

Tribunal de Arbitramento

Concay S.A. y Constructora Ineconte Limitada

v.

Instituto Nacional de Vías - Invías

Abril 20 de 2005

Laudo Arbitral

Bogotá, D.C., abril 20 de 2005

Surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991 y la Ley 446 de 1998 para la debida instrucción del trámite arbitral, en la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el tribunal de arbitramento profiere el presente laudo conclusivo del proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias entre Concay S.A. y Constructora Ineconte Limitada parte convocante, y el Instituto Nacional de Vías, Invías, parte convocada, surgidas con ocasión del contrato de obra 0767 celebrado el 3 de diciembre de 1999, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

## **1. Antecedentes.**

### **1.1. El contrato.**

Las partes celebraron el 3 de diciembre de 1999, el contrato de obra 0767, cuyo objeto consistió en la obligación por parte del contratista de ejecutar para el instituto, por el sistema de preciso unitarios con ajustes, “las obras necesarias para la construcción y pavimentación de los sectores ORRAPIHUASI – K24 + 500 y K32 +000 – K38 + 500 de la carretera Altamira Florencia”.

### **1.2. El pacto arbitral.**

Las controversias que se deciden mediante el presente laudo se originan en el contrato de obra 0767 celebrado el 3 de diciembre de 1999, en cuya cláusula vigésima primera, se pactó la siguiente cláusula compromisoria:

“Cláusula vigésima sexta. Arbitramento. Cualquier controversia que surja entre las partes a causa de este contrato en relación directa o indirecta con el mismo, se resolverá en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá de acuerdo con las siguientes reglas: 1) El tribunal estará integrado por tres árbitros, designados de común acuerdo por las partes o, si las partes no logran acuerdo, designados por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá; 2) La organización interna, las tarifas, costos y honorarios del tribunal estarán sujetos a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá; 3) El tribunal decidirá en derecho; 4) El tribunal de arbitramento será conducido en idioma castellano y estará sujeto a la ley colombiana y su procedimiento será regido por el Decreto 1818 de 1998 y demás normas que lo modifiquen o deroguen; 5) El tribunal funcionará en Santafé de Bogotá, D.C., en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá”.

Mediante comunicaciones de fechas 23 de marzo de 2004 las partes modificaron la cláusula compromisoria, en el sentido de designar de común acuerdo un solo árbitro (fls. 55 a 58 del cdno. ppal. 1).

### **1.3. Partes procesales.**

#### **1.3.1. Parte convocante.**

La parte convocante de este trámite está conformada por las sociedades Concay S.A. y Constructora Ineconte Limitada.

a) Concay S.A., compareció a través del señor Luis Fernando Carrillo, representante legal, condición que consta en

el certificado de existencia y representación de la sociedad expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá que obra en el expediente.

b) Constructora Ineconte Limitada, compareció a través del señor Édgar Portilla Burbano, representante legal, condición que consta en el certificado de existencia y representación de la sociedad expedido por la Cámara de Comercio de Pasto que obra en el expediente.

Las sociedades convocantes se encuentran representadas judicialmente por el doctor Daniel Benavides Sanseviero, según consta en el poder que obra a folios 23 y 24 del cuaderno principal 1.

### **1.3.2. Parte convocada.**

Instituto Nacional de Vías, Invías, representada por el doctor Vladimir Fernández Andrade, en su calidad de jefe de oficina jurídica según consta en las resoluciones 244 del 17 de julio de 2003, 003895 del 3 de octubre de 2003, así como en el acta de posesión 000036 del 17 de julio de 2003, documentos que obran a folios 38 a 48 del cuaderno principal 1.

En el presente proceso arbitral la entidad se encuentra representada judicialmente por el doctor Alonso Hernán Peñaranda Lache, de acuerdo el poder otorgado en el curso de la audiencia de nombramiento de árbitros, llevada a cabo el día 9 de febrero de 2004 (fl. 37 del cdno. de pbas. 1).

### **1.3.3. Llamadas en garantía.**

a) HMV Ingenieros Sociedad de Responsabilidad Limitada H.M.V Ingenieros LT, compareció a través del señor Rafael Ignacio Patiño Buitrago, representante legal, condición que consta en el certificado de existencia y representación de la sociedad expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá que obra en los folios 142 a 144 del cuaderno principal 1.

b) Paulo Emilio Bravo y Cía. Ltda., compareció a través del señor Manuel José Bravo Fernández en su condición de representante legal de la sociedad, tal y como consta en el certificado de existencia y representación de la sociedad expedido por la Cámara de Comercio del Cauca que obra en los folios 155 a 157 del cuaderno principal 1.

En el presente proceso arbitral se encuentran representadas judicialmente por el doctor Carlos Alberto Parra Satizabal, de acuerdo con los poderes que obran a folios 146 y 154 del cuaderno principal 1.

## **1.4. Trámite.**

1.4.1. Con fundamento en la cláusula compromisoria, la parte actora presentó el 11 de diciembre de 2003 solicitud de convocatoria a tribunal de arbitramento y demanda arbitral contra el Instituto Nacional de Vías, Invías (cdno. ppal. 1, fls. 1 a 22).

1.4.2. En la reunión de nombramiento de árbitros, llevada a cabo el día 23 de marzo de 2004, las partes designaron de común acuerdo al doctor Jesús María Carrillo Ballesteros, como árbitro único, quien aceptó oportunamente (cdno. ppal. 1, fls. 37 y 61).

1.4.3. En audiencia celebrada el 11 de mayo de 2004, con la presencia del árbitro único designado y de los apoderados de las partes, se instaló el tribunal de arbitramento; se designó como secretaria a la doctora Camila de la Torre Blanche, quien tomó posesión de su cargo ante el presidente del tribunal.

1.4.4. La solicitud de convocatoria se admitió mediante auto 2 del 17 de mayo de 2004, proferido por este tribunal. En dicha providencia se ordenó correr traslado de la demanda y de sus anexos, por el término de diez (10) días, al Instituto Nacional de Vías, Invías.

1.4.5. Con fecha 17 de mayo de 2004, se notificó personalmente la admisión de la solicitud de convocatoria y demanda arbitral y de ella y de sus anexos se corrió el traslado por el término legal al doctor Alonso Hernán Peñaranda Lache, apoderado general del Instituto Nacional de Vías y al señor agente del Ministerio Público (cdno.

ppal. 1, fls. 72 y 73).

1.4.6. El 1º de junio de 2003 el Instituto Nacional de Vías, Invías, contestó la solicitud de convocatoria, con expresa oposición a las pretensiones (cdno. ppal. 1, fls. 74 a 105). Así mismo, presentó escrito de llamamiento en garantía frente a las sociedades H.M.V. Ingenieros Sociedad de Responsabilidad Ltda. H.M.V. Ingenieros LT y Pablo Emilio Bravo y Cía. Ltda. (cdno. ppal. 1, fls. 74 a 95).

1.4.7. Por secretaría se efectuaron el día 24 de junio de 2004 las notificaciones personales a los doctores: Daniel Benavides Sanseviero en su condición de apoderado judicial de la sociedad Concay S.A. y Constructora Ineconte Ltda.; Alonso Hernán Peñaranda Lache en su condición de apoderado judicial del Instituto Nacional de Vías, Invías y Alejandro Peñaranda Narváez en su condición de agente del Ministerio Público.

1.4.8. En escrito recibido el día 29 de julio de 2004, el apoderado de la parte convocada solicitó al tribunal que procediera a notificar a las sociedades llamadas en garantía (HMV Ingenieros LT y Paulo Emilio Bravo y Cía. Ltda.).

1.4.9. El día 2 de agosto de 2004, la secretaría del tribunal informó, mediante comunicaciones enviadas por correo certificado, sobre la existencia del trámite arbitral y previno a la sociedades HMV Ingenieros LT y Paulo Emilio Bravo y Cía. Ltda. para que por medio de apoderado o representante, se notificaran personalmente del auto 3 de fecha 22 de junio de 2004, dentro de los cinco días siguientes al recibo de la respectiva comunicación, en la dirección que en ella se señala.

1.4.10. El día 5 de agosto de 2004, por secretaría se notificó personalmente al señor Samuel Hoffman Pinilla en su calidad de representante legal de la sociedad HMV Ingenieros LT, quien aportó el certificado de existencia y representación legal de dicha sociedad, adjuntándose al acta.

1.4.11. En escritos presentados los días 12 y 18 de agosto de 2004, la sociedad HMV Ingenieros LT, por conducto de apoderado, manifiesta que adhiere al pacto arbitral dentro del presente proceso. Al escrito se adjunta poder para actuar en el presente proceso.

1.4.12. En escrito presentado el día 2 de septiembre de 2004, la sociedad Paulo Emilio Bravo y Cía. LT, por medio de apoderado, manifiesta que el escrito presentado el día 18 de agosto ante este tribunal, debe entenderse como presentado por la sociedad Paulo Emilio Bravo y Cía. Ltda. y no por la sociedad HMV Ingenieros Ltda., por cuanto esta ya había presentado escrito en el que manifestaba adherir al tribunal. Manifiesta en dicho escrito que Paulo Emilio Bravo y Cía. LT, también adhiere al tribunal. Al escrito se adjunta el certificado de existencia y representación de la sociedad Paulo Emilio Bravo y Cía. Ltda., así como el poder para actuar en el presente proceso.

1.4.13. Mediante auto 6 del 21 de septiembre de 2004, se corrió traslado a las sociedades llamadas en garantía del escrito de demanda y del llamamiento en garantía, quienes presentaron su respuesta mediante escrito del 28 de septiembre de 2004 (cdno. ppal. 1, fls. 192 a 201).

1.4.14. El día 14 de septiembre de 2004, se surtió el traslado de las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada. Sobre ellas se pronunció la parte convocante por medio de escrito recibido el 22 de octubre de 2004.

1.4.15. Por auto 6 del 21 de septiembre de 2004, notificado en audiencia a los señores apoderados de las partes y al señor agente del Ministerio Público, se fijaron las sumas correspondientes a honorarios del árbitro, de la secretaría, de administración y protocolización, entre otros.

1.4.16. Con fecha 8 de noviembre de 2004 se surtió la audiencia de conciliación y agotada se declaró fracasada, por lo cual, enseguida se dio inicio a la primera audiencia de trámite (cdno. ppal. 1, fls. 232 a 248).

#### **1.4.17. Primera audiencia de trámite.**

El 8 de noviembre de 2004 a las 8:00 a.m., mediante acta 9, se dio inicio a la primera audiencia de trámite dándose lectura a la cláusula compromisoria acordada en la cláusula vigésima primera del contrato de obra 0767 de 3 de

diciembre de 1999, modificada por las partes a través de comunicaciones de fecha 23 de marzo de 2004, a las cuestiones sometidas a decisión arbitral expresadas en la solicitud de convocatoria y demanda, a la contestación formulada por la parte convocada, al llamamiento en garantía presentado por esta y a las respuestas dadas por las llamadas en garantía.

En esa misma fecha y hora, el tribunal, mediante auto 10, se declaró competente para conocer y decidir en derecho todas las controversias patrimoniales comprendidas en la demanda, en su contestación y en el llamamiento en garantía formulado, así como de las contestaciones al mismo.

#### **1.4.18. Audiencias de instrucción del proceso.**

Definida la competencia del tribunal, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes mediante auto 11 proferido en la audiencia del 8 de noviembre de 2004, (cdno. ppal. 1, fls. 244 a 247).

El presente proceso se llevó a cabo en 17 audiencias, en las cuales se asumió competencia, se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas, se recibieron los alegatos de conclusión y se profirió este laudo. En audiencia celebrada el 22 de febrero de 2005, el tribunal citó a las partes el día 20 de abril de 2005, para audiencia de fallo (cdno. ppal. 1 fl. 322).

#### **1.4.19. Pruebas decretadas y practicadas.**

Por auto 11, acta 10, el tribunal de arbitramento, en audiencia realizada el 8 de noviembre de 2004, decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

##### **1.4.18.1. Documentales.**

Se ordenó tener como pruebas los documentos presentados y numerados en la demanda, numeral 10.1. de pruebas (cdno. ppal. 1 fls. 19 a 20) y aquellas contenidas en el escrito mediante el cual se pronuncia respecto del traslado de las excepciones propuestas por la parte convocada y las sociedades llamadas en garantía. Igualmente, los documentos presentados y numerados en la contestación de la demanda, (fl. 86 del cdno. ppal. 1) y en el llamamiento en garantía (fl. 95). Se incorporaron documentos en respuesta a los oficios librados.

##### **1.4.18.2. Oficios.**

Para los fines de la demanda y a solicitud de parte se ordenó oficiar a:

- Instituto Nacional de Vías.
- Consorcio Hidroestudios S.A. – Paulo Emilio Bravo & Cía. Ltda.
- (\*) Superintendencia Bancaria.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística.
- Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, Ideam.
- Instituto Nacional de Vías, subdirección de la red nacional de carreteras.

##### **1.4.18.3. Testimonios y declaraciones de parte.**

En las oportunidades procesales señaladas se practicaron los testimonios y declaraciones de:

Paulo Hernán Bravo Fernández, 22 de noviembre de 2004.

Ómar Genaro Realpe Rosero, 22 de noviembre de 2004.

Maira Bonilla Ramos, 14 de diciembre de 2004.

Édgar Vera Rodríguez, 19 de noviembre de 2004.

José Ignacio Narváez Mora, 19 de noviembre de 2004.

Jaime Hernando Duarte Duarte, 19 de noviembre de 2004.

#### **1.4.19. Audiencia de alegatos de conclusión.**

Concluida la etapa probatoria, los señores apoderados de las partes, así como el señor agente del Ministerio Público, en audiencia del día 22 de febrero de 2005, expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron los correspondientes escritos (cdno. ppal. 1 fls. 321 a 383).

En síntesis los interesados expusieron sus razones de hecho y derecho así:

##### **1.4.19.1. Alegato de la parte convocante.**

El señor apoderado de la parte convocante solicitó al tribunal un pronunciamiento favorable a las pretensiones incoadas en la demanda, para cuyo efecto, delimitó la controversia respecto de la responsabilidad del Instituto Nacional de Vías al no pagar los ítems efectivamente ejecutados en la obra y corroborados por la firma interventora, frente al contrato de obra pública 0767 de 1999, sosteniendo los siguientes argumentos:

- a) En cuanto a los derrumbes ocurridos por fuera del objeto contractual, se afirma que el Consorcio Concay-Ineconte efectuó la remoción de los derrumbes localizados entre el K24+000 al K32+000, derrumbes que se produjeron con ocasión de la fuerte ola invernal ocurrida en el sector de la carretera Altamira Florencia, atendiendo expresas órdenes de la interventoría.
- b) En relación con el costo del personal en receso, en virtud de la paralización de la operación por espacio de 14 días mientras se adelantaban los trabajos de remoción de derrumbes en el K24+000 al K32+000, se afirma que dicha reclamación fue reconocida por la firma interventora, en el acta del 12 de mayo de 2001, previas las revisiones adelantadas por dicha firma con base en las planillas de nómina y personal. Así mismo que la interventoría, reconoció que el personal administrativo y algunos de operación por efecto de la paralización de los trabajos debían ser cancelados por fuera del AIU.
- c) Del acervo probatorio resulta claro que el muro que estaba siendo construido en el K33+040 y en el que se encontraban fundidos sus cimientos o zapatas, (el acero para izarlo que se encontraba colocado) fue derribado por los deslizamientos de tierra, generando un sobre costo reconocido en el acta del 12 de mayo de 2001 suscrita por la interventoría y la contratista.
- d) La necesidad que tuvo el contratista de estabilizar el terreno con la compactación de materiales granulares, para así permitir el avance de las obras contratadas, condujo a la pérdida del material de mejoramiento (base y subbase). Afirma la punto que el valor de dicha pérdida fue reconocido por la interventoría en el acta del 12 de mayo de 2001.
- d) El valor del transporte de material desde donde se tenía el almacenamiento hasta el sitio donde lo colocaron finalmente, fue analizado, estudiado y cuantificado por la interventoría.
- e) Se reconoció por parte del director de interventoría el valor de los sobrecostos en que incurrió el contratista por efecto de la construcción del canal perimetral que se construyó para canalizar las aguas que atravesaban el botadero del material que se retiró de la vía.
- f) Que la interventoría estuviese presente en la zona, haya verificado la realización de las obras que fueron ordenadas de manera verbal y luego por escrito, y que finalmente haya cuantificado los valores de las mismas, es un hecho que demuestra la realidad contractual.
- g) Así mismo se hace una precisión en cuanto la parte demandada trató de asimilar los “imprevistos del contrato” con los “hechos imprevistos” ocurridos con posterioridad a la celebración del contrato. Se afirma que una cosa son los imprevistos entendidos estos como un factor más de los costos indirectos en los cuales puede incurrir el contratista al momento de ejecutar una determinada obra en circunstancias normales, lo cuales serán reconocidos en la medida en que exceda la cuantía de los imprevistos señalados para cada precio unitario, y otra cosa, muy

distinta, son los actos, hechos o situaciones sobrevivientes, extrañas a las partes del negocio.

#### **1.4.19.2. Alegato de la parte convocada.**

El señor apoderado de la parte convocada solicita en su escrito de alegatos que sean negadas las súplicas de la demanda, y que en su lugar se declaren probadas las excepciones propuestas, toda vez que no existen fundamentos de hecho o de derecho para alegar la responsabilidad del Instituto Nacional de Vías por negarse al pago de conformidad con las pretensiones. Se fundamenta en los siguientes puntos:

- a) El contratista al momento de hacer el análisis de precios unitarios para su oferta, tenía conocimiento de los diseños, los pliegos de condiciones y los precios a proponer. Dentro del pliego de condiciones estaba establecido que el contratista al recibir los diseños del dicho canal, tenía un plazo prudencial dentro del cual debía manifestar tanto a la interventoría como al Invías las observaciones y objeciones a que hubiera lugar, término dentro de cual no se hizo manifestación alguna. Por lo tanto las obras ejecutadas fueron de común acuerdo entre el Invías y el consorcio y que los costos de las mismas fueron cancelados por la entidad en su totalidad.
- b) Frente a la remoción de derrumbes, manifiesta el apoderado de la parte convocada que por haber ocurrido estos en una vía de acceso al frente de trabajo, no se encuentran contenidos en el contrato de obra. Los costos de mantenimiento de dicho acceso estaban a cargo del contratista constructor, de conformidad con lo establecido en los pliegos de condiciones.
- c) Los pagos solicitados en relación con el stand by del personal asignado, no resultan procedentes por tratarse de personal de oficina, administración y un directivo, y no de personal involucrado directamente en la ejecución de la obra y si fuese este tipo de personal tampoco sería procedente el pago, toda vez que está probado que el mismo se envió a descanso compensatorio.
- d) En cuanto al acero perdido en las obras ya terminadas y destruidas por los derrumbes, manifiesta que si este se perdió por la ola invernal, su costo debe ser asumido por el contratista, de conformidad con lo previsto en el numeral 4.21 del pliego de condiciones.
- e) La necesidad de realizar el mejoramiento de la base y sub-base fue considerado por el mismo contratista y en ningún momento por la necesidad de cumplir con la obligación contractual según lo dispuesto en el contrato, por lo que no hay lugar a pagar dichas obras. Tampoco se entiende como el interventor hizo el cálculo y valoró el material de mejoramiento, cuando dichos materiales no eran parte de las obras que se estaban ejecutando.
- f) Aduce el apoderado de la parte convocada frente al valor del transporte de material necesario para las obras ejecutadas en que pudo incurrirse, que no se probó por parte de convocante a qué título debe pagarse y que en todo caso no se debe por encontrarse comprendido dentro de los precios unitarios del contrato.

#### **1.4.19.3 Alegato de la parte llamada en garantía.**

El señor apoderado de la parte llamada en garantía, manifiesta en relación con los argumentos de la convocada lo siguiente:

- a) En cuanto a la instrucción de abrir paso: que dicha instrucción por sí misma no implicaba el reconocimiento de los sobrecostos reclamados, y que le corresponde al contratante, con el concurso y soporte dado por la interventoría, tomar la decisión de si hay lugar o no al reconocimiento mencionado.
- b) En lo que tiene que ver con la suscripción del acta del día 12 de mayo de 2001, manifiesta que la misma corresponde solamente a una valoración que conjuntamente el interventor y el contratista hicieron de los sobrecostos en que el contratista pudo haber incurrido por los conceptos señalados en la demanda, sin que ello pudiera ser entendido como una decisión final, toda vez que el Invías es quien exclusivamente tiene estas atribuciones.

Frente a los argumentos de la convocada manifestó lo siguiente:

- a) Respecto del alcance de la instrucción de abrir paso incluía claramente la necesidad de remover derrumbes, pues

de lo contrario no hubiera sido posible permitir el paso que en últimas trajo como consecuencia la posibilidad de continuar las obras sin mayores sobrecostos para el Invías.

- b) En lo que tiene que ver con los sobrecostos del canal perimetral la interventoría, en cumplimiento de su deber contractual y legal, se limitó a estimar, valorar, verificar y comunicar, el valor de los mismos, para darle al Invías los elementos necesarios que le permitieran tomar una decisión sobre el reconocimiento y pago de los mencionados sobrecostos, de donde no existe responsabilidad alguna de la interventoría, respecto de la existencia y pago de los sobrecostos estimados.
- c) En general el apoderado de la parte llamada en garantía advierte que de no haberse realizado las obras ello hubiese implicado perjuicios por el incumplimiento contractual, imputables al contratista por el atraso de la obra y para el Invías por los sobrecostos que se hubieran generado.
- d) El llamado en garantía manifiesta que en ningún momento la interventoría omitió la información al Invías sobre los hechos que ocasionaron las obras como sobre la realización de las mismas.
- e) En cuanto al reconocimiento de sumas de dinero por parte del interventor, alega su apoderado que la valoración que se hace en el acta de 12 de mayo de 2001, que no implica una decisión final ni aceptación, ya que esta compete al Invías.

#### **1.4.19.4. Alegato del Ministerio Público.**

Manifiesta el señor agente del Ministerio Público en sus alegatos de conclusión, “que sí se sucedieron hechos de fuerza mayor como la ola invernal, y el contratista ante este hecho repentino actuó oportunamente y en consecuencia deberá procederse en armonía con lo establecido en el pliego de condiciones en el punto 4.21, Ley 80 de 1993, artículo 4.8, 5.1, 27, que consagra el derecho a la equivalencia económica del contrato cuando esta resulta alterada por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables al contratista”.

Agrega que “Visto lo anterior esta procuraduría se inclinaría a acceder parcialmente a las pretensiones del convocante, advirtiendo que el contratista deberá asumir los sobrecostos resultantes, tales como los correspondientes a lucro cesante, pérdida de materiales, equipos y otros elementos de su propiedad”.

#### **1.5. Audiencia de fallo.**

El tribunal, por auto 17 proferido en la audiencia llevada a cabo el día 22 de febrero de 2005, acta 16, señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo que se realiza (cdno. ppal. 1 fls. 321 a 322).

#### **1.6. Término para fallar.**

De conformidad con el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, cuando las partes no señalan el término para la duración del proceso arbitral, será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, “al cual se adicionarán los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso”.

El tribunal se encuentra en término para fallar, conforme a las siguientes circunstancias:

- a) El día 8 de noviembre de 2004 se realizó la primera audiencia de trámite, asumió competencia y decretaron las pruebas solicitadas por las partes.
- b) A solicitud conjunta de las partes el proceso se suspendió en las siguientes fechas: 18 de diciembre de 2004 al 1º de febrero de 2005, ambas fechas inclusive; y entre el 23 de febrero y el 19 de abril, ambas fechas inclusive, para un total de 67 días hábiles.
- c) Adicionados los días de suspensión del proceso, el término vence el 18 de agosto de 2005 y, por tanto, el tribunal se encuentra en la oportunidad legal para proferir el fallo.

#### **1.7. La demanda y su contestación.**

### **1.7.1. Pretensiones.**

Las pretensiones incoadas son las siguientes:

“Primera. Que se declare el incumplimiento por parte del Instituto Nacional de Vías, Invías, del contrato de obra pública 0767 del 3 de diciembre de 1999 celebrado entre dicho Instituto y el Consorcio Concay S.A. – Constructora Inecon - Te Ltda., por cuanto, el Invías no ha reconocido y pagado al contratista los valores que a continuación se relacionan y que se causaron a su cargo, de conformidad con el contrato de obra pública y sus documentos modificatorios:

- a) El valor por el sobrecosto causado en la ejecución del canal perimetral en el botadero ubicado en el K32+000 de la carretera Altamira – Florencia;
- b) El valor de la remoción de derrumbes ocasionados por efecto de la ola invernal de mayo de 2000, y la consecuente apertura de la vía para tener acceso a las obras de explanación entre el K32+000 a K38+500;
- c) El valor del stand by del personal asignado a la obra de construcción del contrato 0767 de 1999;
- d) El valor del acero perdido en las obras ya terminadas y destruidas por los derrumbes;
- e) El valor de material de mejoramiento (base, subbase, etc.) perdido por extracción de derrumbes;
- f) El valor del transporte de material necesario para las obras ejecutadas.

Segunda. Que como consecuencia de la declaración solicitada en la pretensión anterior, se condene al Invías a pagar la suma básica de \$ 108.000.000, por las actividades ya determinadas de conformidad con lo estipulado en el “acta de acuerdo”, suscrita en Florencia (Caquetá) el día 12 de mayo de 2001 entre la interventoría del proyecto y la firma contratista.

Tercera. Que se condene al Instituto Nacional de Vías al pago de intereses remuneratorios, a la tasa más alta permitida por la ley contados a partir de la suscripción del acta referida en el numeral anterior, o a partir de la fecha en que el contratista incurrió en las inversiones requeridas para las actividades ejecutadas dentro del contrato 0767 de 1999.

Pretensión primera subsidiaria a todas las anteriores pretensiones. Que se declare que en desarrollo del contrato 0767 de 1999, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías, Invías y el Consorcio Concay S.A. Constructora Inecon – Te Ltda., se dieron hechos o circunstancias imprevistas no imputables al contratista, que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica de dicho contrato en su contra y que, como consecuencia, se condene al Invías al pago de las compensaciones correspondientes, conforme a lo dispuesto por la ley.

Pretensión segunda subsidiaria a todas las anteriores pretensiones. Que se declare que en desarrollo del contrato 0767 de 1999, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías, Invías y el Consorcio Concay S.A. Constructora Inecon – Te Ltda., se dieron hechos o circunstancias que tipifican un claro enriquecimiento sin justa causa por parte de la entidad contratante.

Cuarta. Que se ordene al Instituto Nacional de Vías, Invías, dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, y se le condene al pago de intereses comerciales moratorios sobre el monto de la condena desde la fecha de la ejecutoria del laudo y hasta la fecha del pago efectivo.

Quinta. Que se condene al Instituto Nacional de Vías, Invías, al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho”.

### **1.7.2. Los hechos de la demanda.**

En síntesis las pretensiones están fundamentadas así:

## **Antecedentes generales.**

**Apertura de la licitación 014 de 1994.** El director general del Instituto Nacional de Vías ordenó la apertura de la licitación SCT 025 de 1999, con el objeto de adjudicar el contrato para ejecutar las obras necesarias para “la construcción y pavimentación de los sectores Orrapihuasi - K24 + 500 y 000 – K38 + 500 de la carretera Altamira - Florencia”.

**Pliego de condiciones.** Dentro del pliego de condiciones de la licitación, el Instituto Nacional de Vías consignó las reglas o estipulaciones que habrían de regir la relación contractual que se formara a partir de dicho trámite licitatorio. De entre ellas, el apoderado destaca los numerales 1.2.6. interventoría; 1.2.10. ingeniero residente de obra; 2.10.3.5. evaluación de avance y actualización; 2.21. materiales; 4.4. utilización de materiales producto de excavaciones; 4.13. interventoría técnica de los trabajos; 4.13.1. libro de interventoría; 4.12.2. obras complementarias; 4.14. dirección técnica de las obras y personal del contratista; 4.18. responsabilidad del contratista y normas legales; 4.20. situaciones imprevistas y de emergencia y 4.25 pruebas e inspecciones para la entrega de obras.

## **Desarrollo del contrato y modificaciones al mismo.**

El 23 de febrero de 2000, el subdirector de construcción del Instituto Nacional de Vías, además de impartir su aprobación a las pólizas y certificados de modificación que amparan el contrato 0767 de 1999, ratifica la orden de iniciación dada por esa entidad el día 17 de enero del año 2000.

Teniendo en cuenta que las cantidades de obra inicialmente pactadas en el contrato principal fueron insuficientes para cubrir las metas físicas contractuales hasta el K38+500, así: explanación 1.0 Km, obras de arte entre K35+500 al K38+500; súbase granular 1.0 Km, pavimento 5.7 Km, acordando de igual manera atender requerimientos ambientales como revegetalización, empradización y estabilización de taludes, para lo cual las partes suscribieron el contrato adicional 1, el día 21 de diciembre de 2000, donde se amplió el valor del contrato principal en la suma seis mil cuatrocientos millones de pesos.

Mediante contrato adicional 2, las partes decidieron ampliar el plazo del contrato principal 767-99 hasta el 17 de octubre de 2001, teniendo en cuenta el concepto técnico de la interventoría y la solicitud del contratista, con el propósito de terminar algunas obras. Este documento se suscribió el día 17 de septiembre de 2001.

Con el fin de terminar algunas obras y dar continuidad a las obras de mitigación ambiental proyectadas en el contrato, con el visto bueno de la interventoría y la solicitud del contratista, se acordó ampliar el plazo hasta el 30 de diciembre de 2001 mediante contrato adicional 3, y adicionar el valor del contrato principal en cuantía de dos mil doscientos cuatro millones ochocientos noventa mil seiscientos cincuenta y siete pesos, documento este que se firmó el día 17 de octubre de 2001.

Meses después, el 28 de diciembre de 2001, se hizo necesario prorrogar por cuarta (4) ocasión, esta vez en plazo, el contrato 0767-99, a fin de ejecutar algunas obras faltantes hasta el 10 de febrero de 2002.

Al contrato principal 0767 de 1999, además de los adicionales ya referidos, se le hicieron dos (2) aclaraciones. La primera el 21 de diciembre de 1999 relacionada con temas eminentemente presupuestales atinentes con el parágrafo de la cláusula tercera del contrato principal y, la segunda, firmada el 25 de enero de 2002, en donde se reservaron los recursos necesarios, aclarando la cláusula segunda, en relación con los estimativos para los ajustes no incluidos en el contrato principal.

El 30 de julio de 2002, el contratante y la interventoría recibieron las obras al contratista que tuvieron como propósito fundamental la “Construcción y pavimentación de los sectores Orrapihuasi – K24+500 y K32+500 de la carretera Altamira – Florencia”. En dicho documento, la interventoría manifestó que “La interventoría deja constancia que las obras recibidas cumplen las especificaciones generales de construcción y demás condiciones contractuales de acuerdo a los diseños, planos carteras y estipulaciones especificadas para este proyecto”. Estando igualmente de acuerdo, la entidad contratante, a través del supervisor del contrato, ingeniero Édgar Vera Rodríguez y el supervisor ambiental, Ing. Carlos E. Monroy H, avalaron el contenido con la firma del documento.

Por su parte, el representante legal del consorcio contratista, Dr. José Ignacio Narváez Mora, dejó la siguiente constancia dentro del cuerpo del documento, página 8, que a la letra dice: “El contratista manifiesta que está pendiente de pago por parte del Invías del valor correspondiente a las obras relacionadas en el acta firmada el día 12 de mayo de 2001 con la interventoría del contrato por valor básico de \$ 108.000.000”.

Un año después, el ocho (8) de agosto de 2003, una vez concluido el contrato, las partes suscriben el acta de liquidación final SCT 000156, donde verificaron en que medida y de qué manera se cumplieron las obligaciones reciprocas derivadas de la ejecución del contrato 0767 de 1999.

En el citado documento de liquidación definitiva, concerniente con la ejecución del contrato de obra pública 0767 de 1999, sus adicionales y aclaraciones, antes de suscribirse por parte de los representantes de las entidades y empresas involucradas, el contratista dejó la siguiente anotación en relación con aquellos conceptos de obra ejecutada y demás aspectos relacionados con la misma que considera insolutos:

“Salvedad: el contratista manifiesta que está pendiente el pago para el reconocimiento convenido en acta del 12 de mayo/2001 suscrita con el interventor, valor básico \$ 108.000.000, por el cual se reserva el derecho de reclamar este valor actualizado e intereses”.

Controversia relativa al reconocimiento y pago de remoción de derrumbes, receso de personal, acero perdido por efecto de los derrumbes y su remoción, costo de material de mejoramiento perdido por extracción de derrumbes y acarreos de material. Acta de mayo 12 de 2001.

Esta reclamación hace referencia al reconocimiento de los valores correspondientes a las actividades de remoción de 20.000 m<sup>3</sup> de derrumbes como consecuencia de la fuerte ola invernal de mayo de 2000 en el sector donde se adelantaba la ejecución del contrato 0767 de 1999, K24+500 – K32+500, de la carretera Altamira – Florencia; de los sobre costos en el canal perimetral del botadero del K32+000, el tiempo que el personal asignado a esa obra estuvo en receso, el costo del acero perdido con ocasión de los derrumbes, el costo del material de mejoramiento perdido por efecto de la extracción de derrumbes y por el transporte de los materiales, todas estas adelantadas por el Consorcio Concay – Ineconte Ltda. y aprobadas en su totalidad por la interventoría del proyecto.

En comunicación D30 del 27 de abril de 2000, el Ingeniero Ómar G. Realpe daba cuenta a la interventoría, de los trabajos que se habían adelantado en relación con la remoción de derrumbes desde el inicio de la obra, siendo por todas las partes, es decir, Invías, interventoría, y contratista, conocidas las dificultades que se presentaban en el acceso a los sectores K32-K38+500, donde se estaban ejecutando las obras contratadas. Así mismo, un mes antes de producirse el rerudecimiento de la emergencia invernal, se le había solicitado al representante de la entidad contratante no solo el reconocimiento de las horas maquina utilizadas en la remoción de derrumbes sino también una solución definitiva a tal situación ya que era el único paso posible para el ingreso de personal, maquinaria y materiales al sitio donde debían desarrollarse las obras objeto del contrato 0767 de 1999.

Fue habitual la ocurrencia de derrumbes durante la ejecución de las obras, y de ello dan cuenta las varias comunicaciones en las que se destacó no solo la necesidad inmediata de removerlos sino también la magnitud de los mismos. Prueba de lo anterior son los oficios IR.92.2000, IR.90.2000, fechados el 1º y 7 de junio de 2000, respectivamente, ambos de la interventoría y las comunicaciones D46, D61 y D63, del 8 27 y 27 de junio de 2000, en su orden, emitidos por el consorcio constructor.

En concordancia con lo anterior, y ante la petición formulada por la entonces subdirectora de construcción del INV, Dra. Luz Melida Gamboa Mesa, a través de oficio 014034, solicitando a la interventoría dar respuesta, “a la mayor brevedad”, al oficio del 18 de abril de 2001, dirigido a ese consorcio Interventor por el contratista, se obtuvo respuesta mediante comunicación AF-IDP-105 del 24 de mayo de 2000, (sin duda hay error en el año, no es 2000 sino 2001) firmada por el ingeniero Paulo Hernán Bravo Fernández, director de interventoría, donde declaró que: “... en reunión celebrada en Florencia con el director de obra, Jaime Realpe, acompañado de su residente, se llegó a un valor real de \$ 40.000.000 como sobrecosto en que **efectivamente debió incurrir ese consorcio constructor para llevar a término el canal**” (negrilla fuera de texto).

Después de múltiples reuniones sostenidas por el contratista y la firma interventora, el 12 de mayo de 2001,

llegaron al siguiente acuerdo en relación con la reclamación de los sobrecostos ocasionados con la adecuación del canal perimetral ubicado en el botadero del K32+000 y la remoción de derrumbes, entre otros asuntos descritos así:

“(...).

- Se reconoce al contratista por el sobrecosto en la ejecución del canal perimetral en el botadero del K32+000, un valor de \$ 40.000.000 correspondiente aproximadamente a un 20% del valor de la obra.
- En el caso de la apertura de la vía por causa de la ola invernal, se reconoce los siguientes valores:

* Remoción de derrumbes: 20.000 x 2000	\$ 40.000.000.
* Tiempo receso del personal	\$ 17.000.000.
* Costo de acero perdido	\$ 2000.000.
* Costo de material de mejoramiento perdido por extracción de derrumbes.	\$ 8.000.000.
* Acarreos de material	\$ 1.000.000.
Sub total	\$ 68.000.000.
Todo lo anterior da como resultado un valor total básico de	\$ 108.000.000
	(...)".

A partir de entonces, siendo explícita la aprobación, aceptación y reconocimiento por parte del consorcio interventor, representante de la entidad contratante en la obra, de los sobrecostos determinados en el acta de mayo 12 de 2001, este envío al Invías la documentación que refrendaba el acuerdo suscrito con el consorcio contratista. Así se observa en el memorando remitido al señor ingeniero Édgar Herrera gerente de la zona sur del INV, con fecha 16 de mayo de 2001, en el oficio AF IDP-106 del 25 de mayo de 2001, remitido a la subdirectora de construcción del Invías y en la comunicación AF-IDP-038 del 25 de febrero de 2002, dirigida esta última al subdirector de construcción del Invías, a través de la cual, además de recordarle las anteriores comunicaciones reitera su voluntad de que:

“(...) el INV llegue a una conciliación acerca de los sobrecostos en que este incurrió por la construcción de un canal perimetral por fuera del área de vía, y por reclamaciones que este hizo por perdida de materiales y remoción de derrumbes como consecuencia de una ola invernal de grandes proporciones ocurrida con mayor intensidad el 24 de mayo de 2000 (...”).

El 30 de julio de 2002, se elaboró el acta de recibo definitivo del contrato de obra 0767-99, en donde además de las consideraciones técnicas propias de este tipo de documentos, en la página 8, bajo el título “Valores pendientes de pago”, se dejó la siguiente observación consentida por los firmantes:

“El contratista manifiesta que está pendiente de pago por parte del Invías del valor correspondiente a las obras relacionadas con el acta firmada el día 12 de mayo de 2001 con la interventoría del contrato, por valor básico de \$ 108.000.000”.

A pesar de todo lo anterior, el Invías no entendió la legalidad de la reclamación hecha por el contratista y los acuerdos a que se habían llegado con su representante en la obra, el Consorcio Hidroestudios S.A. – Paulo Emilio Bravo y Cía. Ltda., así como tampoco la imperiosa necesidad de adelantar las actividades ejecutadas por efecto de la ola invernal y las del canal perimetral para terminar las obras contratadas dentro de los plazos establecidos, tal y como se hizo gracias a la diligencia y empeño demostrado por el consorcio contratista, sino que, por el contrario, negó, sin mayor explicación, la posibilidad de acceder al reconocimiento legítimo de los valores adeudados al consorcio contratista.

## **Negativa del Invías al pago de los valores básicos adeudados dentro de las obras ejecutadas en el contrato 767 de 1999.**

No obstante ser claras las reclamaciones presentadas por el consorcio contratista en relación con los sobrecostos asumidos por el menor rendimiento en la colocación del concreto clase “D”, teniendo en cuenta la longitud por fuera de la zona de vía del canal perimetral en el botadero ubicado en el K32+000, por valor de \$ 40.000.000, y la apertura de la vía a causa de la ola invernal cuyos ítems, relacionados en el acta donde fueron reconocidos por el representante de la entidad contratante en el sitio de las obras, llegan a la suma básica de \$ 68.000.000, el Instituto Nacional de Vías, previa solicitud del consorcio contratista para incluir estos valores en el acta de liquidación definitiva no accedió a dicha petición, tal y como consta en oficio 003917 del 12 de febrero de 2003, con fundamento en el concepto emitido a la subdirección de construcción por el funcionario Carlos Arturo Muñoz R, del grupo de contratos, quien señalara:

“En primer lugar, no existe dentro de la documentación aportada la comunicación por parte del interventor o en su defecto por el contratista de las avalanchas y derrumbes presentados con indicación del día y hora de los hechos, situación que debió ser informada al instituto una vez acaecido el hecho, es decir, aproximadamente el 24 de mayo de 2002 y solo se viene a conocer hasta el día 8 de agosto de 2002 según comunicación AF-IDP-119 suscrita por el consorcio interventor.

Segundo, el interventor y/o contratista a través del supervisor debieron solicitar la respectiva autorización por parte del instituto para remover el material del derrumbe y la reconstrucción del canal, situación esta que al parecer no existe.

Se advierte que tanto los derrumbes como el canal se encuentran fuera del parámetro de los trabajos estipulados en el contrato.

Por lo expuesto se considera que los documentos mencionados no sirven de base para reconocer lo posibles sobre costos o entrar a estudiar una conciliación, máxime se repite, que los trabajos enunciados por la interventoría motivo de reclamación presuntamente no cuentan con la autorización por parte del instituto, cuya reclamación se produce meses después de producidos los hechos”<sup>(1)</sup>.

El Invías parte del supuesto de que el instituto desconocía el acaecimiento de derrumbes o avalanchas en la zona del contrato y porque adicionalmente debía contarse con su autorización para adelantar cualquier tipo de obra, lo cual no responde a la realidad toda vez que la Subdirección de Construcción del Invías, el gerente de la zona sur, el supervisor del contrato y la interventoría, todos actuando a nombre de la entidad contratante, estaban no solo enterados de la situación presentada sino que, contrario a oponerse a los trabajos desarrollados por el consorcio contratista, los consintieron y aprobaron, así se corrobora con las múltiples comunicaciones cruzadas entre las partes y, sobretodo, en los acuerdos a que se llegaron mediante acta de mayo 12 de 2001.

El Invías ha incumplido con su obligación, creando una situación de grave perjuicio financiero para el consorcio contratista, negándose constantemente a reconocer este incumplimiento y a resarcir sus efectos.

### **1.7.3. La contestación de la demanda.**

La entidad convocada, al contestar la demanda, manifestó su oposición a todas y cada una de las pretensiones contenidas en esta, manifestó atenerse a la que se pruebe en el proceso y propuso respecto de las pretensiones las siguientes excepciones:

- a) La general de ley.
- b) Contrato cumplido e inexistencia de la obligación.
- c) Falta de previsión del contratista.

Por su parte, el apoderado de la parte convocada, manifestó frente a todos los hechos expuestos en el escrito de demanda, atenerse a lo que se pruebe, efectuando algunas aclaraciones.

#### **1.7.4. El llamamiento en garantía.**

La convocada en su escrito de llamamiento en garantía al consorcio interventor conformado por H.M.V. Ingenieros Sociedad de Responsabilidad Ltda. H.M.V. Ingenieros LT y Pablo Emilio Bravo y Cía. Ltda., solicita “si el Instituto Nacional de Vías debiera responder por la (sic) pretensiones del auto, es el consorcio interventor quien debería asumir dicho pago”.

#### **1.7.5. Contestación de las sociedades llamadas en garantía.**

Las sociedades llamadas en garantía, al contestar la demanda, propusieron respecto de las pretensiones las siguientes excepciones:

- a) La general de ley.
- b) Contrato cumplido e inexistencia de la obligación.
- c) Las que hallare probadas el tribunal.

Frente a los hechos expuestos allí, manifestaron atenerse a lo que se pruebe, efectuando las aclaraciones consideradas como pertinentes, así:

“Al 4.1.3: ... es cierta la afirmación relacionada con el recibo de las obras objeto del contrato 077, de manera conjunta por el contratante y la interventoría, el día 30 de julio de 2002”.

“Al 4.1.4: ...es cierto que entre el interventor y el contratista se suscribieron un documento – acta de 12 de mayo de 2001, en el que el consorcio interventor, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales y observando la diligencia debida, realizó la valoración de los costos en que el contratista pudo haber incurrido por los conceptos señalados en las pretensiones de la demanda, con el fin que el Invías realizara el juicio correspondiente sobre ellos y tomara la decisión a que hubiere lugar de manera autónoma, como le corresponde en su calidad de contratante. (...”).

Así mismo, frente al escrito de llamamiento en garantía manifestaron algunos hechos como ciertos y rechazó los restantes, en los siguientes términos:

Al hecho primero. Reitera lo indicado en la demanda.

Al hecho segundo. Es cierto.

Al hecho tercero. Es falso.

### **2. Consideraciones.**

Atendidos los antecedentes procesales aquí consignados, y oídas las alegaciones de las partes intervinientes, procede el tribunal a decidir la presente causa, previas las consideraciones que se consignan para tal fin, en el siguiente orden:

1. Aspectos doctrinarios y conceptos relativos al contrato administrativo y al contrato de interventoría.
2. Despacho de las pretensiones, del llamamiento en garantía y de las excepciones.
3. Costas.
4. Reembolso de gastos y honorarios del proceso.
5. Parte resolutiva.

#### **1. Aspectos doctrinarios y conceptos relativos al contrato administrativo y al contrato de interventoría.**

## 1.1. El contrato administrativo.

El contrato administrativo es un acuerdo celebrado entre dos personas, del cual resultan obligaciones, que se encuentra sometido a un régimen especial, que constituye un conjunto coherente fundado sobre el respeto a la palabra dada y que difiere del contrato de derecho privado por ciertos aspectos: quien suscribe un contrato administrativo asume la obligación no solamente de no impedir el funcionamiento del servicio público, sino de facilitar el funcionamiento del mismo (Jeze pág. 8).

Como todos los contratos el administrativo tiende en primer lugar a su ejecución, pero también está sujeto a contingencias dentro de las cuales el incumplimiento contractual es un evento especial.

El incumplimiento contractual es un hecho jurídico voluntario que desata la producción de efectos jurídicos previstos ya la ley general, ya en la ley particular que es precisamente el contrato. Efectos consistentes, entre otros, en el deber de reparar los daños antijurídicos causados en virtud suya.

Cumple quien ajusta su conducta al contenido de las prestaciones establecidas en la ley y las estipuladas contractualmente, **incumple quien se sustrae a estos deberes**.

La ley contractual es la norma jurídica (C.C., art. 1602 y L. 80/93, arts. 23, 27, 28, y 32). El incumplimiento es una conducta contraria a derecho, como puntualmente indica la Corte Constitucional en sentencia de 1º de agosto de 1996.

La omisión en el cumplimiento de los deberes legales y contractuales debe ser imputable a quien se endilga incumplimiento, para de allí deducir responsabilidad. Para el efecto se deben atender los principios sobre los cuales se edifica la responsabilidad contractual: la buena fe y la reciprocidad prestacional.

**Incumple pues la parte que no se comporta en los términos contractuales o cuando se sustrae a los deberes derivados de la ley como ocurre cuando la administración ejerce ilegítimamente las potestades públicas o cuando omite restablecer el equilibrio económico del contrato.**

Sobre el incumplimiento de los deberes legales como factor constitutivo de incumplimiento contractual se expresa Escobar Gil en su obra Teoría general de los contratos de la administración pública, pág 513 de la siguiente manera “el incumplimiento por parte de la administración no solo se configura por la no realización de las prestaciones pactadas en el contrato, sino también por no ajustar su comportamiento a las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico...”.

En cuanto a la omisión del deber de restablecer la equivalencia económica del contrato cuando esta se altera por causa no imputable al contratista, necesario es atenerse a los artículos 4.8, 4.9, 5.1, 14 y 27 de la Ley 80 de 1993.

“Es un derecho del contratista dentro de la relación contractual que la administración, en atención a la reciprocidad de prestaciones y a la buena fe, restablezca su esfera patrimonial que ha sido afectada por la ruptura del equilibrio económico. **La no satisfacción del interés jurídico del contratista por parte de la entidad pública significa un incumplimiento de esta, por no ajustar su comportamiento a la obligación que le impone el ordenamiento jurídico de restablecer la equivalencia económica del contrato** cuando esta resulta alterada por la ocurrencia de aleas extraordinarios, y por consiguiente, si lesiona el interés del contratista nace una obligación a su cargo de resarcir los perjuicios como ocurre también cuando se incumple una obligación derivada del contrato. En este sentido, la Corte Constitucional, ha declarado que si la administración incumple el deber de restablecer el equilibrio económico del contrato su conducta es antijurídica pues el contratista tiene derecho a que tal equilibrio sea mantenido, por lo cual debe ser indemnizado, de conformidad con la norma impugnada (L. 80/93, art. 50)”. Corte Constitucional Sentencia del 1º de agosto de 1996 (subrayado fuera texto).

La responsabilidad originada en el incumplimiento atribuido, además por violación de la ley contractual, requiere para su restablecimiento la verificación del daño experimentado por el demandante, daño que tiene la característica de especial, tanto porque nace de la violación de una relación concreta insatisfecha, como porque los contratantes se deben mutua colaboración.

Además del incumplimiento se necesita verificar la existencia de los perjuicios ocasionados por este (sent. 6 de abril de 1990 expediente 5685 Sección Tercera Consejo de Estado). Débese acreditar la cuantía del demérito patrimonial.

**Elemento indispensable para establecer la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento es la relación de causalidad que se debe evidenciar entre la conducta omisiva o positiva del responsable y el daño ocasionado por esta en relación de causa efecto. Su presencia es *conditio sine qua non* para formular juicio de responsabilidad.**

## **1.2. El contrato de interventoría.**

Dentro del genero consultoría, la interventoría es un contrato específico cuyo objetivo es lograr aciertos evitar falencias y equivocaciones relativos a los lineamientos del contrato, particularmente en lo relativo al diseño, cronograma, terreno y términos de referencia. Los elementos que tiene a su alcance para el cumplimiento de su misión, son sus credenciales de idoneidad y el empleo de conocimientos para la verificación de cantidades, medidas, y calidades.

Escola, advierte que el interventor debe lograr de manera determinada el fin del contrato principal, siguiendo planos, diseños, y especificaciones, todo ello tiende a lograr la satisfacción del interés público del mejor modo. De otra parte, la intensidad de las facultades de dirección en la obra pública da lugar a una permanente relación, entre la administración y el contratante por medio de la inspección de obra y del representante técnico destacados por las partes, en cuyo desarrollo la administración ordena recomienda, y formula rechazos y objeciones porque tiene a la vista la obra en ejecución (Héctor José Escola. Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Editorial de Palma, Tomo II Pág. 237).

Es claro entonces que la interventoría definida por el maestro argentino, existe allí bajo la denominación de inspector de obra, en tanto que en el caso Colombiano se duplica la función con la interventoría propiamente dicha y el supervisor de obra destacado por el contratante y que ellos deben tener el control de la ejecución, por su conocimiento diario y por su intercomunicación permanente (administración- interventoría - contratista).

La presencia de la interventoría, lo es de la administración debiendo exigir el estricto cumplimiento de lo pactado para lograr los fines del contrato pero también manifestando su desacuerdo o formulando objeciones o recomendaciones con el mismo fin, por lo cual no puede convertirse en simple invitado de piedra, de modo que eluda responsabilidades o no signifique presencia del contratante como para que pueda exigírsele responsabilidad según los deberes de cada quien.

En Argentina, el inspector de obra, es un funcionario público con un compromiso de lealtad, buena fe, y obligaciones de supervisión y vigilancia a quien se ha entregado confianza y obra en nombre de la administración.

En Colombia la labor del interventor está regulada por el artículo 32 1º y 2º de la Ley 80 de 1993 como un contrato específico de consultoría prestado por expertos especialistas preinscritos y calificados, quienes no podrán dar órdenes verbales sino por escrito, debiendo ser atendidos por el contratista con miras a obtener el fin contratado.

“Es necesario que el interventor elabore las observaciones, instrucciones o conceptos por escrito, para que quede constancia y sirva de prueba de su actuación y efectivo cumplimiento de sus funciones, ello constituye además una necesidad para otorgar al contratista el derecho de defensa y contradicción de sus actuaciones y complementariamente sirve de ámbito de mejoramiento del negocio jurídico estatal” (Parra Parra José E. El Contrato de interventoría Edit. Jurídica Gustavo Ibáñez, colección de estudios breves N° 1 Pág. 56). Quiere esto decir que el escrito es deber y garantía para el interventor, y así mismo apoyo para el contratista, sin que constituya elemento definitivo para el reconocimiento de lo ordenado por el interventor para el bien del contrato y cuya ejecución se pruebe por los medios que tenga a su alcance el contratista.

Cierto es que el contratista no puede introducir inopinadamente, por si y ante si modificaciones al proyecto, aún alegando mejores condiciones económicas ni conveniencias, pero también es cierto que está autorizado para proceder si media la autorización, primera de la administración contratante y también si hay aprobación por parte del interventor o servidor público autorizado, ante una necesidad que se evidencia.

La autorización puede ser expresa, y en algunos eventos tácita porque la administración presente, en compañía del interventor no puede guardar silencio ante la evidente ejecución de una obra que puede ser útil al contrato o no y en ese caso tienen el deber de pronunciarse, ordenar la suspensión o rechazar la ejecución modificada o extraproyecto.

No podrá el contratante pretender que mayores cantidades de obra en un contrato conmutativo constituyan donación del contratista y que habiéndolo aceptado, recomendado o solicitado pretenda no pagar el sobrecosto.

La Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de abril 29 de 1999, expediente 14855 expuso entre otras consideraciones que no es dable considerar que por tratarse de un contrato de obra pública a precio global, el contratista estuviese impedido para reclamar y obtener el reconocimiento y pago de las mayores cantidades de obra que ejecutó en cumplimiento de lo ordenado. Así lo consideró bajo el imperio del Decreto 222 de 1983, y el mismo criterio se mantiene bajo la Ley 80 de 1993. Con firmeza consideró: “En el caso concreto está plenamente demostrado como quedó consignado atrás que la mayor cantidad de obra responde a solicitudes y órdenes de la entidad contratante y **no son por tanto el resultado de una imprevisión del contratista ni mucho menos, originadas en el capricho del mismo**” (resaltado fuera de texto).

Si ello se predica en un caso donde se pacta precio global, no hay razón para desestimar la misma lógica en un caso donde el precio unitario pactado para las cantidades de obra no se avenga con la realidad de circunstancias extraordinarias o sobrevinientes desconocidas y no imputables al contratista.

## **2. Despacho de las pretensiones, del llamamiento en garantía, de las excepciones.**

### **2.1. De las pretensiones.**

Frente a las pretensiones de la demanda, y en el entendido de que la primera formulada será despachada favorable y parcialmente, el tribunal se abstendrá de estudiar las subsidiarias.

En el caso *sub judice*, y para despachar la pretensión primera principal consistente en la declaración de responsabilidad por incumplimiento contractual, se analizarán por separado y se estudiarán en cada caso los elementos constitutivos de una eventual responsabilidad, ello por cuanto la pretensión pide indemnizar por cinco factores que corresponden a hechos que si bien ocurrieron con ocasión de la ejecución del mismo contrato presentan circunstancias especiales.

En cuanto al literal a) de la pretensión primera, es decir la petición del pago “del valor por el sobrecosto causado en la ejecución del canal perimetral en la botadero ubicado en el K32+000 de la carretera Altamira-Florencia”, se tiene lo siguiente:

Desde su inicio el contrato se concibió por el sistema de precios unitarios, concepto que se opone al de precio global. Para el cálculo del costo final se tienen en cuenta, bajo determinadas circunstancias estimadas y conocidas —materiales, distancias, transportes, mano de obra—, los costos directos e indirectos relacionados con las necesidades de la obra descrita en el pliego de condiciones.

La obra contratada contemplaba los botaderos y las obras necesarias para su manejo, que dentro de la práctica usual se sitúan y ejecutan al costado de la vía, pero la obra que origina el reclamo, denominada canal perimetral no estaba en los pliegos, fue diseñada por el interventor y sus planos entregados con posterioridad a la contratación y su ubicación resultó necesaria a 150 metros aproximadamente de la vía principal, lo cual determinó nuevos factores de distancia, de tiempo, de modalidad de transporte y de mano de obra, todo lo cual indica que no podía ser conocido su costo final, como el de los demás ítems concebidos en el pliego, esto si estimados por el contratista dentro del AIU y con dichos elementos estimó y definió sus precios unitarios.

Los precios unitarios estimados para la obra descrita en el pliego, conocida y proyectada normalmente, deben cubrir los “aleas normales” o “imprevistos previsibles” dentro de la ejecución del contrato. Pero cómo aplicar precios unitarios retenidos para una obra determinada a otra sobreviniente y en condiciones sensiblemente diferentes?

En el caso *sub lite* si el canal se hubiese construido a los costados de la vía proyectada dentro de los parámetros usuales para estas obras de ingeniería, los costos no podrían ser otros que los estimados por el contratista y fijados dentro de los precios unitarios preestablecidos, pero la necesidad advertida de la obra apenas enunciada en los pliegos pero ubicada en condiciones y situación por fuera de la práctica usual, en este caso a 150 metros de la vía principal aproximadamente, según lo señalan las pruebas, indica que los sobrecostos deben ser asumidos por el contratante. Se anota que el reclamo no versa sobre los costos de materiales, concretos, sino exclusivamente sobre el factor mano de obra atendida la distancia, las características del terreno y, la modalidad de acarreo manual. Se advierte entonces que respecto del canal es claro que no estaba previsto en su ubicación definitiva, que era necesario construirlo, que se ejecutó en distancia y condiciones por fuera de la cobertura normal y de los límites físicos y financieros que indican los precios unitarios.

Puede decirse en general que el canal constituye en el contrato un “alea imprevisto” y que en lo que corresponde desequilibró la ecuación financiera, que su diseño definitivo no existía al momento de contratar, que en efecto se ejecutó y se recibió, y se pagó, pero en forma incompleta por no estimar el reclamo oportunamente presentado. El Invías no discutió finalmente la necesidad, ni la ejecución real de la obra, pero hasta la fecha no ha reconocido la reclamación en los términos del acta de mayo de 2001, cuando contratista e interventor estimaron que su costo había superado el precio unitario y que en la pretensión de la demanda se estima en un 20% adicional a lo facturado por ese concepto.

En la pretensión primera de la demanda se reclama el valor del sobrecosto causado por la ejecución del canal perimetral y el pago de dicho sobrecosto de conformidad con lo estipulado en el acta de acuerdo del 12 de mayo de 2001 suscrito por la interventoría y la firma contratista. Para resolver se consideran a continuación los elementos probatorios aportados en el siguiente orden:

a) El acta que aparece al folio 458 del cuaderno de pruebas 1 dice en la pertinente: “Se reconoce al contratista por el sobrecosto en la ejecución del canal perimetral en el botadero del K32+000 en un valor de \$ 40.000.000 correspondientes aproximadamente a un 20% del valor de la obra”.

La escueta manifestación del acta, no obliga al Invías aunque constituye un elemento probatorio de singular importancia que integrado con otras pruebas puede aportar la plena convicción acerca de la afirmado y de lo pedido por el actor.

b) En efecto, según el pliego de condiciones, correspondía al contratista y al interventor, en el numeral 2.10.3.5. “Evaluar conjuntamente a intervalos mensuales la ejecución de la obra a partir de la última actualización”; y en el numeral 4.20 se consignó que para situaciones imprevistas, se tendrían como tales a (...) “b. Circunstancias desconocidas de naturaleza especial que difieran sustancialmente de aquellas inherentes a obras de la naturaleza de las previstas en el pliego de condiciones” y que “si el contratista reclamare compensación por el trabajo de emergencia el **interventor comprobará** que no fue motivado por defectos de construcción ni por negligencia de aquel en tomar las medidas necesarias de protección, **para que el Instituto haga el pago** de las obras correspondientes de acuerdo con las estipulaciones del numeral 4.12, de obras adicionales y complementarias” (la negrilla es nuestra).

Pliego y contrato indican que el Invías delega en el interventor **la comprobación de lo ocurrido en la ejecución del contrato con la finalidad de pagar de acuerdo con lo pactado**.

c) Documentación que refrenda el acuerdo:

- A folio 481 obra el memorando interno del 25 de mayo de 2001, del ingeniero Pablo Hernán Bravo para el ingeniero Édgar Herrera gerente del Invías en la zona Sur 16 de mayo de 2001, en el cual el director de la interventoría en ejercicio de su contrato le da parte acerca de la reclamación del contratista y para el canal perimetral estima el costo adicional en un 20% del costo total, esto es en \$ 40.000.000 y se refiere desde entonces y en el mismo texto a las otras reclamaciones objeto de esta demanda. Se destaca en este memorando la exclusión del reclamo por cables de acero de alta resistencia, que fue negada por la interventoría, así como de otros ítems que consultados al Invías “no se cobraron para evitar desacuerdos y discusiones con el supervisor”. El interventor dejó en claro que no emite concepto definitivo, pues requiere aprobación jurídica por parte del Invías.

- Acta de recibo de 30 de junio de 2002, en la cual se manifestó el reclamo, lo que quedaba pendiente de pago (fl. 459 y ss. del cdno. pbas. 1).
- El acta de liquidación en la cual se reitera la reclamación (fl. 468 y ss. del cdno. pbas. 1).

d) Testimonios:

Édgar Vera Rodríguez, ingeniero especialista al servicio de Invías, en la etapa de liquidación del contrato, al referirse al tema del canal perimetral expresó (fl. 183 del cdno. pbas. 2): “Es decir, el canal perimetral eso si es verificable fácilmente porque allá está el canal construido”, aunque dijo no tener evidencia de los sobrecostos, pero que “esos solo lo puede determinar la interventoría”. Adelante agregó “De la revisión de documentos que he hecho observé que el canal fue ordenado después de iniciado el contrato … Se que se inició después de que se dio orden de iniciación al contrato creo que fue el 17 de enero de 2000, según los documentos del contrato”.

José Ignacio Narváez Mora, fue ingeniero de Ineconte, convocado al proceso, en lo referente a los botaderos y al canal dijo: “Los sitios de depósito son para sacar el material del contrato, el botadero estaba cerca del 24” y agregó que dentro de los diseños estaba incluido el canal perimetral y que la interventoría los entregó después de dos o tres meses “tuvimos que extender el canal era dificultoso porque obviamente era montaña pendiente y eran como 300 metros de canal que se tuvo que hacer”. Interrogado dijo que “sí había dos botaderos…, hubo necesidad de hacer un canal no muy grande, un canal de 2x2 para desviar una quebrada, eso no está inicialmente considerado en el contrato, los sitios de botadero, la interventoría los determinó después igualmente que los diseños”. y concluyó afirmando que eran obligación de la interventoría.

Respecto de la necesidad del canal dijo que “obviamente como el depósito estaba cerca, para canalizar una quebrada con las crecientes si no, pues podía represarse y causar una catástrofe”, ya que allí se depositaron aproximadamente 400.000 mts<sup>3</sup>. Terminó diciendo que el consorcio contratista sí ejecutó el canal y que allí está. Agregó finalmente que el Invías no reconoció lo ejecutado para pago “porque estaba fuera de la obra y aunque se acordó después no quisieron por estar fuera de la influencia de la vía”, y que “inicialmente sí se pactó con los ingenieros residentes y que la relación allá era con la ingeniera Maira Bonilla”.

La ingeniera Maira Bonilla, ingeniera de vías, residente del interventor en el contrato, su testimonio es valorado con fuerza de convicción porque estuvo presente y da cuenta detallada de los acontecimientos relativos a la reclamación. A la pregunta sobre el tema del canal perimetral, diseño, tiempo, volúmenes desplazados y ejecución, respondió. “De hechos eran zonas muy inestables, se cerró totalmente la zona, era un canal de 2x2 totalmente reforzado y realmente sí era un volumen grande, este es el depósito más grande que teníamos, pero no estaba tan a borde de carretera, se tuvo que llevar, mezclamos la grava aparte, la arena aparte, o sea toda la calidad de la obra era muy buena. Se llevaban los materiales, ellos iban haciendo unos frentes, se iba avanzado, las primeras zonas que estuvieron más cerca, pero esta zona realmente el acarreo de los materiales se fueron incrementando y esto era lo que reclamaba…” “Realmente nosotros como interventoría éramos conscientes de que hacer esa obra de esos volúmenes, de esa magnitud fue con unos transportes, unos acarreos que no estaban incluidos realmente en los precios unitarios porque los concretos se considera que se hacen cerca de la vía”.

Interrogada por el señor apoderado de Invías sobre la inclusión en los precios unitarios de todo lo que se va a hacer y en particular lo relacionado con el diseño, dijo: “Lo que sucede es que el contrato tiene dos precios unitarios, se estima que se van a hacer cierta cantidad de obras, pero en este tipo de obras que se salen de la magnitud de lo normal, pues indudablemente se sabe que los contratistas abren (sic) y después presentan sus reclamaciones, eso es aquí y en todas partes”. y Agregó que “es muy difícil cuando se hace una visita para poner una licitación imaginarse todas las cosas que van a suceder y más en este tipo de obras”. Teniendo en cuenta las condiciones geotécnicas, climáticas y la necesidad de los depósitos para botar el material, insistió en que con el transcurrir del tiempo, recorridos y controles se advierte la necesidad de reclamar y no antes porque no se puede prever lo que habrá de suceder. “Después de que ha vivido que le ha costado y que ha sufrido es cuando se genera, y las personas que estamos allí nos damos cuenta de lo que pasa pues somos conscientes porque realmente uno no está ni para quitar ni para darle a nadie sino para ser justo”. y respecto de los precios unitarios dijo que estos son concebidos para la obra genérica y no para una específica, partiendo de un centro de acopio, pues para calcular el costo unitario debe tenerse en cuenta el transporte y la distancia. Finalizó diciendo que cuando se realiza una obra

puntal específica los transportes que como en el caso se cobran, se refieren al traslado de materiales en forma manual porque no se podía hacer con máquina, para su cálculo se toman en cuenta volquetas y jornales hasta una zona que en el caso podía ser entre 150 y 200 metros, por zona de montaña llena de lodo y que en virtud de ello es el sobrecosto.

Ómar Genaro Realpe Roserro que a folio 235 del cuaderno de pruebas 235 en su declaración informó ser ingeniero del consorcio contratista y dice que en la obra se entendían con la Maira Bonilla. y a folio 245 del mismo cuaderno insistió en la premura de la obra así como en la necesidad de ir hablando y ejecutando porque no da espera y que formuló las advertencias y reclamos sin tener la certeza de si le pagaría a no. Dijo que no contratan obra global, que trabajan a precios unitarios, entonces no es lo mismo calcular precio unitario para un gavión de 5 ó 6 metros de vía que hacerlo a 100 metros distante, que no cuesta más el cemento sino el acarreo porque no hay vía de acceso. y a folio 251 dijo “Hay norma del Invías y nosotros lo único que hacemos con la interventoría es ceñirnos a ellos, entonces prácticamente las obras se ejecutan la interventoría mide con el contratista, cuantifica, evalúa los precios unitarios y sale un acta que esa es el acta que va al Invías y el Invías la aprueba, normalmente lo que sale de la interventoría o en las actas que la interventoría han firmado, el Invías las ha pagado”.

Paulo Hernán Bravo Fernández, de la firma interventora aclaró que el acta suscrita en mayo 12 tenía como fin que Invías y contratista se entendieran y que la expresión conciliar tiene dos acepciones, una la de poner fin a un litigio y pagar lo acordado, poner de acuerdo a las partes y la otra, la de “examinar (fl. 260) con cuidado algo para enterarse de su identidad, naturaleza y circunstancias, en ningún caso quiere decir una orden de pago, sino que le repito era, insinuaba yo daba testimonio de que era cierto examinar algo para enterarse de su identidad naturaleza y circunstancias, esa es la definición de conocer (sic)”.

Coincidio con los demás testigos en que era obligación de la interventoría hacer el diseño y en la explicación del sobrecosto debido a la distancia determinada por las necesidades del canal y dijo que el interventor eligió el sitio promedio de distancia específica. Así, “desde luego que el contratista tenía los precios unitarios para trabajar en la obra, entonces las circunstancias de tener que llevar materiales 150 metros pues era lógico que disminuía los rendimientos, entonces la forma de estimar hechos rendimientos era el análisis de precios unitarios, si él tenía en su análisis un rendimiento de 10 metros cúbicos por hora cuadrilla, yo hice la estimación que ese rendimiento podría disminuirse en un 50% por llevar con carretas a esa distancia, entonces en el precio unitario si uno disminuye el rendimiento en un 50%, el valor del concreto se aumenta en un 20%, esa fue la forma de hacer el estimativo en que pudo incurrir el contratista”. Finalizó diciendo **“no le estoy reconociendo ninguna plata al contratista, estoy dando evidencia de que es cierto de que él incurrió en un mayor costo que se tradujo en un 50% de rendimiento por ese mayor valor, por ese mayor trabajo en que efectivamente incurrió, la evaluación que yo hice fue injusta en ese porcentaje”** (negrillas personales).

En estas condiciones el tribunal estima probada la *causa petendi*, esto es el incumplimiento de una obligación debida y el no pago oportuno para el restablecimiento del equilibrio económico roto de la relación contractual.

La pretensión primera literal b) consistente en que se declare el incumplimiento por el pago “del valor de la remoción de derrumbes ocasionados por efecto de la ola invernal de mayo de 2000, y la consecuente apertura de la vía para tener acceso a las obras de explanación entre el k32+000 a k38+500”, trabajo ejecutado en el tramo intermedio entre los dos tramos contratados, se tiene lo siguiente:

Sea lo primero advertir que se evidencia la ocurrencia del susodicho derrumbe, su ocurrencia no se pone en duda así como tampoco su magnitud apta para interrumpir el paso y la utilidad de la vía pública. Así mismo, la remoción reclamada de los 20.000 mts<sup>3</sup> pareció necesaria y fue ejecutada por el contratista, quien dejó constancia de ello ante la interventoría y ante el superintendente de campo destacado por el contratante, con quienes intercambió información y más tarde suscribió un acta en la cual estimaron costos y volúmenes.

Claro es que el derrumbe cuyos costos de remoción se reclaman aconteció fuera del área objeto del contrato. No fue provocado por el uso autorizado de la vía al contratista, sino por la ola invernal que con carácter de extraordinaria, esto es más de lo usual, que se presentó en la región. De conformidad con los pliegos de condiciones, el contratista sí debía mantener la vía, en condiciones útiles, pero ese mantenimiento estaba referido a la no creación de obstáculos y a la preservación del buen estado de la vía para su uso y el de la comunidad. Cosa

distinta es la necesidad de ejecutar obras de carácter diferentes por causas distintas y para fines diversos.

Lo dicho se afirma en el expediente a folio 497 del cuaderno de pruebas 1, donde la ingeniera Maira Bonilla a título de residente de la firma Consorcio Hidroestudios S.A. y Pablo Emilio Bravo y Cía. Ltda., con fecha 1º de junio de 2000, se dirige al consorcio contratista solicita agilizar la apertura del tránsito para el personal de la constructora y la interventoría hacia el tramo K32+000 a K38+500 advirtiendo que el derrumbe está ubicado en el K25+800 a K26+130. Dice textualmente:

“De conformidad con las instrucciones impartidas por el supervisor de obra, los derrumbes del subtramo k24+500 -k32+000, **serán desalojados parcialmente, únicamente se retirará el material necesario para abrir paso** y garantizar la seguridad de los usuarios; ya el instituto adoptará las medidas pertinentes a fin de evacuar la totalidad de los derrumbes” (resaltado fuera de texto).

y para finalizar agrega, “La interventoría estará atenta para su coordinación para asignarle el inspector de obra y determinar la forma de calcular los volúmenes”.

A folio 496 obra la carta de fecha 7 de junio de 2000 de la ingeniera Maira Bonilla Ramos, en la cual ratifica al contratista la necesidad de mantener la limpieza en el tramo no incluido en las metas físicas del contrato, pero no le autoriza el desalojo de esos derrumbes a las zonas de depósitos previstas. En esta comunicación se afirma obrar en atención a las instrucciones impartidas por el supervisor de obra, ingeniero Jaime Hernando Duarte y en consideración a la ocurrencia tanto en cantidad como en magnitud de los derrumbes que se presentaron en el subsector K24+500 -K32+000 como consecuencia de recrudecimiento de la ola invernal en la última semana del mes de mayo, lo que requería una solución de conjunto para ese sector no incluido en las metas físicas del contrato.

En el folio 494 y siguientes consta la comunicación dirigida por el ingeniero residente contratista a su homólogo interventor con la relación adjunta con la horas máquina para apertura de vía por causa de derrumbes en el K24+500 a K32 +000 entre 26 de mayo y el 7 de junio de 2000, para un total de 220 horas. Así mismo en el folio 489, el contratista relaciona las horas máquina día por día desde el 26 de mayo hasta el 21 de junio de 2000 para un total de 261 horas. A este factor inicial de valoración se añade el adoptado posteriormente por la interventoría y el consorcio contratista para hacer el cálculo del sobrecosto, no ya por hora máquina sino por el metro cúbico desalojado cuyo volumen global fue estimado en 20.000 metros cúbicos, a un valor de \$ 2000 mt<sup>3</sup> para un total de \$ 40.000.000, monto que fue consignado en la acta del 12 de mayo de 2001, suscrita por la interventoría y el consorcio contratista en reconocimiento de la obra ejecutada.

Adicionalmente el testimonio de Paulo Hernán Bravo Fernández, ingeniero civil especialista en vías terrestres, consultor de la firma Pablo Emilio Bravo y Cía Ltda. expresa que durante los días 21 y 24 de mayo de 2000 ocurrió una fuerte oleada invernal en la región donde se desarrollaba el contrato 767 de 1999, habiendo sucedido lluvias torrenciales con gran intensidad que provocó derrumbes. Afirmó que la lluvia del día 24 taponó la vía de acceso a las obras, y que al día siguiente que pasaron las lluvias “vinieron ellos y llamaron a la interventoría para ver que se hacía y la respuesta nuestra era actuar con diligencia porque era una vía importante que requería el gobierno, entonces la ingeniera residente por instrucciones del supervisor informó que tenía instrucciones de ordenar el desalojo del derrumbe”.

Interrogado el mismo ingeniero sobre los elementos que consideró para hacer el cálculo del volumen removido expuso:

“En los 8 kilómetros que tiene la vía más o menos en una longitud de 1600 mts se tapó, según el registro que tomó la ingeniera en ese momento, aproximadamente 1600 mts no continuos sino sumados los tramos daba 1600 mts, de estos 1600 mts se dio que donde había todavía derrumbes de este lado aproximadamente, la vía se había tapado completamente, el testimonio que me dieron los inspectores era que había una altura de aproximada de seis metros en este chaflán y más o menos en el lado de acá, por la regla de las cruces para cubicar yo tomé una sección típica, digo, 1600 mts por que no todo estaba tapado, en los 600 mts que me dijeron más o menos un 50% se tapó completamente, esta sección ubicada (sic) me dio 25 mts<sup>2</sup> que en los 800 mts me daba 20.000 mts cúbicos, esta estimación es la que hice para calcular ese volumen, para estimarlo en todo caso yo tenía el testimonio de los

inspectores, de allí salieron los 20.000 mts”.

La ingeniera Maira Bonilla, al punto dijo que “siempre mayo y junio son meses muy lluviosos en la zona”,, “cuando fue específicamente el acontecimiento llovió de manera torrencial, tanto que me acuerdo que en esa madrugada llovía, llovía, llovía demasiado fuerte uno sabe que hay lluvias fuertes pero no tan continuas, tan prolongadas el problema fue la duración, duró lloviendo toda la noche, toda la madrugada, en la mañana salimos temprano a hacer el recorrido, para ver que, y apenas alcanzamos a llegar a adelante del 24 por que ya estaba tapada la vía, la vía se tapó absolutamente y era impresionante ver que los causes pequeños se habían convertidos en unos grandes, realmente ese día fue impresionante, máxime cuando se hizo el recorrido completo porque la magnitud de los derrumbes fue muy grande”. “personalmente he trabajado con muchas empresas en carreteras muy grandes y soy del concepto que si no hubiera sido la firma que estaba con ese ahínco porque era decepción ver que teníamos tan adelantado todo y de un momento a otro llegó un invierno tan terrible y casi lo desbarató todo. Los taludes se desbarataron, las obras que estábamos listos a vaciar se volteó todo, el hierro, todo se dañó y todo lleno de lodo. Los que estaban construyendo allá lo único que hicieron fue mandar a su gente a descansar...”. “Realmente no hubo nada que se hiciera en la obra que no se comentara con el supervisor porque indudablemente no somos autónomos y dependíamos del criterio del supervisor se llamó inmediatamente porque personalmente esa mañana fui, subí allá mire esa magnitud que ya realmente no se podía pasar, llamamos al ingeniero supervisor, le comentamos y lo que se analizo es que la constructora tenía muchísimo equipo... un stand by supremamente costoso y que necesitaba abrir paso”.

En virtud de lo expuesto el tribunal declarará bien probada la causa petendi y declarará la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de la demandada, en los términos que se consignan en la parte resolutiva.

#### **Acero perdido en obras terminadas y destruidas, material de mejoramiento perdido por extracción de derrumbes y valor del transporte necesario para las obras ejecutadas.**

Respecto de los numerales d), e) y f) de la pretensión primera, estos consisten en el reclamo por “el valor del acero perdido en las obras ya terminadas y destruidas por los derrumbes ; e) el valor de material de mejoramiento (Base, subbase, etc.) perdido por extracción de derrumbes; y f) el valor del transporte de material necesario para las obras ejecutadas”.

En cuanto al acero perdido en obras terminadas y destruidas, material de mejoramiento perdido por extracción de derrumbes y valor del transporte necesario para las obras ejecutadas, en forma sucinta la demanda se remite a la pretensión y a una breve referencia en cuanto el acta del 12 de mayo de 2001, suscrita por la interventoría y el contratista se reconoció por dichos conceptos, las sumas de \$ 2000.000, \$ 8.000.000 y \$ 1.000.000 respectivamente.

En el análisis de las pruebas centraremos la atención en la circunstancia extraordinaria constitutiva de fuerza mayor y causante de la pérdida de bienes por los valores reclamados, para la cual nos remitimos a lo expuesto en el ítem de la remoción parcial de los derrumbes y a la preexistencia de dichos materiales, su readquisición y costo.

En primer lugar los factores y los valores reclamados constan en el acta del 12 de mayo de 2001 denominada “acta de acuerdo” y suscrita por la interventoría y el Consorcio contratista por medio de sus ingenieros encargados del asunto. Así mismo, en el acta de recibo y en el acta de liquidación final se dejó constancia expresa de la reserva para reclamar por estos conceptos.

Sobre el particular los testigos se expresaron así:

José Ignacio Narváez Mora representante legal del consorcio para la época del contrato, dijo: “Efectivamente no tengo la fecha precisa, pero los documentos están cuando ocurrió un invierno grande que impedía el acceso al sitio de trabajo del 24 al 38 se impidió el paso y también el invierno ocasionó que una avalancha se llevara parte y contaminara parte de la base, sub-base y se llevara unos muros de contención que están allá construidos dentro del contrato del 24 en adelante”. Agregó que el pago por dicho concepto se fue dilatando y que “llegó el momento de liquidar el contrato y no nos pagaron esa plata, aparecieron otros conceptos, no se si hubo cambios de subdirector o

algún criterio diferente y ya no fue posible que nos reconocieran esa plata”.

Respecto de los efectos dañinos de los derrumbes en las obras ejecutadas, reclamadas y no reconocidas informó: “Si era una base y una sub-base que se contaminó, al caer el derrumbe, es con lodo y todo el tiempo que permaneció se contaminó, eso no sirve como material para soporte de una carretera, el pavimento hubo necesidad de cambiarlo, fueron unos muros con una avalancha se los llevó”. y aclaró que el muro era en concreto reforzado con hierro, especificando que con el factor lluvia y el lodo no es posible remover derrumbes sin afectar los materiales y que contaminados ya no son útiles y que en el laboratorio saben que ya no tienen plasticidad y tampoco son útiles para estabilizar la vía.

Adicionó que el Invías se negaba a pagar porque esos materiales ya estaban incluidos pero que en realidad hubo necesidad de volver a tender base y sub- base y de colocarlas indudablemente. Preguntado por el tribunal sobre la avalancha y sus efectos refirió como se afectó el equipo de invierno, se llevó el muro, el hierro y en general la estructura que estaba adelantada.

Jaime Eduardo Duarte, como supervisor del contrato dijo que le correspondía hacer el seguimiento a su ejecución y coordinaba las solicitudes del contratista, de la comunidad y de la interventoría en coordinación con el encargado del área y que sobre la fuerte ola invernal recibió información por la interventoría acerca del deslizamiento y taponamiento de la vía. Que la interventoría actuaba como representante de Invías en la obra, que recibió los informes de la ingeniera Maira Bonilla, sin darle ningún tipo de orden que se estudiaron varias alternativas. Para afirmar su punto de vista dijo que “los que está en el pliego de condiciones es el vuelo que se da al interventor para poder manejar el contrato y hacerle seguimiento”.

El ingeniero Duarte se remitió al pliego en el numeral 4.20 para sustentar su posición negativa al pago que le fue requerido. Texto que se refiere a las situaciones imprevistas y de emergencia de ocurrencia común en las obras objeto de este contrato, pero como ya se ha visto, se trató de una circunstancia extraordinaria, por lo cual escapa de esta previsión contractual.

En general afirmó la comunicación permanente de la interventoría con el supervisor —funcionario del Invías—.

Omar Genaro Realpe, sobre los derrumbes en el sector del contrato y respecto de la base y sub-base dijo que los materiales afectados por los derrumbes fueron considerables porque “en el momento del desalojo se pierde porque es muy difícil al desalojar separar el derrumbe del piso, siempre se sobre excava y se raspa para poder separar y apoyar” “y en cuanto al muro del kilómetro 33 dio cuenta de su construcción, de cómo era una sección mixta para recuperar la banca que se diseñó y se autorizó un muro, que ya había pasado la excavación y se había colocado el hierro armado cuando ocurrió la avalancha que arrastró todo el hierro”.

Paulo Emilio Bravo preguntado sobre los daños en la base y sub-base de la obra en ejecución dijo “en la parte de arriba había hecho mejoramiento y eso como se fue la banca se dañó en algunos sitios”. “Se tiene evidencia de un muro que estaba en construcción y se dañó” … “se dio una estimación más o menos de lo que se daño más que todo los derrumbes al caer, al retirarlo tienen que quitarle a la banca, pues eso no se puede recuperar, lo que se daña de la banca no se puede recuperar con la silla, porque la silla no da para hacer terraplenes, eso hubo que recuperarlo, lo recuperaron ellos con un material que se llama de mejoramiento , que es un .... se hizo un estimativo”.

Interrogado sobre el acero perdido explicó que estaba construyendo un muro que lo dañó el derrumbe que habían construido las zapatas y estaban levantando los hierros del cuerpo del estribo, que el derrumbe botó todo su cuerpo, dobló el hierro, lo dañó y mandó a la quebrada y que “por testimonio de los inspectores la zapata no sufrió, entonces yo hice la contabilidad del hierro que había colocado en el cuerpo del muro que se dañó, ese hierro según los cálculos sacados aquí del plano fueron 2.038 kilogramos aproximadamente” que a \$ 1.000 da dos millones y pico.

Y sobre el costo del material del mejoramiento perdido por extracción de derrumbes, a solicitud del señor apoderado de Invías explicó que es muy difícil para el operador sacar derrumbe con esos equipos sin que se dañe el material de abajo, que hace la remoción con material de mejoramiento y que todo hubo que recogerse y luego

reponerse que tenían un stock grande de material en la planta de entre 1.000 y 2.500 mts cúbicos, que no estaba medido pero que los inspectores son los ojos del ingeniero y que de allí se estimó el material de mejoramiento.

Explicó los \$ 8.000.000 que reclama por materiales y el \$ 1.000.000 por transporte así: primero porque había tramos en donde deben llegar a la subrasante antes de poner el pavimento y que no estaba el mortero porque se lo había llevado el agua y como no se puede construir terraplenes con esa silla hubo que llenar o hacer terraplenes con un material costoso de río para llegar al nivel de subrasante antes de poner la estructura. Que se hizo una evaluación del material traído desde el río Suaza sin considerar el acarreo, que fue muy poco porque ya tenían unos montones de material en la vía. Por eso se reconoció apenas kilómetro o kilómetro y medio y no los 16 kilómetros desde el río. Sobre la necesidad de dicho materiales afirmó así como sobre el valor del acarreo de \$ 1.000.000 desde donde tenían el stock hasta donde lo colocaron finalmente.

Maira Bonilla de quien se sabe era ingeniera residente de la interventoría aportó claridad en cuanto los derrumbes se presentaron también en los tramos contratados y que la remoción de los mismos llegaba a tocar la parte superior pero que además se contaminó y para qué dejar ese material cuando se estaban utilizando de buena calidad según las especificaciones y además la carretera era inestable. Que cuando se vinieron los derrumbes los taludes estaban sueltos se volvieron lodazales y la contaminación consiste en la penetración de la capa granulada debido a la cual fue necesario retirar parte de esos volúmenes. Respecto del muro aportó la información en cuanto se levantaba en una zona inestable, que trabajaban con gaviones, que se hizo un muro reforzado y que todo se deslizó por la magnitud del alud que llevó consigo todos los hierros. “ya los habíamos revisado, al día siguiente teníamos vaciado, estaban totalmente armados, ya bien amarrados, ya se podía echar el concreto y todo”.

Fue categórica en afirmar la pérdida del acero cuando respondió “yo si estuve allí y sé que se perdió” y sobre la presencia inoportuna de dichos materiales, respondió que eran para la carretera porque se estaba affirmando y mejorando debiéndose, colocar la estructura del pavimento que era a lo que teníamos que llegar. Sobre el valor del acarreo lo estimó en \$ 1.000.000. Que como interventoría no autorizaban nada, todo es porque lo autoriza el supervisor que finalmente es el dueño y que desafortunadamente los órdenes no son todas por escrito sino por teléfono. Explicó que no se manejaba como ahora los correos electrónicos de lo cual queda constancia que en ese tiempo era el teléfono, “entonces sucedió vine de la vía corriendo y otra vez lo que hice fue llamar al ingeniero Paulo Hernán inmediatamente llamar al supervisor y comentarle, seguimos hablando de qué era lo que se iba hacer y se decidió y esa fue la autorización que me dieron, que se hiciera paso”. “Nunca por escrito porque además de la premura qué íbamos a hacer para solucionar el problema”. Dijo en general sobre el manejo de la información y de las decisiones adoptadas *in situ* y *ad hoc*.

La valoración de conjunto de los testimonios, su concordancia y la razón del dicho en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, teniendo en cuenta las funciones y el profesionalismo de los testigos generan la convicción suficientes para estimar favorablemente esta solicitud que hace parte de la pretensión primera de la demanda y así se consignará en la parte resolutiva.

### **Tiempo receso del personal.**

La pretensión primera en su literal c) consigna “El valor del stand by al personal asignado a la obra de construcción del contrato 0767 de 1999”.

En la demanda apenas si se enuncia la pretensión y la refiere en principio al acta del 12 de mayo de 2001.

En los alegatos de conclusión el señor apoderado de la parte convocante manifiesta que dicho receso de personal consiste en “el hecho de haber paralizado su operación por espacio de 14 días mientras se adelantaban los trabajos de remoción de derrumbes entre el K24+000 al K32+000”. Expresa adicionalmente que la interventoría reconoció que dicho personal, que era básicamente administrativo y algunos operadores, debían ser cancelados por fuera del AIU.

Sobre el particular a folios 180 y 181 del cuaderno de pruebas 2 aparecen las planillas del personal al servicio del contratista para los sectores Orrapihuasi K24+500 y sector K32+000- 38+500 especificados mes a mes y por funciones del personal de campo y del personal administrativo.

En relación con dichas planillas el testigo Paulo Hernán Bravo manifestó:

“Nosotros en los informes de interventoría, el ingeniero residente lleva un control preciso del personal que hay en la obra, entonces en ese informe de interventoría que yo ubiqué cogí las dos hojas, el informe presenta el ingeniero de personal que hay en la obra, él presenta por cada frente, dice el cuadro 1, informe de diciembre/2000 que en junio y en mayo de ese año **se quedó en la obra haciendo un trabajo de remoción** un personal administrativo que como no estaba la obra en funcionamiento normal donde hay un AIU sino que estaba paralizada prácticamente ese personal pues tenía que pagarla, el personal administrativo en ese momento no se estaba pagando por el AUI, por la administración, entonces por la relación de personal que estuvo prácticamente parado en la administración tomé los datos de esta gente, de esos personajes y entonces hice la evaluación de cálculo” (resaltado fuera de texto).

Más adelante expresó que se tomó el personal administrativo y algún personal de operadores de bulldózer que aparecen allí involucrados.

Por su parte la testigo Maira Bonilla en relación con este asunto dijo:

“Toda la gente que trabaja del 32 al 38500 se tuvo que ir, operadores, gente que trabajaba en obras eran cantidades porque estábamos construyendo muchísimas obras y operadores porque había muchísima maquinaria, todos se tuvieron que ir solamente quedaron los dos operadores”.

En el libro de obra del contrato que reposa en el expediente, en la anotación correspondiente al día 24 de mayo de 2000, se consignó: “K25+600 a K32+000 se evacuan derrumbes que taponaron la vía por lluvia laboran 2 cargadores 966F el resto del equipo y el personal de la obra no laboran los mandan a descanso”.

Así mismo el día 6 de junio de 2000, en dicho libro se anota que “Regresa personal de la construcción ...”.

En síntesis la reclamación relativa al costo del personal paralizado por cuenta del evento extraordinario, no cubierto por el AIU, se acreditaría en primer lugar por la estimación previa efectuada por la interventoría, valoración que fue consignada en el acta del 12 de mayo de 2001. Pero a esta actuación, en ejercicio de sus funciones el ingeniero Bravo testigo de la interventoría afirmó llevar el control preciso del personal en obra y haber tenido conocimiento de causa cuando expresa, “yo ubiqué cogí las dos hojas”. Obra en el mismo sentido el testimonio de Maira Bonilla, quien sin vacilaciones refirió el envío del personal a descanso y la retención de dos operarios.

Como la reclamación del actor se contrae al costo del personal administrativo y operarios que permanecieron en la obra, y la interventoría consciente de su presencia entre mayo y junio de 2000 para labores de remoción, porque según el dicho del ingeniero Bravo, “se quedó en la obra haciendo un trabajo de remoción un personal administrativo”.

Entonces, siendo consecuente en darle crédito a la interventoría y a la explicación de la pretensión que el apoderado hace en su alegato de conclusión, se evidencia que el personal que permaneció en la obra paralizada, se ocupó de la remoción que reclama la demanda (pretensión primera, literal b) y cuyo pago se ordena en este laudo, en su totalidad y bajo la modalidad de precio por metro cúbico desplazado para la apertura de la vía. El contratista que suscribió el acta de mayo, que se tiene como pieza probatoria para sus reclamos también resulta obligado por la misma y en la medida en que no se discriminó allí, ni se probó en este proceso, cosa distinta, hay que entender que el precio acordado por la remoción de derrumbe por metro cúbico comprende todos los elementos necesarios para su cálculo y por lo mismo no podría suplirse la voluntad de las partes ni desconocer su autonomía expresada con ocasión de las estimación del valor y reconocimiento de los costos, precisamente de la remoción de materiales para lo cual el personal permaneció en la obra para la apertura de la vía.

Tanto la interventoría, como el ingeniero Realpe del consorcio contratista coinciden en que el personal administrativo y operativo que permaneció en la obra lo hizo para la apertura de la vía. (Testimonio de Realpe fl. 237 del cdno. de pbas. 2, testimonio Ingeniero Bravo, fl. 270 del mismo cdno.).

En estas condiciones el tribunal no encuentra fundamento probatorio suficiente para decretar el incumplimiento y

pago del concepto reclamado y echa de menos mayor diligencia procesal de la parte actora en aportar claridad y coherencia entre la pretensión y su sustento en el alegato de conclusión.

### **Intereses y actualización.**

De conformidad con lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, serán actualizadas las sumas que corresponden a las reclamaciones aceptadas, es decir la suma de noventa y un millón de pesos (\$ 91.000.000), a la fecha más próxima a esta providencia, es decir al 20 de abril de 2005, (CPC, art. 191 modificado por la L. 794/2002), de acuerdo con la metodología aplicada por el Consejo de Estado, actualización que corresponde a la suma \$ 113.874.514.

Así mismo se reconocerán intereses, desde el 12 de mayo de 2001 y hasta la fecha efectiva del pago, en la modalidad de remuneratorios sobre las sumas que corresponden a las reclamaciones aceptadas, en interés legal del 6%, teniendo en cuenta que las partes solo pactaron intereses moratorios del 8%, de conformidad con la jurisprudencia reiterada de la jurisdicción contencioso administrativa (Consejo de Estado, Sentencias de 14 de febrero de 2002 Radicación número: 13001-23-31-000-1991-7829-01 Consejero Ponente, María Helena Giraldo; 26 de abril de 2001 Radicación número: 12917, Consejero, María Helena Giraldo; 13 de julio de 2000. Radicación número: 12513. Consejero: Doctora María Helena Giraldo; 15 de junio de 2000. Radicación número: 10963 Consejero Ricardo Hoyos; 22 de febrero de dos mil uno 2001, Radicación número: 13682. Consejero Ricardo Hoyos. 27 de julio de 2000, expediente 12168. Consejero: Germán Rodríguez; 26 de febrero de 1996. Radicación número: 11.246, Consejero: Daniel Suárez; 28 de mayo de 1998. Radicación número: 10539. Consejero: Ricardo Hoyos Duque, y 20 de febrero de 1998. Radicación número: 11.101. Consejero: Ricardo Hoyos Duque y Sentencia del 17 de mayo de 2001, expediente 13.635. Sección Tercera Consejo de Estado, Consejero: Ricardo Hoyos Duque). Dichos intereses a la fecha de laudo ascienden a la suma de \$ 16.552.228.35.

### **2.2. Del llamamiento en garantía.**

En el caso *sub lite*, el consorcio interventor ajustó su conducta a las obligaciones contraídas según su contrato con la administración. Su presencia en el frente de trabajo, destacando a los ingenieros Maira Bonilla y Paulo Hernán Bravo, quienes recibían información del contratista y la compartían con los supervisores del Invías, suministrando los informes verbales y escritos de que da cuenta la documentación que obra en el expediente, constituye pruebas de su cumplimiento contractual.

La actuación se proyectó en cuanto al seguimiento periódico del desarrollo del contrato y en particular a la ejecución y entrega del diseño del canal perimetral no previsto en los pliegos, ejecutado con su aquiescencia y la de la administración, por la necesidad del mismo y sin protesta suya ni la de la administración, en la ubicación que mejor convenía y en las circunstancias que imponía la situación geográfica.

La interventoría dio cuenta de los derrumbes y de su magnitud, tanto en los tramos del contrato como en el tramo intermedio y facilitó con sus conocimientos técnicos la evaluación de la catástrofe, la medición de su costo y la realidad de la ejecución de los movimientos de tierra efectuados, su necesidad y su finalidad.

Así mismo la interventoría da testimonio y fe acerca de las condiciones extraordinarias y fuera de lo normal, de la ola invernal, que permiten al tribunal calificarlas como constitutivo de fuerza mayor, con carácter de imprevisible tal hecho y de allí, por no ser imputable al contratista, reconocer costos y ordenar el pago de la remoción parcial ejecutada por el contratista, así como de las pérdidas de materiales, base, sub-base, hierro, transporte adicional.

Finalmente el Invías llamante en garantía fue parco en intentar siquiera probar culpa o negligencia de la interventoría, en tanto que se acreditó fehacientemente la actividad del interventor en la constatación de los hechos y en la valoración de los mismos y aunque el acta por el suscrita es pieza probatoria fundamental, en ella y en todas las comunicaciones relativas al asunto dijo expresamente que reconocía pero no decidía sobre el pago, porque ello correspondía al Invías. Por lo tanto, no prospera el llamamiento en garantía y así se consignará en la parte resolutiva.

### **2.3. De las excepciones.**

Como excepción planteó el Invías la de “Contrato cumplido e inexistencia de la obligación” y la de “Falta de previsión del contratista”.

Considera demostrado que al contratista se le pagó la totalidad de los costos en que incurrió en la ejecución del contrato, con los imprevistos que fueron presentados en un porcentaje 8% por el contratista, de donde se desprende que el Invías canceló \$ 1.402.877.277.57, suma suficiente para cubrir lo reclamado reclama “que se ordene la devolución de la suma restante para mantener el equilibrio financiero a favor del Instituto Nacional de Vías”.

Como quedó demostrado en el análisis pormenorizado de cada uno de los factores que integran la pretensión primera y en particular los de los literales a, b, d, e y f, que el contratista incurrió en unos costos extraordinarios que no se encuentran dentro del porcentaje de imprevistos que hace parte del AIU y por tanto el Invías incumplió con la obligación legal de restablecer el equilibrio económico contractual.

De otra parte la manifestación del Invías relativa a la culpa del contratista que consistiría en alegar su propia torpeza para “obtener un mayor beneficio al que real y contractualmente tiene derecho”, se quedó en simple afirmación huérfana de toda prueba.

En cuanto a la petición de devolución de la suma que considera restante a favor del Invías, de considerarlo seriamente, ello habría sido objeto de una contrademanda y de una pretensión que no puede formularse técnicamente por vía de excepción.

No obstante lo dicho, y por la particular circunstancia de carecer la prueba plena para la estimación favorable de la pretensión primera, literal c) conforme en su lugar se analiza, prospera parcialmente en cuenta inexistencia de la obligación referida al reclamo por el receso de personal.

La excepción denominada “Falta de previsión del contratista” la hace consistir en “la falta a su debida diligencia pues debió conocer las características del sitio, cantidades, la localización y naturaleza de la obra, transporte, mano de obra, zonas de botaderos, las vías de acceso al sitio y las instalaciones..., las condiciones del ambiente y en general sobre todas las circunstancias que puedan afectar o influir en su propuesta”. Expresamente acude al pliego de condiciones en su artículo 4.5 según el cual corren por cuenta del contratista los trabajos necesarios para no interrumpir el servicio en las vías públicas usadas por él y en las vías de acceso que comparta con otros contratistas. Considera que las lluvias de la región no eran desconocidas y que ellas no dan lugar a suspensiones y menos a indemnizaciones.

Ya se analizó al momento de despachar las pretensiones, cómo la oleada invernal, sí tuvo la entidad para erigirla en fuerza mayor y que por su carácter extraordinario no previsible y que sus efectos no pueden correr a cargo del contratista, razonablemente.

En general el señor apoderado del Invías quiso controvertir las razones del actor a fin de obtener una absolución para la entidad representada y desplegó su actividad puntual así:

Se opuso al reconocimiento y pago de la remoción parcial del derrumbe por considerar que este ocurrió en el tramo no contratado, que era obligación del contratista efectuar dicho trabajo según el pliego de condiciones y que del acontecimiento extraordinario no se dio aviso escrito al Invías.

Al punto conviene contestar que de acuerdo con lo probado, primero ocurrió un evento con características de fuerza mayor, que es cierta su ocurrencia en un área fuera de la contratada, pero que su remoción convenía a la ejecución del contrato y que no se trataba de una simple labor de limpieza y mantenimiento, esa sí a cargo del contratista, sino de la remoción de unos volúmenes que interrumpieron absolutamente el paso para el contratista y para la comunidad. Tiene razón el señor apoderado en cuanto no se efectuó una remoción total y en el concepto técnico de la expresión, esto es la limpieza y adecuación de la vía y el traslado del materiales a los botaderos, con el cumplimiento de las prescripciones ambientales. No es menos cierto, que sí hubo movimiento de volúmenes en forma parcial, apenas 20.000 metros cúbicos, útiles para abrir la vía, lo demás fue contratado por el Invías con terceros. Se atendió la urgencia y la necesidad únicamente. El contratista, atendió con diligencia y con la aquiescencia e instrucción verbal inicial de la interventoría. El lugar donde se desarrollan los hechos explican el escrito posterior, que en todo caso no faltó y que como se aclara en el acápite de la interventoría el escrito es una

garantía antes que una obligación y menos un requisito para el pago de lo ejecutado probadamente y debido. Vale la pena recordar que el Invías no protestó por la ejecución de las obras sino solamente por el pago.

Se opuso al reconocimiento del sobrecosto referido al canal perimetral, porque la preconcepción de los botaderos de materiales siempre implica la construcción de un canal y porque considera que dicho sobrecosto, debe ser enjugado por el AIU contractual y por tanto no se debe haber reconocimiento por ese aspecto.

En efecto, en toda construcción de carreteables los movimientos de tierra necesarios implican la determinación de depósitos de materiales, botaderos y canales. En el caso, naturalmente se previeron a los botaderos en el pliego de condiciones, y sus obras connaturales, pero el diseño definitivo fue entregado por el interventor con posterioridad, atendida la necesidad y una vez conocida la ubicación física requerida lo cual implicó su construcción en condiciones distintas del “alea normal”, y que ello no les son aplicables los precios unitarios concebidos contractualmente. y tratándose de una necesidad si bien conocida, no valorada en su realidad sino posteriormente, constituye un “alea extraordinario” que no se aviene con el concepto de imprevisto que integra el AIU. Este se refiere y cubre las ocurrencias y exigencias de las vicisitudes normales de un contrato, pero no cubre situaciones extraordinarias y de la magnitud reclamada como sobrecosto en la construcción del canal perimetral.

Se opuso al reconocimiento y pago del valor de los materiales, base, sub-base, hierro y transporte de estos elementos perdidos en la avalancha porque en su criterio, dichos elementos estarían expuestos, en sitio y tiempo inoportunos si se atiende un cronograma de obras, con lo cual habría culpa del contratista.

No se puso en tela de juicio, la preexistencia ni la pérdida de los factores reclamados, se pretendió endilgar culpa al contratista, quien por su parte, más bien evidencia actividad y desarrollo diligente, con “ahínco” en palabras de la Ing Maira Bonilla, miembro del equipo interventor. Por lo demás, la fuerza mayor, de suyo era imprevisible, e irresistible, y por lo mismo no pueden radicarse sus efectos económicos en quien no debe soportarlos.

Adicionalmente, los materiales de que se trata, depositados con un fin determinado y los instalados en ejecución del contrato, son del contratante, y es regla general que las cosas perecen para su dueño. De igual modo ante la fuerza mayor habrían perecido, aún bajo la custodia del contratista y se habrían perdido para el dueño.

Finalmente, se opuso al reconocimiento y pago del denominado stand-by del personal administrativo destacado en el campamento, por considerar que los pliegos previeron las cesaciones por lluvia y que en esa medida no puede el contratista cobrar un ítem en circunstancias contractuales que exoneran al contratante.

De conformidad con los elementos de que dispone el tribunal por lo expuesto al momento de estudiar la pretensión primera, literal c), no se reconoce el pago del denominado stand by del personal administrativo en cuanto su permanencia obedeció a remoción de derrumbes y su costo de calculó por metro cúbico sin discriminación de sus componentes.

Finalmente es del caso advertir, que los testigos no fueron tachados por la parte demandada ni reargüidos por falsedad; tampoco hubo negativa expresa en cuanto a la realidad de la remoción del alud, ni a la pérdida de materiales, ni al sobrecosto en el canal perimetral, respecto de todo lo cual la oposición se centro en la interpretación del contrato y de las obligaciones legales.

### **3. Costas.**

El tribunal, con fundamento en los párrafos 2º y 3º del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, considerando que las pretensiones prosperaron parcialmente, y que la conducta procesal de ambas partes ha sido ética, diligente y transparente, se abstendrá de imponer condena en costas. Así mismo, tampoco se impondrá condena en costa en relación con el llamamiento en garantía, a pesar de que las pretensiones del mismo no prosperan, toda vez que encuentra el tribunal que la conducta del Invías, como ya se dijo fue ética, transparente y diligente, y que en controversias contractuales dicha condena en costas está condicionada a una actuación temeraria o abusiva (Sentencia de 18 de febrero de 1999<sup>(2)</sup> del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera).

### **4. Reembolso de gastos y honorarios del proceso.**

Fijada la suma que corresponde a los gastos del proceso correspondientes a la demanda principal, detallados en el acta 6, del 21 de septiembre de 2004, la parte convocada no sufragó el cincuenta por ciento (50%) que de acuerdo con lo prescrito por el artículo 22 del Decreto 2279 de 1989, a ella correspondía pagar, motivo por el cual la parte convocante, en ejercicio del derecho que le otorga la misma disposición, canceló por cuenta de aquella dicho valor.

Teniendo en cuenta que no existe en el proceso prueba de que la parte convocada haya reembolsado a la parte convocante el valor que le correspondía pagar por concepto de gastos y honorarios del proceso, ni que se haya iniciado proceso de ejecución en contra de la convocada, se impone dar aplicación al inciso tercero del artículo 22 del Decreto 2279 de 1989 que señala:

“De no mediar ejecución, las expensas por gastos y honorarios pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para liquidar costas. A cargo de la parte incumplida se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que efectivamente cancela la totalidad de las sumas liquidadas a su cargo. El tribunal podrá en el laudo ordenar compensaciones”.

Ha debido, entonces, la parte convocada pagar la mitad de la suma establecida en la referida acta 6. Empero, como no lo hizo, tiene derecho la convocante, a que se le reembolsen dichos gastos y honorarios y que se le reconozca en su favor la sanción moratoria que está contemplada en la norma transcrita, o sea los intereses moratorios a la tasa más alta autorizada, que se liquidan desde el día siguiente al vencimiento del plazo de los diez días que se tenían para consignar, es decir del 6 de octubre de 2004, hasta el momento en que efectivamente cancele la totalidad de las sumas liquidadas a su cargo.

Así las cosas se tiene que la siguiente es la liquidación de reembolso de gastos y honorarios en favor de la parte convocante.

#### **A. Honorarios del árbitro, la secretaría y gastos del tribunal**

Honorarios del árbitro	\$ 3.627.750
IVA 16% aplicable a los honorarios del árbitro	\$ 580.440
Honorarios de la secretaría	\$ 1.813.875
IVA 16%	\$ 290.220
Gastos de funcionamiento y administración- cámara de comercio de Bogotá	\$ 878.000
IVA 16%	\$ 140.480
Protocolización, registro y gastos	\$ 485.400
Total	\$ 7.816.165
Total a cargo de cada parte	\$ 3.908.082.50
Total pagado por la parte convocante	\$ 7.816.165
Total a reembolsar a la parte convocante por la convocada	\$ 3.908.082.50

El anterior valor ha de pagarse junto con los intereses a la máxima tasa moratoria autorizada, desde el día 6 de octubre de 2004 hasta cuando se haga efectivo el respectivo pago, intereses que a la fecha de este laudo ascienden a la suma de \$ 534.238.

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida “Protocolización, registro y otros”, se ordenará su devolución si a ello hubiera lugar. En el evento de que la suma disponible a la fecha no resulte suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente, que debe ordenarse en el laudo, el valor faltante deberá ser sufragado por partes iguales, es decir terceras partes, por la convocante, la convocada y las sociedades llamadas en garantía.

## 5. Parte resolutiva.

Por las consideraciones anteriores, el tribunal de arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia por habilitación de las partes y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Declarar el incumplimiento por parte del Instituto Nacional de Vías, Invías, en el contrato de obra pública 767 del 3 de diciembre de 1999, celebrado entre dicho instituto y el Consorcio Concay S.A. – Constructora Ineconte Ltda., por no haber pagado el valor que corresponde a los conceptos que en seguida se relacionan:

Sobrecostos causado en la ejecución del canal perimetral en el botadero ubicado en el K32+000 de la carretera Altamira- Florencia; remoción de derrumbes; acero perdido en obras ya terminadas; materiales de mejoramiento perdido por la extracción de derrumbes y transporte de material necesario para las obras ejecutadas.

Segundo. Negar el incumplimiento por parte del Instituto Nacional de Vías, Invías, en el contrato de obra pública 767 del 3 de diciembre de 1999, celebrado entre dicho Instituto y el Consorcio Concay S.A. – Constructora Ineconte Ltda., referido al no pago del valor que corresponde al concepto de stand by del personal asignado a la obra de construcción de dicho contrato, como se pide en la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

Tercero. Como consecuencia de la declaración contenida en el numeral primero de esta providencia condenar al Instituto Nacional de Vías, Invías, a pagar a favor de las sociedades Concay S.A. y Constructora Ineconte Limitada la suma de noventa y un millones de pesos (\$ 91.000.000) que actualizada asciende a la suma total de ciento trece millones ochocientos setenta y cuatro mil quinientos catorce pesos (\$ 113.874.514).

Cuarto. Sobre la anterior suma se reconocen intereses remuneratorios del 6%, desde el 12 de mayo de 2001 y hasta el momento del pago efectivo. Dichos intereses a la fecha de este laudo ascienden a la suma de diez y seis millones quinientos cincuenta y dos mil doscientos veintiocho pesos con treinta y cinco centavos (\$ 16.552.228.35).

Quinta. Negar las excepciones formuladas en la contestación de la demanda, con la salvedad relativa a la pretensión primera, literal c) de conformidad con la parte considerativa pertinente de este providencia.

Sexto. Negar el llamamiento en garantía por las razones expuesta en la parte motiva de esta providencia.

Séptimo. Abstenerse de condenar en costas en el presente proceso. Sin perjuicio de lo anterior condenar al Instituto Nacional de Vías a cancelar a título de reembolso por los gastos y honorarios causados en el presente proceso arbitral en cuantía de tres millones novecientos ocho mil ochenta y dos pesos con cincuenta centavos (\$ 3.908.082.50) a favor de las sociedades Concay S.A. y Constructora Ineconte Limitada, suma que causará intereses moratorios a la máxima tasa moratoria comercial desde el 6 de octubre de 2004 hasta cuando se efectúe su pago efectivo, intereses que a la fecha de este laudo ascienden a la suma de quinientos treinta y cuatro mil doscientos treinta y ocho pesos (\$ 534.238).

Octavo. Ordenar la expedición de copias auténticas del presente laudo con destino a cada una de las partes y al señor agente del Ministerio Público, con las constancias de ley (CPC, art. 115-2 ).

Noveno: En firme este laudo, protocolícese por el árbitro único del tribunal en una notaría de esta ciudad, de conformidad con el artículo 159 del Decreto 1818 de 1998, con cargo al rubro de protocolizaciones, efecto para el cual se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare, si la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente o si resultare mayor se devolverá lo pertinente, según la liquidación final de gastos.

Notifíquese y cúmplase.

Esta providencia queda notificada en estrados.

*Jesús María Carrillo Ballesteros*, presidente.

*Camila de la Torre Blanche*, Secretaria.

---