba de que el monto de los perjuicios es inferior al estimado, el juez deberá condenar por la suma verdaderamente acreditada, como se hará en este caso.

6.13.- Por lo expuesto, el Tribunal accederá a lo solicitado en la demanda acumulada, pero limitando el pago solo a los gastos en que incurrió la interventoría a partir del mes de febrero de 2012 y hasta el mes de agosto de ese año.

Según las probanzas, en especial el dictamen pericial elaborado por Yesid Hernández Quintana, se estableció la suma de \$549.197.983,00, por el valor de los gastos en que incurrió la interventoría durante los meses de enero a agosto de 2012, pero, como ya se advirtió anteriormente, el mes de enero no hace parte de la condena razón por la cual habrá de restar a la suma inicial, el valor de los gastos de ese mes que fueron valuados en \$87.110.049, para un total de gastos durante los meses de febrero a agosto 2012 por una cantidad de \$462.087.934.

Se lee en el dictamen:

“RESUMEN GENERAL DE COSTOS DE INTERVENTORIA

CONCEPTO	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL
POR ESPECIALISTAS	37.600.900	68.888.027	63.575.544	60.980.226
POR COSTOS DE PERSONAL	27.768.723	21.588.700	21.399.950	22.366.888
POR OTROS COSTOS	21.740.426	10.485.746	11.295.006	6.589.605
TOTAL POR MES	87.110.049	100.962.473	96.270.500	89.936.719

MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	TOTALES
30.361.798	28.006.967	24.411.087	27.761.584	341.586.133
16.343.508	14.051.570	8.087.892	7.732.892	139.340.123
5.508.767	5.150.846	731.331	6.770.000	68.271.727
52.214.073	47.209.383	33.230.310	42.264.476	549.197.983

*El valor total de los costos solicitados correspondientes a los meses de Enero de 2012 a Agosto de 2012, asciende a la suma de **Quinientos cuarenta y nueve millones ciento noventa y siete mil novecientos ochenta y tres pesos (\$549.197.983)**”*

En consecuencia, tal y como se señaló, de la suma de \$549.1977.983,00, deberán restarse los costos correspondientes al mes de enero, pues ellos han debido ser pagados por parte del Grupo Empresarial Vías Bogotá, por lo que se deducirá la cantidad de \$87.110.049, lo cual arroja como resultado la suma de \$462.087.934.

Esta suma habrá de actualizarse hasta la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda acumulada, conforme al índice de precios al consumidor, el cual es un indicador económico del orden nacional y, por ende, un hecho notorio exento de prueba.

Dicha actualización, mes por mes, es la siguiente:

MES	CAPITAL	IPC INICIAL	IPC FINAL	FACTOR	TOTAL ACTUALIZACIÓN
feb-12	0	110,63	134,77	1,21821	0
mar-12	100.962.473	110,76	134,77	1,21672	122.843.094
abr-12	96.270.500	110,92	134,77	1,21497	116.965.419
may-12	89.936.719	111,25	134,77	1,21133	108.943.204
jun-12	52.214.073	111,35	134,77	1,21033	63.196.249
jul-12	47.209.383	111,32	134,77	1,21059	57.151.268
ago-12	33.230.310	111,37	134,77	1,21009	40.211.830
sep-12	42.264.476	111,69	134,77	1,20664	50.998.012
TOTAL	462.087.934				560.309.077

La anterior actualización arroja, entonces, la suma de Quinientos sesenta millones trescientos nueve mil setenta y siete pesos (\$560.309.077).

Ahora bien, en cuanto a pretensión por intereses habrá de accederse a lo solicitado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda en aplicación de lo dispuesto por el artículo 94 del Código General del Proceso²⁷ y hasta la fecha del presente laudo, esto es, que sobre la condena a la convocada se pagarán unos intereses según la tasa acordada en la cláusula 22 del contrato No. 174-2007, del DTF +2 puntos. Los intereses se reconocerán solamente a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda acumulada al IDU, pues en aplicación de la norma procesal en comento, existía discusión entre las partes acerca de si había lugar o no a reconocer dichos intereses, entre otras por el supuesto incumplimiento alegado por el IDU, incertidumbre que ha cesado con la expedición de este Laudo Arbitral.

La liquidación de intereses es la siguiente:

Inicio	Final	No. de Días	Interés DTF EA	Puntos Adicionales	Interés DTF+2 Pts	Capital Actualizado a 17 enero 2017	
18/01/2017	31/01/2017	31	6,94%	2%	8,94%	560.309.077	4.088.696
01/02/2017	28/02/2017	28	6,78%	2%	8,78%		3.630.937
01/03/2017	31/03/2017	31	6,65%	2%	8,65%	560.309.077	3.961.643
01/04/2017	30/04/2017	30	6,53%	2%	8,53%	560.309.077	3.781.280
01/05/2017	31/05/2017	31	6,17%	2%	8,17%	560.309.077	3.747.619
01/06/2017	30/06/2017	30	5,96%	2%	7,96%	560.309.077	3.538.367
01/07/2017	31/07/2017	31	5,65%	2%	7,65%	560.309.077	3.518.610
01/08/2017	31/08/2017	31	5,58%	2%	7,58%	560.309.077	3.487.504
01/09/2017	30/09/2017	30	5,52%	2%	7,52%	560.309.077	3.351.394
01/10/2017	31/10/2017	31	5,46%	2%	7,46%	560.309.077	3.435.134

²⁷ Dispone esta norma que “La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.”

**Tribunal de Arbitraje de Consorcio INTERCOL: Investigación y Control de Calidad S.A. –
INCOSA, Vías y Ambiente Ltda., Obras y Proyectos RP S.A.S, Gestión de Proyectos de
Ingeniería GPI S.A.S. contra Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y Empresa de
Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A.**

01/11/2017	30/11/2017	30	5,35%	2%	7,35%	560.309.077	3.276.246
01/12/2017	31/12/2017	31	5,28%	2%	7,28%	560.309.077	3.355.065
01/01/2018	31/01/2018	31	5,21%	2%	7,21%	560.309.077	3.322.573
01/02/2018	28/02/2018	28	5,07%	2%	7,07%	560.309.077	2.943.896
01/03/2018	31/03/2018	31	5,01%	2%	7,01%	560.309.077	3.234.187
01/04/2018	30/04/2018	30	4,90%	2%	6,90%	560.309.077	3.079.959
01/05/2018	31/05/2018	31	4,70%	2%	6,70%	560.309.077	3.096.539
01/06/2018	30/06/2018	30	4,60%	2%	6,60%	560.309.077	2.949.548
01/07/2018	24/07/2018	24	4,60%	2%	6,60%	560.309.077	2.359.638
TOTAL INTERESES DTF + 2 PUNTOS							64.158.835

En consecuencia, se condenará al IDU a pagar a favor de INTERCOL la suma de SEISCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS DOCE PESOS (\$624.467.912,00), suma sobre la cual se seguirán causando intereses de mora a la misma tasa pactada contractualmente hasta que se produzca su pago total.

En síntesis, el valor de la condena que se le impondrá al IDU por concepto de las actividades desarrolladas entre los meses de febrero a agosto de 2012, es el siguiente:

CONCEPTO	VALOR
Valor de los trabajos y actividades de interventoría entre febrero y agosto de 2012	\$462.087.934.
Suma actualizada con base en el IPC hasta enero de 2017 (notificación del auto admisorio de la demanda)	\$560.309.077,00
Intereses de mora desde la notificación del auto admisorio de la demanda hasta la fecha del laudo	\$64.158.835
Total Condena	\$624.467.912,00

Finalmente, en lo que toca con el denominado “*factor Multiplicador*” al que se ha hecho referencia en el proceso, el Tribunal considera que dicho elemento no debe incluirse en el valor de la condena, por cuanto no existe en el expediente prueba suficiente e idónea que permita dilucidar si dentro de los costos que el perito encontró probados se encontraba o no el referido “*factor multiplicador*”. En otras palabras, no hay elementos de convicción suficientes en el expediente que permitan determinar si dentro de los valores que el perito denominó “*Resumen General de Costos de Interventoría*” entre los meses de enero a agosto de 2012 se halla incorporado el referido “*factor multiplicador*” o si, por el contrario, a los referidos valores habría que agregarle o adicionarle el factor multiplicador, incertidumbre que le impide al Tribunal reconocer dicho rubro en forma adicional.

Dijo el perito en torno a dicho elemento:

“3.6. De conformidad con lo estipulado en los Términos de Referencia de la Licitación Pública número IDU-l.P-DG-022-2007 y sus anexos y demás documentos que hicieron parte integrante del

Concurso Público No. IDU-CM- DG-023-2007 y del contrato 174 de 2007, sírvase explicar, ¿en qué consistía el factor multiplicador del Contrato No.174 de 2007 y cómo se calculaba el mismo.

Respuesta: El factor multiplicador es un factor que se aplicará a la estimación del costo del personal en los proyectos de Consultoría e interventoría, para lo cual se tiene en cuenta:

- Sueldo básico 100% - Prestaciones sociales- Sistema de seguridad social integral - Otros aportes legales- Costos indirectos necesarios para ejecución del contrato. - Costos de perfeccionamiento, impuestos, contribuciones etc. - Honorarios o utilidades

El valor de los costos de personal, que es el mismo sueldo básico o remuneración básica, se afecta por un factor multiplicador que incluye una serie de factores como las prestaciones y seguridad social, los aportes legales, los costos indirectos o gastos generales de la firma, impuestos y los honorarios o utilidades.

Los costos directos están compuestos por todos los conceptos que se requieren para que los profesionales puedan cumplir con su labor.

Al valor de costo de personal necesario para la ejecución del contrato, se aplica el valor calculado del factor multiplicador, en concordancia con el presupuesto de cada proyecto.

A continuación se anexa el cálculo del factor multiplicador que se evidencio en la factura No 3 emitida por el Consorcio Intercol a Transmilenio SA., fue el único factor multiplicador que se encontraba discriminado, en la pregunta siguiente 3.7, se presentan los otros 3 factores multiplicadores que se evidenciaron pero solamente en valor absoluto.”

Como se observa, solamente en la Factura No. 3 que expidió el CONSORCIO INTERCOL pudo determinarse el referido “factor multiplicador”, por lo que desconoce el Tribunal si dentro de los posteriores gastos en que incurrió el extremo Convocante ya está incluido el mismo.

Y a ello debe agregarse que tampoco existe certeza sobre el monto preciso del denominado “factor multiplicador”, toda vez que el perito encontró distintos valores por tal concepto, como se explica en la página 16 del experticio:

“3.7. ¿Podría indicar cuál fue el porcentaje de factor multiplicador del contrato No. 174 de 2007, para cada una de sus etapas?

Respuesta: De acuerdo a la revisión efectuada y de conformidad con los elementos contractuales, se evidenciaron cuatro (4) factores multiplicadores así:

1 FACTOR MULTIPLICADOR DE LA PROPUESTA DE INTERCOL
DEL 2,9^{L1}_{SEP}

2 FACTOR MULTIPLICADOR SOPORTE 1 FACTURA EMITIDA A
TRANSMILENIO DEL 2,35

3 FACTOR MULTIPLICADOR DEL PRESUPUESTO CONSORCIO
INTERCOL DEL 2,47488

4 FACTOR MULTIPLICADOR PRETENSIONES DE LA DEMANDA
DEL 1,7”

En conclusión, no solamente el expediente carece de prueba acerca de si en los valores en que incurrió el CONSORCIO INTERCOL ya está incluido o no el denominado “*factor multiplicador*”, sino que tampoco se conoce a ciencia cierta el monto del mismo, todo lo cual conduce a que en la condena, por ausencia de certeza, no se incorpore de manera adicional el citado “*factor multiplicador*”. Expresado de otra manera: No existe en el proceso, específica y concretamente en el dictamen pericial, (medio probatorio que era el idóneo para arrojar claridad al respecto), como tampoco en otra probanza, demostración de que entre los costos en que incurrió el CONSORCIO INTERCOL entre los meses de febrero a agosto de 2012 no estuviese incluido el llamado “*factor multiplicador*” y de esta forma poder adicionarlo o agregarlo a dichos valores, hasta el punto que el perito afirmó que solamente en una de las facturas pudo encontrar una discriminación de ese monto. Y si a ello se le agrega que tampoco existe certeza acerca de cuál fue el “*factor multiplicador*” llamado a regir la relación negocial, en la medida en que el perito encontró cuatro (4) montos distintos, no es posible para el Tribunal ordenar el pago de dicho rubro al no existir la certeza necesaria que se exige para toda condena.

7.- LA PRETENSIÓN DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

En la pretensión Séptima de la demanda reformada se solicitó “*Que se ordene liquidar el contrato de interventoría No. 174 de 2007, en los términos del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007*”.

Para proceder a la liquidación encuentra el Tribunal que, en efecto, el Contrato de Interventoría finalizó el 31 de agosto de 2012 y que las partes no pudieron liquidarlo de común acuerdo dentro de los seis (6) meses que aparecen consagrados para tal fin en la Cláusula 20 del Contrato.

Tampoco lo liquidó unilateralmente el IDU en el término de dos (2) meses de que trata el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, por lo que se solicita que sea este Tribunal, como juez del contrato, el que proceda a su liquidación

judicial, para lo cual se ha formuló en tiempo la correspondiente demanda arbitral.

No encuentra el Tribunal que existan prestaciones pendientes de ejecutar por las partes, específicamente en cabeza de INTERCOL, como se indicó en párrafos anteriores cuando se abordó el estudio de la excepción de mérito que el IDU propuso en torno al supuesto incumplimiento de las obligaciones por la Convocante, por lo que no se ordenará en tal virtud la ejecución de prestación alguna a cargo de INTERCOL.

Solamente dispondrá el Tribunal que para que las partes queden a paz y salvo con las prestaciones de este negocio, el IDU deberá pagar la suma de dinero que por concepto de las prestaciones ejecutadas entre febrero y agosto de 2012 se encuentra pendiente de pago y que será materia de condena en la parte resolutive de este laudo arbitral.

8.- JURAMENTO ESTIMATORIO

El artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por el artículo 13 de la ley 1743 de 2014, dispone que si la cantidad estimada bajo juramento excediere en un 50% la que resulte probada, se condenará a la parte a pagar al Consejo Superior de la Judicatura una suma equivalente al 10% de la diferencia entre la suma estimada y la probada. Dicha sanción será del 5% cuando quien hizo el juramento no demuestre los perjuicios.

Como se puede observar en la exposición de motivos que dio lugar a la expedición del Código General del Proceso, la institución que aquí se analiza fue creada con el fin de disuadir a las partes de un proceso de formular demandas temerarias o altamente infundadas y frenar aquellas expectativas desmedidas de ganancia de los litigantes como una muestra de claro abuso del derecho de litigar.

Dos son los supuestos que prevé la norma para la aplicación de la sanción, ambos se dan en el caso en el que el Juez entre a analizar los daños. El primero consiste en que, probado el detrimento, éste exceda la suma estimada; y el segundo, que no se demuestre perjuicio alguno. Aquél, como se observa, es por exceso en la estimación en relación con lo que finalmente se prueba en el juicio; éste, hace relación a la ausencia absoluta de prueba que amerita la denegación de pretensiones. En ambos casos se considera que el litigante ha sido desmedido en su reclamación (bien porque prueba menos de lo que pide o porque no prueba nada de su aspiración) y, por ende, debe ser sancionado.

No prevé la norma, como supuesto de sanción, el hecho de que las pretensiones de la demanda no prosperen por falta de alguno de los

requisitos de la responsabilidad diferente al daño, o por otra razón que le impida al juez entrar a analizar este elemento.

Es por eso que si bien las pretensiones de condena de la demanda inicial no están llamadas a prosperar, por las razones que se indicaron en capítulo anterior, no hay lugar a imponer sanción por la estimación en ella efectuada, ya que, se reitera, ésta solo procede en los casos en que la parte, o bien no logra demostrar el daño que reclama, o bien demostrado es inferior al cuantificado. Como se recordará, las pretensiones condenatorias de la demanda inicial en su versión reformada serán denegadas por la ausencia de reclamación durante la ejecución del negocio objeto de este litigio de los mayores costos derivados de la mayor dedicación de personal, pero no por ausencia de prueba de la existencia del perjuicio, lo cual, conforme a las consideraciones precedentes, no es motivo previsto en la ley para imponer sanción alguna por concepto de desfase en el juramento estimatorio formulado.

En lo que se refiere a la demanda acumulada, si bien la cuantía estimada resulta inferior a la solicitada, es importante tener en cuenta que ello no es consecuencia de un actuar temerario al momento de formular sus pretensiones, como tampoco se observa descuido, negligencia o incuria en el actuar de la Convocante. Es importante resaltar en este punto que una cosa es que el demandante estime de manera exagerada sus peticiones y otra, que éstas no logren abrirse paso por razones diferentes a su cuantificación.

En este punto es importante resaltar que en sentencia C-157 de 2013, al estudiar la constitucionalidad del parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad condicionada, considerando que cuando la causa de la no satisfacción de la carga de la prueba de los perjuicios no era imputable a la parte que los había estimado, no había lugar a la sanción.

La razón de esa decisión fue que para la Corte, en ese evento una sanción resultaría excesiva y desproporcionada frente al principio de la buena fe, al derecho de acceder a la administración de justicia y al debido proceso. Si precisamente uno de los propósitos del juramento estimatorio es evitar la existencia de temeridad en la reclamación formulada, mal puede sancionarse a una parte que no ha mostrado incuria, desidia ni mala fe en la estimación de los perjuicios cuya indemnización se persigue, tal y como acontece en este caso.

Y si bien dicha consideración se previó solamente para el caso de falta de demostración del daño, encuentra el Tribunal una regla consistente en que cuando la diferencia entre la estimación y lo probado ocurre a pesar del

obrar diligente de la parte, no hay lugar a la sanción. Frente a supuestos fácticos que no difieren de fondo, mal puede entrar a hacerse consideraciones que arrojen resultados diferentes.

Es por esta razón que, en el presente caso, a pesar de que la suma estimada bajo juramento por el convocante en la demanda acumulada excede en más de un 50% la suma a la cual será condenada la convocada, no habrá lugar a proferir la condena prevista en el inciso cuarto del Código General del Proceso, pues, se reitera, el Tribunal no advierte una conducta temeraria de esa parte, que deba ser sancionada. Por el contrario, su actuar fue diligente y esmerado en materia probatoria, de tal suerte que no hay lugar imponer sanción alguna. El Convocante adelantó las gestiones necesarias para probar el monto reclamado y si el Tribunal está reconociendo una suma inferior es porque considera que conforme al Contrato y a lo que milita en el expediente, ello es lo que corresponde reconocer, de manera que, como se ha anunciado, no habrá lugar a la imposición de la sanción.

9.- COSTAS.

Teniendo en cuenta que las pretensiones formuladas por la convocante prosperan parcialmente, y de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, el Tribunal se abstendrá de proferir condena en costas.

Hay que recordar que dicha norma enseña que en aquellos casos en que las pretensiones no prosperan en su totalidad el juez, motivando su decisión, podrá abstenerse de condenar en costas o imponer una condena parcial.

En este caso, considera el Tribunal que no hay lugar a imponer condena en costas en el presente asunto, toda vez que, como se dijo, si bien es cierto las pretensiones de condena de la demanda inicial en su versión reformada son denegadas, las de la demanda acumulada tienen prosperidad parcial, a la cual debe agregarse que las excepciones igualmente tendrán éxito parcial, todo lo cual, para el tribunal, tanto cualitativa como cuantitativamente, hace que no exista condena en costas y así se dispondrá en la parte resolutive de este laudo.

Igual consideración debe hacerse respecto de TRANSMILENIO, pues si bien es cierto dicha Entidad será absuelta en el presente proceso, también lo es que no todas las excepciones por ella propuestas prosperaron y, en todo caso, atendiendo el principio de la buena fe procesal que debe imperar en todas las actuaciones procesales, no es viable imponer condena en costas al CONSORCIO INTERCOL, quien durante el proceso obró en forma leal, oportuna y diligente, conducta que, desde luego, debe generar efectos en punto de las costas del proceso. Por ello, a favor de TRANSMILENIO y en

contra de INTERCOL tampoco será impuesta condena en costas.

VII.- PARTE RESOLUTIVA

En mérito de todas las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitraje constituido para resolver las controversias entre **CONSORCIO INTERCOL, INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE CALIDAD S.A. – INCOSA, VÍAS Y AMBIENTE LTDA., OBRAS Y PROYECTOS RP S.A.S., GESTIÓN DE PROYECTOS DE INGENIERÍA GPI S.A.S**, como parte Convocante, en adelante **EL CONSORCIO**, y el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** y la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**, como parte Convocada, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, por Autoridad de la Constitución y de la Ley y por habilitación expresa de las partes, con el voto unánime de todos sus integrantes,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar probadas, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, las excepciones de mérito propuestas por la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. – TRANSMILENIO S.A.** denominadas “*INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD*”, “*PAGO*”, “*FALTA DE CAUSA PARA PEDIR*” y “*BUENA FE*”, excepciones que fueron formuladas respecto de la demanda inicial reformada y de la demanda acumulada.

SEGUNDO.- Denegar las demás excepciones propuestas por la Convocada **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. – TRANSMILENIO S.A.** tanto respecto de la demanda inicial reformada como de la demanda arbitral acumulada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Por las razones que aparecen plasmadas en la parte motiva del laudo, declarar probada la excepción de mérito formulada por el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** respecto de la demanda inicial reformada, titulada “*INEXISTENCIA DE LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA NO. 174 DE 2007 E INEXISTENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DEL MISMO POR PARTE DEL IDU*”.

CUARTO.- Como consecuencia de lo anterior, denegar las pretensiones de la demanda inicial en su versión reformada.

QUINTO.- Declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** respecto de las pretensiones incorporadas en la demanda arbitral acumulada.

SEXTO.- Declarar que el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** incumplió el Contrato de Interventoría No. 174 de 2007, celebrado con los miembros del **CONSORCIO INTERCOL**, por no haber pagado el valor de las actividades de interventoría desarrolladas entre los meses de febrero y agosto de 2012.

SÉPTIMO.- Como consecuencia de lo anterior, condenar al **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** a pagar a favor del **CONSORCIO INTERCOL** y de las sociedades **INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE CALIDAD S.A. – INCOSA, VÍAS Y AMBIENTE LTDA., OBRAS Y PROYECTOS RP S.A.S** y **GESTIÓN DE PROYECTOS DE INGENIERÍA GPI S.A.S**, la suma de **QUINIENTOS SESENTA MILLONES TRESCIENTOS NUEVE MIL SETENTA Y SIETE PESOS (\$560.309.077,00)**, por concepto de las actividades de interventoría desarrolladas entre los meses de febrero a agosto de 2012, suma que deberá ser pagada dentro de los diez (10) días siguientes a este laudo arbitral.

OCTAVO.- Condenar al **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** a pagar a favor del **CONSORCIO INTERCOL** y de las sociedades **INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE CALIDAD S.A. – INCOSA, VÍAS Y AMBIENTE LTDA., OBRAS Y PROYECTOS RP S.A.S** y **GESTIÓN DE PROYECTOS DE INGENIERÍA GPI S.A.S**, la suma de **SESENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$64.158.835,00)**, por concepto de los intereses de mora causados sobre la suma indicada en el numeral anterior, liquidados desde el 18 de enero de 2017 (fecha de notificación del auto admisorio de la demanda acumulada) y hasta la fecha de este laudo. Esta suma que deberá ser pagada dentro de los diez (10) días siguientes a este laudo arbitral.

NOVENO.- La suma señalada en el numeral séptimo de esta parte resolutoria, causará los intereses de mora pactados en la Cláusula 22 del Contrato de Interventoría No. 174 de 2007 desde la ejecutoria de este Laudo Arbitral y hasta la fecha en que se produzca su pago total.

DÉCIMO.- Declarar judicialmente liquidado el Contrato de Interventoría No. 174 de 2007 en la forma indicada en la parte motiva de este Laudo Arbitral.

DÉCIMO PRIMERO.- Denegar las demás pretensiones de la demanda arbitral acumulada, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO SEGUNDO.- Sin condena en costas.

DÉCIMO TERCERO.- Ordenar la expedición de copia auténtica de este Laudo Arbitral con destino a las partes tanto Convocante como Convocada, a la señora Delegada del Ministerio Público y al Centro de Arbitraje y

Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. La copia expedida con destino a la Convocante deberá ir con las constancias de ley.

DÉCIMO CUARTO.- Ordenar que por Secretaría se informe sobre la expedición de este Laudo Arbitral al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para que tome atenta nota en los registros correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia se notificó **en audiencia.**

HENRY SANABRIA SANTOS
Árbitro Presidente

CONSUELO SARRIA OLCOS
Árbitro

FABIOLA OROZCO DE DUQUE
Árbitro

ANTONIO PABÓN SANTANDER
Secretario
(Firma por medios electrónicos)