

Laudo Arbitral

Skanska Aktiebolag y Construcciones Civiles Conciviles S.A., Conciviles S.A.,

v.

Urrá S.A. ESP

Mayo 16 de 2001

Acta 16

En la ciudad de Bogotá, D.C., a las 4:00 p.m. del día 16 de mayo de 2001, se reunieron en la sede del tribunal ubicada en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (calle 72 N° 7-82), los árbitros doctores Alberto Hernández Mora, presidente, Marcela Monroy Torres y Alfonso Martínez Martínez, y Ana María Botero Sanclemente, secretaria del tribunal, con el fin de llevar a cabo la audiencia de fallo convocada mediante providencia del 9 de mayo de 2001, notificada por secretaría a los señores apoderados de las partes. Igualmente se hicieron presentes los doctores Eduardo Fonseca Prada y Julio César Angulo Salom, apoderados de las partes. Asistió el doctor Roberto Augusto Serrato, Procurador 12 Judicial Administrativo.

Abierta la audiencia, el presidente solicitó a la secretaria dar lectura a los apartes más sobresalientes del laudo, que pone fin al proceso, el cual se pronuncia en derecho y ha sido adoptado por unanimidad de los árbitros que integran el tribunal.

Laudo arbitral

Habiéndose surtido la totalidad de las actuaciones procesales que prescriben el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998, y encontrándose este tribunal dentro del día y la hora señalados para la celebración de la presente audiencia de fallo, procede a proferir el correspondiente laudo arbitral, que finaliza el proceso arbitral seguido de una parte por el consorcio conformado por Skanska Aktiebolag y Construcciones Civiles Conciviles S.A., Conciviles S.A., y de la otra parte Urrá S.A. ESP.

I. Antecedentes

Aspectos contractuales

1. La Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, Corelca, mediante la Resolución 454 de agosto 2 de 1983, ordenó la apertura de la licitación pública internacional C-198-82-PAS-03, con el objeto de contratar la construcción de las obras civiles principales de las centrales hidroeléctricas de Urrá I y Urrá II (fl. 25 del cdno. de pbas. 1).
2. Entre los varios proponentes que concurrieron a esta licitación, el consorcio conformado por la firma sueca Skanska A.B. y la compañía colombiana Conciviles S.A., presentó propuesta para la ejecución de las obras civiles principales correspondientes al desarrollo denominado “Urrá I”, por el sistema de precios unitarios reajustables (cdno. de pbas. 11).
3. Mediante la Resolución 357 de fecha 17 de abril de 1985, el director general de Corelca, previo concepto favorable de su consejo directivo, resolvió adjudicar el grupo A de la licitación pública internacional C-198-82-PAS-03 al consorcio Skanska – Conciviles (cap. 5, fls. 85 a 89 del cdno. de pbas. 27).
4. El contrato CLI-065-85 para la ejecución de las obras civiles principales del proyecto Hidroeléctrico de Urrá I, entre Corelca y el consorcio, se suscribió el día 11 de octubre de 1985 (cap. 4, fls. 21 a 96 del cdno. de pbas. 1).
5. El 22 de noviembre de 1985, Corelca solicitó al consorcio el otorgamiento de las garantías de cumplimiento del contrato, responsabilidad civil extracontractual y pago de salarios y prestaciones sociales, de conformidad con lo establecido en la cláusula 46 del contrato. Esta solicitud fue atendida por el consorcio el día 13 de enero de 1986, y

Corelca aprobó dichas garantías mediante Resolución 143 de fecha 12 de febrero de 1986. Hecho lo anterior, en los primeros meses de 1986 Corelca procedió a realizar el registro presupuestal del contrato y enviarlo al despacho del Ministro de Minas y Energía para su aprobación. El contrato sin embargo permaneció en el despacho del señor Ministro de Minas y Energía durante más de cuatro años, antes de que lo aprobara y lo pasara a la consideración del consejo de ministros. Este último órgano lo aprobó en el segundo semestre de 1990 y le dio traslado al Consejo de Estado, quien finalmente lo declaró ajustado a la ley el día 4 de septiembre del mismo año (fls. 8 a 12 del cdno. ppal. 1).

6. El día 16 de mayo de 1990, el consorcio Skanska – Conciviles presentó una reclamación a Corelca, buscando un acuerdo para que se compensaran diversos sobrecostos o perjuicios derivados de la demora en la iniciación de la obra. Corelca procedió al estudio y discusión con el consorcio de esta reclamación, y el día 3 de agosto de 1990 las partes suscribieron el acta de acuerdo 1, en la que convinieron algunos puntos relacionados con la revisión de los mecanismos de ajuste de los precios del contrato CLI-065-85 afectados por el aplazamiento de la construcción de la Central Hidroeléctrica de Urrá I. En esta acta se ordenó: Modificar la cláusula novena (ajuste de pagos) estableciendo una nueva estructura de la fórmula; modificar la cláusula octava (forma de pagos) estableciendo un pago anticipado al contratista equivalente al veinticinco (25%) del valor reajustado del contrato en moneda local y moneda externa (cap. 5, fls. 98 a 133 del cdno. de pbas. 1).

7. Durante el proceso contractual la entidad pública contratante cambió su naturaleza jurídica. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 59 de 1987 y el Decreto 1587 del 28 de septiembre de 1992, el Gobierno Nacional autorizó la creación de la Empresa Multipropósito de Urrá S.A. ESP, con el objeto fundamental de tener a su cargo la “dirección, coordinación, programación, contratación, ejecución y control de la construcción de la Central Hidroeléctrica Urrá I y sus obras complementarias, así como la futura operación y administración de la central”. Por lo anterior, mediante la escritura pública 1390 del 2 de octubre de 1992, se constituyó la sociedad Empresa Multipropósito de Urrá S.A., sociedad anónima de economía mixta, a fin de desarrollar el objeto señalado. Luego, mediante la escritura pública 3040 del 15 de octubre de 1997, otorgada por la Notaría Primera del Círculo de Montería e inscrita en la Cámara de Comercio de dicha ciudad, la Empresa Multipropósito de Urrá S.A. se transformó en empresa de servicios públicos de naturaleza mixta (ESP). Por último, el día 8 de mayo de 1995 se firmó un acta de transferencia del manejo integral del contrato CLI-065-85 y su adicional CLI-065A-93, por parte de Corelca a favor de Urrá S.A., asumiendo esta última todos los derechos y obligaciones que se deriven de dicho contrato (fls. 1 a 3 del cap. 1 del cdno. de pbas. 27).

8. Con el ánimo de propiciar la iniciación de las obras, las partes suscribieron el acta de Acuerdo 2 de fecha 22 de julio de 1993 y el contrato adicional CLI-065A-93 de la misma fecha, documentos en los que constan las distintas modificaciones del contrato principal acordadas por las partes, y el compromiso de Corelca de efectivamente impartir dentro de un breve plazo la orden de iniciación de trabajos. Sobre la base del cumplimiento de estas previsiones, el contratista renunció a la reclamación de los costos y perjuicios que se le hubieran causado hasta ese momento por el desplazamiento de la fecha de inicio de las obras contratadas; así quedó establecido en la cláusula vigésima del contrato adicional CLI-065A-93. En esta acta se acordaron las modificaciones necesarias al contrato, resultantes principalmente de:

a) El cambio de diseños del proyecto por la decisión gubernamental de que no se ejecutaran las obras de Urrá II; b) Las nuevas condiciones derivadas de los contratos de empréstito concluidos con entidades financieras distintas de las originalmente previstas; c) La formalización de los correctivos al sistema de ajuste de precios convenido en el acta de acuerdo del 3 de agosto de 1990; d) Las modificaciones en plazos y subplazos de ejecución de obra, por la demora en su iniciación y se estableció el nuevo plazo de terminación de las obras para el 1º de septiembre de 1999; e) El establecimiento de un nuevo plazo para la desviación del río Sinú en enero de 1995, y la necesidad de un convenio correspondiente sobre la compensación de costos de aceleración (cap. 7, fls. 212 a 241 del libro de pbas. 1).

9. En atención a las nuevas condiciones del proyecto y a las modificaciones introducidas al contrato, las partes con el objeto de mantener el equilibrio económico del mismo, suscribieron el documento denominado “Acta de acuerdo de arreglo directo” de fecha 29 de diciembre de 1995, mediante el cual decidieron someter al mecanismo de amigables componedores las diferencias surgidas entre ellas hasta esa fecha y establecieron el procedimiento

correspondiente. En desarrollo del acta de arreglo directo, las partes suscribieron tres documentos, todos fechados el 8 de enero de 1996, mediante los cuales convinieron constituir tres comisiones de amigable composición, las cuales tenían el encargo de precisar, con fuerza vinculante para las partes, los aspectos y diferencias indicados en tales documentos, a saber: Primer documento: sobrecostos o perjuicios sufridos por el consorcio contratista debido a las modificaciones legales y reglamentarias que se produjeron en el país con posterioridad a la época de la licitación; Segundo documento: reconocimientos y compensaciones a favor del contratista a efectos de que se mantuviera inmodificado el plazo final de terminación de las obras, a pesar del incremento en las cantidades de obra por ejecutar y lo expresado por el contratista en su comunicación 0923-0181 LEA-Iev del 19 de octubre de 1995; Tercer documento: reconocimientos y compensaciones a favor del contratista así como la modificación de las cláusulas contractuales en relación con: A) Revisión del mecanismo de ajuste de precios del contrato; B) Moneda de pago del contrato. C) Legislación ambiental. D) Costos originados en necesidades de seguridad física para las obras y el personal (caps. 10 al 12, fls. 259 a 274 del cdno. de pbas. 1).

10. Las comisiones de amigable composición dieron cumplimiento a su encargo por medio de las actas suscritas los días 16 y 22 de febrero y 22 de abril de 1996, con sus correspondientes anexos, en las cuales se establecieron el estado y forma de cumplimiento del contrato en los aspectos que fueron sometidos a su conocimiento y, específicamente, en relación con las diferencias antes anotadas (caps. 13 a 16, fls. 276 a 308 del cdno. de pbas. 1).

11. A efectos de una mayor claridad, las partes consideraron conveniente incorporar dentro del articulado y ordenación del contrato principal CLI-065-85, “los acuerdos logrados por las comisiones de amigable composición, que constan en las actas y anexos antes citados, en cuanto por ellos se hubiere modificado estipulaciones contractuales”, para lo cual suscribieron el convenio adicional 1 al contrato CLI-065-85 y su adicional CLI-065A-93, el 5 de junio de 1996. Con la suscripción de dicho convenio adicional se buscó integrar armónicamente al texto del contrato las decisiones de las tres comisiones de amigable composición en relación con los siguientes aspectos: el programa detallado de construcción; algunos plazos parciales de ejecución del proyecto, amortización del anticipo; la garantía adicional de cumplimiento; costos cotizados y costos del contratista; mayores cantidades de obra; revisión de la fórmula de ajuste de los precios del contrato; protección al medio ambiente y el transporte aéreo del personal (fls. 310 a 318 del cdno. de pbas. 1).

12. El día 20 de abril de 1998 se suscribió entre la Empresa Urrá S.A. ESP y el consorcio Skanska - Conciviles el contrato adicional CLI-065B, con el propósito de modificar el valor del contrato CLI-065-85 y su adicional CLI-065A-93, así como algunas cláusulas de los mismos. En esencia se establecieron nuevos plazos parciales de actividades para la terminación temprana de las obras civiles, se fijó como fecha de terminación de las obras civiles el 1º de abril de 1999 y se reconoció al contratista por el esfuerzo del adelanto de las obras: a) Una suma fija en dólares de Estados Unidos de 5.5 millones, y b) Un monto equivalente al 45% de la energía adicional colocada en el mercado (fls. 243 a 248 del cdno. de pbas. 1).

13. El día 30 de marzo de 1999 se suscribió entre la Empresa Urrá S.A. ESP y el consorcio Skanska - Conciviles el contrato adicional CLI-065C, con el propósito de modificar plazos parciales, el plazo final y la vigencia del contrato CLI-065-85, estableciendo como vigencia del mismo 5 años, 9 meses y 23 días a partir del 22 de julio de 1993; posteriormente se suscribieron 3 otrosí a este contrato y finalmente se estableció el 31 de enero de 2000 como límite para la liquidación del contrato (cap. 1, fls. 1 a 14 del cdno. de pbas. 26).

14. A comienzos del año 1999 el consorcio contratista presentó a la entidad contratante varios reclamos económicos, originados en diversas causas que se presentaron durante la ejecución del contrato, para que fueran resueltos antes de dar por terminada la etapa de liquidación del mismo. Frente a estos reclamos, la junta directiva de Urrá S.A. ESP, en reunión de fecha 2 de noviembre de 1999, aprobó el reconocimiento de ciertos valores para compensar al consorcio Skanska - Conciviles los mayores costos incurridos en el desarrollo de algunas actividades del contrato. Dicha decisión fue puesta en conocimiento del consorcio mediante las comunicaciones 99-M-VPT-171 y 99-M-PRE-329 del 5 y 9 de noviembre de 1999. Mediante la comunicación 69-0900-IG del 10 de noviembre de 1999, el contratista manifestó su aceptación de los valores de compensación aprobados por Urrá S.A. ESP, quien, a su vez, en su comunicación 99-M-PRE-350 del 13 de diciembre de 1999, ratificó tales reconocimientos y expresó su conformidad para suscribir un pacto arbitral en relación con los puntos sobre los cuales no se había llegado a un acuerdo (cap. 26, fls. 355 a 358 del cdno. de pbas. 1).

15. Luego las partes procedieron a suscribir el documento denominado “Acta de preacuerdo para la liquidación del contrato CLI-065-85”, el día 21 de febrero de 2000, en el que se formalizaron los reconocimientos económicos anteriormente mencionados en favor del consorcio contratista y, adicionalmente, las partes acordaron someter al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento las diferencias existentes entre ellas. Esta acta, aunada a la cláusula cuadragésima del contrato CLI-065-85, que contiene la cláusula compromisoria, configura el fundamento jurídico expreso de la competencia del presente Tribunal de Arbitramento (cap. 27, fls. 360 a 367 del cdno. de pbas 1).

Trámite prearbitral

16. De conformidad con lo anterior, y mediante escrito presentado el día 15 de marzo de 2000, el consorcio conformado por Skanska Aktiebolag y Construcciones Civiles Conciviles S.A., Conciviles S.A., por intermedio de apoderado, doctor Eduardo Fonseca Prada, solicitó la convocatoria de este tribunal al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante la presentación de la demanda respectiva. El director del mencionado centro admitió la demanda y ordenó correr traslado de la misma a la sociedad Urrá S.A. ESP, el día 17 de marzo de 2000. Más tarde, el día 5 de mayo de 2000, la sociedad Urrá S.A. ESP contestó la demanda por intermedio de apoderado. Agotados los trámites anteriores y en virtud a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 2651 de 1991, el director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, procedió a fijar fecha y hora para la respectiva audiencia de conciliación. La audiencia de conciliación se surtió el día 27 de julio de 2000 sin que las partes hubiesen llegado a un acuerdo conciliatorio. Fracasada la conciliación. Las partes de común acuerdo designaron como árbitros del tribunal a los suscritos ciudadanos colombianos y abogados titulados, Alberto Hernández Mora, Marcela Monroy Torres y Alfonso Martínez Martínez. El director del centro citó a las partes para la audiencia de instalación del tribunal (demanda: fls. 1 a 64, contestación de la demanda: fls. 70 a 93, audiencia de conciliación: fl. 146, nombramiento de árbitros: fls. 159 a 165 y citación para audiencia de instalación: fl. 169 del cdno. ppal. 1).

Trámite arbitral

17. Integrado el Tribunal de Arbitramento en la forma dicha, comunicados por las partes los nombramientos y aceptados los cargos en forma oportuna por parte de los árbitros, se instaló legalmente el tribunal el día 7 de septiembre de 2000. En esa audiencia el tribunal eligió como presidente al árbitro Alberto Hernández Mora, designó como secretaria a la abogada Ana María Botero Sanclemente, señaló sede para sus reuniones y fijó la suma necesaria para gastos de funcionamiento del tribunal y honorarios de sus miembros, la cual fue consignada oportunamente por las partes en igual proporción (audiencia de instalación: fls. 180 a 185, lo relativo a la consignación de los gastos: fls. 194 y 195 del cdno. ppal. 1).

18. Cumplido lo anterior, se citó a las partes a la primera audiencia de trámite para el día 30 de octubre de 2000, mediante auto que se notificó personalmente. En esta primera audiencia, realizada el día señalado, el tribunal se declaró competente para decidir en derecho las cuestiones planteadas como materia del arbitraje, avocó el conocimiento del proceso y decretó pruebas, tanto las solicitadas por las partes como de oficio. En la misma audiencia el tribunal reconoció personería a los apoderados designados por ambas partes (fls. 227 a 259 del cdno. ppal. 1).

19. El material probatorio decretado y aportado durante la instrucción del proceso puede clasificarse así: a) prueba documental, aportada en la demanda, en la contestación de la misma y decretada de oficio; b) inspección judicial con exhibición de documentos en las oficinas de Urrá S.A. ESP, y con incorporación al expediente de algunos de ellos, solicitada por las dos partes del proceso; c) interrogatorio de parte del ingeniero Alfredo Solano Berrío, presidente de Urrá S.A. ESP, llevado a cabo los días 29 de enero y 19 de febrero de 2001; d) prueba testimonial a los ingenieros Pedro Antonio Sierra Varón y Diego Benavides, practicada el día 15 de noviembre de 2000; y e) prueba pericial a cargo de expertos ingenieros civiles, Óscar Mejía Vallejo y Felipe Estrada Escobar, cuyo dictamen fue rendido el 29 de enero de 2001. El tribunal deja la constancia de que ninguno de los documentos aportados al proceso fue tachado de falso ni se formuló tacha alguna contra los testigos. Se objetó el dictamen pericial por parte del representante de Urrá S.A. ESP (fls. 282 a 348 del cdno. ppal. 1, y 61 a 90 del cdno. ppal. 2).

20. Concluida la instrucción del proceso, el tribunal recibió las alegaciones de las partes. Finalmente, por auto dictado el 9 de mayo del 2001, se señaló esta fecha para celebrar la audiencia de fallo (fls. 236 y 237 del cdno.

ppal. 2).

21. En lo que concierne al plazo para proferir el laudo, hay que señalar que en el curso del proceso por decisión del tribunal y a solicitud de las partes, se presentaron los siguientes períodos de suspensión:

Acta 9 (fls. 346 a 348 del cdno. ppal. 1)

Desde el 11 de diciembre de 2000

Hasta el 29 de enero de 2001

Número de días: 32

Acta 10 (fls. 61 a 62 del cdno. ppal. 1)

Desde el 30 de enero de 2001

Hasta el 9 de febrero de 2001

Número de días: 8

En consecuencia, el término del tribunal para proferir el fallo quedó ampliado hasta el día 29 de junio de 2001.

Primera audiencia de trámite: octubre 30 de 2000 (6 meses se vencería el día 30 de abril de 2001) (fls. 227 a 259 del cdno. ppal. 1).

Audiencia de fallo: 16 de mayo de 2001.

Tiempo de duración del tribunal: 5 meses.

Tiempo calendario transcurrido: 6 meses y 16 días.

Menos período de suspensión: 40 días.

Tiempo hábil del proceso transcurrido: 5 meses.

Del análisis anterior se desprende que el tribunal se encuentra dentro del término establecido para dictar el laudo.

22. Por consiguiente, cumplidos como están los trámites del artículo 671 del Código de Procedimiento Civil y sin que la tramitación del proceso advierta causales de nulidad que invaliden lo actuado, procede el tribunal a proferir este laudo.

23. La competencia de este Tribunal de Arbitramento para conocer de la controversia sometida a su decisión, fue declarada por auto dictado en la audiencia del día 30 de octubre de 2000; la existencia de las partes como personas jurídicas regularmente constituidas, su debida representación y su capacidad para comparecer al proceso aparece demostradas en autos con los medios de prueba conducentes; las partes tuvieron oportunidad de pedir pruebas, que fueron oportunamente decretadas y practicadas; igualmente las partes tuvieron oportunidad para alegar de conclusión, y el proceso ha seguido el trámite establecido en la ley. Por tanto, se hallan reunidos los presupuestos procesales para proferir el presente laudo.

II. Controversias sometidas al tribunal

1. Materia del arbitraje

Las cuestiones sometidas a la decisión en derecho de este tribunal, que son las que definen su competencia y constituyen la materia sobre la cual debe pronunciarse el laudo, fueron planteadas en el “Acta de preacuerdo para la liquidación del contrato CLI-065-85”, el día 21 de febrero de 2000 (fls.360 a 367 del cdno. de pbas. 1), en donde se dice:

“Segundo. Someter a un Tribunal de Arbitramento, compuesto por tres árbitros acordados entre las partes y con domicilio en la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C., concretamente las siguientes diferencias existentes entre las partes, en virtud de las consideraciones citadas en este documento compromisorio:

1. Punto 30 - Sobrecostos por concepto de IVA, ISS, ICBF y horas recreativas. La controversia de carácter jurídico sobre si la fórmula de reajuste del contrato está llamada a recoger los aumentos de costos del contratista en relación con los insumos de la obra, debidos al incremento legal de tasas, tarifas o contribuciones, incluyendo la modificación de los sujetos o actos gravados, por los conceptos tributarios de IVA, de cotizaciones denominadas parafiscales, de seguridad social, Instituto de Bienestar Familiar y el reconocimiento y pago de horas recreativas para los trabajadores. Así mismo, los árbitros decidirán si, en el caso de que la fórmula o mecanismo de ajuste de precios del contrato no hubiera recogido debidamente los aumentos de costo por los conceptos antedichos, procede o no el restablecimiento del equilibrio económico del contrato por estos conceptos.

1.4. Las partes hacen claridad sobre el hecho de que no someten a la decisión de árbitros la definición de si en el caso concreto del contrato celebrado y ejecutado, en qué medida la fórmula de ajuste de precios ha recogido los aumentos de costo por los conceptos aludidos, como tampoco solicitan una determinación de montos de dinero pagaderos a favor del contratista para el restablecimiento del equilibrio económico por este concepto, sino apenas una definición jurídica que, a los efectos del funcionamiento y competencia del tribunal, no tiene cuantía.

1.5. Para la determinación de si en el caso concreto se han producido sobrecostos del contratista no compensados con los ajustes de precios (aplicación del mecanismo contractual), las partes han acordado adelantar un procedimiento complementario de estudio conjunto con intervención de expertos, ajeno a las funciones del tribunal, dentro de los 60 días siguientes a la firma de este documento, tendiente a determinar en qué medida la fórmula de reajuste prevista en el contrato recogió los aumentos de los insumos por los conceptos debatidos en el punto 30 antes enunciado.

1.6. Las partes convienen en que una vez definido el punto jurídico por parte de los árbitros, si del estudio complementario se estableciera que la fórmula de reajuste no recogió debidamente los mayores costos por los conceptos referidos, la compensación que se determinará por las partes, se limitará a los mayores costos incurridos por el contratista a partir del 1º de enero de 1996 y por causa de los incrementos tarifarios originados desde julio de 1993, toda vez que el contratista acepta, de un lado, que para la fecha de suscripción del convenio adicional CLI-065A-93, julio de 1993, se dio un paz y salvo por todo concepto entre las partes y, del otro, mediante el procedimiento de arreglo directo y las amigables composiciones celebradas a principios de 1996, y concretamente las actas de amigable composición 1 y 2, y el reconocimiento efectuado como consecuencia de las mismas, el contrato se encontraba a paz y salvo al 30 de diciembre de 1995 por este concepto, el cual fue presentado y dirimido por el procedimiento de amigable composición.

2. Punto 33. Nuevas tarifas debido a desviaciones (variaciones) en las cantidades de obra, según la cláusula sexta del contrato. En relación con los ítem incluidos en la cláusula sexta del contrato CLI-065-85, literal f) y no recogidos por el anexo 1 del convenio adicional 1 al contrato CLI-065-85 y al contrato adicional CLI-065A-93, las partes acuerdan llevar al Tribunal de Arbitramento exclusivamente la discusión jurídica sobre si las actas de amigable composición suscritas los días 16 y 22 de febrero y el 22 de abril de 1996 y/o el contrato adicional CLI-065B-96, con su respectivo anexo 1, implicaron o no una modificación al contrato en relación con los ítem de obra sujetos a revisión de precios por una modificación al contrato en relación con los ítem de obra sujetos a revisión de precios por causa de variación de las cantidades de obra, y si, por lo tanto, le asiste o no derecho al contratista a la revisión de precios de los siguientes ítem, no contemplados en dicho anexo 1.

6.2. Excavaciones para la ataguía de aguas arriba.

6.9. Excavaciones estructurales en la estructura de toma.

6.10. Excavaciones generales para casa de máquinas y canal de descarga.

6. 11. Excavaciones estructurales para casa de máquinas y canal de descarga.

6.13. Excavaciones estructurales para rebosadero.

6.20. Perforación de huecos diámetro 250mm para pantalla de anclaje del rebosadero.

8.5c. Relleno compactado en la zona 3.

8.5d. Relleno compactado en la zona 3A.

8.5e.2 Relleno compactado en la zona 4, divisoria.

17.17a. Concreto en el canal de descarga del rebosadero. Muros laterales del canal, clase I.

17.17b. Concreto en el canal de descarga del rebosadero.

17.18a. Concreto en el dissipador de energía del rebosadero. Muros laterales Clase E.

17.18b. Concreto en el dissipador de energía del rebosadero. Losa de fondo, Clase E.

17.19.a1. Concreto de la CM: Concreto masivo en la subestructura hasta la cota 65.60 aproximadamente. Concreto masivo Clase P.

17.19.a2. Concreto de la CM: Concreto masivo en la subestructura hasta la cota 65.60 aproximadamente. Concreto masivo clase P.

17.19b. Concreto de la CM: Concreto para muros con espesor de 1 m o mayor, situados entre la cota 65.50 y 78.20, aproximadamente, clase Q.

17.19c. Concreto de la CM: Concreto para placas fundidas sobre piso y bajo techo, situadas por encima de la cota 65.50 aproximadamente, Clase I.

17.19d. Concreto de la CM: Concreto para plazas sobre pisos entre ejes L y M por debajo de la cota 65.60 aprox. Clase I.

17.19e. Concreto de la CM: Concreto de segunda etapa para embeber blindajes de la turbina y caracol, entre cotas 62.00 y 73.20 aprox. Clase Q.

17.19f. Concreto de la CM: Concreto para muro cilíndrico del generador y pedestales del generador entre cotas 73.20 y 78.30 aprox. Clase J.

17.19g. Concreto de la CM: Otros Concretos de segunda etapa, deferentes a los ítem 17.19e, Clase J.

17.19h. Concreto de la CM: Concreto de placas macizas aéreas (fundidas con formaleta de fondo) de espesor mayor de 50 cm. Clase I.

17.19i. Concreto de la CM: Concreto para otras placas aéreas (fundidas con formaleta de fondo) Clase J.

17.19j. Concreto de la CM: Concreto por debajo de la cota 78.20 aproximadamente. Para columnas, vigas, escaleras y muros, no incluidos en los ítem anteriores, Clase J.

17.19k. Concreto de la CM: Concreto para columnas de apoyo de las vigas del puente grúa y la cubierta, Clase J.

17.19l. Concreto de la CM: Concreto para otras columnas por encima de la cota 78.20 aprox., Clase J.

17.19m. Concreto de la CM: Concreto para muros por encima de la cota 78.20 aprox., Clase J.

17.19n. Concreto de la CM: Concreto para elementos prefabricados en la fachada y otros sitios. Clase F.

17.19p. Concreto de la CM: Concreto correspondiente a la superestructura, por encima de la cota 78.20 aprox., no incluidos en otros ítem, Clase J.

17.19q. Concreto de la CM: Concreto para bases de equipos auxiliares. Clase J.

17.19r. Concreto de la CM: Concreto dental de la fundación, Clase M.

17.20. No se ejecutó.

17.21a. Concreto para el canal de descarga de la CM; Concreto para losas Clase I.

17.21b. Concreto para el canal de descarga de la CM; Concreto para muros, incluyendo la estructura de control, Clase I.

18.1a. Cemento portland tipo I.

18.1b. Cemento de escoria.

18.1c. Cemento portland tipo I para la cortina plástica de lechada autofraguante (alternativa).

18.2a. Puzolanas ceniza volátil.

18.2b. Puzolana natural.

30.1. Concreto compactado RCC.

PAR.—Las partes hacen claridad sobre el hecho de que no someten a la decisión de árbitros la definición de si en caso concreto del contrato celebrado y ejecutado se han dado sobrecostos para el contratista, ni en qué medida, no compensados con los precios unitarios establecidos, que resulten de la variación de las cantidades de obra, en los términos de la cláusula séptima del contrato. Tan solo someten a su decisión la definición de los ítem de obra cuyos precios son revisables por causa de la eventual variación en las cantidades, conforme al contrato, sus contratos adicionales y las actas de amigable composición.

Tercero. En el evento de no lograrse un acuerdo en relación con el ítem 26 - costos financieros por reembolsos tardíos con respecto a las importaciones, según lo expresado en el considerando 5, se someterá también al respectivo Tribunal de Arbitramento, el punto jurídico de si le asiste razón al contratista a un reconocimiento financiero entre la fecha del desembolso efectivo realizado por este en razón de los aranceles y demás costos reembolsables con ocasión de las importaciones y la fecha de presentación de la factura correspondiente por parte del contratista a Urrá S.A.

Cuarto. El Tribunal de Arbitramento deberá estar convocado a más tardar el día 15 de marzo de 2000.

Quinto. De conformidad con las comunicaciones cruzadas entre las partes, concretamente la 99-M-VPT-171 de noviembre 5 de 1999 y la 99-M-PRE-329 de noviembre 9 de 1999, ambas de Urrá S.A. ESP, la del consorcio N69-0900-ig (1418) 20929 de noviembre 10 de 1999, así como con las reuniones efectuadas, fundamentalmente la realizada el día 7 de diciembre de 1999, se da por entendido que en virtud de los reconocimientos mencionados en la cláusula primera, los demás puntos reclamados por el contratista han sido desistidos y no se tendrán en consideración para la liquidación del respectivo contrato, excepto, claro está, los puntos que serán objeto de análisis por parte del Tribunal de Arbitramento.

Sexto. Urrá S.A. ESP. acepta modificar las garantías del respectivo contrato, según lo indicado en los párrafos d y e de la cláusula cuarenta y seis de las condiciones del mismo, por un aval o garantía bancaria, previa consideración, revisión y aprobación por parte de Urrá S.A. ESP, de la entidad bancaria que habrá de emitir la garantía y del texto del instrumento.

Séptimo. Los reconocimientos y demás sumas que emanan de este documento quedan sometidas a la respectiva disponibilidad presupuestal por parte de Urrá S.A., para lo cual se obliga al trámite correspondiente. En consecuencia, los efectos de este preacuerdo quedan sometidos a dicha condición según las disposiciones sobre la materia.

Octavo. Como consecuencia de este preacuerdo, el contrato procederá a liquidarse con las sumas y condiciones que surjan de lo aquí mencionado y lo decidido por el Tribunal de Arbitramento en los puntos sometidos a su

consideración, por consiguiente, el contratista declara no tener otras reclamaciones con ocasión de la ejecución del contrato CLI-065-85, el contrato adicional CLI-065A-93 y los demás contratos adicionales suscritos entre las partes”.

El anterior es pues el marco de competencia del presente Tribunal de Arbitramento, que delimita las facultades para proferir el presente laudo.

En ese marco, las pretensiones de la entidad convocante y de la entidad convocada fueron las que a continuación se transcriben, no sin antes advertir que dichas pretensiones concretan aún más la competencia de este tribunal.

2. Posición del consorcio Skanska – Conciviles

Las siguientes fueron las pretensiones que textualmente consignó el consorcio en su demanda (fls. 2 y 3 del cdno. ppal. 1):

“Primera. Que se declare si, dada la existencia en el contrato CLI-065-85 de una fórmula de reajuste de precios, en el caso de que dicha fórmula de ajuste o mecanismo de ajuste de precios no hubiera recogido debidamente los aumentos de costos del contratista en relación con los insumos de la obra, debidos al incremento legal de tasas, tarifas o contribuciones, incluyendo la modificación de los sujetos o actos gravados, por los conceptos tributarios del IVA, de cotizaciones denominadas parafiscales, de seguridad social, Instituto de Bienestar Familiar y el reconocimiento y pago de horas recreativas para los trabajadores, procede en derecho o no el restablecimiento del equilibrio económico del contrato por los mayores costos del contratista no compensados por el mecanismo de reajuste de precios.

Segunda. Que se declare si las actas de amigable composición suscritas los días 16, 22 de febrero y el 22 de abril de 1966 y/o el contrato adicional CLI-065B-96 (sic) y/o el convenio adicional 1 al contrato CLI-065-85 y su adicional, con su respectivo anexo 1, implicaron o no una modificación al contrato en relación con el señalamiento de los ítem de obra sujetos a posible revisión de precios debido a la variación de las cantidades de obra, en aplicación de lo estipulado en la cláusula sexta del contrato CLI-065-85. Y si, por lo tanto, de conformidad con el contrato, cabe la revisión de precios de aquellos ítem incluidos en la cláusula sexta del contrato CLI-065-85, literal f) y no recogidos por anexo 1 del convenio adicional 1 al contrato CLI-065-85 y al contrato adicional CLI-065A-93.

Tercera. Que se declare si el consorcio contratista tiene derecho a un reconocimiento financiero entre la fecha del desembolso efectivo realizado por este en razón de los aranceles y demás costos reembolsables con ocasión de las importaciones y la fecha de presentación de la factura correspondiente por parte del contratista Urrá”.

En el alegato de conclusión el apoderado del consorcio Skanska — Conciviles S.A. afirma que con los elementos probatorios que se han aportado al proceso se encuentra demostrado cómo en el proceso ha sido probada la ocurrencia de los hechos que soportan las pretensiones (fls. 124 a 185 del cdno. ppal. 2).

Alegato de la convocante

El apoderado del consorcio Skanska Aktiebolag y Construcciones Civiles S.A., Conciviles S.A., solicita, en primer lugar, que se acceda a cada una de las tres pretensiones de la demanda y, en segundo lugar, se refiere a la actuación de la parte demandada. A continuación se relacionan los argumentos centrales de estas dos materias.

1. Alegaciones sobre las pretensiones

La entidad convocante señala que deben prosperar las tres pretensiones de la demanda, a la luz de las pruebas aportadas al proceso, por las razones que siguen.

1.1. Sobre la primera pretensión

Recordemos que la primera pretensión de la demanda busca que se defina si, en el supuesto teórico de que la fórmula de ajuste de precios estipulada en el contrato CLI-065-85 no hubiera recogido la totalidad de las alteraciones que se sucedieron en desarrollo del contrato, específicamente las relacionadas con el incremento legal

de tasas, tarifas o contribuciones, incluyendo la modificación de los sujetos o actos gravados, de los conceptos tributarios de IVA, de cotizaciones denominadas parafiscales, de seguridad social, Instituto de Bienestar Familiar y el reconocimiento y pago de horas recreativas para los trabajadores, procede restablecer en forma directa el equilibrio económico del contrato en favor del contratista por los mayores costos no compensados por el mecanismo de ajuste de precios previsto contractualmente.

A este respecto la apoderada del consorcio confiere una respuesta afirmativa, motivo por el cual debe prosperar la pretensión, con fundamento en los argumentos siguientes.

Según la entidad convocante, “las pruebas que obran dentro del expediente, tanto documentales como periciales y testimoniales, así como la declaración de parte rendida por el señor presidente de Urrá S.A., permiten establecer que se encuentran debidamente probados en el proceso”, los siguientes hechos:

Primero, la oferta presentada por el consorcio para la ejecución de las obras civiles principales correspondientes al proyecto hidroeléctrico denominado “Urrá I”, por el sistema de precios unitarios reajustables, marzo de 1984, estableció sus precios con base en los factores de costo existentes, y así lo expresó en su propuesta al señalar en la carta de presentación de la misma (fl. 3A del cdno. de pbas. 11).

Segundo, el día 11 de octubre de 1985 se suscribió entre el consorcio Skanska - Conciviles y la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, Corelca, el contrato CLI-065-85 para la ejecución de las obras civiles principales del Proyecto Hidroeléctrico Urrá I (cdno. de pbas. 1 – fls. 21 al 96), en donde se pactaron los precios del contrato parcialmente en pesos colombianos y parcialmente en coronas suecas, y se establecieron para cada uno de esos componentes del valor una fórmula de ajuste de precios distinta.

Tercero, la entidad pública contratante tuvo dificultades para obtener los créditos que había presupuestado para la financiación de las obras objeto del contrato CLI-065-85, razón por la cual pospuso por varios años la emisión de la orden para el inicio de los trabajos, lo cual le ocasionó perjuicios al consorcio contratista.

Cuarto, con el objeto de corregir el deterioro del valor adquisitivo de los precios del contrato durante el lapso de demora para el inicio de las obras, las partes encontraron pertinente introducir algunas modificaciones al sistema contractual de ajuste de precios para que operaran precisamente en relación con este tiempo de aplazamiento en el inicio de las obras, y así lo plasmaron en el acta de acuerdos 1, suscrita el día 3 de agosto de 1990 (cdno. de pbas. 1 – fls. 98 al 133), manteniendo la fórmula de reajuste convenida en el contrato para ser aplicada durante el período comprendido entre la fecha de iniciación de las obras y, en cada caso, la época de su ejecución.

Quinto, el día 22 de julio de 1993 las partes suscribieron el acta de Acuerdo 2 y el contrato adicional CLI-065A-93, documentos en los que constan las distintas modificaciones del contrato principal acordadas por las partes a los efectos de ajustar el contrato a las condiciones existentes ocho años después de su celebración. El contratista renunció a la reclamación de los costos y perjuicios que se le hubieran causado hasta ese momento por el desplazamiento de la fecha de inicio de las obras contratadas, lo cual quedó establecido en la cláusula vigésima del contrato adicional CLI-065A-93 (cdno. de pbas. 1 – fls. 135 al 241).

Sexto, Corelca expidió la orden de inicio de las obras el día 22 de julio de 1993, momento a partir del cual comenzó a correr el plazo de ejecución del contrato de seis años y medio. Durante los primeros dos años y medio del desarrollo del contrato se presentaron diversas situaciones, imprevistas por el contratista e igualmente imprevisibles, que incrementaron notoriamente los costos de la construcción y que dieron lugar a que el consorcio Skanska - Conciviles presentara primero a Corelca y luego a Urrá S.A. (en cuyo favor Corelca había cedido el contrato) diversas solicitudes de restablecimiento del equilibrio económico del contrato y, entre ellas, una reclamación por los sobrecostos sufridos como consecuencia de modificaciones legales y reglamentarias que habían incrementado las tasas o tarifas correspondientes al impuesto al valor agregado IVA, a los aportes debidos al Instituto de Seguros Sociales y al ICBF, así como las cargas laborales del contratista por razón del debido pago a empleados y obreros de tiempo por actividades recreativas, culturales y deportivas (cdno. de pbas. 13 y fls. 249 al 251 del cdno. de pbas. 27).

Séptimo, el 29 de diciembre de 1995 las partes acordaron someter a la decisión de amigables componedores

diversos aspectos de la controversia existente, a cuyos efectos suscribieron el documento denominado “Acta de acuerdo de arreglo directo” (cdno. de pbas. 1 – fls. 250 al 257). En dicha acta las partes estipularon los asuntos concretos que serían sometidos al conocimiento de las comisiones de amigable composición, entre ellos, la revisión de algunos asuntos frente a los cuales las partes habían llegado a un acuerdo económico parcial, como el tema relacionado con los sobrecostos sufridos por el consorcio debido a los aumentos en el porcentaje de aportes al ISS – ICBF; pago a empleados y obreros de tiempo por actividades recreativas, culturales y deportivas y por concepto del impuesto al valor agregado IVA (anexo 1 al acta de arreglo directo – fl. 257 del cdno. de pbas. 1).

Octavo, en desarrollo de lo pactado en el acta de arreglo directo, las partes suscribieron el “primer documento de sometimiento a la amigable composición” (cdno. de pbas. 1 – fls. 259 al 264), en el cual definieron las cuestiones que someterían al conocimiento de la primera comisión de amigable composición.

Noveno, en el acta de amigable composición de fecha 16 de febrero de 1996 (cdno. de pbas. 15 – fls. 1 al 4), la primera comisión de amigables componedores decidió el asunto sometido a su conocimiento, en el sentido de ordenar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, mediante el reconocimiento de una suma de dinero como compensación por los efectos causados hasta diciembre de 1995 por concepto de los asuntos que el contratista venía reclamando, entre ellos los sobrecostos sufridos por los incrementos de las tarifas del impuesto al valor agregado IVA, aportes parafiscales y cotizaciones al ISS. (Cuadro resumen que obra en el expediente a fls. 5 al 9 del cdno. de pbas. 15).

Décimo, prueba de ese reconocimiento económico ordenado por la primera comisión de amigables componedores por tales conceptos, dice el apoderado, es la respuesta dada por el doctor Solano a la pregunta 6 durante el interrogatorio de parte practicado el día 29 de enero del presente año, cuyo aparte pertinente nos permitimos transcribir a continuación:

“Doctor Fonseca: Formulo nuevamente la pregunta seis: ¿Quiere usted responder, sí o no, si las decisiones de la amigable composición que dirimieron las diferencias entre las partes en el año 1996, tuvieron en consideración los incrementos IVA, ISS, ICBF, programas recreativos de los trabajadores para disponer la compensación en favor del contratista?

Doctor Solano: Sí”.

Undécimo, la primera comisión de amigable composición no estableció la obligatoriedad de compensar efectos posteriores originados en las mismas causas, por cuanto su competencia se limitó a la definición de las compensaciones por sobrecostos incurridos hasta la fecha de suscripción del “Acta de acuerdo de arreglo directo”. A este respecto, el apoderado remite al interrogatorio de parte del doctor Alfredo Solano, presidente de Urrá S.A., que se llevó a cabo en la audiencia de fecha 29 de enero de 2001. En dicha oportunidad a la pregunta “Con base en esta respuesta que acaba de dar el doctor Solano (se refiere a la respuesta de la pregunta 6, antes transcrita), la compensación ordenada por los amigables componedores relacionada con el IVA, ISS, ICBF, programas recreativos de los trabajadores, qué cubrimiento temporal de los problemas del contratista o de las obligaciones del contratista tuvo?” El doctor Solano manifestó en primer lugar: “El pago de un valor pendiente hasta ese momento, pero quedaron algunos pendientes según la segunda y tercera amigable composición”. En ese momento la doctora Marcela Monroy, árbitro en el tribunal, intervino con el fin de que el declarante precisara la fecha hasta la cual la decisión que tomaron los amigables componedores cubría sobrecostos sufridos por el contratista en desarrollo de las obras. El doctor Solano contestó: “El 29 de diciembre de 1995”.

Decimosegundo, en razón a que los aumentos en los gravámenes tributarios y parafiscales no fueron compensados en cuanto a sus efectos posteriores al 30 de diciembre de 1995, el contratista le solicitó a la entidad contratante, mediante su comunicación 14587 de fecha 17 de diciembre de 1996 (cdno. de pbas, 1 – fls. 331 y 332), al igual que en posteriores oportunidades, que procediera a dar aplicación a los mismos parámetros de compensación utilizados por la primera comisión para contrarrestar los efectos negativos que se estaban presentando por tales conceptos, con posterioridad al 30 de diciembre de 1995, a fin de evitar reabrir una discusión que ya estaba ampliamente dilucidada y profundizada en su momento por dicha comisión de amigable composición.

Decimotercero, la Empresa Urrá S.A., mediante la comunicación 97-M-PRE-025 del 3 de febrero de 1997 (cdno. 1

de pbas, - fls. 334 y 335), y en posteriores respuestas, siempre rechazó la solicitud de reconocimiento y pago de extracostos por aumento en las tarifas del IVA, ISS, ICBF y horas recreativas, porque en su concepto dichos sobrecostos se encontraban debidamente recogidos en la fórmula contractual de reajuste de precios y, por tanto, compensados al contratista.

Decimocuarto, el apoderado cita el dictamen pericial rendido por los ingenieros Óscar Mejía y Felipe Estrada, del día 26 de enero de 2001, en el que concluyen que efectivamente, la fórmula de ajuste de precios del contrato no resultó idónea para compensar los sobrecostos incurridos por el contratista por los aspectos en cuestión. Para llegar a esa conclusión, dice el apoderado, los peritos establecieron los elementos que componen la canasta del índice de aumento de precios adoptado en el contrato y, entre ellos, aquellos elementos que involucran un factor correspondiente a causación de IVA. Después de hacer las ponderaciones matemáticas necesarias, concluyeron (pág. 31 del dictamen) que la fórmula de ajuste de precios permitió absorber o compensar tan solo el 17.55% de los sobrecostos en que incurrió el contratista por razón de la modificación de la tarifa IVA, de modo que la fórmula contractual de ajuste de precios se demostró claramente insuficiente para recoger este incremento, que ha representado un perjuicio patrimonial para el contratista. Así mismo, el dictamen pericial demostró que la fórmula contractual de ajuste de precios tan solo logró compensar al contratista el 9.40% de los incrementos en las cargas parafiscales y prestaciones sociales del personal empleado para la ejecución del proyecto (pág. 34 del dictamen pericial), dando lugar al mismo fenómeno de detrimento patrimonial del consorcio contratista. La metodología empleada por los señores peritos, basada en la sensibilidad del “índice de precios al consumidor, nivel de ingresos bajos (obreros) en Barranquilla” y del “índice de costos de la construcción de vivienda, ICCV”, permite concluir que “la proporción del defecto en la recuperación de sobrecostos por los incrementos de tales factores es aplicable a cualquier incremento que se hubiera dado en cualquier período de tiempo a partir de la fecha de celebración del contrato y, por tanto, también a los incrementos que ocurrieron con posterioridad a julio de 1993”.

Decimoquinto, siguiendo con el dictamen pericial, la apoderada del consorcio señala que sobre la existencia en la práctica contractual de usos o costumbres respecto de la forma en que puede preverse en las ofertas los eventuales costos por los conceptos indicados (IVA, ISS, ICBF, horas recreativas) los peritos indicaron que “el consorcio conformado por Skanska y Conciviles S.A. para la ejecución de la obra a que se refiere el contrato CLI-065-85 no tuvo en cuenta en su propuesta, o en los cálculos del costo de la obra que sirvieron de base para la oferta presentada por el consorcio los eventuales aumentos en las tarifas y contribuciones relacionadas con el IVA, ICBF, ISS y pago de horas recreativas para los trabajadores, como lo constataron los peritos en la propuesta presentada por el consorcio. Por el contrario y como se explicó en la respuesta a la pregunta anterior, en la carta de presentación de la oferta del consorcio Skanska y Conciviles S.A. este indicó que en los análisis de costos hechos por el consorcio como base para la propuesta habían utilizado las leyes y regulaciones vigentes el 24 de marzo de 1984, por lo que el consorcio esperaba que de presentarse cambios en la legislación, dichos cambios le fueran reconocidos por Corelca, o por la Empresa Multipropósito Urrá S.A. ESP que sustituyó a la primera.

Decimosexto, la apoderada continúa citando el dictamen respecto de la forma como impacta en la economía de un contrato la fórmula de reajuste de precios. A este respecto citan la siguiente parte del dictamen: “La fórmula de reajuste es un factor neutro en el momento de la licitación, ya que todos los licitantes presentan la propuesta con base en la misma fórmula de ajuste y esta no se tiene en cuenta para la evaluación de las ofertas y adjudicación del contrato. Sin embargo, durante la ejecución del contrato una fórmula de ajuste bien concebida, en cuanto a la ponderación de los factores que la integran y a los índices utilizados, permite al contratista recuperar los aumentos de costo que se presentan en los insumos (bienes y servicios) que el contratista requiere durante la construcción de la obra, mientras que una fórmula menos bien concebida en cuanto a la ponderación de los factores y/o a los índices utilizados, puede representar un desbalance económico del contrato, en pro o en contra del contratista, o del dueño de la obra”.

De los anteriores hechos y pruebas, la apoderada de la entidad convocante concluye que “ya no nos encontramos frente a un supuesto teórico como fue formulado en las pretensiones de la demanda, pues con el experticio rendido por los señores peritos, fruto de un análisis serio y profundo sobre el tema en cuestión, ha quedado plenamente establecido que la fórmula de ajuste de precios pactada en el contrato CLI-065-85 recogió solo en forma parcial los incrementos de costos del contratista debido al aumento en las tarifas, tasas y contribuciones relacionadas con IVA, ISS, ICBF y horas recreativas para los trabajadores, y bajo esta premisa se impone el restablecimiento del

equilibrio económico del contrato en favor del contratista, mediante la compensación de aquellos mayores costos que no fueron recuperados en forma directa a través del contrato”.

En apoyo de esta tesis la abogada sostiene que el derecho administrativo ha venido desarrollando normas y principios que traduzcan en forma adecuada a la contratación pública el principio del “*rebus sic stantibus*”. Como prueba de esta afirmación, ella cita el artículo 5º, numeral 1º de la Ley 80 de 1993, así como el artículo 4º, numeral 8º, ídem. Agrega el consorcio que en el derecho colombiano no tiene cabida la idea de la intangibilidad de las fórmulas contractuales de ajuste de precios, sino que, en virtud de la debida operancia del principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, la ley ha prescrito que, también en este asunto, prima la clara intención de las partes de sustraer al contratista del riesgo del incremento de precios sobre la literalidad de las cláusulas contractuales (C.C., art. 1618), así ellas se traduzcan en fórmulas matemáticas. Por lo anterior concluye que “el hecho de que la adopción contractual de una determinada fórmula de ajuste de precios tenga la intención y el sentido de lograr el mantenimiento del equilibrio económico del contrato mediante la oportuna corrección de los desajustes que se produzcan por causa de la inflación y de otros fenómenos económicos que afectan el valor intrínseco de la remuneración del contratista, no significa que tal convención implique la prohibición o improcedencia de buscar el mantenimiento de tal equilibrio económico cuando quiera que se encuentre que la fórmula de ajuste de precios no ha logrado debidamente su cometido”.

El consorcio añade en su escrito que “el contratista se obliga a la ejecución del contrato estatal, pero dentro de los precisos linderos establecidos en el contrato, determinados por las condiciones vigentes al momento de la elaboración de su propuesta o de la celebración del respectivo contrato. Son estas condiciones, reflejadas y proyectadas en los riesgos trasladados al contratista en virtud del contrato, las que constituyen la base de la ecuación económica a cuya preservación tiene derecho el contratista en virtud del principio del equilibrio económico del contrato. Esta ecuación se romperá cuando esas condiciones desaparezcan por hechos o circunstancias no imputables al contratista y que no pudo razonablemente prever en el momento de elaborar su oferta o de celebrar el contrato: Es el alea extraordinaria que ningún contratista del Estado está llamado a asumir en su función de colaborador del Estado en la consecución de sus fines, so pena de que se quiebre el principio constitucional fundamental de la igualdad de los administrados ante las cargas públicas”.

Por todo lo anterior, la apoderada de la convocante concluye que esta primera pretensión debe prosperar, pues “nuestra pretensión relacionada con el tema de los mayores costos no compensados por la fórmula de ajuste pactada en el contrato, encuentra fundamento suficiente en la imperatividad del principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, toda vez que se trata de circunstancias que no podían ser previstas por el contratista al momento de la elaboración de su oferta, y cuya ocurrencia durante la ejecución posterior del contrato implicó una alteración de las condiciones económicas inicialmente previstas y, por tanto, un desequilibrio económico – financiero en perjuicio del contratista”.

1.2. Sobre la segunda pretensión

Recordemos que la segunda pretensión de la demanda arbitral busca que el Tribunal de Arbitramento declare si con la suscripción del convenio adicional 1 del mes de junio de 1996, las partes modificaron o no el contrato en relación con el señalamiento de los ítem de obra sujetos a posible revisión de precios debido a la variación de sus cantidades.

Aquí de nuevo la apoderada del consorcio otorga una respuesta afirmativa, motivo por el cual debe prosperar la pretensión, con fundamento en un extenso estudio de la prueba allegada al expediente, a saber:

Las partes establecieron en el contrato CLI-065-85 (cláusula sexta, lits. a) y f)) un sistema para la modificación de los precios unitarios de algunos ítem por variaciones en las cantidades de obra estimadas que, de conformidad con los términos de la cláusula quinta del contrato adicional CLI-065A-93 modificatoria de aquella (cdno. pbas. 1 – fls. 212 al 241). Hacia finales del año 1995, el proyecto mostraba la existencia de cantidades de obra ejecutadas y por ejecutar en diversos ítem de aquellos señalados en la cláusula sexta, literal f del contrato, de tal modo diferentes, por exceso o por defecto, a las previstas, que daban derecho a que el contratista solicitara la revisión de los correspondientes precios unitarios. Este aspecto del desarrollo contractual fue puesto en el conocimiento de unas de las comisiones de amigable composición que se integraron a comienzos de 1996 y que debían establecer si

procedía o no modificar los precios unitarios de aquellos ítem que en virtud de la cláusula sexta podían ser objeto de revisión por variación en sus cantidades de obra.

La comisión de amigable composición analizó la situación existente en el desarrollo del contrato, a la luz de los análisis de precios correspondientes, y determinó que sí procedía un correctivo económico a favor del contratista, a cuyos efectos, en lugar de disponer una modificación de los precios unitarios de los ítem afectados, estableció un valor de compensación económica que restableciera el equilibrio del contrato de modo que pudieran ejecutarse las mayores cantidades de obra ya definidas para determinados ítem, sin afectar el plazo del contrato ni la economía del contratista.

Luego, la comisión de amigable composición, en el acta de fecha 22 de febrero de 1996, anexo 8 (cdno. de pbas. 18, fls. 11 al 18 y 232), señaló las cantidades de obra que había reestimado para los ítem de obra que había tomado en cuenta para la compensación ordenada, de modo que en relación con dichos ítem, el derecho a la modificación de los precios unitarios, no se reconociera al contratista sino una vez sobrepasara las nuevas cantidades estimadas.

De la lectura del acta de la segunda comisión de amigable composición, en su anexo 8, la apoderada afirma que allí se consignaron “los nuevos volúmenes estimados de obra correspondientes a los ítem previstos en el literal f) de la cláusula sexta del contrato, para que con relación a tales ítem el mecanismo de la cláusula sexta solo operara en relación con estas cantidades de obra reestimadas, sin alterar o suprimir los demás ítem sujetos también a revisión, conforme a la cláusula quinta del contrato CLI-065A-93” (negritas originales).

Más tarde, el día 5 de junio de 1996, las partes suscribieron el convenio adicional 1 (cdno. de pbas. 1, fls. 310 al 318), con el único objeto de incorporar a su texto los acuerdos logrados por las comisiones de amigable composición. Al suscribir este convenio, dice la apoderada, las partes tuvieron la intención de modificar en parte alguna el contrato, sino de acatar las decisiones de las comisiones de amigable composición que “precisaron, con fuerza vinculante para las partes el estado y forma de cumplimiento del contrato en los aspectos que fueron sometidos a su conocimiento” (consideración 5ª del convenio) (negritas originales).

Se agrega que en la cláusula quinta de este convenio adicional 1 se adoptó como anexo 1 de dicho convenio la relación de los nuevos volúmenes de obra definidos por la amigable composición (anexo 8) en relación con los ítem que fueron materia de una reestimación de cantidades por parte de dicha comisión, y se expresó que dichas cantidades servirían para los efectos de la aplicación futura de las reglas de la cláusula sexta en materia de precios unitarios. Con posterioridad a la suscripción de dicho convenio adicional se presentaron grandes variaciones en los ítem de obra previstos en la cláusula sexta que no fueron recogidos en el anexo 1 del convenio adicional 1, debido a las modificaciones del proyecto, de tal modo que aplicando el sistema estipulado en dicha cláusula procedía la revisión de precios.

Ahora bien, como prueba de dichas variaciones, la apoderada del consorcio indica que obran en el expediente la preacta final de obra ejecutada y el acta final de obra (cdno. de pbas. 27, fls. 4 al 59), en las que se pueden constatar las cantidades finales de obra ejecutada de aquellos ítem previstos en la cláusula sexta, en comparación con las cantidades inicialmente estimadas en el anexo A del acta de Acuerdo 2 de julio de 1993 (cláusula quinta del contrato adicional CLI-065A-93). Así mismo, prueba de tales variaciones, son los testimonios rendidos en este proceso por funcionarios del consorcio interventor del contrato CLI-065-85, cuyos apartes pertinentes cita:

Testimonio del ingeniero Pedro Antonio Sierra, ingeniero residente del consorcio interventor CEC:

“Doctor Hernández: Precísemelo: Ustedes dentro de sus funciones como interventores estaban prestando una asesoría técnica a Urrá, es decir, para todas estas cosas de la cantidad de obra ejecutada el control lo llevaban ustedes?”

Señor Sierra: Claro, lógico.

Doctor Hernández: Para la apreciación de los ítem que debían modificar, ustedes expidieron la información de las cantidades de obra, ustedes en algún momento la suministraron?”

Señor Sierra: Claro, lógico.

Doctor Hernández: ¿Esa fue la función de ustedes?

Señor Sierra: Correcto, porque nosotros éramos los que estábamos controlando la obra en el sitio y a diario con nuestros inspectores, la topografía y tenemos todos esos soportes al día y ahí fue donde se establecieron los porcentajes que habían crecido con respecto a los que estaban pactados en los formularios.

Doctor Hernández: Pidieron una información y la dieron sobre los ítem contemplados en el contrato que habían registrado esos aumentos, para efecto de modificación de precios. Posteriormente, entonces, también ustedes registraron que había otros ítem no considerados en los que se habían registrado aumentos?

Señor Sierra: Ahí es donde digo yo que nosotros no sabemos a nivel de cliente, o sea de Urrá y de Skanska como ellos fueron los que hicieron en el último convenio o contrato adicional no recuerdo, ahí aparecían unos ítem que se debían de considerar, nosotros pasamos las cantidades que superaban las condiciones iniciales de esas cantidades que aparecen allí, habría otras cantidades que también señalaron mayores volúmenes, realmente sí las había ...” (negrillas de la memorialista).

Por otra parte, en razón a las variaciones que se presentaron en las cantidades de obra de algunos ítem, el contratista y la interventoría hicieron los estudios correspondientes para establecer la procedencia de las modificaciones de los precios unitarios de aquellos ítem contenidos en la cláusula 6f, lo cual, dice, ha quedado demostrado con la prueba testimonial —del ingeniero Diego Benavides y Alfredo Solano— y documental que obra en el expediente, así como con la inspección judicial que se realizó en las oficinas de Urrá S.A. (cdnos. de pbas. 19 y 20).

Del estudio de las pruebas citadas, la apoderada del consorcio concluye que “las partes y la interventoría del contrato siempre entendieron que el convenio adicional 1 no había modificado el contrato y que la modificación de precios unitarios procedía en relación con todos los ítem señalados en la cláusula sexta del contrato, solo que teniendo en cuenta para los ítem cuyas cantidades habían sido reestimadas por la segunda comisión de amigable composición, las nuevas cantidades así reestimadas.

Agrega que “esta natural y lógica interpretación acorde con el contrato y con el desarrollo de las tareas de la comisión de amigable composición, solo ha sido puesta en duda en razón de una interpretación aislada del convenio adicional 1, carente de los antecedentes que aquí se han expuesto. Esta errada interpretación de las disposiciones del convenio adicional 1 fue fruto de un concepto emitido por el abogado de la interventoría, doctor Carlos Eduardo Naranjo, “resulta totalmente contraria a la intención de las partes”, según se prueba con la declaración del doctor Solano.

De otra parte, señala la apoderada del consorcio constructor, se le formularon las siguientes preguntas al ingeniero Benavides:

“Doctor Fonseca: ¿Conoce el anexo 1 de este documento? (se refiere al convenio adicional 1).

Señor Benavides: Nosotros tuvimos después que trabajar con este documento para los pagos, esta es el arma de trabajo.

Doctor Fonseca: ¿Qué relación tiene este anexo con el resultado de las amigables composiciones?

Señor Benavides: Aquí en este anexo están los ítem que se tuvieron en cuenta en la segunda amigable composición, estos son los ítem que se estudiaron en la segunda amigable composición, sobre esto se revisaron precios.

Doctor Fonseca: La revisión de precios se basó sobre estos ítem una parte de los ítem que hasta el momento de las amigables composiciones se podían revisar por los incrementos de las cantidades de obra?

Señor Benavides: Sí, todos estos ítem hacen parte de la cláusula del contrato adicional CLI-065A de 1993, no son todos.

(...).

Doctor Fonseca: Ha explicado usted la razón técnica de la modificación que se hizo de las cantidades para estos ítem, que tuvo en consideración la amigable composición 2 puede darnos la razón técnica igualmente inteligible para que se hubiera tenido que limitar el número de ítem cuyos precios se podían revisar según la cláusula 6F del contrato adicional del año 93?

Señor Benavides: Técnicamente no encuentro ninguna razón, lo que pasa es que como dije al principio, nosotros no participamos de esa segunda amigable composición, no entendemos, no sabemos qué fue lo que discutieron allá, pero técnicamente no hay ninguna razón para que los otros ítem se quiten, porque técnicamente todos son afectados por una variación de precios, técnicamente todos los ítem se afectan eso es claro” (negrillas de la Dra. Jiménez).

Por su lado, agrega, el doctor Alfredo Solano, en su declaración de parte, reconoció que durante las conversaciones previas a la amigable composición las partes nunca manifestaron su deseo de disminuir el número de ítem sujetos a posible revisión según la cláusula sexta del contrato, y a este respecto señaló: “En las negociaciones participé yo y participaron varios funcionarios de la empresa, pero nunca se trató específicamente de reducir el número de ítem, nunca se dijo vamos a reducir este ítem, eso no se dijo en ninguna parte”.

Sobre el objeto y propósito con que las partes suscribieron el convenio adicional 1, el doctor Solano manifestó lo siguiente: “Las decisiones o acuerdos que se lograron en la amigable composición querían que hicieran parte del cuerpo del contrato y por lo tanto se nos recomendó por parte del abogado, asesor jurídico, incluir la modificación en el texto general del contrato”.

En suma, dice la representante judicial, del material probatorio que obra en el expediente resulta evidente que las partes durante el desarrollo del contrato nunca tuvieron la intención de modificar las disposiciones que en materia de revisión de precios unitarios este contenía. Y que la interpretación acorde del contrato con las decisiones de la amigable composición y con el texto mismo del convenio adicional 1 es que la modificación de precios unitarios procede en relación con todos los ítem señalados en la cláusula sexta del contrato, solo que teniendo en cuenta para los ítem cuyas cantidades habían sido reestimadas por la segunda comisión de amigable composición, las nuevas cantidades consignadas en el anexo 8 del acta suscrita por dicha comisión el día 22 de febrero de 1996.

La memorialista agrega que el convenio adicional 1 al contrato CLI-065-85 fue un documento de carácter meramente instrumental, que buscó recoger las decisiones de las tres comisiones de amigable composición e integrarlas armónicamente al texto del contrato. Y lo decidido por la segunda comisión de amigable composición no pretendió ni podía pretender modificar el contrato.

Por otra parte, la apoderada indica que las cláusulas de un contrato pueden interpretarse, al tenor de lo expresado por el artículo 1622 del Código Civil, por la aplicación práctica que de ellas hubieran hecho las partes o una de las partes con aprobación de la otra. Y en este caso, dice, se ha probado en debida forma (testimonios de los ingenieros Pedro Antonio Sierra y Diego Benavides; declaración de parte del Dr. Alfredo Solano) que las partes y la interventoría, consideraban que se encontraba vigente en su integridad el literal f de la cláusula sexta del contrato, solo que teniendo en cuenta para los ítem cuyas cantidades habían sido reestimadas por la segunda comisión de amigable composición, las nuevas cantidades allí consignadas (anexo 8 del acta de fecha 22 de febrero de 1996). Prueba de este hecho es el estudio conjunto que adelantaron el contratista y la interventoría, a fin de establecer cuáles de los diversos ítem contenidos en la cláusula 6F debían ser objeto de modificación en su precio unitario en aplicación del sistema de revisión de precios contenido en la cláusula sexta del contrato CLI-065-85.

1.3. Sobre la tercera pretensión

Recordemos que esta pretensión busca que se declare que el consorcio contratista tiene derecho o no a que se le reconozcan los costos financieros, para el período comprendido, en cada caso, entre la fecha del desembolso efectivo realizado por este en razón de los aranceles, y demás costos reembolsables ocasionados por las importaciones, y la fecha de presentación de la factura correspondiente por parte del contratista a Urrá S.A.

A este respecto la apoderada del consorcio responde nuevamente en forma afirmativa, motivo por el cual debe prosperar la pretensión, con fundamento en las siguientes pruebas.

Primero, en el contrato CLI-065-85 se estableció que el contratista importaría la totalidad de su maquinaria, repuestos, herramientas y materiales de uso temporal bajo el sistema de importación temporal, sin pago de impuestos y sin necesidad de los trámites de licencia de importación. En relación con estos equipos, la obligación del contratista frente a Corelca era la de remitirle “una lista de los artículos importados al país en forma temporal indicando su valor, fecha de entrega y toda información pertinente para su rápida localización” (cláusula 35). En relación con la importación de materiales y equipos para uso permanente de Corelca o para ser incorporados a la obra, se previó que el contratista los podía importar, a nombre de Corelca y en uso de las exenciones que le eran propias a esta. En este caso, el contratista debía acordar con Corelca la necesidad, tipo y cantidad de los equipos y materiales por importar bajo esta modalidad, efectuaría la importación a nombre de Corelca y al finalizar la obra tales equipos y materiales quedarían, naturalmente, de propiedad de Corelca. En el caso de que no se lograra obtener a favor de Corelca la exención correspondiente a los impuestos de importación o al impuesto a las ventas, esta reembolsaría al contratista su costo, previa demostración del mismo (cláusula 34.b).

Segundo, el régimen legal de importaciones vigente al momento de la licitación fue modificado posteriormente durante la ejecución del contrato y, por tal razón, el consorcio contratista tuvo que asumir directamente los pagos por impuestos de importación de los bienes que serían utilizados en las obras objeto del contrato CLI-065-85. Naturalmente, de conformidad con lo estipulado en las cláusulas 34 y 35 del contrato, esta mayor onerosidad correría por cuenta de Corelca/Urrá.

Tercero, el contratista, debido a lo anterior, incurrió en altos costos no previstos dentro de sus precios al presentar su oferta, por concepto de pago de impuestos de importación de toda suerte de bienes que se utilizaron en el proyecto o se incorporaron al mismo. En consecuencia, él aspiraba al reconocimiento de esos costos. Sin embargo, Corelca (posteriormente Urrá S.A.) se limitó a reembolsar las sumas de dinero pagadas por el contratista por concepto de impuestos de importación, sin reconocer los correspondientes costos financieros.

Cuarto, habida cuenta que en el contrato no se estableció un procedimiento para efectuar el reembolso de dichos gastos, las partes acordaron un trámite para realizar el pago correspondiente mediante la presentación de una factura, como una mera formalidad a fin de facilitar el reembolso respectivo. Sin que con ello se entendiera que a partir de la presentación de la factura nacía para el contratista el derecho al reembolso, pues era claro que ese derecho del consorcio nacía al momento del desembolso.

Quinto, con base en las disposiciones contractuales relativas al tema, el único requisito que le era exigible al contratista era la demostración del pago efectuado por dicho concepto. Se añade en el escrito que en ninguna parte se estableció cuáles debían ser los soportes de la factura y mucho menos que esta debiera ir acompañada de documentos originales, que era el motivo de glosa que con mayor frecuencia alegaba la entidad para evadir el pago de dichas sumas de dinero.

Adicionalmente, dice, tiempo después de efectuar la glosa, cuando finalmente la entidad consideraba que podía impartir su aprobación a las facturas originalmente presentadas y que habían sido glosadas, la interventoría y el contratista suscribían un documento denominado acta de conformidad, en el cual finalmente se autorizaba el reembolso. Dicha acta era remitida al contratista para que la anexara a la nueva factura de reembolso que debía enviar a Urrá S.A. para que esta, ahora sí, procediera a efectuar el pago (ver por ejemplo: fl. 486 del cdno. de pbas. 25). Por lo anterior, colige la apoderada, “desde cuando el consorcio contratista incurría en el desembolso efectivo del valor de los impuestos de importación hasta cuando la entidad contratante accedía a realizar el correspondiente reembolso pasaban con frecuencia varios meses e incluso años, durante los cuales el contratista se vio obligado a sufrir unos costos financieros altísimos en detrimento de su patrimonio económico”.

Por todas las anteriores consideraciones, el contratista concluye que “han de aplicarse a este asunto los mismos criterios y normas correspondientes a la operancia del principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, máxime cuando los textos contractuales hacen perfecta claridad sobre el hecho de que ambas partes (y no solo el contratista) concluyeron sus acuerdos sobre la base de que el contratista no tendría que incurrir en tales costos. Lo que ocurrió en desarrollo del contrato fue una situación imprevista no imputable al contratista y como tal debe operar plenamente el principio del mantenimiento del equilibrio económico, sin que sea legítimo el restringirlo o aminorarlo por razón de supuestas faltas del contratista en la tramitación de los reembolsos a que

tenía derecho”.

2. Referencia a la actuación de la parte demandada

Luego de exponer las anteriores razones, que apuntaban a defender su posición en torno a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, el consorcio pasa a referirse en su alegato a la actuación de la parte demandada. Para ello se refiere a dos actuaciones: la contestación de la demanda y la objeción del dictamen pericial, como se estudia a continuación.

2.1. Referencia a la contestación de la demanda

La abogada del contratista afirma que la demandada rechaza las pretensiones de la demanda con “argumentos carentes de soporte contractual, legal y probatorio”.

Por el contrario, dice esta parte, el acervo probatorio obrante en el expediente comprueba que le asiste razón jurídica para formular sus pretensiones, por lo siguiente.

Primero, en relación con los sobrecostos sufridos por el contratista por concepto de IVA, ISS, ICBF y horas recreativas, el contenido de la prueba documental que obra en el expediente, así como, el experticio rendido durante el proceso, el cual contiene la verificación de los supuestos reclamados, conceden la razón es a la demandante, como se anotó en su oportunidad.

Segundo, en cuanto al tema de las nuevas tarifas por desviaciones en las cantidades de obra, señala la entidad demandada, las partes sí realizaron una modificación del contrato, en cuanto a que el riesgo por el aumento o disminución en las cantidades de los diversos ítem del contrato, una vez conocido el “Plan detallado de construcción”, pactado durante las amigables composiciones del año 1996, era del exclusivo resorte del contratista. Sin embargo, señala la convocante, “los supuestos de que parte la contestación de la demanda no se compadecen con la realidad de la ejecución contractual y mucho menos encuentran apoyo en la prueba documental, que pretende interpretar la entidad a su acomodo, desconociendo la verdadera intención de las partes consignada en los mismos, la cual ha quedado plenamente establecida con la prueba testimonial que da cuenta de los hechos relacionados en la demanda”.

Y tercero, frente al tema de los costos financieros por reembolsos tardíos respecto de los gastos de importación, expresa el apoderado que Urrá S.A. se encontraba obligada al pago de los reembolsos a partir del momento del desembolso efectuado por parte del contratista, “y que la presentación de la factura era una simple formalidad para tramitar el pago correspondiente, el cual debía comprender tanto el valor desembolsado como el costo financiero sufrido por el contratista”.

2.2. Referencia a la objeción del dictamen pericial

El apoderado del consorcio afirma que no debe prosperar la objeción del dictamen pericial, por error grave, por lo siguiente: “si la parte convocada consideraba insuficiente el dictamen lo pertinente hubiera sido solicitar su aclaración y complementación para llenar los supuestos vacíos, pero no una objeción por error grave, cuya formulación carece de fundamento, pues la sociedad convocada se limita a señalar algunas discrepancias conceptuales con el experticio, sin precisar e identificar los supuestos “errores graves” del dictamen y sus consecuencias, a fin de establecer la gravedad que les endilga”.

3. Posición de Urrá S.A. ESP

Las siguientes fueron las pretensiones que la empresa Urrá S.A. ESP invocó en su contestación de la demanda (fl. 71 del cdno. ppal. 1):

“Primera. Que se desestime la pretensión solicitada por el peticionario demandante y en su defecto se declare por el tribunal que la fórmula de reajuste del contrato prevista en la cláusula novena del contrato CLI-065A-93, es único procedimiento de revisión de precios del contrato CLI-065-85, suscrito entre las partes convocante y convocada, y fundamentalmente en relación con los aumentos de los insumos de materiales utilizados en la

respectiva obra, toda vez que la fórmula tiene un componente de materiales que estipula como factor “B = índice de costos de los materiales de construcción de vivienda unifamiliar en Barranquilla, según los datos del DANE”, departamento administrativo que en su análisis de los insumos tiene en cuenta los aumentos del impuesto al valor agregado, IVA, de las contribuciones parafiscales de seguridad social, Instituto de Bienestar Familiar y el reconocimiento de horas recreativas para los trabajadores.

Segunda. Que se desestime la pretensión solicitada por la parte convocante y en su lugar el honorable Tribunal de Arbitramento declare que las actas de amigable composición suscritas por los amigables componedores nombrados entre las partes los días 16, 22 de febrero y el 22 de abril de 1996 y/o el “Contrato adicional CLI-065B-96” y fundamentalmente el “Convenio adicional 1 al contrato CLI-065-85 y al contrato adicional CLI-065A-93, con su respectivo anexo 1, implicaron una modificación al contrato originalmente pactado CLI-065-85 y concretamente en relación con la cláusula sexta, esto es, en cuanto hace mención al señalamiento de los ítem de obra sujetos a una eventual revisión de precios debido a la variación mayor o menor proporcional a las cantidades de obra ofertadas por el contratista.

La anterior conclusión surge como consecuencia de las cuantías reconocidas por los amigables componedores según la segunda acta de amigable composición del 22 de febrero de 1996, en donde se analizaron los aumentos y disminuciones de cantidades, de conformidad con el nuevo programa detallado de construcción —anexo también al acta—, todo ello de conformidad con el anexo 8 del acta del 22 de febrero, aclarado por los amigables componedores; decisiones que se plasmaron en forma prístina en el “Convenio adicional 1 al contrato CLI-065-85 y al contrato adicional CLI-065A-93”, más aun en el anexo 1 de dicho documento.

Tercera. Que se desestime y/o rechace la petición del convocante en relación con un reconocimiento financiero en virtud de los desembolsos y ulteriores reembolsos efectuados por Urrá S.A. ESP con ocasión de los aranceles y demás costos aduaneros reembolsables a que tenía derecho, y concretamente en relación con la fecha de la erogación efectuada por el contratista y la fecha de presentación de la respectiva factura al contratante, toda vez que el apremio y la solicitud de pago tan solo se hace con la notificación del desembolso y la petición de pago, que se protocoliza con la respectiva presentación de la factura”.

En su alegato de conclusión el apoderado de Urrá S.A. ESP señala lo siguiente (fls. 186 a 204 del cdno. ppal. 2):

Alegato de la convocada

El apoderado de la Empresa Urrá S.A. ESP solicita, en primer lugar, que el tribunal se declare inhibido para pronunciarse sobre la primera pretensión de Skanska – Conciviles S.A.; en segundo lugar, sostiene que se deben denegar las tres pretensiones de la sociedad convocante; y por último objeta el dictamen pericial. Los siguientes son los argumentos que sustentan cada una de estas materias.

1. Solicitud de fallo inhibitorio en relación con la primera pretensión

Afirma la defensa de Urrá S.A. ESP que el Tribunal de Arbitramento debe inhibirse para fallar de fondo la primera pretensión que invoca el consorcio actor, por las siguientes razones:

En el acta de preacuerdo, para la liquidación del contrato CLI-065-85, cláusula segunda, numeral 1 punto 20, párrafo 1.1; tanto contratante como contratista acordaron que no someten a la decisión de árbitros la definición de si en el caso concreto la fórmula de ajuste de precios ha recogido los aumentos de costo por los conceptos aludidos en la demanda, sino apenas una definición jurídica que no tiene cuantía, lo cual se traduce, dice la defensa, en la incompetencia del tribunal.

De la lectura de dicha cláusula se concluye que no puede haber un pronunciamiento de fondo en torno a una pretensión respecto de la cual esta vedado un pronunciamiento arbitral.

Agrega que la determinación sobre si el mecanismo de ajuste de precios ha compensado plenamente los incrementos en materia de IVA, aportes parafiscales (ICBF, ISS, SENA), y costo por horas recreativas, “plantea una diferencia exclusivamente técnica que no puede admitir una definición en derecho por su misma naturaleza cuantitativa”, que obligaría acudir a procedimientos matemáticos ajenos a las facultades de un tribunal en derecho.

Termina concluyendo este memorial que en relación con los incrementos ocurridos y que se dicen no fueron recogidos por la fórmula de reajuste, las partes tienen una diferencia de carácter exclusivamente técnico – económico, que por su naturaleza debe ser decidida por expertos en la materia, de suerte que el mecanismo idóneo para ello es el planteado en el artículo 74 de la Ley 80 de 1993, es decir un arbitramento o pericia técnica.

2. Alegaciones sobre el fondo de las pretensiones

Ya sobre el fondo de las tres pretensiones invocadas por la entidad convocante, el apoderado de Urrá S.A. ESP formula los siguientes alegatos enderezados a rechazar cada una de dichas pretensiones.

2.1. Sobre la primera pretensión

El apoderado de la entidad convocada empieza por señalar que, en caso de que la anterior solicitud de pronunciamiento inhibitorio no sea acogida por el tribunal, se niegue de todas formas la primera pretensión, por los siguientes motivos.

Primero, las pruebas documentales dan clara idea de cuál fue la voluntad de las partes al momento de celebrar el contrato.

A este respecto la defensa, luego de citar el artículo 1618 del Código Civil Colombiano, señala que “el contenido de la cláusula octava del contrato CLI-065A-93, adicional del CLI- 065 de 1985 cláusula novena en el sentido de que la fórmula de ajuste adoptada como procedimiento único de revisión de precios, del contrato CLI-065 de 1985, recoge en su factor B, los aumentos del valor agregado IVA, y de las contribuciones parafiscales de seguridad social, Instituto de Bienestar Familiar y de horas recreativas para los trabajadores y ese reconocimiento se hace en su totalidad como se desprende de la fórmula”.

Entonces, agrega la defensa, al aceptar las partes la fórmula de reajuste como mecanismo de revisión de los precios, con el objeto de mantener el equilibrio contractual, se sometieron a su aplicación en los términos e índices negociados.

Por ello concluye la defensa que fue voluntad de las partes, expresada en su consentimiento libre y exento de vicios, reconocer en la fórmula pactada la totalidad de los ítem reclamados por el consorcio constructor.

Todo lo anterior es reflejo de la voluntad consiente, libre y exenta de errores y vicios por parte de los contratantes.

Agrega que no obra prueba en el contrato de la existencia de situaciones imprevisibles que justifiquen un hipotético restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en relación con la aplicabilidad de la fórmula de reajuste.

En suma, reitera, “para el tribunal no debe existir duda en el sentido de que la voluntad de ambas partes en lo que tiene que ver con la fórmula de reajuste, está reflejada en los términos del contrato suscrito y de que en el proceso no existe razón de derecho que permita desconocer los términos del contrato legalmente celebrado.

2.2. Sobre la segunda pretensión

El abogado de Urrá S.A. ESP indica que esta segunda pretensión también debe ser despachada desfavorablemente por el tribunal, ya que fue voluntad de las partes, claramente plasmada en los diversos documentos que hacen parte del contrato, excluir el reconocimiento de este tipo de reclamaciones por parte del contratista, pues las partes durante la ejecución del contrato modificaron las disposiciones que en materia de revisión de precios contenía el contrato original.

Para comprobar su afirmación, la entidad convocada señala de conformidad con la documental arriba citada, “la cláusula sexta del contrato CLI-065 de 1985 fue modificada en su integridad y por voluntad expresa de las partes, la que no solo se plasmó en sus documentos sino que históricamente consta en el acta de acuerdo de arreglo directo de fecha 29 de diciembre de 1985, numeral 4º penúltimo párrafo”.

Para mayor abundamiento, la defensa cita los documentos que, dice, modificaron el contrato inicial, a saber:

— Cada una de las tres actas de amigable composición.

— El convenio adicional 1 al contrato CLI-065 de 1985 y al contrato adicional CLI-O65A de 1993, cláusulas quinta y décima.

En síntesis, la defensa dice textualmente que “es a todas luces improcedente la revisión de precios de aquellos ítem incluidos inicialmente en la cláusula sexta del contrato CLI-065 de 1985 literal f) y no recogidos por el anexo 1 del convenio adicional 1 al contrato adicional CLI-065A de 1993, primero por la modificación expresa que se hizo y segundo de conformidad con lo plasmado en la cláusula primera, segunda y sexta del segundo documento de amigable composición de fecha 22 de febrero de 1996 la revisión de precios unitarios por mayores cantidades de obras solo fue considerada para los ítem de las series indicadas en el anexo 8 de ese documento (equivalente o reproducido en el anexo 1 del convenio adicional 1), y obligadamente para las partes tenía que ser así porque las mayores cantidades de obras excluidas fueron debidamente compensadas con el reconocimiento hecho al contratista por efectos de la aceleración en la terminación de las obras y así quedó establecido en el anexo 6 del segundo documento de sometimiento a la amigable composición”.

Por último, la defensa señala que para el consorcio constructor el acta de preacuerdo sí modifica el contrato inicial, pero en cambio niegan tal modificación respecto de los documentos anteriormente señalados.

2.3. Sobre la tercera pretensión

El apoderado de Urrá S.A. ESP solicita negar también la tercera pretensión, por las siguientes razones.

Se requería un proceso previo de demostración de gastos por parte del contratista, que incluyera la petición clara y oportuna de reembolso, para proceder al pago de estos sobrecostos. Como tal demostración no se presentó, por culpa imputable al consorcio, este no puede alegar ahora su propia culpa para exigir dicho reembolso.

Para sustentar la anterior afirmación, la defensa empieza por citar la cláusula trigésima cuarta del contrato: Importaciones de elementos y materiales de la obra: “En caso de que en la importación de tales equipos y materiales no se obtenga la exención correspondiente a los impuestos de importación o el impuesto a las ventas, Corelca reembolsará al contratista su costo, previa la correspondiente demostración de los mismos”.

Agrega que en relación en este tipo de obligaciones no se estableció plazo de pago, por lo cual las partes le dieron aplicación a la cláusula octava del contrato CLI-065 de 1985 en donde el término máximo para pagar era de sesenta (60) días. Luego dicho plazo se redujo a la mitad (30 días) en la conciliación realizada en la Cámara de Comercio de Montería, los días 15 y 22 de diciembre de 1998, 10 de febrero de 1999 y 18 de marzo de 1999, y posteriormente se fijó en 16 días dicho plazo, el acta de preacuerdo de fecha 21 de febrero del año 2000, punto 26.

Concluye la defensa reiterando que “mal puede exigírsele un reconocimiento financiero por un transcurso de tiempo cuya responsabilidad le está atribuida al contratista”, pues no presentó la factura en forma oportuna. En apoyo de esta afirmación cita el artículo 1609 del Código de Procedimiento Civil.

3. Objeción al dictamen pericial

Por último, el abogado de Urrá S.A. ESP objeta el dictamen pericial con el siguiente argumento: “finalmente, solo nos resta referirnos a la prueba pericial, la que conforme nuestro escrito de objeción, al estar, conforme nuestro criterio, llamado a prosperar, no deberá ser tenido en cuenta en lo absoluto, pues la prueba oficiosa lo que pretendía era ser de ayuda técnica para los honorables árbitros, y la misma además de estar mal recaudada, formuló cifras o cuantificaciones no pedidas e incluso permitió la participación de otros profesionales de quienes primero no se les solicitó dictamen alguno y segundo no fueron legalmente vinculados al proceso en calidad de peritos, empero si lo que pretendían los peritos oficialmente vinculados o nombrados era la de contar con ayuda profesional, su experticio “técnico-económico” dejaron ver otra cosa, que es precisamente lo que no está viciando de nulidad, entre otro, por tanto estar llamado a no ser considerado, previa declaratoria de prosperidad de la objeción rogada en mi escrito adjunto al plenario”.

Intervención de la Procuraduría General de la Nación

El 4 de mayo de 2001, el doctor Roberto Augusto Serrato Valdez, procurador Doce Judicial Administrativo, presentó el concepto del Ministerio Público relativo al presente tribunal.

En las consideraciones presentadas concluyó sobre la primera pretensión que:

“En conclusión, si se tiene en cuenta el desarrollo de la relación negocial, procede el restablecimiento del equilibrio económico del contrato por los mayores costos asumidos por el consorcio contratista, con posterioridad al mes de diciembre de 1995, debido a los incrementos en las tarifas, tasas y contribuciones de IVA, ISS, ICBF y horas recreativas para los trabajadores, no compensadas en su integridad por el mecanismo de ajuste de precios que se pactó en el contrato” .

Así mismo el representante del Ministerio Público se refiere a la solicitud del apoderado de Urrá S.A. sobre el “pronunciamiento inhibitorio del Tribunal de Arbitramento respecto a esta pretensión, por considerar que los temas a que a ella alude, fueron excluidos de la definición arbitral en el acta de preacuerdo para la liquidación del contrato CLI-065-85, diciendo: “no resulta válido afirmar que la pretensión primera se encuentra dentro de la pretensión antes mencionada. Tampoco puede asegurarse que la diferencia que se pretende resolver envuelve aspectos de índole netamente técnicos, en tanto que no se pretende establecer en detalle la determinación de si el mecanismo de ajuste de precios compensó plenamente los sobrecostos, sino simplemente establecer si la fórmula utilizada efectivamente logra un respeto de la ecuación contractual, aspecto que torna jurídica la controversia planteada”.

Sobre la segunda pretensión manifestó que “...las actas de amigable composición elevadas el 16 y el 22 de febrero y el 22 de abril de 1996, cuyo contenido fue plasmado en el convenio adicional 1 al contrato CLI-065-85, efectivamente implicaron una modificación a la cláusula sexta del contrato y delimitaron los ítem de obra que podrían estar sujetos a revisión de precios ante la variación de cantidades de obra. En consecuencia no es posible la revisión de precios de aquellos ítem no recogidos explícitamente en el convenio adicional 1 al contrato CLI-065-85 y al contrato adicional CLI-065A-93”.

Sobre la tercera pretensión manifestó: “Ante la regulación que del tema se hace en el contrato original y teniendo en cuenta la inexistencia de cláusulas de salvaguardia que posibiliten el reconocimiento de pago y la interpretación dada por la entidad convocada al punto relacionado con el momento en que nace la obligación del reconocimiento financiero, se ajusta a derecho, lo que conlleva a que proceda la denegación de esta pretensión”.

4. Principales estipulaciones del contrato

El tribunal considera necesario iniciar sus consideraciones sobre el tema que se le ha asignado definir, transcribiendo los apartes más importantes del contrato, relativos a la materia *sub judice*. Tales disposiciones contractuales son la siguientes:

Texto del contrato original CLI-065-85

Cláusula primera. Objeto del contrato: El objeto del presente contrato es la ejecución por parte del contratista, de las obras objeto de la licitación C-198- 82-PAS-03 conforme al grupo desarrollo de Urrá I para la construcción del proyecto hidroeléctrico del Alto Sinú, localizado en el departamento de Córdoba, República de Colombia, en estricta concordancia con los documentos de este contrato, establecidos en la cláusula tercera (3ª).

El objeto de este contrato comprende la construcción de las obras civiles principales del Proyecto Urrá I entre las cuales se encuentran las siguientes:

- a) Obras para desviación del río que comprenden entre otras: ataguías, canales, estructuras de entrada y salida, túneles revestidos en concreto, y válvulas para descarga de fondo.
- b) Presa y dique conformados, entre otros por terraplenes zonificados de gravas arcillosas, gravas limpias, filtros, enrocado de protección, inyecciones en la roca, instrumentación, etc.
- c) Rebosadero sin control que comprende entre otros: Un canal de descarga revestido en concreto, tanques,

amortiguador, puente para carretera Tierralta-Bocatoma.

d) Una captación compuesta entre otros, por bocatomas independientes con estructura de concreto con rejillas y pozos para compuertas de servicios y emergencia para cada túnel de conducción.

e) Una conducción compuesta entre otros, por cuatro (4) túneles revestidos en concreto y blindados en acero, tramos de tubería de cargas de acero y varias juntas Desser de conexión.

f) Una casa de máquina de concreto que alojará, entre otros, los equipos hidroenergéticos y de transformación, y que tendrá además, entre otros, una zona de montaje, zona de transformadores, etc.

g) Obras accesorias como vías de acceso, construcción de campamentos para el contratista, etc.

Además el contrato se refiere a todas las obras accesorias y trabajos complementarios para ejecutar totalmente, de acuerdo con los planos y demás documentos del contrato, las obras del mencionado proyecto.

Cláusula segunda. Definiciones: En el contrato y en los documentos del contrato, siempre que se utilicen las palabras y términos abajo anotados, tendrán el significado que aquí se les asigna...

23. Lista de cantidades y precios: Es la lista en la cual se estipularon los componentes de la obra con sus correspondientes cantidades aproximadas y medidas, con el objeto de presentar la propuesta y, para el pago de la obra, a los precios unitarios y sumas globales estipulados en dicha lista por el contratista.

24. Ítem: Significa cada uno de los componentes de la lista de cantidades y precio. El ítem puede agrupar, mediante una unidad de medida, una o varias clases de obra, para efectos de su medida y pago posterior.

Cláusula cuarta. Tipo y valor del contrato: El presente es un contrato a precios unitarios y globales fijos, tal como se define en el artículo 89 del Decreto 222 de 1983. Por consiguiente, todos los riesgos inherentes a la ejecución de la obra son de cargo del contratista.

El valor total convenido de este contrato será el que resulte de multiplicar, las cantidades de obra ejecutadas por el contratista y recibidas por Corelca a satisfacción por los precios unitarios que aparecen en la lista de precios y cantidades de la propuesta del contratista, más el valor de las obras pagaderas según sumas globales consignadas en la misma propuesta.

El valor final del contrato comprenderá además, el valor de las modificaciones y el de las obras extras y trabajos adicionales ordenados por Corelca y ejecutados por el contratista.

El valor estimado del contrato, calculado con base en las cantidades estimadas de las obras, es la suma de cuatrocientos millones trescientos mil seiscientos cincuenta y ocho con cuarenta y siete centavos coronas suecas (SEK 400.300.658.47) más tres mil ciento diez y ocho millones quinientos setenta mil quinientos cuarenta pesos colombianos con cuarenta y cuatro centavos (CLO\$ 3.118.570.540.44).

Cláusula quinta. Precios cotizados y costos del contratista: a) El contratista se obliga para con Corelca a ejecutar todos los trabajos y obras necesarias para la construcción, estabilidad, seguridad y adecuación a su objeto de la obra contratada, a los precios unitarios y globales cotizados. Se entiende que tales precios, que aparecen como anexo 1 a este contrato se encuentra contemplado el porcentaje sobre el costo directo, por concepto de administración, imprevistos y honorarios. Corelca podrá en cualquier momento, bien sea antes de comenzar la construcción o durante la misma, aumentar o disminuir las cantidades de obra sin que por esta circunstancia se alteren los precios unitarios. Corelca también se reserva el derecho de ordenar los cambios que considere oportunos en las especificaciones técnicas o en el lugar de ejecución de las obras, siempre y cuando estos cambios estén dentro de las áreas previstas en el objeto del contrato. Si por disminución de las cantidades de obras iniciales, los precios unitarios tampoco serán alterados; si al contrato, por efecto de los cambios ordenados se producen aumentos en las cantidades originales, las cantidades adicionales serán pagadas a los mismos precios unitarios consignados por el contratista en su propuesta, tratándose de trabajos de la misma o similar naturaleza, a los contemplados en los capítulos originales. Se entiende también, que para la fijación de los precios globales, el

contratista tuvo en cuenta todos los requisitos estipulados en el pliego de condiciones y sus suplementos, los riesgos previsible de la obra y los gastos que deberá hacer para la realización de las obras a que se refieren estos precios, en las condiciones estipuladas en los documentos del contrato; que visitó los sitios de las obras que va a realizar y se informó a cabalidad de las circunstancias y condiciones físicas y económicas, de las leyes y reglamentaciones colombianas que inciden en los costos del contrato y en los plazos de realización de las obras; b) Serán de cargo del contratista la adquisición, transporte, importación, montaje, utilización, conservación y reparación de los equipos que necesite para realizar la obra, así como los intereses, gastos incidentales, piezas de repuestos, depreciación y otros gastos que correspondan a esos elementos. Igualmente serán de cargo del contratista, conseguir, adquirir, transportar, elaborar, clasificar, almacenar, colocar, y pagar oportunamente todos los materiales destinados a la obra y los elementos que suministre para la misma, así como el almacenamiento o instalación de los elementos que para tal fin le suministre Corelca. También serán de cuenta del contratista los salarios, alimentación, traslado dentro y fuera del país y transporte a los sitios de trabajo de los obreros y empleados que necesite para ejecutar las obras contratadas, el pago de todas las prestaciones sociales, indemnizaciones laborales e impuestos establecidos por la ley colombiana; el servicio de vigilancia que requiera la obra; los sueldos de sus ingenieros y empleados administrativos; transporte de su personal; las primas de las garantías y seguros que deba construir según el contrato; todos los gastos que implique la formalización del contrato; la construcción y el mantenimiento de sus campamentos e instalaciones provisionales con las correspondientes instalaciones eléctricas, sanitarias y de comunicaciones, las redes de agua, desde las fuentes de suministro hasta los diferentes sitios de utilización de la obra; la construcción y el mantenimiento de las vías provisionales necesarias para el desarrollo de los trabajos; la localización, los replanteos, las medidas y cubicaciones de las obras y el mantenimiento de las obras e instalaciones efectuadas, hasta la fecha de expedición del último certificado de terminación de que trata la cláusula cuadragésima primera (41ª) y después de este, las reparaciones a que haya lugar durante la vigencia de acuerdo con las condiciones de garantía de estabilidad y todos aquellos otros trabajos inherentes a una obra de esta naturaleza. El contratista deberá obtener de las autoridades competentes todas las licencias y permisos que pueda necesitar. Igualmente deberá cumplir con todos los requisitos exigidos por las leyes colombianas y sus reglamentaciones y pagar todos los gastos legales, y, en general, cualquier otro gasto que imponga la realización de las obras de acuerdo con lo establecido en este contrato. Corelca podrá reembolsar de cualquiera de los gastos mencionados en este capítulo, que tuviere que hacer para obtener un normal desarrollo y ejecución de las obras, tomando su valor de los pagos debidos al contratista o de las garantías de que trata la cláusula cuadragésima sexta (46ª).

Cláusula sexta: Cantidades de obra:

a) Las cantidades de obra indicadas en la lista de cantidades y precios, establecidas en la propuesta del contratista, son estimativos aproximados del trabajo previsto, usados para comparar las propuestas. No se podrá formular reclamo alguno directo a Corelca si las cantidades reales requeridas para la obra objeto del contrato difieren de las indicadas, por exceso o por defecto...

f) No obstante lo anterior, Corelca podrá aceptar cambios en los precios unitarios para variaciones en las cantidades de obra de las series 6 (excavación en corte abierto), 8 (rellenos de presa), 17 (concretos) y 18 (cementos y puzolanas) de la siguiente manera:

Cuando la cantidad aumente o disminuya según lo indicado a continuación las partes acordarán el aumento o disminución del respectivo precio unitario.

Por variaciones de más o menos veinte por ciento (20%) de las cantidades que aparecen en la lista de precios y cantidades de la propuesta del contratista para los ítem de las series 17 y 18, así: 17.13, 17.16, (a, b, c, d y e) 17.17. (a y b) 17.18 (a y b) 17.19 (todos los subítem) 17.21 (a y b), 18.1 y 18.2. Por variaciones del treinta por ciento (30%) de más o de menos en los ítem de las series 6 y 8 así: 6.1, 6.2, 6.3, 6.8, 6.9, 6.10, 6.11, 6.12, 6.13, y 8.5 (todos los subítem).

Corelca no aceptará reclamo alguno por variaciones en las cantidades de obra de los demás ítem del formulario de precios, ni efectuará reajustes de precios, distintos a los contemplados en este contrato, por razón de variaciones de cantidad de obra, en exceso o en defecto y en cualquier porcentaje.

En el evento de que el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, dejare de publicar cualquiera de los índices señalados, las partes podrán acordar, mediante acta, la utilización de un índice similar, publicado por el DANE o cualquier otra entidad oficial del gobierno colombiano.

En el caso de modificaciones en los precios C en el mes para el cual se hace el ajuste, los valores de estos precios serán promedios ponderados.

2. El valor del componente en moneda extranjera...

3. Los ajustes acordados se harán constar en actas de ajuste firmadas por el interventor y el contratista, las cuales deberán ser sometidas a la aprobación de Corelca acompañadas de las certificaciones de los índices acordados para la moneda local y de las publicaciones de los índices acordados para moneda extranjera.

4. En caso de que haya demoras para obtener los índices establecidos en esta cláusula, podrán hacerse liquidaciones provisionales con base en los últimos índices conocidos de meses anteriores. Cuando se conozcan los índices definitivos, se harán los correspondientes ajustes.

5. El valor de los ajustes en los pagos a los cuales tenga derecho el contratista, será pagado por Corelca, de acuerdo con lo establecido en el artículo 86 del Decreto 222 de 1983, y con base en el acta firmada por la interventoría y el contratista dentro del mismo plazo y bajo las mismas condiciones establecidas para los pagos mensuales por obra ejecutada según lo establecido en el numeral 5° de la cláusula octava (8ª).

6. Cuando el contratista se demore por su culpa en el cumplimiento de alguno de los plazos para la ejecución de la obra, o se le concedan prórrogas por causas que le sean atribuibles, el reajuste de las actas se hará para el mes en que, según los plazos contractuales han debido quedar terminadas las obras incluidas en el acta.

7. Los ajustes solo podrán concederse durante la vigencia del presente contrato y durante las prórrogas autorizadas por Corelca que se deriven de causas de fuerza mayor. La obra que se ejecute con posterioridad a estos plazos, se pagará a los precios originales del contrato, sin perjuicio de las sanciones por incumplimiento pactadas en él. Tanto los valores de los factores índices de costos como los resultados de la aplicación de la fórmula, serán definitivos y obligatorios para el contratista y para Corelca y no están sujetos a discusión ni a justificación.

8. Los índices establecidos en esta cláusula se reconocen como los únicos que inciden en la conservación del equilibrio económico del contrato; por consiguiente, no procederán reclamos por el encarecimiento de índices o factores no contemplados en esta cláusula, ni por aceleración de la tasa inflacionaria interna o externa, sea cual fuere una o otra.

9. En el evento de que los índices utilizados en la presente cláusula dejen de publicarse, las partes acordarán, mediante acta, la utilización de otros índices equivalentes publicados por el DANE u otra entidad oficial.

Cláusula trigésima cuarta. Importación de elementos y materiales de la obra:

a) El contratista podrá importar libre de toda clase de impuestos de importación los equipos y materiales principales requeridos para ser utilizados o incorporados a la obra.

Corelca y el contratista determinarán mediante actas los equipos y materiales de importación, así como las cantidades de los mismos de acuerdo con los requerimientos de cada caso, y las necesidades de la obra según lo establecido en los pliegos de la licitación y en la propuesta del contratista.

En caso de que las regulaciones o disposiciones del Gobierno Nacional impidan la importación de tales equipos o materiales total o parcialmente, o si Corelca lo considera conveniente, podrá disponer la utilización o incorporación de equipos y elementos nacionales de la obra. En este caso Corelca deberá reconocer los sobrecostos que se causen al contratista por la utilización o incorporación de los materiales nacionales, previo acuerdo entre las partes.

b) El contratista podrá importar, a nombre de Corelca y en uso de las exenciones que le son propias a esta, los materiales y equipos que deba suministrar para uso permanente de Corelca o para ser incorporados a la obra.

Una vez acordada entre las partes la necesidad, tipo y cantidad de los equipos y materiales por importar, el contratista hará la importación a nombre de Corelca, pero se obliga a efectuar los pagos y todos los trámites necesarios para la importación hasta CIF destino. Al finalizar la obra, todos estos equipos y materiales quedarán de propiedad de Corelca. En el caso de que en la importación de tales equipos y materiales no se obtenga la exención correspondiente a los impuestos de importación o al impuesto a las ventas, Corelca reembolsará al contratista su costo, previa la corriente demostración de los mismos. El contratista deberá pagar los impuestos de importación de equipos y materiales que resulten averiados, defectuosos o de inferior calidad a los previstos en las especificaciones, en cuyo caso tales equipos y materiales quedarán de propiedad del contratista (subrayado fuera de texto para resaltar el texto nuevo y negrillas para resaltar lo pertinente a esta petición).

Cláusula trigésima quinta. Importación temporal: De acuerdo con la legislación vigente, el contratista podrá importar bajo el régimen de importación temporal exenta de derechos de aduana, los equipos de construcción, las herramientas, los repuestos y los materiales de uso temporal que se requieran para la construcción de las obras. Tales equipos, repuestos y materiales deberán ser para uso exclusivo de las obras objeto de ese contrato y no podrán ser utilizados en trabajos diferentes.

A medida que se desocupen los equipos y al terminar la construcción de la obra objeto de este trabajo, el contratista deberá proceder a reexportar los elementos importados, obligándose a presentar a Corelca los documentos que prueben que ha quedado legalizada tal reexportación. Sin embargo, si el contratista desea conservar los equipos, repuestos y materiales en el país, podrá hacerlo mediante la nacionalización de los mismos y el pago de los derechos de aduana correspondientes de acuerdo con la legislación vigente.

Todos los gastos que resultaren en las formalidades necesarias para la realización de las mencionadas importaciones, serán por cuenta del contratista, quien se obliga a embalar por separado aquellos equipos que se instalarán definitivamente, remitiendo a Corelca una lista de los artículos importados al país en forma temporal, indicando su valor, fecha de entrega y toda información pertinente para su rápida localización.

En caso de pérdida de cualesquiera de los artículos introducidos al país bajo el régimen de importación temporal, el contratista deberá comunicarlo a Corelca dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se produjo la pérdida o destrucción para los efectos de la garantía establecida de acuerdo con las normas vigentes (Subrayado para resaltar el texto nuevo y negrillas para resaltar lo pertinente a esta petición).

Cláusula cuadragésima. Cláusula compromisoria - Arbitramento: Sin perjuicio de las facultades consagradas para Corelca en la cláusula cuadragésima séptima (47^a) sobre la declaratoria administrativa de caducidad del contrato, y en las cláusulas quincuagésima segunda (52^a), quincuagésima tercera (53^a) y quincuagésima cuarta (54^a) sobre interpretación, modificación y terminación unilaterales del contrato, las diferencias que se presenten durante su ejecución y hasta cumplirse el período de responsabilidad establecido sobre materias distintas a las contempladas en las cláusulas antes mencionadas y en las cuales Corelca y el contratista no se pongan de acuerdo, podrán someterse a un Tribunal de Arbitramento compuesto por tres (3) árbitros colombianos nombrados de común acuerdo por las partes. A falta de acuerdo en la designación de uno cualquiera de los árbitros, este o estos serán nombrados por la Academia Colombiana de Jurisprudencia. El tribunal así constituido se someterá en todo a las disposiciones que sobre la materia establece el Código de Procedimiento Civil, en armonía con el Código de Comercio y su decisión será en derecho y obligatoria para las partes. Se conviene en señalar la ciudad de Barranquilla como domicilio para las acciones a que diere lugar esta cláusula. Mientras el tribunal esté integrado, los plazos contractuales corren normalmente hasta producirse el fallo. Solo se podrá aceptar que no se ejecuten aquellas obras que impidan o hagan difícil la decisión de los árbitros. El arbitramento podrá ser solicitado por cualquiera de las partes. La aplicación de las estipulaciones sobre caducidad y sus efectos no son susceptibles de decisión arbitral. El tribunal tendrá una duración de seis (6) meses.

Carta de presentación de su propuesta, el consorcio dejó establecido que:

El consorcio ha tomado en consideración todas las ventajas que le ofrecen los pliegos de condiciones para configurar la oferta más favorable posible a los intereses de Corelca. Como contrapartida necesaria entiende que el contrato, en su interpretación y desarrollo, se inspirará en el principio *rebus sic stantibus* y que Corelca, dada la condición de entidad pública, ejecutará todas las acciones para asegurar el mantenimiento del equilibrio

económico-financiero del contrato, el respeto al principio de la intangibilidad de la remuneración y la aplicación de las normas y principios jurídicos aceptados en Colombia para salvaguardar la equidad en las relaciones contractuales.

Debemos anotar que, con el fin de que los precios de la oferta sean congruentes con el sistema de reajuste previsto en los pliegos, cuya fórmula opera con índices de origen a marzo de 1984, hemos usado en nuestros análisis y propuesto como base los precios, las leyes y regulaciones vigentes el 24 de marzo de 1984.

(...).

Esta propuesta tiene una validez de 240 días calendario contados a partir de la fecha de cierre de la licitación.

Como anexo E a la propuesta (fl. 12 del cdno. de pbas, 11), el consorcio expresó sus “Clarificaciones y excepciones a las condiciones del contrato”. En este documento se estableció:

Nuestra propuesta está basada en las siguientes condiciones: I. Que, tomando en consideración todas las ventajas que ofrecen al consorcio los pliegos de condiciones para configurar la oferta, a nuestro entender, más favorable a los intereses de Corelca, hemos asumido que podremos importar libre de impuestos y derechos de aduana los equipos y materiales a ser requeridos en el proyecto y/o para ser incorporados a este y que existiría una adecuada compensación económica en el evento en el cual no se pudiese proceder de esta manera y por causas ajenas a nuestra voluntad.

(...).

a) Excepción I en el anexo E

Se refiere a la importación libre de impuestos y de derechos de aduana de equipos y materiales requeridos por el proyecto.

Estimamos que esta excepción fue aceptada totalmente por ustedes y que solamente excluiría aquellos bienes de prohibida importación en Colombia.

Sin embargo, hemos tenido conocimiento y así se nos ha manifestado por Corelca que es muy probable que la excepción no pueda operar en su plenitud porque bien puede suceder que las autoridades comerciales del país restrinjan las importaciones, o Corelca estime conveniente utilizar bienes y equipos colombianos. Como la propuesta que ustedes aceptaron fue hecha y calculada con base en la libre importación de equipos y materiales, cualquier cambio o restricción en la aplicación de ese supuesto de la licitación nos acarrearía sobrecostos que lógicamente debería reembolsarnos Corelca...

Corelca, el día anterior a la firma del contrato, dio respuesta a las solicitudes formuladas por el consorcio Skanska - Conciviles, mediante su comunicación de fecha 10 de octubre de 1985 en la que expresó:

La ley colombiana exige que el contrato que se suscriba con el adjudicatario de una licitación sea, en su esencia, el que corresponda a la minuta contenida en los pliegos de licitación.

Corelca no puede desconocer que la ejecución del proyecto hidroeléctrico de Urrá I esté sufriendo un atraso en relación con la fecha señalada en los pliegos de condiciones sin que exista responsabilidad alguna de esta corporación en tal atraso, ya que este ha sido motivado por los imponderables e imprevisibles fenómenos económicos por los cuales no solo atraviesa nuestro país sino gran parte de los que conforman el denominado tercer mundo.

No desconocemos que existe la probabilidad de que al suscribir los empréstitos externos que financien el contrato, tengamos que concertar algunas modificaciones o variaciones al convenio de obras públicas, a fin de ajustarlo a las exigencias de las entidades crediticias.

Corelca entiende que tanto los efectos ocasionados por las variaciones en la fecha de iniciación de los trabajos como los derivados de las exigencias de los contratos de empréstitos externos, constituyen temas que no deben ser

introducidos en el texto del contrato, pues las limitaciones mencionadas en este escrito no lo permitirían.

Lo anterior no debe entenderse como una negativa por parte de Corelca a estudiar y resolver en la medida que sea posible de acuerdo con la ley los eventuales desajustes que puedan surgir como consecuencia de los hechos que ustedes han descrito en su comunicación.

Corelca estudiará en su debida oportunidad estas peticiones con el objeto de lograr resolver favorablemente para ambas partes los aspectos económicos que se pudieren producir por los hechos antes descritos de manera que se refleje a través de los acuerdos a que haya lugar, el equilibrio que debe existir en toda relación contractual de esta naturaleza.

Acta de acuerdos 1

Suscrita por las partes el día 3 de agosto de 1990, en la que convinieron algunos puntos relacionados con la revisión de los mecanismos de ajuste de los precios del contrato CLI-065-85 afectados por el aplazamiento de la construcción de la Central Hidroeléctrica de Urrá I.

23.1. Revisión de la fórmula de reajuste

De acuerdo con los pliegos de la licitación C-198-82-PAS-03 la orden de iniciación de los trabajos para las obras civiles de Urrá I se previó para el mes de mayo de 1985 fecha adoptada por el consorcio para la elaboración del programa de ejecución de obras.

Por múltiples circunstancias de orden nacional, revisiones al plan de expansión del sector eléctrico han postergado la entrada en operación de los nuevos proyectos de generación. La última revisión al plan definió la construcción de los proyectos Urrá I, Miel II y Porce II. La fecha recomendada para iniciar los trabajos de Urrá I es el mes de mayo de 1991.

Es evidente que el atraso en el inicio de la construcción del proyecto no es responsabilidad consorcio contratista y por lo tanto se consideró prudente revisar la eficacia de la fórmula de reajuste durante este período.

Partiendo del análisis de precios unitarios disponibles en la oferta del contratista (documento que hace parte integral del contrato) se obtuvo la descomposición de los costos directos e indirectos según se discrimina a continuación:

Para la moneda local (pesos colombianos)

Equipos: 47.98%

Materiales: 31.72%

Mano de obra: 10.40%

Costos indirectos: 9.9 %

Para la moneda extranjera (Coronas suecas "SEK")

(...).

Para analizar el comportamiento de la descomposición de costos durante el período del atraso en el inicio de los trabajos se consideró procedente reajustar los valores con índices aplicables publicados por organismos oficiales de Colombia y agencias de Suecia así:

Para moneda local

Equipos "E" Índice del grupo A del MOPT

Este índice refleja el comportamiento de los precios de alquiler de equipos utilizados en la ejecución de obras tales

como explicaciones, rellenos, transporte de materiales y otros.

Materiales “B” Índice de costos de materiales de construcción para vivienda unifamiliar en Barranquilla según datos del DANE.

Mano de obra “A” Índice total de precios al consumidor, nivel de ingresos bajos (obreros) en Barranquilla según datos del DANE.

Para moneda extranjera

(...).

La fórmula de reajuste durante el período de atraso en la iniciación de las obras de acuerdo con los porcentajes de descomposición de costo y con los índices mencionados es la siguiente:

Para la moneda local:

$$P1 = Po (0.1155 A1/Ao + 0.3520 B1/Bo + 0.5325 E1/Eo).$$

Para la moneda extranjera:

$$P1 = \text{Valor ajustado de la componente en la moneda local}$$

(...).

Los subíndices representan fechas así:

o = Corresponde al mes calendario anterior al del cierre de la licitación.

1 = Corresponde al mes calendario a la fecha de inicio real de los trabajos.

La aplicación de las fórmulas de reajuste arriba descritas con índices del mes de marzo de 1990 arroja el siguiente resultado:

Pesos colombianos 14.675.057.390

Coronas suecas...

O sea la suma de US 134.501.823 equivalentes a marzo de 1990.

23.2. Aclaración a la fórmula de reajuste del contrato

Para efectos de mantener inalterable las condiciones contractuales a partir de la orden de inicio de los trabajos se debe aplicar la misma fórmula de reajuste prevista en la cláusula novena (ajuste de pagos) del contrato con la aclaración de que el subíndice “o” se reemplaza por el subíndice “1 “ así:

Para moneda local:

$$Pi = P1 (0.10 + 0.50 Ai/A1 + 0.25 Bi/B1 + 0.15 Ci/C1)$$

Para moneda extranjera: ...

P1 = Valor ajustado de la componente en moneda local del acta de obra ejecutada, excluyendo el valor de los trabajos extras.

(...).

Los subíndices representan fechas así:

1 = Corresponde al mes calendario a la fecha de inicio real de los trabajos.

i = Corresponde al mes calendario de ejecución de los trabajos a que se refiere el acta de obra ejecutada sin perjuicio de lo establecido en el artículo 86 del Decreto 222 de 1983.

(...).

Acuerdos

Modificar la cláusula novena (ajuste de pagos) estableciendo una nueva estructura de la fórmula de reajuste según se detalla en los numerales 23.1 y 23.2 de la presente acta de acuerdos.

Acta de Acuerdo 2 del 22 de julio de 1993

“Cuarto. Modificar los literales a) y f) de la cláusula sexta del contrato CLI-065-85, los cuales quedarán así:

a) Las cantidades de obra indicadas en la lista de cantidades y precios del anexo del acta de Acuerdo 2 son estimativos aproximados del trabajo previsto. No se podrá formular reclamo alguno directo o indirecto a Corelca si las cantidades reales requeridas para la obra objeto del contrato difieren de las indicadas, por exceso o por defecto”.

Se exceptúan de lo anterior las cantidades señaladas en el ítem 32 (todos los subítem) de dicha lista, las cuales son cantidades fijas, que el contratista deberá suministrar e instalar por una suma global de acuerdo con su diseño presentado, y operar durante el período de construcción. El costo de las reparaciones que durante el período de desarrollo de las obras sea necesario efectuar al sistema y que no sean resultado de defectos de fabricación o instalación, será reembolsado al contratista previa comprobación.

f) No obstante lo anterior, Corelca podrá aceptar cambios en los precios unitarios para variaciones en las cantidades de obra de las series 6 (Excavación en corte abierto), 8 (Rellenos de presa), 17 (Concretos), 18 (Cementos y puzolanas) y 30 (Concreto compactado RCC). Cuando la cantidad aumente o disminuya según lo indicado a continuación las partes acordarán el aumento o disminución del respectivo precio unitario:

— Por variaciones de más de veinte por ciento (20%) de las cantidades que parecen en la lista de cantidades y precios del anexo A del acta de Acuerdo 2, para los ítem de las series 17, 18 y 30 así: 17.3, 17.16 (a, b, c, d y e), 17.17 (a y b), 17.18 (a y b), 17.19 (todos los subítem), 17.20 (todos los subítem), 17.21 (a y b), 18.1, 18.2 y 30.1.

— Por variaciones del treinta por ciento (30%) de más o de menos en los ítem de las series 6 y 8 así: 6.1, 6.2, 6.3, 6.8, 6.9, 6.10, 6.11, 6.12, 6.13, 6.20 y 8.5 (todos los subítem).

Contrato adicional CLI-065A-93

Cláusula segunda. Numeral 23. Lista de cantidades y precios: Es la lista en la cual se estipulan los componentes de la obra con sus correspondientes cantidades aproximadas y unidades de medida, y los precios unitarios y sumas globales para el pago de la obra, incluidas como anexo A del acta de Acuerdo 2, que reemplaza al anexo 1 del contrato original.

Cláusula cuarta: Modificar la cláusula quinta del contrato CLI-065-85, en el sentido de que los precios unitarios y globales a que hace referencia son los de la lista de cantidades y precios del anexo A del acta de Acuerdo 2.

Cláusula quinta: Modificar los literales a) y f) de la cláusula sexta del contrato CLI-065-85, los cuales quedarán así:

a) Las cantidades de obra indicadas en la lista de cantidades y precios del anexo del acta de acuerdo 2 son estimativos aproximados del trabajo previsto. No se podrá formular reclamo alguno directo o indirecto a Corelca si las cantidades reales requeridas para la obra objeto del contrato difieren de las indicadas, por exceso o por defecto”.

Se exceptúan de lo anterior las cantidades señaladas en el ítem 32 (todos los subítem) de dicha lista, las cuales son cantidades fijas, que el contratista deberá suministrar e instalar por una suma global de acuerdo con su diseño

presentado, y operar durante el período de construcción. El costo de las reparaciones que durante el período de desarrollo de las obras sea necesario efectuar al sistema y que no sean resultado de defectos de fabricación o instalación, será reembolsado al contratista previa comprobación.

f) No obstante lo anterior, Corelca podrá aceptar cambios en los precios unitarios para variaciones en las cantidades de obra de las series 6 (Excavación en corte abierto), 8 (Rellenos de presa), 17 (Concretos), 18 (Cementos y puzolanas) y 30 (Concreto compactado RCC). Cuando la cantidad aumente o disminuya según lo indicado a continuación las partes acordarán el aumento o disminución del respectivo precio unitario:

— Por variaciones de más de veinte por ciento (20%) de las cantidades que aparecen en la lista de cantidades y precios del anexo A del acta de Acuerdo 2, para los ítem de las series 17, 18 y 30 así: 17.3, 17.16 (a, b, c, d y e), 17.17 (a y b), 17.18 (a y b), 17.19 (todos los subítem), 17.20 (todos los subítem), 17.21 (a y b), 18.1, 18.2 y 30.1.

— Por variaciones del treinta por ciento (30%) de más o de menos en los ítem de las series 6 y 8 así: 6.1, 6.2, 6.3, 6.8, 6.9, 6.10, 6.11, 6.12, 6.13, 6.20 y 8.5 (todos los subítem)...”.

Cláusula octava: Modificar los numerales 1º, 2º, 7º, 8º y 9º de la cláusula novena del contrato CLI-065-85, que quedarán así: Cláusula novena: ajuste de pagos: Los pagos mensuales que se hagan en moneda colombiana al contratista por concepto de obra ejecutada, estarán sujetos a ajustes de acuerdo con el siguiente mecanismo: a) El componente en moneda colombiana se ajustará primeramente para el período comprendido entre marzo de 1984, mes anterior al del cierre de la licitación, y la fecha de la orden de inicio de las obras, conforme a la siguiente fórmula:

$$P1 = Po (0.1155 A1/Ao + 0.3520 B1/Bo + 0.5325 E1/Eo)$$

El significado de los términos es el siguiente:

P1 = Valor ajustado de la componente en moneda local del acta de obra ejecutada, excluyendo el valor de los trabajos ejecutados por el sistema de costo más porcentaje, ajustado hasta el mes de la orden de inicio de las obras.

Po = Valor de la componente en moneda local del acta de obra ejecutada, según el nivel de precios existentes en marzo de 1984, mes anterior al del cierre de la licitación, excluyendo el valor de los trabajos ejecutados por el sistema de costo más porcentaje.

A = Índice total de precios al consumidor, nivel de ingresos bajos (obreros) en Barranquilla, según datos del DANE.

B = Índice de costos de materiales de construcción para vivienda unifamiliar en Barranquilla según datos del DANE.

E = Índice del Ministerio de Obres Públicas y Transporte para el grupo A, correspondiente a equipos.

Los subíndices representan fechas así:

o = Corresponde a marzo de 1984, mes anterior al del cierre de la licitación.

1 = Corresponde al mes de la orden de inicio de las obras.

b) Una vez realizado el ajuste anterior, el componente en moneda colombiana se ajustará para el período correspondiente al tiempo transcurrido entre el mes de la orden de inicio de las obras y el mes de ejecución de los trabajos a que se refiere el acta de obra ejecutada, según lo establecido en el artículo 86 del Decreto 222 de 1983, conforme a la fórmula siguiente:

$$Pi = P1 (0.10 + 0.50 Ai/A1 + 0.25 Bi/B1 + 0.15 Ci/C1)$$

Donde:

Pi = Valor de la componente en moneda local del acta de obra ejecutada, excluyendo el valor de los trabajos

ejecutados por el sistema de costo más porcentaje, ajustando hasta el mes de ejecución de los trabajos a que se refiere el acta de obra ejecutada, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 86 del Decreto 222 de 1983.

P1 = Valor de la componente en moneda local del acta de obra ejecutada, excluyendo el valor de los trabajos ejecutados por el sistema de costo más porcentaje, ajustado hasta el mes de la orden de inicio de las obras según el mecanismo señalado en el numeral 1.a. anterior.

A = Índice total de precios al consumidor, nivel de ingresos bajos (obreros) en Barranquilla, según datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE.

B = Índice de costos de los materiales de construcción de vivienda unifamiliar en Barranquilla, según datos del DANE.

C = Precio oficial vigente el último día del mes considerado de un galón de gasolina del tipo corriente más precio oficial de un galón de ACPM, en la misma fecha, ambos en Barranquilla.

Los subíndices representan fechas así:

1 = Corresponde al mes calendario de la orden de inicio de las obras.

I = Corresponde al mes de ejecución de los trabajos a que se refiere el acta de obra ejecutada, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 86 del Decreto 222 de 1983.

En el evento en que el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, dejare de publicar cualquiera de los índices señalados, las partes podrán acordar mediante acta, la utilización de un índice similar, publicado por el DANE o cualquier otra entidad oficial del gobierno colombiano. En el caso de modificaciones en los precios C en el mes para el cual se hace el ajuste, los valores de estos precios serán promedios ponderados.

2. El valor de los componentes en moneda extranjera de la parte sujeta a ajustes de cada una de las actas de obra ejecutada se ajustará de acuerdo con el siguiente mecanismo: ...

Amigables composiciones

La primera amigable composición del 16 de febrero de 1996:

Según el primer documento de sometimiento a la amigable composición del 8 de enero de 1996 (fls. 259 a 264 del cdno. de pbas. 1), entre las cuestiones objeto de la amigable composición se encontraban:

II. Cuestiones objeto de la amigable composición

... E. Aumentos en el porcentaje de aportes al Instituto de Seguros Sociales y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

F. Pago a empleados y obreros de tiempo por actividades recreativas, culturales y deportivas.

G. IVA.

(...).

N. Retrasos en las importaciones.

(...).

En el acta de la primera amigable composición se estableció (fls. 277 a 281 del cdno. de pbas. 1):

1. Hechos principales de la reclamación

Los puntos sometidos a amigable composición conforme al numeral tercero del “Acta de acuerdo de arreglo directo”, se hallan consignados en el punto II del “Primer documento de sometimiento a la amigable composición”

y que constituye el anexo 2 de la presente acta.

(...).

Primero. Urrá S.A. reconocerá y pagará al consorcio Skanska - Conciviles, a título de costos reclamados, causados y legítimamente generados a su favor, hasta el 29 de diciembre de 1995, la suma de once millones doscientos veinte mil cuatrocientos sesenta y ocho dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 11.220.468)...

Tercera comisión de amigable composición (fls. 292 a 299 del cdno. de pbas. 1).

La tercera comisión de amigable composición de fecha 22 de abril de 1996 estableció:

El numeral 4º, literal A, del acta de composición 3, del 22 de abril de 1996, se modifica la cláusula octava del contrato CLI-065A-93, en su numeral 2º, al decir:

A. Revisión del mecanismo de ajuste de precios del contrato

1. Se mantienen sin modificación los mecanismos de ajuste de pagos establecidos en la cláusula octava del contrato adicional CLI-065A-93 para el componente en moneda colombiana del contrato (num. 1º).

2. A partir del acta de obra ejecutada, correspondiente al mes de mayo de 1996, incluida ella, la fórmula de ajuste de pagos para el componente en moneda extranjera del contrato, establecida en el numeral 2º de la cláusula octava del contrato adicional CLI-065A-93, quedará así:

III. Consideraciones del tribunal

1. Consideraciones preliminares

1.1. Interpretación de la demanda y de la contestación de la demanda

Respecto de la segunda pretensión de la demanda, el tribunal encuentra que la mención del contrato CLI-065-B-96 corresponde a un error pues tal contrato no existe.

El tribunal entiende que las pretensiones de la demanda se enmarcan dentro del pacto compromisorio contenido en el documento que las partes denominaron Acta de preacuerdo para la liquidación del contrato CLI-065-85 del 21 de febrero de 2000, contentiva de los puntos que las partes determinaron someter al conocimiento del Tribunal de Arbitramento. En este sentido, se limitará el tribunal a resolver en derecho sobre la materia que le fue sometida sin entrar a efectuar concreción alguna en relación con las pretensiones, dado que las partes en el mencionado acuerdo, reservaron para sí la tarea de concretar las decisiones que el tribunal adopte en la parte resolutive del laudo que habrá de proferir.

Además, el tribunal, en cumplimiento de su deber de interpretación de la demanda, resolverá las pretensiones de la misma en el entendido de que su tarea es resolver sobre las hipótesis que en ellas se contienen, para extraer luego las consecuencias correspondientes, en todo caso dentro de los límites de la competencia que le fue asignada por las partes, esto es, sin adentrarse en el terreno de concretar o liquidar los efectos de la decisión, desde el punto de vista cuantitativo, sino apenas limitándose a resolver la cuestión puramente conceptual jurídica que le fue encomendada.

Respecto de la contestación de la demanda, el tribunal encuentra que el apoderado de la convocada, al plantear su defensa, no la presentó ni denominó como “excepciones”. Sin embargo, el tribunal considera que dichos planteamientos defensivos revisten la naturaleza de verdaderas excepciones, por lo cual se pronunciará sobre ellos.

2. Competencia del tribunal en relación con las definiciones jurídicas que se le solicitan

1. En el momento procesal oportuno, al examinar este tribunal su competencia para pronunciarse sobre los puntos que las partes habían determinado someter a decisión arbitral, en el pacto compromisorio consignado en el acta de preacuerdo para la liquidación del contrato de 21 de febrero del año 2000, y sometieron efectivamente en el escrito

de convocatoria y en su contestación, encontró el tribunal que se trataba exclusivamente de interpretaciones jurídicas de cláusulas del contrato y de principios generales de derecho aplicables a su régimen jurídico, para proceder las partes posteriormente, con arreglo a las conclusiones y opiniones consignadas en el laudo, a hacer las cuantificaciones que resultaren del caso en la liquidación del contrato.

2. La primera de las peticiones formuladas al tribunal, se relaciona con la función de la fórmula de reajuste de precios pactada en el contrato, para determinar si en caso de resultar insuficiente para reconocer mayores costos realmente generados en su ejecución, en relación con el pago de IVA y de contribuciones del régimen social en las relaciones laborales, es aplicable el principio de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato para reconocer los mayores costos. Se ha solicitado pues, una definición del régimen jurídico a que están sometidas las prestaciones de las partes en el contrato, en un aspecto concreto, de reconocimiento y pago de eventuales mayores costos que lleguen a comprobarse, teniendo en cuenta la respectiva estipulación contractual, su alcance en el contrato, principios generales de derecho y normas legales de obligatoria observancia en la interpretación de los contratos.

Se trata en consecuencia, de diferencias surgidas entre las partes en la interpretación del contrato durante su ejecución y para efectos de su liquidación, diferencias que desde luego tienen una repercusión económica para las partes, al determinar sus obligaciones.

Los contratantes, como lo advierten en el pacto compromisorio suscrito por ellos, someten a la decisión del tribunal exclusivamente los aspectos jurídicos de sus diferencias, reservándose ellos por haberlo así convenido, los procedimientos complementarios conducentes a determinar las consecuencias económicas de las decisiones jurídicas a que llegue el tribunal, ya hacer, si fuere del caso, las respectivas cuantificaciones, es decir hay una clara delimitación entre los aspectos meramente jurídicos de las diferencias surgidas entre las partes y las cuantificaciones y liquidaciones económicas que resultaren procedentes. Lo sometido al tribunal se limitó a los aspectos jurídicos de las diferencias.

El artículo 70 de la Ley 80 de 1993, aplicable en este caso por el carácter de la ley, establece:

ART. 70.—De la cláusula compromisoria. En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

(...).

1. El tribunal en relación con la solicitud de inhibición formulada por el abogado de la parte convocada en su alegato, debe hacer las siguientes precisiones:

1.1. En el acta de preacuerdo para la liquidación del contrato CLI-065-85, suscrita por las partes el 21 de febrero de 2000 contentiva del compromiso que dio lugar a este arbitramento, las partes acordaron someter “La controversia de carácter jurídico sobre si la fórmula de reajuste del contrato está llamada a recoger los aumentos de costos del contratista en relación con los insumos de la obra, debidos al incremento legal de tasas, tarifas o contribuciones, ...y decidirán si, en el caso de que la fórmula o mecanismo de ajuste de precios del contrato no hubiera recogido debidamente los aumentos de costo por los conceptos antedichos, procede o no el restablecimiento del equilibrio económico del contrato por estos conceptos”, punto este al que se refiere la primera petición de la convocatoria del presente Tribunal de Arbitramento.

En relación con lo acordado por las partes en el compromiso, y las peticiones de la demanda de convocatoria del arbitramento, asumió competencia este tribunal en su auto del 30 de octubre de 2000.

3.2. Planteada en esta forma la decisión solicitada al tribunal, es necesario estudiar la estructura de la fórmula y los criterios seguidos para su conformación, para establecer su función y eficacia en el contrato y, determinar en consecuencia, las soluciones jurídicas si esta resultare deficiente para compensar mayores costos efectivamente sucedidos.

3.3. El análisis de la fórmula se hace exclusivamente en el plano de estipulación contractual, estimada como parte

de su conjunto normativo, sin que el tribunal tenga que entrar en consideraciones y cuantificaciones económicas concretas. Dentro de estos lineamientos se desarrolló el debate probatorio.

3.4. La decisión del tribunal es de carácter eminentemente jurídico y se limita a establecer, si en el caso de resultar la fórmula deficiente para compensar reales mayores costos de los estimados originalmente al contratar, es aplicable la norma legal de equilibrio económico del contrato para suplir las deficiencias de la fórmula.

3.5. Al momento de asumir competencia el tribunal, las partes tuvieron su oportunidad procesal para discutir las diferencias que serían objeto de su conocimiento y decisión.

3.6. Resulta extraño para el tribunal, que el apoderado de la convocada plantee ahora en su alegato, una solicitud para que el tribunal se inhiba de conocer, al dictar el laudo, de una materia que expresamente le fue asignada por su poderdante en el compromiso, en la contestación del escrito de convocatoria y al consentir el acto procesal en que se asumió competencia. Para el tribunal esto implicaría dejar de cumplir con el deber que expresamente le fue asignado en el proceso, lo que constituye causal de nulidad, por no pronunciamiento sobre materia sujeta a la decisión arbitral.

Por estas razones, que le restan todo fundamento legal, y, además por no ser la oportunidad procesal indicada, está fuera de lugar y no prospera, la solicitud del apoderado de la parte convocada, formulada en su alegato de conclusión, para que este tribunal se declare inhibido para conocer de la primera pretensión de la demanda, sobre la que asumió competencia, conjuntamente con las otras dos este tribunal, en auto de 30 de octubre de 2000.

2. Consideraciones sobre el régimen jurídico del contrato administrativo

2.1. El tema que se debate

Se le han planteado a este Tribunal de Arbitramento algunas definiciones jurídicas, y solamente estas, en relación con el alcance de cláusulas del contrato CLI-065-85, reformado por el contrato CLI-065a-93, relacionadas con la función de la fórmula de reajuste de precios convenida por las partes, la aplicación del principio de equilibrio financiero del contrato en el caso eventual de insuficiencia de ella frente a mayores costos reales, y el reconocimiento de diferentes costos financieros originados en pagos hechos por el consorcio contratista por concepto de impuestos de importación, reembolsables por Urrá S.A. Además, si acuerdos de las partes, suscritos durante la ejecución de este contrato, determinaron la modificación de la cláusula contractual que establecía la variación de los precios unitarios pactados en consideración a unas cantidades estimadas de obra, cuando estas disminuyeran o aumentaran en proporciones del 20% en algunos casos y del 30% en otros.

Salta a la vista que el problema planteado es esencialmente jurídico, se relaciona con la interpretación del contrato para establecer el alcance de sus estipulaciones en las materias mencionadas, no solamente en consideración al texto suscrito, sino a la intención de las partes al contratar y a la naturaleza del contrato celebrado.

Encuentra por lo tanto el tribunal, indicado y necesario considerar previamente, algunas nociones y principios de derecho en que se fundamenta el régimen jurídico de los contratos en general y el de los contratos administrativos en particular, por tratarse en este caso de un contrato de obra destinado a la prestación de un servicio público, de los que la Ley 80 de 1993 —que dio forma de precepto legal a los principios y nociones de derecho público, que la jurisprudencia venía aplicando de tiempo atrás como rectores de la contratación administrativa—, y definían como contrato administrativo, la Ley 19 de 1982 y el Decreto 222 de 1983, vigentes al momento de la celebración del contrato CLI-065-85.

2.2. Origen consensual de los contratos

El contrato, como negocio jurídico, nace del concurso real de voluntades de dos o más personas, Código Civil artículo 1984. El origen del contrato es, por lo tanto, esencialmente consensual. Las estipulaciones de un contrato dan forma a la manifestación de la voluntad, y las palabras son el medio para expresarla. Pero la expresión de la voluntad no es un fin en sí misma, sino a su vez, un medio, un procedimiento que se emplea con un propósito determinado, con la intención de alcanzar un objetivo, el fin perseguido por las partes al celebrar su convenio.

Determinar la intención, enseña el profesor Josserand, es esencial, puesto que ella influye y dirige la naturaleza del acto celebrado entre las partes, porque viene a ser ella la que le otorga un verdadero carácter a la relación jurídica: la que va a imprimirle el matiz que sirve para calificar la voluntad de los contratantes. El gran doctrinante francés del derecho civil en el siglo XX, agrega:

“La intención, la cual tiene un valor orgánico, hace cuerpo con el acto jurídico; ella es inseparable de este; por ejemplo, la intención liberal no podría dissociarse de la donación entre vivos o del legado; la intención de procurarse una suma de dinero es inseparable, para el prestatario, del préstamo de consumo”. “La intención ... y precisamente porque ella se confunde con el acto jurídico del que ella constituye la esencia misma, tiene un valor constante; ella es siempre la misma para una categoría jurídica dada”⁽¹⁾.

“Ejecutar un contrato, expresa Labaudere⁽²⁾ es, para cada una de las dos partes, realizar las obligaciones que el contrato pone a su cargo. Esta comprobación conduce de inmediato a colocar en el primer rango de las nociones que denominan la ejecución del contrato la de la común intención de las partes. Esta primera idea fundamental es naturalmente válida para toda especie de contrato; ella es común a la teoría de los contratos administrativos y a la de los contratos de derecho privado; el consensualismo es la concepción general del moderno derecho contractual francés” .

Igual afirmación puede hacerse del colombiano.

2.2. En consonancia con este razonamiento jurídico expresa nuestro Código Civil:

“ART. 1618.—Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

“ART. 1622.—Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado, con especial claridad, el alcance jurídico de estos preceptos del Código Civil:

“...Aun cuando por regla general lo que constituye un límite para el intérprete del negocio jurídico es la declaración misma, aquel debe tener en cuenta que para investigar la voluntad real de las partes, es indispensable en muchos casos no detenerse en el sentido literal de la expresión sino averiguar si el contenido querido por las partes se reconoce en la declaración misma, cualquiera que sea el signo mediante el cual se puede inferir la exteriorización del propósito ... Ocurre la integración cuando el texto adolece de defectos, de oscuridad o ambigüedad, o es incompleto, o equivocado, o cuando las expresiones o aun las mismas ideas de las partes carecen de claridad o de exactitud, o bien, porque la consecuencia jurídica no la conocen las partes lo suficiente, o bien a causa de que ellas no previeron determinada situación que se produce después. En los casos de integración, corresponde al intérprete rectificar las faltas del contrato, resultantes de la deficiente expresión del querer de las partes y colmar las lagunas u omisiones que hubieren quedado en esta, sin contradecir ni desfigurar con ello el contenido del pensamiento manifestado en la declaración...”. (Cas., jun., 19/35 XLIV, 64).

“Las normas de hermenéutica indican que la interpretación de todo acto jurídico debe ser coordinada y armónica, relacionando todas sus cláusulas, y esto por la sencilla razón de que todo en un acto jurídico va por lo general encaminado a un solo objetivo, expresando el mismo pensamiento en diferentes formas” (Cas., feb. 3/38, XLIV, 43).

3. La naturaleza o esencia del contrato en su interpretación

3.1. Si se considera que el contrato en el comercio jurídico tiene una función económica y social, es un medio del

que se valen los particulares o las entidades públicas para regular relaciones de contenido económico, con una finalidad específica, la naturaleza o esencia del contrato que se suscriba para alcanzarla, tiene señalada importancia para definir la intención de las partes en la relación contractual. Así lo predica el Código Civil colombiano, siguiendo una concepción clásica del contrato:

“ART. 1603.—Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

“ART. 1621.—En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”.

En armonía con estas disposiciones, el artículo 1501 del Código Civil, enseña que:

“Son de la naturaleza de un contrato las (cosas) que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial”.

3.2. Es jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia:

“La intención de las partes al celebrar los contratos puede desentrañarse tomando en consideración la naturaleza del contrato y las cláusulas claras y admitidas del mismo que sirvan para explicar las dudosas; las circunstancias que influyeron en su celebración determinando la voluntad de las partes para consentir en él; las costumbres de los contratantes y los usos del lugar en que han pactado; la aplicación práctica que del contrato hayan hecho ambas partes o una de ellas con aprobación de la otra, y otras convenciones o escritos emanados de los contratantes. En una palabra, el juez tiene amplia libertad para buscar la intención de las partes y no está obligado a encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato para apreciar su sentido”. (Cas., jun., 3/46, LX, 661).

4. Fundamento del carácter obligatorio del contrato

4.1. Expresa el Código Civil, artículo 1602, que el contrato es ley para las partes contratantes

Tradicionalmente se ha explicado el valor obligatorio del contrato acudiendo al principio de autonomía de la voluntad. Con el mismo fundamento, se dice, que en el orden internacional el Estado se puede comprometer por ser soberano, y no a pesar de ser soberano, en el orden interno los sujetos de derecho pueden comprometerse porque disponen de una voluntad. El contrato es obligatorio únicamente porque es un acuerdo de voluntades en el que cada una de las partes se obliga. Teoría esta, de resonancias rousseauianas, no la acoge la doctrina en su estado puro.

Para otros, como Kelsen, es preciso distinguir en el acto convencional, el acuerdo de voluntades y la norma creada por la convención, el procedimiento y la norma. En tanto que procedimiento, la convención es simplemente un acuerdo de voluntades. Pero este acuerdo deriva su carácter normativo de una norma superior, ley o costumbre. El contrato se beneficia de una “fuerza obligatoria delegada por la ley”. Para la concepción kelseniana de integración del ordenamiento jurídico, la capacidad de contratar no es en suma, sino una competencia atribuida por el derecho objetivo. Es la concretización de una norma superior, que a su vez reposa sobre la norma fundamental, la Constitución Política de cada país, que habilita a las partes para crear el ordenamiento normativo particular, que emana del contrato.

Una moderna interpretación, hoy predominante, próxima al pensamiento de Kelsen, soporta la fuerza obligatoria del contrato, tanto en “valores” como en normas superiores.

4.2. Refiriéndose a estos temas, que tienen importancia capital en la interpretación de los contratos, y en especial en el contrato administrativo, por la fuerza y proyección que tiene la ley en la determinación de su naturaleza o esencia, explica Laurent Richer, actual profesor de la Universidad de París:

“Las partes del contrato no solo están ligadas por lo que ellas han querido: las obligaciones derivan también de la esencia o de la naturaleza del contrato, lo que supone una investigación del objeto del contrato y abre sitio a las

“ideas de buena fe, de justicia objetiva y aún confianza legítima, es decir, en definitiva de equilibrio de intereses en presencia —*suum cuique tribuere*—” (Rouhette, “Les Contrat aujourd’hui: Comparaisons Franco-Angloises” (Estudio sobre la fuerza obligatoria del contrato) LGDJ-1987). Para determinar las obligaciones de las partes, no conviene referirse solamente a la voluntad de ellas; las obligaciones derivan de la esencia del contrato que está determinada a partir de su objeto y de la descomposición de sus elementos” (J. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern contract Doctrine*, Charedon, Press, 1991).

Así aparece, que la investigación del fundamento del contrato no es solamente una cuestión de pura teoría jurídica: si el contrato no reposa sobre la autonomía de la voluntad, el derecho positivo, no se referirá solamente a lo que se ha querido para determinar las obligaciones de las partes.

Ya nadie parece admitir la concepción radical de la autonomía, de la voluntad “entendida como el ejercicio de un poder soberano paralelo y concurrente al de la ley” (J. Ghestin, *Le Contrat: Formation*, LGDJ, 1988), sino que se inclinan delante de lo que ha sido siempre la realidad del derecho positivo, al reconocer cada cual que la voluntad no tiene espacio distinto del que le deja el derecho objetivo”⁽³⁾.

4.3. Podría agregarse, que las estipulaciones de un contrato, por abundantes y detalladas que sean, no tienen la capacidad de prever la totalidad de las circunstancias y matices que puedan rodear su ejecución, la realización de su objeto. En la práctica contractual la realidad resulta ser más rica que la imaginación y la previsión de la mente humana. Es allí, para llenar los vacíos o resolver deficiencias o incongruencias de la estipulación contractual, que la misión del juez encuentra un campo de creación jurídica, más o menos amplio, para establecer la norma, apelando a la intención de las partes en directa armonía con la naturaleza del contrato, teniendo en cuenta que el contrato cumple una función social en el comercio jurídico, y especialmente, en el contrato administrativo su reglamentación legal es determinante de su naturaleza.

5. El contrato administrativo y su interpretación

5.1. El derecho público y el derecho privado comparten la misma noción jurídica del contrato. Es evidente que en el origen de los contratos administrativos como en el de los contratos entre particulares, se encuentra un acuerdo de voluntades. Si una y otra clase de contratos tienen un origen consensual, las nociones jurídicas de interpretación del contrato civil, son en principio válidas en la interpretación del contrato administrativo.

Es opinión preponderante en los tratadistas, que admitido como está, en materia contractual, el principio de primacía de la común intención de las partes, no hay razón para que no se apliquen al contrato administrativo las reglas generales de interpretación de los contratos contenidas en el Código Civil, reglas generales que no constituyen otra cosa que un método deducido de la idea de consensualismo y de las que nada justificaría que fuesen limitadas a cierto tipo de contratos.

Como lo testimonia una reiterada jurisprudencia, el juez del contrato administrativo recurre igualmente a la común intención de las partes, a la naturaleza del contrato, y a otras nociones de interpretación de los contratos civiles, para establecer el verdadero alcance de las obligaciones y derechos que se derivan de sus estipulaciones.

5.2. No obstante, si la noción general de contrato es y no puede ser sino la misma en derecho público y en derecho privado, si uno y otro contrato emanan del acuerdo de voluntades, no quiere decir que el régimen jurídico del contrato administrativo y el del contrato que se conviene entre particulares, sea el mismo. Cuando la administración celebra un contrato administrativo, no se despoja de sus prerrogativas de poder público. Allí comienza a quebrantarse el derecho privado y su gran principio de igualdad de las partes en la relación contractual. Se afirma con razón, que el interés público que sirve a la administración en la prestación de los servicios públicos, y en la celebración de los contratos a ella vinculados, exige que esta permanezca rodeada de poderes unilaterales. La presencia de estos poderes unilaterales, constituye el rasgo por excelencia del contrato administrativo, que no son otra cosa que la aplicación a las relaciones contractuales del Estado, de principios tomados del derecho público, centrado sustancialmente sobre la noción finalista de interés general.

5.3. El contrato administrativo, por lo tanto, está regido por reglas particulares, de las que, las más importantes se caracterizan por la desigualdad de las partes, y la aplicación de principios de derecho público que determinan

imperativamente la capacidad y comportamiento de la administración y de sus funcionarios, en razón del interés general que representan. Así, muchas nociones válidas en las relaciones contractuales entre particulares, como la de autonomía de la voluntad, “principio esencialmente civilista” resultan inaplicables en la contratación administrativa en las que prevalecen los conceptos de función y de fin. Es la aplicación del principio constitucional que permite a los particulares en su actividad, todo lo que no les prohíbe la ley y limita los actos de los funcionarios a lo que esta les manda o autoriza.

5.4. Las nociones y reglas jurídicas propias del contrato administrativo, que a través de la doctrina y la jurisprudencia se consagraron como principios de derecho y cobraron plena vigencia, convertidos hoy, muchos de ellos, particularmente por el legislador, en derecho positivo, desempeñan igualmente, un papel primordial en la interpretación de su contexto normativo, para determinar los derechos y obligaciones que genera la relación contractual.

La Ley 80 de 1993, las incorpora al derecho positivo:

“ART. 28.—De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza los contratos conmutativos”.

5.5. No obstante, si las particularidades del contrato administrativo con relación al contrato de derecho privado, tanto por los procedimientos y condiciones que establece la ley para celebrarlo, como por los poderes privilegiados de las entidades públicas en su ejecución, derivadas del derecho público, le dan su fisonomía propia, no quiere esto decir que el contrato administrativo pierda su naturaleza jurídica de verdadero contrato, es decir de acuerdo de voluntades generador de obligaciones y derechos, en el que igualmente encuentra un amplio campo la ley civil, para determinar en precisas estipulaciones las responsabilidades y riesgos que asume cada una de las partes en la relación contractual, es decir para modelar el alcance de las prestaciones mutuas.

Debe tenerse en cuenta, que toda la normatividad de derecho público que caracteriza el contrato administrativo, se construye sobre la teoría general de las obligaciones del Código Civil, cuyas nociones y reglas son igualmente aplicables al contrato administrativo, con sujeción y en armonía con los principios, regulaciones y la naturaleza particular de estos convenios.

5.6. De esta convergencia del derecho público y del privado en la normatividad de los contratos administrativos, resulta que en la interpretación de estos contratos, además de las nociones del Código Civil, deben considerarse las peculiares del régimen jurídico de los contratos administrativos, de estirpe publicista, que determinan conceptos como el de servicio público, interés general, poderes unilaterales exorbitantes de las entidades públicas, equilibrio financiero del contrato, calificación del contratista como colaborador de la administración entre otros, que dan pie a teorías como la de la imprevisión, hecho del príncipe y circunstancias materiales imprevisibles, tan peculiares de la contratación administrativa.

6. Algunas nociones fundamentales del contrato administrativo

6.1. Si bien la idea de realización de la intención común de las partes es predominante en la concepción consensualista que domina el derecho contractual, y por lo tanto propia de todo contrato, es en el dominio de la ejecución contractual en el que la teoría del contrato administrativo postula sus reglas más originales y se destacan sus peculiaridades con relación al derecho privado.

Algunas de estas nociones típicas de la teoría jurídica del contrato administrativo, deben ser mencionadas por su importancia y proyección en los temas que han sido propuestos al estudio y decisión de este tribunal, que son exclusivamente de interpretación jurídica de estipulaciones contractuales.

6.2. El contratista, un colaborador de la administración

6.2.1. Una primera noción se fundamenta en las exigencias del servicio público.

“Destinado el contrato, anota Laubadere⁽⁴⁾, a aportar una contribución a una tarea de servicio público —más o menos directa— el contrato administrativo hace del cocontratante un colaborador —más o menos directo— de la administración en el cumplimiento de una misión de interés general; el contrato le confiere así una posición particular, un papel que no es el del contratante del derecho privado”.

Ya opinaba el profesor Waline a mediados del siglo XX⁽⁵⁾.

“Una profunda evolución —escribe Waline— se ha producido en las relaciones del Estado con sus contratantes en los últimos veinticinco años. Evolución que no se ha traducido ciertamente en importantes modificaciones en los textos legales, pero sí se ha manifestado en lo que podemos llamar “clima” de estas relaciones. Antes, el contratista era considerado como el titular de intereses antagonistas de los del Estado. Era un adversario, la parte contraria en un conflicto siempre latente y presto a degenerar en proceso. Hoy la administración considera a su contratante como un colaborador voluntario —si no desinteresado—, cuyos intereses, incluso pecuniarios, no son necesariamente opuestos al interés justamente entendido del Estado, y, por tanto, la administración y los tribunales administrativos les tratan cada día más como tal”.

Esta posición del contratista como colaborador de la administración, en la misión primordial de prestación de los servicios públicos que le asigna la Carta, (C.P., art. 365), descarga necesariamente sobre este una mayor y más estricta responsabilidad al estar de por medio, en el cumplimiento del contrato, el interés general y la satisfacción de necesidades esenciales de la comunidad. De ahí resulta, que las obligaciones del contratista se les someta a un régimen de cumplimiento más severo, y que la amplitud y características de la obra a ejecutar, como objeto del contrato, queden sujetas a la flexibilidad que imponga el interés del servicio público. Por su parte la administración deberá considerar al contratista en su calidad de copartícipe en una misión de servicio público, y guiar sus actuaciones en la relación contractual con criterios de equidad y buena fe, en particular al definir las compensaciones económicas que correspondan, para no hacerle asumir riesgos de situaciones externas al contrato, que igualmente hubieran afectado a la administración en el caso de ejecución directa de las obras.

Las reglas particulares que deben regir la ejecución del contrato administrativo, hacen que la teoría jurídica que lo inspira vaya a diferir sustancialmente de la que es tradicional del contrato civil. Es esta una idea que gobierna el pensamiento jurídico moderno, que encuentra sus raíces en las conocidas afirmaciones de Corneille, en el negocio de Gaz de Poissy, resuelto por el Consejo de Estado Francés. Afirma Corneille⁽⁶⁾:

“En todo contrato que interese al funcionamiento mismo de los servicios públicos, el Estado no contrata como un simple particular. Él no busca administrar intereses restringidos, intereses personales, intereses individuales. Él contrata para una colectividad, para el público, para los usuarios del servicio público, para el interés colectivo y general. Y entonces, todas las veces que el Estado conviene verdaderamente un contrato de servicio público para el interés público, hace una cosa diferente de aquella que hace un contratante ordinario, un contratante del Código Civil o del Código de Comercio. Por lo que él hace una cosa diferente de las del contratante ordinario, no se puede aplicar a esta cosa diferente, las mismas reglas que a los contratos de derecho común; es la lógica y por consiguiente, es el derecho”.

6.2.2. El marco normativo en que deben desarrollarse las relaciones de la administración con sus contratistas y de estos con aquella y de las finalidades que deben observarse, las puntualiza la Ley 80 de 1993, que no hizo sino recoger en gran medida principios generales de derecho que venía aplicando de tiempo atrás la jurisprudencia y que estaban implícitos en los contratos, como lo señala en la exposición de motivos del respectivo proyecto de ley:

“ART. 3º—De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan 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.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de las utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones” (negrillas fuera de texto).

6.2.3. La jurisprudencia arbitral, ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las consecuencias del principio de colaboración del contratista, que marca la ejecución del contrato administrativo:

“Si por un lado, la idea de colaboración del cocontratante al servicio público, tiene como efecto hacer o volver más estrictas y severas sus obligaciones con la administración, ella justifica también, a su vez, ciertos derechos a favor del contratista y de obligaciones correlativas de la administración para con él. Es por esta idea que en la práctica contemporánea de la contratación administrativa y en el plano de la colaboración de los particulares a la prestación de los servicios públicos, se justifican una serie de ayudas de la administración para con sus contratistas, como se registra en el derecho colombiano, tales como las garantías de ingresos mínimos en la concesión de grandes obras públicas, cláusulas de revisión de precios y otros soportes económicos, según la naturaleza del contrato. Ayudas de esta clase, están generalmente fundadas en otra noción preponderante en la teoría del contrato administrativo. El equilibrio financiero del contrato, que reposa, no solamente sobre consideraciones de equidad, sino que, al menos en parte, es el medio razonable de permitirle al contratista asegurar, de manera permanente y continua, la ejecución del contrato útil al servicio público, como expresamente lo anotan los autores. (Laudo arbitral, Terpel Antioquia contra la Aeronáutica Civil, oct. 18/96, págs. 55 y 56)”.

6.3. La seguridad jurídica en la contratación administrativa y la noción de equilibrio financiero del contrato

6.3.1. Al convenir un contrato, que genera derechos y obligaciones, las partes que lo suscriben establecen la equivalencia entre las prestaciones que cada una de ellas asume. Es la esencia del contrato conmutativo y oneroso, como lo es el contrato de obra pública, suscrito por las partes en este proceso.

Son definiciones de nuestro Código Civil:

“ART. 1497.—El contrato es oneroso, cuanto tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”.

“ART. 1498.—El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez”.

6.3.2. Como todo acto jurídico, el contrato administrativo es concertado en consideración de una cierta situación de hecho que puede cambiar en el futuro, y en todo caso evoluciona. Si los cambios son normales, son los riesgos previsibles que necesariamente debe asumir cada contratista. Si van más allá de las previsiones de las partes, pueden afectar la economía del contrato en proporción a su gravedad, o hacer imposible su ejecución en casos extremos. Estas eventualidades, son de ocurrencia, especialmente, en los contratos de larga duración.

6.3.3. El derecho civil que se mueve en la órbita del interés privado, busca la seguridad jurídica de las partes en el contrato, en la inmutabilidad de las estipulaciones. No obstante, desde comienzos del siglo pasado, a raíz de la primera guerra mundial, con variada fortuna, la teoría jurídica y la jurisprudencia de los tribunales civiles, y también el legislador, trataron de imponer soluciones de equidad con la cláusula de *rebus sic stantibus*, para corregir situaciones de extrema injusticia que se presentaban al amparo de la rigidez contractual.

6.3.4. El contrato administrativo, que se enmarca en principios finalistas de interés general y servicio público, en el que la administración, por el hecho de ser contratante, no se despoja de sus prerrogativas de poder público, se caracteriza, por naturaleza, de la necesaria mutabilidad de sus estipulaciones, que ceden ante la obligada satisfacción del interés general, que en la relación contractual representa la administración. Paralelamente, al ser imperativo para el Estado establecer y garantizar el funcionamiento de los servicios públicos, la necesidad de que se ejecuten normalmente los contratos que atienden a esta finalidad, se destaca también como de interés general.

6.3.5. Es opinión general de los tratadistas, reiterada en la jurisprudencia que, no obstante el sometimiento de ciertas estipulaciones contractuales a la voluntad de la administración, la teoría del contrato administrativo no es ajena a la noción de seguridad jurídica como elemento esencial en las relaciones contractuales. Pero para preservarla, el derecho público acude a modalidades que permiten armonizar los intereses generales que debe atender la administración, con la seguridad jurídica del contratista.

6.3.6. Expone el profesor Laubadere al confrontar el derecho civil contractual y el derecho de los contratos

administrativos que:

“Para comenzar (debe considerarse), la noción de una cierta mutabilidad, o, si se prefiere, de un cierto dinamismo. El derecho privado adopta una concepción estática del contrato, hace prevalecer la noción de inmutabilidad rigurosa, de “ley de las partes”, en las cuales él ve las garantías fundamentales de la seguridad de las relaciones jurídicas. Si el derecho de los contratos administrativos no ignora estas exigencias de seguridad, él las combina con las de la evolución de las necesidades del servicio público, y más generalmente, del cambio de circunstancias. Sería ciertamente excesivo, retomando una expresión conocida, que, en su ejecución, el contrato administrativo es una “creación continua”; al menos conlleva él un elemento indiscutiblemente original de fuerza evolutiva. Esta característica comprometería demasiado la seguridad contractual si ella no fuere compensada por otra noción propia de los contratos administrativos la del equilibrio financiero del contrato. El derecho civil asegura el mantenimiento del equilibrio contractual por la inmutabilidad de sus elementos iniciales. El derecho administrativo, que admite posibles causas de transformación de estos elementos, es llevado a situar este mantenimiento del equilibrio inicial en el principio de su restablecimiento con ocasión de sus eventuales rupturas.

El contrato administrativo, cuando se observa el régimen jurídico de su ejecución, aparece así. A consecuencia de las características generales que le son propias, como un sistema de equilibrio global, animado de una vida particular, de un dinamismo ignorado por el derecho civil⁽⁷⁾.

6.3.7. Las características de la contratación administrativa, han llevado a la doctrina, la jurisprudencia y al legislador, a buscar la seguridad jurídica de las partes en el contrato en escenarios diferentes y, a auspiciar soluciones que se inspiran fundamentalmente en principios de equidad, buena fe, y en el interés de la administración de amparar y obtener el cumplimiento de los contratos que celebre.

Con soportes conceptuales propios del derecho público, tratadistas y tribunales administrativos han abierto el campo, desde comienzos del siglo pasado, a nuevos principios, y nociones tendientes a amparar la equivalencia de las prestaciones originalmente convenidas por los contratantes, frente a hechos posteriores, que hagan, injustificadamente, más onerosas las obligaciones de alguna de las partes, como son las circunstancias geológicas imprevistas, las crisis o graves alteraciones económicas (teoría de las situaciones materiales imprevistas, teoría de la imprevisión), el ejercicio, por parte de la entidad pública contratante, o de órganos del Estado, de poderes unilaterales, (teoría del equilibrio financiero del contrato, teoría del hecho del príncipe).

6.3.8. De todo este gran movimiento del pensamiento jurídico resulta, que si la seguridad jurídica la encuentra el derecho privado en la intangibilidad de las estipulaciones, el derecho administrativo la obtiene postulando el principio del restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, cuando, en ciertas condiciones, esta se altera durante su ejecución, dejando a salvo la mutabilidad de sus estipulaciones, que responde a imperativos de interés público.

Así, todas las teorías a que ha dado lugar la ejecución del contrato administrativo, para amparar su normal desarrollo con soluciones de equidad, se refieren y gravitan en la órbita del equilibrio financiero del contrato establecido por las partes al contratar, lo mismo que el pensamiento del legislador al establecer el régimen jurídico del contrato administrativo.

6.4. La noción de equilibrio económico del contrato

6.4.1. La noción de “equilibrio económico o financiero del contrato”, es un principio general de derecho público de común aplicación por el juez del contrato administrativo, que postula como regla esencial del contrato administrativo, la de mantener durante su ejecución, la equivalencia de las prestaciones mutuas establecidas por las partes al celebrar el contrato, que se consideran determinadas por las circunstancias de hecho existentes en ese momento. Si hechos posteriores, alteran esa relación, en detrimento de una de las partes, esta debe restablecerse. Es la seguridad jurídica que debe amparar a los contratantes durante la ejecución de su contrato, frente a decisiones o hechos que alteren la ecuación financiera establecida por las partes al contratar.

6.4.2. Muchos autores encuentran el fundamento del principio del equilibrio financiero del contrato en la común intención de las partes. Expresan que las partes tácitamente han entendido que la ecuación inicial del contrato fuese

mantenida. Este mantenimiento constituye una estipulación expresa o subentendida del contrato. Ha sido el criterio acogido por la jurisprudencia francesa: el equilibrio financiero se mantiene porque él ha sido querido por las partes⁽⁸⁾. En Colombia, el principio es hoy norma y mandato legal Ley 80 de 1993.

6.4.3. La noción jurídica de equilibrio económico del contrato es de origen jurisprudencial. Se debe al Consejo de Estado de Francia y se remonta a los albores del siglo XX. Se debe a León Blum, en las conclusiones presentadas, en 1910, en el caso de la “Cie Francaise de Tranways”, en conceptos que, relacionados con un contrato de concesión de transporte público, hicieron pronto tránsito a convertirse en uno de los pilares fundamentales de la contratación administrativa contemporánea.

Después de postular como primera idea, que la entidad pública concedente de un servicio público puede eventualmente imponer al concesionario, en el interés general, un desarrollo acrecido de los medios empleados para prestar el servicio concedido, concluye León Blum:

“Es la esencia misma de todo contrato de concesión buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se le reconocen al concesionario y las cargas que le son impuestas. ...Las ventajas y las cargas deben balancearse de manera que formen la contrapartida de los beneficios probables y de las pérdidas previstas. En todo contrato de concesión está implicado, como un cálculo, la equivalencia honesta entre lo que se da al concesionario y lo que se exige de él... Es lo que se llama la equivalencia financiera y comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión”.

6.4.4. Gastón Jeze⁽⁹⁾, uno de los grandes constructores del derecho administrativo en el siglo pasado, en la misma línea de pensamiento, le dio al principio “de equilibrio financiero del contrato”, proyección sobre el contrato administrativo en general, al explicar los elementos que lo determinan:

“Toda concesión de servicio público comporta una ecuación financiera. Los ingresos (tarifas) son calculados de manera que cubren los gastos de la explotación. La ecuación financiera de la concesión, establecida en el momento del contrato de concesión, es aceptada por el concesionario como asegurándole la cobertura de sus gastos, una remuneración razonable de los capitales invertidos y un beneficio normal. Los dos términos de la ecuación se estima que se equilibran en el momento considerado por las partes contratantes” .

6.4.5. Décadas después, el profesor francés de Soto, explicaba en sus notas a las jurisprudencias del Consejo de Estado:

“Es sabido que entre las reglas esenciales de los contratos administrativos figura la regla llamada del “mantenimiento del equilibrio financiero del contrato”, según la cual si la acción de la administración o una circunstancia excepcional han modificado este equilibrio, una indemnización debe ser concedida al cocontratante lesionado⁽¹⁰⁾ .

“El mantenimiento de este equilibrio constituye una norma fundamental de la teoría de los contratos administrativos. Se supone que las obligaciones de las partes han sido calculadas de tal manera que ellas son equilibradas desde el punto de vista financiero, y el juez del contrato deberá esforzarse, cueste lo que cueste, este equilibrio. Las prestaciones de los contratantes están en correlación las unas con las otras, y si las de uno de ellos aumentan o disminuyen, es conforme a la equidad y al fin del contrato (y a la común intención de las partes) que las del otro contratante varíen en el mismo sentido”⁽¹¹⁾ .

6.4.6. Proclamada en el derecho público, la mutabilidad de los contratos que celebre la administración, como indispensable a la prevalencia del interés general, en la función primordial del Estado de prestar y reglamentar los servicios públicos, el postulado, propio del contrato oneroso y conmutativo, de que las partes al celebrar un contrato han establecido un equilibrio o equivalencia honesta de las prestaciones recíprocas, abrió el camino en la jurisprudencia y en la doctrina europea a la proclamación del principio, hoy característico del contrato administrativo, de restablecer la ecuación financiera cuando ella se rompa por hechos imputables a la administración en ejercicio de poderes públicos o por causas extrañas al contrato.

Así resulta que la teoría del equilibrio económico no sustituye al contrato, no puede alegarse con prescindencia de las estipulaciones contractuales. Por el contrario, es un mecanismo jurídico que se mueve dentro del marco del

contrato que se ha celebrado, y con el propósito de restablecer el punto de equilibrio entre la equivalencia de las prestaciones considerado originalmente por las partes contratantes. En otras palabras se dirige a mantener el valor constante de las estipulaciones contractuales.

6.5. Incorporación y desarrollo del principio de ecuación financiera en el derecho colombiano

6.5.1. Hasta 1964, rigió en Colombia el dogma de intangibilidad de las estipulaciones contractuales consagrado en el derecho civil (C.C., art. 1602). Dentro de este criterio de rigidez contractual, *pacta sunt servanda*, se pronunciaba la jurisprudencia. Así la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Civil de única instancia, que conocía entonces de ciertos contratos de la administración nacional, dijo en sentencia de 19 de abril de 1940 XLIX, 448):

“Aceptada por el Estado una obligación contractual, su cumplimiento es ineludible, sin que puedan interpretarse las leyes nuevas expedidas posteriormente a la celebración del contrato en el sentido de hacer más gravosas las prestaciones a que está obligada la parte contratante. Eso equivaldría a modificar unilateralmente el contrato, lo cual se opondría a los principios de derecho, a la equidad y a la estabilidad de las instituciones jurídicas”.

6.5.2. En la legislación colombiana, por primera vez y con relación a los contratos de obra pública, aparece la revisión de precios en la Ley 4ª de 1964, que en su artículo 11 le da carácter obligatorio:

“En los contratos a que se refiere el literal a) del artículo 2º (para construcción, mejoras, adiciones o conservación, por un precio alzado o a precios unitarios) se pactarán revisiones periódicas del precio alzado o de los precios unitarios, en función de toda variación de cualquiera de los factores determinantes de los costos previstos. PAR. 1º—Se considera motivo de variación de los precios la modificación de las apropiaciones presupuestales que hayan servido de base para la celebración del contrato. PAR. 2º—Donde ello fuere posible, los ajustes se harán mediante fórmulas matemáticas que deberán quedar incorporadas en el respectivo contrato”.

6.5.3. Posteriormente, al adoptarse el primer estatuto contractual de la Nación, en el Decreto 1670 de 1975, y en el año siguiente en el Decreto 150 de 1976, se reiteró el mismo principio, pero con carácter facultativo, al emplear la expresión “podrán”, como aparece en el texto del artículo 74 del Decreto 150 de 1976.

6.5.4. En 1972, el Consejo de Estado, Sala de Consulta, incorporó a la jurisprudencia nacional el principio del equilibrio económico del contrato, señalando su alcance, en concepto relacionado con un contrato de explotación de petróleos celebrado por el Gobierno Nacional —caso en el que se discutía la no aplicación de una ley nueva sobre régimen tributario, frente a una cláusula contractual que incorporaba al contrato el régimen impositivo existente al momento de contratar— concepto que tuvo amplia acogida en la jurisprudencia de los tribunales administrativos y en leyes posteriores.

Dijo entonces el Consejo de Estado:

“Por el contrario si el régimen jurídico del contrato administrativo impone la prevalencia del interés público sobre el privado, lo hace sin menoscabo de la protección que este requiere. Ciertamente el interés privado no puede paralizar la acción administrativa que busca satisfacer el interés general, pero si en este proceso resultan lesionados legítimos intereses de particulares, la administración está obligada a reparar el daño causado, dentro del marco de disposiciones legales y principios jurídicos que establecen en el derecho colombiano la oportunidad, razón y cuantía de estas reparaciones.

La teoría jurídica moderna define con toda claridad la responsabilidad de la administración pública y en materia contractual la ha enriquecido con nuevas concepciones que buscan justa y razonable armonía entre el interés público que personifica la administración y el interés de los particulares que prestan directa o indirectamente su colaboración para el funcionamiento de los servicios públicos o asumen su prestación.

El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si de una parte afirma la existencia a favor de la administración de prerrogativas exorbitante del derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del cocontratante al respeto del equilibrio financiero considerado en el contrato. Es en este equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato”⁽¹²⁾.

Con este concepto de la Sala de Consulta estuvo en desacuerdo el consejero Luis Carlos Sábica, que se opuso a la incorporación al régimen jurídico del contrato administrativo, del principio de equilibrio financiero del contrato, con argumentos exegéticos de la mejor stirpe civilista. Expresó entonces:

“No estamos de acuerdo con que pueda acudir a la teoría del equilibrio financiero, para conceptuar que la administración sí puede modificar unilateralmente el contrato, indemnizando el perjuicio que sufra el contratista. Entre nosotros, fuera de las normas que señalan las formalidades a que deben sujetarse los contratos administrativos y lo que dispone el Código Contencioso Administrativo sobre cláusula de caducidad, no existe regulación alguna especial sobre ejecución y efectos de tales contratos, de donde es preciso concluir como lo dijo la Corte Suprema de Justicia que “en cuanto a la ejecución y cumplimiento y a las consecuencias jurídicas que de ello se derivan —están sujetos a las disposiciones del Código Civil— y que, en consecuencia, los contratos administrativos no pueden modificarse unilateralmente por una de las partes. (Sala Plena, mayo 9/38, G.J. 1935, pág. 492)”.

6.5.5. En 1982, en el Decreto-Ley 222 de ese año, se expidió un nuevo estatuto contractual de la Nación y de las entidades descentralizadas del nivel nacional. En este decreto, vigente al momento de celebrarse el contrato CLI-065-85 se dijo en relación con este tema:

“ART. 86.—De la revisión de precios. En los contratos celebrados a precio global o por precios unitarios, se podrán pactar revisiones periódicas de los mismos en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos.

Cuando ello fuere posible, la revisión se efectuará mediante fórmulas matemáticas incorporadas en el respectivo contrato en la forma en que lo determine el reglamento.

En ningún caso la suma de los reajustes podrá ser superior al ciento por ciento (100%) del valor original del contrato a menos que la fórmula pactada fuere matemática.

Las revisiones se consignarán en actas que suscribirán las partes y se reconocerán con el índice de ajuste correspondiente al mes anterior en que se pague la obra ejecutada, cuando esta corresponda a la —cuota parte— del plan de trabajo previsto en el contrato”.

6.5.6. El proceso legislativo referente al establecimiento del régimen jurídico de los contratos que celebra la administración, culmina con la Ley 80 de 1993. En este “Estatuto general de la contratación de la administración pública”, en diferentes preceptos, se consagra la noción de “equilibrio económico del contrato” en términos que por su carácter de norma obligatoria para la administración y para los particulares que contratan con ella, en la ejecución de los contratos estatales, se le atribuye el rango de disposición de orden público, de inmediata observancia, que no pueden eludir, modificar o limitar las partes contratantes, y de imperativa observancia en la interpretación de los contratos, para determinar el alcance de las prestaciones asumidas o que resulten a cargo de cada una de ellas, por hechos ajenos a estas que ocurran durante su ejecución.

Dice la Ley 80:

“ART. 4º—De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

2. ...

3. ...

4. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

(...).

8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado

licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

(...).

9. Actuarán de tal modo que por causas a ella imputables no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse”.

“ART. 5º—De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3º de esta ley, los contratistas:

1. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a punto de no pérdida por ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

ART. 27.—De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones de pago y gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.

En la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el gobierno, este explicó así el alcance y conveniencia de estos preceptos:

“7. Inmutabilidad del equilibrio financiero y económico del contrato.

El proyecto de ley establece como principio fundamental, la inmutabilidad del equilibrio financiero y económico del contrato (art. 5º, num. 1º, art. 27). La práctica y el transcurso del tiempo se han encargado de demostrar las negativas consecuencias que se derivan de la imposibilidad para la administración de restablecer en forma directa ese equilibrio.

Las sumas pertenecientes al erario que se hubiere ahorrado de haberse poseído una herramienta semejante son incalculables, pues, suele ser amplio el tiempo transcurrido entre la ocurrencia del hecho que afecta el equilibrio y la condena que realiza la rama jurisdiccional.

Además, en no pocas ocasiones los mayores costos en que tiene que incurrir el contratista entran, e incluso imposibilitan la ejecución del objeto contractual, con lo cual el interés colectivo se ve perjudicado.

(...).

La medida que se comenta no solamente se establece en beneficio del contratista, sino que también puede beneficiar a la entidad pública (art. 27).

Por último debe advertirse que el proyecto es claro en señalar que los motivos que propician el mantenimiento del equilibrio según se desprende del citado numeral 1º del artículo 5º quedan comprendidos en dos causales: Las

relativas a hechos imputables al Estado y las que se vinculan a situaciones imprevistas ajenas a las partes con lo cual se sintetiza todo el amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinal que sobre la materia existe”.

7. El precio y la fórmula de reajuste automático

7.1. El precio, en el contrato de obra, es una cantidad de dinero que se conviene como contrapartida, a cambio de la prestación a que se obliga el contratista.

“Lo que caracteriza el precio en el contrato, enseña el profesor Ghestin, es el de ser la contrapartida convenida a cambio de un bien o de una prestación de servicio. En principio, en el cambio cada una de las partes debe recibir el equivalente de lo que ella da...”.

“Considerado en su función principal de instrumento de cambio de bienes y de servicios el contrato está, como las obligaciones en general, sometido al principio de justicia conmutativa. Es preciso que él no destruya el equilibrio que existía anteriormente entre los patrimonios; lo que implica que cada una de las partes reciba el equivalente de lo que ella da” (Jacques Ghestin, *Traite de Droit Civile Introduction Generale*. Págs. 192-193).

Normalmente el justo precio resultará de lo que en principio, cada una de las partes está en situación de defender (sus intereses). El precio convenido será el equivalente querido, aceptado, por una y otra parte, del bien o del servicio considerado”⁽¹³⁾.

“De hecho, el valor de la cantidad de moneda representa el precio y el bien o el servicio obtenido a cambio constituyen siempre variables. La conclusión del contrato ha fijado sus valores respectivos en este momento, pero la duración de la ejecución del contrato modifica forzosamente estos valores”.

“La cuestión se plantea para el jurista de saber si no es posible mantener el equilibrio inicial entre el precio del bien y el servicio y, en defecto, si este equilibrio no debe ser restablecido. Conviene aquí recordar la función esencial del contrato en los cambios económicos”.

El precio, en consecuencia, es uno de los extremos esenciales en que descansa la teoría del equilibrio económico del contrato, como retribución por la ejecución de la obra o servicio. Esta teoría tiende a preservar su valor real frente a circunstancias que puedan afectarlo durante la ejecución del contrato, para mantener su equivalencia, en el balance establecido originalmente por los contratantes.

7.2. En la práctica administrativa, la incorporación al contrato de obra pública de fórmulas matemáticas de reajuste, es uno de los medios de lograr este propósito.

Anteriormente, postulado por la teoría jurídica y la jurisprudencia como principio general de derecho, y hoy elevada la noción de equilibrio económico a norma que obliga a las partes en la ejecución del contrato, Ley 80 de 1993 artículo 27, la fórmula de reajuste de precios que adopten las partes en el contrato, resulta ser un mero procedimiento que estas acogen para darle efectividad al principio, pero no lo sustituye. Esto quiere decir que si la fórmula adoptada resulta deficiente e incapaz de corregir los desajustes económicos, que por causas ajenas al contrato puedan presentarse durante la ejecución, las partes contratantes o el juez deben corregirla o complementarla en aplicación de la noción de equilibrio económico del contrato, que es de obligada observancia como norma superior. Ante esta situación, que reafirma el mandato del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, cede la fórmula adoptada como estipulación contractual para abrirle campo a la aplicación de un principio de derecho público, hoy mandato legal entre nosotros, como es el del equilibrio económico del contrato.

Es necesario tener en cuenta que, como tal, las partes en el contrato deben darle cumplimiento, pero no tienen capacidad para limitar dicho principio.

Igualmente, debe considerarse que la intención de las partes al incorporar la fórmula al contrato, es la de darle aplicación al principio de equilibrio económico del contrato, no de limitarle sus efectos.

7.3. La fórmula de reajuste del precio incorporada a un contrato, es una cláusula contractual y se mueve a nivel de estipulación contractual, de acuerdo de voluntades en el contrato.

El principio de equilibrio económico que rige el contrato, es un principio general de derecho público, hoy también legal, y por lo tanto de diferente jerarquía y de mayor proyección normativa que las estipulaciones de las partes.

Son por lo tanto, normas distintas que regulan la relación contractual. La una nace de la voluntad de las partes como estipulación, la otra, emana del universo del derecho público, y por ser de interés general, es de obligatoria aplicación. La norma superior, hoy también en el derecho colombiano mandato legal, se impone sobre las estipulaciones contractuales. Así, la existencia o no, durante la ejecución del contrato del equilibrio económico establecido originalmente por las partes al contratar, se estima, una vez aplicada la fórmula contractual de ajuste del precio convenido en el contrato. Si la fórmula ha resultado deficiente por preservar el equilibrio económico en el contrato, se aplica el mandato legal para restablecerlo en su integridad.

7.4. El tratadista español Moreno Gil⁽¹⁴⁾ —al hacer la distinción entre la revisión de precios propiamente dicha—, como aplicación de un principio general de derecho, como una figura jurídica nacida *ex lege* y el ajuste de precios convenido por las partes en el contrato mediante fórmulas, explica:

Si ciertamente en la revisión de precios se produce una renovación del contrato no sucede lo propio con la figura estudiada bajo la determinación de ajuste de precios. El ajuste es una figura que, al pactarse el contrato, queda previsto en el contenido de la llamada “cláusula de revisión de precios”. Las partes lo aceptaron. Previeron su aplicabilidad, que no es, por tanto, una vez hecha efectiva, más que la consecuencia del propio contrato...”.

“Hay pues, en puridad, una superposición de fuentes, actuantes simultáneamente, pero en distinto plano:

1) *Ex lege* y,

2) *Ex contractu*”.

7.5. Es pertinente anotar, que en el derecho colombiano se opera el mismo fenómeno jurídico, cuando se considera el mandato legal del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 y la estipulación que hagan las partes en el contrato, de una fórmula de reajuste de los precios establecidos como básicos.

Son dos normas distintas, una la ley, superior a la otra, sin que la ley excluya la estipulación de la fórmula, pero sin que esta estipulación, impida la plena operancia del mandato legal, cuando la fórmula resulte insuficiente para alcanzar la finalidad ordenada por el legislador.

El mantenimiento del equilibrio financiero del contrato es, en fin, una obligación para las partes en el contrato, —o la acción que cada una de ellas tiene— para enmendar en el contrato los desajustes económicos en que haya incurrido, durante la fase de la ejecución, por acaecimiento de hechos que han alterado la equivalencia de las prestaciones mutuas establecida por las partes al momento de contratar.

7.6. En países como Francia, donde no existe una norma legal que imponga el principio con carácter obligatorio, aunque sí tienen legislación sobre indexación en los contratos, la jurisprudencia acude a nociones como la común intención de las partes, para darle aplicación frente a estipulaciones que en la práctica lleguen a contradecir la efectividad de la ecuación financiera del contrato.

Así, la Corte de Casación de París, ha recurrido a la común intención de las partes para sustituir en las fórmulas de reajuste de precios, índices ilícitos por índices lícitos, ya que la legislación francesa prohíbe la utilización de índices generales de aumento de costos, que no tengan una relación directa con los elementos determinantes de costos del contrato, como en el de obra pública.

“La Corte de Casación ha juzgado en efecto “que la Corte de apelación, buscando la común intención de las partes, ha soberanamente encontrado que su voluntad se ha manifestado esencialmente sobre el principio de la indexación y que constituyendo la escogencia del índice en la estipulación una aplicación de este, había lugar a sustituir al índice anulado un índice admitido por la ley” (sent. proferida por la 3ª Cámara Civil, jul. 22/87- Bull. Civ., III. 151, pág. 88)⁽¹⁵⁾.

7.7. La jurisprudencia extranjera ha evolucionado, en el sentido de corregir o complementar las fórmulas de

reajuste estipuladas en el contrato, cuando estas resulten inconducentes o deficientes, dando aplicación a la común intención de las partes en la interpretación del contrato.

Explica el profesor Richer⁽¹⁶⁾ en lo relativo a Francia:

“En casos excepcionales las estipulaciones del contrato pueden ser descartadas, el juez procede a una verdadera rectificación. Dos ejemplos dan testimonio de esto. En materia de precios, una derogación es a veces aportada al principio de intangibilidad: la referencia a la común intención de las partes puede conducir a descartar las cláusulas escritas “en el caso excepcional en que se trate de un error puramente material o de naturaleza tal que es imposible a las partes prevalerse de ella de buena fe” (ex. C.E., jul. 3/93, S.O.C. d’entreprise générale Edmond Petry R.D.P. 1964, 217).

(...).

“Además, en materia de precios existe otra jurisprudencia excepcional concerniente a la indexación. Es bastante corriente que una empresa cocontratante haga integrar en la fórmula de revisión del precio un índice del que ella da por descontado el alza; si esta esperanza resulta fallida porque el índice se mantiene o baja, la empresa se enfrentará a que le opongán las cláusulas del contrato (ex. C.A.A. Bordeaux 21 mars 1991, Société aurillaicoise de couverture). No obstante a título excepcional, una solución diferente ha estado admitida a veces: en ciertos casos, que estaba comprobada que la intención común de las partes era de garantizar al empresario contra las alzas, el Consejo de Estado ha admitido que este podía tener derecho a un suplemento no procurado por la aplicación de la indexación que no había funcionado conforme a la voluntad cierta de las partes” (C.E., nov. 5/37, Département des cotes- du-Nord, Rec. 900; C.E. 5 oct. 5/60, soc. Entreprise Thireau- Morel, Rec. 546); pero esta jurisprudencia no es válida sino en caso de circunstancias particulares que permitan tener cierta la voluntad de las partes”.

Refiriéndose el profesor Richer⁽¹⁷⁾ al contrato como ley de las partes, en capítulo distinto relacionado con la ecuación del contrato, expresa:

“Es verdad que las empresas son bastante bien protegidas por las cláusulas de variación de precios que figuran en los contratos, pero estas cláusulas no procuran una protección total. Cuando el contrato contiene una cláusula de revisión, la circular de 1974 (& 3.3.) recuerda que “el otorgamiento de una indemnización puede ser admitido en la medida en que, aun después de aplicación de las cláusulas contractuales de revisión, la economía del contrato aparece trastornada” (ex. C. E. 19 février 1992, Soc. Dragages et travaux publics, Rec. T 1109)”.

(...).

7.8. Las fórmulas usuales de reajuste de precio acuden a los índices económicos que registren la variación de aquellos elementos o factores que deben tenerse en cuenta en los costos de la obra cuya ejecución se ha contratado.

Entre más fiel sea esta relación, se mejora la bondad de la fórmula en su capacidad para corregir desajustes específicos del contrato.

Anotan los tratadistas, que este propósito se falsea cuando las fórmulas acuden para el reajuste, a índices que no tienen relación directa con los elementos propios de la obra que se ejecuta, procedimiento que muchas legislaciones expresamente lo prohíben.

7.9. Debe pues, concluirse, que en el derecho colombiano, a raíz de la expedición de la Ley 80 de 1993, al principio general de derecho de “equilibrio económico del contrato”, se le revistió de mandato legal que obliga a las partes en los contratos estatales a mantener “la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o contratar según el caso”, que tiene como finalidad estabilizar económicamente los contratos que celebra la administración para la prestación de servicios públicos, que por lo tanto son de interés general.

Por otra parte las partes en el contrato pueden estipular cláusulas de reajuste de precios con esta misma finalidad.

Pero el hecho de que se convenga un procedimiento de reajuste automático, no limita en manera alguna el mandato

legal, que opera en todos aquellos desajustes, realmente sucedidos y comprobados durante la ejecución del contrato, que no hubieren sido reparados por la sola aplicación de la fórmula estipulada.

8. El anclaje constitucional de la noción de equilibrio financiero del contrato

Finalmente, en esta reseña de algunas nociones, principios y normas que enmarcan y fundamentan el régimen jurídico del contrato administrativo, de obligada mención en este caso por haberse solicitado al tribunal un estudio y opinión exclusivamente de carácter jurídico, es pertinente hacer referencia, a algunos principios constitucionales que sirven de amplio soporte a nociones como la de equilibrio financiero del contrato, tan penetrada de conceptos e ideas de igualdad.

En efecto, la Constitución Política colombiana, se inspira en conceptos de solidaridad social de igualdad, de justa repartición de cargas públicas, y señala claros y precisos fines a la función pública y a la actividad del Estado, al que, entre sus cometidos, específicamente —le asigna como tarea esencial inherente— dice la Carta, la prestación de los servicios públicos.

Algunos conceptos del profesor Néstor Correa en su cátedra de la Universidad Javeriana, ilustran el tema:

“El equilibrio económico y financiero del contrato, también llamado la ecuación económica del contrato, es una proyección de varios principios constitucionales, en especial del derecho de igualdad (C.P., art. 13), aplicado a relaciones contractuales que se enmarcan en el interés general (C.P., art. 1º) y en los fines esenciales estatales (C.P., art. 2º), cuyo propósito es preservar el patrimonio del contratista (C.P., art. 58). Además dicho principio es también expresión de normas internacionales sobre derechos humanos, ratificadas por Colombia, sobre la igualdad, las cuales, según voces del artículo 93 Constitución Política, hacen parte también del derecho interno (Sobre la igualdad de trato del Estado a los particulares véase: Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica), artículos 7º, 17 y 23; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 3º, 4-1, 9º, 23 y 24; y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 3º, 7-c, 10-3 y 13-1)”.

IV. Análisis del caso *sub judice*

1. Examen general de las pruebas

En audiencia surtida el día 30 de octubre de 2000, el tribunal decretó pruebas, las cuales fueron debidamente practicadas, en cuatro (4) sesiones celebradas en días diferentes (3 de nov. de 2000 nombramiento de peritos y cuestionario que se somete a dicho dictamen; 15 de nov. de 2000 declaración de testigos; 30 de nov. de 2000 diligencia de inspección judicial; 29 de ene. de 2001 declaración de parte y se rinde dictamen pericial; 19 de feb. de 2001 se continuó con la declaración de parte solicitada y decretada por el tribunal) y dentro de los términos establecidos por la ley para esta etapa del proceso, de las que dan cuenta las actas respectivas. Las pruebas que obran en el expediente son las siguientes (por la parte demandante: obran en el cdno. ppal. 1 fls. 59 a 62 y del cdno. de pbas. 1 del fl. 21 a 358 y por la parte demandada en el fl. 93 del cdno. ppal. 1).

A. Prueba documental

Se allegó al expediente abundante prueba documental aportada por las partes o recogida durante la diligencia de inspección judicial. Ninguno de los documentos ha sido rechazado por las partes ni estas han desconocido su autenticidad.

B. Interrogatorio de parte

Se recibió declaración al Ingeniero Alfredo Solano Berrío, representante legal de Urrá S.A. ESP, con sujeción estricta a las normas de procedimiento que regulan este medio de prueba. Este interrogatorio fue solicitado por la sociedad convocante y decretada por el tribunal. Todo cuanto en tal declaración fuere confesión, ya sea simple o calificada, será estimada por el tribunal con el carácter de plena prueba.

C. Inspección judicial

El tribunal practicó el 30 de noviembre de 2000 la prueba de inspección judicial con exhibición de documentos,

solicitada conjuntamente por las partes y decretada por el tribunal, en la sede de Urrá S.A. ESP ubicada en la ciudad de Montería, con la intervención de los ingenieros Diego Benavides Jurado de parte de la interventoría y Juan Acevedo Rocha Ingeniero Civil de Urrá S.A. La inspección judicial llevada a cabo con sujeción a la ley procesal y los documentos allegados o aportados al expediente en el curso de la misma, acreditan plenamente a juicio del tribunal, aspectos de señalada importancia como la celebración y ejecución del contrato civil de obra entre las partes, la cesión del contrato de Corelca a Urrá S.A. ESP, las modificaciones realizadas al contrato las compensaciones por aceleramiento de obra, las amigables composiciones para resolver algunas diferencias surgidas hasta diciembre de 1995, el convenio y los contratos adicionales posteriores y las actas de preacuerdo para la liquidación del contrato, todos los cuales se tomarán en cuenta en las consideraciones pertinentes con el valor que la ley les atribuye en cuanto fueren pertinentes y procedentes.

D. Prueba testimonial

La prueba testimonial fue solicitada por la sociedad convocante y decretada por el tribunal. Está constituida esta prueba por el dicho de los ingenieros civiles Pedro Antonio Sierra Varón y Diego Benavides Jurado, miembros del consorcio interventor. Por la ritualidad que se observó para la recepción de esta prueba y la oportunidad de su producción, el tribunal la estima como plena para todos los efectos de este laudo.

E. Prueba pericial

Con arreglo a las disposiciones procesales la prueba pericial se decretó de oficio por los árbitros y fue practicada. Esta prueba estuvo a cargo de expertos ingenieros civiles, Óscar Mejía Vallejo y Felipe Estrada Escobar, quienes rindieron oportunamente y en forma conjunta su dictamen.

2. Análisis de la objeción al dictamen pericial

La objeción por error grave al dictamen

Habida cuenta que el dictamen entregado por los peritos expertos ingenieros civiles doctores Óscar Mejía Vallejo y Felipe Estrada Escobar fue objetado en algunos de sus apartes por error grave, el tribunal considera importante, antes de pronunciarse sobre este tema, hacer algunas reflexiones introductorias sobre dicha figura, a la luz de las cuales evaluará luego, y en orden, las cinco objeciones presentadas contra el experticio.

Introducción

Se estudiará aquí en primer lugar la naturaleza y el papel de los peritos y en segundo lugar se abordará el tema de los requisitos que debe reunir una objeción a un dictamen pericial.

En primer término, en cuanto a la naturaleza y el papel de los peritos, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que los peritos “son terceras personas que por virtud de los conocimientos especializados de carácter científico, artístico o técnico de los que son poseedores, auxilian al juez de la causa en la investigación de los hechos controvertidos, ello en el bien entendido, desde luego, que el dictamen emitido nunca tiene de suyo fuerza decisiva (CPC, art. 241) sino que la tiene apenas ilustrativa, habida cuenta que el cometido a cargo de dichos expertos es el de guiar con competencia y lealtad el criterio de la justicia, no así el de imponerle ciegamente sus opiniones bajo el supuesto, a todas luces equivocado, de que los órganos jurisdiccionales son por entero incapaces de profesar puntos de vista fundados sobre y materias comúnmente consideradas como sometidas a necesario peritaje por el grado de complejidad que les es característico” (en auto, sep. 8/93, G.J., T. LXVII, pág. 161).

Así mismo ha dicho la Corte Suprema que: “La prueba por peritos en el proceso civil muestra una doble fase que aquí importa subrayar y que, además, ha permitido clasificar en dos grandes categorías los experticios según que el sentido preponderante del trabajo a cargo del perito sea el de llevar al juez la materia sobre la cual debe operar o el de señalarle los instrumentos idóneos para hacerlo. En la primera hipótesis se trata, en esencia, de comprobar hechos, sus causas o sus efectos, que requieran conocimientos científicos, artísticos o técnicos que superen el nivel medio de cultura general atribuible al común de los jueces, mientras que en la segunda su orientación característica es distinta; en esta, mediante el dictamen, se aportan reglas propias de la experiencia especializada de los peritos para aplicarlas a un determinado supuesto fáctico establecido en el proceso por cualquiera otro de los medios de

prueba de recibo, contribuyendo así a formar la certeza del juez e ilustrándolo para que comprenda mejor ese supuesto y pueda deducir con exactitud las causas, las calidades, las consecuencias y los valores que se investigan, cosa que precisamente acontece, valga señalarlo, cuando la colaboración pericial se hace indispensable para verificar la existencia o fijar la cuantía de perjuicios patrimoniales ya ocasionados o que en el futuro se produzcan, en razón de circunstancias acreditadas de antemano y del modo debido en el curso de la misma actuación... En estos casos de la segunda clase, entonces, los peritos, más que instrumentos de percepción, lo son de deducción y su tarea fundamental es por lo tanto la de proporcionar sus luces, su ilustración, su pericia práctica y en general, su auxilio cognoscitivo al órgano judicial en relación con los datos que son materia de controversia” (Revista Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XII, 263, nov. de 1993, pág. 1071).

En segundo término, en cuanto a los requisitos que debe cumplir una objeción a un dictamen pericial, el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil dispone lo siguiente en su numeral 4º: “4. De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrá objetar el dictamen, por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se hubiere originado en estas”. En el numeral 5º del mismo artículo se agrega que “en el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo”.

De la lectura de la norma citada el tribunal deduce que la objeción a un dictamen debe reunir de manera simultánea los siguientes cinco elementos básicos: a) que exista error; b) que el error recaiga sobre la materia objeto de la prueba; c) que el error sea grave; d) que el error sea trascendente; y e) que el error sea probado. A continuación se analizan estos requisitos.

a) Que exista error

Hay que empezar por definir el error: como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, este consiste en la disconformidad entre la inteligencia y la verdad, o sea que para que se configure un error, debe haber una falsa creencia (ver sent. de la Sala Civil, dic. 2/42, LV, 204). Entonces para determinar si existe el error, deben cotejarse dos extremos: de un lado el acto que se considere erróneo y del otro la realidad. Destáquese que no se trata de la simple disparidad de opiniones entre la parte y el peritazgo, sino la verdadera mutación de la realidad.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia expresó que el error:

“...debe recaer sobre circunstancias materiales u objetivas de la sujeta sometida a la pericial; como si tratándose de avaluar una casa de construcción antigua los peritos parten de la base que es nueva; o una hacienda, dedicada al engorde y cría de ganados, los peritos la aprecian como si estuviese dedicada, no a la ganadería, sino a la agricultura... En todos estos casos y sus semejantes podrá haber error grave, sujeto a la comprobación y a la rectificación consiguiente” (S.N.G. dic. 6/41. G.J. 1984, pág. 451. Tomado de la compilación realizada por Germán Orozco Ochoa Jurisprudencia de la Corte Suprema de 1887 a 1944. Editorial Granamérica Medellín, Tomo III, pág. 216).

La Corte Suprema de Justicia ha agregado que lo que caracteriza los desaciertos del dictamen, y que permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un dictamen, “es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otros que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven”. De allí que las tachas por error grave a que se refiere el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil “no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada”. (G.J., Tomo LXXXV, pág. 604. En el mismo sentido ver Corte Suprema, Sala Civil, auto sep. 8/93).

b) Que el error recaiga sobre la materia objeto de la prueba

Las observaciones que dan lugar a la objeción por error deben originarse en el hecho de que el dictamen pericial tenga fundamentos equívocos que necesariamente conduzcan a conceptos erróneos y falsas conclusiones sobre la materia objeto de la prueba, es decir que el error debe recaer sobre el objeto específico y directo del dictamen. Un

error sobre cuestión ajena a la preguntada a los peritos no tiene la virtualidad de afectar el experticio.

Sin embargo, este requisito es interpretado de una manera amplia, pues el error grave que abre paso a la objeción del dictamen puede aparecer bien en el objeto analizado por los expertos, ora en los ensayos, procedimientos o experimentaciones utilizados por los peritos, es decir, en la metodología seguida para su estudio, y también puede recaer sobre las conclusiones del dictamen, bien porque incidan en estas o porque se originen en ellas.

c) Que el error sea grave

El error del dictamen es calificado: este debe ser grave, esto es, debe ser grande, de cierta entidad, apreciable a golpe de ojo o al rompe, lo que se opone a los errores ligeros o leves.

Recientemente la Corte Suprema de Justicia ha manifestado al respecto (G.J. Tomo LII, pág. 306), que los reparos al dictamen por error grave “deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos”.

d) Que el error sea trascendente

Otro requisito del error hace relación a su trascendencia: el error debe ser de tal importancia que resulte determinante en el concepto, de suerte que los errores intrascendentes no tachan el dictamen.

Por tanto no basta que el error sea grave, Como se anotó en el punto anterior, sino que además esa gravedad debe tener repercusión directa en las conclusiones del dictamen, al punto que se hace indispensable la repetición de la prueba pericial. De tal manera que un error, aún grave, si no determina el sentido y el objeto del dictamen, no logra viciarlo.

e) Que el error sea probado

Por último, es indispensable que el error esté probado en el expediente, pues de lo contrario se trataría de una simple afirmación subjetiva de la parte. En otras palabras, esta objeción no opera por la sola discrepancia de las partes del proceso en relación con la metodología utilizada por los peritos o con sus conceptos, elementos cuyo análisis le corresponde exclusivamente al juzgador. Destáquese que el numeral 5º del precitado artículo dispone que en la objeción “se pedirán las pruebas para demostrarlo”, con lo cual se está afirmando ya la necesidad de comprobar efectivamente el error grave y trascendente del dictamen. La objeción no probada no está llamada a prosperar.

De este sentir es Daniel Suárez Hernández, quien señaló, en el Código de Procedimiento Civil comentado (4ª edición actualizada, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1991, págs. 558 y 559) lo siguiente:

“De otro lado el numeral 4º del artículo 238, que regula el procedimiento para la contradicción de la pericia, trae una novedad importante, consistente en que el dictamen puede ser objetado por error grave, siempre que el error haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas, con lo cual se está canalizando un poco más lo ya establecido sobre el particular por el código del 70, pues simplemente se dijo “objeción por error grave” y nada más. Doctrinariamente se ha dicho que el error puede estar en un momento dado en el objeto analizado, en los estudios, ensayos o experimentaciones que hagan los peritos, pero que también pueden recaer sobre las conclusiones. Útil resultará la novedad de este precepto, dado que si el error endilgado al dictamen no afecta las conclusiones o no se origina en estas, el juez al valorarlo detectará la equivocación, hará caso omiso de dicho aparte y podrá acoger las conclusiones que no se encuentren afectadas por el error. Las conclusiones del dictamen que son las que realmente atan al juez y a las partes en el proceso, pues son ellas las que van a servir de apoyo para el dictado del fallo, son las que habrán de ser tenidas en consideración.

De manera que los demás errores, así hayan sido garrafales o protuberantes, si no incidieron o no se originaron en las conclusiones, no ameritan ser materia de objeción por error grave, por lo que el juez deberá analizar el dictamen y el escrito de objeciones para ordenar o rechazar de plano el trámite de las mismas”.

A la luz de las anteriores consideraciones de orden introductorio, se procede a continuación al análisis de cada una de las cinco objeciones formuladas por el apoderado de la parte convocada contra el dictamen pericial de los peritos, al final de las cuales se hará un comentario general sobre las mismas.

Primera objeción

La primera objeción se refiere a la respuesta dada por los peritos a la pregunta A) del auto de octubre 30 de 2000, formulada por el tribunal. Denominada en el dictamen pregunta E (fls. 257 del cdno. ppal. 1 y 82 y 83 del cdno. ppal. 2). Dice esta pregunta:

Determinar la incidencia que en los costos de ejecución de una obra como la que fue objeto del contrato CLI-065-85, celebrado entre el consorcio Skanska —Conciviles S.A. y Corelca, tienen los ítem relacionados con el impuesto de valor agregado (IVA), contribuciones al ISS y al ICBF, y el reconocimiento y pago de horas recreativas para los trabajadores, indicando los elementos afectados y la cuantía en que lo son, y la carga financiera que representan en proporción al costo de la obra.

Al contestar esta pregunta los peritos señalaron lo siguiente en su dictamen:

Las contribuciones al ISS y al ICBF son cargas parafiscales, y el reconocimiento y pago de horas recreativas para los trabajadores corresponde a una prestación social, las cuales —al aumentar— incrementan el costo de la mano de obra que el contratista empleó para la ejecución del contrato...

Lo relacionado con los incrementos a las contribuciones al ISS y al ICBF y el reconocimiento y pago de horas recreativas para los trabajadores incide sobre el porcentaje de recargo que el contratista debe hacer a los jornales realmente pagados a los trabajadores para cubrir sus prestaciones sociales y cargas parafiscales.

...puede decirse conceptualmente que la cuantía en la incidencia de los incrementos en el IVA puede establecerse con base en lo realmente pagado por el contratista como IVA de consumo y de servicios, no de importación, a partir de enero de 1996 y hasta la terminación de la obra, menos la suma que el contratista debió prever sobre el estimativo del contrato por concepto de materiales (35% del costo en pesos) a la tasa vigente para el impuesto al valor agregado (IVA) en julio de 1993, cuando se inició la construcción de la obra, menos la parte del IVA que absorbe la cláusula de ajuste...

En igual forma, los aumentos en las cargas parafiscales corresponden al valor pagado por el contratista por concepto de contribuciones al ISS y al ICBF, entre enero de 1996 y la terminación de la obra, menos el valor que el contratista debió prever para la componente de mano de obra (11.55%) con base en el estimativo de construcción de la obra y las tasas vigentes de las cargas parafiscales en la fecha de iniciación de la misma (jul. de 1993), menos la parte de las cargas parafiscales que absorbe la cláusula escalatoria.

Y en el escrito de objeciones se dice a propósito de esta respuesta que:

“Fundamentos de la objeción

...el peritazgo ...es netamente conceptual lo que obliga a los peritos a tener bien en claro los términos relativos a salarios, jornal o prestación social.

Objeción. La pregunta E auto 6 octubre 30 del 2000

...análisis sobre prestaciones sociales...

El pago de horas recreativas a los trabajadores no constituye una prestación social.

En lo atinente a determinar la incidencia del incremento de impuesto de IVA ... omitiendo los fundamentos técnico conceptuales y soportándolo solo en lo cuantitativo. ... pero para el proceso lo que interesa es la determinación de la incidencia de esos índices en forma específica fundamentada y congruente pero de la lectura del informe esta brilla por su ausencia.

...Los peritos han debido conceptuar, determinar y concluir la respuesta, pero antes que eso se divagó en criterios genéricos que tornan impreciso el dictamen; se confundieron los conceptos de jornal y salario local, así como el de prestaciones sociales; se señaló dónde se reflejaban mayores costos, mas no se determinó pormenorizadamente a qué materiales, artículos o servicios afectaban los aumentos” .

Para el tribunal esta objeción no está llamada a prosperar, ya que no se aprecia la existencia de un error grave y trascendente en las conclusiones del dictamen, debidamente probado, sino que se expresa una mera apreciación u opinión de la parte convocada, sobre la insuficiencia del dictamen o sobre aspectos meramente conceptuales.

En efecto, se les preguntó a los peritos la incidencia en el contrato y el valor de unos costos específicos, como son los impuestos, las contribuciones parafiscales y las horas recreativas para los trabajadores. Los peritos respondieron que tales ítem sí tenían incidencia, pero no total sino parcial, y establecieron los criterios para definir la entidad de su impacto. Por tanto no es cierto que hayan eludido la respuesta. Hay respuesta. Tampoco es cierto que la respuesta se haya dedicado en forma imprecisa a divagar sobre cuestiones genéricas, ya que se respondió exactamente lo que se preguntaba: los peritos dijeron que los impuestos y las contribuciones al ISS, al ICBF y horas recreativas para los trabajadores sí inciden, sí afectan el valor del contrato. La respuesta es directa y guarda nexo causal con lo preguntado. En consecuencia, el tribunal no accede a esta primera objeción.

Segunda objeción

La segunda objeción al dictamen está relacionada con la respuesta a la pregunta B) del auto del 30 de octubre de 2000, formulada por el tribunal y denominada en el dictamen como pregunta F, que dice así:

Explicar si existen usos o costumbres en la práctica contractual, respecto de la forma en que puede preverse en las ofertas que se presentan en las licitaciones para ejecución de obras, los eventuales aumentos de costos por los conceptos indicados (IVA, ISS, ICBF, horas recreativas para los trabajadores).

Los peritos respondieron lo siguiente:

Algunos pliegos prevén la posible ocurrencia de incrementos en impuestos, en prestaciones sociales o en cargas parafiscales, por ley o disposición legal, por lo que tales pliegos establecen que los licitantes deben presentar sus ofertas con base en la legislación vigente en el momento de su presentación, o en un tiempo razonablemente anterior a la de la presentación de las ofertas, y prevén que si se presentan modificaciones a dicha legislación durante la ejecución del contrato se hará un ajuste para cubrir los mayores costos que dichas modificaciones impliquen para el contratista...

Otros pliegos no prevén esta ocurrencia, pero permiten que el contratista presente su oferta con condiciones razonablemente establecidas por este, que pueden o no ser aceptadas por la administración, siempre que no modifiquen sustancialmente las condiciones de la licitación y no establezcan condiciones privilegiadas para uno o varios de los proponentes. Este fue el caso de Urrá, por lo que el contratista en la carta de presentación de la oferta dejó establecido que:

“Debemos anotar que, con el fin de que los precios de la oferta sean congruentes con el sistema de reajuste previsto en los pliegos, cuya fórmula opera con índices a marzo de 1984, hemos usado en nuestro análisis y propuesto como base de los precios, las leyes y regulaciones vigentes en el 24 de marzo de 1984”.

En este caso, si se presentan modificaciones a las leyes y regulaciones vigentes en el momento de presentar la oferta, que afecten el equilibrio económico del contrato, el contratista también es responsable de analizar el efecto que tales condiciones tienen sobre su contrato y solicitar a la administración los ajustes necesarios para mantener el equilibrio económico del contrato, mediante acuerdo entre las partes.

Se objetó esta respuesta arguyendo en relación con los conceptos de IVA, ISS e ICBF, que:

...su existencia o aplicabilidad no se deriva de los usos o costumbres ...En este orden de ideas la pregunta formulada a los peritos no tiene ninguna incidencia en la decisión de fondo.

En relación con la naturaleza de estos impuestos o contribuciones afirmó que no son:

...imprevistos eventuales...

No se puede peritar sobre puntos expresamente definidos por el legislador, como tampoco es dable generar confusión entremezclando los conceptos de usos y costumbres con los de leyes o reglamentaciones y menos dar la connotación de imprevistos o factores que no tienen tal característica...

Para el tribunal esta objeción no está llamada a prosperar, ya que no se fundamenta en la existencia de un error grave y trascendente en las conclusiones del dictamen, sino que se trata de meras apreciaciones u opiniones de la parte convocada, sin respaldo en el acervo probatorio, ni en el texto de la pregunta formulada cuyo alcance ha sido mal entendido por el apoderado de la convocada.

No se estaba afirmando que los eventuales aumentos de costos por los conceptos de IVA, ISS, ICBF derivan su existencia de usos o costumbres. Se preguntó a los peritos si en la práctica existen usos o costumbres para prever los eventuales aumentos de costos por esos conceptos. *In contractibus tacite veniunt ea quoe sunt, moris et consuetudinis* (en los contratos se reputan incorporadas las cosas de uso y costumbre), dice el aforismo latino.

Se preguntó a los peritos sobre los usos y costumbres en la práctica contractual respecto de la forma en que pueden preverse en las ofertas que se presentan en las licitaciones para ejecución de obras, los eventuales aumentos de costos por los conceptos indicados (IVA, ISS, ICBF, horas recreativas para los trabajadores). Los peritos contestaron exactamente cuál es el uso y costumbre comercial en este punto, así: a veces se “usa” fijar los criterios en el pliego de condiciones y a veces se “usa” guardar silencio en los pliegos, pero en este segundo caso el contratista establece criterios para eventuales ajustes que aseguren el equilibrio financiero del contrato. A ello habría que agregar que, en este segundo caso, la propuesta del contratista hace parte integral del contrato. En consecuencia no es cierto que el dictamen se haya referido a aspectos sustancialmente diferentes a los pedidos, pues es evidente que se contestó exactamente lo que se preguntó. Por tanto, el tribunal no encuentra error grave en las apreciaciones de los peritos, por lo que desechará la objeción planteada.

Tercera objeción

Esta tercera objeción se relaciona con la pregunta C) formulada por el tribunal en auto del 30 de octubre de 2000, denominada por los peritos como pregunta G, que dice así:

Determinar si en los cálculos de costo de la obra que sirvieron de base a la oferta presentada por el consorcio conformado por Skanska y Conciviles S.A., para la ejecución de la obra a que se refiere el contrato CLI-065-85, fueron tenidos en cuenta los eventuales aumentos en las tarifas y contribuciones relacionadas con el IVA, ICBF, ISS y pago de horas recreativas para los trabajadores, y en qué forma lo hicieron, precisar si es el caso, si dichos aumentos eventuales pueden considerarse incluidos dentro del renglón de AIU (administración, imprevistos y utilidades) de la oferta y el contrato.

Los peritos respondieron esta pregunta en los siguientes términos:

“...al analizar la propuesta del contratista no se encontró en ninguna parte que su margen de AIU haya incluido provisiones para eventuales aumentos en el IVA, ICBF, ISS y pago de horas extras recreativas para los trabajadores”.

Esta respuesta fue objetada con fundamento en el siguiente argumento:

La pericia atinente a esta respuesta solo se refirió a los aumentos eventuales en relación directa con la propuesta mas no con el contrato...

Es un error grave referirse a aspectos sustancialmente distintos a los pedidos y que puedan desorientar la función del fallador de turno...

Para el tribunal esta objeción tampoco está llamada a prosperar, ya que se fundamenta en el supuesto equivocado de que la propuesta no forma parte integrante del contrato y desconoce que los precios del contrato son los

propuestos por el contratista en su oferta y aceptados por la entidad contratante, según el propio contrato (ver cláusula 4ª del contrato CLI-065-85). Por lo tanto no se configura la existencia de un error grave y trascendente en las conclusiones del dictamen, sino se trata de una simple apreciación de la parte convocada, sin respaldo en las pruebas allegadas al expediente.

Se le preguntó a los peritos si en la oferta del licitante se incluyó una previsión para financiar los ajustes que ahora se reclaman. Los peritos contestaron que en los pliegos no se encontró que se hubiesen incluido tales previsiones. Ante una pregunta asertiva, los peritos responden de manera directa, precisa, en forma negativa. En consecuencia no es exacto afirmar que el dictamen se haya referido a aspectos sustancialmente diferentes a los pedidos, ya que se contestó directamente lo que se preguntó. En esas condiciones, la objeción que nos ocupa, tampoco prospera.

Cuarta objeción

Esta objeción se refiere a la pregunta formulada por el apoderado de la parte convocante, que reza así:

Determinar si los índices utilizados en la fórmula de reajuste del contrato para los pagos en pesos colombianos, han recogido en forma adecuada o no y en qué sentido las variaciones de costos a partir de 1983 (sic)⁽¹⁸⁾ para un proyecto de la naturaleza de Urrá 1, por causa de los aumentos o variaciones en las tarifas y contribuciones relacionados con el IVA, ISS, ICBF y horas recreativas para los trabajadores, en los sujetos pasivos de las mismas y en los bienes o actividades afectados.

A estos efectos se servirán tener en cuenta la canasta que ha servido para la composición de los índices respectivos, la naturaleza de los sitios y circunstancias dónde y cómo se consultan o recogen los precios de los insumos que componen la canasta, la ponderación de los mismos y las exenciones o beneficios impositivos que los han cobijado.

Los peritos respondieron a este respecto que:

“...los índices de la cláusula de reajuste no cubren en su totalidad los aumentos atrás mencionados y solo los cubren parcialmente” ... A continuación de esta respuesta se indica la forma parcial cómo la cláusula de ajuste ha recogido los aumentos en las tarifas del impuesto al valor agregado, IVA, como también los incrementos en los pagos parafiscales que debió hacer el consorcio por concepto de ISS, ICBF y los aumentos en las prestaciones sociales correspondientes a las horas recreativas para los trabajadores.

Los peritos explican su respuesta en lo que denominan “Sección III. Análisis cuantitativo detallado de la recuperación de los incrementos en el IVA y en las contribuciones parafiscales a través de la cláusula de ajuste de precios y otros mecanismos contractuales del contrato CLI-065-85”. Allí concluyeron que:

La diferencia entre los valores pagados por el contratista entre enero de 1996 y 1999 por los incrementos que sufrieron dichas tasas y lo recuperado con los mecanismos contractuales en el mismo período, es lo que el contratista no puede recuperar en forma directa a través del contrato.

La objeción a esta respuesta de los peritos dice lo siguiente:

...la pregunta formulada por el apoderado del consorcio tiene un contenido netamente cuantitativo factor ajeno a la pericia.

...en la cláusula compromisoria ... (debe entenderse pacto compromisorio), lo que se solicitó al tribunal fue una definición jurídica...

Constituye error grave pretender conceptualizar mediante factores cuantificadores y dar aplicabilidad a los índices en forma irregular o imprecisa.

En la Sección III el concepto pericial establece:

1. Recuperación de los incrementos en las tasas del IVA.

a) A través del factor A de la fórmula de ajuste

...estos tomados en 1993, ...y sin considerar años posteriores a 1993 ... en cuanto a los posibles cambios que hubieran sufrido.

b) A través del factor B de la fórmula de ajuste

...todos tomados para el año de 1993 ... y sin considerar que en años posteriores tuvo una modificación...

c) A través del factor C de la fórmula de ajuste

...Se omitió determinar si en virtud de lo anterior el contratista tendrá derecho a ningún reconocimiento por el concepto de IVA de combustible.

d) Recuperación global a través de la fórmula de ajuste de precios

... se omitió determinar si la contribución de mano de obra para los diferentes ítem del cuadro “Insumos con contribución significativa de mano de obra institucional del IPC en Barranquilla”, en lo que respecta al factor “A” de la fórmula de ajuste y la “ponderación de los grupos y subgrupos para vivienda unifamiliar tipo medio en Barranquilla”, considerado en el factor “B” de la fórmula de ajuste, son válidos para todo el período de la construcción de la obra o si eventualmente deben ajustarse de acuerdo a las variaciones que se hubieren presentado, lo que modificaría lo indicado por los peritos en el literal d) “Recuperación global a través de la fórmula de ajuste de precios”.

...Objeción por error grave determinado en el análisis cuantitativo: ...la sección III, página 28, contiene un análisis cuantitativo del dictamen y no se diga que el mismo se hace a manera de ilustración pues cada uno de sus aportes tiene una explicación detallada en porcentajes y cifra relacionados con los cuadros o índices finales.

Se plantea en forma cuantitativa la recuperación de los incrementos en las tasas del IVA a través de los distintos factores A, B, C, y se globaliza la recuperación dándole aplicabilidad a la fórmula de ajuste de precios para finalizar estableciendo la recuperación global de los incrementos del IVA en los mecanismos contractuales.

...objeción por error grave al plantear cuantitativamente lo que debía ser conceptualizado.

Para el tribunal esta objeción no está llamada a prosperar, ya que se encamina en primer lugar, a formular reparos en la pregunta misma hecha a los peritos, y no se encuentra que la objeción se concrete a precisar el error grave que haya sido determinante de las conclusiones de estos sino lo que se propone es anotar insuficiencias en las respuestas del dictamen, cuya corrección es propia de una solicitud de ampliación, pero no configuran el error grave que se pretende.

Se le preguntó a los peritos si los índices utilizados en las fórmulas de ajustes recogen las variaciones de costos del contrato a partir de 1983 (sic) “por causa de los aumentos o variaciones en las tarifas o contribuciones relacionadas con el IVA, ISS, ICBF y horas recreativas para los trabajadores”. El peritazgo responde diciendo que la cláusula de reajuste solo incorpora parcialmente, pero no totalmente, esas variaciones de costos. Para comprobar esta afirmación, los peritos realizan un completo examen cuantitativo, en donde se establece que “los índices de la cláusula de reajuste no cubren en su totalidad los aumentos atrás mencionados y solo los cubren parcialmente...”, en proporciones menores, luego de haber considerado la canasta que sirvió para la composición de los índices respectivos. Si esto es así, no se entiende por qué se tacha ese estudio de cuantitativo y su pretensión de globalización para todo el período. Justamente se preguntó por un presunto desbalance, cuya respuesta no podía hacerse sin un estudio económico de la cláusula. Y se preguntó a los peritos por un período preciso (a partir de 1993), sin que se le hubiese indicado el deber de desagregar por años subsiguientes, teniendo “en cuenta la canasta que ha servido para la composición de los índices respectivos, la naturaleza de los sitios y circunstancias dónde y cómo se consultan o recogen los precios de los insumos que componen la canasta, la ponderación de los mismos y las exenciones o beneficios impositivos que los han cobijado”, cosa que se hizo, incluso de manera detallada. De conformidad con lo anterior, el tribunal no encuentra error grave en las apreciaciones de los peritos, por lo que esta objeción tampoco prospera.

Quinta objeción

La última objeción hecha en contra del peritazgo se basa en “la participación de auxiliares de los peritos en la conceptualización. Función propia de los peritos”, que la parte convocada explicó en las siguientes palabras:

...se incurrió en un error grave al permitir la intervención al auxiliar de los peritos doctor Tulio Arévalo B., contador público de profesión quien fue la persona encargada de analizar los parámetros del IPC que había suministrado el DANE, definió cuáles eran sujetos de IVA, cuáles estaban excluidos del gravamen y cuáles estaban exentos del mismo, dándole aplicabilidad a las normas del estatuto tributario vigentes para el año 93 y por consiguiente procedió al análisis del contrato CLI-065-85 y sus elementos complementarios ...su actuación fue concretamente la del examen y análisis de los aspectos relativos a los ítem relativos al IVA y cargas parafiscales y ese examen no le era dable al auxiliar sino a los peritos en forma directa.

Para el tribunal esta última objeción no está llamada a prosperar, ya que no se trata de un error grave sino que se objeta la colaboración que prestó a los peritos un contador público, que se entiende actuó bajo la dirección de los peritos para fines determinados según lo establecido en el numeral 2º del artículo 237 del Código de Procedimiento Civil.

A diferencia de las cuatro objeciones anteriores, esta tacha no versa sobre el contenido del peritazgo sino sobre la forma como se realizó el mismo.

La intervención de un auxiliar de los peritos, para un punto especializado, no tiene la virtualidad de afectar el dictamen, pues no configura un error trascendente. Dicho en otras palabras, la polémica que se ha descrito no tiene incidencia en las determinaciones que habrá de adoptar el tribunal para resolver las pretensiones planteadas por las partes en el proceso. El tribunal se permite recordar que el peritazgo es una guía para el fallador, que puede ser objetado si el presunto vicio afecta de manera grave y trascendente el sentido del dictamen. En este caso, con auxiliar o sin él, el dictamen se hubiese producido, y en el mismo sentido en que se produjo. La vinculación de un contador público para el análisis de unas estadísticas no solo enriquece el dictamen y lo hace más fiable, que es su verdadero sentido, sino que, además, las afirmaciones del auxiliar del perito están avaladas por este, de suerte que se tienen como emitidas por el perito. El peritazgo es un documento integral, que no se desagrega por autores, sino que, en su conjunto, es un concepto que orienta al tribunal. Por tanto es inocuo para el caso si en la confección de él participaron, o no, terceras personas auxiliares bajo la dirección de los peritos. El documento se considera integralmente rendido por los dos peritos nombrados al efecto. Si esto es así, el tribunal no encuentra error en las apreciaciones de los peritos, por lo que esta objeción tampoco está llamada a prosperar.

En general lo que se observa en el escrito de objeción presentado por el apoderado de la parte convocada es que se utilizó el mecanismo de objeción por error grave, como se manifestó anteriormente, para llenar supuestos vacíos del dictamen que han podido ser aclarados o complementados por los peritos si se hubiera solicitado en debida forma por la convocada. Llama la atención del tribunal que el apoderado de la parte convocada no haya hecho uso de la oportunidad probatoria para hacer a los peritos las preguntas que considerara pertinentes.

El tribunal considera que las respuestas dadas por los peritos son suficientes para los fines del laudo, pues este se encamina a resolver problemas de carácter jurídico, sobre el alcance de la fórmula de reajuste de precios estipulada por las partes en el contrato.

En conclusión, para el tribunal la prueba pericial contiene evaluaciones objetivas y claras en todo aquello que se refiere a los siguientes temas: estructura de la fórmula convenida por las partes para el ajuste de precios en moneda colombiana; distribución real de costos en relación con los ítem objeto del reclamo; alcance de la cláusula de ajuste de precio en el contrato; explicación detallada sobre el origen y la aplicación de los índices de construcción de vivienda y del costo de vida por parte del DANE; respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Arbitramento y la parte convocante; análisis cuantitativo detallado de la recuperación de los incrementos en el IVA y en las contribuciones parafiscales a través de la cláusula de ajuste de precios y otros mecanismos contractuales del contrato CLI-065-85. Conceptos que sirven para ilustrar al tribunal, para fijar su criterio, en el problema que se le ha planteado en el pacto compromisorio de “si la fórmula de reajuste del contrato está llamada a recoger los aumentos de costos del contratista en relación con los insumos de la obra, debidos al incremento legal de tasas,

tarifas o contribuciones, incluyendo la modificación de los sujetos o actos gravados, por los conceptos tributarios de IVA, de cotizaciones denominadas parafiscales, de seguridad social, Instituto de Bienestar Familiar y el reconocimiento y pago de horas recreativas para los trabajadores”.

Resueltas por el tribunal las objeciones por error grave planteadas por Urrá S.A. ESP, corresponde ahora emprender el estudio de fondo de las cuestiones que fundamentan las controversias sometidas a su decisión.

3. Las pretensiones de la demanda

3.1. Primera pretensión

1. Antecedentes relativos a la fórmula contractual

1.1. Del pliego de licitación

Pliego de condiciones (fls. 21 y 22 del cdno. de pbas 4 del exp.): La minuta contractual contenida en el pliego, en lo que respecta a la cláusula de la fórmula de reajuste, es la igual a la minuta del contrato que a continuación se transcribe.

1.2. Minuta del contrato (cap. 4, fls. 21 a 96 del cdno. de pbas. 1 del exp.):

1.2.1. La cláusula primera determina que se trata de un contrato de obra pública para el objeto previsto en los literales a) a g) de la propia cláusula, además de las obras accesorias y trabajos complementarios para ejecutar totalmente la obra, de acuerdo con los planos y demás documentos del contrato.

1.2.2. La cláusula segunda, contentiva de las definiciones, determina, en su numeral 12, la significación de “Contrato u obras a precios unitarios”, y precisa que son aquellas que el contratista debe ejecutar a precios unitarios, como lo define el artículo 89 del Decreto 222 de 1983, para terminar agregando que “en estos contratos, el contratista asume todos los riesgos inherentes a la obra”.

1.2.3. La cláusula segunda, numeral 21, define “Precio de la propuesta” como “el monto o sumas incluidas en la propuesta del contratista”.

1.2.4. La cláusula cuarta califica el contrato en cuestión como de precios unitarios y globales, y expresa además que todos los riesgos de la ejecución de la obra son inherentes al contratista.

1.2.5. La cláusula quinta determina que el contratista se obliga con Corelca a ejecutar los trabajos contratados “a los precios unitarios y globales cotizados”. Agrega que se entiende que en tales precios se encuentra contemplado el porcentaje sobre el costo directo por concepto de administración, imprevistos y utilidades. Más adelante, agrega la cláusula que “Se entiende también, que para la fijación de los precios globales, el contratista tuvo en cuenta todos los requisitos estipulados en el pliego de condiciones y sus suplementos, los riesgos previsibles de la obra y los gastos que deberá hacer para la realización de las obras a que se refieren estos precios en las condiciones estipuladas en los documentos del contrato...”.

1.2.6. Así mismo en la parte final del literal a) de la cláusula quinta se estableció que el contratista “...se informó a cabalidad de las circunstancias y condiciones físicas y económicas, de las leyes y reglamentaciones colombianas que inciden en los costos del contrato y en los plazos de realización de las obras”.

1.2.7. Así mismo, dice en el literal b) la misma cláusula que “serán de cargo del contratista” ...los salarios, alimentación, ...el pago de todas las prestaciones sociales, indemnizaciones laborales e impuestos establecidos por la ley colombiana...”.

1.2.8. Finalmente, la misma cláusula precisa que el contratista “Igualmente deberá cumplir con todos los requisitos exigidos por las leyes colombianas y sus reglamentaciones y pagar todos los gastos legales, y en general, cualquier otro gasto que imponga la realización de las obras de acuerdo con lo establecido en este contrato...”.

1.2.9. La cláusula novena contiene la fórmula de ajuste de los pagos. La fórmula relacionada con el ajuste para los

pagos hechos en moneda colombiana se basa fundamentalmente en el índice total de precios al consumidor, nivel de ingresos bajo, en Barranquilla, según el DANE, denominado factor A; en el índice de costos de los materiales de construcción de vivienda unifamiliar en Barranquilla, según el DANE, denominado índice B; y en el precio oficial vigente para el galón de gasolina del tipo corriente, más precio del galón oficial del ACPM, el último día del mes considerado, en Barranquilla.

El texto de la cláusula es el siguiente:

“Los pagos mensuales que se hagan en moneda colombiana al contratista por concepto de obra ejecutada, estarán sujetos a ajustes de acuerdo con la siguiente fórmula:

El significado de los términos es el siguiente:

P1 = Valor ajustado a la componente en moneda local del acta de obra ejecutada, excluyendo el valor de los trabajos extras.

Po = Valor liquidado a los precios unitarios del contrato, de la componente en moneda local del acta de obra ejecutada, excluyendo el valor de los trabajos extras.

A= Índice total de precios al consumidor, nivel de ingresos bajos (obreros) en Barranquilla, según datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE.

B = Índice de costos de los materiales de construcción de vivienda unifamiliar en Barranquilla, según dato del DANE.

C = Precio oficial vigente el último día del mes considerado de un galón de gasolina del tipo corriente más precio oficial de un galón de ACPM, en la misma fecha, ambos en Barranquilla.

Los subíndices representan fechas así:

o = Corresponde al mes calendario anterior al del cierre de la licitación.

1 = Corresponde al mes calendario de ejecución de los trabajos a que se refiere el acta de obra ejecutada, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 86 del Decreto 222 de 1983⁽¹⁹⁾.

En el evento de que el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, dejare de publicar cualquiera de los índices señalados, las partes podrán acordar, mediante acta, la utilización de un índice similar, publicado por el DANE o cualquier otra entidad oficial del gobierno colombiano.

En el caso de modificaciones en los precios C en el mes para el cual se hace el ajuste, los valores de estos precios serán promedios ponderados.

2. El valor del componente en moneda extranjera ...

3. Los ajustes acordados se harán constar en actas de ajuste firmadas por el interventor y el contratista, las cuales deberán ser sometidas a la aprobación de Corelca acompañadas de las certificaciones de los índices acordados para la moneda local y de las publicaciones de los índices acordados para moneda extranjera.

4. En caso de que haya demoras para obtener los índices establecidos en esta cláusula, podrán hacerse liquidaciones provisionales con base en los últimos índices conocidos de meses anteriores. Cuando se conozcan los índices definitivos, se harán los correspondientes ajustes.

5. El valor de los ajustes en los pagos a los cuales tenga derecho el contratista, será pagado por Corelca, de acuerdo con lo establecido en el artículo 86 del Decreto 222 de 1983, y con base en el acta firmada por la interventoría y el contratista dentro del mismo plazo y bajo las mismas condiciones establecidas para los pagos mensuales por obra ejecutada según lo establecido en el numeral 5° de la cláusula octava (8ª).

6. Cuando el contratista se demore por su culpa en el cumplimiento de alguno de los plazos para la ejecución de la

obra, o se le concedan prórrogas por causas que le sean atribuibles, el reajuste de las actas se hará para el mes en que, según los plazos contractuales han debido quedar terminadas las obras incluidas en el acta.

7. Los ajustes solo podrán concederse durante la vigencia del presente contrato y durante las prórrogas autorizadas por Corelca que se deriven de causas de fuerza mayor. La obra que se ejecute con posterioridad a estos plazos, se pagará a los precios originales del contrato, sin perjuicio de las sanciones por incumplimiento pactadas en él. Tanto los valores de los factores índices de costos como los resultados de la aplicación de la fórmula, serán definitivos y obligatorios para el contratista y para Corelca y no están sujetos a discusión ni a justificación.

8. Los índices establecidos en esta cláusula se reconocen como los únicos que inciden en la conservación del equilibrio económico del contrato; por consiguiente, no procederán reclamos por el encarecimiento de índices o factores no contemplados en esta cláusula, ni por aceleración de la tasa inflacionaria interna o externa, sea cual fuere una u otra.

9. En el evento de que los índices utilizados en la presente cláusula dejen de publicarse, las partes acordarán, mediante acta, la utilización de otros índices equivalentes publicados por el DANE u otra entidad oficial”.

1.2.10. La cláusula décima octava, expresa que el contratista declara conocer “...en general todos los factores sobre los cuales se pueda razonablemente obtener información y que en alguna forma afecten el trabajo, los plazos para su ejecución y su costo, los cuales deben ser tenidos en cuenta por el contratista al formular su propuesta. El hecho de que una parte de la información mencionada en esta cláusula sea suministrada al contratista en los documentos del contrato, no lo releva de la responsabilidad de cerciorarse por su cuenta de las dificultades y del costo de llevar a cabo con éxito los trabajos”. Por último, se agregó que Corelca no asumiría responsabilidad por cualquier otra información que cualquier funcionario de Corelca entregase al contratista, y que se considerarían como informaciones de buena fe que, “no relevan a este de la responsabilidad de cerciorarse por sí mismo de la dificultad y del costo de llevar a cabo con éxito el trabajo”.

1.2.11. La cláusula vigésimo segunda, referida al personal del contratista, dice al final, que este además cumplirá estrictamente con los pagos que “debe hacer por concepto de ISS, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Subsidio Familiar y de Transporte”.

2. Respecto del alcance de los textos transcritos, el tribunal formula las siguientes consideraciones:

2.1. El tribunal observa que el contrato define el precio como aquel incluido en la propuesta y que, al calificar el contrato como de precios unitarios, se establece que el contratista asume todos los riesgos inherentes a la obra.

2.2. En la parte final del literal a) de la cláusula 5ª, se establece que: “el contratista se informó a cabalidad de las circunstancias y condiciones físicas y económicas, de las leyes y reglamentaciones colombianas que inciden en los costos del contrato y en los plazos de realización de las obras”.

2.3. Esto le indica al tribunal que la presunción que se realiza en la citada cláusula dice(sic) relación con las condiciones económicas y legales existentes al momento de celebrar el contrato.

2.4. Así mismo, se establece en la cláusula quinta, que en dichos precios unitarios se encuentra incluido el porcentaje sobre el costo directo por concepto de AIU, agregando que para la fijación de dichos precios, el contratista tuvo en cuenta todos los requisitos del pliego, los riesgos previsibles de la obra y los gastos necesarios para la realización de las obras, incluyendo en ellos los gastos en relación con las condiciones económicas y legales incidentes en los costos del contrato.

2.5. Posteriormente, la misma cláusula ordena que el contratista se hará cargo de los conceptos de pagos al personal, incluyendo el pago de todas las prestaciones sociales, indemnizaciones laborales e impuestos establecidos por la ley colombiana.

2.6. La anterior transcripción implica que al elaborar los precios unitarios, el proponente consideró toda la información conocida por él en el momento de la preparación de dicha propuesta, incluyendo los requisitos del pliego, los riesgos previsibles de la obra, los gastos necesarios para la realización de las obras, en los cuales se

incluyó el pago de todas las prestaciones sociales, indemnizaciones laborales e impuestos establecidos por la ley colombiana, los que se presume por el contrato que son conocidos por el contratista, al igual que las condiciones económicas y legales que incidieran en los costos del contratista.

2.7. Observa el tribunal que se infiere del texto aludido de la cláusula quinta, que en la estructura de los precios unitarios se debían incluir los costos relativos al pago de prestaciones sociales, indemnizaciones laborales e impuestos establecidos por la ley colombiana. No dice la cláusula que se debían considerar prestaciones sociales, indemnizaciones laborales e impuestos que llegase a establecer la ley, sino que se limita a los ya establecidos por la ley colombiana.

2.8. Finalmente, la misma cláusula precisa que el contratista “Igualmente deberá cumplir con todos los requisitos exigidos por las leyes colombianas y sus reglamentaciones y pagar todos los gastos legales, y en general, cualquier otro gasto que imponga la realización de las obras de acuerdo con lo establecido en este contrato...”.

2.9. El tribunal observa que es evidente que, en todo caso, el contratista era plenamente responsable por el cumplimiento de todas las obligaciones laborales.

2.10. Más adelante, en la cláusula 18, el contrato establece que el contratista declara conocer “...en general todos los factores sobre los cuales se pueda razonablemente obtener información y que en alguna forma afecten el trabajo, los plazos para su ejecución y su costo, los cuales deben ser tenidos en cuenta por el contratista al formular su propuesta” (negrilla fuera de texto).

2.11. El tribunal observa que esta previsión contenida en la minuta de contrato incluida en los pliegos de condiciones, más tarde permaneció en la minuta contractual que suscribieron las partes, a pesar de referirse a una etapa precontractual, es decir a la etapa en la que el contratista preparó su propuesta.

2.12. En efecto, obsérvese que la cláusula establece que el contratista declara conocer “...en general todos los factores sobre los cuales se pueda razonablemente obtener información y que en alguna forma afecten el trabajo, los plazos para su ejecución y su costo, los cuales deben ser tenidos en cuenta por el contratista al formular su propuesta”.

2.13. En efecto, esta disposición obligaba al proponente, para efectos de la elaboración de la propuesta.

2.15.(sic) Es claro que se trata de una disposición que asumía que el contratista conocía los factores que pudiesen afectar sus precios, factores sobre los cuales pudiera razonablemente obtener información.

2.16. El tribunal considera que la expresión “razonablemente”, utilizada en la cláusula 18, tiene un alcance determinante para efectos de lo que se debate en este proceso. En efecto, ¿cuál era la obligación del proponente?

2.17. El tribunal considera que la obligación del proponente era la de conocer lo que razonablemente podía conocer, esto es, los factores sobre los que razonablemente podía obtener información que en alguna forma pudiese afectar sus costos.

2.18. El tribunal considera relevante que, más adelante, esta misma cláusula, al referirse al tipo de información que hubiese sido suministrada por empleados de Corelca al contratista, en la etapa precontractual, se concluya que este hecho no releva al contratista “...de la responsabilidad de cerciorarse por su cuenta de las dificultades y del costo de llevar a cabo con éxito los trabajos”.

2.19. Así, es evidente para el tribunal que el proponente debía realizar el máximo esfuerzo para obtener toda la información que razonablemente pudiera conocer, en orden a establecer todos los factores que pudiesen afectar sus costos.

2.20. Se trata de una obligación sumamente exigente, desde el punto de vista de la conducta de un proponente serio y conecedor de sus responsabilidades. En efecto, el futuro contratista debía prever lo que razonablemente era previsible, para efectos de estructurar sus precios.

2.21. A la luz de lo ya analizado, es claro para el tribunal que esta obligación del proponente, en lo relacionado con

prestaciones sociales, indemnizaciones laborales e impuestos, se circunscribía a las normas legales colombianas establecidas, es decir vigentes al momento de contratar y no expresaba o incluía el riesgo por cambios de legislación, tal como lo denota el tenor de la cláusula quinta.

2.22. Por último, el tribunal destaca que, tal como se desprende de la lectura de los textos contractuales transcritos y citados, el contratista se hallaba en todo caso, obligado a cumplir con sus obligaciones laborales en todo tiempo, en particular a la cancelación de los conceptos de ISS, ICBF, y demás costos de tipo laboral.

2.23. No encuentra el tribunal ninguna cláusula en la que se establezca que el contratista asume el riesgo de cambios de legislación en el futuro. El contrato se limita a determinar que el contratista deberá cumplir con las obligaciones laborales exigibles a la luz de la ley colombiana.

2.24. Por último, el tribunal analizará el numeral 8° de la cláusula de reajuste, que establece que “los índices establecidos en esta cláusula se reconocen como los únicos que inciden en la conservación del equilibrio económico del contrato; por consiguiente, no procederán reclamos por el encarecimiento de índices o factores no contemplados en esta cláusula...”. El texto transcrito pone de presente que la intención de las partes era clara respecto del restablecimiento del equilibrio del contrato en lo que respecta al evento de “encarecimiento de índices o factores” que sí formasen parte de la fórmula de reajuste. En efecto, la letra del numeral transcrito excluye el restablecimiento por concepto del encarecimiento de índices o factores “no contemplados en la cláusula”, lo que, *a contrario sensu*, implica que es aceptable contractualmente reconocer reclamos por el encarecimiento de los factores o índices que sí formen parte de la cláusula de reajuste, esto es, de la fórmula allí convenida por las partes.

3. Así las cosas, el tribunal analizará ahora la conducta del contratista, tanto en la etapa precontractual como en la contractual, en lo relacionado con los hechos que se presentan como soporte de la pretensión primera.

Avocará el tribunal el análisis de la oferta que presentó el contratista:

3.1. En la carta de presentación de su propuesta (fls. 3A del cdno. de pbas. 11), el consorcio dejó establecido que:

“El consorcio ha tomado en consideración todas las ventajas que le ofrecen los pliegos de condiciones para configurar la oferta más favorable posible a los intereses de Corelca. Como contrapartida necesaria entiende que el contrato, en su interpretación y desarrollo, se inspirará en el principio *rebus sic stantibus* y que Corelca, dada la condición de entidad pública, ejecutará todas las acciones para asegurar el mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato, el respeto al principio de la intangibilidad de la remuneración y la aplicación de las normas y principios jurídicos aceptados en Colombia para salvaguardar la equidad en las relaciones contractuales.

Debemos anotar que, con el fin de que los precios de la oferta sean congruentes con el sistema de reajuste previsto en los pliegos, cuya fórmula opera con índices de origen a marzo de 1984, hemos usado en nuestros análisis y propuesto como base los precios, las leyes y regulaciones vigentes en el 24 de marzo de 1984.

(...).

3.2. El tribunal considera que la advertencia que el proponente y futuro contratista incluyó en su carta de presentación de oferta refleja claramente que su propuesta se basó en los precios, leyes y regulaciones vigentes en marzo 24 de 1984. Esta advertencia, considera el tribunal que produce efectos de señalada importancia, en tanto que:

3.2.1. No pugna con las disposiciones contenidas en el pliego de condiciones o en el contrato suscrito por las partes.

3.2.2. En efecto, el propio contrato dispone que la oferta es parte integrante de la documentación contractual.

3.2.3. Así, la manifestación transcrita, contenida en la carta de presentación de la oferta, no fue rechazada por la parte contratante. No consta en el expediente prueba alguna de que la contratante, frente a la manifestación hecha por la proponente, hubiese hecho alguna salvedad o hubiese en alguna forma disentido de esta.

3.2.4. En este orden de ideas, la manifestación contenida en la carta de presentación de la propuesta, tiene el efecto

de integrarse al contrato, entendido este en sentido amplio, conformado por el texto contractual en sí mismo y por los demás documentos citados en la cláusula tercera como parte integrante del mismo.

3.2.5. Con base en lo anterior, la manifestación del contratista de que su oferta se ha basado en los precios, leyes y regulaciones vigentes el 24 de marzo de 1984 será interpretada por el tribunal dentro de la sistemática contractual, como una manifestación de voluntad del contratista, que ha de producir los efectos jurídicos queridos por su autor, esto es, el entonces proponente y hoy contratista.

3.2.6. Además, en la carta remisoria cuyo texto se transcribió, se encuentra claramente expresada la voluntad de la convocante, en el sentido de asumir que la convocada desarrollaría los mecanismos necesarios para asegurar la intangibilidad de la remuneración del contratista y el principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, manifestaciones que, en el contexto en que se produjeron, le indican al tribunal que constituían, en ese momento, elementos esenciales del consentimiento expresado por el entonces proponente y futuro contratista, que el tribunal apreciará en su extensión y contenido, al momento de decidir.

3.2.7. Así, el hecho de que la oferta del contratista se haya basado, de manera expresa en los precios, leyes y regulaciones vigentes en marzo de 1984, implica, dentro de la sistemática contractual, que el contratista actuó de manera que excluyó el riesgo de modificación de las normas y regulaciones futuras. Este riesgo no fue asumido por el contratista y así lo aceptó tácitamente el contratante, pues no existe evidencia de alguna manifestación de este en sentido contrario.

3.2.8. En conclusión, el tribunal considera que la intención expresada con esta manifestación de voluntad hecha por el proponente en su carta de presentación de la propuesta y no rechazada ni glosada en modo alguno por el contratante, fue la de excluir la asunción del riesgo por cambios en las normas y regulaciones vigentes a la fecha de la propuesta, y que este fue el proceso probado de formación de la voluntad contractual, que el tribunal valorará para efectos probatorios, dándole plena credibilidad y trascendencia.

A continuación el tribunal examinará el comportamiento de las partes en la ejecución de este contrato.

4. De la ejecución del contrato y el comportamiento de las partes en relación con el tema de la aplicación de la cláusula de reajuste

4.1. Acta de acuerdos 1 (fls. 98 a 133 del cdno. de pbas. 1)

Suscrita por las partes el día 3 de agosto de 1990, en ella se convinieron algunos puntos relacionados con la revisión de los mecanismos de ajuste de los precios del contrato CLI-065-85 afectados por el aplazamiento de la construcción de la Central Hidroeléctrica de Urrá I. Es esta la primera oportunidad en que las partes convienen alguna modificación para evitar que el aplazamiento de la construcción pueda afectar el equilibrio del contrato.

Así se dice en el acta de acuerdo 1, a folios 98 a 133 del cuaderno de pruebas 1:

“Es evidente que el atraso en el inicio de la construcción del proyecto no es responsabilidad del consorcio contratista y por lo tanto se consideró prudente revisar la eficacia de la fórmula de reajuste durante este período.

Partiendo del análisis de precios unitarios disponibles en la oferta del contratista (documento que hace parte integral del contrato) se obtuvo la descomposición de los costos directos e indirectos según se discrimina a continuación...”:

Así se dijo en el acta citada:

Texto 23.1. Revisión de la fórmula de reajuste

“De acuerdo con los pliegos de la licitación C-198-82-PAS-03 la orden de iniciación de los trabajos para las obras civiles de Urrá I se previó para el mes de mayo de 1985 fecha adoptada por el consorcio para la elaboración del programa de ejecución de obras.

Por múltiples circunstancias de orden nacional, revisiones al plan de expansión del sector eléctrico han postergado

la entrada en operación de los nuevos proyectos de generación. La última revisión al plan definió la construcción de los proyectos Urrá I, Miel II y Porce II. La fecha recomendada para iniciar los trabajos de Urrá I es el mes de mayo de 1991.

Es evidente que el atraso en el inicio de la construcción del proyecto no es responsabilidad del consorcio contratista y por lo tanto se consideró prudente revisar la eficacia de la fórmula de reajuste durante este período.

Partiendo del análisis de precios unitarios disponibles en la oferta del contratista (documento que hace parte integral del contrato) se obtuvo la descomposición de los costos directos e indirectos según se discrimina a continuación:

Para la moneda local (pesos colombianos)

Equipos: 47.98%

Materiales: 31.72%

Mano de obra: 10.40%

Costos indirectos: 9.9%

Para la moneda extranjera (Coronas suecas “SEK”).

(...).

Para analizar el comportamiento de la descomposición de costos durante el período del atraso en el inicio de los trabajos se consideró procedente reajustar los valores con índices aplicables publicados por organismos oficiales de Colombia y agencias de Suecia así:

Para moneda local

Equipos	“E” Índice del grupo A del MOPT. Este índice refleja el comportamiento de los precios de alquiler de equipos utilizados en la ejecución de obras tales como explanaciones, rellenos, transporte de materiales y otros.
Materiales	“B” Índice de costos de materiales de construcción para vivienda unifamiliar en Barranquilla según datos del DANE.
Mano de obra	“A” Índice total de precios al consumidor, nivel de ingresos bajos (obreros) en Barraquilla según datos del DANE.

Para moneda extranjera

(...).

La fórmula de reajuste durante el período de atraso en la iniciación de las obras de acuerdo con los porcentajes de descomposición de costo y con los índices mencionados es la siguiente:

Para la moneda local:

$$P1 = P0 (0.1155 A1/A0 + 0.3520 B1/B0 + 0.5325 E1/E0)$$

Para la moneda extranjera:

(...).

$$P1 = \text{Valor ajustado de la componente en la moneda local.}$$

(...).

Los subíndices representan fechas así:

o = Corresponde al mes calendario anterior al del cierre de la licitación.

1 = Corresponde al mes calendario a la fecha de inicio real de los trabajos.

La aplicación de las fórmulas de reajuste arriba descritas con índices del mes de marzo de 1990 arroja el siguiente resultado:

Pesos colombianos 14.675.057.390

Coronas suecas...

O sea la suma de US\$ 134.501.823 equivalentes a marzo de 1990.

23.2. Aclaración a la fórmula de reajuste del contrato

Para efectos de mantener inalterable las condiciones contractuales a partir de la orden de inicio de los trabajos se debe aplicar la misma fórmula de reajuste prevista en la cláusula novena (ajuste de pagos) del contrato con la aclaración de que el subíndice “o” se reemplaza por el subíndice “1 “ así:

Para moneda local:

$$P_i = P_1 (0.10 + 0.50 A_i/A_1 + 0.25 B_i/B_1 + 0.15 C_i/C_1).$$

Para moneda extranjera: ...

P_1 = Valor ajustado de la componente en moneda local del acta de obra ejecutada, excluyendo el valor de los trabajos extras.

(...).

Los subíndices representan fechas así:

1 = Corresponde al mes calendario a la fecha de inicio real de los trabajos.

i = Corresponde al mes calendario de ejecución de los trabajos a que se refiere el acta de obra ejecutada sin perjuicio de lo establecido en el artículo 86 del Decreto 222 de 1983.

(...).

Acuerdos

Modificar la cláusula novena (ajuste de pagos) estableciendo una nueva estructura de la fórmula de reajuste según se detalla en los numerales 23.1 y 23.2 de la presente acta de acuerdos”.

El tribunal encuentra que las dos partes actuaron de común acuerdo para impedir que el retraso en la iniciación de la obra perjudicase al contratista y para este efecto introdujeron algunos ajustes a la fórmula de la cláusula novena. Obsérvese que las partes asignaron valores de ponderación para los factores de costo incidentes en la dinámica de la fórmula, a fin de hacerla más acorde con las circunstancias del momento.

4.2. Contrato adicional CLI-065A-93 (fls. 212 a 241 del cdno. de pbas. 1)

Posteriormente, con ocasión de haberse desplazado los plazos contractuales pactados, y con el propósito, entre otras cosas, de mantener el equilibrio económico del contrato, las partes nuevamente modificaron el contrato mediante el contrato adicional CLI-065A-93, estableciendo:

“...Cláusula cuarta: Modificar la cláusula quinta del contrato CLI-065-85, en el sentido de que los precios unitarios y globales a que hace referencia son los de la lista de cantidades y precios, del anexo A del acta de Acuerdo 2.

...Cláusula octava: Modificar los numerales 1º, 2º, 7º, 8º y 9º de la cláusula novena del contrato CLI-065-85, que quedarán así: Cláusula novena: ajuste de pagos: Los pagos mensuales que se hagan en moneda colombiana al contratista por concepto de obra ejecutada, estarán sujetos a ajustes de acuerdo con el siguiente mecanismo: a) El componente en moneda Colombiana se ajustará primeramente para el período comprendido entre marzo de 1984, mes anterior al del cierre de la licitación, y la fecha de la orden de inicio de las obras, conforme a la siguiente fórmula:

$$P1 = Po (0.1155 A1/Ao + 0.3520 B1/Bo + 0.5325 E1/Eo).$$

El significado de los términos es el siguiente:

P1 = Valor ajustado de la componente en moneda local del acta de obra ejecutada, excluyendo el valor de los trabajos ejecutados por el sistema de costo más porcentaje, ajustado hasta el mes de la orden de inicio de las obras.

Po = Valor de la componente en moneda local del acta de obra ejecutada, según el nivel de precios existentes en marzo de 1984, mes anterior al del cierre de la licitación, excluyendo el valor de los trabajos ejecutados por el sistema de costo más porcentaje.

A = Índice total de precios al consumidor, nivel de ingresos bajos (obreros) en Barranquilla, según datos del DANE.

B = Índice de costos de materiales de construcción para vivienda unifamiliar en Barranquilla según datos del DANE.

E = Índice del Ministerio de Obres Públicas y Transporte para el grupo A, correspondiente a equipos.

Los subíndices representan fechas así:

o = Corresponde a marzo de 1984, mes anterior al del cierre de la licitación.

l = Corresponde al mes de la orden de inicio de las obras.

b) Una vez realizado el ajuste anterior, el componente en moneda colombiana se ajustará para el período correspondiente al tiempo transcurrido entre el mes de la orden de inicio de las obras y el mes de ejecución de los trabajos a que se refiere el acta de obra ejecutada, según lo establecido en el artículo 86 del Decreto 222 de 1983, conforme a la fórmula siguiente:

$$Pi = P1 (0.10 + 0.50 Ai/A1 + 0.25 Bi/B1 + 0.15 Ci/C1).$$

Donde:

Pi = Valor de la componente en moneda local del acta de obra ejecutada, excluyendo el valor de los trabajos ejecutados por el sistema de costo más porcentaje, ajustando hasta el mes de ejecución de los trabajos a que se refiere el acta de obra ejecutada, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 86 del Decreto 222 de 1983.

P1 = Valor de la componente en moneda local del acta de obra ejecutada, excluyendo el valor de los trabajos ejecutados por el sistema de costo más porcentaje, ajustado hasta el mes de la orden de inicio de las obras según el mecanismo señalado en el numeral 1.a. anterior.

A = Índice total de precios al consumidor, nivel de ingresos bajos (obreros) en Barranquilla, según datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE.

B = Índice de costos de los materiales de construcción de vivienda unifamiliar en Barranquilla, según datos del DANE.

C = Precio oficial vigente el último día del mes considerado de un galón de gasolina del tipo corriente más precio oficial de un galón de ACPM, en la misma fecha, ambos en Barranquilla.

Los subíndices representan fechas así:

1 = Corresponde al mes calendario de la orden de inicio de las obras.

I = Corresponde al mes de ejecución de los trabajos a que se refiere el acta de obra ejecutada, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 86 del Decreto 222 de 1983.

En el evento en que el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, dejare de publicar cualquiera de los índices señalados, las partes podrán acordar mediante acta, la utilización de un índice similar, publicado por el DANE o cualquier otra entidad oficial del gobierno colombiano. En el caso de modificaciones en los precios C en el mes para el cual se hace el ajuste, los valores de estos precios serán promedios ponderados”.

Así, las partes, por vía de interpretación auténtica, con su conducta, restablecieron el equilibrio del contrato, necesario por la situación del desplazamiento de los plazos, no imputables al contratista, y para ello, entre otras cosas, adoptan una fórmula de reajuste especial, que tiene una vigencia limitada en el tiempo, hasta el inicio de las obras, momento a partir del cual regiría nuevamente la fórmula adoptada en el contrato adicional 1, es decir, operando sobre los nuevos precios del contrato.

4.3. Amigables composiciones

Desde comienzos de la ejecución de la obra, el contratista había venido formulando una serie de reclamaciones económicas, sobre las cuales se presentaron diferencias en la interpretación del alcance de las obligaciones contractuales. Para efectos de resolver estas diferencias, las partes acudieron al mecanismo de la amigable composición, y acordaron dar cumplimiento a lo que esta comisión decidiera.

4.3.1. Primera comisión de amigable composición

En febrero de 1996, las partes convocan a un grupo de amigables componedores para que defina una serie de aspectos sobre los cuales las partes no habían llegado a un acuerdo.

4.3.1.1. Según el primer documento de sometimiento a la amigable composición del 8 de enero de 1996 (fls. 259 a 264 del cdno, de pbas. 1) entre las cuestiones objeto de la amigable composición se encontraban:

“II. Cuestiones objeto de la amigable composición

...E. Aumentos en el porcentaje de aportes al Instituto de Seguros Sociales y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

F. Pago a empleados y obreros de tiempo por actividades recreativas, culturales y deportivas.

G. IVA”. (negrillas del tribunal).

4.3.1.2. En el acta de la primera amigable composición se estableció (fls. 277 a 281 del cdno. de pbas. 1):

2. Hechos principales de la reclamación

Los puntos sometidos a amigable composición conforme al numeral tercero del “Acta de acuerdo de arreglo directo”, se hallan consignados en el punto II del “Primer documento de sometimiento a la amigable composición” y que constituye el anexo 2 de la presente acta”.

Los amigables componedores determinaron que era procedente un reconocimiento de US\$ 11.220.468, suma en la cual se recogieron los conceptos reclamados por el contratista, quien había presentado una reclamación por un mayor valor del que le fue reconocido en esta acta”. Dice la parte pertinente del acta, a folio 279 del cuaderno principal 1:

“Primero. Urrá S.A. reconocerá y pagará al Consorcio Skanska - Conciviles, a título de costos reclamados, causados y legítimamente generados a su favor, hasta el 29 de diciembre de 1995, la suma de once millones doscientos veinte mil cuatrocientos sesenta y ocho dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 11.220.468). ... (negrillas del tribunal).

4.4. Anexos de la primera amigable composición

El tribunal encuentra que, de la denominada primera amigable composición, aunque la decisión adoptada se limitó a establecer el monto a reconocerse de una manera global, es claro que dicho reconocimiento se basó, en la reclamación presentada por el contratista, cuyos anexos explicativos forman parte integral del acta de amigable composición N° 1, por lo cual el tribunal necesariamente tendrá en cuenta dichos anexos, para extraer las siguientes conclusiones:

Respecto del denominado tema E, que consta a folio 307 del cuaderno de pruebas 15 del expediente y se refiere al aumento en el porcentaje de aportes al ISS y al ICBF, el grupo de amigables componedores decidió que era procedente un reconocimiento, teniendo como base los hechos contenidos en el anexo correspondiente, que soportaban la solicitud de reconocimiento presentada por el consorcio, apoyándose para ello en lo establecido en el anexo denominado tema E.

El tribunal encuentra que los amigables componedores se basaron en los hechos descritos en el anexo denominado tema E, que se basan en los siguientes reconocimientos:

4.4.1. Hechos base del tema E

4.4.1.1. Se tiene como hecho base del reconocimiento que el contratista, en el momento de realizar su oferta en abril de 1984, ha tenido en cuenta los factores de costo para esa época.

4.4.1.2. Se tiene como hecho base del reconocimiento que en el transcurso del tiempo se han producido modificaciones en los aportes sociales que debe realizar la empresa, haciendo más oneroso el costo de cumplimiento de estas obligaciones.

4.4.1.3. Se tiene como hecho base del reconocimiento que el acta de acuerdo número 1 de agosto de 1990, en la cual se consignaran incrementos en el valor del contrato por variaciones de diseño y cantidades y otras consideraciones, no tomó en cuenta el impacto negativo del incremento en las tarifas.

4.4.1.4. Se tiene como hecho base del reconocimiento que en el acta de acuerdo número 2 de julio de 1993, igualmente no se tiene en cuenta el incremento en las tarifas.

4.4.1.5. Se tiene como hecho base del reconocimiento que como los importes para el concepto de beneficios sociales forman parte del índice usado para calcular el ajuste en el costo de mano de obra (índice de precios al consumidor), ingresos bajos (obreros) en Barranquilla (publicada por el DANE) el consorcio ha recuperado parcialmente los incrementos.

4.4.1.6. Se tiene como hecho base del reconocimiento que, de todas maneras, el monto recuperado a través de la fórmula de ajuste no compensa el monto total de los incrementos en el ISS y ICBF pagado por el contratista.

4.4.1.7. En el cuadro en la página 2, se calculan las diferencias entre el monto pagado y el monto recuperado a través de la fórmula de ajuste y se manifiesta que el consorcio solicita el pago de la diferencia, basado en el contrato y el concepto legal de mantenimiento del equilibrio económico, ya que la fórmula de ajuste no es equitativa para ese concepto.

4.4.2. Tema F

Así mismo, en lo que respecta a la compensación para el pago a los empleados y obreros de horas recreativas, tema F, A(sic) folios 375 a 377 del cuaderno de pruebas 15 del expediente, el tribunal examinará el contenido de los anexos que forman parte integrante del acta de amigable composición 1, toda vez que, sin duda, ellos fueron la base tenida en cuenta para el reconocimiento ordenado por el grupo de amigables componedores.

Hechos base del tema F

4.4.2.1. Se tiene como hecho base del reconocimiento que para la época de la licitación, “el consorcio elaboró sus precios teniendo como base las leyes y regulaciones vigentes hasta el 24 de marzo de 1984, teniendo en cuenta lo indicado en la parte pertinente, en los pliegos”.

4.4.2.2. Se tiene como hecho base del reconocimiento que “para dicha(sic) no existía la obligación de destinar dos horas semanales, pagadas, a la práctica de actividades recreativas, culturales y deportivas incluidas dentro de la jornada de trabajo. Las normas que reglamentan esta obligación legal son la Ley 50 de enero de 1990 en su artículo 21 y el Decreto Reglamentario 1127 de 30 de abril de 1991” todas ellas posteriores a la fecha de celebración del contrato.

4.4.2.3. Se tiene como hecho base del reconocimiento que “obviamente esta innovación genera la reducción de la jornada de trabajo a 46 horas semanalmente en vez de las 48 horas normales permitidas”.

4.4.2.4. Se tiene como hecho base del reconocimiento que “como la parte de la fórmula de ajuste que pertenece a mano de obra, la canasta llamada “precios al consumidor”, no refleja ese tipo de cambio en la ley, el consorcio solicita compensación por dicho costo directo, lo que representa en general, una reducción en el tiempo productivo de 4.17%”.

4.4.2.5. Se tiene como hecho base del reconocimiento que “En el anexo A se calcula las horas recreativas basadas en la cantidad de trabajadores en el consorcio al final de cada mes. Después, para confirmar el total se hace, en los anexos B-1 y B-2 un chequeo trabajador por trabajador sobre las horas recreativas pagadas. El resultado del chequeo es ligeramente más horas (1%) pagadas. El consorcio aceptó el cálculo en el anexo A como base de la petición de reconocer las horas recreativas pagadas”.

4.4.3. Tema G

Respecto del tema G, a folios 1 a 6 del cuaderno de pruebas 16 del expediente impuesto de valor agregado, IVA, no recuperado, el tribunal nuevamente acudirá a los anexos del acta de amigable composición 1, puesto que encuentra en ella las bases que tuvieron en cuenta los amigables componedores para el reconocimiento allí ordenado.

4.4.3.1. Nuevamente se tiene, como hecho base del reconocimiento, que el “Consortio entregó su oferta el 24 de abril de 1984 a través de una licitación pública internacional, a la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, “Corelca”, establecimiento público, descentralizado, del orden nacional adscrito al Ministerio de Minas y Energía, creado por la Ley 59 de 1967”.

4.4.3.2. Se tiene como hecho base del reconocimiento que “En tal época el concepto de IVA existía aunque no todos los materiales fueran sujetos a este. Además no todos los usuarios debían pagar el IVA”.

4.4.3.3. Se tiene como hecho base del reconocimiento que “El acta de acuerdo 1, en la cual se consignaron incrementos en el valor del contrato por variaciones de diseño y cantidades y otras consideraciones y firmado por Corelca y Skanska - Conciviles en agosto de 1990, no tomó en cuenta el impacto del incremento en el IVA” y que “El acta de Acuerdo 2, firmado por Corelca y Skanska - Conciviles en julio de 1993, igualmente no tiene en cuenta el incremento en el IVA”.

4.4.3.4. Se tiene como hecho base del reconocimiento que “Como el IVA en forma parcial hace parte del cálculo del índice usado para calcular el ajuste en el costo de los materiales (Índice de costo de materiales de construcción para vivienda unifamiliar en Barranquilla —publicado por el DANE—) el consorcio ha recuperado parcialmente el incremento en el IVA. De todas maneras el monto recuperado a través de la fórmula de ajuste no compensa el monto total del incremento en el IVA pagado por el contratista”.

4.4.3.5. Se tiene como hecho base del reconocimiento que en “el anexo A se calcula entre el monto de IVA pagado y el monto recuperado a través de la fórmula de ajuste. El consorcio solicita el pago de la diferencia, basado en el contrato y el concepto legal de mantenimiento del equilibrio económico, ya que la fórmula de ajuste, no (sic)

equitativa para ese concepto”.

4.4.3.6. Por último, se establece una aclaración respecto del ítem denominado tema G (fls. 6 a 10 del cdno. de pbas 16 del exp.), que como los montos de IVA sobre las importaciones han sido facturados por el consorcio directamente a Urrá S.A. como facturas para reembolso, no pueden ser incluidos en esta acta.

Las partes aceptaron y dieron pleno cumplimiento a las anteriores determinaciones de la primera comisión de amigables componedores, con lo cual se pone de presente ante el tribunal que la convocada restableció el equilibrio contractual en lo relacionado con reconocer, al menos parcialmente, el hecho de haberse generado sobrecostos para el convocante por concepto de los cambios de legislación que determinaron el aumento de aportes parafiscales al ISS, ICBF, igual que las llamadas horas recreativas y el aumento y/o aplicación del IVA, los cuales no quedaron recogidos plenamente en la fórmula de reajuste pactada, por lo que, dicha comisión de amigables componedores encontró procedente reconocer una compensación en este sentido, aunque no se haya explicado en detalle la discriminación del reconocimiento económico concedido en esa oportunidad.

4.5. Tercera comisión de amigable composición (fls. 292 a 299 del cdno. de pbas. 1)

El tribunal encuentra probado que esta tercera comisión de amigables componedores de fecha 22 de abril de 1996 estableció, en el numeral 4º, literal A, del acta de composición 3, que se modifica la cláusula octava del contrato CLI-065A-93, en su numeral 2º, al decir:

B. “Revisión del mecanismo de ajuste de precios del contrato

“1. Se mantienen sin modificación los mecanismos de ajuste de pagos establecidos en la cláusula octava del contrato adicional CLI-065A-93 para el componente en moneda colombiana del contrato (num. 1º)”.

“2. A partir del acta de obra ejecutada, correspondiente al mes de mayo de 1996, incluida ella, la fórmula de ajuste de pagos para el componente en moneda extranjera del contrato, establecida en el numeral 2º de la cláusula octava del contrato adicional CLI-065A-93, quedará así:”.

(...).

4.6. Del convenio adicional 1 (fls. 310 al 318 del cdno. de pbas. 1).

Las partes incorporaron dentro del articulado y ordenación del contrato principal CLI-065-85, los acuerdos logrados por las comisiones de amigable composición, “en cuanto por ellas se hubieren modificado estipulaciones contractuales”, para lo cual suscribieron el convenio adicional 1 al contrato CLI-065-85 y su adicional CLI-065-93, el 5 de junio de 1996.

En el convenio adicional 1 solo se incorporó lo relacionado con la fórmula de reajuste para el componente en moneda local, por lo que en este caso, no resulta necesario transcribirlo.

5. Conclusiones del tribunal sobre la significación y alcance de las determinaciones de las partes, al dar cumplimiento a las decisiones de los amigables componedores

Para este tribunal está probado, conforme se analizó en los párrafos anteriores, que la primera comisión de amigables componedores, consideró que se había ocasionado unos mayores costos en la ejecución de la obra, no recogidos ni cubiertos totalmente por la fórmula de reajuste pactada, lo que determinó en consecuencia reconocer que, con base en los anexos correspondientes, aunque sin entrar en mayores análisis, era procedente un reconocimiento, que en efecto se efectuó por parte de la convocada y a favor de la convocante.

Las partes, al suscribir el acuerdo 1, expresamente aceptan lo resuelto por los amigables componedores, haciendo suya esta interpretación, con lo cual se pone de presente que esta era la intención de las partes y su cabal entendimiento del contrato.

Este reconocimiento incluyó, entre otros conceptos, los relacionados con el reconocimiento de mayores costos por aportes al ISS, al ICBF, pagos de horas recreativas a los trabajadores y aumentos en la tarifa del IVA, conceptos

que le fueron reconocidos en una determinada cuantía que abarcaba un período de tiempo prefijado, conceptos de mayores costos que son los que ahora reclama la convocante en la pretensión primera de la demanda, en tanto alega que estos sobrecostos se extendieron en el tiempo después del reconocimiento ordenado por la primera comisión de amigables componedores, limitándose la convocante a solicitar se reconozcan los mayores costos en que incurrió el contratista a partir del 1° de enero de 1996 y por causa de los incrementos tarifarios acaecidos en julio de 1993, los cuales se habían cubierto hasta el 30 de diciembre de 1995, como consta en los procedimientos de arreglo directo y en las actas de las amigables composiciones 1 y 2.

6. Análisis de la prueba pericial decretada de oficio por el tribunal

6.1. A continuación el tribunal transcribirá las partes pertinentes del peritazgo, para luego proceder a extraer las conclusiones pertinente

“Explicación detallada sobre el origen y la aplicación de los índices de construcción de vivienda y del costo de vida por parte del DANE

a) Índice de costo de la construcción de vivienda, ICCV.

(...).

En la medida en que cada uno de los ítem que se presentan en el cuadro anterior está gravado con el impuesto al valor agregado, IVA, el índice absorbe proporcional y parcialmente los incrementos en la tasa del IVA que se presentaron durante la ejecución del contrato CLI-065-85, a partir de la iniciación de las obras en julio de 1993 y hasta su terminación en 1999. Sin embargo, dado que en 1993 existían ítem no sujetos de IVA, como eran el 51, “Cemento”, el 116 Agregados minerales, el 221 Madera para construcción, el 311 “Ladrillo y prefabricado”, y el 0779, “Cubierta” que estaban exentos de IVA, estos subgrupos no contribuyen a absorber los incrementos en las tasas del IVA que se presentaron durante la ejecución del contrato.

Con respecto a prestaciones sociales y cargas parafiscales, es necesario tener en cuenta que aunque el índice de costos de la construcción de vivienda incluye un 21.13% de costos de mano de obra, este costo se refiere solo a salarios directos y no incluye prestaciones sociales, ni salarios en especie, ni cargas parafiscales, como claramente lo estipula el manual del DANE, por lo que el porcentaje de la mano de obra directa para la construcción de vivienda del ICCV no absorbe ningún incremento en prestaciones sociales o en cargas parafiscales. Los demás ítem, en cuanto requieran mano de obra para la fabricación del respectivo insumo, absorberán parcialmente los incrementos en prestaciones sociales y cargas parafiscales, en la proporción que la mano de obra represente de cada insumo y del total del ítem.

(...).

b) Índice de precios al consumidor, IPC.

(...).

Si todos los insumos de la canasta familiar fueran sujetos de IVA, podría decirse que el IPC cubriría los incrementos en el impuesto del IVA en la proporción de la ponderación que Corelca dio a este índice, o sea en un 50%. Sin embargo, como gran parte de los artículos de la canasta familiar son excluidos o exentos de IVA, el índice de precios al consumidor recoge por concepto de IVA solo un porcentaje equivalente a la suma de los porcentajes de ponderación de los ítem que en julio de 1993 eran sujetos de IVA, suma esta que a su vez debe afectarse por un porcentaje de ponderación de 0.50, al cual corresponde el factor A que se ajusta con el IPC en la cláusula de ajuste de precios del contrato CLI-065-85.

En igual forma, el IPC recoge indirectamente los salarios de los insumos elaborados con personal formalmente contratado y sometido al régimen laboral sujeto a prestaciones sociales, por el cual el patrono tiene que hacer pagos parafiscales a las entidades del Estado. En la medida en que la mano de obra formal incida sobre el IPC, como un porcentaje de este, recogerá o absorberá los incrementos en las obligaciones parafiscales a que el contratista se vio sometido con posterioridad a la iniciación de la obra, o sea julio de 1993. Es necesario tener en

cuenta que al hacer este análisis se requieren algunas definiciones basadas en la experiencia de los peritos para diferenciar los insumos de la canasta familiar que involucran mano de obra organizada, o formal, sujeta a prestaciones sociales y cargas parafiscales, como son la fabricación de muebles, ropa, zapatos, entre otros, de los insumos para los cuales la mano de obra organizada, si la hay, es un porcentaje inferior, como son los tubérculos, frutas y verduras, para mencionar solo algunos, o de los insumos que no tienen mano de obra, como los pagos por arrendamiento de inmuebles.

(...).

c) Índice de precios de combustible

El índice C de la fórmula de ajuste es un índice de combustibles, que no es suministrado por el DANE y que se basa en un precio oficial ponderado de distribución en las plantas de Barranquilla de un galón de gasolina corriente y un galón de ACPM. Este es un índice específico para un insumo dado (combustible), que recoge la totalidad de los costos para los combustibles hasta el sitio de abasto, incluyendo el IVA del combustible mismo y que por lo tanto ajusta automáticamente todos los incrementos de costos de los combustibles mismos, incluyendo los incrementos del IVA a estos, pero el índice C no tiene otro efecto sobre la fórmula, distinto al de reajustar los precios de los combustibles.

Presentadas estas consideraciones introductorias de tipo general, los peritos proceden a responder las preguntas específicas que les fueron formuladas por el honorable tribunal y por los apoderados de las partes de este arbitramento.

(...).

Pregunta E⁽²⁰⁾ (sic).

“E) Determinar la incidencia que en los costos de ejecución de una obra como la que fue objeto del contrato CLI-065-85, celebrado entre el consorcio Skanska - Conciviles S.A. y Corelca, tienen los ítem relacionados con el impuesto de valor agregado, IVA, contribuciones al ISS y al ICBF, y el reconocimiento y pago de horas recreativas para los trabajadores, indicando los elementos afectados y la cuantía en que lo son, y la carga financiera que representan en proporción al costo de la obra”.

A esta pregunta se responde así:

Lo relacionado con los incrementos a las contribuciones al ISS y al ICBF y el reconocimiento y pago de horas recreativas para los trabajadores incide sobre el porcentaje de recargo que el contratista debe hacer a los jornales realmente pagados a los trabajadores para cubrir sus prestaciones sociales y cargas parafiscales. Teóricamente y según la propuesta del contratista, el costo de los salarios locales para la construcción de la obra equivalía a un 11.55% del valor en pesos del contrato y sobre este valor el contratista ha debido hacer las provisiones necesarias, cuando preparó la propuesta y firmó el contrato, para cubrir las prestaciones sociales y cargas parafiscales, según la legislación vigente al inicio de la construcción.

Con respecto a lo solicitado en la parte final de la pregunta, o sea a la cuantía de los impuestos, cargas parafiscales y prestaciones sociales que se indicaron atrás, no es posible en este dictamen pericial establecer valores específicos, ya que el objeto del mismo es de carácter conceptual y no cuantitativo. Sin embargo, puede decirse conceptualmente que la cuantía de la incidencia de los incrementos en el IVA puede establecerse con base en lo realmente pagado por el contratista como IVA de consumo y de servicios, no de importación, a partir de enero de 1996 y hasta la terminación de la obra, menos la suma que el contratista debió prever sobre el estimativo del contrato por concepto de materiales (35.2% del costo en pesos) a la tasa vigente para el impuesto al valor agregado, IVA, en julio de 1993, cuando se inició la construcción de la obra, menos la parte del IVA que absorbe la cláusula de ajuste, como se mencionó en la introducción de este dictamen y como se explica en forma detallada en la parte final del mismo.

En igual forma, los aumentos en las cargas parafiscales corresponden al valor realmente pagado por el contratista por concepto de contribuciones al ISS y al ICBF, entre enero de 1996 y la terminación de la obra, menos el valor

que el contratista debió prever para la componente de mano de obra (11.55%) con base en el estimativo de construcción de la obra y las tasas vigentes de las cargas parafiscales en la fecha de iniciación de la misma (jul. 1993), menos la parte de las cargas parafiscales que absorbe la cláusula escalatoria, como se esbozó en la introducción y como se explica al final de este dictamen en forma detallada.

(...).

Pregunta G (sic).

“G. Determinar si en los cálculos de costo de la obra que sirvieron de base a la oferta presentada por el consorcio conformado por Skanska y Conciviles S.A., para la ejecución de la obra a que se refiere el contrato CLI-065-85, fueron tenidos en cuenta los eventuales aumentos en las tarifas y contribuciones relacionadas con el IVA, ICBF, ISS y pago de horas recreativas para los trabajadores, y en qué forma lo hicieron, precisar si es el caso, si dichos aumentos eventuales pueden considerarse incluidos dentro del renglón de AIU (administración, imprevistos y utilidades) de la oferta y el contrato”.

A esta pregunta se responde así:

El consorcio conformado por Skanska y Conciviles S.A. para la ejecución de la obra a que se refiere el contrato CLI-065-85 no tuvo en cuenta en su propuesta, o en los cálculos del costo de la obra que sirvieron de base para la oferta presentada por el consorcio los eventuales aumentos en las tarifas y contribuciones relacionadas con el IVA, ICBF, ISS y pago de horas recreativas para los trabajadores, como lo constataron los peritos en la propuesta presentada por el consorcio. Por el contrario y como se explicó en la respuesta a la pregunta anterior, en la carta de presentación de la oferta del consorcio Skanska y Conciviles S.A. este indicó que en los análisis de costo hechos por el consorcio como base para la propuesta habían utilizado las leyes y regulaciones vigentes el 24 de marzo de 1984, por lo que el consorcio esperaba que de presentarse cambios en la legislación, dichos cambios le fueran reconocidos por Corelca, o por la Empresa Multipropósito Urrá S.A. ESP que sustituyó a la primera.

El consorcio utilizó como margen de AIU (administración, imprevistos y utilidades) para el cálculo de su propuesta en pesos un 11.0% del valor de los costos directos en moneda local, y para la componente en coronas suecas utilizó un porcentaje de AIU de 45.7%. Sin embargo, al analizar la propuesta del contratista no se encontró en ninguna parte que su margen de AIU haya incluido provisiones para eventuales aumentos en el IVA, ICBF, ISS y pago de horas extras recreativas para los trabajadores.

(...).

Respuesta a la pregunta formulada por el apoderado del consorcio Skanska - Conciviles.

Determinar si los índices utilizados en la fórmula de reajuste del contrato para los pagos en pesos colombianos, han recogido en forma adecuada o no y en qué sentido las variaciones de costos a partir de 1983 (sic) para un proyecto de la naturaleza de Urrá I, por causa de los aumentos o variaciones en las tarifas y contribuciones relacionados con el IVA, ISS, ICBF y horas recreativas para los trabajadores, en los sujetos pasivos de las mismas y en los bienes o actividades afectados.

A estos efectos se servirán tener en cuenta la canasta que ha servido para la composición de los índices respectivos, la naturaleza de los sitios y circunstancias dónde y cómo se consultan o recogen los precios de los insumos que componen la canasta, la ponderación de los mismos y las exenciones o beneficios impositivos que los han cobijado.

A esta pregunta se responde así:

(...).

Como se explica en la parte final de este dictamen, los índices de la cláusula de reajuste no cubren en su totalidad los aumentos atrás mencionados y solo los cubren parcialmente en los porcentajes dados más adelante en este dictamen. A continuación de la respuesta a esta pregunta, se indica la forma parcial cómo la cláusula de ajuste ha

recogido los aumentos en las tarifas del impuesto al valor agregado, IVA, como también los incrementos en los pagos parafiscales que debió hacer el consorcio por concepto de ISS, ICBF, y los aumentos en las prestaciones sociales correspondientes a las horas recreativas para los trabajadores.

(...).

SECCIÓN III

Análisis cuantitativo detallado de la recuperación de los incrementos en el IVA y en las contribuciones parafiscales a través de la cláusula de ajuste de precios y otros mecanismos contractuales del contrato CLI-065-85.

(...).

1. Recuperación de los incrementos en las tasas del IVA

a) A través del factor A de la fórmula de ajuste.

El factor A de la cláusula de ajuste contractual corresponde al índice de precios al consumidor, IPC, nivel de ingresos bajos (obreros) en Barranquilla, según datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE.

Como se indicó en la introducción de este dictamen, el IPC en Barranquilla consta de 176 parámetros, con su respectiva ponderación, que contribuyen a absorber los incrementos que se han presentado en las tasas del IVA a partir de julio de 1993 en la medida en que los diferentes parámetros han estado sujetos al IVA. Evidentemente, los parámetros del IPC que, por estar excluidos o exentos, no han sido sujetos del IVA no contribuyen a absorber los incrementos que se han presentado en este gravamen.

Para este análisis se contó con la asesoría del contador público, señor Tulio D. Arévalo B., con tarjeta profesional 9204-T, quien analizó uno a uno los parámetros del IPC que nos fueron suministrados por el DANE, para definir cuáles eran sujetos del IVA, cuáles estaban excluidos de este gravamen y cuáles estaban exentos del mismo, de acuerdo con el estatuto tributario, artículos 424, 424-5, 426, 476, 477 y 478 vigente en el año de 1993 cuando se inició la construcción de las obras motivo del contrato CLI-065-85 y complementarios.

En el cuadro titulado “Clasificación de los productos según la incidencia del IVA de 1993”, que se presenta al final de este dictamen, se muestran marcados en negro los parámetros que estaban excluidos del impuesto del valor agregado, IVA, en julio de 1993, que totalizan un 82.7929%, en verde los parámetros exentos de este gravamen en la misma fecha, que totalizan 0.8687% y en rojo los parámetros sujetos del IVA, que para el IPC, nivel de ingresos bajos en Barranquilla suman 16.3384%. Este último es el porcentaje del IPC que en la fórmula de ajuste de precios contribuye a absorber los incrementos que se presentaron en el gravamen del IVA, a partir de julio 1993. Como el ítem A dentro de la fórmula de reajuste tiene una ponderación del 50%, el porcentaje del índice de precios al consumidor, IPC, en Barranquilla que contribuye a absorber los incrementos del IVA es un:

$$0.50 \times 16.338 = 8.17 \%$$

b) A través del factor B de la fórmula de ajuste.

El factor B de la fórmula de ajuste de precios que ha sido utilizado para los reajustes de precio del contrato para las obras de Urrá corresponde al “Índice de costos de la construcción de vivienda, ICCV”, que está constituido por los insumos correspondientes a los subgrupos y grupos para vivienda unifamiliar tipo medio, en Barranquilla, que se presentan en la página 12 de este dictamen. En julio de 1993 estaban excluidos del IVA los ítem 51 Cemento, 116 Agregados minerales, 0221 Madera para construcción, 311 Ladrillo y prefabricados, y el 779 Cubierta. Estos ítem representan un 41.35% del total del ítem B. Además la mano de obra (maestro, oficial y ayudante) representa un 21.13% del valor del índice, que tampoco está sujeta a IVA. En consecuencia, la parte restante del índice, o sea $100.00 - 62.48 = 37.52\%$ contribuye a absorber los aumentos o modificaciones que se presentaron en el gravamen del IVA a partir de julio de 1993. Conviene indicar que el cemento para construcción de vivienda, que estaba excluido del IVA antes de enero de 1993, quedó sujeto a este gravamen en enero, pero unos meses más tarde fue

excluido nuevamente, por lo que no era sujeto de IVA en julio de 1993, cuando se inició la construcción de la obra, si es utilizado para construcción de vivienda. Para otras aplicaciones, como las obras de Urrá, era y es gravado con el IVA.

Como el índice B representa un 0.25 de la fórmula, el índice B absorbe dentro de la fórmula de ajuste un $0.25 \times 37.52\% = 9.38\%$ de los incrementos que se presentaron en el gravamen del IVA a partir de julio de 1993.

c) A través del factor C de la fórmula de ajuste.

El índice C es un índice correspondiente a combustibles, que permite ajustar los incrementos de costo que se presentaron en estos durante la ejecución del contrato, incluyendo el IVA propio de los combustibles, pero no contribuye en nada a ajustar otros incrementos de IVA diferentes de los que tuvo el combustible en sí, que no eran facturados separadamente al contratista como IVA, sino que estaban incluidos en el precio de la gasolina corriente y del ACPM. En consecuencia, la contribución del índice C en la fórmula de ajuste es ninguna para absorber los incrementos que se presentaron en el IVA a partir de julio de 1993.

d) Recuperación global a través de la fórmula de ajuste de precios.

Con base en lo anterior, puede concluirse que la fórmula de ajuste de precios permite absorber de los incrementos en el impuesto al valor agregado, IVA, la suma de lo que absorben los ítem Ay B, así:

$$8.17\% (\text{factor A}) + 9.38\% (\text{factor B}) = 17.55\%$$

Para calcular el monto de la recuperación total a través de la fórmula de ajuste, este porcentaje de 17.55% se debe aplicar a los pagos hechos al contratista por ajustes de las actas de obra contractual, excluyendo obras extras, entre enero 1996 y fines de 1999.

c) Recuperación global de los incrementos en el IVA con los mecanismos contractuales

Los mecanismos contractuales permiten recuperar, por una parte, lo que el contratista ha debido prever como monto del IVA que tenía que absorber dentro del contrato, o sea un valor estimado con base en la tasa aplicable para el IVA en julio de 1993, y el valor estimado del contrato que corresponde a materiales sujetos a IVA (35.20%). Por otra parte y como se indicó en el literal d, anterior, la fórmula de ajuste de precios del contrato permite recuperar un 17.55% de las sumas recibidas por el contratista por concepto de reajuste de precios de las actas de obra para absorber los incrementos que tuvo el IVA sobre las tasas vigentes en 1993. La diferencia entre el IVA de consumo realmente pagado por el contratista entre enero de 1996 y 1999, cuando se terminó la obra, y lo recuperado con los mecanismos contractuales en el mismo período, como se indica en este numeral, es lo que el contratista no puede recuperar en forma directa a través del contrato.

2. Recuperación contractual de los incrementos en las cargas parafiscales y prestaciones sociales

El análisis que se presenta a continuación utiliza una metodología similar a la aplicada atrás en relación con los incrementos en el IVA y contempla igualmente la forma como el contratista recupera parcialmente los incrementos en las cargas parafiscales y prestaciones sociales, a partir de julio de 1993, mediante los mecanismos contractuales. En este análisis se tiene en cuenta, como en el anterior, que al igual que el IVA solo los rubros que correspondan a mano de obra institucional, sometida al régimen laboral de prestaciones sociales y cargas parafiscales, contribuye a absorber los incrementos que se han presentado en estas a partir de julio de 1993.

a) A través del factor A de la fórmula de ajuste.

En el cuadro titulado “Insumos con contribución significativa de mano de obra institucional del IPC en Barranquilla, que se presenta al final de este informe, se muestran marcados como (xx) los parámetros que en opinión de los peritos tienen una contribución significativa de mano de obra institucional y que en consecuencia están sometidos al régimen laboral y a las cargas parafiscales. Se muestran marcados con (x) otros parámetros que tienen una contribución de mano de obra menos significativa, o no necesariamente sometida al régimen laboral institucional. Los ítem que no aparecen marcados con (x) o con (xx), son ítem que no tienen mano de obra

institucional, o que la tienen con un ínfimo valor que asciende a un total de 15.94%. La suma de los parámetros marcados con (x) asciende a 39.2358% del total del índice y de los marcados con (xx) a un 44.8239%. Si se supone, razonablemente, que la mano de obra representa para los últimos un 20% del valor de cada ítem, y para los primeros un 10% puede decirse que el total de la mano de obra que cubre el IPC es de:

$$44.8239\% \times 0.20 + 39.2358\% \times 0.10 = 12.89\%$$

Por otra parte, como el índice A tiene una ponderación de 0.50 en la cláusula de ajuste de precios del contrato, la mano de obra correspondiente al IPC dentro de la fórmula tendría una ponderación de:

$$12.89\% \times 0.50 = 6.44\%$$

b) A través del factor B de la fórmula de ajuste.

Como se ha indicado en varios apartes de este dictamen, el factor B corresponde al índice de costo de la construcción de vivienda, ICCV, unifamiliar, tipo medio, en la ciudad de Barranquilla, cuya ponderación se muestra en la página 12 de este dictamen. De este índice un 21.13% corresponde a mano de obra, calculada por el DANE con base en los salarios directos para maestro de obra, oficial y ayudante, sin prestaciones sociales como claramente lo establece la metodología del DANE. Por lo tanto, el porcentaje de la mano de obra del índice de costo de construcción de vivienda, al no incluir prestaciones sociales ni cargas parafiscales, no contribuye para nada a absorber los incrementos que se presentaron a partir de julio 1993 en las cargas parafiscales y en las prestaciones sociales de los trabajadores del consorcio Skanska - Conciviles.

Por otra parte, si se supone que en el mejor de los casos la mano de obra represente un 15% del costo de todos los materiales para la construcción de vivienda, la incidencia de la mano de obra sobre el factor B sería de:

$$0.15 \times 78.87\% \text{ (costo de materiales)} = 11.83\%$$

Como la ponderación del factor B dentro de la cláusula es un 25%, la mano de obra correspondiente al índice de vivienda contribuiría a absorber:

$$11.83\% \times 0.25 = 2.96\% \text{ del índice B}$$

Por lo tanto, a través del factor B de la cláusula de ajuste se absorbe un 2.96% del valor de los reajustes de las actas de obra entre enero 1996 y 1999 para compensar al contratista por el mayor valor de las cargas parafiscales y prestaciones sociales.

c) A través del factor C de la fórmula de ajuste.

Como se ha indicado en varios apartes de este dictamen, el factor C es un factor para ajustar exclusivamente el costo de los combustibles, que no permite absorber los incrementos en las prestaciones sociales y en las cargas parafiscales del personal que el contratista empleó en la construcción de la obra.

d) Recuperación global a través de la fórmula de ajuste de precios.

La recuperación de los incrementos en las cargas parafiscales y prestaciones sociales del personal del consorcio Skanska - Conciviles a través de la fórmula de ajuste del contrato será la suma de lo indicado en los literales a y b, anteriores, o sea:

$$6.44\% \text{ (por factor A)} + 2.96\% \text{ (por factor B)} = 9.40\%$$

de las sumas que recibió el contratista por actas de ajustes de precios de la obra contractual, excluyendo obras extras, entre enero 1996 y 1999.

e) Recuperación global de los incrementos en cargas parafiscales y prestaciones sociales con los mecanismos contractuales.

Como en el caso del IVA, los mecanismos contractuales permiten recuperar, por una parte lo que el contratista

debió prever como valor de las cargas parafiscales que tenía que absorber dentro del contrato, o sea un valor estimado con base en la tasa aplicable de dichas cargas parafiscales en julio de 1993, aplicadas al costo de la mano de obra estimada para el contrato, o sea a un 11.55% del mismo. Por otra parte, la fórmula de ajuste de precios del contrato permite recuperar un 9.40% de los valores de los reajustes sobre actas de obra mensual entre enero 1996 y fines de 1999 para compensar al contratista por los aumentos que se presentaron en las cargas parafiscales a partir de julio de 1993. La diferencia entre los valores pagados por el contratista entre enero de 1996 y 1999 por los incrementos que sufrieron dichas tasas y lo recuperado con los mecanismos contractuales en el mismo período, es lo que el contratista no puede recuperar en forma directa a través del contrato.

6.2. El peritazgo producido por los señores peritos Óscar Mejía y Felipe Estrada es merecedor de credibilidad para el tribunal, quien le dará en consecuencia pleno valor probatorio, basado en la competencia técnica de quienes lo suscriben y de la validez que, desde el punto técnico, tiene este trabajo, que en opinión del tribunal se caracteriza por ser concienzudo, serio y extremadamente detallado, constituyéndose así en una base probatoria de importancia para este tribunal, quien por lo tanto, lo tendrá en cuenta como elemento ilustrativo para la decisión que habrá de tomar.

6.3. Tal como lo expresó el tribunal, existe ya un antecedente de interpretación de las comisiones de amigables componedores, integradas por miembros de las partes, que consideraron en su momento, que se había ocasionado mayores costos no recogidos totalmente por la fórmula pactada en la cláusula de reajuste; así, la primera comisión de amigables componedores, determinó en consecuencia, con base en los anexos correspondientes, aunque sin entrar en mayores análisis, que era procedente un reconocimiento, que en efecto se efectuó por parte de la convocada y a favor de la convocante, reconocimiento que incluía, entre otros conceptos, los relacionados con el reconocimiento de mayores costos por aportes al ISS, al ICBF, pagos de horas recreativas a los trabajadores y aumentos en la tarifa del IVA, conceptos que le fueron reconocidos en una determinada cuantía que abarcaba un período de tiempo prefijado, conceptos de mayores costos que son los que ahora reclama la convocante en la pretensión primera de la demanda, en tanto alega que estos sobrecostos se extendieron en el tiempo después del reconocimiento ordenado por la primera comisión de amigables componedores.

6.4. Así mismo, tiene claro este tribunal que la advertencia, anteriormente transcrita, que el proponente y futuro contratista incluyó en su carta de presentación de oferta, refleja claramente que su propuesta se basó en los precios, leyes y regulaciones vigentes en marzo 24 de 1984, que en concepto de este tribunal constituía la información a la que razonablemente podía tener acceso el proponente, al tenor del pliego de condiciones. Esta advertencia, no contradecía las disposiciones contenidas en el pliego de condiciones o en el contrato suscrito por las partes, por lo que no fue rechazada por la parte contratante. En este orden de ideas, la manifestación contenida en la carta de presentación de la propuesta, tiene el efecto de integrarse al contrato, entendido este en sentido amplio, conformado por el texto contractual en sí mismo y por los demás documentos citados en la cláusula tercera como parte integrante de este.

6.5. El hecho de que la oferta del contratista se haya basado, de manera expresa en los precios, leyes y regulaciones vigentes en marzo de 1984, implica, dentro de la sistemática contractual, que el contratista actuó de manera que excluyó el riesgo de modificación de las normas y regulaciones futuras. Este riesgo no fue asumido por el contratista y así lo aceptó tácitamente el contratante, pues no existe evidencia de alguna manifestación de este en sentido contrario.

6.6. En consecuencia, el tribunal encuentra que los efectos de los cambios en la legislación, tanto por el aumento del IVA o su aplicación a bienes anteriormente exentos, como por los incrementos en las cargas parafiscales de ISS e ICBF y la carga de las horas recreativas pagadas a los trabajadores, han producido mayor onerosidad para el contratista, y, en la parte en que dichos incrementos no han sido absorbidos por la fórmula de reajuste en pesos pactada en el contrato CLI-065-85 y sus adicionales, deberán ser reconocidos por la convocada, Empresa Multipropósito Urrá S.A. ESP a favor de la convocante Skanska - Conciviles, reconocimiento que procederá desde el 1° de enero de 1996, hasta que se terminen las obras, y así lo declarará en la parte resolutive de esta providencia.

3.2. Segunda pretensión

3.2.1. En la demanda se formula la segunda petición en los siguientes términos:

“Que se declare si las actas de amigable composición suscritas los días 16, 22 de febrero y el 22 de abril de 1996 y/o el contrato adicional CLI-065B-98 y/o el convenio adicional 1 al contrato CLI-065-85 y su adicional, con su respectivo anexo 1, implicaron o no una modificación al contrato en relación con el señalamiento de los ítem de obra sujetos a posible revisión de precios debido a la variación de las cantidades de obra, en aplicación de lo estipulado en la cláusula sexta del contrato CLI-065-85, y si, por lo tanto, de conformidad con el contrato, cabe la revisión de precios de aquellos ítem incluidos en la cláusula sexta del contrato CLI-065-85, literal f) y no recogidos por anexo 1 del convenio adicional 1 al contrato CLI-065-85 y al contrato adicional CLI-065A-93”.

3.2.2. Consideraciones del tribunal

Desarrollo del contrato

Dos etapas deben identificarse en el desarrollo del contrato CLI-065-85, suscrito por Corelca y el consorcio Skanska Aktiebolag y Construcciones Civiles, Conciviles S.A., y posteriormente cedido por la primera a Urrá S.A.:

1. La etapa comprendida entre la fecha de su celebración octubre 11 de 1985, y el 23 de julio de 1993, fecha en la que se dio comienzo a las obras por orden de Urrá S.A., después de 8 años de retraso.

La considerable demora en la ejecución de este contrato y el aplazamiento indefinido o la cancelación del Proyecto Urrá II, llevó a las partes en 1993 a una sustancial reestructuración del Proyecto Urrá 1, que implicó nuevos diseños de la obra, su reprogramación, un considerable incremento de la obra a ejecutar dentro de los plazos previstos en el contrato original, que se mantienen, y a convenir una nueva lista de cantidades y precios para reestructurar económicamente el contrato, lo que hacen constar las partes en el acta de Acuerdo 2, anexo 1, y en el contrato adicional CLI-065A-93, anexo A, suscritos el 22 de julio de 1993.

Al reestructurarse económicamente el contrato, se reconocieron al consorcio contratista las compensaciones que reclamaba por el aplazamiento de la obra, y en el contrato adicional este declaró a Urrá S.A., a paz y salvo, hasta esa fecha, por este concepto.

2. La etapa comprendida entre el 23 de julio de 1993 y la terminación de la obra en 1999.

Iniciada la ejecución de la obra el 23 de julio de 1993, operando la reprogramación y aceleración de los trabajos convenida, las partes, a finales del año de 1995, procedieron a resolver las reclamaciones y peticiones que el consorcio contratista venía presentando con motivo de la ejecución de la obra, y al efecto suscribieron el 29 de diciembre de 1995, el acta de acuerdo de arreglo directo, en la cual convienen someter a la decisión de amigables componedores las diversas peticiones formuladas por el consorcio contratista, que reseñan en el anexo 1 de dicha acta, y otras diferencias relacionadas con las condiciones y requerimientos del proyecto, que determinan en el acta.

En la misma acta de acuerdo de arreglo directo, las partes convinieron una compensación económica preliminar a favor del contratista en los siguientes términos:

“Primero: Una vez estudiada y evaluada la solicitud de reconsideración del contratista presentada el 13 de diciembre de 1995, relativa a las solicitudes y reclamos formulados a partir del inicio de la obra, aunado al análisis técnico de las evidencias allegadas por el contratista, Urrá S.A. reconoce la suma de US\$ 6.5 millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica por los diversos conceptos que ha venido reclamando el contratista y que se discriminan en el anexo 1 de este documento, sin perjuicio de que la comisión de amigables componedores de que trata este documento pueda reconocer un valor mayor”.

(...).

Los amigables componedores, en tres documentos distintos rindieron su dictamen, y las partes contratantes acordaron en el convenio adicional 1, junio 5 de 1996, incorporar las decisiones de los amigables componedores al contrato CLI-065-85, en “cuanto estas pudieran significar una modificación de sus cláusulas”. (negrilla fuera de texto).

3.2.3. Primera etapa 1985 - 1993

3.2.3.1. El contrato CLI-065-85

Dice la cláusula 6ª del contrato:

“Cantidades de obra: a) Las cantidades de obra indicadas en la lista de cantidades y precios, establecidas en la propuesta del contratista, son estimativos aproximados del trabajo previsto, usados para comparar las propuestas. No se podrá formular reclamo alguno directo o indirecto a Corelca si las cantidades reales requeridas para la obra objeto del contrato difieren de las indicadas, por exceso o por defecto; b) Si durante el desarrollo del contrato fuere necesario modificar las cantidades de obra o suprimir cualesquier partes de la misma, el contratista se atenderá a esas decisiones y no podrá formular reclamo alguno a Corelca por estos hechos. En el caso de trabajos extras y adicionales, regirán las estipulaciones de la cláusula séptima (7ª) del contrato; c) Para los fines de pago regirán las cantidades de obra realmente ejecutadas y ceñidas a las especificaciones, planos y autorizaciones de la interventoría.

Serán susceptibles de corrección en cualquier época durante la ejecución del contrato, tanto la medición de las diferentes cantidades de obra ejecutada como la imputación al correspondiente ítem y el pago pertinente. Tales correcciones se tendrán en cuenta en la elaboración de cualquier acta posterior de liquidación de obra. Los ajustes de que trata la cláusula novena (9ª), se realizarán según lo establecido en el artículo 86 del Decreto 222 de 1983; d) Las medidas para el cálculo de cantidades de obra ejecutada deberán ser tomadas conjuntamente por el contratista y la interventoría. En caso de que el contratista no acuda oportunamente al acto de medición, las cantidades por pagar serán las computadas por la interventoría; e) Si se trata de trabajos extras o adicionales según se define en la cláusula séptima (7ª), o de cambios en los ítem de los capítulos originales, estos cambios serán ordenados al contratista por escrito mediante actas, en las cuales deberán figurar muy claramente las cantidades de obra a ejecutar, el precio acordado aprobado por Corelca y el plazo fijado; f) No obstante lo anterior, Corelca podrá aceptar cambios en los precios unitarios para variaciones en las cantidades de obra de las series 6 (Excavación de corte abierto), 8 (Rellenos de presa), 17 (Concretos) y 18 (Cementos y puzolanas) de la siguiente manera: Cuando la cantidad aumente o disminuya según lo indicado a continuación las partes acordarán el aumento o disminución del respectivo precio unitario. Por variaciones de más o menos veinte por ciento (20%) de las cantidades que aparecen en la lista de precios y cantidades de la propuesta del contratista para los ítem de las series 17 y 18, así: 17.13, 17.16, (a, b, c, d y e), 17.17 (a y b), 17.18 (a y b), 17.19 (todos los subítem), 17.20 (todos los subítem), 17.21 (a y b), 18.1 y 18.2.

Por variaciones del treinta por ciento (30%) de más o menos de los ítem de las series 6 y 8 así: 6.1, 6.2, 6.3, 6.8, 6.9, 6.10, 6.11, 6.12, 6.13, y 8.5 (todos los subítem).

Corelca no aceptará reclamo alguno por variaciones en las cantidades de obra de los demás ítem del formulario de precios, ni efectuará reajustes de precios, distintos a los contemplados en este contrato, por razón de variaciones de cantidades de obra, en exceso o en defecto y en cualquier porcentaje” (negrillas fuera de texto).

3.2.3.2. Acta de Acuerdo 2

El 22 de julio de 1993, las partes suscribieron el acta de Acuerdo 2 con fuerza de reforma contractual, en la que acordaron modificar algunos puntos relacionados con el contrato CLI-065-85.

En las consideraciones previas, dice esta acta:

“4. Que a pesar de que el contrato CLI-065-85, fue suscrito por las partes desde el 11 de octubre de 1985 y perfeccionado el 4 de septiembre de 1990, aún no se ha dado la orden de iniciación de los trabajos, por dificultades relacionadas con la consecución de los créditos y el aplazamiento del proyecto dentro del plan de expansión de generación del sector eléctrico colombiano. Esto se explica claramente en los documentos DNP-2598 UINF-Minminas de junio 15 de 1992 y DNP-2631-UINF-DELEC-Minminas-Minhacienda de diciembre 10 de 1992, aprobados por el Conpes”.

“11. Que se hizo necesario el desplazamiento del plazo total y de los plazos parciales, inicialmente estipulados en

los pliegos de la licitación y en el contrato, por cuanto la orden de iniciación de los trabajos se dará ocho años después de lo previsto, por las razones expresadas en el considerando número cuatro”.

“12. Que así mismo se ha hecho necesario reducir algunos plazos parciales y el plazo estipulado para la terminación de la obra”.

“13. Que la reducción de los plazos anotados podría implicar para el contratista la utilización de una mayor cantidad de recursos, equipos y materiales de los previstos originalmente y sobrecostos, los cuales se le reconocerían previa comprobación”.

“14. Que para mantener el equilibrio económico del contrato debido al desplazamiento de la obra de 1985 a 1993, las partes encontraron necesario actualizar los precios del contrato, mediante el mecanismo de ajuste de precios establecido en el acta de acuerdo 1”.

“15. Que adicionalmente y dado el aplazamiento indefinido del Proyecto Central Hidroeléctrica Urrá II, se produjeron cambios en los diseños de algunas de las obras inicialmente licitadas y contratadas, para Urrá I”.

(...).

“17. Que con el fin de mantener el equilibrio económico del contrato, adicionalmente se hace necesario modificar el valor unitario de algunos ítem contractuales, a raíz de que con el aplazamiento y las nuevas características de la obra, se modifica considerablemente la estructura de costos de dichos ítem” (negrillas fuera de texto).

(...).

“21. Que de acuerdo con lo señalado en la cláusula tercera del contrato, la presente acta así como el acta de acuerdo 1 forman parte integrante del contrato CLI-065-85”.

(...).

En la parte dispositiva se lee:

“Cuarto: Modificar los literales a) y f) de la cláusula sexta del contrato CLI-065-85, los cuales quedarán así:

“a) Las cantidades de obra indicadas en la lista de cantidades y precios del anexo A del acta de Acuerdo 2 son estimativos aproximados del trabajo previsto. No se podrá formular reclamo alguno directo o indirecto a Corelca si las cantidades reales requeridas para la obra objeto del contrato difieren de las indicadas, por exceso o por defecto.

Se exceptúan de lo anterior las cantidades señaladas en el ítem 32 (todos los subítem) de dicha lista, las cuales son cantidades fijas, que el contratista deberá suministrar e instalar por una suma global de acuerdo con su diseño presentado, y operar durante el período de construcción. El costo de las reparaciones que durante el período de desarrollo de las obras sea necesario efectuar al sistema y que no sean resultado de defectos de fabricación o instalación, será reembolsado al contratista previa comprobación.

“f) No obstante lo anterior, Corelca podrá aceptar cambios en los precios unitarios para variaciones en las cantidades de obra de las series 6 (Excavación en corte abierto), 8 (Rellenos de presa), 17 (Concretos), 18 (Cementos y puzolanas) y 30(Concreto compactado RCC). Cuando la cantidad aumente o disminuya según lo indicado a continuación las partes acordarán el aumento o disminución del respectivo precio unitario:

— “Por variaciones de más o menos veinte por ciento (20%) de las cantidades que aparecen en la lista de cantidades y precios del anexo A del acta de Acuerdo 2, para los ítem de las series 17, 18 y 30 así: 17.13, 17.16 (a, b, c, d y e), 17.17 (a y b), 17.18 (a y b), 17.19 (todos los subítem), 17.20 (todos los subítem), 17.21 (a y b), 18.1, 18.2 y **30.1**”.

— “Por variaciones del treinta por ciento (30%) de más o de menos en los ítem de las series 6 y 8 así: 6.1, 6.2, 6.3, 6.8, 6.9, 6.10, 6.11, 6.12, 6.13, 6.20 y 8.5 (todos los subítem)”.

Corelca no aceptará reclamo alguno por variaciones en las cantidades de obra de los demás ítem del formulario de precios, ni efectuará reajustes de precios, distintos a los contemplados en este contrato, por razón de variaciones de cantidades de obra, en exceso o en defecto y en cualquier porcentaje”. (negritas para indicar las reformas hechas a la cláusula 6ª del contrato CLI-065-85).

3.2.3.3. Contrato adicional

En la misma fecha del acta de Acuerdo 2, julio 22 de 1993, y para darle forma contractual a lo acordado en esta acta, las partes suscribieron el contrato adicional CLI-065A-93, en el cual modificaron las cláusulas del contrato a que se refiere el acta de Acuerdo 2, con idénticos textos a los convenidos en esta, contrato adicional al que incorporaron como su anexo A, una nueva lista de cantidades y precios, sustitutiva de la convenida en el contrato de 1985, como anexo 1.

3.2.3.4. Alcance de esta reforma

3.2.3.4.1. Cláusula sexta y lista de cantidades y precios:

Observa el tribunal, que la modificación hecha a la cláusula sexta del contrato CLI-065-85, en el acta de Acuerdo 2, y en el contrato adicional CLI-065A-93, se orienta y concreta en dos sentidos diferentes, aunque complementarios:

- a) 1. Indicar en un párrafo adicional al literal a) de dicha cláusula, que de las cantidades establecidas en la lista como “estimativos aproximados del trabajo previsto”, se exceptúa el ítem 32 (todos los subítem) las cuales son “cantidades fijas”, y,
2. Agregar al literal f), como ítem susceptibles de revisión de los precios unitarios por aumento o disminución de las cantidades de obra, el ítem 30 (30.1), a los casos de variación del 20%, y el ítem 6.20, a los de variación del 30%; y
- b) Convenir una nueva lista de cantidades y precios, anexo A de dicho acuerdo, que significa la reforma y sustitución de la lista de cantidades y precios que forma parte del contrato, CLI-065-85, como su anexo 1, cláusulas 3 y 5.

Lo primero, tiene el alcance de una reforma de la cláusula sexta, literales a) y f). Lo segundo, no es propiamente, una reforma de la cláusula sexta, sino una reforma de la lista de cantidades y precios, anexa al contrato, a la que la cláusula sexta se remite.

3.2.3.4.2. El contrato CLI-065-85, en su cláusula segunda, define así la “Lista de cantidades y precios:

“Es la lista en la cual se estipularon los componentes de la obra con sus correspondientes cantidades aproximadas y medidas, con el objeto de presentar la propuesta y, para el pago de la obra, a los precios unitarios y sumas globales estipulados en dicha lista por el contratista”.

Esta lista constituye el anexo 1, del contrato CLI-065-85 (cláusula quinta) y como documento del contrato, hace parte de este (cláusula tercera).

3.2.3.4.3 Además de la reforma de la cláusula sexta, literales a) y f) del contrato CLI-065-85, según el texto convenido en el acta de Acuerdo 2, se estipuló en el contrato adicional CLI-065A-93:

“Cláusula cuarta: Modificar la cláusula quinta del contrato CLI-065-85, en el sentido de que los precios unitarios y globales a que hace referencia son los de la lista de cantidades y precios del anexo A del acta de Acuerdo 2”.

Igualmente se reformaron varios numerales de la cláusula segunda del contrato original, relativos a definiciones, entre estos el 23, que quedó así:

“23. Lista de cantidades y precios: Es la lista en la cual se estipulan los componentes de la obra con sus correspondientes cantidades aproximadas y unidades de medida, y los precios unitarios y sumas globales para el

pago de la obra, incluidas como anexo A del acta de Acuerdo 2, que reemplaza al anexo 1 del contrato original”.

3.2.3.4.4. La reforma se limitó, por lo tanto, en lo sustantivo, a acordar una nueva lista de cantidades y precios, y en cuanto a la cláusula sexta, literales a) y f), al ratificar que “las cantidades son estimativos aproximados del trabajo previsto”, sin que el aumento o disminución de la cantidad estimada dé lugar a cambio de los precios, a señalar que el ítem 32 es una cantidad fija, y a incluir dentro de las excepciones convenidas en el literal f) de la cláusula sexta, que indica los ítem que sí son susceptibles de cambios en los precios unitarios por variaciones en las cantidades de obra, los ítem 30 y 6.20 de la mencionada nueva lista, anexo A, del acta de Acuerdo 2.

3.2.3.4.5 La razón de esta reforma se encuentra en los considerandos del acta de Acuerdo 2. El numeral 15 se refiere a “los cambios en los diseños de algunas de las obras inicialmente licitadas para Urrá I, como consecuencia del aplazamiento indefinido de Urrá II”, y el 17 expresa “que con el fin de mantener el equilibrio económico del contrato, adicionalmente se hace necesario modificar el valor unitario de algunos ítem contractuales”, cuya “estructura de costos” se “modifica considerablemente” con el “aplazamiento y las nuevas características de la obra” (negrillas fuera de texto).

3.2.3.5. Operancia de la noción de equilibrio económico del contrato

3.2.3.5.1 Debe anotar el tribunal, que dentro de la economía del contrato de obra, estipulaciones como la del literal f), de la cláusula sexta, se encaminan a identificar sobrecostos que seguramente se causan, cuando la cantidad de obra ejecutada aumenta en relación con la originalmente estimada y supera ciertos topes, en proporción que hace necesario reconocer estos sobrecostos al contratista, para preservar la equivalencia de las prestaciones de una y otra parte, considerada al momento de contratar. Igualmente, y en sentido contrario, estas cláusulas consideran los menores costos del contratista, para corregir los precios, cuando la obra estimada, que sirvió para calcularlos, disminuye considerablemente.

Es claro que en el proceso de licitación de un contrato de obra, como sucedió en este caso, la determinación de los precios, que ofrece el contratista y acepta la entidad contratante, se hace estimando una cantidad probable de obra a ejecutar, que se señala en el pliego de condiciones o se establece por el oferente. Esta cantidad probable sirve de referencia para calcular los costos y para comparar las ofertas. No obstante, las cantidades estimadas generalmente varían. Si el aumento es menor, es riesgo que calcula y asume el contratista. Pero si los aumentos alcanzan proporciones importantes en ítem de ciertas características, se altera la estructura de costos y se hace necesario fijar nuevos precios que remuneren equitativamente al contratista. Igualmente, si la obra estimada disminuye en cierta proporción que señala el contrato, lo mismo que la del aumento, los costos de ejecución disminuyen, y los precios deben ser menores.

3.2.3.5.2. Como lo anota en su declaración el ingeniero Diego Benavides Jurado (fl. 317 del cdno. ppal. 1 del exp.), quien desempeñó en la interventoría de la ejecución de esta obra el control y manejo del contrato, y a quien su especial formación profesional y larga experiencia y trayectoria en el tema, lo habilitan para rendir testimonio técnico a este tribunal, la mayor o menor cantidad de obra aumenta o disminuye los costos unitarios. Tiene, pues, la cantidad de obra, influencia directa sobre los costos y precios de una obra y, a su vez, juega en los precios que los oferentes pidan en la licitación del respectivo contrato.

Dice el ingeniero Benavides, preguntado por el presidente del tribunal:

Pregunta:

“Le rogaría me dijera por qué es que se modifican los precios, cuál es la razón técnica de modificación de los precios en relación con la cantidad?”

“Señor Benavides: Hay varios aspectos, un precio unitario cuando hay mayor cantidad de obra ejecutada puede requerir incremento de equipo, de recursos, mano de obra, que eso no alcanza a ser amortizado por el precio, por la mayor cantidad, porque hay que hacerlo en un mismo tiempo, un juego de cosas, en el otro caso puede ser menor porque el contratista con un mismo equipo y en la misma administración hace más obra, puede tener una ganancia o utilidad mayor hay varios aspectos, por eso se modifica por las razones mismas del trabajo”.

Pregunta:

“¿Se alteran los costos?”

“Señor Benavides: “Esa es la razón de fondo, sí hay una alteración de costos que puede ser positiva o negativa, técnicamente eso pasa”.

Criterio similar han tenido las partes en la ejecución de su contrato, y así lo expresaron en los considerandos del acta de Acuerdo 2 del 22 de julio de 1993:

“17. Que con el fin de mantener el equilibrio económico del contrato, adicionalmente se hace necesario modificar el valor unitario de algunos ítem contractuales, a raíz de que con el aplazamiento y las “nuevas características de la obra, se modifica considerablemente la estructura de costos de dichos ítem” (negrillas fuera de texto).

3.2.3.5.3. Si el contrato incluye una cláusula de revisión de precios cuando la cantidad estimada aumente y sobrepase ciertos topes, esto permite a los licitantes ofrecer precios ajustados a la cantidad básica de obra estimada, que resultan más bajos de los que tendría que pedir el contratista, en ausencia de esta cláusula contractual, para cubrir los eventuales riesgos de incremento de costos por mayor cantidad de obra.

Así lo advirtió el consorcio contratista al presentar su oferta, que los precios los había establecido en la forma más favorable posible para Corelca, teniendo en cuenta las previsiones e interpretaciones del contrato, para ajustarlos cuando cambien las condiciones previstas por las partes para convenirlos, y la aplicación del principio legal que obliga a mantener el equilibrio financiero del contrato.

Dijo el consorcio en la presentación de su oferta:

“El consorcio ha tomado en consideración todas las ventajas que le ofrecen los pliegos de condiciones para configurar la oferta más favorable posible a los intereses de Corelca. Como contrapartida necesaria entiende que el contrato, en su interpretación y desarrollo, se inspirará en el principio *rebus sic stantibus* y que Corelca, dada la condición de entidad pública, ejecutará todas las acciones para asegurar el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, el respeto al principio de la intangibilidad de la remuneración y la aplicación de las normas y principios jurídicos aceptados en Colombia para salvaguardar la equidad en las relaciones contractuales” (fl. 5 del cdno. ppal. 1 y fl. 3A del libro de pruebas II, del exp.).

La explicación anterior, hecha por el consorcio en la carta de presentación de su oferta, sobre la intención que animó el cálculo de los precios solicitados, formó parte de ella, y la aceptó Corelca al aceptar la oferta.

3.2.3.6. La intención de las partes en el evento de aumento de costos

3.2.3.6.1. Es claro, en consecuencia, que estuvo en la intención de las partes, tanto en el contrato original firmado en 1985, como en la reforma de que fue objeto en el acta de Acuerdo 2, de julio 22 de 1993, y en el contrato adicional CLI-065A-93, que la formalizó, remunerar adicionalmente al contratista por los sobrecostos en que llegare a incurrir en caso de que las cantidades de obra estimada en ciertos ítem de la lista de cantidades y precios, expresamente indicados en el literal f) de la cláusula 6ª del contrato, llegaren a aumentar y exceder los porcentajes del 20% para unos y del 30% para otros; esto como medida para mantener el equilibrio de las mutuas prestaciones en el contrato.

3.2.3.6.2. En otros términos, ha sido regla del contrato original CLI-065-85, expresamente estipulada, y ratificada por las partes en el contrato CLI-065A-93, que los precios convenidos en algunos ítem, en consideración a ciertas cantidades de obra que determinaron la estimación de costos, deberían revisarse si estos costos aumentaban o disminuían por mayor o menor cantidad de obra y este aumento o disminución excedía el 20% en algunos ítem y el 30% en otros.

3.2.4. Segunda etapa 1993 - 1999

3.2.4.1. Acta de acuerdo de arreglo directo

3.2.4.1.1. Competencia de los amigables componedores

El 29 de diciembre de 1995, las partes suscribieron el documento denominado acta de acuerdo de arreglo directo, en el que las partes convinieron someter sus diferencias al dictamen de amigables componedores. Menciona esta acta que el consorcio contratista había presentado para esa época, diferentes reclamos o solicitudes sobre reconocimientos o compensaciones económicas a que creía tener derecho, que se relacionaron e incorporaron al acta como su anexo 1. Estos reclamos que el consorcio contratista valoró en un total de US 21.030.687, se referían a muy diferentes conceptos relacionados con la ejecución de la obra, entre estos impuestos, aranceles, aceleración, aportes al ISS - ICBF, pago a obreros y empleados de tiempo por actividades recreativas, culturales y deportivas, IVA, sobreexcavaciones en los túneles de desvío, costos adicionales en la ejecución de las obras para el desvío en 1995, importaciones y retraso en estas obras extras, volumen aumentado en la excavación de cielo abierto, intereses justificados (importaciones), mora en los pagos, entre otros.

Estas reclamaciones, que el consorcio contratista había venido presentando desde el comienzo de la obra, julio de 1993, son las que las partes decidieron someter al estudio y decisión de amigables componedores, que conocieron de ellas en tres grupos distintos. Al efecto, el 8 de enero de 1996 las partes suscribieron tres documentos, para designar en cada uno de ellos amigables componedores y asignarles las materias de que debían conocer.

El segundo documento es el que se refiere a la reprogramación de la obra para mantener inmodificado el plazo final de terminación, septiembre 1º de 1999, compensaciones a favor del contratista por este concepto, y aplicación de la cláusula 6ª - f) del contrato, por aumento o disminución de obra ejecutada que daba lugar a cambio de precios.

3.2.4.1.2. Dice el acta de acuerdo de arreglo directo (dic. 29/95), en sus considerandos:

(...).

“3. Urrá S.A. después de varias reuniones efectuadas con su equipo asesor, y los representantes del contratista, procedió a tratar en su junta directiva las diversas peticiones que ha formulado el contratista, precisando en su seno las posiciones de las partes y las condiciones y actuales requerimientos del proyecto, al final de lo cual concluyó la junta que, dentro del propósito que le asiste a la administración de remover dentro de la ley y el derecho los obstáculos que podrían afectar la oportuna ejecución del objeto contractual, respalda la idea de buscar fórmulas que permitan una transacción y pongan fin definitivamente a las diferencias presentes de las partes evitando de esta manera, además, un eventual litigio”.

“En razón de lo anterior la junta directiva de Urrá S.A. decidió conformar una comisión integrada por tres miembros, así: Uno designado por Urrá S.A., otro por el contratista y el tercero será un ingeniero de reconocida trayectoria, escogido de común acuerdo por las partes del seno de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, **quienes actuarán como amigables componedores**. Dicha comisión dirimirá aquellos puntos donde exista desacuerdo entre las partes, según lo que habrá de expresarse en las cláusulas de este documento”. (negrilla fuera de texto).

(...).

Tercero: Las partes deciden de común acuerdo someter, a su vez, a revisión los puntos acordados, de que trata la cláusula primera, de conformidad con el anexo 1 y la comunicación del 13 de diciembre de 1995, por parte de una comisión de amigable composición, compuesta por tres miembros, a cuyo efecto cada una de ellas designarán (sic) un representante, los cuales dentro de un plazo de cinco días, designarán a su vez un ingeniero de reconocida trayectoria, escogido del seno de la Sociedad Colombiana de Ingenieros. Los amigables componedores deberán definir el asunto sometido a su criterio antes de finalizar el mes de enero de 1996. Las decisiones de los amigables componedores tendrán fuerza vinculante para las partes.

PAR.—La comisión de amigable composición revisará cada uno de los puntos acordados con miras a efectuar el reconocimiento a que hubiere lugar, sin que dentro de sus facultades se pueda disminuir en ningún caso la suma de que trata la cláusula primera de este documento y los reembolsos a que tiene derecho el contratista, mencionados en la cláusula segunda”.

3.2.4.1.3. En relación con los acuerdos a que llegaron las partes, dice el acta en lo concerniente a reprogramación, aumento de cantidades de obra y compensaciones al consorcio contratista:

“Cuarto: Con el objeto de establecer y definir los reconocimientos o compensaciones a que hubiere lugar en favor del contratista a efectos de que se mantenga inmodificado el plazo final de terminación de las obras, a pesar del incremento de las cantidades de obra por ejecutar y lo expresado por el contratista en comunicación 0923-0181 LEA/Ley 19 de octubre de 1995, las partes de común acuerdo se someten a una comisión de amigable composición, compuesta por tres miembros; a cuyos efectos cada una de ellas designarán un representante, los cuales a su vez escogerán de mutuo acuerdo, dentro de un plazo de cinco días, un ingeniero de reconocida trayectoria escogido del seno de la Sociedad Colombiana de Ingenieros. La comisión de amigable composición tendrá plazo hasta el 22 de febrero de 1996 para rendir un **informe que incluya la revisión de lo estipulado en la cláusula sexta del contrato**. Las conclusiones y recomendaciones de los amigables componedores tendrán carácter obligatorio para las partes”.

“PAR.—La comisión, dentro del mismo plazo, estudiará y resolverá sobre la procedencia de la solicitud que ha hecho el contratista para que se modifiquen los mecanismos y épocas de amortización del anticipo y la retención establecida como garantía adicional de cumplimiento en el numeral cuarto de la cláusula octava del contrato” (negrilla fuera de texto).

3.2.4.2. Documentos constitutivos de la amigable composición

3.2.4.2.1. Posteriormente, el 8 de enero de 1996, en desarrollo del acta de acuerdo de arreglo directo, las partes suscribieron el llamado “Segundo documento de sometimiento a la amigable composición”, que determina así la competencia de este segundo grupo:

“II. Cuestiones objeto de esta amigable composición:

“De conformidad con el artículo cuarto del “Acta de acuerdo de arreglo directo”, suscrita por las partes el 29 de diciembre de 1996, se somete a esta amigable composición el establecimiento y definición de los eventuales reconocimientos y compensaciones a que haya lugar a favor del contratista a efectos de que se mantenga inmodificado el plazo final de terminación de las obras, a pesar del incremento de las cantidades de obras por ejecutar y lo expresado por el contratista en su comunicación 0923-0181 LEA/ley del 19 de octubre de 1995, así como la oportunidad y forma de pago de los mismos. Así mismo decidirá sobre las solicitudes que ha hecho el contratista para que se modifique los mecanismos y épocas de amortización de anticipo y la retención establecida como garantía adicional de cumplimiento en el numeral cuarto de la cláusula octava del contrato” (negrillas fuera de texto).

V. Funcionamiento y alcance de la amigable composición

(...).

“Mediante los mecanismos de amigable composición establecidos en los artículos tercero y cuarto del acta de arreglo de acuerdo directo de fecha 29 de diciembre de 1995, las partes buscan una solución global de todos los asuntos de que tratan tales artículos de dicha acta de acuerdo de arreglo directo.

En razón de lo anterior, la decisión que tome esta comisión en relación con los asuntos que se le someten (art. cuarto del acta de acuerdo) deberá comprender la totalidad de dichos asuntos...”.

En comunicación, de 19 de octubre de 1995, a que se refiere el aparte II, el contratista expresaba:

“Con base en nuestras comunicaciones anteriores relacionadas con el programa de trabajo, nos permitimos enviarles, para su aprobación, el programa revisado que toma en cuenta los distintos eventos y sucesos, imprevistos o que son responsabilidad de la entidad contratante que han alterado las condiciones para la ejecución normal de las obras, y por ende el programa de trabajo aprobado (Rev. 20/9/93).

Tomando en cuenta la incidencia de dichos eventos y sucesos, los plazos parciales indicados en la cláusula décima

del contrato original, modificado mediante la cláusula novena del contrato adicional CLI-065a-93, deberán modificarse, conforme se enuncia a continuación:

(...).

Como consecuencia directa de la modificación de los plazos parciales, se modifica igualmente el plazo “IX. Terminación de obra”, el cual será el 16 de septiembre del año 2001, razón por la cual, nos reservamos el derecho de reclamar compensación por los mayores costos correspondientes (negrilla fuera de texto).

(...).

3.2.4.2.2. Los anteriores documentos señalan con claridad y precisión el cometido de los amigables componedores designados en el segundo documento. Se les confiaba, principalmente, determinar el monto de los reconocimientos y compensaciones a favor del contratista a fin de que se “mantenga inmodificado el plazo final de terminación de las obras a pesar del incremento de obras por ejecutar”, y resolver lo relativo a la aplicación y revisión de la cláusula sexta del contrato. “Rendir un informe que incluya la revisión de lo estipulado en la cláusula sexta del contrato”, expresa el punto cuarto del acta de acuerdo de arreglo directo, de 29 de diciembre de 1995. (negrillas fuera de texto).

Revisar, dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es “Someter una cosa a nuevo examen para corregirla, enmendarla o repararla”.

No era intención de las partes, y por lo tanto, no era cometido asignado a los amigables componedores, reformar dicha cláusula, que según el mismo diccionario significa “volver a formar, rehacer”.

3.2.4.3. El dictamen de los amigables componedores

3.2.4.3.1. Reprogramación y compensaciones económicas

Para finales de 1995, como se lee en el acta de amigable composición, segundo documento, el consorcio Skanska - Conciviles había elaborado un programa detallado de construcción, que permitía terminar las obras dentro del plazo final acordado en el contrato, septiembre 1º de 1999, cuyo cumplimiento sirvió de base para que los amigables componedores ordenaran a Urrá S.A., reconocer al contratista compensaciones por US\$ 15.515.000.

Dice así el acta de amigable composición:

“Primero: Programa detallado de construcción: El consorcio Skanska - Conciviles ha elaborado un programa detallado de construcción técnicamente realizable, de acuerdo con el punto 4.2.3 del volumen I. Condiciones generales y minuta del contrato de la referencia, de acuerdo con el cual se compromete a terminar totalmente las obras pactadas e incrementadas en las cantidades consideradas en el programa, manteniéndose inmodificado el plazo final de terminación de las obras a pesar del incremento de las cantidades de obras por ejecutar y a pesar de lo expresado por el contratista en su comunicación 923 0181 LEA/ley del 19 de octubre de 1995”.

(...).

“PAR.—Los plazos parciales que fueron modificados, relacionados con la cláusula novena del contrato adicional CLI-065A-93, modificatoria de la cláusula décima: plazos de entrega y vigencia del contrato, del contrato CLI-065-85, son los que están indicados en el programa detallado de construcción y aparecen relacionados en el anexo 9”.

“Segundo: Reconocimientos o compensaciones. Teniendo en cuenta el programa detallado de construcción que se menciona en el numeral anterior, fueron examinados cuidadosamente los documentos contentivos de la pretensión del consorcio contratista, así como los elaborados por Urrá S.A., con el objeto de recalcular y establecer el monto de los reconocimientos y compensaciones a que pudiese haber lugar a favor del consorcio por el hecho de mantener inmodificado el plazo final de terminación de las obras, a pesar del incremento en las cantidades de las mismas por ejecutar. Como consecuencia de este análisis, la comisión ordena reconocer a favor del contratista, por parte de Urrá S.A. , la cantidad de quince millones quinientos quince mil dólares de los Estados Unidos de

América (US\$ 15.515.000)”. (negrillas fuera de texto).

(...).

3.2.4.3.2. Aplicación de la cláusula 6ª - f) del contrato

3.2.4.3.2.1 Aparece de los anexos del acta 2 de los amigables componedores, anexo 7, que el contratista había presentado a consideración de estos, un reclamo o solicitud relacionado con la aplicación de la cláusula 6ª f) del contrato.

El documento presentado para soportar su solicitud lo titula:

“Reajuste de precios unitarios por variación en los volúmenes”.

Valor: US\$ 17.959.843”.

En el encabezamiento de la página 1 de este documento, se lee:

“En contrato adicional CLI-065A-93, Cláusula quinta f se establece:

“No obstante lo anterior, Corelca podrá aceptar cambios en los precios unitarios para variaciones en las cantidades de obra de las series 6 (Excavaciones corte abierto), 8 (Rellenos de presa), 17 (Concretos), 18 (Cementos y puzolanas) y 30 (Concreto RCC)”.

“A continuación resumimos los ítem donde vemos variación de volúmenes por encima de lo estipulado como mínimo para un (sic) revisión del precio”. (negrillas fuera de texto).

El cuadro que sigue contiene una relación de los ítem de las series 6, 8, 17 y 18, indicando las cantidades estimadas de obra, según la “Lista de cantidades y precios”, anexo A del contrato adicional CLI-065A-93, la cantidad ejecutada hasta diciembre de 1995, mes en el que las partes firman el acta de acuerdo de arreglo directo, que somete a la decisión de amigables componedores “las diversas peticiones que ha formulado el contratista” con el objeto de que “dicha comisión dirima aquellos puntos donde exista desacuerdo entre las partes, según lo que habrá de expresarse en este documento”, cantidad restante de obra, es decir la que debe ejecutarse con posterioridad a diciembre de 1995, y la “Cantidad total ahora estimada” es decir, la suma de la obra ya realizada a diciembre de 1995 y la que debe realizarse posteriormente, para obtener el estimativo de las cantidades totales de obra que realmente debe ejecutarse. Finalmente, en una última columna, indica los porcentajes en que han variado los volúmenes de obra estimada en los mencionados ítem, en la que aparece que estos ítem sobrepasan el límite establecido en la mencionada cláusula 6ª - f) del contrato, unos por aumento de la obra y otros por disminución variación que da lugar a modificar los precios unitarios estipulados en el contrato, que está solicitando el consorcio.

3.4.2.3.2.2. Se transcribe, para mayor claridad el cuadro comentado:

“Reajuste de precios unitarios por variación en los volúmenes

En contrato adicional CLI-065A-93, cláusula quinta f) se establece: “No obstante lo anterior, Corelca podrá aceptar cambios en los precios unitarios para variaciones en las cantidades de obra de las series 6 (Excavaciones corte abierto), 8 (Rellenos de presa), 17 (Concretos), 18 (Cementos y puzolanas) y 30 (Concreto RCC)”.

A continuación resumimos los ítem donde vemos variación de volúmenes por encima de lo estipulado como mínimo para un (sic) revisión del precio”.

Ítem	Descripción	Un	Cantidad según la “Lista de cantidad y	Cantidad ejecutada hasta dic-95	Cantidad restante dic-95	Cantidad total ahora estimada	Diferencia en %
------	-------------	----	--	---------------------------------	--------------------------	-------------------------------	-----------------

			precios''				
6.	Excavaciones en corte abierto						
06.1	Excavación de los canales de entrada y salida de los túneles de desviación y patio para la toma de fondo.	M ³	290.000.0	381.330.0	10.800.0	392.130.0	35.22%
06.3	Excavación general bajo el área de fundación de presa y dique.	M ³	1.250.000.0	1.622.205.0	516.808.0	2.139.013.0	71.12%
06.8	Excavación para la estructura de toma y canal de aproximación.	M ³	900.000.0	1.192.796.0	118.000.0	1.310.796.0	45.64%
06.12	Excavaciones para el rebosadero y dissipador de energía.	M ³	2.902.000.0	1.264.653.0	2.567.347	3.832.000.0	32.05%
8.	Rellenos para la presa, dique auxiliar y divisora						
08.5	Relleno compactado						
08.5 a 1	a.1 En zona I, presa	M ³	950.000.0	81.556.0	1.178.800	1.260.356.0	32.67%
08.5 a 2	a.2 En zona I, divisoria	M ³	150.000.0	0.0	23.000.0	23.000.00	-84.67%
08.5.b	b. En zona 2-A	M ³	270.000.0	0.0	477.500.0	477.500.00	76.85%
08.5 e 1	e.1 En zona 4, presa	M ³	600.000.0	4.845.0	286.955.0	291.800.00	-51.37%
08.5.f	f. en la zona 5	M ³	625.000.0	4.067.0	378.000.0	382.067.0	38.87%
17	Concreto						
17.13	Concreto en la estructura de toma de los túneles de carga, clase E	M ³	18.600.0	0.0	75.580.0	75.580.0	306.34%
17.16	Concreto en la estructura de control del rebosadero	M ³	19.840.0	0.0	60.000.0	60.000.0	202.42%

18	Cemento y puzolanas						
18.1	Cemento:						
18.1.a.	a. Cemento Portland tipo I	M ³	68.923.10	13.746.10	99.451.9	113.198.0	64.24%

3.2.4.3.3. La revisión de la cláusula sexta

3.2.4.3.3.1. Reprogramada la obra y establecidos nuevos volúmenes de obra estimada para realizar hasta su conclusión, lo que implicaba las correspondientes correcciones en la Lista de cantidades y precios, incorporada al contrato CLI-065-85 como anexo A, del acta de Acuerdo 2, julio 22 de 1993, y por el contrato CLI-065A-93, se hacía necesario modificar la cláusula 6ª, de este contrato en cuanto hace referencia a dicha lista, indicando los cambios hechos a esta lista en algunos ítem, es decir señalando los nuevos volúmenes de obra estimada, que debían tenerse en cuenta para la aplicación futura de esta cláusula.

Es el claro alcance de lo acordado por las partes en el acta de arreglo de acuerdo directo, diciembre 29 de 1995, cuando confiaron a los amigables componedores, como uno de sus cometidos “establecer y definir los reconocimientos y compensaciones a que hubiere lugar a favor del contratista, a efecto de que se mantenga inmodificado el plazo final de terminación de las obras, a pesar del incremento de las cantidades de la obra por ejecutar” y “rendir un informe que incluya la revisión de lo estipulado en la cláusula sexta del contrato”, agregando que “las conclusiones y recomendaciones de los amigables componedores tendrán carácter obligatorio para las partes” (negrilla fuera de texto).

Era lógico, que si de la reprogramación de la obra, hecha por el contratista y aceptada por Urrá S.A., resultaba un considerable incremento de las cantidades de obra por ejecutar, y este aumento iba a proyectarse en los ítem incluidos en la enumeración del literal f) de la cláusula sexta del contrato CLI-065A-93, que según lo acordado por las partes en el contrato dan lugar a variación de los precios cuando las cantidades de obra estimada aumente o disminuya en las proporciones allí señaladas, resultaba necesario revisar esta cláusula que para su aplicación se remitía a los volúmenes establecidos en la lista de cantidades y precios, anexo A del acta de Acuerdo 2, para indicar las nuevas cantidades de obra estimada que debían considerarse para su aplicación futura en aquellos ítem, en los que, como resultado de la reprogramación y modificaciones al proyecto, resultara incrementada la obra que debía ejecutarse, y eventualmente la modificación de los precios unitarios.

Pero además, debe tenerse en cuenta, para entender el alcance del cometido de los amigables componedores, que el contratista, entre sus reclamos, había planteado la aplicación de la cláusula sexta, literal f), por considerar que en algunos ítem de este literal, se habían sobrepasado en relación con las cantidades de obra estimada, los límites establecidos para acordar por las partes la variación de los precios unitarios (anexo 7, del acta 2 de los amigables componedores), hecho que confirman en sus declaraciones, los interventores de la obra: ingeniero Pedro Antonio Sierra Varón, ingeniero Diego Benavides, folios 282 a 384 del cuaderno principal 1 del expediente.

Resulta igualmente lógico, que si durante la ejecución del contrato, la obra ejecutada sobrepasa los límites establecidos con relación a la obra estimada en la lista de cantidades y precios del contrato, y el contratista solicita la variación de los precios unitarios en los ítem que registren los aumentos, para que se le paguen las compensaciones a que haya lugar, que las partes en el contrato, en este caso los amigables componedores, tienen que señalar nuevos volúmenes de obra estimada y precios unitarios, para la aplicación futura de la cláusula sexta, f), en aquellos ítem en los que se hayan hecho reconocimientos y pagado compensaciones al contratista.

3.2.4.3.3.2. Con criterio similar y es antecedente que tiene la fuerza jurídica que le atribuye el artículo 1622 del Código Civil, habían procedido las partes en 1993, en los ajustes y modificaciones que hicieron al contrato CLI-065-85, al reprogramar las obras que debía ejecutar el consorcio contratista.

En el acta de Acuerdo 2, de ese año, se lee en los considerandos:

“16. Que tanto las obras nuevas por realizar, como el ajuste de las cantidades de las que se mantienen y la

eliminación de otras, que se reflejan en el anexo A, hacen necesario reemplazar la lista de cantidades y precios del contrato CLI-065-85, lo que implica la modificación de las cláusulas contractuales que hacen referencia a dicha lista” (negrilla fuera de texto).

3.2.4.3.3.3. Dentro de la misma lógica, procedieron los amigables componedores a dictaminar sobre “el estado y forma de cumplimiento de la relación sustancial surgida del contrato CLI-065-85”, lo relacionado con la aplicación y revisión de la cláusula 6ª - f) del contrato CLI-065a-93(sic).

Dice el acta de amigable composición, segundo documento - (feb. 22/96).

“Sexto: Revisión cláusula sexta del contrato:

Con relación a la revisión de precios unitarios del contrato (se refieren a la lista de cantidades y precios del contrato), estos no fueron modificados por cuanto los reconocimientos y compensaciones a favor del contratista, como se determinó en el punto primero de esta acta, incluyen, conforme al programa detallado de construcción, las mayores cantidades de obra ordenadas ejecutar al consorcio contratista hasta el 29 de diciembre de 1995 por Urrá S.A. y mantiene in modificado el plazo final de terminación de las mismas”.

“Para efectos de los cambios en los precios unitarios por variaciones en los volúmenes de obra, a partir del 30 de diciembre de 1995, de las series 6 (aceleración (sic) en corte abierto), 8 (rellenos de presa), 17 (concretos) y 18 (cementos y aceleración) (sic) a que se refiere el literal “f” de la cláusula sexta: Cantidades de obra, del contrato CLI-065-85, modificado por la cláusula quinta del contrato CLI-065ª-93(sic), se consideran como el 100% de los volúmenes de tales series los ítem que aparecen relacionados en el anexo 8, y la aplicación de la variación de precios que se llegare a acordar por razón de una variación de estos volúmenes de obra se aplicará a partir de los límites (+ 130% o - 70% y + 120% o -80%, según el caso), que aparecen también en el mismo anexo 8” (negrillas fuera de texto).

La decisión de los amigables componedores de no cambiar los precios y sí fijar nuevos volúmenes en los ítem reclamados por el contratista, resultaba consecuente por estar dentro de su misión la de indemnizar al contratista por los aumentos de obra establecidos en la reprogramación. Al efecto, acomodándose a la estructura del contrato, los amigables componedores señalaron como obra estimada, en los ítem de la cláusula 6ª, f), reclamados por el contratista, la cantidad total de la obra, que ya se sabía iba a ejecutarse de acuerdo con la reprogramación acordada, y sobre estas cantidades reconocieron las compensaciones a favor del contratista, reconocimiento que involucraron a las compensaciones a favor del contratista, a fin de mantener “inmodificado el plazo final de terminación de las obras, a pesar del incremento de las cantidades de obra por ejecutar”, como aparece del anexo 6 del acta de amigable composición, en este se explica:

Cambios en los precios unitarios (cláusula 6ª - f) del contrato)

“Las mayores o menores cantidades de obra están incluidas en el programa detallado de trabajo del asunto 1 del presente cuadro, las cuales se han tenido en cuenta para la evaluación del valor a reconocer por concepto de aceleración”.

3.2.4.3.3.4. El anexo a que se refiere el acta 2, de los amigables componedores, es el siguiente cuadro, en el cual se indican los “nuevos volúmenes de obra” de las series 6, 8, 17 y 18, que “servirán de base para la aplicación del literal f) de la cláusula sexta del contrato CLI-065-85, modificada por el contrato adicional CLI-065A-93”. (Ne grillas fuera de texto).

Anexo 8

“Relación de los nuevos volúmenes de obra que servirán de base para la aplicación del literal “f” de la cláusula sexta del contrato CLI-065-85, modificado por la cláusula del contrato CLI-065A-93”.

Ítem	Descripción	Cantidad	Un.	Variaciones en volúmenes de obra			
				130%	70%	120%	80%

6.1	Excavaciones de los canales de entrada y salida de los túneles de desviación y patio para la toma de fondo.	392.130	M ³	509.769	274.491		
6.3	Excavación para la ataguía de aguas arriba.	2.139.013	M ³	2.780.717	1.497.309		
6.8	Excavación para la estructura de toma y canal de aproximación	1.310.796	M ³	1.704.035	917.557		
6.12	Excavaciones para el rebosadero y dissipador de energía	3.832.000	M ³	4.981.600	2.682.400		
8.5 a.1	Relleno compacto en la zona 1. Presa	1.260.356	M ³	1.638.463	882.249		
8.5. a.2	Relleno compacto en la zona 1, divisoria	23.000	M ³	29.900	16.100		
8.5 b	Relleno compacto en la zona 2-A	477.500	M ³	620.750	334.250		
8.5 c.1	Relleno compacto en la zona 4, Presa	291.800	M ³	379.340	204.260		
8.5. f	Relleno compacto en la zona 5	382.067	M ³	496.687	267.447		
17.13	Concreto en la estructura de toma de los túneles de carga, clase E	75.580	M ³			90.696	60.464
17.16	Concreto en la estructura de control de rebosadero	60.000	M ³			72.0	48.000
18.1.a	Cemento Portland tipo I	113.198	Ton.			135.838	90.558

Nota: La tabla no estaba clara en el original.

Se trataba, por lo tanto, según lo establecen los amigables componedores en este anexo, de la aplicación futura del literal f) de la cláusula sexta, del contrato CLI-065-85, según el texto modificado que acordaron las partes en el contrato CLI-065A-93, que permanece vigente en su integridad.

3.2.4.3.3.5 Explican los amigables componedores, en su dictamen, con suficiente precisión, que “Para efectos de los cambios en los precios unitarios por variaciones en los volúmenes de obra, a partir del 30 de diciembre de 1995, de las series 6..., 8..., 17..., y 18 a que se refiere el literal “f” de la cláusula sexta: Cantidades de obra, del contrato CLI-065-85, modificado por la cláusula quinta del contrato CLI-065A-93, se consideran como el 100% de los volúmenes de tales series los ítem que aparecen relacionados en el anexo 8...” (negritas fuera de texto).

Es claro, que los amigables componedores en su dictamen, reconocen al contratista una compensación, (variación de precios unitarios), en relación con los ítem de la cláusula sexta, f) reclamados por el contratista, en ese momento, compensación que abarca toda la obra que debe realizarse en estos ítem y, “para efectos de los cambios en los precios unitarios por variación en los volúmenes de obra, a partir del 30 de diciembre de 1995”, señalan como nuevos volúmenes, en estos mismos ítem reclamados por el contratista, el total de la obra que debe realizarse, según aparece de los cuadros presentados por este (anexos 7 y 8 del acta de amigable composición).

El pronunciamiento de los amigables componedores se refería entonces a los nuevos volúmenes de los ítem reclamados y considerados para reconocer la compensación económica, de los relacionados en la cláusula 6ª - f) del contrato, NO a qué ítem de esta cláusula podrían dar lugar en el futuro a cambio de precios por variación de cantidades, tema que no era necesario considerar, que no se había sometido a su decisión en el acuerdo de arreglo directo (dic. 29/95), ni tampoco había sido objeto de consideración y discusión de las partes.

Los amigables componedores conforme a su misión, se proponían dar aplicación a la cláusula sexta f) NO reformarla en cuanto a los ítem que podrían dar lugar a compensaciones. Tan cierto es esto, que el anexo 8 del acta de amigable composición, indica en su encabezamiento: “Relación de los nuevos volúmenes de obra que servirán de base para la aplicación del literal f) de la cláusula sexta del contrato CLI-065-85, modificado por la cláusula del contrato CLI-065A-93”. Se trataba, por lo tanto, de aplicar esta cláusula en el futuro, según el texto adoptado en este último contrato, en relación con todos los ítem que ella relaciona, teniendo en cuenta en algunos de ellos, las nuevas cantidades de obra estimada, indicadas en el anexo 8 del acta de amigable composición.

3.3.6. El consorcio contratista había formulado un reclamo, que aparece como anexo 7 del acta 2 de los amigables componedores, anteriormente transcrito, en el cual solicitaba la aplicación de la cláusula sexta, ordinal f) del contrato, en relación con aquellos ítem de los allí relacionados “donde vemos variación de volúmenes por encima de lo estipulado como mínimo para una revisión del precio”, como dice el encabezamiento del cuadro presentado en el reclamo. (negritas fuera de texto).

En el cuadro contentivo de este reclamo, como se explicó anteriormente, aparece la obra realizada hasta diciembre de 1995, la “obra restante”, es decir la que falta por realizar en el respectivo ítem, y finalmente la cantidad de obra estimada, que resulta de la suma de la obra realizada y de la faltante.

Dicen los amigables componedores en su dictamen:

“Sexto: Revisión de la cláusula sexta del contrato. Con relación a la revisión de los precios unitarios, estos no fueron modificados por cuanto los reconocimientos y compensaciones en favor del contratista, como se determinó en el punto primero de esta acta, incluyen, conforme al programa detallado de construcción, las mayores cantidades de obra ordenadas ejecutar al consorcio contratista hasta el 29 de diciembre de 1995 por Urrá S.A. y mantiene inmodificado el plazo final de terminación de las mismas” (negritas fuera de texto).

Es decir, los amigables componedores reconocieron al contratista, por el concepto indicado, una compensación que comprendía la totalidad de la obra ordenada ejecutar, la ya realizada hasta diciembre de 1995, y la pendiente de realizar, que ya estaba ordenada, que posiblemente se ejecutaría, en alguna proporción, con posterioridad al dictamen de los amigables componedores. Es la razón de que los apoderados de las partes en sus escritos, hablen de obra futura o por realizar, que ya quedaba comprendida en la compensación. Es la que se refiere a los ítem reclamados por el contratista.

3.2.4.3.3.7. Finalmente, los amigables componedores, fijaron para estos ítem, de la cláusula 6ª - f), los que habían sido objeto de reclamo por el contratista y considerados para el reconocimiento correspondiente, como nuevos volúmenes de obra estimada, el total de la obra que debía realizarse en cada uno de ellos.

Esto está indicando, que sobre estos ítem no habría reconocimientos futuros, o compensaciones distintas a las que se decretaban, porque se estaba fijando como obra estimada, la totalidad de la que iba a ejecutarse, cuyo volumen ya se conocía con certeza con la reprogramación final de la obra. Así, resultaban prácticamente eliminadas variaciones del 30% o del 20% y reclamos futuros en relación con estos ítem.

3.2.4.3.3.8. Sobre los demás ítem relacionados en la cláusula sexta f), no comprendidos en el reclamo del contratista, nada se dijo por este, ni en el dictamen de los amigables componedores, ni tenía que decirse, porque en estos ítem no se había operado a diciembre de 1995, el aumento o disminución de las cantidades de obra estimada en las proporciones previstas en dicha cláusula 6ª f) del contrato, ni tampoco se modificaron los volúmenes de obra estimada para ejecutar.

3.2.4.3.3.9. El problema planteado por el contratista, sometido a consideración de los amigables componedores y sobre el que estos se pronunciaron, se limitaba exclusivamente a reconocimientos económicos en aquellos ítem de

los relacionados en la cláusula 6ª f), que daban lugar a la compensación allí prevista, variación de precios, por registrar en ese momento, aumento o disminución de las cantidades de obra estimada en las proporciones establecidas en el contrato, es decir la tarea encomendada a los amigables componedores se limitaba a la aplicación de esta cláusula no se relacionaba con qué ítem de la lista de cantidades y precios debían dar lugar a modificación de precios por variación de cantidades de obra, ítem que estaban definidos en el contrato adicional CLI-065A-93, que modificó la cláusula sexta, literales a) y f) del contrato CLI-065-85, cláusula contractual cuya aplicación solicitaba el consorcio en su reclamo.

3.2.4.4. Conclusiones preliminares

3.2.4.4.1. Del examen de los documentos anteriores, concluye el tribunal que, ni en los reclamos del contratista pendientes de resolverse en diciembre de 1995, ni en el acta de acuerdo de arreglo directo suscrita el mismo mes se ha planteado, ni en el dictamen de los amigables componedores se ha considerado, qué ítem de la lista de cantidades y precios, del contrato, deben dar lugar a cambio de precios por variación de las cantidades de obra estimada, para aumentar o disminuir los relacionados en el literal f) de la cláusula 6ª, sino simplemente se consideró darle aplicación a esta cláusula tal como aparece del contrato CLI-065A-93, teniendo en cuenta los reclamos del consorcio contratista, y consecuentemente “revisar” la lista de cantidades y precios del contrato a que se remite esta cláusula, para actualizarla en cuanto a los volúmenes de obra estimada, en los ítem que habían dado lugar a reconocimientos y compensaciones a favor del contratista, y esto para efectos de aplicación futura de esta cláusula.

3.2.4.4.2. En su dictamen, los amigables componedores no consideraron necesario modificar los precios unitarios de la mencionada lista, “por cuanto los reconocimientos y compensaciones a favor del contratista, como se determinó en el punto primero de esta acta, incluyen, conforme al programa detallado de construcción, las mayores cantidades de obra ordenadas ejecutar al consorcio contratista hasta el 29 de diciembre de 1995 por Urrá S.A.”, que coincidan con las que realmente debían ejecutarse.

3.2.4.4.3. En su tarea de revisión de la cláusula sexta del contrato, como consecuencia de los reconocimientos decretados, lo que modificaron los amigables componedores, no fue propiamente la cláusula sexta del contrato, sino en la lista de cantidades y precios, anexa al contrato, a que la cláusula sexta f) se refiere, la cantidad estimada de obra de los ítem de las series 6, 8, 17 y 18, de los mencionados en el ordinal f) de la cláusula sexta, ítem reclamados por el contratista y objeto de reconocimientos, fijando en el anexo 8, del acta de dictamen, los nuevos volúmenes “que servirán de base para la aplicación del literal f) de la cláusula sexta del contrato CLI-065-85, modificado por la cláusula (quinta) del contrato CLI-065A-93”, como dice el encabezamiento del mencionado anexo, es decir para aplicación de todos los ítem en esta cláusula mencionada.

3.2.4.5. Convenio adicional 1

3.2.4.5.1. Finalmente el 5 de junio de 1996, las partes suscribieron el convenio adicional 1 al contrato CLI-065-85 y al contrato adicional CLI-065A-93, para “incorporar” “dentro del articulado y ordenación del contrato principal CLI-065-85, tal como quedó modificado por el contrato adicional CLI-065A-93, los acuerdos logrados por las comisiones de amigables componedores que constan en las actas y anexos”, “en cuanto por ellos se hubieran modificado estipulaciones contractuales”.

Son consideraciones de este convenio adicional 1:

“1ª. Con fecha once (11) de octubre de 1985, las partes suscribieron el contrato CLI-065-85, cuyo objeto es la construcción por parte del contratista, de las obras de que trata la licitación C-198-82-PAS-93 (sic), conforme al grupo de desarrollo de Urrá I.

El objeto del contrato comprende la construcción de las obras civiles principales del proyecto Multipropósito Urrá I.

2ª. Las partes suscribieron el contrato adicional CLI-065A-93 el día 22 de julio de 1993, en el que se convino modificar algunas cláusulas contractuales.

“3ª. A partir de la iniciación de la ejecución del contrato, se suscitaron algunas reclamaciones y peticiones del contratista relacionadas con el mantenimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, que dieron lugar a la suscripción del documento denominado “Acta de arreglo directo” de fecha 29 de diciembre de 1995, mediante el cual las partes acordaron someter a la amigable composición determinadas diferencias surgidas entre ellas hasta esa fecha, y establecieron el procedimiento correspondiente”. (negrillas fuera de texto).

4ª. En desarrollo del acta de acuerdo de arreglo directo, las partes suscribieron tres documentos, todos fechados el 8 de enero de 1996, mediante los cuales convinieron constituir tres comisiones de amigable composición, las cuales tenían el encargo de precisar y solucionar, con fuerza vinculante para las partes, los precisos aspectos y diferencias indicados en tales documentos (negrillas fuera de texto).

5ª. Las comisiones de amigable composición dieron cumplimiento a su encargo por medio de las actas suscritas los días 16 y 22 de febrero y 22 de abril de 1996, con sus correspondientes anexos. En ellas se precisaron, con fuerza vinculante para las partes, el estado y forma de cumplimiento del contrato en los aspectos que fueron sometidos a su conocimiento.

6ª. Que, a los efectos de una mayor claridad, las partes contratantes consideran conveniente incorporar dentro del articulado y ordenación del contrato principal CLI-065-85, tal como quedó modificado por el contrato adicional CLI-065A-93, los acuerdos logrados por las comisiones de amigable composición, que consta en las actas y anexos antes citados, en cuanto por ellos se hubieran modificado estipulaciones contractuales. En consecuencia las partes convienen en suscribir el presente convenio adicional 1, que se expresa en las siguientes cláusulas: (negrillas fuera de texto).

“Primera: De conformidad con el numeral primero, del punto número 4, denominado “Precisión con fuerza vinculante para las partes, del estado y forma de cumplimiento del contrato”, del acta de la amigable composición de fecha 22 de febrero de 1996, y en especial del acta aclaratoria de la misma comisión, suscrita el 22 de abril de 1996, se modifica el numeral 2º de la cláusula decimoprimera del contrato CLI-065-85, así:

“2. Programa detallado de construcción. EL contratista ha elaborado un programa detallado de construcción técnicamente realizable de acuerdo con el punto 4.2.3 del volumen I., Condiciones general y minuta del contrato de la referencia, programa con diagrama de barras, revisión 5, del 19 de abril de 1996, complementado con un diagrama lógico de ruta crítica (C.P.M.), una memoria técnica, un programa de inversiones y un programa de utilización de equipos y de personal, presentados los días 15, 20 y 24 de mayo de 1996, de acuerdo con los cuales se compromete a terminar totalmente las obras pactadas e incrementadas en las cantidades consideradas en el programa, manteniéndose inmodificado el plazo final de terminación de las obras”.

(...).

“Quinta: Costos cotizados y costos del contratista. Mayores cantidades de obra. De conformidad con los artículos primero y sexto, del acta del 22 de febrero de 1996, de la segunda amigable composición y su anexo 8, se modifica la cláusula sexta del contrato principal CLI-065-85, modificada por la cláusula quinta del contrato adicional CLI-065A-93, en estricta relación con sus literales a) y f), así:

a) Las cantidades de obra indicadas en la lista de cantidades y precios del anexo A del acta de Acuerdo 2 y que resultan modificadas conforme al programa detallado de construcción, son estimativos aproximados del trabajo previsto. En consecuencia, no se podrá formular reclamo alguno directo o indirecto si las cantidades reales requeridas para la obra objeto del contrato difieren de las indicadas, por exceso o por defecto. Se exceptúan de la anterior regla los siguientes aspectos.

a.1) Las cantidades señaladas en el ítem 32 (incluidos todos los subítem) de dicha lista, las cuales son cantidades fijas, que el contratista deberá suministrar e instalar por una suma global de acuerdo con su diseño presentado, y operar durante el período de construcción. El costo de las reparaciones que durante el período de desarrollo de las obras sea necesario efectuar al sistema y que no sean resultado de defectos de fabricación o instalación, será reembolsado al contratista previa comprobación.

a.2) Urrá S.A.: podrá aceptar cambios en los precios unitarios para variaciones en las cantidades de obra que se

produzcan a partir del 30 de diciembre de 1995, de las series 6 (excavación en corte abierto), 8 (rellenos de presa), 17 (concretos), 18 (cementos y puzolanas), cuando la cantidad acordada y que se considera como el 100% de los volúmenes de tales series y que aparecen relacionadas en el anexo 8 del acta de amigable composición suscrita el 22 de febrero de 1996, y finalmente corregidas sus cantidades en el anexo 1 de este documento, aumente o disminuya más allá de los límites establecidos + 130% o - 70% y + 120% o - 80%, según el caso”. (negrillas fuera de texto).

Los artículos primero y sexto, del acta de la segunda amigable composición, se refieren: El artículo primero al “Programa detallado de construcción”, de acuerdo con el cual se compromete (el contratista) a terminar totalmente las obras pactadas e incrementadas en las cantidades consideradas en el programa, manteniéndose inmodificado el plazo final de terminación de las obras, a pesar del incremento de las cantidades de obras por ejecutar”.

El artículo sexto, revisión de la cláusula sexta del contrato, expresa:

— “Con relación a la revisión de los precios unitarios, estos no fueron modificados...

“Para efectos de los cambios en los precios unitarios por variaciones en los volúmenes de obra, a partir del 30 de diciembre de 1995, de las series 6 (excavación en corte abierto), 8 (rellenos de presa), 17 (concretos) y 18 (cementos y puzolanas), a que se refiere el literal f) de la cláusula sexta, cantidades de obra, del contrato CLI-065-85, modificado por la cláusula quinta del contrato CLI-065A-93, se consideran como el 100% de los volúmenes de las series los ítem que aparecen relacionados en el anexo 8”.

3.2.4.5.2. El anexo 1 de este convenio

Las partes, al suscribir el 5 de junio de 1996, el convenio 1 para incorporar al contrato CLI-065-85 - CLI-65^a-93, “los acuerdos logrados por los amigables componedores que constan en las actas y anexos”, “en cuanto por ellos se hubieren modificado estipulaciones aplicación ant”,(sic) a su vez “corrigieron” los aplicació (sic) de las series de ítem que aparecen relacionados en el anexo 8 del acta de amigable aplicación, suscrita el 22 de febrero de 1996. Este anexo 1 del mencionado convenio 1, se identifica con el siguiente título, que plicación nte(sic) tiene una señalada importancia para interpretar y determinar el alcance jurídico del convenio 1; en relación con la vigencia de la cláusula 6^a, literal f), del contrato CLI-065-85 - CLI-065^a-93:

“Convenio adicional 1 al contrato CLI-065-85 y al contrato adicional CLI-065^a-93”.

“Anexo 1”

“Relación de los nuevos aplicació(sic) de obra que servirán de base para la aplicación del literal “F” de la cláusula sexta del contrato CLI-065-85, modificado por la cláusula quinta del contrato CLI-065a-93)(sic)”. (negrillas fuera de texto).

(...).

3.4.2.5.3. Por último, cabe anotar, que con posterioridad al convenio adicional 1, suscribieron las partes otros convenios en las que tuvieron oportunidad de referirse a la relación contractual, para indicar qué cláusulas estaban vigentes.

En el contrato adicional CLI-065B-98 al contrato CLI-065-85, suscrito con el objeto de “modificar el valor del contrato CLI-065-85 y su adicional CLI-065A-93 así como algunas cláusulas de los mismos” (cláusula primera. Objeto), se lee:

“Cláusula octava. Vigencia: Continúan vigentes las demás cláusulas del contrato CLI-065-85 y del contrato CLI-065A-93 que no hayan sido expresamente modificadas por el acta de acuerdo de terminación temprana del Proyecto Hidroeléctrico Urrá I, de fecha 14 de febrero de 1997 y el presente contrato adicional”.

Ni el acta de acuerdo de terminación temprana del proyecto, ni el contrato adicional CLI-065B-98, se refieren a la cláusula sexta del contrato para modificarla.

Menciones similares a las de la cláusula octava, transcrita, se hacen en el contrato adicional CLI-065C-99, que tuvo por objeto “modificar algunos plazos parciales, el plazo final y dar claridad sobre la vigencia del contrato CLI-065-85 y sus contratos adicionales CLI-065A-93 y CLI-065B-98”, en el que se dijo:

“Cláusula séptima. Vigencia: Continúan vigentes las demás cláusulas del contrato CLI-065-85, del contrato adicional CLI-065A-93 y del contrato adicional CLI-065B-98, que no hayan sido expresamente modificadas mediante el presente contrato adicional”.

3.2.4.6. Alcance de este convenio 1

3.2.4.6.1. El convenio adicional 1, que incorporó al contrato CLI-065-85, “a los efectos de una mayor claridad”, “los acuerdos logrados por las comisiones de amigable composición que constan en las actas y anexos”, “en cuanto por ellos se hubieran modificado estipulaciones contractuales”, como dice el considerando sexto, debe interpretarse por lo tanto, en estricta concordancia con lo resuelto por los amigables componedores.

Esta referencia y sujeción a lo decidido por los amigables componedores la reitera expresamente el convenio adicional 1, en su cláusula quinta, costos cotizados y costos del contratista, mayores cantidades de obra, cuando expresa que: “De conformidad con los artículos primero y sexto, del acta de 22 de febrero de 1996, de la segunda amigable composición y su anexo 8, se modifica la cláusula sexta del contrato principal CLI-065-85, modificada por la cláusula quinta del contrato adicional CLI-065a-93(sic), en estricta relación con sus literales a) y f) así:” (negritas fuera de texto).

(...).

3.2.4.6.2. La locución, **de conformidad**⁽²¹⁾, empleada por las partes, en la cláusula quinta del convenio adicional 1, como lo manifiestan igualmente en el considerando 6º, del mismo indica su expresa voluntad de respetar lo decidido por los amigables componedores, de tal manera que la cláusula quinta del convenio adicional, no tiene alcance jurídico distinto a lo decidido por la amigable composición, y es en absoluta armonía con esta decisión que debe interpretarse.

Las expresiones de las partes en el convenio adicional 1, están indicando que su intención es la de darle forma de cláusula contractual a lo decidido en la amigable composición, NO introducir reformas distintas al contrato, lo que es lógico y congruente con el propósito del contrato, lo que es lógico y congruente con el propósito inicial de todo este proceso, que fue el de someter las diferencias de las partes contratantes al dictamen de terceros, los amigables componedores.

3.2.4.6.3 Según se advierte de los convenios de las partes, de los anexos del acta de amigable composición 2, y de las declaraciones de los ingenieros Sierra y Benavides, para la época en que se suscribió el acta de acuerdo de arreglo directo, diciembre 29 de 1995, el consorcio contratista había solicitado, entre otras reclamaciones que se relacionaron en el anexo 1 de este acuerdo, (fl. 17 del libro de pbs. 17 del exp.) el cambio de precios, por el aumento en las cantidades de obra en exceso de los toques establecidos, en algunos de los ítem a que se refiere la cláusula 6ª - f) del contrato, que habían registrado, en esa fecha, el exceso previsto. Sobre estos ítem que generaban el cambio de precios unitarios, atendiendo el reclamo del consorcio contratista, se pronunciaron los amigables componedores y ordenaron la compensación respectiva por la totalidad de los volúmenes de obra establecidos en la nueva programación de esta, ya acordada para ese momento por Urrá S.A. y el contratista.

3.2.4.6.4 Los amigables componedores, al decretar las compensaciones a favor del contratista por las mayores cantidades de obra ordenadas ejecutar hasta el 29 de diciembre de 1995, dieron aplicación a la cláusula sexta, f) del contrato. Consideraron para este efecto, según aparece del anexo 7 del acta de dictamen, los ítem relacionados en el literal f) de dicha cláusula, en los que ya se había ejecutado obra en exceso del 20% o 30% de la obra prevista, según la solicitud del contratista y los informes de la interventoría. Esto último se comprueba igualmente, con el testimonio rendido ante este tribunal, por el interventor, ingeniero Diego Benavides Jurado (fls. 413-414 del cdno. ppal. 1 del exp.).

En lo relativo a la revisión de la cláusula sexta, se limitaron los amigables componedores a señalar nuevos volúmenes de obra estimada en los ítem que habían sido reclamados por el contratista y considerados por ellos

para decretar compensaciones, es decir, a actualizar el literal f) de la cláusula 6ª, en concordancia con la lista de cantidades y precios del contrato.

Con relación a la revisión de la cláusula 6ª los precios unitarios, como lo advierten los amigables componedores, no fueron modificados, ya que la compensación por US\$ 15.500.000. ordenada pagar al contratista, comprendía el incremento de costos por “las mayores cantidades de obra ordenadas ejecutar al consorcio contratista hasta el 29 de diciembre de 1995 por Urrá S.A. y mantiene inmodificado el plazo final de ejecución de las mismas”.

3.2.4.6.5. Se tiene entonces, como ya se explicó anteriormente, que lo considerado y decidido por los amigables componedores, y lo solicitado a ellos por el contratista, fue la aplicación de la cláusula sexta, literal f) del contrato, tal como aparece del contrato adicional CLI-065A-93, para determinar las compensaciones económicas a que tuviere derecho el contratista, no la reforma de este literal en cuanto a los ítem de la lista de cantidades y precios que pudieran dar lugar a cambio de precios, por mayor o menor cantidad de obra ejecutada en relación con la prevista en dicha lista, tema este último que, como lo expresó el representante legal de Urrá S.A., ingeniero Alfredo Solano Berrío, en su declaración de parte, no estuvo en discusión.

El representante legal de Urrá, S.A., dijo en su declaración, la cual tiene el valor de confesión de parte:

Preguntado:

“Doctor Fonseca: Pregunta 12. Sírvase informar al tribunal si usted participó en discusiones sobre esta materia con los de Skanska - Conciviles o si sabe qué otros funcionarios de su empresa hubieran entrado en discusiones previas a la amigable composición dentro de las cuales se hubiera establecido el deseo de alguna de las partes de disminuir el número de ítem sujetos a posible revisión de precios según la cláusula sexta?”.

“Doctor Solano: En las negociaciones participé yo y participaron varios funcionarios de la empresa, pero nunca se trató específicamente de reducir el número de ítem, nunca se dijo vamos a reducir este ítem, eso no se dijo en ninguna parte”.

(...).

Preguntado:

“Doctor Fonseca: ..., le pregunto si usted que es el representante legal de Urrá S.A. ESP y el representante legal del consorcio contratista, tuvieron la intención, discutieron, hablaron, tenían la necesidad, querían, tenían la voluntad de modificar el contrato más allá de lo que hubiera modificado la amigable composición y si sobre eso trataron y algún acuerdo quedó vertido dentro del convenio adicional 1”.

“Doctor Solano: No, nunca intentamos alcanzar más allá de lo que estaba tratado en la amigable composición porque no podíamos hacerlo”.

El tribunal apreciará esta declaración en su pleno valor probatorio para los efectos de la decisión que ha de adoptarse en este proceso.

3.2.4.6.6. Siendo esto así, la revisión de la cláusula sexta, por parte de los amigables componedores tenía que limitarse en relación con el literal f) a la modificación de los precios unitarios del contrato y a indicar los nuevos volúmenes de obra estimada, para la aplicación futura de esta cláusula contractual, en aquellos ítem que sirvieron de base a los reclamos del contratista y a los reconocimientos de la amigable composición, cuyo volumen de obra resultaba modificado por la nueva programación y considerable incremento de obra convenido por las partes contratantes.

En este sentido se orienta la decisión de los amigables componedores. En su dictamen dan aplicación a la cláusula sexta, f) para reconocer compensaciones económicas al contratista y en cuanto a la revisión de la cláusula sexta expresan, que los precios unitarios (los fijados en la lista de cantidades y precios del contrato), “no fueron modificados” y a señalar en el anexo 8 del acta de dictamen los “volúmenes de obra” “para efectos de los cambios en los precios unitarios”, por variación de estos volúmenes “a partir del 30 de diciembre de 1995”, “de las series

6..., 8..., 17..., y 18..., a que se refiere el literal f) de la cláusula sexta, cantidades de obra” del contrato CLI-065-85, modificado por la cláusula quinta del contrato CLI-065A-93.

Ya se explicó anteriormente, que en el dictamen de la amigable composición, es perfectamente clara su decisión de señalar nuevos volúmenes para algunos ítem de los relacionados en el literal f) de la cláusula sexta del contrato, sin que esto implique, en manera alguna, alterar la lista o reducir el número de los ítem indicados en esta cláusula, que continuaron siendo los mismos relacionados en la cláusula quinta del contrato adicional CLI-065A-93, que la reformó.

3.2.4.6.7. Igual alcance, por lo tanto, tiene la cláusula quinta del convenio adicional 1, cuya proyección normativa la ratifica su anexo 1, al que esta hace referencia, anexo que señala los nuevos volúmenes de los ítem que fueron objeto de modificación, por los amigables componedores, en sus cantidades de obra estimada, para efecto de la aplicación futura de la cláusula sexta, literal f) del contrato, en su texto reformado por el contrato adicional CLI-065A-93. Este literal indica qué ítem pueden dar lugar a cambio de precio unitario por variación en más o en menos, y en ciertas proporciones, de la cantidad de obra estimada. El anexo 1 del convenio adicional 1, mencionado, tiene el siguiente encabezamiento, que es idéntico al del anexo 8, del acta de amigable composición 2:

“Relación de los nuevos volúmenes de obra que servirán de base para la aplicación del literal f) de la cláusula sexta del contrato CLI-065-85, modificado por la cláusula quinta del contrato CLI-065A-93” (negritas fuera de texto).

3.2.4.6.8. No encuentra el tribunal, por lo tanto, que pueda deducirse de lo manifestado por las partes al celebrar el convenio adicional 1, ni de sus antecedentes, ni del texto de su cláusula quinta, ni de su anexo 1, que haya sido su intención la de modificar la cláusula sexta, literal f) del contrato, en cuanto a los ítem de la lista de cantidades y precios que pueden dar lugar a cambio de precios por variación de cantidades, como tampoco la reformaron los amigables componedores. El alcance de la cláusula quinta del convenio 1, se limita a señalar, de conformidad con lo decidido en la amigable composición, nuevos volúmenes de obra estimada a alguno de los ítem, “a que se refiere el literal f) de la cláusula 6ª Cantidades de obra del contrato” dice el acta, para su aplicación futura.

El texto de la cláusula quinta del convenio adicional 1, no puede interpretarse aisladamente, sino como culminación de un proceso, que se inicia con los reclamos o solicitud del contratista de compensaciones “relacionadas con el mantenimiento del equilibrio económico y financiero del contrato” (convenio adicional 1 - Considerando 3), desde el inicio de las obras el 28 de julio de 1993, y tiene un preciso desarrollo en convenios de las partes y en el pronunciamiento de los amigables componedores, que enmarca y determina su alcance jurídico.

3.2.4.6.9. La cláusula quinta del convenio adicional 1, costos cotizados, costos del contratista, valores cotizados, en estricta concordancia con lo decidido por los amigables componedores, “en conformidad” dice la cláusula, se concretó a darle forma de cláusula contractual, a “los acuerdos logrados por las comisiones de amigable composición” “en cuanto por ello se hubieran modificado estipulaciones contractuales”, de manera tal, que la expresa voluntad de las partes no era modificar autónomamente cláusulas contractuales, sino acatar, y darle forma contractual a lo decidido por los amigables componedores.

3.2.4.6.10. Finalmente, observa el tribunal, que en una cláusula que tiene como manifiesto objetivo en las estipulaciones del contrato, mantener en cuanto a la alteración de costos de la obra, por mayor o menor cantidad de la ejecutada, el equilibrio financiero, como ha sido reiterado propósito de las partes en este contrato, no se entendería que las partes, en un proceso encaminado a darle solución a reclamos del contratista, con esta finalidad, como lo manifiestan en los considerandos del convenio adicional 1, estuvieran eliminando del literal f) de la cláusula sexta, ítem de los que por su particular importancia en la obra, fueron escogidos por las partes, en el contrato original y en el adicional de 1993, para que por excepción dieran lugar a la variación de precios cuando se alterara, en razón de la cantidad de obra, su estructura de costos.

3.2.4.6.11. Tanto el interventor de la obra, ingeniero Diego Benavides Jurado, (fls. 396 a 418 del cdno. ppal. 1) como el gerente de Urrá S.A., ingeniero Alfredo Solano Berrío (fls. 66 a 80 y 97 a 99 del cdno. ppal. 2) en sus declaraciones, han aseverado que no existe razón técnica para eliminar del ajuste de precios, aquellos ítem de los relacionados en la cláusula sexta f), que no fueron incluidos en el anexo 1 del contrato adicional 1 para señalarles

nuevo volumen de obra estimada.

3.2.4.6.12. Por otra parte, ya se explicó anteriormente, que en estos ítem relacionados en el mencionado anexo 1, se fijaron como volúmenes de obra estimada, las cantidades de obra que ya se sabía con certeza, era la totalidad de la que debía ejecutarse. Es decir, que sobre estos ítem, no habría posibilidad futura de reajuste de precios por variación de obra. Por lo tanto, si estos fueran los únicos ítem que daban lugar al cambio de precios, se habría eliminado del contrato, sin razón alguna, un mecanismo para mantener el equilibrio financiero del contrato, incorporado a este en el contrato original y ratificado y ampliado en el contrato adicional CLI-065A-93.

No aparece, en manera alguna, que esta haya sido voluntad de las partes, que por el contrario, en reiteradas ocasiones, han manifestado su propósito, de preservar durante su ejecución, el equilibrio financiero de este contrato que dispone la ley, como lo hicieron en acta de acuerdo de arreglo directo, de 29 de diciembre de 1995, en la que se lee:

“Octavo: El contratista manifiesta su aceptación de la cesión del contrato de Corelca a Urrá S.A., para lo cual las partes acuerdan mantener en el contrato los principios de contratación estatal y el mantenimiento del equilibrio económico del contrato durante su desarrollo”.

3.2.4.6.13. Nada dijeron los amigables componedores, ni tampoco las partes en el convenio adicional 1 sobre los demás ítem de la cláusula 6ª - f), no incluidos en ese momento en la solicitud del consorcio contratista, para los respectivos reconocimientos. Ni tenían que hacerlo porque aún no habían superado los topes, y podían continuar con las viejas cantidades de obra estimada en 1993. Obviamente, cuando en estos ítem se superaran los topes establecidos, el contratista o Urrá S.A. tenían derecho a que se les aplicara lo previsto en la cláusula 6ª - f) sobre aumento o disminución de precios, por variación en más o en menos de las cantidades de obra estimada, más allá de los límites establecidos.

Conclusiones finales

Es perfectamente claro para el tribunal, de acuerdo con lo estipulado por las partes en el acta de acuerdo de arreglo directo, de diciembre 29 de 1995, en el documento 2, de enero 8 de 1996, en el “Convenio adicional 1, junio 5 de 1996, y de lo decidido por los amigables componedores en su acta “Segundo documento”, de febrero 22 de 1996, y además, en consonancia con la naturaleza del contrato y específicamente con el alcance jurídico y económico de la cláusula 6ª - f), del contrato, y el principio y finalidad que la rigen de mantener la ecuación financiera del contrato establecida por las partes al contratar en 1985, CLI-065-85, y al reajustar el contrato en 1993, CLI-065B-93(sic), principio varias veces reiterado por ellas al suscribir diferentes documentos del contrato, que no aparece haber estado dentro de la intención de las partes reformar, ni ha sido reformada, la cláusula 6ª - literal f) del contrato CLI-065-85 - CLI-065A-93, para excluir del ajuste de precios los ítem a los que no se les señaló nueva cantidad de obra estimada por los amigables componedores, (anexo 8 del acta), ni en el anexo 1, del convenio adicional 1 al contrato CLI-065-85 - CLI-065A-93, suscrito por las partes el 5 de junio de 1996. Así resultaría igualmente de la declaración del representante legal que a este respecto tiene el mérito de confesión judicial así como la declaración rendida por el testigo ingeniero Diego Benavides. Declaraciones que tienen valor de plena prueba.

En consecuencia, la cláusula 6ª literal f), del contrato CLI-065-85 comprende todos los ítem relacionados en el texto modificado que aparece en la cláusula quinta del contrato adicional CLI-065A-93, que la reformó, cláusula esta que mantiene su vigencia, y por lo tanto es aplicable en relación con todos los ítem que menciona. Así lo decidirá este tribunal en la parte resolutive del laudo.

3.3. Tercera pretensión

3.3.1. En la demanda se formula la pretensión en los siguientes términos

Que se declare si el consorcio contratista tiene derecho al reconocimiento financiero entre la fecha del desembolso efectivo realizado en razón de los aranceles y demás costos reembolsables con ocasión de las importaciones y la fecha de presentación de la factura correspondiente por parte del contratista a Urrá S.A.

Antecedentes

3.3.2.1 Licitación (fls. 628 a 648 del cdno. de pbas. 11 del exp.)

3.3.2.2. En la minuta del contrato:

Cláusula trigésima cuarta: importación de elementos y materiales de la obra.

a) El contratista importará libre de toda clase de gravámenes los equipos y materiales que se requieran para ser utilizados o incorporados a las obras. En el caso de que las regulaciones del Gobierno Nacional no permitan la importación, o las autoridades nacionales no dieren los correspondientes permisos o licencias, o Corelca lo estime conveniente, esta podrá disponer la utilización o incorporación de equipos y elementos nacionales y reconocerá al contratista los sobrecostos correspondientes. En cada caso las partes bien a través del reconocimiento de sumas globales o de aumentos porcentuales o cuantitativos de los ítem de pago que se afecten. La cancelación de dichos montos deberá efectuarse, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a su fijación, si se trata de sumas globales, y en los términos y oportunidades del pago de las cuentas de cobro mensuales, si se acuerdan precios unitarios. Las sumas a pagar se ajustarán en su cuantía mediante la aplicación de mecanismos de ajuste que establecerán las partes y que deberán recoger la totalidad de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en que se cancelen. Tales cuentas no serán objeto de deducciones para la amortización de anticipos, ni estarán sujetas a la retención prevista en la cláusula octava, numeral 4°. En caso de que el contratista importe equipos y elementos con destino a las obras y tenga que cancelar por esas importaciones gravámenes de cualquier clase, previa la correspondiente comprobación, Corelca le devolverá el valor de dichos gravámenes dentro de los treinta (30) días siguientes al de la presentación de la cuenta respectiva. Tales cuentas se reajustarán en su valor teniendo en cuenta la variación del índice nacional de precios al consumidor, sector obreros, certificado por el Departamento Nacional de Estadística, "DANE", ocurrida entre la fecha de cancelación del gravamen y la de su pago por Corelca.

b) El contratista podrá importar, a nombre de Corelca y en uso de las exenciones que le son propias, los materiales y equipos que deba suministrar para uso permanente de Corelca o para ser incorporados a la obra.

Una vez acordada entre las partes la necesidad, tipo y cantidad de los equipos y materiales por importar, el contratista lo hará a nombre de Corelca, pero aquel se obliga a efectuar los pagos y todos los trámites necesarios para la importación hasta CIF destino. Al finalizar la obra, todos estos equipos y materiales quedarán de propiedad de Corelca. En el caso de que en la importación de tales equipos y materiales se cause impuesto de valor agregado, IVA, Corelca reembolsará al contratista su costo, previa certificación del Ministerio de Hacienda del pago del mismo. Este reembolso se hará dentro de los treinta (30) días siguientes al de la presentación de la correspondiente factura, con aplicación de lo previsto en la cláusula novena de este contrato, si fuere el caso. El contratista deberá pagar los impuestos para la importación de equipos y materiales en exceso de los estrictamente necesarios, así como de equipos y materiales averiados, defectuosos o de inferior calidad a los previstos en las especificaciones, en cuyo caso tales equipos y materiales quedarán de propiedad del contratista.

(Lo resaltado es un tema que no quedó en el contrato suscrito entre las partes).

Cláusula trigésima quinta. Importación temporal: De acuerdo con la legislación vigente, el contratista podrá importar bajo el régimen de importación temporal exenta de derechos de Aduana, los equipos de construcción, las herramientas, los repuestos y los materiales de uso temporal que se requieran para la construcción de las obras. Tales equipos, repuestos y materiales deberán ser para uso exclusivo de las obras objeto de ese contrato y no podrán ser utilizados en trabajos diferentes.

A medida que se desocupen los equipos y al terminar la construcción de la obra objeto de este trabajo, el contratista deberá proceder a reexportar los elementos importados, obligándose a presentar a Corelca los documentos que prueben que ha quedado legalizada tal reexportación. Sin embargo, si el contratista desea conservar los equipos, repuestos y materiales en el país, podrá hacerlo mediante la nacionalización de los mismos y el pago de los derechos de Aduana correspondientes de acuerdo con la legislación vigente.

Todos los gastos que resultaren en las formalidades necesarias para la realización de las mencionadas importaciones, serán por cuenta del contratista, quien se obliga a embalar por separado aquellos equipos que se instalarán definitivamente, remitiendo a Corelca una lista de los artículos importados al país en forma temporal,

indicando su valor, fecha de entrega y toda información pertinente para su rápida localización.

En caso de pérdida de cualesquiera de los artículos introducidos al país bajo el régimen de admisión temporal, el contratista deberá comunicarlo a Corelca dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se produjo la pérdida o destrucción para los efectos de la garantía establecida de acuerdo con las normas vigentes.

3.3.2.3. En la propuesta del contratista

Como anexo E a la propuesta (fl. 12 del cdno. de pbas. 11), el consorcio expresó sus “Clarificaciones y excepciones a las condiciones del contrato”. En este documento se estableció:

Nuestra propuesta está basada en las siguientes condiciones: I. Que, tomando en consideración todas las ventajas que ofrecen al consorcio los pliegos de condiciones para configurar la oferta, a nuestro entender, más favorable a los intereses de Corelca, hemos asumido que podremos importar libre de impuestos y derechos de aduana los equipos y materiales a ser requeridos en el proyecto y/o para ser incorporados a este y que existiría una adecuada compensación económica en el evento en el cual no se pudiese proceder de esta manera y por causas ajenas a nuestra voluntad.

(...).

a) Excepción I en el anexo E

Se refiere a la importación libre de impuestos y de derechos de aduana de equipos y materiales requeridos por el proyecto.

Estimamos que esta excepción fue aceptada totalmente por ustedes y que solamente excluiría aquellos bienes de prohibida importación en Colombia.

Sin embargo, hemos tenido conocimiento y así se nos ha manifestado por Corelca que es muy probable que la excepción no pueda operar en su plenitud porque bien puede suceder que las autoridades comerciales del país restrinjan las importaciones, o Corelca estime conveniente utilizar bienes y equipos colombianos. Como la propuesta que ustedes aceptaron fue hecha y calculada con base en la libre importación de equipos y materiales, cualquier cambio o restricción en la aplicación de ese supuesto de la licitación nos acarrearía sobrecostos que lógicamente debería reembolsarnos Corelca...

3.3.2.4. Corelca, el día anterior a la firma del contrato, dio respuesta a las solicitudes formuladas por el consorcio Skanska - Conciviles, mediante su comunicación de fecha 10 de octubre de 1985 en la que expresó:

(...).

Lo anterior no debe entenderse como una negativa por parte de Corelca a estudiar y resolver en la medida que sea posible de acuerdo con la ley los eventuales desajustes que puedan surgir como consecuencia de los hechos que ustedes han descrito en su comunicación.

Corelca estudiará en su debida oportunidad estas peticiones con el objeto de lograr resolver favorablemente para ambas partes los aspectos económicos que se pudieren producir por los hechos antes descritos de manera que se refleje a través de los acuerdos a que haya lugar, el equilibrio que debe existir en toda relación contractual de esta naturaleza.

3.3.2.5. En la resolución de adjudicación 357 del 17 de abril de 1984 (cdno. de pbas. 27 – fls. 85 al 89), la entidad aceptó la excepción contenida en el tomo I, anexo E de la propuesta del consorcio Skanska - Conciviles, al expresar:

“(...).

ART. 2º—Considerar aceptables y por consiguiente sujetas a negociación las excepciones a las condiciones del contrato, relacionadas en el anexo E del tomo I de la oferta del consorcio adjudicatario, bajo los numerales I, II,

II(sic), IV, VII y X”.

3.3.2.6. En el contrato suscrito, se estableció como mecanismo para el pago de las importaciones el siguiente (fls. 76 a 78 del cdno. de pbas. 1), se estableció que:

Cláusula trigésima cuarta: importación de elementos y materiales de la obra

c) El contratista podrá importar libre de toda clase de impuestos de importación los equipos y materiales principales requeridos para ser utilizados o incorporados a la obra.

Corelca y el contratista determinarán mediante actas los equipos y materiales de importación, así como las cantidades de los mismos de acuerdo con los requerimientos de cada caso, y las necesidades de la obra según lo establecido en los pliegos de la licitación y en la propuesta del contratista.

En caso de que las regulaciones o disposiciones del Gobierno Nacional impidan la importación de tales equipos o materiales total o parcialmente, o si Corelca lo considera conveniente, podrá disponer la utilización o incorporación de equipos y elementos nacionales de la obra. En este caso Corelca deberá reconocer los sobre costos que se causen al contratista por la utilización o incorporación de los materiales nacionales, previo acuerdo entre las partes.

d) El contratista podrá importar, a nombre de Corelca y en uso de las exenciones que le son propias a esta, los materiales y equipos que deba suministrar para uso permanente de Corelca o para ser incorporados a la obra.

Una vez acordada entre las partes la necesidad, tipo y cantidad de los equipos y materiales por importar, el contratista hará la importación a nombre de Corelca, pero se obliga a efectuar los pagos y todos los trámites necesarios para la importación hasta CIF destino. Al finalizar la obra, todos estos equipos y materiales quedarán de propiedad de Corelca. En el caso de que en la importación de tales equipos y materiales no se obtenga la exención correspondiente a los impuestos de importación o al impuesto a las ventas, Corelca reembolsará al contratista su costo, previa la corriente demostración de los mismos. El contratista deberá pagar los impuestos de importación de equipos y materiales que resulten averiados, defectuosos o de inferior calidad a los previstos en las especificaciones, en cuyo caso tales equipos y materiales quedarán de propiedad del contratista. (subrayado fuera de texto para resaltar el texto nuevo en el contrato suscrito y negrillas para resaltar lo que se relaciona con esta pretensión).

Cláusula trigésima quinta: Importación temporal: De acuerdo con la legislación vigente, el contratista podrá importar bajo el régimen de importación temporal exenta de derechos de Aduana. Los equipos de construcción, las herramientas, los repuestos y los materiales de uso temporal que se requieran para la construcción de las obras. Tales equipos, repuestos y materiales deberán ser para uso exclusivo de las obras objeto de ese contrato y no podrán ser utilizados en trabajos diferentes.

(...).

Todos los gastos que resultaren en las formalidades necesarias para la realización de las mencionadas importaciones, serán por cuenta del contratista, quien se obliga a embalar por separado aquellos equipos que se instalarán definitivamente, remitiendo a Corelca una lista de los artículos importados al país en forma temporal, indicando su valor, fecha de entrega y toda información pertinente para su rápida localización... (negrillas fuera de texto).

3.3.2.7. Las normas que establecían el régimen de importaciones, se encuentran en: el Decreto 2666 de 1984 (art. 214. Definición de importación temporal y, art. 220. Importación temporal para obras públicas).

3.3.2.8. En la demanda de convocatoria del presente tribunal se dijo:

Ya celebrado el contrato, el régimen anterior fue modificado mediante el Decreto 1909 del 27 de noviembre de 1992, que en su artículo 40 delegó en la Dirección de Aduanas Nacionales la determinación de la mercancía susceptible de importación temporal tanto a corto plazo (hasta 6 meses) como a largo plazo (hasta 5 años). El

artículo 41, por su parte, dispuso que en el momento de la importación temporal a largo plazo debían liquidarse tributos aduaneros y que estos debían pagarse, solo que distribuyéndolo en cuotas semestrales iguales por el término de duración de la importación.

Así pues, a partir de la entrada en vigor de este decreto las importaciones temporales comenzaron a pagar impuestos de importación, solo que reducidos, en la medida en que permanecieran en el país un tiempo menor que aquel que tuvieran autorizado. Si permanecían el tiempo autorizado debían pagar la totalidad de los impuestos de importación. Estos tributos así pagados, no son reembolsables por el hecho de la reexportación.

La Dirección General de Aduanas, por medio de la Resolución 408 de 1992 y en ejercicio de la delegación recibida en el ya citado artículo 40 del Decreto 1909, determinó cuáles mercancías eran susceptibles de importación temporal a largo plazo: Aquellos bienes de capital o sus partes, correspondientes a las partidas arancelarias señaladas en el artículo 6° del Decreto 840 de 1991. Con esta decisión, la Dirección de Aduanas restringió el universo de los elementos importables en régimen temporal para la ejecución de obras públicas.

Entre el año de 1994 (época de la licitación) y el período de ejecución real de los trabajos, el régimen impositivo había cambiado: Según la normatividad vigente en el 84, el contratista habría podido importar, absolutamente libre de impuestos, en régimen temporal, toda su maquinaria, equipo y repuestos (esta situación había sido prevista en el contrato, cláusula 35); según la normatividad vigente durante la ejecución de los trabajos, el contratista no podía importar temporalmente toda su maquinaria, equipo y repuestos (solo aquellos que correspondieran a las posiciones arancelarias señaladas en el art. 6° del D. 840/91), y en relación con aquellos equipos que sí podía importar en régimen temporal, tendría que pagar impuestos de importación, en proporción al tiempo que fueran a permanecer en la obra, hasta llegar, casi siempre, a pagar el 100% de los impuestos, si el equipo permanecía un tiempo superior a 5 años.

3.3.3. Consideraciones del tribunal

3.3.3.1. De los elementos transcritos, que son los antecedentes de la tercera pretensión de la demanda de la convocante, encuentra el tribunal que la obligación del contratista de “importar a nombre de Corelca y en uso de las exenciones que le son propias a esta, los materiales y equipos que deba suministrar para uso permanente de Corelca o para ser incorporados a la obra” y de “efectuar los pagos y todos los trámites necesarios para la importación hasta CIF destino” y por otra parte la obligación de Corelca “en el caso de que en la importación de tales equipos y materiales no se obtenga la exención correspondiente a los impuestos de importación o al impuesto a las ventas de reembolsar al contratista su costo, previa la correspondiente demostración de los mismos”, es una estipulación de las partes en el contrato CLI-065-85.

3.3.3.2. No se conviene en el contrato que Corelca deba reconocer costos financieros entre las fechas de pago y la presentación de las facturas para el reembolso, como tampoco el contrato (cláusula 8ª, num. 5º) establece el pago de costos financieros al contratista entre la fecha del acta mensual de obra ejecutada y la presentación de la respectiva cuenta de cobro para su pago.

Estipulaciones de esta naturaleza, tienen su repercusión económica en la ejecución del contrato y las partes tienen que estimar su peso financiero en la forma en que las pactan, para establecer la equivalencia en las prestaciones que asumen en el contrato, que constituye la ecuación económica de este. La noción de equilibrio económico del contrato dice relación a lo convenido por las partes en el contrato.

3.3.3.3. Siendo esto así, encuentra el tribunal que el pago de impuestos y su reembolso es una estipulación contractual en la cual el contratista asume una carga por cuenta del contratante, con obligación de este último de reembolsarle a aquel la suma correspondiente, en las condiciones pactadas, es decir previa presentación de la factura.

Como nada específico se dijo en el contrato en relación con el procedimiento de reembolso y de reconocimientos financieros adicionales, deberá estarse por analogía, a las normas aplicables de lo establecido en el contrato (cláusula 8ª, num. 5º), para los pagos que debe hacer Urrá S.A. al consorcio (C.C., art. 1622).

3.3.3.4. De esto resulta que el derecho al reembolso de los gastos hechos por el consorcio con motivo de las

importaciones, surge para este desde el momento en que hizo los pagos, pero la obligación de pago correlativa a Urrá S.A., requiere para su cumplimiento de la presentación de la factura correspondiente, y este es un hecho que depende de la voluntad y diligencia del consorcio.

3.3.3.5. Como la convocante alega haber sufrido un daño, caben las siguientes consideraciones:

1. El consorcio convocante no puede pretender que el pago se realice sin el cumplimiento de los requisitos legales y contractuales del caso, esto es, previa presentación de la factura.
2. El tiempo que demore el acreedor en presentar la factura correspondiente, depende de su diligencia en satisfacer la carga obligacional que le corresponde, es decir, la oportunidad y eficacia en la presentación de su factura.
3. En consecuencia, tendrá el convocante, que alega sufrir el daño, la obligación de procurar reducir la extensión del mismo, de conformidad con la teoría de la mitigación del daño y además de probar que así lo hizo, en orden a legitimar su pretensión.
4. En este orden de ideas, no puede basarse el reclamo en la propia actuación de la víctima, que ha debido obrar todo lo diligentemente posible en orden a presentar correcta y oportunamente las facturas correspondientes.
5. Solo en las manos de la propia convocante reposa la capacidad de presentar oportunamente las facturas, y además, de diligenciarlas correctamente, labor para la que el tribunal considera que la convocante se encuentra capacitada, dada su trayectoria y experiencia como contratista.
6. De otra parte, el tribunal no ha encontrado acreditado el daño que por concepto del costo financiero, dice haber sufrido la convocante. En efecto no reposa en el expediente prueba de que se haya ocasionado un perjuicio cierto. Apenas se encuentran una serie de facturas, que, por sí solas, no constituyen prueba del costo financiero que reclama el contratista.
7. El tribunal encuentra pertinente traer a colación el tema de la obligación de mitigar el propio daño, como supuesto que legitima a sus pretensiones. Sobre este aspecto se pronunció el laudo arbitral proferido para resolver las diferencias entre Conviandes y el Invías del 7 de mayo del 2001 (22), que el tribunal transcribirá por considerarlas pertinentes en relación con lo alegado por la convocante, para sustentar su pretensión:

“Para este análisis el tribunal toma en consideración algunos criterios del derecho comparado que coinciden plenamente con los principios imperantes en nuestro medio, propios del derecho de daños.

De una parte, como aplicación concreta del principio de ejecución de buena fe de los contratos, el derecho europeo continental señala que la parte lesionada, es decir, el acreedor a quien se le ha incumplido una obligación estipulada, debe actuar con diligencia y acuciosidad para reducir, tanto como le sea posible, el perjuicio que ha sufrido. No sobra señalar que esta interpretación está basada sobre un texto normativo esencialmente igual al plasmado en el artículo 1603 de nuestro Código Civil y 871 del Código de Comercio.

Este mismo principio ha sido acogido por el derecho español, en el que la doctrina señala que “quien sufre el incumplimiento del contrato, debe adoptar todas las medidas que razonablemente se encuentren en su mano para mitigar la extensión del daño causado por el incumplimiento y no puede pretender que la otra parte le compense de aquellos daños que no son consecuencia del incumplimiento, si no de su propia falta en la adopción de tales medidas.

“Hay, ante todo, un deber derivado de la buena fe de evitar la extensión de los daños adoptando para ello las preocupaciones que la razonable diligencia exige. Por otra parte, es claro que en un caso semejante se introduce un factor que rompe la relación de causalidad, pues el aumento de los daños no es ya consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, sino de la inacción o de la pasividad del acreedor”.

De otra parte, en el derecho anglosajón está bien cimentado el principio de que cuando un incumplimiento contractual ocurre, la víctima del mismo debe tomar, de manera rápida y razonable, las medidas conducentes a disminuir sus perjuicios, en el entendido de que los gastos y expensas incurridos en la ejecución de tales medidas

le serán reembolsados por la parte incumplida dentro de la indemnización que ordenan los jueces. Esto es lo que se conoce como la obligación de mitigar los daños o “the duty to mitigate the damages”. A este respecto la doctrina considera que el comportamiento diligente de la víctima para reducir sus propios perjuicios es lo que la legitima jurídica y moralmente para obtener la reparación de los mismos, de manera que los jueces analizan con detenimiento las gestiones adelantadas en tal sentido por el perjudicado. Una vez que este ha demostrado que cumplió su obligación de mitigar los deméritos económicos, la parte incumplida puede tratar de demostrar que las medidas adoptadas no fueron razonables.

Este principio del derecho anglosajón también se basa en la ejecución de buena fe como se preconiza en un caso en el que se señaló que “el acreedor lesionado debe proceder razonablemente con el objeto de no estimular indebidamente la generación de los perjuicios causados por el incumplimiento. Para ello se requiere, tan solo, que obre de buena fe y con razonable diligencia”.

Es sin duda necesario —desde el punto de vista ético, social, jurídico y económico— establecer un patrón de conducta que evite la deslealtad y promueva la diligencia y la acuciosidad frente a la causación de perjuicios, pues no es posible admitir la inercia del acreedor afectado, quien se sienta a ver crecer sus propios daños con el convencimiento de que todas las secuelas adversas que se desprendan del incumplimiento del deudor le serán íntegramente reparadas.

Estas pautas de conducta también deben ser observadas plenamente en nuestro derecho por tratarse de una clara y saludable aplicación del principio de la buena fe, plasmado expresamente en nuestro derecho positivo, y condición insustituible para la convivencia social.

El tribunal entiende, por lo demás, que la obligación de actuar con diligencia para reducir los propios daños está implícitamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia nacionales. No otra cosa ponen en evidencia algunas sentencias de la Corte Suprema, en las cuales se limita el resarcimiento del lucro cesante al período normal de “desmovilización”, esto es, al lapso que usualmente se emplearía en la reparación o sustitución del bien dañado. Esto obliga al acreedor a reaccionar con prontitud, pues sabe que el tiempo que exceda ese período razonable corre por su cuenta. Por eso la doctrina ha señalado que “cualquier demora imputable a decisión o culpa de la víctima hace que el lucro cesante de ese tiempo no tenga por qué ser pagado por el demandado”, de manera que dicho lucro por “la inmovilización del bien dañado solo abarca lo que normalmente, en el medio local, tarda una reparación o reemplazo de las mismas características”.

“A juicio del tribunal nada impide que la filosofía que se deja brevemente expuesta informe también la conducta de las partes en materia contractual, con el fin de dejar en claro que cada una de ellas debe hacer, en el momento oportuno, todo lo que sea menester hacer para tratar de minimizar el monto de los perjuicios. No resulta, pues, de recibo, a la luz de la ley y el derecho, que el propietario de un bien que ha sido dañado por un tercero, deje pasar los días, los meses y hasta los años para ordenar la reparación del mismo, pudiendo hacerlo, simplemente porque su negligencia a actuar le puede reportar beneficios invocando el pago del lucro cesante”.

En síntesis, de las explicaciones y comentarios anteriores pueden inferirse dos criterios que para el tribunal tienen una marcada importancia en el presente caso. Según el primero, el principio de ejecución de buena fe de los contratos obliga a la parte que ha sufrido un demérito patrimonial como consecuencia del incumplimiento de su cocontratante, a actuar con celeridad, buen juicio y previsibilidad para aminorar tanto como le sea posible sus propios daños o para impedir su propagación, extensión o permanencia. Es este comportamiento providente el que legitima al damnificado para obtener la reparación de los perjuicios.

De acuerdo con el segundo criterio, quien demanda la indemnización tiene la carga de la prueba para demostrar las actuaciones diligentes que llevó a cabo, enderezadas a reducir los daños, así como su oportunidad y resultados o en su defecto deberá probar por qué no pudo adoptar medidas efectivas de mitigación, o por qué las tomadas resultaron fallidas”.

3.3.3.6. De todo lo anterior, encuentra el tribunal que el tiempo necesario y la diligencia atinentes a la obligación contractual que le imponía al consorcio contratista, elaborar y presentar a Urrá S.A., la factura de cobro pertinente a los reembolsos del pago de los impuestos y gastos de importación, de las maquinarias y materiales relacionados

con la obra del proyecto Urrá I, y mencionados en el contrato CLI-065-85, corresponden a las aleas inherentes a la organización o círculo interno del contratista, y por corresponder a actividades que entrañan un riesgo creado o riesgo beneficio, son imputables exclusivamente al contratista. Así lo consideraron y pactaron las partes en el contrato CCLI-065-85(sic).

Adicionalmente si la convocante sufrió algún daño, este daño dependió de su propia conducta y no es por tanto procedente su resarcimiento, dado que la convocante no probó haber realizado esfuerzo alguno para limitar su perjuicio, y este de haber sucedido tampoco está acreditado en el expediente.

Por lo tanto el tribunal no accede a esta pretensión.

V. Parte resolutive

En virtud de las anteriores consideraciones, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar que no prosperan las objeciones por error grave formuladas por la parte convocada contra el dictamen pericial decretado de oficio por el tribunal, rendido dentro del presente proceso por los expertos ingenieros Óscar Mejía Vallejo y Felipe Estrada Escobar.
2. Declarar que no prosperan los planteamientos defensivos que con alcance de excepción fueron formulados en la contestación de la demanda numerales 3.1. y 3.2.), en relación con las pretensiones 1ª y 2ª de la demanda.
3. Declarar que la fórmula de reajuste de precios estipulada en el contrato CLI-065-85 y sus adicionales, no recoge debidamente los aumentos de costos del contratista en relación con los insumos de la obra debidos al incremento legal de tasas, tarifas o contribuciones, incluyendo la modificación de los sujetos o actos gravados, por los conceptos tributarios de IVA, cotizaciones denominadas parafiscales del ISS, ICBF y reconocimiento de horas recreativas para los trabajadores.
4. Como consecuencia de lo resuelto en el numeral anterior declarar que procede el restablecimiento del equilibrio económico del contrato y sus adicionales, por los aumentos de costos sufridos por el contratista por conceptos del incremento legal de tasas, tarifas o contribuciones, incluyendo la modificación de los sujetos o actos gravados, por los conceptos tributarios de IVA, cotizaciones denominadas parafiscales del ISS, ICBF y reconocimiento de horas recreativas para los trabajadores, en cuanto no hayan sido compensados por el mecanismo contractual de reajuste, a partir del primero (1º) de enero de 1996 y hasta el momento en que se terminen las obras, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.
5. Declarar que las actas de amigable composición suscritas los días 16, 22 de febrero y el 22 de abril de 1996 y/o el convenio adicional 1 al contrato CLI-065-85 y su adicional, con su respectivo anexo 1, no implicaron una modificación al contrato en relación con el señalamiento de los ítem de obra sujetos a posible revisión de precios debido a la variación de las cantidades de obra, en aplicación de lo estipulado en la cláusula sexta del contrato CLI-065-85.
6. Declarar que, en consecuencia, cabe la revisión de precios de aquellos ítem incluidos en la cláusula quinta del contrato CLI-065A-93, que modificó la cláusula sexta literal f) del contrato CLI-065-85, no recogidos por el anexo 1 del convenio adicional 1 al contrato CLI-065-85 y al contrato adicional CLI-065A-93, y que la cláusula 6ª literal f) del contrato CLI-065-85, tal como quedó reformada por la cláusula quinta del contrato CLI-065A-93, mantiene su vigencia, y por lo tanto es aplicable en relación con todos los ítem que menciona.
7. Declarar que prospera parcialmente el planteamiento defensivo con alcance de excepción, propuesto en la contestación de la demanda (num. 3.3), en relación con la tercera pretensión de esta, por lo cual no se accede a ella.
8. Ordénase el registro de este laudo, ante la Cámara de Comercio de Bogotá.
9. Sin costas a cargo de ninguna de las partes.

10. Con cargo al rubro de protocolización, registro y otros, protocolícese por el presidente el expediente en una notaría pública del Círculo de Bogotá, una vez ejecutoriado el presente laudo.

11. Expídanse sendas copias auténticas del presente laudo con destino a la Procuraduría General de la Nación y a cada una de las partes.

Notifíquese y cúmplase.

El laudo anterior quedó notificado en audiencia a los apoderados de las partes y la secretaria hizo entrega de copia auténtica del mismo a cada uno de ellos con las anotaciones de ley.

El tribunal fijó la fecha del próximo veintinueve (29) de mayo de los corrientes a las 12:00, para celebrar la audiencia en que se decidirá sobre las solicitudes de adición, aclaración o corrección, en caso de que ellas se presenten.

No habiendo más asuntos que tratar el tribunal dio por concluida la audiencia y para constancia se firma la presente acta por quienes intervinieron en ella.
