

TRIBUNAL ARBITRAL

DE

ICM INGENIEROS S.A. Y OTROS

CONTRA

INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIA

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014)

El Tribunal Arbitral conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre (i) **ICM INGENIEROS S.A.**, (ii) **CASTRO TCHERASSI S.A.**, (iii) **LEMOINE RIVERA INGENIEROS ASOCIADOS LTDA.**, como parte convocante, y el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIA**, parte convocada, después de haber surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, en la Ley 23 de 1991, en la Ley 446 de 1998, en el Decreto 1818 de 1998 y en el Código de Procedimiento Civil, profiere el presente laudo arbitral con lo cual decide el conflicto expuesto en la demanda y su contestación, previos los siguientes antecedentes y preliminares.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES

I. PARTES Y REPRESENTANTES

La parte convocante en este Trámite Arbitral está conformada por las siguientes sociedades:

- (i) **ICM INGENIEROS S.A.**, sociedad legalmente constituida mediante escritura pública No. 4133 de la Notaría 29 de Bogotá, del 12 de mayo de 1994, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, representada

legalmente por el señor **Luis Guillermo Mesa Sanabria**, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá¹.

- (ii) **CASTRO TCHERASSI S.A.**, sociedad legalmente constituida mediante escritura pública No. 1136 de la Notaría 4^a de Barranquilla, del 7 de junio de 1960, con domicilio principal en la ciudad de Barranquilla, representada legalmente por el señor **Jaime Ignacio Castro Vergara**, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla².
- (iii) **LEMOINE RIVERA INGENIEROS ASOCIADOS LTDA.**, sociedad legalmente constituida mediante escritura pública No. 262 de la Notaría 44 de Bogotá del 7 de febrero de 1992, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por el señor **Germán Lemoine Ayala**, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá³.

En este trámite arbitral la parte convocante está representada judicialmente por el abogado **Gustavo Castilla Castilla**, de acuerdo con el poder visible a folios 38 y 39 del Cuaderno Principal No. 1 y a quien se le reconoció personería mediante auto No. 1 de fecha 31 de agosto de 2012⁴.

La parte convocada en este proceso arbitral es el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS (en adelante la convocada o INVIAS)**, establecimiento público del orden Nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, constituido y organizado por medio del Decreto 2171 del 30 de diciembre de 1992, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por la señora **Andrea Carolina Álvarez Casadiego**, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, según Resolución No. 2827 del 30 de mayo de 212 y Resolución 26142 de junio de 2011⁵.

En este trámite arbitral la parte convocada estuvo inicialmente representada judicialmente por la abogada **Ruth Carolina Blanco Alvarado**, de acuerdo con

¹ Folios 42 a 44 C. Principal No. 1

² Folios 45 a 51 C. Principal No. 1

³ Folios 40 y 41 C. Principal No. 1

⁴ Folio 159 del C. Principal No. 1

⁵ Folios 163 y 167 a 169 del C. Principal No. 1

el poder visible a folio 176 del Cuaderno Principal No. 1 y a quien se le reconoció personería mediante auto No. 1 de fecha 31 de agosto de 2012⁶.

Sin embargo posteriormente, la doctora Blanco presentó renuncia al poder que le fuera conferido por lo que la convocada designó como apoderada a la doctora **Janeth Molano Villate**, según escrito que obra a folio 336 del Cuaderno Principal No. 1, a quien el Tribunal reconoció personería para actuar mediante auto No. 13 de 31 de mayo de 2013⁷.

II. EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral que sirve de fundamento al presente arbitramento se encuentra contenido en la cláusula 44 del Contrato No. 1724 de 2004 celebrado entre las partes el 19 de noviembre de 2004, modificada mediante el literal "f" del documento denominado "*Acta de modificación de cláusula compromisoria, fijación de honorarios y designación de árbitros*"⁸ de fecha 14 de junio de 2011, cláusulas que a la letra disponen:

Contrato No. 1724

"CLÁUSULA 44. CLAUSULA COMPROMISORIA

Las partes acuerdan que cualquier disputa o controversia que surja entre ellas en relación con el contrato, y que no esté atribuida por el presente contrato a la amigable composición, o no cuente con un mecanismo de solución previsto por el Contrato, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento, incluyendo pero sin limitarse a las que se deriven de su celebración, cumplimiento, terminación y liquidación, y se ceñirá por las siguientes reglas: (a) Estará integrado por tres (3) árbitros; (b) La organización interna del Tribunal, estará sujeta a las reglas estipuladas para éste propósito por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. (c) LA remuneración total de cada árbitro equivaldrá, como máximo a seis meses de salario Básico del Director General del INVIA del momento en el cual se presente la solicitud de composición del Tribunal. La remuneración del Secretario del Tribunal será la mitad de la remuneración de un (1) árbitro. (d) El Tribunal funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., y (e) El Tribunal fallará en Derecho. En la medida en que las normas legales así lo exijan, las disputas relacionadas con la aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación

⁶ Folio 159 del C. Principal No. 1.

⁷ Folio 344 del C. Principal No. 1

⁸ Folios 1 y 2 del C. de Pruebas No. 1

unilateral, no podrán ser sometidas a arbitramento. Las partes acuerdan que para obtener una sentencia de cualquier tribunal con respecto a la ejecución del laudo arbitral emitido en el proceso arbitral del que trata esa Cláusula, es necesario convertir a cualquier otra moneda cualquier cantidad adeudada por este Contrato, se utilizará la TRM del día del pago.”⁹

Acta de modificación de cláusula compromisoria, fijación de honorarios y designación de árbitros.

“f) Que por todo lo anotado, de manera libre y voluntaria, previas la consulta de las autorizaciones legales, reglamentarias y estatutarias pertinentes, acuerdan:

“PRIMERO: Aclarar y modificar la cláusula compromisoria, que corresponde a la número 44, pactada en los contratos de obra pública Nos. 1724, 1728, 1731, 1733, 1760, 1790, 1798, 1803, 1877 y 2187 de 2.004, en el sentido de establecer que, conforme a lo dispuesto en el artículo 6º de la ley 1285 de 2.009, los arbitramientos allí referidos tienen el carácter y condición de arbitramientos legales, que se regirán por las normas de procedimiento establecidas para este tipo de arbitramientos, actualmente compiladas en el decreto 1818 de 1.998.

“PARÁGRAFO: No obstante lo anterior, los Tribunales de Arbitramento podrán sesionar en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y utilizar los servicios adicionales que ésta ofrezca.

*“SEGUNDO: Conformar sendos Tribunales de Arbitramento para que conozcan y decidan en derecho, por las normas de procedimiento establecidas para el Arbitramento legal, las distintas demandas que formule cada uno de **LOS CONTRATISTAS** o el **INVIA**.*

*“TERCERO. Designar de común acuerdo entre **INVIA** y **LOS CONTRATISTAS**, para el anotado efecto y para que, si a bien lo tienen y aceptan la designación que aquí se les hace, ejerzan como árbitros, conozcan de cada una de las demandas que entablen **LOS CONTRATISTAS** o el **INVIA** y las decidan en derecho, a los siguientes abogados:*

<i>Principales</i>	<i>Suplentes (personales)</i>
<i>Orlando Abello Martínez- Aparicio</i>	<i>Germán Alonso Gómez Burgos</i>
<i>Rodrigo Noguera Calderón</i>	<i>David Luna Bisbal</i>
<i>Antonio Pabón Santander</i>	<i>Juan Pablo Cárdenas Mejía</i>

“PARÁGRAFO: Los árbitros designarán la persona que ejerza como secretario de cada tribunal de arbitramento y podrán designar un Secretario común si lo estiman pertinente.

⁹ Folio 46 y 47, del cuaderno de pruebas No. 1

"CUARTO. Fijar, igualmente de manera conjunta entre Las Partes, la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$35'000.000) como monto máximo de los honorarios que podrá cobrar cada uno de los árbitros por cada uno de los referidos arbitramientos, y de DIECISIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$17'500.000) por cada secretaría de cada Arbitramento.

"PARÁGRAFO: Los convocantes o demandantes asumirán, íntegramente, los honorarios de los árbitros y de la secretaría de cada arbitramento, así como los costos y gastos que implique la utilización de las instalaciones y servicios adicionales de la Cámara de Comercio de Bogotá, sin perjuicio de que los mismos les sean restituídos por el INVIAST en proporción al 50% en el evento que resultare vencido.”¹⁰

III. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO

La integración del Tribunal Arbitral, se desarrolló de la siguiente manera:

- a. Con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en la cláusula 44 del Contrato No. 1724 de 2004 celebrado entre las partes el 19 de noviembre de 2004, modificada mediante el literal “f” del documento denominado *“Acta de modificación de cláusula compromisoria, fijación de honorarios y designación de árbitros”* de fecha 14 de junio de 2011, el 1 de agosto de 2012 la parte convocante presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la solicitud de convocatoria de un Tribunal Arbitral para dirimir las diferencias existentes con INVIAST¹¹.
- b. De los árbitros designados en la modificación de la cláusula compromisoria suscrita por las partes, los doctores Orlando Abello Martínez-Aparicio, David Luna Bisbal y Antonio Pabón Santander aceptaron su designación.
- c. El Ministerio Público designó al doctor Rafael Francisco Suárez Vargas como delegado ante el presente tribunal.

¹⁰ Folio 2 y reverso, del cuaderno de pruebas No. 1.

¹¹ Folios 1 a 37 del C. Principal No. 1.

- d. El 31 de agosto de 2012, se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal (Acta No. 1)¹², en la que se designó como Presidente al doctor David Luna Bisbal. En esa oportunidad, mediante Auto No. 1 el Tribunal adoptó las siguientes decisiones:
- (i) Se declaró legalmente instalado.
 - (ii) Designó como Secretaria a la doctora Gabriela Monroy Torres, quien posteriormente aceptó la designación y tomó posesión de su cargo ante el Presidente del Tribunal.
 - (iii) Fijó como lugar de funcionamiento y Secretaría la sede Salitre del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
 - (iv) Reconoció personería al apoderado de la parte convocante y a la apoderada de la parte convocada.
 - (v) Admitió la demanda arbitral y ordenó correr traslado de la misma y de sus anexos, a la parte convocada, por el término de diez (10) días, notificación que se surtió en la misma fecha.
- e. El 14 de septiembre de 2012, estando dentro de la oportunidad procesal, la parte convocada presentó su escrito de contestación de la demanda¹³. De las excepciones propuestas en dicha contestación, el 13 de julio de 2012 se corrió traslado a la convocante mediante fijación en lista.
- f. El 20 de septiembre de 2012, la convocante radicó un memorial en el que se pronunció frente a las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.¹⁴
- g. El 7 de septiembre de 2012 se puso en conocimiento de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado la existencia de este trámite arbitral, para lo cual se le remitió copia de la demanda y del auto admisorio de la misma. En correo electrónico del 10 de septiembre de 2012, la entidad en mención confirmó haber recibido la documentación.¹⁵

¹² Folios 159 a 161 del C. Principal No. 1.

¹³ Folios 177 a 192 del C. Principal No. 1.

¹⁴ Folios 195 a 200 del C. Principal No. 1

¹⁵ Folios 172 y 173 del C. principal No. 1

- h. El 30 de noviembre de 2012, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, oportunidad en la que se declaró fracasada por no haberse logrado acuerdo conciliatorio alguno. Ante el cierre de la etapa conciliatoria el Tribunal fijó los montos de honorarios y gastos del proceso, sumas que en su totalidad fueron pagadas por la parte convocante.¹⁶

IV. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES

1. Primera Audiencia de Trámite, etapa probatoria y alegaciones finales.

El 30 de enero de 2013 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite, en la que se dio lectura al pacto arbitral y a las cuestiones sometidas a arbitraje, y adicionalmente, mediante Auto No. 6 el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver, en derecho, el litigio sometido a su conocimiento.

En esa misma fecha, siguiendo el trámite previsto en la Ley, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes¹⁷.

1.1. Pruebas Documentales

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una corresponda, los documentos presentados y enunciados en la demanda arbitral, en la contestación de la demanda, en el escrito con el que la parte convocante descorrió el traslado de las excepciones así como el documento aportado por ésta con el memorial de fecha 2 de agosto de 2012¹⁸.

Adicionalmente se incorporaron al expediente los documentos que fueron remitidos en respuesta a los oficios librados, los entregados por varios de los testigos y los allegados por el señor José Manuel del Gordo González.

¹⁶ Folios 226 a 232 del C. Principal No. 1

¹⁷ Folios 252 a 257 del C. Principal No. 1.

¹⁸ Folios 53 a 58 del C. Principal No. 1.

1.2. Testimonios y declaraciones de parte

En audiencias celebradas entre el 6 de marzo y el 9 de abril de 2013 se recibieron los testimonios de las personas que se indican a continuación. Las correspondientes transcripciones fueron entregadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporaron al expediente, luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del C.P.C.

- El 6 de marzo de 2013 se recibieron los testimonios de los señores Nancy Fuentes Medina¹⁹ –testimonio tachado por sospecha por la parte convocante-, Jairo Báez Lizcano²⁰, María de los Ángeles Ospina Parra²¹ y Rocío Amanda Godoy Galvis²².
- El 9 de abril de 2013 se recibieron los testimonios de los señores Jorge Luís Flórez Segura²³ y Campo Elías La Rotta Spinel²⁴, quienes igualmente fueron tachados por sospecha por la parte convocante.

En razón a la imposibilidad del señor Moisés Esquivel de asistir a la diligencia testimonial, por solicitud de la partes, su testimonio fue sustituido²⁵ por el del señor Hugo Díaz, testimonio cuya práctica posteriormente fue desistida por la parte convocante.

La parte convocada desistió de la práctica del testimonio del señor Juan Manuel Restrepo.

Los testimonios de los señores Ana María Ochoa²⁶ y Vicente Efraín Lima Zarama²⁷ se practicaron mediante la incorporación al expediente de las transcripciones de las declaraciones que dichos testigos rindieron en los Tribunales de Arbitramento que se siguen contra el INVIAS, que cuentan con el mismo panel arbitral.

¹⁹ Folios 381 a 401 del C. de Pruebas No. 10

²⁰ Folios 371 a 380 del C. de Pruebas No. 10

²¹ Folios 364 a 370 del C. de Pruebas No. 10

²² Folios 360 a 363 del C. de Pruebas No. 10

²³ Folios 461 a 472 del C. de Pruebas No. 10

²⁴ Folios 473 a 477 del C. de Pruebas No. 10

²⁵ Folio 290 del C. Principal No. 1

²⁶ Folios 478, 505 a 518 del C. de Pruebas No. 10

²⁷ Folios 519 a 533 del C. de Pruebas No. 10

1.3. Informe Técnico Especial

Se decretó la práctica de un informe técnico especial a cargo de la Cámara Colombiana de la Infraestructura – CCI-, de conformidad con lo solicitado por la parte convocante, en el que debía manifestar: a. Si esa Entidad tiene la calidad de consultora del Gobierno. b. Si esa Entidad ha gestionado o solicitado o intervenido de cualquier manera ante el DANE en el tema de la determinación o cuantificación del índice de costos de construcción pesada, ICCP, y en caso afirmativo cuándo ocurrió ello, qué gestiones realizó, a qué conclusiones llegó, qué logros obtuvo y si, entre esas conclusiones y logros se encuentra la revisión de la manera como se calculaba ese índice en el grupo de pavimentaciones con asfalto, y cómo o en qué consistió ello. c. Si esa entidad pública informes referentes al costo horario referente al arriendo de la maquinaria pesada y en el caso de las volquetas cuál es el consumo horario de ACPM.

La correspondiente respuesta obra a folio 299 del C. de Principal No. 1.

1.4. Experticia

En los términos del artículo 116 de la Ley 1395 de 2010, se ordenó tener como experticia el documento denominado "*Estudio Pericial – Reclamación Contrato No. 1724 de 2004*"²⁸ elaborado por el señor José Manuel del Gordo González, aportado por la parte convocante con la demanda.

1.5. Ratificación y sustentación

Se decretó la prueba de ratificación y sustentación del contenido del documento denominado "*Estudio Pericial – Reclamación Contrato No. 1724 de 2004*", ratificación que estuvo a cargo del experto José Manuel del Gordo González.

De acuerdo con lo anterior, el 7 de marzo de 2013 el señor Gordo González²⁹ compareció ante el Tribunal y ratificó el contenido de su estudio. La trascipción de la declaración rendida fue entregada por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporó al expediente luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del C.P.C.

²⁸ Folios 215 a 368 del C. de Pruebas No. 1; 1 a 502 del C. de Pruebas No. 2 y 1 a 410 del C. de Pruebas No. 3.

²⁹ Folios 295 a 296 del C. Principal No. 1 y folios 403 a 441 del C. de Pruebas No. 10

1.6. Oficios

El Tribunal ordenó que por Secretaría se oficiara a las siguientes entidades, para los fines que se indican a continuación.

- a. Al Instituto Nacional de Vías – Invías, para que remitiera copia auténtica e íntegra de todos los antecedentes administrativos al contrato 1724/04 y en especial de los siguientes documentos que hacen parte de él: a) acuerdo de constitución y modificación de la Unión Temporal ICAT; del contrato 1724/04, de sus modificaciones, adiciones, aclaraciones, y de la cesión que hiciera uno de sus integrantes, con la correspondiente aceptación por parte del Invías; b) pliego de condiciones de la licitación SRN-062 de 2004, el presupuesto oficial; c) propuesta presentada por la UT ICAT; d) resolución de adjudicación; e) análisis de precios unitarios entregados por el contratista y el correspondiente al presupuesto oficial elaborado por el INVÍAS, en los ítems a que se refiere la demanda; f) documentos "Especificaciones Generales de Construcción", "Normas de Ensayo de Materiales para Carreteras" y "Especificaciones Particulares de Construcción de Carreteras" del Invías; g) Acreditación del cumplimiento de los requisitos previos a la orden de iniciación y de la correspondiente orden; h) las actas de recibo mensual de obra y de recibo final de obra ejecutada; j) la relación de pagos de las actas de obra y actas de ajuste; k) la correspondencia cruzada entre las partes; l) los análisis de precios unitarios, APU, que dieron origen a la licitación No. SRN-062 de 2004 y luego al contrato 1724/04; m) la adenda No. 6 a la licitación pública # LP-SGT-SRN-013-2011 y de las razones que llevaron al Invías a adoptar las determinaciones consignadas en el punto 4 de dicha adenda, relativa a la fórmula de ajuste de precios allí relacionada; n) el contrato suscrito con la sociedad HMV Ingenieros Ltda. para realizar la interventoría al contrato 1724-04 objeto de estudio en este proceso y Certificación acerca de la ejecución de dicha interventoría; o) la correspondencia cruzada entre la Unión Temporal y el Invías y entre éste y Asopav, en relación con la reclamación materia de este proceso.

La correspondiente respuesta obra a folios 1 a 243 del C. de Pruebas No. 6, 1 a 351 del C. de Pruebas No. 7, 1 a 385 del C. de Pruebas No. 8, 1 a 346 del C. de Pruebas No. 9 y 1 a 162 del C. de Pruebas No. 10.

- b. A los Árbitros que actualmente adelantan el proceso arbitral promovido por los integrantes del Consorcio Progreso Buga contra el Invías ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, para que con destino a este proceso remitieran copia auténtica de la contestación de la demanda en ese arbitramento, junto con la adenda número 6 de la licitación pública LT-SGT-SRN-013-2011.

La correspondiente respuesta obra a folios 478 y 504 del C. de Pruebas No. 10.

1.7. Alegatos de conclusión

Por encontrar que todas las pruebas decretadas fueron practicadas en forma oportuna, mediante Auto No. 13 de 26 de agosto de 2013, el Tribunal decretó el cierre del periodo probatorio y señaló fecha y hora para la audiencia de alegaciones. En consecuencia, el 30 de octubre de 2013, las partes alegaron de conclusión en forma oral y los correspondientes resúmenes escritos fueron incorporados al expediente³⁰. En esa misma oportunidad, el Tribunal concedió al Ministerio Público un plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de su concepto final y fijó fecha para la audiencia de lectura del presente laudo arbitral.

El 31 de octubre de 2013 el señor agente del Ministerio Público presentó su concepto final³¹, escrito en el que, después de su análisis del caso, consideró que “*no se evidencia que el INVIA haya obtenido una ventaja patrimonial por fuera de lo previsto en el contrato 1724, ni que la parte actora hubiera sufrido un empobrecimiento correlativo, analizando en conjunto el contrato*”.

V. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

Como quiera que las Partes no pactaron nada distinto, y al tenor de lo indicado en el Art. 19 del Decreto 2279 de 1989, según fue modificado por el Art. 103 de la Ley 23 de 1991³², el término de duración del proceso es de seis (6) meses. Su cómputo se inició cuando finalizó la primera audiencia de trámite, es decir, el 30 de enero de 2013, por lo cual el plazo previsto en la Ley vencería el 29 de julio de 2013. Sin embargo, a dicho término, por mandato de la norma en mención, deben adicionarse los siguientes días durante los cuales el proceso estuvo suspendido por solicitud de las Partes:

³⁰ Folios 4 a 67 y 68 a 486 del C. Principal No. 2.

³¹ Folio 487 a 571 del C. de Principal No. 2

³² El Art. 19 del Decreto 2279 de 1989, según fue modificado por el Art. 103 de la Ley 23 de 1991, dice:

“Si en el compromiso o en la cláusula compromisoria no se señalare el término para la duración del proceso, éste será de seis (6) meses, contados desde la primera audiencia de trámite.

El término podrá prorrogarse una o varias veces, sin que el total de las prórrogas exceda de seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello.

En todo caso se adicionarán al término los días en que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso.”

Providencia	Fechas de suspensión	Días Hábiles
Acta No. 5 – Auto No. 8	Enero 31 a Marzo 5 de 2013 (ambas fechas inclusive)	25
Acta No. 7 – Auto No. 10	Marzo 8 a Abril 2 de 2013 (ambas fechas inclusive) y Abril 4 a 8 de 2013 (ambas fechas inclusive)	18
Acta No. 7 – Auto No. 10	Abril 10 a Mayo 9 de 2013 (ambas fechas inclusive)	21
Acta No. 9 – Auto No. 12	Mayo 15 a 24 de 2013 (ambas fechas inclusive)	8
Acta No. 10 – Auto No. 13	Junio 6 a Julio 1 de 2013 (ambas fechas inclusive)	16
Acta No. 11 – Auto No. 14	Julio 3 a 24 de 2013 (ambas fechas inclusive)	16
Acta No. 12 – Auto No. 16	Julio 31 a Agosto 25 de 2013 (ambas fechas inclusive)	16
Acta No. 13 – Auto No. 19	Agosto 27 a Octubre 29 de 2013 (ambas fechas inclusive)	45
Acta No. 14 – Auto No. 20	Octubre 31 a Febrero 19 de 2013 (ambas fechas inclusive)	75
TOTAL		239

En consecuencia, al sumarle los días hábiles durante los cuales el proceso estuvo suspendido, el término vence el 18 de julio de 2014.

Por lo anterior, la expedición del presente laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CONTROVERSIA

I. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

1. Las Pretensiones

Con apoyo en los hechos que adelante se transcriben y en la normatividad invocada en la demanda, la parte convocante ha solicitado al Tribunal que en el Laudo se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera: Que se declare que en la ejecución del Contrato de Obra Pública No. 1724 de 2004 y sus respectivos adicionales, modificaciones, adiciones y actas de mayores cantidades de obra, se rompió, en contra de los intereses del contratista y por causas ajenas a él, el equilibrio económico contractual como consecuencia de que la fórmula de ajuste de precios en él pactada resultó insuficiente e inadecuada para cubrir los incrementos de los precios del asfalto y del ACPM, derivados del petróleo incluidos como insumos en los ítems 450.1, 450.2, 450.3, 450.5, 900.2 y 900.3 del anotado contrato, y de que el incremento de dichos precios resultó atípico, desmesurado e imprevisible.

"Segunda: Que se ordene restablecer el equilibrio económico del contrato No. 1724 de 2.004, para lo cual se condenará al Invías a pagar a las sociedades demandantes, en pesos actualizados hasta el día del pago, las siguientes cantidades de dinero, las cuales, para efectos de lo dispuesto en el artículo 206 del CGP –ley 1564 /12- y con fundamento en el dictamen pericial que adjunto, estimo así:

"a) Como suma principal, la diferencia de precios entre aquel al que las contratistas debieron adquirir el asfalto y el ACPM según lista de precios de Ecopetrol y aquellos que, con ajustes, el Invías les canceló, incrementada en el 25 % por los conceptos administración y utilidad, la cual, en básico, asciende a \$ 9.599'567.495,15, suma que actualizada al 31 de julio de 2.012 equivale a **\$ 13.161'805.129,15**, que discriminó así a valores históricos (antes de actualización):

"1.1. Por concepto de mayores costos de los insumos del ítem 450.1 (mezcla densa en caliente tipo MDC-0):

<i>Insumo</i>	<i>Valor</i>
Asfalto 80/100	255'276.741,70
ACPM (producción en Planta)	494'576.488,87
Total	749'853.230,57

"1.2. Por concepto de mayores costos de los insumos del ítem 450.2 (mezcla densa en caliente tipo MDC-1):

<i>Insumo</i>	<i>Valor</i>
Asfalto 60 /70	143'308.071,77
ACPM (producción en Planta)	52'595.361,48
Total	195'903.433,25

"1.3. Por concepto de mayores costos de los insumos del ítem 450.3 (mezcla densa en caliente tipo MDC-2):

<i>Insumo</i>	<i>Valor</i>
Asfalto 80 /100	(- 129'918.819,58)
Asfalto 60 /70	3.696'002.386,06
ACPM (producción en Planta)	2.786'061.616,83
Total	6.352'145.183,83

"1.4. Por concepto de mayores costos de los insumos del ítem 450.5 (mezcla densa en caliente para bacheo):

<i>Insumo</i>	<i>Valor</i>
Asfalto 80/100	(- 59'954.559,43)
Asfalto 60/70	1.161'454.309,88
ACPM (producción en Planta)	910'209.892,79
Total	2.011'709.643,24

"1.5. Por concepto del mayor costo del ACPM en el transporte del material de explanación, canales y préstamos para distancias mayores a mil metros ítem 900.2):

<i>Insumo</i>	<i>Valor</i>
ACPM	44'979.326,99

"1.6. Por concepto del mayor costo del ACPM en el transporte del material de derrumbe (ítem 900.3):

<i>Insumo</i>	<i>Valor</i>
ACPM	244'976.677,79

"Total por los insumos de los seis ítems, sin actualizar, \$ 9.599'567.495,15 y actualizado al 31 de julio de 2.012 \$ 13.161'805.129,15.

"b) Como suma de dinero subsidiaria de las precedentes, estimo y valoro lo reclamado en la diferencia de precios, en pesos actualizados, entre aquel al que las contratistas debieron adquirir el asfalto y el ACPM según listas de precios de Ecopetrol y aquellos que, sumados los ajustes y restados los imprevistos, el Invías les canceló, valor al que le adiciono el 25 % pactado por los conceptos "administración" y "utilidad", asciende, en básico, **\$ 7.591'990.919,61**, suma que actualizada al 30 de julio de 2.012 equivale a **\$ 10.365'548.819,61**, que discrimino así a valores históricos (antes de dicha actualización):

"1.1. Por concepto de mayores costos de los insumos del ítem 450.1 (mezcla densa en caliente tipo MDC-0):

<i>Insumo</i>	<i>Valor</i>
Asfalto 80/100	74'980.805,30
ACPM (producción en Planta)	424'102.026,99
Total	499'082.832,29

"1.2. Por concepto de mayores costos de los insumos del ítem 450.2 (mezcla densa en caliente tipo MDC-1):

<i>Insumo</i>	<i>Valor</i>
---------------	--------------

Asfalto 60 /70	128'485.755,40
ACPM (producción en Planta)	45'642.912,32
Total	174'128.667,72

"1.3. Por concepto de mayores costos de los insumos del ítem 450.3 (mezcla densa en caliente tipo MDC-2):

<i>Insumo</i>	<i>Valor</i>
Asfalto 80 /100	(- 373'293.952,34)
Asfalto 60 /70	3.048'721.447,52
ACPM (producción en Planta)	2.428'972.701,22
Total	5.104'400.196,40

"1.4. Por concepto de mayores costos de los insumos del ítem 450.5 (mezcla densa en caliente para bacheo):

<i>Insumo</i>	<i>Valor</i>
Asfalto 80/100	(- 200'862.266,46)
Asfalto 60/70	983'671.045,23
ACPM (producción en Planta)	787'317.242,27
Total	1.570'126.021,04

"1.5. Por concepto del mayor costo del ACPM en el transporte del material de explanación, canales y préstamos para distancias mayores a mil metros ítem 900.2):

<i>Insumo</i>	<i>Valor</i>
ACPM	377'10.864,86

"1.6. Por concepto del mayor costo del ACPM en el transporte del material de derrumbe (ítem 900.3):

<i>Insumo</i>	<i>Valor</i>
ACPM	206'542.337,30

"Total por los insumos de los seis ítems, sin actualizar, \$ 7.591'990.919,61 y actualizado al 31 de julio de 2.012 \$ 10.365'548.819,61.

"Subsidiarias de las anteriores:

"Primera subsidiaria: *Solicito declarar que cada una de las sociedades contratistas demandantes sufrió daño antijurídico proveniente de haber asumido el mayor valor de los precios de los elementos antes relacionados (asfalto y ACPM), insumos requeridos en los ítems 450.1, 450.2, 450.3, 450.5, 900.2 y 900.3 del contrato 1724 /04, que no les cubrió la Cláusula de Reajustes de Precios; y que, para resarcírselo, se condene al Invías a pagarles los montos económicos relacionados en los distintos numerales de los literales a) o b) de la petición segunda principal.*

"Segunda subsidiaria: *En caso de no prosperar las peticiones anteriores, solicito ordenar la revisión de la cláusula 26.1 del contrato 1724 /04, correspondiente al ajuste de precios, en el sentido de excluir de ella los insumos derivados del petróleo (asfalto y ACPM) y disponer que el pago de éstos se efectuará mensualmente de acuerdo con la lista de precios de Ecopetrol, debidamente actualizada.*

"Para efectos de cuantificar lo que aquí se pide, solicito concretar la correspondiente condena en las cifras relacionadas en los distintos numerales de los literales a) o b) de la petición segunda principal.

"Tercera subsidiaria: *De no prosperar las peticiones anteriores, solicito declarar que el Invías incurrió en omisión antijurídica o en incumplimiento del contrato de obra No. 1724 de 2.004, sus adicionales, modificaciones, adicionales y actas de mayor cantidad de obra, por no haber revisado ni corregido la cláusula 26.1 de ajuste de precios a fin de reconocer o compensar al contratista el mayor valor que ésta se vio precisada a asumir en la adquisición del asfalto y del ACPM, insumos incluidos en los ítems 450.1, 450.2, 450.3, 450.5, 900.2 y 900.3 de su contrato, con relación al precio que, reajustado conforme a lo pactado en dicha cláusula, el Invías le canceló.*

"Y a título de indemnización y cumplimiento de lo pactado, solicito condenar al Invías a pagarle a las sociedades demandantes las cifras relacionadas en los distintos numerales de los literales a) o b) de la petición segunda principal.

"Cuarta subsidiaria: *De no prosperar las peticiones anteriores, solicito declarar que el Invías se enriqueció sin causa a expensas del correlativo empobrecimiento de las sociedades demandantes, porque los pagos que hizo a lo largo de la ejecución del contrato de Obra Pública No. 1724 de 2004 y sus respectivos adicionales, modificaciones y actas de mayores cantidades de obra, con los ajustes e imprevistos pactados en él, resultaron deficitarios con relación al sobre precio del asfalto y del ACPM que las demandantes debieron asumir en su adquisición para la ejecución de los ítems 450.1, 450.2, 450.3, 450.5, 900.2 y 900.3 del anotado contrato; y que en consecuencia, se condene al Invías a pagarles a las demandantes los montos económicos relacionados en los distintos numerales de los literales a) o b) de la petición segunda principal."*

2. Hechos

Las pretensiones formuladas por la Parte Convocante en la demanda arbitral, están fundamentadas en los siguientes hechos, que fueron presentados clasificados por temas, en la siguiente forma:

"a) Hechos relativos a las sociedades contratistas demandantes:

1.- Las contratistas que a continuación relaciono, obrando bajo el nombre de *Unión Temporal Icat*, acuerdo que fue modificado el 29 de marzo de 2.011, suscribieron con el Instituto Nacional de Vías, para abreviar en adelante solo Invías, el contrato de obra pública No. 1724 de 2.004 para el mejoramiento y mantenimiento integral, incluido el mantenimiento rutinario, la señalización, el monitoreo y vigilancia y los conteos de tránsito de la Ruta Hatillo (Cruce Don Matías) - Caucasia del corredor vial de Occidente, ruta 25, tramo 2510, 2511 y 2512.

"2.- Las sociedades que bajo el nombre de *Unión Temporal ICAT* suscribieron el anotado contrato se denominan:

"1.- ICM Ingenieros Ltda., hoy ICM Ingenieros S.A., domiciliada en Bogotá y representada por su Gerente, el doctor Luis Guillermo Mesa Sanabria.

"2.- Castro Tcherassi S.A., domiciliada en Barranquilla y representada por Jaime Ignacio Castro Vergara.

"3.- Ingeniería Estudios Control Inesco S.A., luego sustituida por la sociedad Lemoine Rivera Ingenieros Asociados Ltda., domiciliada en Bogotá y representada Germán Lemoine Amaya.

"b) Hechos relativos al contrato suscrito por las demandantes:

3.- El indicado contrato No. 1724 de 2.004 se caracterizó por los siguientes aspectos, en cuanto interesa a esta demanda:

"a) Se suscribió a finales del año 2.004, por un término original de 5 años (cláusula quinta), resultado de la licitación pública No. SRN-062 de 2004.

"b) Su objeto, consignado en la cláusula segunda, consistió en el mejoramiento y mantenimiento integral, incluido el mantenimiento rutinario, la señalización, el monitoreo y vigilancia y los conteos de tránsito, de la Ruta Hatillo (Cruce Don Matías) - Caucasia del corredor vial de Occidente, ruta 25, tramos 2510, 2511 y 2512.

"c) El valor, consignado en los pliegos de condiciones, en la oferta o propuesta presentada por el entonces concursante y en las cláusulas tercera y veintiséis punto uno, se pactó en la modalidad de precios unitarios, con las siguientes particularidades:

"c.1.) Para la labor de mantenimiento y mejoramiento de la vía (intervención o parte constructiva del contrato), éste remite a los precios unitarios ofertados por el proponente para cada uno de los distintos ítems de obra relacionados en el formulario No. 4 de los pliegos de condiciones;

"c.2.) Se advirtió que valor final del contrato sería ". . . la suma que resulte de multiplicar las cantidades de obra efectivamente ejecutadas, aprobadas y recibidas a satisfacción por la interventoría mensualmente (. . .) por los precios unitarios que se relacionan en la propuesta del CONTRATISTA. . ." (formulario No. 4).

"c.3.) Esos precios unitarios, si bien se determinaron a partir de sus costos directos (equipo, materiales, mano de obra y transportes) e indirectos (administración, imprevistos y utilidad, AIU), quedaron conformados por el resultado final de la suma aritmética de unos y otros –cláusula 26.1-, no hasta el concepto de costos directos, como sucede en otros casos, y ése precio unitario, así determinado, se encuentra consignado en el anotado formulario No. 4 de la licitación, al que remite el contrato. De esta manera, cada ítem de obra lleva implícito su AIU, independientemente unos de los otros.

"d) De acuerdo con los análisis de precios unitarios, APU, éstos se definieron, en cuanto se refiere a costos indirectos, a partir de haber estimado un AIU del 30 % allí discriminado así: administración (el 20 %), imprevistos (el 5 %) y utilidades (el 5 %), AIU, lo cual no desmiente el hecho de que los precios unitarios quedaron fijados en el resultado final de sumar los costos directos e indirectos, tal como aparece en el mencionado formulario No. 4, y no hasta el valor del primero de ellos dos.

"e) El contrato previó reajustar los precios unitarios ofertados, dado que la realización del objeto del contrato demandaba años de ejecución (cláusula 26.1), con la advertencia de que el reajuste se aplicaría, y en efecto así sucedió, sobre los precios unitarios señalados en el formulario No. 4 (o sea sobre el resultado aritmético de sumar costos directos e indirectos) y por actividades, no uno igual para todos los ítems:

". . . Los valores (se refiere a los precios unitarios) están expresados en Pesos del año 2004 y serán actualizados para cada ítem, cada doce meses con base en la variación de los respectivos grupos del ICCP correspondiente al período comprendido entre la fecha del cierre de la licitación y los doce meses siguientes, y así sucesivamente hasta el vencimiento del plazo del contrato (. . .). Las anualidades se entienden como períodos de doce (12) meses contados a partir de la fecha de cierre de la licitación que dio origen al presente contrato (. . .)"

"Y previamente se dejó entendido en el contrato que el ICCP era el índice de costos de construcción pesada certificado por el DANE.

"f) Con la sola firma del contrato, el contratista adquirió el derecho incuestionable a obtener el porcentaje de utilidad y administración que había pactado, arriba relacionados, sujeto únicamente a la condición de cumplimiento del contrato o de ejecución de obra, y no al hecho de que los precios o algunos de ellos no se incrementaran desmesuradamente, o al de que la fórmula de ajuste fuera suficiente.

"g) Los precios unitarios aparecen consignados, repito, en el formulario número 4 de la licitación que desembocó en el contrato No. 1724 de 2.004 y hacen parte de éste, con las siguientes aclaraciones: **i)** el denominado análisis de precios unitarios, APU, no fue presentado con las propuestas, porque los pliegos no lo solicitaron, sino luego de adjudicado el contrato (punto 6.10 de los pliegos); **ii)** no todos los precios unitarios del formulario 4 fueron objeto de ejecución, pues sencillamente no hubo necesidad; **iii)** esta demanda versa exclusivamente sobre los ítems 450.1, 450.2, 450.3, 450.5, 900.2 y 900.3, pues fue en ellos en donde repercutió la insuficiencia de la fórmula de ajuste de precios y se presentó el atípico, desmesurado e imprevisible incremento de los precios del asfalto y del ACPM, derivados del petróleo que se emplean en la ejecución de tales ítems, como adelante se verá; y **iv)** el precio de dichos insumos (asfalto y ACPM) es dictado por el Ministerio de Minas y Energía (decreto 70/01, art. 5-19), mientras que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 34 del decreto ley 1760/03, Ecopetrol tiene en exclusiva su comercialización.

"h) Las sociedades contratistas, al ejecutar el contrato, cumplieron las especificaciones técnicas indicadas por el Invías en su documento "Especificaciones Generales de Construcción de Carreteras", "Normas de Ensayo de Materiales para Carreteras" y "Especificaciones Particulares de Construcción de Carreteras" (anexo 2 del contrato) y punto 6.10 de los pliegos.

". . . el CONTRATISTA se obliga a ejecutar El Refuerzo Estructural conforme con las condiciones establecidas en el contrato, y los parámetros contenidos en las Especificaciones Generales de Construcción de Carreteras del INVÍAS, vigentes y los requisitos contenidos en el anexo técnico" (cláusula 1).

"Tanto así que en la cláusula 13.2.7, obligaciones del contratista, se pactó:

"Cumplir en todo momento con las Especificaciones Generales de Construcción de INVÍAS y del anexo técnico . . ."

"i) De acuerdo con las Especificaciones de Construcción del Invías, a las que está sometido el contratista, éste comenzó la ejecución de su contrato con la elaboración de los ensayos necesarios para verificar la calidad de los materiales (agregados pétreos) de la zona, con los cuales, una vez definidos, procedió a realizar el diseño "Marshall", siendo éste el que determina la cantidad de asfalto que se debe emplear en la elaboración de las mezclas asfálticas. Dicho análisis constituye el parámetro de control o de medición de la intervención para recibir la obra mensualmente y autorizar su pago.

"j) Para que ejerciera la interventoría de este contrato y cumpliera las funciones relacionadas en las cláusulas 9^a, 23-2 y 30 del mismo, el Invías designó a la sociedad **HMV Ingenieros Ltda.**

"k) El plazo inicial del contrato, consignado en la cláusula quinta, se fijó en 5 años contados desde la fecha de la orden de inicio de ejecución, que ocurrió el día 3 de Diciembre de 2004, previo cumplimiento de los requisitos exigidos en la cláusula 4^a. Este plazo fue extendido y finalmente venció el día 30 de abril de 2.011. Las partes suscribieron el acta de recibo final el 18 de julio de 2.011, y a la fecha se encuentra pendiente de liquidar .

"l) En la cláusula 43.1. se estipuló que las controversias técnicas que se presentaran se resolverían "mediante la institución del amigable componedor". Y en el numeral 43.9 de la misma cláusula se agregó que cualquier "divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de éste Contrato, que no sea posible solucionar amigablemente o que no esté atribuida al amigable componedor, o para el cual éste contrato no prevea mecanismos de solución distintos, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento de conformidad con las reglas que se establecen en la siguiente cláusula", la 44, que dice:

"CLÁUSULA COMPROMISORIA. Las partes acuerdan que cualquier "disputa o controversia que surja entre ellas en relación con el contrato, y que no esté atribuida por el presente contrato a la amigable composición, o no cuente con un mecanismo de solución previsto por el Contrato, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento, incluyendo pero sin limitarse a las que se deriven de su celebración , cumplimiento, terminación y liquidación, y se ceñirá por las siguientes reglas: (a) Estará integrado por tres (3) árbitros; (b) La organización interna del Tribunal, estará sujeta a las reglas estipuladas para éste propósito por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; (c) La remuneración total de cada árbitro equivaldrá, como máximo a seis meses de salario básico del Director General del **INVÍAS** del momento en el cual se presente la solicitud de composición del Tribunal. La remuneración del Secretario del Tribunal será la mitad de la remuneración de un (1) árbitro; (d) El tribunal funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., y (e) el Tribunal fallará en Derecho. En la medida en que las normas legales así lo exijan, las disputas relacionadas con la aplicación y los efectos de las Cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas a arbitramento. Las partes acuerdan que para obtener una sentencia de cualquier tribunal con respecto a la ejecución del laudo arbitral emitido en el proceso arbitral del que trata esta Cláusula, es necesario convertir a cualquier otra moneda cualquier cantidad adeudada por este Contrato, se utilizará la TRM del día de pago".

"4.- El artículo 6º de la ley 1285 de 2.009 (13 -3 de la ley 270 /96) modificó lo relativo al arbitramento en asuntos con el Estado, en los siguientes términos:

"3. (. . .) Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso (he subrayado).

"5.- Por razón de dicha disposición, de las diferencias suscitadas entre las partes a raíz de las solicitudes de reconocimiento de los mayores precios de los derivados del petróleo presentadas por las demandantes al Invías y con el propósito de dirimirlas, llevaron al citado Instituto y al suscripto, obrando como apoderado especial de las sociedades contratistas, a suscribir el acta de aclaración de fecha junio 14 de 2011, que en lo pertinente dice:

"Primero: Aclarar y modificar la cláusula compromisoria, que corresponde a la número 44, pactada en los contratos de obra pública Nos. 1724, 1728, 1731, 1733, 1760, 1790, 1798, 1803, 1877 y 2187 de 2.004, en el sentido de establecer que, conforme a lo dispuesto en el artículo 6º de la ley 1285 de 2.009, los arbitramientos allí referidos tienen el carácter y condición de arbitramientos legales, que se regirán por las normas de procedimiento establecidas para ese tipo de arbitramientos, actualmente compiladas en el decreto 1818 de 1.998.

"Parágrafo: No obstante lo anterior, los Tribunales de Arbitramento podrán sesionar en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y utilizar los servicios adicionales que ésta ofrezca."

"6.- En la misma acta consta que ambas partes, de común acuerdo, designamos los árbitros que habrán de dirimir el actual conflicto, así:

"TERCERO: Designar de común acuerdo entre **INVIAS** y **LOS CONTRATISTAS**, para el anotado efecto y para que, si a bien lo tienen y aceptan la designación que aquí se les hace, ejerzan como árbitros, conozcan de cada una de las demandas que entablen **LOS CONTRATISTAS** o **el INVIAS** y las decidan en derecho, a los siguientes abogados:

Principales	suplentes (personales)
Orlando Abello Martínez-Aparicio	Germán Alonso Gómez Burgos
Rodrigo Noguera Calderón	David Luna Bisbal
Antonio Pabón Santander	Juan Pablo Cárdenas Mejía

"Parágrafo: Los árbitros designarán la persona que ejerza como secretario de cada arbitramento.

"Cuarto: Fijar, igualmente de manera conjunta entre Las Partes, la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$ 35'000.000) como monto máximo de los honorarios que podrá cobrar cada uno de los árbitros, por cada uno de los referidos arbitramientos, y de DIECISIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$ 17'500.000) por cada secretaría de cada Arbitramento.

"Parágrafo: Los convocantes o demandantes asumirán, íntegramente, los honorarios de los árbitros y de la secretaría de cada arbitramento, así como los costos y gastos que implique la utilización de las instalaciones y servicios adicionales de la Cámara de Comercio de Bogotá, sin perjuicio de que los mismos les sean restituidos por el **INVIAS** en proporción al 50 % en el evento de que resultare vencido.

"7.- Las sociedades contratistas aquí demandantes han cumplido a cabalidad su anotado contrato No. 1724 de 2004, incluyendo el cabal cumplimiento de la programación de obra, habiéndose suscrito el acta de recibo final el 18 de julio de 2011. El contrato, a la fecha, se encuentra pendiente de liquidar.

"8.- La ejecución del contrato a que se refiere esta demanda, y en particular los pagos hechos al contratista, estuvo marcada por las siguientes razones que desnivelaron en contra de las demandantes su equilibrio financiero:

"8.1) Por la insuficiencia de la fórmula de ajuste de precios pactada en la cláusula 26.1, la cual no cubrió los incrementos de los precios del asfalto y del ACPM, insumos que el contratista empleó en la ejecución de los ítems 450.1, 450.2, 450.3, 450.5, 900.2 y 900.3, y porque el incremento de éstos resultó atípico, desmesurado e imprevisible.

"9.- El anotado desequilibrio financiero, producto de la insuficiencia de la fórmula de ajuste de precios (cláusula 26.1) y del atípico incremento de los precios del asfalto y del ACPM, se debe, a su vez, a las siguientes razones:

"9.1. A que las variaciones de los precios de los derivados del petróleo es distinto a las variaciones del denominado ICCP (índice de costos construcción pesada) para el grupo de pavimentos asfálticos certificado por el DANE, y en concreto a que el crecimiento de aquellos precios no tuvo mayor incidencia en la fijación del ICCP, es decir, a que en este último no se reflejaron los incrementos reales de los precios de los derivados del petróleo.

"9.2. A que los precios de los insumos derivados del petróleo utilizados en la ejecución del contrato se incrementaron, durante su ejecución, de una manera atípica, desmesurada e imprevisible.

"9.3. A que la fórmula de ajuste es, en sí misma, insuficiente e inadecuada para mantener el equilibrio contractual, **i)** porque el incremento no se reconoció mensualmente sino que se calculó por anualidades vencidas y, además, con el índice correspondiente al año inmediatamente anterior; **ii)** porque el primer incremento anual de precios solo se aplicó a partir del vencimiento del período de

doce meses contados desde la fecha del cierre de la licitación, con lo cual quedan sin cubrirse los incrementos acaecidos hasta entonces durante este primer período; iii) porque ese primer ajuste de precios se realizó a partir del segundo año de ejecución del contrato, con lo cual no solo lo ejecutado durante el primer año de ejecución del contrato se quedó sin reajustar sino que el índice del primer año, que fue negativo, se aplicó al segundo año de ejecución, que tuvo mayor cantidad de valor ejecutado que aquél no reflejando la realidad económica de ese año; iv) porque ese incremento se aplica, de manera constante e improcedente, sobre lo ejecutado durante los 12 meses anteriores, con lo cual siempre, durante esos doce meses, queda un mayor incremento de los precios sin cubrir, generándose un nuevo déficit por este otro concepto; y v) así sucesivamente, año a año, durante todo el tiempo de ejecución del contrato.

"c.- Hechos relativos al empleo o utilización de asfalto y del ACPM en la ejecución de los ítems 450.1, 450.2, 450.3, 450.5, 900.2 y 900.3:

"10.- De acuerdo a las Especificaciones Generales de Construcción del Invías y al formulario 4 de la propuesta que dio origen al contrato y que hace parte de éste, dichos ítems corresponden a las siguientes actividades:

Ítem	Denominación /actividad
450.1	Mezcla densa en caliente tipo MDC-0
450.2	Mezcla densa en caliente tipo MDC-1
450.3	Mezcla densa en caliente tipo MDC-2
450.5	Mezcla densa en caliente para bacheo
900.2	Transporte de materiales provenientes de explanación, canales y préstamos para distancias mayores a mil metros.
900.3	Transporte de materiales provenientes de derrumbes (suelto) para distancias mayores a 1.000 Mts.

"c.1. En cuanto a los ítems 450.1, 450.2, 450.3 y 450.5:

"11.- Definidos en las Especificaciones de Construcción del Invías, la preparación de las distintas mezclas asfálticas de estos ítems requiere los siguientes insumos y actividades, en cuanto interesa a esta demanda, es decir, que dejo por fuera el resto de actividades y costos directos que intervienen en ellos:

"i) asfalto, tanto para la producción de la mezcla en planta, como para su imprimación en la obra. Es de aclarar que el asfalto con el cual se hicieron los diseños Marshall y se ejecutó el contrato fueron los denominados asfaltos tipo 80/100, el cual utilizó en la planta ubicada en Girardota desde el inicio de la ejecución hasta febrero/08., y el 60/70 que utilizó en la planta de Tarazá desde marzo/08 en adelante. Y

"ii) consumo de ACPM como combustible tanto para la planta de asfalto que elabora la mezcla como para las volquetas que la transportan hasta el lugar de la obra;

"c.2. En cuanto a los ítems 900.2 y 900.3:

"11.1. La ejecución de estas labores implica consumo de ACPM, como combustible de las volquetas que transportan los materiales en ellos señalados.

Ejemplos:

Ítem	Denominación	Lo que comprende
450.3	Mezcla densa en caliente tipo MDC-2	<ol style="list-style-type: none">1. Preparar, en planta de asfalto, la mezcla asfáltica, en las proporciones que en cada caso indica el plan de trabajo Marshall.2. Su transporte al lugar de la obra.3. Imprimación (más asfalto)4. Extendida y Compactación
450.5	Mezcla densa en caliente para bacheo	Igual que en el anterior, pero solo en los baches.
900.3	Trasporte de material de derrumbe a más de 1 km.	ACPM por consumo de volquetas

"12.- Es oportuno agregar que la mezcla asfáltica incluye un porcentaje de asfalto que, en cada caso, señala el diseño Marshall; y que tanto en la utilización del asfalto 60/70 como en el 80/100 cuentan con la previa aprobación de la interventoría, primero para iniciar labores y posteriormente para autorizar los pagos.

"13.- En la ejecución de los ítems ítems 450.1, 450.2, 450.3 y 450.5, el Consorcio contratista empleó el porcentaje de asfalto 60/70 y 80/100 que para cada uno de ellos le indicaba el respectivo diseño Marshall. Además, esas mezclas asfálticas fueron producidas por los contratistas en sus plantas de Girardota, la cual utilizó asfalto 80 /100 desde el inicio del contrato hasta febrero /08, y de Tarazá, la cual utilizó el asfalto 60/ 70 dese marzo /08 en adelante. Y a efectos de cuantificar, ya hecha la obra, como hoy lo está, la cantidad de asfalto que utilizó en la ejecución de dichos ítems, cito como ejemplo y explicó los siguientes datos:

Ejemplo 1 (asfalto utilizado en la ejecución del ítem 450.3 –planta de asfalto de Girardota-):

Explicaciones previas:

- De acuerdo a la certificación expedida por la interventoría HMV Ingenieros Ltda., el diseño Marshall utilizado indica lo siguiente:

"a) que en la preparación, en la planta de Girardota, de un metro cúbico de mezcla asfáltica suelta MDC-2 del ítem 450.3 se utilizaron 104,30 kilos de asfalto 80/100.

"b) que el porcentaje de compactación es del 22 % por M3, según los análisis de precios unitarios, APU y el diseño Marshall.

"c) que en consecuencia se utilizan 127,24 kilos de asfalto por M3 compacto de mezcla (104,30 + 22 %).

- Y de acuerdo con las distintas actas de obra levantadas a lo largo de la ejecución del contrato, se puede encontrar, mes a mes, el número de metros cúbicos de mezcla asfáltica producida en la planta de Girardota, colocada en obra y recibida por interventoría, por cada uno de los ítems a que se refiere esta demanda (en este ejemplo del ítem 450.3).

- Así las cosas, partiendo del metraje cúbico de mezcla asfáltica recibido e incluso pagado por el Invías en las actas mensuales de obra y en el acta de recibo definitivo, y aplicando el diseño Marshall, fácilmente se puede encontrar el número de kilogramos de asfalto empleado por el contratista a lo largo de la ejecución de su contrato. Para ello, no es sino multiplicar, por ejemplo, el metraje cúbico de la mezcla asfáltica del ítem 450.3 que aparece en cada acta de obra mensual por 127,24 del diseño Marshall (kilos de asfalto por M3 de mezcla asfáltica, compacta).

- Para desarrollar el ejemplo, seguiré los siguientes datos que tomo del acta correspondiente al mes de marzo de 2.007:

Fecha acta	No. del acta ítem 450.3
Marzo 5 -07 25	2.891,60 M3 de mezcla

"Desarrollo del ejemplo:

- Si en acta correspondiente al mes de marzo -07 la contratista ejecutó 2.891,60 M3 de mezcla asfáltica MDC-2, ello significa:

"i) que en ello empleó 367.927,18 kilos de asfalto (resultado de multiplicar la cifra anterior por 127,24), según diseño Marshall.

"Ejemplo 2 (asfalto utilizado en la ejecución de los ítems 450.1, 4502 y 450.5):

"Hago exactamente los mismos pasos del ejemplo 1 del ítem 450.3, pero teniendo en cuenta el metraje cúbico de estos otros ítems ejecutados y el consumo de asfalto por metro cúbico de estas mezclas, según el diseño Marshall.

"14.- En la ejecución de los ítems 450.1, 450.2, 450.3 y 450.5, el contratista debió elaborar en sus plantas de asfalto ubicadas en Girardota y en Tarazá, su correspondiente mezcla asfáltica, lo que necesariamente le demandó emplear el

combustible necesario, el cual era ACPM. Y a efectos de cuantificar, ya hecha la obra, como hoy lo está, la cantidad de combustible que utilizó en la ejecución de dichos ítems, tomo como ejemplo y explico los siguientes datos, con la advertencia de que el consumo de combustible es el promedio de una planta en óptimas condiciones de operatividad, y bajo condiciones ideales –como altura a nivel del mar–.

- La regla que se seguirá es la de que una planta de asfalto en óptimas condiciones de operatividad, consume 6,20 galones de ACPM para producir un M3 de mezcla asfáltica suelta.

"Ejemplo 3 (ACPM utilizado en la producción, en planta, de la mezcla tipo MDC-2 -ítem 450.3):

- Partiendo del mismo metraje cúbico de mezcla del ítem 450.3 producido en acta correspondiente al mes de marzo -07 (2.891,60 M3), obtenemos que en la producción de esa cantidad de mezcla compacta se emplearon 21.872,06 galones de ACPM ($2.891,60 + 22\% \times 6,20$).

- Cosa semejante se realiza para establecer el consumo de ACPM en la elaboración, en planta, de la mezcla para bacheo del ítem 450.5.

"15.- En la ejecución de los ítems 450.1, 450.2, 450.3 y 450.5 la contratista debió trasportar su respectiva mezcla asfáltica desde el sitio de su planta de asfalto hasta el lugar de la obra, lo que necesariamente le demandó emplear el ACPM requerido como combustible de las volquetas utilizadas. Sin embargo, el dictamen pericial expresa, a este respecto, que no se pudo determinar el consumo de galones de ACPM por M3 mezcla asfáltica transportada.

"15.1. Situación diferente a la anterior ocurre con el transporte de los materiales de los ítems 900.2 y 900.3. Y a efectos de cuantificar, ya hecha la obra, como hoy lo está, la cantidad de combustible que se utilizó en el transporte de los materiales a que se refieren estos dos ítems, tomo como ejemplo y explico los siguientes datos, con la advertencia de que el consumo de combustible es el promedio para una volqueta en óptimas condiciones de operatividad, rendidoras en consumo y bajo condiciones ideales –como altura a nivel del mar–.

- La unidad de medida en los ítems 900.2 y 900.3 es el M3 Km/gl.

- La regla que se seguirá es la de que una volqueta en óptimas condiciones de operatividad, transporta 10 M3 (19,01 toneladas) de material suelto con un rendimiento de 7,21 Km. /gl. de ACPM; que el trayecto promedio es de 1,01 kilómetros de distancia promedio, de acuerdo con el análisis de precios unitarios inicial, APU, avalado por el interventor; y que, en consecuencia, cada viaje de una volqueta cargada con 10 M3 de mezcla asfáltica compacta, a razón de 7,21 km/gl., consume 0,14008 gls. de ACPM por M3 de material suelto.

"d. Hechos relativos a la ruptura del equilibrio económico del contrato 1724 /04:

"16.- De acuerdo con lo dicho en hechos precedentes, la insuficiencia de la fórmula de ajuste de precios y el desmesurado, atípico e imprevisible incremento de los precios de los derivados del petróleo (Asfalto y ACPM) desequilibraron la economía financiera del contrato. Sencillamente sus precios fueron mayores a los pagados por la Entidad.

"17. Ni en la ley, ni en el contrato a que se refiere esta demanda, existe razón ni compromiso alguno para que el contratista asuma el mayor valor de los precios de los insumos arriba relacionados, en esta modalidad contractual de precios unitarios. Por el contrario, sí existen fundamentos para que esos mayores valores recaigan en el contratante y dueño de la obra, todo lo cual según se explicará en el correspondiente alegato de fondo.

"18.- De acuerdo con lo dispuesto en el art. 5º, numeral 19, del decreto 70 /01, al Ministro de Minas y Energía le corresponde fijar los precios de los productos derivados del petróleo, en este caso del asfalto y del ACPM. A su vez, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 34 del decreto ley 1760 /03, a Ecopetrol le corresponde su comercialización, sin que los compradores tengan la opción de discutir sus precios. Es más, no se puede ni siquiera asegurar su precio pagándolo anticipadamente.

"19.- Tan significativa es la insuficiencia de la anotada fórmula de ajuste de precios y la diferencia entre el incremento de los precios de los derivados del petróleo, de un lado, y del ICCP, del otro lado, que el propio Invías, consciente de esa realidad, optó por cambiar la cláusula de ajuste de precios en sus licitaciones y contratos, de lo cual es ejemplo su licitación pública # LP-SGT-SRN-013-2011, toda vez que conforme lo dispuso en el punto cuarto de su adenda No. 6, el ajuste de los precios unitarios tiene doble camino, previa segregación de los insumos de los derivados del petróleo (asfalto): uno, que aplica para este último, se rige por el precio de lista de Ecopetrol; y otro, que se aplica para todos los precios unitarios, excluidos aquel, se rige por el ICCP del grupo de pavimentaciones con asfalto.

"20.- En la ejecución de su contrato, las sociedades demandantes emplearon, como ya se dejó dicho, asfalto tipo 60-70 en la planta de Tarazá y el tipo 80/100 en la planta de Girardota, y ACPM, todo lo cual ocurrió sin poder discutir los precios.

"21.- A partir del año 2006, los precios de los productos a que se refiere esta demanda (asfalto y ACPM) se incrementaron de una manera atípica, desmesurada e imprevista tal como aparece en las columnas precio a la fecha de ejecución contrato del dictamen pericial anexo a esta demanda, siendo esos incrementos atípicos con relación a los tradicionales.

"22.- En atención a que todos los ítems a que se refiere esta demanda incluyen muchos otros costos directos, distintos a los derivados del petróleo, tales como, por ejemplo, mano de obra, agregados pétreos, etc., en su propuesta previa a la adjudicación, el contratista ofertó para cada ítem el precio que estimó competitivo, siempre por debajo del precio oficial fijado por el Invías en su pliego de condiciones, respetando así la exigencia del Invías de no aceptar precios unitarios superiores a los que él determinó como máximos.

"23.- Firmado el contrato, el contratista le presentó al Invías su análisis de precios unitarios, APU, el cual hace parte de éste.

"24.- Adicional al desmesurado incremento de los precios del asfalto, el precio del asfalto 60 -70, que la UT demandante utilizó en su planta de Tarazá, fue objeto de un inusual incremento adicional, que consistió en su nivelación, por lo alto, con el del precio del asfalto 80 -100 dispuesta en el mes de junio del año 2.006.

"25.- Lo dicho en precedencia marca dos precios distintos uno del otro respecto de los insumos mencionados, así: uno es el precio que se pactó en el contrato, el cual el Invías pagó con su reajuste e imprevistos, y otro distinto es el precio al que las contratistas debían adquirir esos mismos productos a lo largo de la ejecución de su obra. Tanto así que durante el primer año de ejecución del contrato la aplicación de los índices de reajuste contractuales arrojó cifras negativas en contraposición a los precios oficiales de Ecopetrol, que en lugar de bajar se incrementaron, lo cual se demuestra la inoperancia de la fórmula de reajuste de precios, en lo que respecta a los ítems que incluyen insumos derivados del petróleo.

"26.- Pero ese comportamiento de precios cambió, y de manera abrupta, a partir de mediados del año 2.005, comenzando una tendencia alcista casi vertical, lo que dejó a la zaga los precios unitarios pactados en el contrato, aun después de haber sido reajustados con el denominado ICCP, con lo que las cuentas del contrato resultaron desequilibradas en contra de las contratistas.

"27.- Y es que el incremento de esos precios se salió de toda previsión, pues fue inusual y exagerado, y su mayor valor no lo cubrió la cláusula de reajuste de precios, insuficiente en sí misma como arriba se reseñó, dando como resultado, repito, un claro desequilibrio en las cuentas como aparece explicado en el dictamen pericial adjunto.

"28.- El consumo o utilización en la ejecución del precitado contrato 1724 /04 de los insumos a que se refiere esta demanda se demuestra de la siguiente manera:

- Del asfalto, de acuerdo al diseño Marshall y al ensayo inmersión compresión, según se explicó en hechos precedentes, a partir de la cantidad de mezclas ejecutadas y recibidas mes a mes.

- *Del ACPM empleado en la producción, en planta, de las mezclas asfálticas, así como del consumido por las volquetas que realizaron los distintos acarreos de derrumbes, lo será bajo la idea de eficiencia que arriba se mencionó, de acuerdo con el dictamen pericial.*

- *A su vez, el costo o precio de esos mismos insumos se demostrará así:*

- *El del asfalto, que fue adquirido a Ecopetrol, con la lista de precios de dicha entidad por toda la época que cobija la ejecución del contrato 1724 /04, lista que además aparece publicada en la página web de dicha entidad.*

- *Y el precio del ACPM se acreditará igualmente con las respectivas listas de precios oficiales, tanto respecto de su precio inicial al momento de la oferta como sus distintos precios, mes a mes, a lo largo de la ejecución del contrato, y así establecer su incremento real. Todo ello según aparece ampliamente explicado en el dictamen pericial adjunto.*

- *El contratista, de acuerdo con su cuadro análisis de precios unitarios, APU, ofreció estos insumos (asfalto y ACPM) a los mismos precios que se encontraban en el mercado, específicamente de acuerdo con la lista oficial publicada en la arriba indicada página web.*

- Repercusión de los mayores precios del asfalto y ACPM en la economía del contrato:

"29.- Siguiendo los mismos ejemplos anteriores, se tiene:

"a) En cuanto al mayor costo por el consumo de asfalto:

- *En acta 25 correspondiente al mes de febrero -07 la contratista ejecutó 2891,60 M3 de mezcla asfáltica MDC-2 y para ello utilizó 367.927,18 kilos de asfalto.*

- *Para entonces, fecha de ejecución, el del asfalto era de menos \$ 80,70 por kilogramo –puesto que había descendido- (diferencia entre el pagado por el Invías, que corresponde al ofrecido en el APU mas los reajustes pactados, menos el costo del insumo).*

- *En cambio, tomando como nuevo ejemplo el acta No. 34 correspondiente al mes de noviembre de 2.007, se advierte que el contratista ejecutó 1.663,80 M3 de mezcla MCD-2 del ítem 450.3, lo que de acuerdo con lo explicado líneas arriba indica que le representó un consumo de 211.718,55 kilos de asfalto 80/100. Y como para esa época la diferencia de precio del asfalto, en signo positivo en contra de las contratistas, era de \$69,34, ello indica que por la anotada ejecución de tal mezcla y en lo que toca con ese solo aspecto, las demandantes sufrieron un desequilibrio económico de \$ 14'680.564,25.*

"b) Con relación al sobre costo por el consumo de ACPM en la elaboración de las mezclas asfálticas.

"Las cuentas son parecidas a las anteriores: si se sabe, conforme se vio, que en el mes de noviembre /07 las contratistas ejecutaron 1.663,80 M3 de mezcla MCD-2 del ítem 450.3, lo cual les implicó un consumo de 211.718,55 kilogramos de asfalto 80/100 de la planta de Girardota, por un lado, y se sabe, además, que en la producción de cada metro cúbico de asfalto compacto se consumen 6,20 galones de ACPM, ello nos arroja que en la anotada ejecución contractual se consumieron 12.584,98 del anotado combustible.

"Y si para entonces la diferencia de precio por galón de ACPM entre el pagado con reajustes por el Invías y el de adquisición era de \$ 1.602,73, ello indica que en la ejecución de la anotada labor y solo en ella, las contratistas sufrieron un desequilibrio económico de \$ 20'170.330,12.

"c) En cuanto al mayor costo por el insumo ACPM en la ejecución de los ítems 900.2 y 900.3:

- Se hacen cuentas semejantes a las anteriores: establecido el número de metros cúbicos de material transportado y su distancia, de un lado, y del otro, establecida la diferencia de precios del ACPM entre el reconocido y pagado por el Invías, con ajustes, el que obró como precio de adquisición, de donde surge la diferencia de precio por galón, se determina el monto del desequilibrio económico por este concepto.

"d) Operaciones semejantes a las anteriores realizo por estos insumos en cada uno de los ítems a que se refiere esta demanda y por la totalidad de los meses de ejecución, y así obtengo la cuantía de la presente reclamación.

"e) Hechos relativos a la cuantía del desequilibrio, si éste se cuantificara a partir de precios unitarios distintos a los consignados en el formulario No. 4:

"30.- Según arriba se dejó dicho, el contrato 1724 /04 se celebró en la modalidad de precios unitarios, siendo éstos los consignados en el formulario No. 4 de la propuesta presentada por la Unión Temporal demandante dentro de la licitación. Por esa razón, deducir valor alguno por concepto de imprevistos implicaría modificar los precios ofrecidos y pactados.

"31.- Pero para la eventualidad, recogida en la condena económica pretendida subsidiariamente en la pretensión segunda de la demanda, de que se dijese, en contra de lo pactado en el contrato, que éste y particularmente cada uno de sus insumos y precios unitarios varía en su 5 % por concepto del rubro de imprevistos, al perito se le pidió que desde este punto de vista cuantificara nuevamente el monto de esta reclamación, según cuentas similares a las anteriores –idénticas en lo relativo al consumo de los insumos por cuyo mayor precio se reclama y a la cuantía de la diferencia aritmética de éstos-, pero diferentes en cuanto les reste el anotado porcentaje por concepto de imprevistos.

"g) Hechos finales:

"32.- *El contrato a que se refiere esta demanda fue objeto de 4 modificaciones los días 18 de noviembre de 2.004, 15 de marzo de 2.006, 4 de julio de 2.007 y 26 de noviembre de 2.007; de 7 adiciones en valor y una en plazo los días 6 de mayo de 2.008, 17 de febrero de 2.009, 20 de noviembre de 2.009, 17 de diciembre de 2.009, 30 de diciembre de 2.009, 7 de julio de 2.010, 13 de octubre de 2.010 y 28 y 30 de diciembre de 2.010; y de dos aclaraciones los días 25 de enero y 30 de julio de 2.010*

"El 6 de noviembre de 2.009 la sociedad Inesco S.A. cedió su participación en la Unión Temporal Icat a la sociedad Lemoine Rivera Ingenieros Asociados Ltda..

"33.- *Como consecuencia de las reclamaciones presentadas al Invías para el reconocimiento de los sobre costos a que se refiere esta demanda, primero directamente por el Consorcio demandante, luego a través de ASOPAV – Asociación de Productores y Pavimentadores Asfálticos de Colombia- y posteriormente por intermedio del suscrito apoderado, y sobre la base de no haberse llegado a un acuerdo sobre el particular, las partes, en desarrollo de la cláusula arbitral a que antes se hizo mención, designamos los árbitros para que conozcan la presente demanda y se fijaron sus honorarios, según arriba lo dejé mencionado.*

"34.- *Hecho todo lo anterior, la cuantía final de la presente reclamación asciende en los términos antes expuestos a \$ 13.161'805.129,15 como principal y \$ 10.365'548.819,61 como subsidiaria, actualizadas al 30 de julio de 2.012."*

3. La contestación de la demanda por parte de INVÍAS

Frente a las pretensiones aducidas, la parte convocada se opuso a todas y cada una de ellas, presentando argumentos tendientes a enervar su prosperidad. Así mismo, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes. Adicionalmente solicitó el decreto de las pruebas las cuales se practicaron a lo largo del proceso.

CAPÍTULO TERCERO

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Síguese de cuanto queda expuesto que la relación procesal existente en este caso se ha configurado regularmente y que en su desenvolvimiento no se incurrió en defecto alguno que, por tener virtualidad legal para invalidar lo actuado en todo o en parte y no encontrarse saneado, imponga darle aplicación al artículo 145 del C de P.C., motivo por el cual corresponde ahora decidir sobre el mérito

de la controversia sometida a arbitraje por las partes convocada y convocante, propósito en orden al cual son conducentes las siguientes consideraciones.

I. CONSIDERACIONES

En forma previa a resolver las solicitudes planteadas en la demanda, procederá el Tribunal a analizar las tachas de sospecha formuladas por la parte demandante respecto de los testigos Nancy Fuentes Medina, Jorge Luis Flórez y Campo Elías Larotta.

1. La tacha de sospecha formulada respecto de los testigos Nancy Fuentes Medina, Jorge Luis Flórez y Campo Elías Larotta Spinel

Tal como ha quedado dicho en los antecedentes de este laudo, los testimonios de los señores Nancy Fuentes Medina -rendido en audiencia celebrada el seis de marzo de 2013-, Jorge Luis Flórez Segura y Campo Elías La Rotta Spinel, -rendidos en audiencia celebrada el nueve de abril de 2013-, fueron tachados por la parte convocante por sospecha.

Sobre la tacha de testigos el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, dispone:

"Cada parte podrá tachar los testigos citados por la otra parte o por el juez. La tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a éstos, que se practicarán en la misma audiencia. Si el testigo acepta los hechos, se prescindiera de toda otra prueba.

"Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio; en los casos de inhabilidad, el juez resolverá sobre la tacha en la audiencia, y si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir la declaración.

"El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso."

Por su parte, el artículo 217 del mismo Código señala que:

"Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas."

En primer término ha de precisarse que la versión que rinde el testigo sobre el cual recae algún viso de sospecha, no tiene por qué desecharse de entrada, sino que se le impone al juzgador un mayor cuidado en su valoración, para determinar su causa y el valor del testimonio.

Sobre el particular se pronunció el Consejo de Estado, Sección Primera, en Sentencia del 2 de septiembre de 2010³³, con ponencia del Dr. Marco Antonio Velilla Moreno, en la que se estableció lo siguiente:

"Respecto del tema de "testigo sospechoso", dentro del sistema que adopta el C.P.C. para la valoración de la prueba, no existe descalificación legal de un testigo que se pueda calificar de "sospechoso", ya que ello sería incompatible con el principio de la sana crítica que gobierna todo el régimen probatorio en nuestro medio, sin embargo, las razones por las cuales un declarante puede tildarse de sospechoso (amistad, enemistad, parentesco, subordinación, etc.), deben ser miradas por el juzgador como aquellas que pueden colocar al testigo en capacidad de engañar a la justicia; pero para ello, el juez debe hacer uso del análisis de la prueba, en su conjunto, a fin de llegar a una convicción aplicando las reglas de la sana crítica de la prueba. Y no resulta procedente desestimar de plano un testimonio, porque el artículo 218 del C.P.C. establece como norma de conducta para el juez apreciar los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, y no desecharlos de plano. El calificar como sospechoso un testigo no implica necesariamente que este haya incurrido en un falso testimonio, pues, en la práctica, respecto de testigos que en principio puedan ser calificados sin tacha de sospecha, no puede presumir el juez que siempre dicen la verdad; su dicho, como todo medio probatorio, debe evaluarse en conexidad con todos los demás medios de prueba aportados dentro de un proceso."³⁴

Y agregó:

"En igual sentido, esta Sección ha manifestado que:

³³ Consejo de Estado- Sección Primera. Sentencia de septiembre 2 de 2010. Exp. 2007-00191

³⁴ Expediente Rad. núm. 2003-01445, Actor: Carlos Campos Martínez, Consejero ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO, Sección Primera, Consejo de Estado.

«"La ley no impide que se reciba la declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un matiz más denso que aquel por el que deben pasar personas libres de sospecha". "El valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se halla contrarrestado por la suposición de que sus afirmaciones no son verídicas y por consiguiente, por sí solos, jamás pueden producir certeza en el juez. Lo cual autoriza a decir que lo más aconsejable es que el testimonio sospechoso deba analizarse de cara a los demás medios de convicción, para así establecer si éstos, ofreciéndole respaldo, hacen evanescente la incredibilidad".»³⁵

"En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que:
(...)

«Conforme a la doctrina constitucional el juez no tiene facultad para abstenerse de valorar un testimonio que considere sospechoso. En su lugar, debe efectuar una práctica más rigurosa del mismo y una evaluación detallada de cada una de las afirmaciones que lo compongan. En conclusión el juez, como director del proceso, debe asumir la responsabilidad de valorar bajo parámetros objetivos todas las pruebas allegadas a la investigación. Sólo puede descartar aquellas respecto de las cuales compruebe su ilegalidad o que se han allegado indebida o inoportunamente y, en todo caso, cualquiera que se haya obtenido con la vulneración del debido proceso.»³⁶

Similares planteamientos han sido expuestos por la Sala de Casación Civil y Agraria de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias del 19 de septiembre de 2001, 29 de abril y 16 de mayo de 2002 (Exp. No. 6228), en las cuales se señaló lo siguiente:

"(...) el recelo o la severidad con que el fallador debe examinar estos testimonios, no lo habilita para desconocer, a priori, su valor intrínseco, debido a que la sospecha no descalifica de antemano –pues ahora se escucha al sospechoso- sino que simplemente se mira con cierta aprehensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece."

Como quiera que el artículo 218 del C.P.C. en su inciso tercero ordena que los motivos y pruebas de la tacha se deben apreciar en la sentencia, procede el

³⁵ Expediente Rad. núm. 2006-02791, Actor: Tiberio Villareal Ramos, Consejero ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON Sección Primera, Consejo de Estado.

³⁶ Referencia Expediente T-1132315, Actor: Johana Luz Acosta Romero, Sentencia T-1090/05, Magistrado Ponente: CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, Sala Novena Corte Constitucional, Sentencia T-1090/05.

Tribunal a resolver sobre la materia, teniendo en cuenta que al tenor de lo previsto en el último inciso de la norma citada, el juez debe apreciar los testimonios sospechosos *"de acuerdo con las circunstancias de cada caso"* y acorde con las reglas de la sana crítica.

La tacha que se analiza fue formulada por la parte convocante, respecto de cada uno de los testigos, en los siguientes términos:

○ **Nancy Fuentes Medina**

"(...) de conformidad con la respuesta que ha dado la doctora Nancy consistente en que hace 18 años está vinculada a Invías, de conformidad con los Artículos 217 y 218 del Código de Procedimiento Civil la tacho de testigo sospechoso, dado que la testigo no sólo es dependiente de la parte demandada por trabajar para ésta, sino que ha venido desempeñando la función de asesor de la apoderada de Invías en el proceso semejante a este, promovido por los integrantes del Consorcio Progreso Buga, a conocimiento del Tribunal, lo que a las claras evidencia que se encuentra interesada en un resultado de ese proceso favorable a su empleador, lo cual pone de manifiesto que su credibilidad e imparcialidad se encuentran seriamente afectadas, repito en forma muy respetuosa, formulo la tacha de testigo sospechoso."

○ **Jorge Luís Flórez Segura**

"(...) por tener vínculo de dependencia con la parte convocada, me permito tachar de testigo sospechoso al declarante, solicito que como es natural y así lo dice la Ley, será en el momento en que el Tribunal se pronuncie al final del presente Tribunal."

○ **Campo Elías La Rotta Spinel**

"Por razón del vínculo que usted tiene con el INVÍAS y en atención además que continúa siendo el supervisor de este contrato o materia de la convocatoria. Me permito tacharlo de testigo sospechoso."

Observa el Tribunal que el demandante fundamentó la tacha de los tres testigos en el hecho de su vinculación desde hace varios años con el Invías, considerando que por tal motivo pueden tener interés en que se logre un resultado favorable para su empleador.

Como punto de partida el Tribunal considera necesario destacar la posición relevante que tienen los testigos frente a los hechos de este proceso, lo que sin duda alguna les permite tener una apreciación directa de los mismos para exponerlos ante el Tribunal, como en efecto lo hicieron.

En efecto la testigo Nancy Fuentes Medina manifestó:

"Yo soy funcionaria del Invías desde hace 18 años y desde el año 2005 fui vinculada al programa de mejoramiento y mantenimiento integral que fueron 11 contratos y estuve en el programa de principio a fin."

"Fui supervisora de algunos contratos, ustedes me verán acá no sólo en este sino en otros donde ejercí como supervisora de esos proyectos, porque el Invías está por diferentes circunstancias cambian el servicio, hay cambios en las supervisiones, yo no sólo voy a estar en este, también voy a estar en La Mata Bosconia, en Mantenimientos Integrales 2004, porque también fui supervisora durante un período en esos contratos, pero estuve en todo el programa desde el principio hasta su final."

"Ya en diciembre/09 fui nombrada coordinadora del programa de mantenimientos integrales mediante una resolución del Invías, soy coordinadora del grupo interno y como tal tengo la función de coordinar las actividades de los supervisores de proyecto de todo el programa, dentro de mis deberes está atender la defensa del Invías en los procesos arbitrales de los contratos de mantenimiento integral y por descontado que en los que fui supervisora también."

De su lado, el testigo Jorge Luis Flórez Segura, manifestó:

"Me desempeñé en este contrato como supervisor de proyectos durante un intervalo relativamente pequeño, no fue a lo largo de toda la vida del contrato, eso fue entre el 31 de octubre/07 y el mes de septiembre/09, fue un intervalo un poco más extenso de un año, traje las resoluciones con las cuales el Instituto Nacional de Vías me nombró en esas supervisiones y si la doctora considera pertinente puedo aportar esos documentos que son de tipo administrativo para que se vea que ahí está."

Finalmente, el testigo Campo Elías La Rotta Spinel, manifestó:

"Fui supervisor del contrato y nombrado por resolución 05 de mayo/10 hasta la fecha, tengo aquí la resolución de nombramiento por si hay que adjuntarla."

Si bien es cierto que existe un vínculo de dependencia de los testigos con la parte demandada que podría llegar a afectar su imparcialidad al declarar, es

claro que no es razonable que por tal circunstancia o condición deban desecharse sus declaraciones, que como se ha dicho, resultan ilustrativas para el esclarecimiento del conflicto sometido a composición judicial.

En el presente caso, el Tribunal ha realizado una detenida valoración de todas las pruebas allegadas, y en particular del contenido de los testimonios tachados en relación con las demás pruebas del proceso, y no encuentra elementos que le permitan desconocer la credibilidad de los citados testigos. La anterior circunstancia llevará a que se despache negativamente la tacha formulada por la parte convocante y así se declarará en la parte resolutiva de esta providencia.

2. La controversia a resolver

En la pretensión primera principal los convocantes solicitan la declaratoria del rompimiento del equilibrio económico contractual como consecuencia de la insuficiencia de la fórmula de ajuste de precios pactada en el contrato la cual no alcanzó a cubrir los incrementos de los precios del asfalto y del ACPM.

De manera subsidiaria solicitan (i) se declare que las convocantes sufrieron un daño antijurídico proveniente de haber asumido el mayor valor del asfalto y del ACPM (primera subsidiaria); (ii) la revisión de la cláusula 26.1 del contrato 1724 de 2004 (segunda subsidiaria); (iii) la declaratoria de que Invías incurrió en una omisión antijurídica o en un incumplimiento del contrato al no haber revisado ni corregido la citada cláusula 26.1 (tercera subsidiaria); o (iv) se declare que la convocada se enriqueció sin justa causa a expensas del correlativo empobrecimiento de las sociedades demandantes (cuarta subsidiaria).

Como fundamento fáctico de esas pretensiones sostienen las demandantes en síntesis, que durante la ejecución del contrato que da base a la acción, los precios del asfalto y del ACPM aumentaron de manera considerable lo cual generó el desequilibrio financiero del contrato no obstante haberse pactado una fórmula de ajuste del precio, la cual resultó insuficiente.

A continuación se procederá a realizar algunas consideraciones en relación con el tema del desequilibrio económico y posteriormente a establecer si los hechos reclamados se enmarcan dentro de lo que la ley y la jurisprudencia han establecido para esa figura.

3. La pretensión primera principal de la demanda

3.1. El concepto de equilibrio económico del contrato

El artículo tercero del estatuto de contratación estatal, ley 80 de 1993, vigente para la fecha de celebración del contrato que da origen a este proceso, disponía lo siguiente:

"Artículo 3º *De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.*

"Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones". (Texto subrayado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007).

A su turno, los artículos cuarto, quinto, vigésimo séptimo y vigésimo octavo del mismo estatuto disponen:

"Artículo 4º *De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:*

(...)

"3º. Solicitarán las actualización o la revista de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato".

"Artículo 5º *De los Derechos y Deberes de los Contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3º. de esta Ley, los contratistas:*

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

"En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no

sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.

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

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

“Artículo 28º.- De la Interpretación de las Reglas Contractuales. *En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos comutativos.”*

Las anteriores disposiciones muestran cómo para el legislador la preservación del sinalagma contractual es un propósito cardinal de la contratación estatal de tal forma que en caso de presentarse eventos que afecten la ecuación económica - en contra y en beneficio de cualquiera de las partes -, la misma debe ser restablecida.

Sobre este punto es importante resaltar que la ecuación económica del contrato no busca un equilibrio matemático sino una equivalencia entre las prestaciones de las partes, esto es, que ninguna de ellas se vea perjudicada con la ejecución del contrato. Esta figura no es nada distinto que esa correlación o equivalencia obligacional que debe caracterizar este tipo de negocios jurídicos. Dicho en otros términos, al momento en que las partes hacen coincidir sus manifestaciones de voluntad, es porque han encontrado una equivalencia entre las prestaciones que cada una de ellas asume, equivalencia que tiene estrecha relación con la causa del contrato, y que por ende debe mantenerse a todo lo largo de la ejecución negocial. Y si bien, no supone esa ecuación una definición precisa y exacta de

las utilidades o beneficios que cada parte espera, pues ella está expuesta en gran medida a unos factores intangibles que pueden variar aquellos como son los riesgos que cada uno asume, supone por lo menos una simetría entre las obligaciones de las partes, que como se dijo, debe procurar mantenerse.

Así pues, mientras las mutuas prestaciones debidas entre los contratantes guarden una equivalencia o correlación económica, se entenderá que hay equilibrio económico.

Si bien la situación de equilibrio es el ideal de todo contrato, en ciertos casos éste puede verse afectado por distintas situaciones que inciden en las prestaciones de las partes y distorsionan la equivalencia esperada.

A raíz de la existencia de estos desequilibrios y dadas sus consecuencias económicas, se ha desarrollado una tendencia, ahora generalizada, sobre la forma en que debe restablecerse el equilibrio y las consecuencias jurídicas de las distorsiones en la ecuación financiera de los contratos.

En materia de contratación estatal, esta tendencia del restablecimiento del equilibrio económico ha tenido un amplio desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal, al punto que se ha sostenido que el mantenimiento de dicho equilibrio es un principio esencial de la contratación con el Estado.

El convocante en su alegato de conclusión al abordar en detalle el tema del desequilibrio contractual sostiene que su restablecimiento *"es un derecho de cada contratista que, de acuerdo con las reglas arriba transcritas, surge a su favor cuando, durante el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, se rompe el equilibrio entre derecho y obligaciones que existía al momento de proponer."*

Sobre este punto, en sentencia del 29 de mayo de 2003 proferida por el Consejo de Estado con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque, en el expediente 73001-23-31-000-1996-4028-01(14577) se indicó lo siguiente:

"Ha sido una constante en el régimen jurídico de los contratos que celebra la administración pública, reconocer el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, como quiera que la equivalencia de las prestaciones reciprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la

intangibilidad de la remuneración del contratista, constituyen principios esenciales de esa relación con el Estado". –Negrillas fuera de texto-

"La ley 19 de 1982 señaló los principios de la contratación administrativa que debía tener en cuenta el ejecutivo con miras a reformar el decreto ley 150 de 1976 y expedir un nuevo estatuto. Allí se consagró el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, en tanto se previó el reembolso de los nuevos costos que se derivaran de las modificaciones del contrato ordenadas por la administración (art. 6º) así como el estimativo de los perjuicios que debían pagarse en el evento de que se ordenara unilateralmente su terminación (art. 8); principios posteriormente recogidos en los artículos 19, 20 y 21 del decreto ley 222 de 1983, que establecieron en favor de la administración los poderes exorbitantes de terminación y modificación unilateral de los contratos, en los que se condicionó el ejercicio de estas facultades a la debida protección de los intereses económicos del contratista, otorgándole, en el primer caso, el derecho a una indemnización y, en el segundo, el derecho a conservar las condiciones económicas inicialmente pactadas.

"Sin embargo, no han sido éstas las únicas situaciones que se han tenido en cuenta para restablecer el equilibrio económico del contrato, ya que otros riesgos administrativos y económicos que pueden desencadenarse durante su ejecución y alterar las condiciones inicialmente convenidas por las partes, habían sido desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia.

"En efecto, se ha reconocido que el equilibrio económico de los contratos que celebra la administración pública puede verse alterado durante su ejecución por las siguientes causas: por actos de la administración como Estado y por factores externos y extraños a las partes".

En ese fallo se hace alusión a las posibles causas que pueden afectar el equilibrio económico del contrato, mencionando entre ellos los actos de la administración así como factores externos y extraños a las partes. Sin embargo dichas causales han sido objeto de mención más detallada en copiosa jurisprudencia donde se han destacado principalmente los siguientes eventos:

- Actos o hechos de la administración contratante.
- Actos de la administración como Estado (Hecho del Príncipe).
- Factores exógenos a las partes del negocio jurídico (teoría de la imprevisión).

Es usual que en contratos como en el que nos ocupa en los cuales los costos son permanentemente variables, se acuerden fórmulas de actualización o de ajuste,

que son en últimas las herramientas que permiten a las partes preservar la equivalencia de la que se ha venido hablando.

Recordemos en este punto que en tratándose de contratos cuya ejecución se extiende en el tiempo, debe existir aquello que la doctrina denomina "reciprocidad dinámica". Algunas veces esa "reciprocidad" se logra mediante la incorporación de fórmulas de actualización pactadas desde el comienzo, como ocurrió en este caso, que buscan preservar la conmutatividad que desde el inicio las partes han concebido.

Al respecto sostiene la doctrina moderna:

"...los contratos se reformulan en su contenido en la medida del cambio de tecnologías, precios, servicios y sería insensato obligar a las partes a cumplir puntualmente con lo pactado en el sinalagma original. (...)"

"Los cambios se producen en el objeto de las obligaciones, es decir en las prestaciones. El monto dinerario puede variar por la depreciación de la moneda: los medios que se usan para cumplir el servicio pueden alterarse por los cambios tecnológicos; el producto puede estar inserto en un contrato de provisión continua y requerir actualizaciones. (...)"

"En los contratos de larga duración, el objeto es una envoltura, un cálculo probabilístico, un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior con finalidades adaptativas. Esta cualidad debe ser preservada puesto que de lo contrario, toda fijación produce la inaptabilidad del contrato. (...)"

"La diferencia fundamental con los vínculos no sometidos al tiempo extenso, es que debemos interpretar la conmutatividad del negocio mediante un concepto relacional y dinámico."³⁷

Pues bien, en el contrato objeto de estudio, las partes incorporando la fórmula de actualización buscaron mantener de manera "dinámica" esa equivalencia prestacional.

Estrecha relación tiene el concepto de equilibrio contractual con la denominada figura de los "riesgos contractuales". En efecto al celebrarse un contrato cada una de las partes asume unos riesgos que son propios de su actividad y que no tienen o no deben entenderse siempre y necesariamente con una connotación

³⁷ RICARDO LUIS LORENZETTI, Esquema de una teoría sistemática del contrato, Contratación contemporánea, Bogotá , Editorial Temis, 2000, pg. 34

negativa. El riesgo contractual tiene el alcance de alea del negocio, más no de ocurrencia de una circunstancia desfavorable para la parte que lo asume. Sin embargo la ocurrencia de esos aleas a los que cada parte está expuesta por razón de su posición y de su actividad, no puede convertirse en eventos que conlleven la revisión de la ecuación económica pues precisamente por ser riesgos asumidos conscientemente desde el inicio de la relación, se tuvieron que haber reflejado en el cálculo que cada parte hace del valor económico de las prestaciones que espera recibir.

Para efectos del restablecimiento del equilibrio económico, el legislador considera necesario establecer la causa generadora de su variación. En efecto, el artículo 5 de la citada ley 80 contempla dos eventos distintos a saber: (i) si la ecuación financiera se modifica por causas imputables a la administración, el contratista tendrá derecho al restablecimiento de la misma en los términos en que fue concebida al momento de contratar pues evidentemente estamos ante un típico evento de responsabilidad que exige la reparación integral del daño, y (ii) si tal modificación fue consecuencia de un hecho imprevisto no imputable a ninguna de las partes, sólo tendrá derecho a que se le compense el detrimento sufrido o en otras palabras, a que se le deje en un punto de no pérdida.

Constituye sin embargo presupuesto fundamental para la procedencia de cualquier reclamación por ese concepto, independientemente de su causa, la existencia de un real y verdadero desequilibrio en el contrato, cuya prueba corresponde sin duda a quien lo reclama. Para ese efecto la demostración del desequilibrio debe verse reflejada en el balance global del contrato, pues desde el punto de vista financiero el negocio jurídico constituye una sola operación económica compleja cuyo resultado final es el que permite determinar con certeza la existencia de una pérdida o de una utilidad.

No basta con demostrar que algunos de los precios del contrato aumentaron desmesuradamente ni tampoco puede aceptarse, a contrario, que muchos de ellos se redujeron igualmente de manera inesperada para concluir que hubo una afectación en la economía del contrato. Esta última solo puede concebirse a partir de la valoración conjunta de todos y cada uno de los componentes financieros del negocio, pues solo al final del ejercicio se tendrá la certeza de si éste generó pérdidas o beneficios.

De esta forma, la demostración judicial del desequilibrio contractual no puede estar dada por la variación anormal de uno o varios de los costos del contrato

sino que ella debe ser el resultado de la demostración del impacto de esa variación en el balance global del negocio.

Así, lo primero que debe destacarse es que cualquier afectación del equilibrio contractual, debe estar sustentada en hechos que efectivamente distorsionen la ecuación financiera, distorsión que solo puede predicarse de la totalidad del contrato, sin que sea admisible alegar un desequilibrio parcial o fraccionado, limitado a algunas prestaciones de la relación negocial, en razón a que la ecuación financiera está conformada por todas y cada una de las prestaciones y en ese sentido debe ser entendida como un todo. Lo anterior encuentra su razón de ser en la misma definición de la ecuación financiera del contrato la cual, como se ha venido reiterando, consiste en la equivalencia de las prestaciones debidas recíprocamente entre las partes.

Desconocer lo anterior implicaría desdibujar la figura del equilibrio contractual y más aún, llevaría a una aplicación indebida de los remedios legales y contractuales disponibles para corregir desequilibrios, pues cualquier prestación, vista aisladamente, podría llevar a una búsqueda de indemnizaciones o restablecimientos más allá de los parámetros legales, con lo cual se afectaría la posición contractual de la parte contraria.

Una vez demostrada la existencia del desequilibrio en los términos que anteceden, corresponde probar la causa de ese desbalance para enmarcarla en alguno de los eventos previstos en la ley y así acceder a la reparación que se reclama.

Establecido el anterior marco conceptual y los criterios necesarios para la prosperidad de una reclamación por desequilibrio, procede el Tribunal a continuación a analizar lo ocurrido en la controversia que aquí se resuelve y para ese efecto, conforme al orden planteado, abordará en primer lugar el estudio de la prueba del desequilibrio económico.

3.2. Análisis del caso concreto

De conformidad con lo alegado por la parte demandante en el presente proceso, los argumentos tendientes a demostrar la existencia de un desequilibrio contractual, se cimentan en factores externos que afectaron los precios de algunos insumos del contrato, los cuales sufrieron un incremento más allá del que supuestamente podía preverse al inicio y que por ende se encuentran

enmarcados dentro de lo que la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado como teoría de la imprevisión.

Esa teoría, como elemento perturbador del equilibrio contractual, alude a circunstancias exógenas y absolutamente ajenas a la voluntad de las partes, las cuales tienen incidencia negativa en la ecuación financiera del contrato, toda vez que generan una excesiva onerosidad en la prestación a cargo de una de ellas, rompiendo con ello la correlatividad que debe existir entre las prestaciones mutuas de quienes contratan.

Tal desequilibrio puede darse por situaciones anteriores al contrato pero que no eran conocidas por las partes, situaciones ocurridas después de celebrado el mismo, es decir durante su ejecución, siempre que no hubieran sido previstas por las partes, o puede darse por situaciones que aun habiendo sido previstas por ellas, generan efectos dañinos que desbordan lo que inicialmente habían planeado al momento de contratar.

Al respecto, en sentencia del Consejo de Estado del 7 de marzo de 2011, dentro del expediente número 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683), con ponencia de la Consejera Olga Mélida Valle, se definió la teoría de la imprevisión en los siguientes términos:

"La teoría de la imprevisión "regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible. En general, estas tres situaciones se encuentran reglamentadas, principalmente, en los artículos 4º numeral 3º y 8º; 5º numeral 1º; 25 numeral 14; 27 y 28". En aplicación de dicha teoría, ninguno de los anteriores sucesos o situaciones impide el cumplimiento del objeto contractual, pero en todo caso, su desarrollo se hace más oneroso en razón del hecho imprevisible. No obstante, las partes contratantes pueden prever la ocurrencia de dichos imprevistos, y convenir el mecanismo de reajuste o revisión de precios al que se refiere el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993. Con esto se pretende, pues, mantener la ecuación contractual cuando se presentan aumentos en los costos del contrato. Al efecto, "Esta Sala ha sido reiterativa en afirmar que si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicoamente, cuando se presentan alteraciones por causas no imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es

procedente, es necesario tener en cuenta, de una parte, que la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas, y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación. En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso".

En sentencia posterior, la misma Corporación señaló:

"La teoría de la imprevisión persigue que las cosas vuelvan a su estado inicial cuando las bases económicas del contrato se afecten por hechos posteriores que revistan las características anotadas y sean de tal magnitud que ocasionen una ruptura grave de la simetría o igualdad de los derechos y obligaciones existentes al tiempo de su celebración, y aunque no impidan su cumplimiento, hacen excesivamente onerosa su ejecución para una de las partes y, correlativamente, generan una ventaja indebida o en exceso para la otra.

"De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, los requisitos para que se configure este evento de rompimiento del equilibrio económico del contrato que dé lugar a un reconocimiento económico a favor del contratista son los siguientes:

"(i) Que con posterioridad a la celebración del contrato, se presente un hecho extraordinario, ajeno o exógeno a las partes, es decir, no atribuible a ninguna de ellas sino que provienen o son generados por terceros. No cabe invocar esta teoría cuando el hecho proviene de la entidad contratante, dado que ésta es una de las condiciones que la distinguen del hecho del principio, que es imputable a la entidad.

"(ii) Que ese hecho altere de manera anormal y grave, la ecuación económica del contrato.

"(iii) Que esa nueva circunstancia sea imprevista o imprevisible, esto es, que no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes, pues no es aplicable ante la falta de diligencia o impericia de la parte que la invoca, toda vez que nadie puede beneficiarse de su propia culpa. En otros términos, el hecho excede los cálculos que las partes pudieron hacer al contratar y que incluyen, normalmente, el álea común a toda negociación, que el cocontratante particular está obligado a tomar a su cargo.

"(iv) Que esa circunstancia imprevista dificulte a la parte que la invoca la ejecución del contrato, pero no la enfrete a un evento de fuerza mayor que imposibilite su continuación. (...)

"Es decir, los efectos de la aplicación de la teoría de la imprevisión son compensatorios, limitados a un apoyo parcial y transitorio que se le da al contratista para solventar el quebranto o déficit que el hecho económico le origina en el cumplimiento de las obligaciones que emanen del contrato, sin que, por tanto, haya lugar al reconocimiento de beneficios diferentes a los mayores gastos, costos o pérdidas que resulten de soportar la circunstancia imprevisible, extraordinaria, grave y anormal y que haya podido sufrir el cocontratante, o sea, como señala la doctrina, de llevarlo a un punto de no pérdida y no de reparar integralmente los perjuicios.³⁸

De la anterior sentencia, reiterada en no pocas ocasiones, se concluye que además de los requisitos antes expuestos, estos son el acaecimiento de un hecho extraordinario, imprevisible y ajeno a las partes que implique una dificultad para la ejecución del contrato, la aplicación de la teoría de la imprevisión requiere que dicha circunstancia signifique no solamente una mayor onerosidad para el contratista sino que ocasione, en términos generales, pérdidas para esa parte.

Sobre el particular la doctrina ha señalado:

"Sin embargo, como este tipo de hechos no son imputables a la administración contratante, el contratista no puede pretender una indemnización integral de su perjuicio, que compensaría no solo sus pérdidas sino también lo que aspiraba a ganar"³⁹

"Las condiciones externas deben generar un déficit en la ejecución del contrato. No es suficiente que el evento reduzca el beneficio que esperaba el contratista, álea que está a su cargo, sino que debe soportar una pérdida que no se puede compensar con los pagos futuros de la ejecución del contrato o las ganancias, si se trata de una concesión."⁴⁰

Corolario de lo anteriormente expuesto resulta que, como ya se dijo, para la prosperidad de las pretensiones del restablecimiento del equilibrio contractual derivado de hechos no imputables a la administración contratante, no es suficiente que el actor demuestre que se vio incurso en una mayor onerosidad en la ejecución del contrato sino además que, en términos generales, aquél le ocasionó pérdidas.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 28 de junio de 2012, exp. 21990, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Reiterada en Sentencia de 29 de mayo de 2013, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Mauricio Fajardo, expediente 25.971.

³⁹ Benavides José Luis, *El Contrato Estatal*. Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia.

⁴⁰ Ibídem página 442

Revisado en detalle el dictamen pericial aportado como prueba del perjuicio, concluye el Tribunal que aquel se encamina a demostrar, y así lo hace, el sobrecosto que implicó para el contratista el aumento en el precio del asfalto y del ACPM. Sin embargo se echa de menos en esa prueba la existencia de un análisis integral de la ecuación económica del negocio en el que se acredite que esos mayores costos realmente afectaron la economía del contrato en los términos exigidos por la ley y por la jurisprudencia para la prosperidad de un restablecimiento del equilibrio.

No desconoce el Tribunal que efectivamente en el periodo de ejecución del contrato se presentaron unas variaciones importantes en los precios internacionales del petróleo que afectaron a su turno los costos de ciertos insumos utilizados por el contratista. Ello quedó demostrado no solamente con el dictamen pericial aportado sino con la declaración de la doctora Ana María Ochoa quien puso en evidencia la ocurrencia de una situación atípica en el mercado internacional del petróleo que elevó sustancialmente los precios del asfalto y del ACPM.

Sin embargo, como se ha dicho, para efectos de que el juez pueda ordenar el restablecimiento del equilibrio contractual roto, resulta insuficiente que la parte reclamante acredite que uno o algunos de sus costos contractuales se incrementaron en desarrollo del negocio, pues lo cierto es que esos incrementos aislados bien podrían haberse visto compensados por utilidades igualmente importantes obtenidas en otros insumos o haber sido subsumidos por el ítem de imprevistos del contrato, lo cual implicaría, en últimas, que el equilibrio no se vio afectado.

En este punto considera importante el Tribunal efectuar una breve precisión en relación con el debate que a lo largo del proceso se suscitó sobre la existencia de imprevistos por precio o imprevistos para todo el contrato. Revisado el material probatorio se encuentra que el denominado AIU del contrato debe ser entendido como un solo concepto que se aplica a todas sus prestaciones y que los porcentajes de administración, utilidad e imprevistos, se conciben para toda la relación contractual pues lo cierto es que no se trata de que cada precio constituya un contrato independiente con sus propios costos de administración, utilidad e imprevistos sino que todos ellos hacen parte de una sola relación

jurídica y económica cuyo manejo y utilidad son calculados sobre la integralidad de la operación.

La prueba del desequilibrio de un contrato no puede elaborarse sobre la base de acreditar que algunos de sus costos aumentaron de manera importante sino que ella requiere la demostración clara de que esos ítems cuyos costos variaron sustancialmente, afectaron de tal manera la economía del contrato que llevaron al contratista a una situación de pérdida en el balance final. Esa prueba no existe en el expediente y por ello para el Tribunal resulta imposible concluir que el desequilibrio predicado por la parte convocante realmente existió, tal y como en igual sentido lo señaló la parte convocada en extenso en el numeral segundo de su alegato de conclusión.

Para mayor claridad, basta hacer mención a algunas de las respuestas que el perito José Manuel del Gordo expuso en su dictamen:

En relación con la pregunta número 2⁴¹, el experto afirmó:

"2. Pregunta: ¿Dentro de los ítems contractuales, indique cuáles son objeto de la presente reclamación y explique qué es lo que se reclama de cada uno de ellos?"

"Antes de contestar la pregunta, es importante destacar que la presente reclamación no cobija la totalidad del contrato sino que puntualmente se refiere a desequilibrios que a consideración del demandante se presentaron en los insumos Asfalto y ACPM utilizados en la ejecución de los siguientes ítems únicamente (...)"

Posteriormente en relación con la pregunta identificada bajo el número 39⁴² cuyo texto, al igual que el de la respuesta, se trasciben el perito señaló:

"39. Pregunta. Si en atención a la insuficiencia de la fórmula de ajuste de precios, a los mayores incrementos de los costos del asfalto y del ACPM, así como en razón al mayor costo del transporte por el sobre acarreo de materiales antes referido, la finanzas de la Unión Temporal Contratista resultó afectada (sic) en su contra?"

Y el experto respondió:

⁴¹ Folio 255 del C. de Pruebas No. 1.

⁴² Folio 358 del C. de Pruebas No. 1.

"Teniendo en cuenta lo analizado en las respuestas realizadas a las preguntas precedentes, se encontraron evidencias que dadas sus características pudieron afectar las finanzas de la Unión Temporal Contratista (...).

Y más adelante sintetiza:

"En conclusión las finanzas de la Unión Temporal Contratista pudieron verse afectadas por las siguientes razones (...)."

De las respuestas transcritas, y en particular del uso de la expresión “pudieron” resulta evidente que en el dictamen no se planteó la existencia cierta de una afectación de las finanzas de la Unión Temporal contratista sino que el perito plantea simplemente una hipótesis que nunca fue demostrada dentro del proceso.

Sobre este tema específico también es importante hacer mención a lo respondido por el experto en el curso de su declaración quien reconoció que simplemente se le solicitó hacer un estudio de los ítems correspondientes a asfalto y a ACPM y no una revisión global del comportamiento de todos los componentes económicos del contrato:

"DRA. BLANCO: ¿(...) El experticio que usted analizó, usted analizó la totalidad de los gastos incurridos y todos los ingresos recibidos por el contrato?"

"SR. DEL GORDO: No señora, aquí solamente me limité a lo que me dicen las preguntas que son, insumos, asfaltos y ACPM, utilizados en la producción de mezclas asfálticas y utilizadas en el transporte, dentro del estudio, dese cuenta usted doctora que hubo una parte que como perito rechacé que fue el determinar el consumo del transporte de las mezclas asfálticas el cual en el mismo estudio se dice que no se pudo hacer y se sacó del estudio.⁴³

(...)

"DRA. BLANCO: ¿Usted tuvo acceso a la totalidad de gastos de administración de este contrato?"

"SR. DEL GORDO: No.

"DRA. BLANCO: No tuvo acceso.

⁴³ Folio 422 reverso del C. de Pruebas No. 10.

"SR. DEL GORDO: No me lo preguntaron tampoco

"DRA. BLANCO: ¿Pero tuvo acceso a esa información?

"SR. DEL GORDO: No.

"DRA. BLANCO: ¿Por lo cual esos gastos de administración no están acreditados en su experticia?

"SR. DEL GORDO: No están acreditados ni tampoco los totalizó, ni los menciono numéricamente.⁴⁴

(...)

"DRA. BLANCO: ¿Por qué en el experticio usted hace cálculos fundamentándose por el alza del precio del insumo de asfalto y ACPM, sin tener en cuenta los demás insumos, materiales y otros ítems del contrato de obra?

"SR. DEL GORDO: Porque la pregunta que me hacen es puntualmente referente a esos dos ítems, a mi no me están preguntando sobre los demás ítems del contrato, yo me limito simplemente a contestar lo que aparece en un cuestionario que me suministraron, mal haría yo en extenderme y en salirme de las preguntas que me hacen.⁴⁵

(...)

"DRA. BLANCO: ¿Cuándo usted elaboró su informe técnico analizó el comportamiento del precio de todos los costos directos e indirectos que fueron utilizados para la ejecución de todos los ítems de obra?

"SR. DEL GORDO: No señora⁴⁶.

Estas afirmaciones del perito, aunadas a las consideraciones anteriormente expuestas en este capítulo, llevan al Tribunal a la conclusión de que en el presente caso, si bien se acreditó la existencia de mayores costos en los insumos asfalto y ACPM, no se demostró que esos mayores costos generaran un desequilibrio en la ecuación negocial que pueda servir de fundamento para proferir una condena en contra de la entidad convocada.

Adicionalmente a lo anterior, resulta importante destacar que el dictamen se fundamentó en cifras teóricas tal como lo reconoce el perito y que para su

⁴⁴ Folio 424 reverso del C. de Pruebas No. 10.

⁴⁵ Folio 425 reverso del C. de Pruebas No. 10.

⁴⁶ Folio 426 del C. de Pruebas No. 10.

elaboración no se consultaron las cantidades y precios realmente utilizados en obra en muchos casos, lo cual le resta contundencia a la prueba.

Sobre el particular, en el curso de su declaración, el experto manifestó:

"DRA. BLANCO: ¿Usted cuando elaboró su informe tuvo en cuenta el consumo real de la planta de asfalto que se utilizó en el contrato?"

"SR. DEL GORDO: No señora y le explico porque a mí me preguntan que calcule el consumo de una planta de asfalto en óptimas condiciones de operatividad (...)⁴⁷.

(...)

"DRA. BLANCO: ¿Usted tuvo los registros de consumos de combustible durante la ejecución contractual para hacer su informe técnico?"

"SR. DEL GORDO: No"⁴⁸.

En los anteriores términos coincide el Tribunal con el concepto de la Procuraduría, el cual acoge, en el sentido de que la pretensión primera no se adecua a los requisitos necesarios para que proceda el restablecimiento del equilibrio del contrato y por lo tanto no se accederá a su prosperidad.

Igual suerte correrá la pretensión segunda principal de la demanda, toda vez que ella se fundamenta sobre el presupuesto de la prosperidad de la pretensión primera, esto es, sobre la prueba de un desequilibrio económico en el contrato.

3. La pretensión primera subsidiaria

Como primer grupo de pretensiones subsidiarias solicita la parte convocante se declare que las contratistas sufrieron un *"daño antijurídico proveniente de haber asumido el mayor valor de los precios de los elementos antes relacionados (asfalto y ACPM) (...) que no les cubrió la Cláusula de Reajuste de precios (...)"*.

Teniendo en cuenta que este grupo de pretensiones reposa sobre el presupuesto de la existencia de un daño antijurídico, procede el Tribunal a efectuar algunas

⁴⁷ Folio 427 del C. de Pruebas No. 10.

⁴⁸ Folio 427 del C. de Pruebas No. 10.

consideraciones en relación con esa figura a fin de determinar si en este caso nos encontramos ante un evento de esa naturaleza y si aquél debe ser resarcido.

El artículo 90 de nuestra Constitución nacional dispone que "*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (...)*". Significa lo anterior que para que exista responsabilidad en cabeza de la administración se requiere (i) un daño, que debe ser antijurídico, (ii) que sea imputable al Estado y (iii) que exista un nexo de causalidad entre el daño y la conducta de la autoridad pública.

El daño antijurídico ha sido definido como aquel que la víctima no está en el deber de soportar, esto significa que pueden existir detrimientos que en virtud de la ley, el contrato, o las cargas que una persona adquiere al vivir en sociedad está en la obligación de asumir y por lo tanto aunque pueden significar un menoscabo en su persona o en sus bienes, no están llamados a ser reparados.

La definición de daño antijurídico no fue plasmada en la Constitución no obstante, los antecedentes de la misma permiten dilucidar la intención del constituyente. Al respecto la Corte Constitucional, en sentencia 333 de 1996 con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, señaló:

"Así, desde el punto de vista histórico, en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente se observa la intención de plasmar en la normatividad constitucional esta noción de daño antijurídico, que es tomado a su vez del artículo 106 de la Constitución española que consagra la responsabilidad patrimonial del Estado en los siguientes términos:

"Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

(...)

"La doctrina española ha definido entonces el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Esta concepción fue la base conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90. Así, la ponencia para segundo debate en la Plenaria de la Asamblea Constituyente señaló lo siguiente sobre este tema:

"En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, se elevan a la categoría constitucional dos conceptos ya incorporados en nuestro orden jurídico: el uno, por la doctrina y la jurisprudencia, cual es el de la responsabilidad del Estado por los daños que le sean imputables; y el otro, por la ley, la responsabilidad de los funcionarios.

"La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

"La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

"Esta figura tal como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo."

"Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades ese tribunal ha definido el daño antijurídico como 'la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar', por lo cual 'se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo'. Por consiguiente, concluye esa Corporación, 'el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva.'"

El daño entonces para ser reparado no requiere que sea consecuencia de una actividad ilícita de la Administración, éste puede derivar de una conducta ajustada a la ley la cual incluso sea beneficiosa para la mayoría de los administrados.

Lo que propugna el artículo 90 antes citado es que el Estado repare aquellos daños que, aunque derivados de una actuación lícita, el ciudadano no deba asumir. No obstante lo anterior es indispensable que el daño pueda ser imputado al Estado, esto es que se derive de una actuación u omisión de la administración excluyendo en consecuencia aquel detrimiento que deriva, por ejemplo, de un caso fortuito o de una fuerza mayor.

Establecido lo anterior, observa el Tribunal que, en lo que se refiere al aumento de los precios del ACPM y del asfalto, el daño reclamado por las convocantes

tiene como origen unos cambios en los mercados internacionales del petróleo los cuales desde ningún punto de vista resultan imputables a la administración y deja sin piso la procedencia de una condena por ese concepto, toda vez que, como quedó expuesto, en los términos del artículo 90 citado, la administración responderá por "*los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*".

Recordemos que en punto de la responsabilidad, independientemente de que estemos ante una de tipo administrativo o de tipo civil, constituye requisito esencial para la procedencia de una condena, la demostración por parte de la víctima de un nexo causal entre la actuación del agente y el daño sufrido por ella. No basta, como se plantea en la pretensión que aquí se estudia, que exista un daño para que una tal declaratoria pueda abrirse paso. El testimonio de la doctora Ana María Ochoa y los estudios allegados por el perito, ponen en evidencia que las causas del aumento en los costos obedecen a factores totalmente ajenos a la entidad, consistentes específicamente en las alzas en los precios del petróleo, las cuales se tradujeron en un mayor valor de ciertos insumos contractuales. Evidentemente ese mayor valor afectó a la unión temporal contratista lo cual, se reitera, no desconoce el Tribunal, pero para que pueda condenarse al Estado por la ocurrencia de un daño antijurídico es menester que éste pueda imputarse a la entidad pública demandada por razón de su acción o de su omisión lo cual, en el presente caso, nunca ocurrió.

De conformidad con las anteriores consideraciones, tampoco podrá el Tribunal acceder a la prosperidad de la pretensión primera subsidiaria de la demanda y por ello procederá al estudio de la pretensión segunda subsidiaria.

4. La pretensión segunda subsidiaria

Solicita el convocante en este punto la revisión de la cláusula 26.1 del contrato "*en el sentido de excluir de ella los insumos derivados del petróleo (asfalto y ACPM) y disponer que el pago de éstos se efectuará mensualmente de acuerdo con la lista de precios de Ecopetrol, debidamente actualizada*".

Dicha estipulación contempla lo siguiente:

"El CONTRATISTA recibirá como remuneración por el Programa de Intervención, la suma que resulte de multiplicar las cantidades de obra efectivamente ejecutadas, aprobadas y recibidas a satisfacción por la Interventoría mensualmente para el Refuerzo Estructural, el Mantenimiento Periódico, La

Rehabilitación y el Mantenimiento Preventivo por los precios unitarios que se relacionan en la propuesta del CONTRATISTA. Los valores están expresados en Pesos del año 2004 y serán actualizados para cada Ítem, cada doce meses con base en la variación de los respectivos grupos del ICCP correspondientes al periodo comprendido entre la fecha del cierre de la licitación y los doce meses siguientes, y así sucesivamente hasta el vencimiento del plazo del Contrato. Las cantidades de obra que no se ejecuten dentro del programa anual de intervenciones no estarán sujetas a la actualización prevista anteriormente sino que serán pagadas a los precios de la anualidad en la cual debieron haber sido ejecutados. Las anualidades se entienden como períodos de doce (12) meses contados a partir de la fecha del cierre de la licitación que dio origen al presente contrato. Los precios incluirán el AIU y todos los costos necesarios y requeridos para cumplir con las especificaciones generales de construcción de carreteras del INVIAST vigente y particulares del contrato incluidas en el Anexo Técnico. El INVIAST entiende que para la definición de sus precios unitarios el Adjudicatario realizó un ejercicio de optimización de ubicación de las fuentes de materiales e incluyó todos los costos referidos a los permisos mineros y ambientales. El CONTRATISTA deberá presentar para aprobación del Interventor el acta parcial mensual de obra donde se detallen las cantidades de obra ejecutadas en el Corredor Vial, de acuerdo con el Programa de Intervenciones. El Interventor verificará que las cantidades de obra previstas en el Programa de Intervenciones hayan sido efectivamente realizadas. En el evento en que el CONTRATISTA ejecute cantidades de obra inferiores a las previstas en el Programa de Intervenciones que resulten en un monto a cancelar inferior al noventa (90%) de las establecidas en dicho programa, se aplicará la disminución sobre el pago respectivo en la forma prevista de la cláusula 27. El Interventor calculará e incluirá en la respectiva acta mensual de obra las deducciones a que hubiere lugar. El INVIAST cancelará de conformidad con lo anotado en el acta. El Interventor supervisará que el CONTRATISTA cumpla con las especificaciones técnicas de materiales, equipos y procesos constructivos relacionadas en las Especificaciones Generales de Construcción y en el Anexo Técnico para cada una de las actividades de obra. De igual forma deberá supervisar que el CONTRATISTA cumpla con la programación definida en el Plan de Intervenciones. Un incumplimiento en la programación y en la categorización esperada al final de cada año, conlleva a un descuento sobre la remuneración del CONTRATISTA, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 27 y la aplicación de las multas según cláusula 32 respectivamente. La remuneración total que reciba el CONTRATISTA en el desarrollo del contrato por cantidades de obra no podrá exceder en ningún caso el Presupuesto del Programa de Intervenciones, estimado para cada año."

Examinada la pretensión, observa el Tribunal que en ella se solicita la intervención del Juez para modificar una cláusula contractual que por lo demás, hace parte de un contrato ya terminado.

Recordemos que las modificaciones contractuales son por excelencia una facultad exclusiva de las partes, y que la intervención del juez en relación con las

cláusulas de los contratos es puramente restrictiva y excepcional, y se limita a aquellos eventos en los cuales la cláusula adolece de nulidad, es abusiva o debe ser objeto de revisión por aplicación de la teoría de la imprevisión (artículo 868 del Código de Comercio).

No se fundamenta la solicitud en ninguno de los dos primeros eventos, esto es, nulidad o declaratoria de ineficacia por ser abusiva, sino que eventualmente se enmarcaría en la hipótesis de una revisión contractual fundamentada en la teoría de la imprevisión.

Sin embargo, como reiteradamente lo han dicho la jurisprudencia y la doctrina, la revisión judicial en eventos como el mencionado solo procede en los casos de contratos en ejecución puesto que ella tiene como finalidad que el juez adopte las medidas necesarias para procurar la continuación del negocio, o en su defecto lo declare concluido por ser excesivamente oneroso para la parte afectada. En el caso que nos ocupa, es imposible para el Tribunal entrar a revisar la cláusula contractual de ajuste de precios puesto que no estando ante una nulidad o ineficacia de la misma la única opción restante para la intervención judicial ya no resulta procedente toda vez que el contrato se encuentra terminado.

Por lo anterior el Tribunal habrá de negar la prosperidad de la pretensión segunda subsidiaria.

5. La tercera pretensión subsidiaria

Como tercera pretensión subsidiaria los convocantes solicitan que se declare que Invías incurrió en una omisión antijurídica o en un incumplimiento del contrato al no haber revisado ni corregido la citada cláusula 26.1.

En relación con el primero de estos temas, esto es la omisión antijurídica, ha de tenerse en cuenta que ella se presenta cuando una entidad administrativa se encuentra en el deber de actuar y no lo hace, y con ello ocasiona un daño a un particular.

Obran en el expediente, con la declaración de la doctora Ana María Ochoa, diversas comunicaciones dirigidas por ASOPAV al Instituto Nacional del Vías, en las que se solicita la revisión de la fórmula de ajuste y el reconocimiento de los mayores costos del asfalto, con fundamento en los incrementos del precio de

éste, el cual fue atado a un indicador internacional que no corresponde a aquél previsto en el contrato.

El estudio de las normas de la ley 80 relativas al mantenimiento del equilibrio contractual, impone sin duda a la administración el deber de revisar el contrato cuando se acredita ante ella, entre otros, que circunstancias imprevistas e imprevisibles tornaron mucho más gravosa la posición del contratista hasta llevarlo a una situación de pérdida. En este punto reitera el Tribunal que resulta inobjetable el hecho de que los precios del asfalto se incrementaron sustancialmente y de ello dan cuenta numerosas pruebas obrantes en el proceso. Sin embargo debe insistirse en que la actuación de la administración tendiente a equilibrar el contrato debe darse sobre la base de que el contratista le demuestre que el incremento de precios invocado conlleva en el balance general del contrato una pérdida que desnaturaliza el sentido de su vinculación al negocio.

En otras palabras, no basta con demostrar el incremento elevado del precio de uno o algunos insumos contractuales como requisito para que surja la obligación de reajuste por parte de la administración. Es menester para que pueda esperarse una tal conducta de la entidad contratante, que esa alza en los costos conlleve un desbalance en el contrato, de tal magnitud, que coloque al contratista en una situación de excesiva onerosidad para su cumplimiento hasta el punto que ello pueda terminar realizándose a costa de su patrimonio.

En relación con este tema el Tribunal considera necesario reiterar la distinción efectuada al inicio de esta providencia en el sentido de que deben separarse las pérdidas ocasionadas por actuaciones propias de la administración, en cuyo caso el resarcimiento sí debe hacerse de manera plena (reparar cualquier pérdida), de aquellos eventos en los cuales la afectación económica deriva de un hecho externo no imputable a ninguna de las partes, pues como se dijo, en ese evento el actuar de la administración no es un deber indemnizatorio como resultado de un incumplimiento sino un deber compensatorio derivado de la obligación legal de mantener el sinalagma contractual. Esto último no puede entonces ser entendido como la obligación permanente y automática a cargo de la administración de pagar a su contratista cualquier pérdida que sufra derivada de fluctuaciones en sus costos, por cuanto de llegar a esa conclusión, la distinción contenida en el artículo 5 del estatuto de contratación carecería de efectos y en

todos los casos se estaría radicando en cabeza de la administración una obligación reparatoria por una actuación que no le resulta atribuible.

Establecido el anterior parámetro, corresponde analizar si en el presente caso la administración se encontraba en la obligación legal de "reequilibrar el contrato", modificando la fórmula de ajuste como se solicitó por parte de la doctora Ana María Ochoa, quien para la época actuaba como vocera de ASOPAV. No se presentaba un incumplimiento contractual de la entidad para dar nacimiento a la obligación indemnizatoria prevista en la ley. Se estaría entonces en la hipótesis de un hecho ajeno a la contratante que aumentó los costos de un insumo y que evidentemente generó preocupación en sus contratistas por las consecuencias que ello podría tener. Las comunicaciones aportadas en el curso del testimonio de la doctora Ochoa, ponen en evidencia las variaciones y las alzas de los precios del petróleo y el efecto en los valores de algunos insumos y adicionalmente cuestionaron la no correspondencia entre la fórmula de ajuste inicialmente convenida por las partes con la realidad del mercado en lo que se refiere a asfalto y a ACPM.

Tenía en consecuencia la entidad contratante la obligación de modificar la cláusula contractual, como se plantea en la pretensión de la demanda? A partir del análisis probatorio obrante en el expediente y una vez más reiterando lo declarado por la testigo Ochoa, el Tribunal observa que la entidad consideró que la discusión debería ser planteada por ASOPAV ante el Dane, toda vez que esta última manejaba las fórmulas de índices de precios. No se allegaron pruebas concretas al expediente que permitan conocer con mayor detalle las razones por las cuales la entidad no accedió a efectuar el ajuste correspondiente, pero lo que resulta claro es que la obligación de restablecer el equilibrio no surge de manera automática por el simple hecho de que el contratista invoque y demuestre un aumento de precios, como ocurrió en este caso, sino que ella debe ir sin duda acompañada de un análisis económico que demuestre la afectación relevante de la ecuación económica del contrato.

No encuentra el Tribunal que esa afectación se haya demostrado en su momento acreditando el efecto que generó el alza del precio del asfalto en la economía total del contrato y por ende no se observa que la convocada haya incurrido en la omisión que en la pretensión tercera subsidiaria se predica.

Ahora bien, en lo que se refiere al incumplimiento del contrato que allí se reclama, no aparece acreditado en el proceso que existiera la obligación contractual de revisar o corregir la cláusula 26.1 de ajuste de precios y por ende tampoco podrá concederse una tal declaración.

De conformidad con lo anterior el Tribunal no podrá acceder a la prosperidad de esa solicitud.

6. La pretensión cuarta subsidiaria

Finalmente solicitan los convocantes se declare que la convocada se enriqueció sin justa causa a expensas del correlativo empobrecimiento de las sociedades demandantes.

Tampoco podrá prosperar esta solicitud por cuanto el enriquecimiento sin causa constituye una pretensión de origen extracontractual que queda por fuera del ámbito jurisdiccional otorgado por el convenio arbitral, y así se declarará en la parte resolutiva de esta providencia.

Sin embargo para el Tribunal resulta importante efectuar unas breves consideraciones sobre el tema del enriquecimiento sin causa. Según la jurisprudencia del Consejo de Estado *"la figura del "enriquecimiento sin causa" es un elemento corrector de posibles situaciones injustas, cuya prevención y remedio han escapado de las previsiones jurídicas. De esta manera, el enriquecimiento sin causa nace y existe actualmente, como un elemento supletorio de las disposiciones normativas, que provee soluciones justas en los eventos de desequilibrios patrimoniales injustificados, no cubiertos por el Derecho"*⁴⁹.

Para que opere esa figura es necesario que un patrimonio se incremente o acrezca y simultáneamente otro patrimonio se empobreza sin que exista una razón jurídica que justifique esa circunstancia.

Lo primero entonces que cabe preguntarse es si en el presente caso la entidad convocada recibió un incremento patrimonial a costa de un empobrecimiento de

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Magistrado Ponente Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia de 30 de marzo de 2006, expediente 25.662.

las sociedades demandantes? Desde el punto de vista jurídico el hecho de que a un contratista se le incrementen los costos de sus insumos no puede ser entendido como una circunstancia generadora de enriquecimiento patrimonial para una entidad. El enriquecimiento se da cuando la entidad recibe bienes o servicios sin pagar por ellos, no cuando estos últimos resultan costosos para el contratista. Invías contrató con las convocantes la realización de unos determinados trabajos por un precio convenido entre ellos y contablemente no aparece acreditado que haya recibido más trabajos de los contratados. El hecho, se reitera, de que los costos de ejecución de las obras se hayan visto incrementados por las razones tantas veces mencionadas, no conlleva a que la entidad haya recibido más de lo contratado a cambio de nada. La documentación allegada como prueba y las declaraciones de todos los testigos ponen en evidencia que las obras contratadas y solo las obras contratadas fueron recibidas por la entidad sin que pueda concluirse que ésta recibió trabajos o beneficios adicionales a los inicialmente convenidos sin haber pagado por ellos.

Para que pudiera abrirse paso la figura del enriquecimiento sin causa sería indispensable que la convocada se hubiese visto beneficiada con obras no contempladas en el objeto del contrato y por ende no previstas en el precio cobrado por los demandantes, pues en ese evento resultaría evidente que la entidad habría recibido efectivamente más beneficios sin contraprestación alguna de su parte. El acervo probatorio permite concluir que las obras ejecutadas por los convocantes fueron pagadas íntegramente por la demandada y la circunstancia de que los costos de algunas de aquellas hayan sido elevados para los contratistas desde ningún punto de vista implican que por ellas no haya habido pago, ni mucho menos que no haya existido causa que las justifique.

La circunstancia de que respecto de algunas de las prestaciones contractuales un contratista no reciba beneficio o incluso sufra una pérdida, no pude ser entendida como un enriquecimiento carente de causa por parte de la entidad contratante, pues lo que resulta inobjetable es que ellos se ejecutan por virtud de un contrato (causa) y se pagan al precio convenido, es decir, son objeto de una contraprestación.

A contrario sensu tampoco sería admisible que si el contratista se ve beneficiado con inmensos descuentos o grandes rebajas en sus costos, pudiera la entidad contratante alegar que éste se enriqueció a su costa, pues lo cierto es que desde el comienzo del contrato las partes convinieron la contraprestación que cada una en su criterio consideraba justa, a cambio de lo recibido.

Con fundamento en lo anterior, además de no existir competencia para resolver la pretensión cuarta subsidiaria, el Tribunal encuentra que ella carecería de fundamento jurídico.

7. Costas

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ley 1437 de 2011, vigente para la fecha de presentación de la demanda que da origen a este proceso, dispone que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."*.

Toda vez que el arbitraje pactado es sustitutivo de la jurisdicción contencioso administrativa, la norma antes señalada es aplicable a este proceso, pues sería esa la jurisdicción a la cual acudirían las partes de no existir el pacto arbitral.

Ahora bien, toda vez que la totalidad de los gastos y honorarios del Tribunal fueron sufragados por la actora en virtud del compromiso celebrado por las partes, corresponde al Tribunal exclusivamente fijar las sumas correspondientes a las agencias en derecho, de esta forma, atendiendo la duración de este arbitraje, así como su cuantía y la dificultad de los asuntos objeto de discusión, se fijará por concepto de agencias en derecho la suma de **DIECISIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$ 17.500.000)** la cual se encuentra dentro de los rangos establecidos al efecto por el Consejo Superior de la Judicatura (acuerdo 1887 de 2003).

CAPITULO CUARTO

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje integrado para resolver las diferencias surgidas entre **ICM INGENIEROS S.A., CASTRO TCHERASSI S.A. y LEMOINE RIVERA INGENIEROS ASOCIADOS LTDA**, todos ellos integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL ICAT** por una parte, y por la otra, el **INSTITUTO NACIONAL VÍAS – INVÍAS –**, administrando

justicia, en nombre de la República de Colombia, por autoridad de ley, y en cumplimiento de la misión encomendada por los compromitentes para tal fin,

RESUELVE

Primero: Declararse no competente para resolver la pretensión cuarta subsidiaria de la demanda.

Segundo: Negar las pretensiones principales así como la primera, segunda y tercera subsidiarias de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

Tercero: Declarar que no prosperan las tachas formuladas por la parte convocante contra los testigos Nancy Fuentes Medina, Jorge Luís Flórez y Campo Elías La Rotta.

Cuarto: Condenar a **ICM INGENIEROS S.A., CASTRO TCHERASSI S.A. y LEMOINE RIVERA INGENIEROS ASOCIADOS LTDA**, a pagar al **INSTITUTO NACIONAL VÍAS – INVÍAS –**, la suma de **DIECISIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$ 17.500.000)** por concepto de agencias en derecho causadas dentro del presente trámite.

Quinto: Ordenar la expedición de copias auténticas de esta providencia con destino a las partes y al Ministerio Público.

Sexto: Ordenar la protocolización del expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DAVID LUNA BISBAL
Presidente