

TRIBUNAL ARBITRAL

DE

**MAQUINARIA, INGENIERÍA Y CONTRUCCIONES S.A. "MAPECO"
E
I.C.M INGENIEROS S.A.**

CONTRA

INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil catorce (2014)

El Tribunal Arbitral conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre **MAQUINARIA, INGENIERÍA Y CONTRUCCIONES S.A. "MAPECO" e I.C.M INGENIEROS S.A.**, parte convocante y el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVIAS-**, 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 en 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) **MAQUINARIA, INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES S.A. MAPECO**, sociedad legalmente constituida mediante escritura pública No. 2482 de la Notaría 1^a de Barranquilla, de fecha 9 de septiembre de 1988, 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 Barranquilla¹.
- (ii) **ICM INGENIEROS S.A.**, sociedad legalmente constituida mediante escritura pública No. 4133 de la Notaría 29 de Bogotá, de fecha 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 Bogotá².

En este trámite arbitral la parte convocante está representada judicialmente por el abogado **Roberto Jesús Núñez Escobar**, de acuerdo con el poder visible a folio 90 del Cuaderno Principal No. 1, ratificado mediante memorial visible a folios 128 y 129 del Cuaderno Principal No. 1, a quien se le reconoció personería en el Acta No. 6 de fecha 30 de abril de 2013³.

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 mediante el Decreto 2171 del 30 de diciembre de 1992, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, representado 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 2614 de 2 de junio de 2011⁴.

En este trámite arbitral la parte convocada está representada judicialmente por el abogado **Mario José Martínez Ramón**, de acuerdo con el poder visible a

¹ Folios 91 a 96 del C. Principal No. 1.

² Folios 97 a 99 del C. Principal No. 1.

³ Folio 1 del C. Principal No. 2.

⁴ Folios No. 201 a 205 del C. Principal No. 1.

folio 200 del Cuaderno Principal No. 1 y a quien se le reconoció personería mediante auto No. 1 de fecha 3 de octubre de 2012⁵.

II. EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral que sirve de fundamento al presente proceso se encuentra contenido en el "*CONTRATO DE COMPROMISO CELEBRADO ENTRE LOS INTEGRANTES DEL CONSORCIO PUERTO LÓPEZ Y EL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVIAS-*" de fecha agosto 21 de 2012, que a la letra, en las cláusulas pertinentes dispone:

"CLÁUSULA PRIMERA: *Las partes acuerdan en que las controversias que han surgido entre las mismas, en relación con las diferencias, incumplimientos y la ejecución del contrato No. 1665 de 2005, referidas al reconocimiento de la mayor permanencia generada de obra, el incremento exorbitante en el precio del producto asfalto sólido en refinerías de Ecopetrol, los incrementos del precio del combustible ACPM, los trabajos de transitabilidad año 2006; los relacionados con el material de terraplén explotado en canteras, la actualización de precios por obra ejecutada en el año 2008 y las reparaciones del pavimento por causas ajenas al contratista, así como la interpretación o liquidación del referido Contrato; serán resueltas por un tribunal de arbitramento, de acuerdo con lo establecido en los decretos 2279 de 1989 y 1818 de 1998 y en la Ley (sic) 446 de 1998 o las disposiciones que las modifiquen, sustituyan o adicionen, siempre que la controversia sea susceptible de ser resuelta a través de este mecanismo de conformidad con las normas vigentes sobre la materia.*

"CLÁUSULA SEGUNDA: REGLAS DEL TRIBUNAL.- *Para efectos de lo dispuesto en la anterior cláusula, las partes acuerdan acudir al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá, para lo cual deberán sujetarse a lo dispuesto en el reglamento de dicho centro o cualquier norma que la modifique, sustituya o adicione.*

⁵ Folio 197 del Cuaderno Principal No. 1

1. *El tribunal funcionará en la ciudad de Bogotá y tendrá lugar en las instalaciones del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá.*
2. *En caso de ser necesario cualquier desplazamiento fuera de Bogotá D.C., los costos y gastos correrán por cuenta de quien inicie la controversia.*
3. *Los gastos que ocasione el tribunal de arbitramento serán cubiertos, en principio, por la parte que suscite la controversia. Una vez tomada la decisión por el tribunal, los gastos los asumirá la parte que resulte vencida. Si no es éste el caso, los gastos serán distribuidos entre el INSTITUTO y el CONTRATISTA.*
4. *El Arbitramento será en derecho.*

"CLÁUSULA TERCERA: NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS:- Los árbitros que se nombran de común acuerdo son los siguientes: David Visbal (*sic*), Orlando Abello Martínez-Aparicio y Lisandro Peña Nobsa (*sic*), en ausencia de alguno de ellos las partes de común acuerdo nombraran el suplente, de existir discrepancia entre las partes será elegido por sorteo dentro de los quince (15) días calendario de la lista de la Cámara de Comercio de Bogotá.⁶

III. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO

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

- a. Con fundamento en el contrato de compromiso citado anteriormente, el 24 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 de Arbitramento para dirimir las diferencias existentes con el INVIAS, en relación con el contrato 1665 de 2005⁷.

⁶ Folios 393 y 394, del C. de Pruebas No. 1.

⁷ Folios 1 a 89 del C. Principal No. 1.

- b. Los árbitros designados en el pacto arbitral suscrito por las partes, doctores Orlando Abello Martínez-Aparicio, David Luna Bisbal y Lisandro Peña Nossa aceptaron su designación.
- c. El 3 de octubre de 2012, se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal (Acta No. 1)⁸, 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:
1. Se declaró legalmente instalado.
 2. 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.
 3. Fijó como lugar de funcionamiento y Secretaría la sede Salitre del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
 4. Reconoció personería a la apoderada de la parte convocante y al apoderado de la parte convocada.
 5. Admitió la demanda arbitral y ordenó correr traslado de la misma y de sus anexos, a la parte convocada, por el término de 10 días, notificación que se surtió en la misma fecha.
- d. El 17 de octubre de 2012, vía correo electrónico y por correo certificado se puso en conocimiento de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la Procuraduría General de la Nación, la existencia de este trámite arbitral, para lo cual se les remitió copia de la demanda y del auto admisorio de la misma. Adicionalmente, copia de la demanda y de sus anexos les fue remitida vía correo postal. En correo electrónico del 19 de octubre de 2012, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado acusó recibo de la información remitida⁹.

⁸ Folios 196 a 198 del C. Principal No. 1.

⁹ Folios 214 y 215 del C. Principal No. 1.

El 26 de octubre de 2012, el doctor Rodrigo Bustos Brasbi, en su calidad de Agente del Ministerio Público, acusó recibo de la citada notificación.

- e. El 18 de octubre de 2012, estando dentro de la oportunidad procesal, la parte convocada presentó los siguientes escritos:
 - 1. Contestación de la demanda¹⁰.
 - 2. Llamamiento en garantía a las sociedades VQ Ingeniería Ltda., Sociedad Colombiana de Tecnología Ingeniería y Obras Civiles S.A. – COLTESA S.A.-, HMV Ingenieros Ltda. y CGR Limitada hoy CGR S.A.S¹¹.
 - f. El 22 de octubre de 2012, mediante fijación en lista se corrió traslado de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.
 - g. El 24 de octubre de 2012, la convocante radicó un memorial en el que se pronunció frente a las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, sin solicitar pruebas adicionales¹².
 - h. Mediante Auto No. 2 (Acta No. 2)¹³ de 21 de enero de 2013, se fijó fecha para llevar a cabo audiencia de conciliación dentro del trámite arbitral. La anterior providencia fue objeto de recurso por la parte convocada con el fin de obtener un pronunciamiento sobre los llamamientos en garantía formulados y de tal recurso se corrió traslado a la parte convocante y al señor agente del Ministerio Público, quien se pronunció solicitando que se accediera a la petición de la convocada.
 - i. Mediante Auto No. 3 (Acta No. 3)¹⁴ de fecha 13 de febrero de 2012, el Tribunal revocó el auto impugnado y en su lugar, previas las consideraciones del caso, admitió el llamamiento en garantía formulado contra las sociedades VQ Ingeniería Ltda., Sociedad Colombiana de Tecnología Ingeniería y Obras Civiles S.A. – COLTESA S.A.-, HMV
-

¹⁰ Folios 217 a 239 del C. Principal No. 1.

¹¹ Folios 269 a 284 del C. Principal No. 1

¹² Folios 258 a 265 del C. Principal No. 1

¹³ Folios 285 a 287 del C. Principal No. 1

¹⁴ Folios 301 a 307 del C. Principal No. 1

Ingenieros Ltda. y CGR Limitada hoy CGR S.A.S. Adicionalmente ordenó la correspondiente notificación personal.

De conformidad con el art. 56 del C.P.C., el proceso quedó suspendido hasta que se surtiera la citación a los llamados en garantía y venciera el término para su comparecencia, con la advertencia de que tal suspensión no podía exceder de 90 días.

j. El auto en mención fue notificado en las siguientes fechas:

- A la sociedad VQ Ingeniería Ltda. el 6 de marzo de 2013, la cual dentro de la oportunidad de ley y actuando mediante apoderado, interpuso recurso de reposición.
- A la Sociedad Colombiana de Tecnología Ingeniería y Obras Civiles S.A. – COLTESA S.A., el 7 de marzo de 2013, la cual, el 12 de marzo de 2013 presentó recurso de reposición contra dicha decisión.
- A la sociedad HMV Ingenieros Ltda., el 11 de marzo de 2013, la cual, dentro del término de ley y a través de apoderada, presentó un memorial informando su decisión de no adherir al pacto arbitral. Adicionalmente, presentó recurso de reposición en contra del auto que le fuera notificado.
- A la sociedad CGR S.A.S., el 11 de marzo de 2013, y ésta, actuando mediante apoderado, el 13 de marzo de 2013 presentó recurso de reposición contra la decisión en mención.

k. El 15 de marzo de 2013, mediante fijación en lista, se corrió traslado de los recursos de reposición interpuestos por los llamados en garantía. Dentro de la oportunidad legal, la parte convocada descorrió el traslado de los recursos oponiéndose a su prosperidad¹⁵.

¹⁵ Folios 398 a 405 del C. Principal No. 1.

- I. Por Auto No. 5 (Acta No. 4)¹⁶ de fecha 2 de abril de 2013 el Tribunal resolvió los recursos interpuestos por las sociedades llamadas en garantía, y, previas las consideraciones del caso, confirmó la providencia recurrida, y ordenó que se continuara el trámite arbitral en los términos de ley, sin la intervención de tales sociedades.
- m. La anterior providencia fue objeto de solicitud de aclaración y adición formulada por VQ Ingeniería Ltda. y por la Sociedad Colombiana de Tecnología Ingeniería y Obras Civiles S.A. – COLTESA S.A.

El 12 de abril de 2013, mediante Auto No. 6 (Acta No. 5)¹⁷ el Tribunal, luego de las consideraciones del caso, rechazó por improcedente la anterior solicitud.

- n. El 30 de abril de 2013, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, 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 convocante¹⁸.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CONTROVERSIA

I. LA DEMANDA, SU CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES

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:

¹⁶ Folios 406 a 415 del C. Principal No. 1.

¹⁷ Folios 420 a 425 del C. Principal No. 1

¹⁸ Folios 9 a 10 del C. Principal No. 2

"PRINCIPALES:

"Solicito muy comedidamente que se efectúen las siguientes o similares declaraciones y/o condenas:

"3.1.1. DECLÁRESE que el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS** incumplió las obligaciones a su cargo en virtud del contrato de la referencia, específicamente la referida a realizar una debida planeación del mismo, a efectuar los ajustes correspondientes, y la relacionada con el pago de las obras adicionales ejecutadas por el contratista.

"3.1.2. DECLÁRESE: que dentro del contrato No. 1665 de 2005 se rompió el equilibrio económico por causas no imputables a las partes y con ocasión del acaecimiento de hechos graves, imprevisibles, irresistibles y extraordinarios, así como la aparición de sujeciones materiales imprevistas; y que el INVIAST incumplió su obligación legal de restablecer el equilibrio económico del contrato.

"3.2. CONSECUENCIALES

"En consecuencia de cualquiera de las anteriores o en su conjunto, CONDÉNESE a la CONVOCADA a reconocer y pagar las siguientes sumas más sus intereses, como se solicita a continuación:

"3.2.1. RECONOCER y PAGAR a favor de los integrantes del CONSORCIO PUERTO LÓPEZ, la suma estimada de **MIL CUARENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS M/C (\$1.041.969.933)**, por concepto de los **sobre-costos** en el material para el terraplén explotado en canteras, en que incurrieron los integrantes del CONSORCIO PUERTO LÓPEZ con ocasión al incumplimiento de planeación, de acuerdo con lo expuesto en la presente solicitud de arbitramento, **o lo que resulte probado dentro del proceso**, suma que deberá ser actualizada a la fecha de su pago efectivo.

"3.2.1.1. RECONOCER, LIQUIDAR y PAGAR frente a las sumas de dinero a pagar por concepto del anterior numeral 3.2.1 intereses de mora de 1,5 veces el interés corriente bancario a partir de la fecha en que la entidad debió pagar esta suma, la cual era 30 días después de la entrega definitiva de la obra que se surtió el 29 de diciembre de 2008, fecha en la cual la entidad entró a gozar del bien, de acuerdo con lo expuesto en la demanda, según lo dispuesto en el artículo 884 del C. Co y ajustada a la fecha de su pago efectivo.

"3.2.1.1.1. En subsidio de la fecha indicada en la anterior pretensión (3.2.1.1.), sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR y PAGAR** los intereses irrogados a partir del día 26 de agosto de 2010 fecha en la que se llevó acabo (sic) la liquidación bilateral del contrato No. 1665 de 2005 **o la fecha que se pruebe en el proceso**

"3.2.1.2. Primera Subsidiaria. En subsidio de la pretensión 3.2.1.1, sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR y PAGAR** frente a las sumas de dinero a pagar por concepto del anterior numeral 3.2.1., intereses **compensatorios** liquidados a la tasa del Interés Corriente Bancario a partir de la fecha en que la entidad debió pagar esta suma, la cual era 30 días después de la entrega definitiva de la obra que se surtió el 29 de diciembre de 2008, fecha en la cual la entidad entró a gozar del bien de acuerdo con lo expuesto en la presente solicitud, y ajustada a la fecha de su pago efectivo.

"3.2.1.2.1. En subsidio de la fecha indicada en la anterior pretensión (3.2.1.2), sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR y PAGAR** los intereses irrogados a partir del día 26 de agosto de 2010 fecha en la que se llevó acabo (sic) la liquidación bilateral del contrato No. 1665 de 2005 **o la fecha que se pruebe en el proceso**

"3.2.1.3. Segunda Subsidiaria: En subsidio de la pretensión 3.2.1.2., sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR y PAGAR** por concepto del anterior numeral 3.2.1., intereses moratorios del 8% efectivo anual, de conformidad con lo establecido por las partes en el parágrafo sexto de la cláusula séptima del contrato 1665 de 2005, a partir de la fecha en que la entidad debió pagar esta suma, la cual era 30 días después de la

entrega definitiva de la obra que se surtió el 29 de diciembre de 2008, fecha en la cual la entidad entró a gozar del bien de acuerdo con lo expuesto en la presente solicitud, y ajustada a la fecha de su pago efectivo.

*"3.2.1.3.1. En subsidio de la fecha indicada en la anterior pretensión (3.2.1.3), sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR** y **PAGAR** los intereses irrogados a partir del día 26 de agosto de 2010 fecha en la que se llevo acabo (sic) la liquidación bilateral del contrato No. 1665 de 2005 **o la fecha que se pruebe en el proceso***

"3.2.2. RECONOCER y **PAGAR** a favor de los integrantes del **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ**, la suma estimada de **QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (552.651.281)**, por concepto de los ajuste de los precios de las obras ejecutadas en el año 2008 no efectuado por el **INVÍAS** a favor de los integrantes del **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ**, de acuerdo con lo expuesto en la presente solicitud de arbitramento, **o lo que resulte probado dentro del proceso**, suma que deberá ser actualizada a la fecha de su pago efectivo.

"3.2.2.1. RECONOCER, LIQUIDAR y **PAGAR** frente a las sumas de dinero a pagar por concepto del anterior numeral 3.2.2 intereses de mora de 1,5 veces el interés corriente bancario a partir de la fecha en que la entidad debió pagar esta suma, la cual era 30 días después de la entrega definitiva de la obra que se surtió el 29 de diciembre de 2008, fecha en la cual la entidad entró a gozar del bien de acuerdo con lo expuesto en la demanda, según lo dispuesto en el artículo 884 del C. Co y ajustada a la fecha de su pago efectivo.

*"3.2.2.1.1. En subsidio de la fecha indicada en la anterior pretensión (3.2.2.1), sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR** y **PAGAR** los intereses irrogados a partir del día 26 de agosto de 2010 fecha en la que se llevo acabo (sic) la liquidación bilateral del contrato No. 1665 de 2005 **o la fecha que se pruebe en el proceso***

"3.2.2.2. Primera Subsidiaria. En subsidio de la pretensión 3.2.2.1, sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR** y **PAGAR** frente a las sumas de dinero a pagar por concepto del anterior numeral 3.2.2., intereses **compensatorios** liquidados a la tasa del Interés Corriente Bancario a partir de la fecha en que la entidad debió pagar esta suma, la cual era 30 días después de la entrega definitiva de la obra que se surtió el 29 de diciembre de 2008, fecha en la cual la entidad entró a gozar del bien de acuerdo con lo expuesto en la presente solicitud, y ajustada a la fecha de su pago efectivo.

"3.2.2.2.1. En subsidio de la fecha indicada en la anterior pretensión (3.2.2.2), sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR** y **PAGAR** los intereses irrogados a partir del día 26 de agosto de 2010 fecha en la que se llevó a cabo (sic) la liquidación bilateral del contrato No. 1665 de 2005 **o la fecha que se pruebe en el proceso.**

"3.2.2.3. Segunda Subsidiaria: En subsidio de la pretensión 3.2.2.2., sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR** y **PAGAR** por concepto del anterior numeral 3.2.2., intereses moratorios del 8% efectivo anual, de conformidad con lo establecido por las partes en el parágrafo sexto de la cláusula séptima del contrato 1665 de 2005, a partir de la fecha en que la entidad debió pagar esta suma, la cual era 30 días después de la entrega definitiva de la obra que se surtió el 29 de diciembre de 2008, fecha en la cual la entidad entró a gozar del bien de acuerdo con lo expuesto en la presente solicitud, y ajustada a la fecha de su pago efectivo.

"3.2.2.3.1. En subsidio de la fecha indicada en la anterior pretensión (3.2.2.3), sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR** y **PAGAR** los intereses irrogados a partir del día 26 de agosto de 2010 fecha en la que se llevó a cabo (sic) la liquidación bilateral del contrato No. 1665 de 2005 **o la fecha que se pruebe en el proceso.**

"3.2.3 RECONOCER y PAGAR a favor de los integrantes del CONSORCIO PUERTO LÓPEZ, la suma estimada de **QUINIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CINCUENTA Y CINCO PESOS. (\$537.695.055)**, por concepto

*de las obras de transitabilidad ejecutadas por los integrantes del **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ** y no pagadas por el **INVIAS**, de acuerdo con lo expuesto en la presente solicitud de arbitramento, o lo que resulte probado dentro del proceso, suma que deberá ser actualizada a la fecha de su pago efectivo.*

"3.2.3.1. RECONOCER, LIQUIDAR y PAGAR frente a las sumas de dinero a pagar por concepto del anterior numeral 3.2.3 intereses de mora de 1,5 veces el interés corriente bancario a partir de la fecha en que la entidad debió pagar esta suma, la cual era 30 días después de la entrega definitiva de la obra que se surtió el 29 de diciembre de 2008, fecha en la cual la entidad entró a gozar del bien de acuerdo con lo expuesto en la demanda, según lo dispuesto en el artículo 884 del C. Co y ajustada a la fecha de su pago efectivo.

*"3.2.3.1.1. En subsidio de la fecha indicada en la anterior pretensión (3.2.3.1.), sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR y PAGAR** los intereses irrogados a partir del día 26 de agosto de 2010 fecha en la que se llevo acabo (sic) la liquidación bilateral del contrato No. 1665 de 2005 o la fecha que se pruebe en el proceso.*

"3.2.3.2. Primera Subsidiaria. En subsidio de la pretensión 3.2.3.1, sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR y PAGAR** frente a las sumas de dinero a pagar por concepto del anterior numeral 3.2.3., intereses **compensatorios** liquidados a la tasa del Interés Corriente Bancario a partir de la fecha en que la entidad debió pagar esta suma, la cual era 30 días después de la entrega definitiva de la obra que se surtió el 29 de diciembre de 2008, fecha en la cual la entidad entro a gozar del bien de acuerdo con lo expuesto en la presente solicitud, o la fecha que se pruebe en el proceso y ajustada a la fecha de su pago efectivo.

*"3.2.3.2.1. En subsidio de la fecha indicada en la anterior pretensión (3.2.3.2..), sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR y PAGAR** los intereses irrogados a partir del día 26 de agosto de 2010 fecha en la que se llevo acabo (sic) la liquidación bilateral del contrato No. 1665 de 2005 o la fecha que se pruebe en el proceso.*

"3.2.3.3. Segunda Subsidiaria: En subsidio de la pretensión 3.2.3.2., sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR** y **PAGAR** por concepto del anterior numeral 3.2.3., intereses moratorios del 8% efectivo anual, de conformidad con lo establecido por las partes en el parágrafo sexto de la cláusula séptima del contrato 1665 de 2005, a partir de la fecha en que la entidad debió pagar esta suma, la cual era 30 días después de la entrega definitiva de la obra que se surtió el 29 de diciembre de 2008, fecha en la cual la entidad entró a gozar del bien de acuerdo con lo expuesto en la presente solicitud, o la fecha que se pruebe en el proceso y ajustada a la fecha de su pago efectivo.

"3.2.3.3.1. En subsidio de la fecha indicada en la anterior pretensión (3.2.3.1.), sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR** y **PAGAR** los intereses irrogados a partir del día 26 de agosto de 2010 fecha en la que se llevó a cabo (sic) la liquidación bilateral del contrato No. 1665 de 2005 **o la fecha que se pruebe en el proceso.**

"3.2.4. RECONOCER y **PAGAR** a favor de los integrantes del **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ**, la suma estimada de **MIL SETENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS DIECISÉIS MIL CIENTO VEINTE SIETE PESOS M/C (1.071.516.127,92)**, por concepto de los **sobre-costos** sufragados por los integrantes del **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ** en los ítems de "Imprimación", "Base Estabilizada" y "Mezcla Densa en Caliente Tipo MDC-2", con ocasión de la variación grave, imprevisible, extraordinaria e irresistible en el precio del producto asfalto sólido en refinería de Ecopetrol, de acuerdo con lo expuesto en la presente solicitud de arbitramento, **o lo que resulte probado dentro del proceso,** suma que deberá ser actualizada a la fecha de su pago efectivo.

"3.2.4.1. RECONOCER, LIQUIDAR y **PAGAR** frente a las sumas de dinero a pagar por concepto del numeral 3.2.4. intereses **compensatorios** liquidados a la tasa del Interés Corriente Bancario a partir de la fecha en que la entidad debió pagar esta suma, la cual era 30 días después de la entrega definitiva de la obra que se surtió el 29 de diciembre de 2008, fecha en la cual la entidad entró a gozar del bien de

acuerdo con lo expuesto en la presente solicitud, y ajustada a la fecha de su pago efectivo.

"3.2.4.1.1. En subsidio de la fecha indicada en la anterior pretensión (3.2.4.1.), sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR** y **PAGAR** los intereses irrogados a partir del día 26 de agosto de 2010 fecha en la que se llevo acabo (sic) la liquidación bilateral del contrato No. 1665 de 2005 **o la fecha que se pruebe en el proceso.**

"3.2.4.2. Primera Subsidiaria En subsidio de la anterior (3.2.4.1), sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR** y **PAGAR** frente a las sumas de dinero a pagar por concepto del anterior numeral 3.2.4., intereses moratorios del 8% efectivo anual, de conformidad con lo establecido por las partes en el parágrafo sexto de la cláusula séptima del contrato 1665 de 2005, a partir de la fecha en que la entidad debió pagar esta suma, la cual era 30 días después de la entrega definitiva de la obra que se surtió el 29 de diciembre de 2008, fecha en la cual la entidad entro a gozar del bien de acuerdo con lo expuesto en la presente solicitud, o la fecha que se pruebe en el proceso y ajustada a la fecha de su pago efectivo.

"3.2.4.2.1. En subsidio de la fecha indicada en la anterior pretensión (3.2.4.2.), sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR** y **PAGAR** los intereses irrogados a partir del día 26 de agosto de 2010 fecha en la que se llevó acabo la liquidación bilateral del contrato No. 1665 de 2005 **o la fecha que se pruebe en el proceso.**

"3.2.5. RECONOCER y PAGAR a favor de los integrantes del **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ**, la suma estimada de **DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL (\$253.554.494,34)**, por concepto de los **sobre-costos** sufragados por los integrantes del **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ** en el consumo de ACPM para el transporte de materiales provenientes de la explanación, cortes, canales y préstamos y el transporte de materiales de crudo de río, los cuales no fueron cubiertos por la formula de ajuste contemplada dentro del contrato, de acuerdo con lo expuesto en la presente solicitud

de arbitramento, o lo que resulte probado dentro del proceso, suma que deberá ser actualizada a la fecha de su pago efectivo.

"3.2.5.1. RECONOCER, LIQUIDAR y PAGAR frente a las sumas de dinero a pagar por concepto del numeral 3.2.5. intereses **compensatorios** liquidados a la tasa del Interés Corriente Bancario a partir de la fecha en que la entidad debió pagar esta suma, la cual era 30 días después de la entrega definitiva de la obra que se surtió el 29 de diciembre de 2008, fecha en la cual la entidad entró a gozar del bien de acuerdo con lo expuesto en la presente solicitud, y ajustada a la fecha de su pago efectivo.

*"3.2.5.1.1. En subsidio de la fecha indicada en la anterior pretensión (3.2.5.1.), sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR** y **PAGAR** los intereses irrogados a partir del día 26 de agosto de 2010 fecha en la que se llevó acabo (sic) la liquidación bilateral del contrato No. 1665 de 2005 o la fecha que se pruebe en el proceso.*

"3.2.5.2. Primera Subsidiaria En subsidio de la anterior (3.2.5.1), sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR** y **PAGAR** frente a las sumas de dinero a pagar por concepto del anterior numeral 3.2.5., intereses moratorios del 8% efectivo anual, de conformidad con lo establecido por las partes en el parágrafo sexto de la cláusula séptima del contrato 1665 de 2005, a partir de la fecha en que la entidad debió pagar esta suma, la cual era 30 días después de la entrega definitiva de la obra que se surtió el 29 de diciembre de 2008, fecha en la cual la entidad entró a gozar del bien de acuerdo con lo expuesto en la presente solicitud, o la fecha que se pruebe en el proceso y ajustada a la fecha de su pago efectivo.

*"3.2.5.2.1. En subsidio de la fecha indicada en la anterior pretensión (3.2.5.2.), sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR** y **PAGAR** los intereses irrogados a partir del día 26 de agosto de 2010 fecha en la que se llevó acabo (sic) la liquidación bilateral del contrato No. 1665 de 2005 o la fecha que se pruebe en el proceso.*

"3.2.6. RECONOCER y PAGAR a favor de los integrantes del CONSORCIO PUERTO LÓPEZ, la suma estimada de **CIENTOS TREINTA**

Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS DOS MIL TRESCIENTOS OCIENTA Y CINCO MIL (133.802.385)), por concepto de los **mayores costos** sufragados por los integrantes del **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ** con ocasión de las reparaciones del pavimento que tuvo que ejecutar el contratista y que surgieron por el acaecimiento de hechos materiales imprevisibles, de acuerdo con lo expuesto en la presente solicitud de arbitramento, **o lo que resulte probado dentro del proceso,** suma que deberá ser actualizada a la fecha de su pago efectivo.

"**3.2.6.1. RECONOCER, LIQUIDAR y PAGAR** frente a las sumas de dinero a pagar por concepto del numeral 3.2.6. **intereses compensatorios** liquidados a la tasa del Interés Corriente Bancario a partir de la fecha en que la entidad debió pagar esta suma, la cual era 30 días después de la entrega definitiva de la obra que se surtió el 29 de diciembre de 2008, fecha en la cual la entidad entró a gozar del bien de acuerdo con lo expuesto en la presente solicitud, y ajustada a la fecha de su pago efectivo.

"3.2.6.1.1. En subsidio de la fecha indicada en la anterior pretensión (3.2.6.1.), sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR y PAGAR** los intereses irrogados a partir del día 26 de agosto de 2010 fecha en la que se llevó a cabo (sic) la liquidación bilateral del contrato No. 1665 de 2005 **o la fecha que se pruebe en el proceso.**

"**3.2.6.2. Primera Subsidiaria** En subsidio de la anterior (3.2.6.1), sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR y PAGAR** frente a las sumas de dinero a pagar por concepto del anterior numeral 3.2.6., **intereses moratorios del 8% efectivo anual, de conformidad con lo establecido por las partes en el parágrafo sexto de la cláusula séptima del contrato 1665 de 2005, a partir de la fecha en que la entidad debió pagar esta suma, la cual era 30 días después de la entrega definitiva de la obra que se surtió el 29 de diciembre de 2008, fecha en la cual la entidad entró a gozar del bien de acuerdo con lo expuesto en la presente solicitud, o la fecha que se pruebe en el proceso y ajustada a la fecha de su pago efectivo.**

"3.2.6.2.1. En subsidio de la fecha indicada en la anterior pretensión (3.2.6.2.), sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR** y **PAGAR** los intereses irrogados a partir del día 26 de agosto de 2010 fecha en la que se llevó acabo la liquidación bilateral del contrato No. 1665 de 2005 o la fecha que se pruebe en el proceso.

"**3.2.7. RECONOCER** y **PAGAR** a favor de los integrantes del **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ**, la suma estimada de **MIL SESENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS DIEZ MIL NOVECIENTOS OCIENTA Y CINCO PESOS M/C (\$1.068.210.985)**, por concepto de la **mayor permanencia en obra** generada por causas no imputables a los integrantes **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ**, de acuerdo con lo expuesto en la presente solicitud de arbitramento, o lo que resulte probado dentro del proceso, suma que deberá ser actualizada a la fecha de su pago efectivo.

"**3.2.7.1. RECONOCER, LIQUIDAR** y **PAGAR** frente a las sumas de dinero a pagar por concepto del numeral 3.2.7. intereses **compensatorios** liquidados a la tasa del Interés Corriente Bancario a partir de la fecha en que la entidad debió pagar esta suma, la cual era 30 días después de la entrega definitiva de la obra que se surtió el 29 de diciembre de 2008, fecha en la cual la entidad entró a gozar del bien de acuerdo con lo expuesto en la presente solicitud, y ajustada a la fecha de su pago efectivo.

"3.2.7.1.1. En subsidio de la fecha indicada en la anterior pretensión (3.2.7.1.), sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR** y **PAGAR** los intereses irrogados a partir del día 26 de agosto de 2010 fecha en la que se llevó acabo (sic) la liquidación bilateral del contrato No. 1665 de 2005 o la fecha que se pruebe en el proceso.

"**3.2.7.2. Primera Subsidiaria** En subsidio de la anterior (3.2.7.1), sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR** y **PAGAR** frente a las sumas de dinero a pagar por concepto del anterior numeral 3.2.6., intereses moratorios del 8% efectivo anual, de conformidad con lo establecido por las partes en el parágrafo sexto de la cláusula séptima del contrato 1665 de 2005, a partir de la fecha en que la entidad debió pagar esta suma, la

cual era 30 días después de la entrega definitiva de la obra que se surtió el 29 de diciembre de 2008, fecha en la cual la entidad entró a gozar del bien de acuerdo con lo expuesto en la presente solicitud, o la fecha que se pruebe en el proceso y ajustada a la fecha de su pago efectivo.

"3.2.7.2.1. En subsidio de la fecha indicada en la anterior pretensión (3.2.7.2.), sírvase **RECONOCER, LIQUIDAR** y **PAGAR** los intereses irrogados a partir del día 26 de agosto de 2010 fecha en la que se llevó acabo (sic) la liquidación bilateral del contrato No. 1665 de 2005 **o la fecha que se pruebe en el proceso.**"

2. Hechos

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

"4. ANTECEDENTES DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE EL CONVOCANTE Y EL CONVOCADO

"4.1. El **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVIAS-**, mediante Resolución No. 004787 del 5 de noviembre de 2004, dio apertura a la Licitación Pública **DG-164-2004**, con el objeto de "CELEBRAR CONTRATOS QUE TIENEN COMO OBJETO INTEGRAL EL DISEÑO, LA RECONSTRUCCIÓN, PAVIMENTACIÓN Y/O REPAVIMENTACIÓN DE 2.596 KM DE VÍA, AGRUPADOS EN 100 GRUPOS DE TRAMOS, INCLUIDOS EN EL PROGRAMA DE PAVIMENTACIÓN DE INFRAESTRUCTURA VIAL DE INTEGRACIÓN Y DESARROLLO, CONOCIDO CON EL NOMBRE DE "PLAN 2500"

"4.2. El **CONSORCIO PORVENIR** (Integrado por Ingenieros Contratistas Asociados S.A. INCONAL S.A. e I.C.M. Ingenieros S.A.) -se presentó al proceso licitatorio de la Vía Grupo 63, mediante oferta presentada al **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS-INVIAS**, cumpliendo con los términos establecidos por el pliego de condiciones.

"4.3. Surtido el trámite de ley, se adjudicó el contrato a celebrar al **CONSORCIO PORVENIR (Hoy CONSORCIO PUERTO LÓPEZ)**, mediante la Resolución 3008 calendada el día 14 de julio de 2005

"4.4. Como consecuencia de la adjudicación anteriormente comentada, el día 14 de septiembre de 2005 el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS**- por intermedio de su Secretaría General Técnica, suscribió el contrato de obra pública No. 1665 de 2005 con la sociedad **CONSORCIO PORVENIR (Hoy CONSORCIO PUERTO LÓPEZ)**, cuyo objeto fue el diseño, reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de la vía grupo 63 en el tramo 1 Puerto López – Puerto Gaitán del K82+600 al K111+900 con una longitud de 29.3 Kilómetros, en el Departamento del Meta".

"4.5. El valor inicial del contrato fue la suma de CATORCE MIL QUINIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS M/C (\$14.537.582.640), incluido IVA.

"4.6. En la cláusula cuarta del contrato en mención, se estipuló como plazo para la ejecución del contrato, el término de veintitrés (23) meses contados a partir de la orden de iniciación impartida por el Secretario General Técnico del INVIAS; en donde la discriminación del plazo de ejecución fue el siguiente: para la etapa de diseño dos (2) meses y para la etapa de construcción veintiún (21) meses.

"4.7. Ahora, con la finalidad de representar al INVIAS, acompañar, dirigir y supervisar la correcta ejecución del contrato de la referencia, esta entidad nombró como la INTERVENTORÍA del contrato al **CONSORCIO RÍO META** y como la CONSULTORÍA DE APOYO a la firma **HMV INGENIEROS LTDA.**, mediante relaciones contractuales suscritas entre estas.

"4.8. Mediante comunicación No. SGT-044046 de 24 de Noviembre de 2005, el Secretario General Técnico del **INVIAS** impartió la orden de inicio del contrato No. 1665 del 14 de Septiembre de 2005, en consecuencia, inicialmente las obras debían de ser concluidas el día 23 de septiembre de

2007, pero por causas no imputables al contratista se rompió esta expectativa.

*"4.9. El día 24 de noviembre de 2005, se suscribió entre el Contratista **CONSORCIO PORVENIR** (hoy **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ**), la Interventoría **CONSORCIO RÍO META**, la Consultaría de apoyo **HMV INGENIEROS LTDA**, el Supervisor del Contrato y el Secretaria General Técnico del Instituto, el Acta de Inicio de la Etapa de Estudios y Diseño.*

"4.10. De la misma manera, el día 23 de enero de 2006, se suscribió entre el Contratista y la Interventoría, el Acta de Terminación y entrega de Estudios y Diseños, y el día 24 de febrero de 2006, se celebró entre el Contratista, la Interventoría, la Consultaría de Apoyo, el Supervisor del Contrato y la Coordinadora del Plan 2005, el Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción, siendo la fecha de terminación del Contrato el día 23 de septiembre de 2007, según las expectativas de la ejecución en condiciones normales y previsibles del contrato.

*"4.11. El 6 de Marzo de 2006 se suscribió un documento de cesión y modificación del contrato principal No. 1665 de Septiembre 14 de 2005, mediante el cual se cambio el nombre del contratista de **CONSORCIO PORVENIR** a **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ**, debido a que la sociedad Ingenieros Contratistas Asociados INCONAL S.A. cedió su porcentaje de participación para la ejecución de dicho contrato a la sociedad Maquinaria, Ingenieros y Construcciones MAPECO S.A.*

*"4.12. El día 17 de octubre de 2006, entre las partes se celebró la **Modificación No. 3** al contrato de la referencia, por medio del cual se modificó la cláusula primera del Contrato así; "**OBJETO**.- El Contratista se compromete para con el Instituto a realizar el Diseño, Reconstrucción, Pavimentación y/o Repavimentación de la Vía Grupo 63, Tramo 1, Vía Puerto López – Puerto Gaitán, del K82+910 al K101+402 con una Longitud de 18.49 kilómetros en el Departamento del Meta.", se redujo la meta física del contrato con ocasión de los resultados arrojados en la etapa de Estudios y Diseños, pues el contratista encontró que con el valor que tenía en su momento el contrato y con una adición del 50%, solo se alcanzaba a*

construir del K82+910 al K101+402 de los inicialmente contratado, faltando para cumplir la meta física 9,641 Kilómetros.

"4.13. El Contrato terminó el 30 de Septiembre de 2008, es decir, la obra duró en total 34 meses y 8 días; 11 meses y 8 días más de lo previsto, y presupuestado inicialmente al momento de celebrar el Contrato, por causas no imputables al contratista, rompiendo de esta mera su estimación legítima y los costos del mismo.

"4.14. Mediante comunicación de fecha 29 de julio de 2009, radicada en el INVIAS bajo el número 45742 de fecha 30 de junio de 2009 el CONSORCIO PUERTO LÓPEZ radicó reclamación administrativa tendiente a obtener el pago de los perjuicios generados por el incumplimiento de la entidad Contratante, así como para que esta entidad procediera a efectuar el restablecimiento de la ecuación económica del contrato No. 1665 de 2005 que se vio afectado por hechos no imputables al contratista. El la (sic) cual discriminó y soportó todos y cada uno de los perjuicios que mediante la presente acción se persiguen.

"4.15. El día 29 de diciembre de 2008, se suscribió el Acta de entrega y recibo definitivo de obra, acto mediante el cual se le entregó al INVIAS la obra contratada.

"4.16. El día 26 de agosto de 2010 se suscribió entre el INVIAS y el Consorcio Puerto López, el acta de liquidación bilateral del contrato No. 1665 de 2005, en la cual el contratista dejó las salvedades que ahora son objeto de la presente acción.

"4.17 El día 21 de agosto de 2012, entre el INVIAS y los integrantes del Consorcio Puerto López, se suscribió el contrato de compromiso arbitral, mediante el cual y en aras de solucionar los conflictos que actualmente los ocupan acuerdan en los términos allí indicados llevar sus diferencias ante la justicia arbitral.

"5. HECHOS QUE SUSTENTAN LAS PRETENSIONES DEL DEMANDANTE Y QUE DAN LUGAR A SU RECONOCIMIENTO Y PAGO:

"5.1. RELACIONADOS CON LOS SOBRE-COSTOS DEL MATERIAL PARA EL TERRAPLÉN EXPLOTADO EN CANTERAS (INCUMPLIMIENTO AL DEBER DE PLANEACIÓN)"

"5.1.1. De conformidad con las obligaciones contractuales adquiridas por el contratista y al iniciar la ejecución de las mismas; éste en compañía con la interventoría y la consultoría de apoyo, logró determinar y documentar que la vía a intervenir, es decir objeto del contrato, presentaba las siguientes características;

- La vía a partir del K82+910 transcurría directamente sobre la sabana.
- Los trabajos de conservación que se adelantaron en época anteriores, solo consistieron en la pasada de equipos para dar el acabado superficial de la vía.

"5.1.2. Teniendo en cuenta lo anterior, la cota de la vía quedó más baja que el nivel de la sabana, de tal forma que las aguas de escorrentía de todas las fincas adyacentes, hacían de la vía el canal de drenaje en época de invierno.

"5.1.3. Para solucionar este problema, fue necesario construir un terraplén para superar la cota de inundación.

"5.1.4. En la estructuración de los contratos del plan 2500, el INVIAS consideró que los materiales de préstamo para la construcción del terraplén serían cedidos por los propietarios para extraerlos de las zonas laterales a lo largo de la vía. (Cfr. Pliegos de condiciones)

"5.1.5. En la presentación de la propuesta se consideró un costo de \$500 por el material extraído de las fincas (ver APU del Terraplén). Este material se presupuestó a \$1500 m3. (Cfr. Oferta presentada dentro de la licitación)

"5.1.6. No obstante lo anterior, el material de préstamo no cumplía con los requerimientos de plasticidad y granulometría, lo que obligó a

mezclar dos tipos de material: un material arcilloso de alta plasticidad (proveniente de las fincas de la zona) y un material arenoso (proveniente de cantera). Los dos materiales debieron mezclarse para cumplir con las especificaciones exigidas por el INVIAS.

"5.1.7. Por consiguiente el costo real del material arenoso y la mezcla de estos, no se encontraban contemplado (sic) dentro de la propuesta económica del Contratista.

"5.1.8. Es preciso indicar que la inconformidad con el materia (sic) presupuestado y el realmente colocado en obra surge con ocasión de la confianza legítima que el INVIAS le generó a su contratista, el cual desde el principio de la relación se acercó confiado en que la entidad al realizar el respectivo proceso de selección había cumplido a cabalidad con el principio de planeación que les es de obligatorio cumplimiento.

"5.1.9. En razón a lo anterior, el contratista se vio en la obligación de asumir los mayores costos del material que era necesario para llevar a cabo la construcción del terraplén, que se originó en la falta de previsión de la entidad contratante y que como consta en el acta de entrega y recibo definitivo ve la obra fue entregado al INVIAS

"5.1.10. El perjuicio generado por el INVIAS con ocasión del incumplimiento al deber de planeación sufrido por contratista es el siguiente:

*Se inserta un cuadro: **Costo por los materiales usados para el terraplén y por la mezcla. Cuadro No. 02***

"5.2. RELACIONADOS CON LA PERDIDA GENERADA CON OCASIÓN DE LA ACTUALIZACIÓN DE PRECIOS POR OBRA EJECUTADA EN EL AÑO 2008. (INCUMPLIMIENTO AL PARÁGRAFO SEGUNDO DE LA CLÁUSULA SÉPTIMA)

"5.2.1. En el Parágrafo segundo de la Cláusula Séptima del contrato No. 1665 de 2005, las establecieron como obligación lo siguiente:

"AJUSTES DE PRECIOS. Los precios 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** (...)" (Negrilla fuera del Original) (Cfr. Contrato de obra No. 1665 de 2005).

"5.2.2. De la anterior disposición se evidencia con claridad la obligación a cargo del INVIAS de efectuar los ajustes de precios, desde la fecha de cierre de la licitación hasta el vencimiento del plazo del contrato, en un intervalo de 12 meses.

"5.2.3. El índice de reajuste para el contrato entre marzo de 2005 a marzo de 2006, fue de 5.85%, el cual fue practicado al contrato de conformidad con lo señalado en la disposición antes citada (Cfr. Actas de liquidación de ajustes del año 2006).

"5.2.4. El índice de reajuste para el contrato entre marzo de 2006 a marzo de 2007 fue del 13.58 %, el cual fue practicado al contrato de conformidad con las obligaciones contractuales. (Acta de Liquidación de ajustes del año 2007)

"5.2.5. Pese a la obligación clara y precisa del INVIAS de efectuar los ajustes de precios, la cual venía realizado, se tiene que las obras ejecutadas en el año 2008 no fueron reajustadas por parte del INVIAS y hasta el momento el INVIAS no ha reconocido tal ajuste, los cual generó que surgiera la siguiente diferencia entre lo realmente pagado y lo percibido:

"Se inserta un **Cuadro de la diferencia dejada de percibir por el Consorcio**"

Cuadro No. 03 – Anexo: 3

"5.3. RELACIONADOS CON LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE TRANSITABILIDAD ORDENADAS, RECIBIDAS Y NO PAGADAS POR EL INVIAS (OBRAS ADICIONALES ORDENADAS)

"5.3.1. El tercer tramo de la "vía" que comunica a los municipios de Puerto López – Puerto Gaitán del km. 83+000 al km 112+000¹⁹, antes de ser intervenida en el marco del Plan 2500 del INVIAS, se caracterizó por la ausencia de capas de material granular o de soporte, transcurriendo esta directamente sobre la sabana, compuesta por arenas, arenas limosas y arenas arcillosas.

"5.3.2. Desde mediados del mes de abril de 2006, en la región de Puerto Gaitán se presentó un aumento exagerado del régimen lluvioso, ocasionando el desbordamiento de ríos y quebradas sobre la vía.

"5.3.3. Lo anterior, sumado al hecho del alto tráfico vehicular que transitaba sobre ella, saturaron los materiales que la componían, ocasionando su profundo deterioro e imposibilitando la transitabilidad en ella entre el abscisado del K90+000 al K112+900.

"5.3.4. En el momento de presentarse la emergencia vial en la zona, el contratista CONSORCIO PUERTO LÓPEZ, aún no había iniciado los trabajos de construcción del terraplén en el segmento afectado por el fuerte invierno -K90+000 al K112+900-, debido a que se encontraba entre el abscisado k82+910 al k90+000.

"5.3.5. El día 10 de mayo de 2006, en las instalaciones de la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán, y con el propósito de buscar solución a la emergencia vial, se efectuó una reunión con las Empresas Petroleras de la Zona; la interventoría del contrato en mención CONSORCIO RIO META; la Consultoría de Apoyo del contrato HMV INGENIEROS; y el

¹⁹ De conformidad con el informe ejecutivo de Veeduría periodo mayo de 2006 de la Cámara de Comercio de Villavicencio, la carretera Puerto López – Puerto Gaitán, cuenta con aproximadamente 112 km. Dentro de los cuales se clasificaron tres tramos que presentan las siguientes características;

Tramo 1.- De Puerto López hasta el k73+000. Presenta en algunos tramos pavimento en asfalto con reparcheos, tramos con deterioro de la estructura de pavimento, ya que se encuentran huecos de aproximadamente 2 mt. de diámetro y 80 cm. de profundidad y en algunos sitios pérdida de la capa de rodadura (...).

Tramo 2.- Del k73+000 al km. 83+000. Se trata de una estructura en buen estado con capa de rodadura en asfalto, el primer km. y medio no presenta señalización horizontal ni vertical, pero a partir del Km. 74 se observan estas señalizaciones.

Tramo 3.- Del Km 83+000 al Km. 112 (Puerto Gaitán) se encuentra un terraplén inicial de aproximadamente un kilómetro y el resto a nivel de sabana.

CONSORCIO PUERTO LÓPEZ, en su calidad de contratista del Plan 2500, en donde se acordó en aras de mantener la transitabilidad en los puntos más críticos lo siguiente;

- (i) *Las empresas petroleras se comprometen a transportar hasta los sitios más críticos el material granular crudo de río;*
- (ii) *Por su parte el **INVIAS**, a través de la Interventoría, ordenó al **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ** a disponer la maquinaria necesaria para extender y compactar el material crudo de río, transportado por las empresas petroleras.*

"5.3.6. Es importante resaltar que la anterior orden contó con la autorización del INVIAS a través de la consultoría de apoyo HMV INGENIEROS e Interventoría CONSORCIO RIO META del contrato en mención.

"5.3.7. El alcalde del municipio de Puerto Gaitán mediante Decreto Administrativo No. 057 del 11 de Mayo de 2007, declaró la emergencia vial en la zona.

"5.3.8. Despues de haber acordado la forma de proceder para dar solución a los problemas de transitabilidad en la vía, las empresas petroleras transportaron el material crudo de río a que se comprometieron. Por su parte, el CONSORCIO PUERTO LÓPEZ cumplió igualmente con el trabajo de extender y compactar dicho material.

"5.3.9. Las empresas petroleras después de haber dispuesto el material crudo de río a que se comprometieron, manifestaron no poder seguir suministrándolo. En consecuencia, la Alcaldía de Puerto Gaitán le solicitó al INVIAS, que a través del contratista CONSORCIO PUERTO LÓPEZ, se transportara y colocara el material crudo de río y el geotextil. El INVIAS aceptó tal solicitud.

"5.3.10. El CONSORCIO PUERTO LÓPEZ, teniendo en cuenta la anterior petición del INVIAS, junto con la Interventoría, estimó los costos de

estos trabajos – mejoramiento de la subsanante; explotación, acopio, cargue y descargue de material de río y de cantera, transporte de materiales de río o de cantera-, en la suma de QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$550.000.000).

"5.3.11. Bajo el principio de legítima confianza contractual, mediante comunicación No. ICM-PL-073 de fecha 8 de Junio de 2006, el CONSORCIO PUERTO LÓPEZ, le solicitó a la Interventoría la adición en valor del contrato en la suma de QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$550.000.000.00), para suministro y colocación de material crudo de río y material de cantera, con el objeto de garantizar la transitabilidad de la vía. Dentro del mencionado oficio se dejó la siguiente salvedad;

"Para adelantar estas actividades contamos con los equipos y recursos independientes que no afectan las labores de construcción de carreteras".

"5.3.12. Con base en lo anterior solicitud, mediante comunicación No. CRM-047A-06 de fecha 15 de Junio de 2006, la firma interventora CONSORCIO RIO META, le remite a la Consultoría de Apoyo HMV INGENIEROS, el oficio por el cual el CONSORCIO PUERTO LÓPEZ solicita la adición en valor del contrato en mención para realizar obras que garanticen la transitabilidad, en dicho documento se expresa lo siguiente;

*"La interventoría **esta de acuerdo con esta solicitud de adición** teniendo en cuenta las siguientes consideraciones;*

- *El fuerte invierno que reina en la región ha deteriorado fuertemente la rasante de la vía.*
- *Teniendo en cuenta que del PR 90+000 al k 112+900 el contratista no ha iniciado la vía para la construcción del terraplén, se necesita dar transitabilidad a este sector para mantener el normal transito de vehículos comerciales de la región.*
- *El contratista debe solicitar la aprobación de precios no previstos, para la ejecución de estos trabajos que no encuentran pactados en el contrato.*

- *El contratista debe comprometerse a ejecutar estos trabajos con un equipo adicional al ofrecido en el contrato principal y a seguir ejecutando las labores según el programa de trabajo". (Subrayado y resaltado fuera de texto).*

"5.2.1.3. Igualmente mediante comunicación No. 2080-0761A de fecha 16 de Junio de 2006, la Consultoría de Apoyo HMV INGENIEROS, dio la aprobación a la solicitud de adición de QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$550.000.000.00) elevada por el contratista para ejecutar trabajos de mantenimiento en la vía que aseguraran la transitabilidad de la misma.

"5.3.14. Teniendo en cuenta que la emergencia vial no había sido superada y sus consecuencias en esa región aumentaban, el día 4 de Julio de 2006, se celebró reunión en las instalaciones del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS-INVIAS, con la participación de representantes de esta entidad; representantes de empresas petroleras de la zona (Hupecol y Metrapetroleum); la interventoría CONSORCIO RÍO META, el contratista CONSORCIO PUERTO LÓPEZ; y la consultoría de apoyo HMV INGENIEROS, en la cual se llegó al siguiente acuerdo;

- (i) *Las Empresas Petroleras se comprometen a garantizar el tráfico en la vía durante el año 2006, entre las abscisas k95+400 al k112+000, para lo cual estimaron el uso de 6.600m³ de material de Crudo de Río y Geotextil y con una inversión cercana a los \$1.200.000 millones de pesos.*
- (ii) *Por su parte el INVIAS, ordenó al contratista CONSORCIO PUERTO LÓPEZ, el cual se encontraba interviniendo la vía en el marco del Plan 2500, que atendería la transitabilidad entre las abscisas k90+000 al k95+400 con equipos independientes a las obras y con los mismo materiales.*

Se acordó que ocasionalmente, ante contingencias que se presentarán en el tramo a cargo de las Empresas Petroleras, el Contratista colocaría en sectores específicos dicho material.

- (iii) *Teniendo en cuenta lo anterior, el **INVÍAS** haría las gestiones necesarias para adicionar la suma de \$550.000.000 al Contrato para este concepto o tramitaría esta suma y el pago de los trabajos con la Oficina de Atención de Emergencias de la entidad.*

"5.3.15. Mediante memorandos No. SAT 39481 del 14 de Septiembre de 2006 y SAT 40635 del 21 de Septiembre de 2006, remitido por la Secretaría de Apoyo Técnico del **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS-INVÍAS** a la Consultoría de Apoyo, se aprobaron los precios para los trabajos objeto de brindar transitabilidad a la vía en los tramos afectados.

"5.3.16. La subdirección financiera del **INVÍAS**, expidió el día 14 de septiembre de 2006, el Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 2888 a favor del Consorcio Puerto López para el apoyo a la atención de emergencias en la red vial nacional –vía Puerto López – Puerto Gaitán-.

"5.3.17. En consecuencia, mediante memorandos No. SAT 39481 del 14 de Septiembre de 2006 y SAT 40635 del 21 de Septiembre de 2006, emitido por la subdirección de Apoyo Técnico del **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS-INVÍAS**, se aprobaron los precios no previstos para los trabajos tendientes a brindar transitabilidad a la vía en los tramos afectados.

"5.3.18. En Comité del Plan 2500 llevada a cabo el 12 de octubre de 2006, el **INVÍAS** confirma que "para garantizar la circulación continua en los sitios donde el contratista no ha intervenido, deteriorada por el alto tráfico de tractomulas y el periodo invernal se vio –**INVÍAS**- en la necesidad de apropiar \$ 550.000.000 para atender la emergencia.

"5.3.19. El **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ**, ejecutó a instancias y por instrucción directa del Instituto Nacional de Vías-**INVÍAS**, los siguientes trabajos tendientes a lograr la transitabilidad en la vía Puerto López – Puerto Gaitán, afectada por el fuerte invierno y por el alto tráfico.

Se inserta un cuadro. Cuadro No. 04

"5.3.20. La *interventoría CONSORCIO RIO META*, en cada uno de sus informes mensuales, comunicó la ejecución de estas labores y las recibió conforme a las instrucciones del INVÍAS.

"5.3.21. Mediante comunicación No. 91923 de fecha 14 de Diciembre de 2006, el *CONSORCIO PUERTO LÓPEZ* hace un recuento de los hechos que originaron que el INVÍAS ordenará a la Interventoría y al Contratista la realización de las obras para lograr la transitabilidad por la vía de Puerto López – Puerto Gaitán en los sectores que no había sido intervenidos.

"5.3.22. De esta comunicación resulta relevante señalar los siguientes apartes, que evidencia el procedimiento seguido por el contratista en el presente caso:

"El Alcalde de Puerto Gaitán declaró mediante acto administrativo la emergencia vial en la zona y solicitó al INVÍAS la ubicación de recursos para atenderla. Simultáneamente citó al CONSORCIO PUERTO LÓPEZ y a los representantes de las empresas que explotan el crudo, para que atendieran los sitios críticos de manera inmediata con el fin de restablecer el tránsito y calmar a los usuarios.

En reunión conjunta con la Consultoría de Apoyo y la Interventoría, el INVÍAS autorizó que el Consorcio Puerto López atendiera la transitabilidad desde el K90+000 al K95+400, sector que no estaba siendo intervenido con la construcción, y acordó con las firmas petroleras que estas atendieran mediante convenio interadministrativo, el sector comprendido entre el K95+400 y el sector urbano de Puerto Gaitán.

Estos trabajos de atención de la vía, con la colocación de materiales y maquinaria, vienen realizándose hasta la fecha, según los requerimientos de la Interventoría y con periodicidad necesaria, para lo cual se tramitó el CDP correspondiente con recursos de emergencias, obteniendo finalmente el CDP No. 2888 por el valor mencionado".

"5.3.23. Mediante comunicación No. 053318 de fecha 20 de Diciembre de 2006, el **INVÍAS** le remitió a la firma interventora el oficio enviado por el **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ**, con el objeto de emitir un concepto técnico, referente a las obras de colocación de material granular y uso de equipos para el mantenimiento de un tramo de la vía Puerto López – Puerto Gaitán por el valor de \$550.000.000.

"5.3.24. Mediante comunicación de fecha 22 de Diciembre de 2006, la Consultoría de Apoyo **HMV INGENIEROS** le informó al **INVÍAS**, las medidas tomadas con el objeto de lograr la transitabilidad de la vía por emergencia vial. En este documento se hace una relación de todas y cada una de las medidas tomadas e igualmente se informa sobre los acuerdos convenidos en la reunión de fecha 4 de Julio de 2006 entre **INVÍAS**, el Contratista, las petroleras, la interventoría y la Consultoría de Apoyo.

"5.3.25. Mediante comunicación de fecha 26 de Diciembre de 2006, la firma interventora **CONSORCIO RÍO META** dio su concepto técnico al **INVÍAS**, informándole lo siguiente: "(...) nos permitimos informar que efectivamente por causas del fuerte invierno y alto volumen de tráfico pesado se deterioró fuertemente la vía y hubo necesidad de atender la emergencia solicitando un presupuesto de \$550.000.000.00 (...)"

"5.3.26. Igualmente, en dicha comunicación se menciona lo siguiente: "En nuestro oficio CRM-047A-06 de junio 15 de 2006 dirigido a la Consultoría de Apoyo avalamos la solicitud de adición por la suma de Quinientos Cincuenta Millones de Pesos (\$550.000.000.00) M/Cte realizada por el Contratista de la cual anexamos copia."

"5.3.27. A la fecha el **INVÍAS** no ha pagado las sumas correspondientes a la ejecución de las obras de transitabilidad ejecutadas por el contratista, con ocasión de la orden impartida por el **INVÍAS** y entregadas a los representantes de esta entidad.

"5.4. RELACIONADOS CON EL ACAECIMIENTO DE LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO

"5.4.1. INCREMENTO EXORBITANTE EN EL PRECIO DEL PRODUCTO ASFALTO SÓLIDO EN REFINERÍA DE ECOPETROL."

"5.4.1.1. En el año 2004, el **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS -INVÍAS-** abrió el Proceso Licitatorio No. DG-164-2004 para la ejecución del Programa de Pavimentación de Infraestructura Vial de Integración y Desarrollo, más conocido como Plan 2500.

"5.4.1.2. En diciembre 31 de 2004, el producto asfalto sólido 80/100 en la refinería de Barrancabermeja de la empresa ECOPETROL S.A., se comercializaba a razón de \$ 489.187 tonelada.

"5.4.1.3. En el primer trimestre del año 2005, el producto asfalto sólido 80/100 en la refinería de Barrancabermeja de la empresa ECOPETROL S.A., se comercializaba a razón de \$ 489.187 tonelada, es decir, no sufrió variación alguna.

"5.4.1.4. Durante los meses de enero, febrero y marzo de 2005, el **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ**, estructuró la propuesta para la Licitación Grupo 63.

"5.4.1.5. Esta tendencia histórica – de no variación- se tuvo en cuenta para la proyección del costo del producto asfalto sólido dentro del Análisis de Precios Unitarios para los ítems de "Imprimación" y "Mezcla Densa en Caliente Tipo MDC-2".

"5.4.1.6. Para el cierre de la Licitación Pública No. DG-164-2004, el cual se llevo a cabo el día 30 de marzo de 2005, el producto asfalto sólido 80/100 se comercializaba en la refinería de ECOPETROL S.A. en Barrancabermeja a razón de \$ 489.187 la tonelada.

"5.4.1.7. Entre los meses de septiembre y noviembre de 2005, - fecha de la firma del contrato y del inicio de la obra, respectivamente - el producto asfalto sólido 80/100 en refinería de la empresa ECOPETROL S.A., se comercializaba razón de \$ 489.187 la tonelada, es decir, no sufrió variación alguna en el precio durante el año 2005.

"5.4.1.8. El 1º de enero de 2006, cuando el Contrato se encontraba en ejecución de la obra, el producto asfalto sólido 80/100 en la refinería de Barrancabermeja se comercializaba a razón de \$ 538.106 tonelada, es decir, aumento su precio.

"5.4.1.9. El 31 diciembre de 2006, correspondiente al Acta de Obra No. 1, el producto asfalto sólido 80/100 en refinería de Barrancabermeja de la empresa ECOPETROL S.A., se comercializaba a razón de \$ 651.109 tonelada.

"5.4.1.10. Los anteriores datos nos lleva a concluir que la variación porcentual respecto al incremento del precio del producto asfalto sólido por parte de la Empresa ECOPETROL S.A., entre la fecha de cierre de la licitación pública y diciembre de 2006, fue del 33%.

"5.4.1.11. A partir de enero 1º de 2007, la empresa ECOPETROL S.A. ha venido incrementando el precio del producto asfalto sólido en refinería en forma exorbitante, a tal punto que a enero 1º de 2008, el producto se comercializó a un precio histórico de \$ 898.599 tonelada y a 1º de septiembre de 2008, el producto se comercializó a un precio aún más histórico de \$ 1.158,72 tonelada,

"4.5.1.12. Lo importante a resaltar, lo constituye el hecho que la variación del precio del producto asfalto sólido entre la fecha de presentación de la oferta por parte del Consorcio y septiembre de 2008, es del 142.45%. variación sin duda **ANORMAL, IMPREVISIBLE, EXTRAORDINARIA e IRRESISTIBLE**, que se escapa a cualquier previsión y que no es compensada de ninguna manera con la figura de los reajustes prevista.

"5.4.1.13. El siguiente gráfico demuestra la variación entre la fecha de presentación de la oferta marzo 2006 y el 30 de septiembre de 2008.

*Se inserta un cuadro "**Gráfica No. 1 – Variación del precio del asfalto sólido frente al valor licitado.***

Fuente: ECOPETROL S.A.

"5.4.1.14. Ahora bien, en contraposición, el índice de reajuste para el contrato en mención entre **marzo de 2005 a marzo de 2006**, fue de 5.85 y entre **marzo de 2005 a marzo de 2007** fue del 13.58 %, porcentaje que comparado con el incremento real del producto asfalto sólido, genera un desequilibrio económico exorbitante en la actividad de producción del concreto asfáltico para el ítem "mezcla densa en caliente tipo MDC-2", para el de "Imprimación" y "Base Estabilizada".

5.4.2. RELACIONADOS CON AUMENTO EN EL COMBUSTIBLE ACPM (HECHOS IMPREVISIBLES, EXTRAORDINARIOS, GRAVES E IRRESISTIBLES)

"5.4.2.1. El **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ** dentro de su oferta estableció que el precio del ACPM para el transporte de materiales provenientes de las Excavación, la Explanación, Canales y Préstamos era el valor de \$ 3.473.93, siguiendo la tendencia histórica del precio.

"5.4.2.2. La empresa **ECOPETROL S.A** reajustó el precio del ACPM de la siguiente forma;

- El 1º de enero de 2006, cuando el Contratista se encontraba en ejecución de la obra, combustible líquido ACPM se comercializaba a razón de \$ 4.603,35 Galón, es decir, aumento su precio.
- El 1º de octubre de 2006, el combustible líquido ACPM se comercializaba a razón de \$ 5.056,28 Galón.
- El 1º de enero 2007, el combustible líquido ACPM se comercializaba a razón de \$ 4.639,21 Galón.
- El 1º de enero de 2008, el combustible líquido ACPM se comercializaba a razón de \$ 5.316,96 Galón.
- El 1º de septiembre de 2008, el combustible líquido ACPM se comercializaba a razón de 5.889,57.

"5.4.2.3. El precio del combustible líquido ACPM presento una variación entre la fecha de presentación de la oferta y septiembre de 2008, de 69.53%.

"5.4.2.4. Ahora bien, en contraposición, el índice de reajuste para el contrato en mención entre **marzo de 2005 a marzo de 2006**, fue de 5.85 y entre **marzo de 2005 a marzo de 2007** fue del 13.58 %, porcentaje que comparado con el incremento real del combustible líquido ACPM, genera un desequilibrio económico exorbitante en la actividad de transporte de materiales provenientes de la explanación, cortes, canales y préstamos.

5.4.3. RELACIONADOS CON LOS COSTOS SUFRAGADOS POR EL CONTRATISTA CON OCASIÓN DE LAS REPARACIONES DEL PAVIMENTO (SUJECIONES MATERIALES IMPREVISTAS)

"5.4.3.1. El pavimento de la vía presentó fisuras y grietas del tramo PR82+910 al PR101+402 (fisuras longitudinales), las cuales fueron objeto de seguimiento y evaluación técnica por parte de los especialistas del Contratista, Interventoría y Consultoría de apoyo.

"5.4.3.2. Con el fin de determinar las causas de las fisuras, se realizó una revisión de los resultados de los ensayos de laboratorio de todos los materiales involucrados en la estructura de la vía, esto es: materiales de terraplén, material de la capa de transición, materiales de la base estabilizada y la propia mezcla asfáltica.

"5.4.3.3. Con el resultado de dicha revisión se corroboró que los materiales, los métodos constructivos y las compactaciones cumplieron las especificaciones de construcción del INVIAS, es decir, se determinó que no se trataba de una mala construcción por parte del Contratista **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ**.

"5.4.3.4. Los especialistas de la Interventoría y de la Consultoría de Apoyo solicitaron la verificación de la calidad de los materiales colocados en la estructura de la vía, mediante la excavación de apiques y trincheras.

"5.4.3.5. De esta verificación, se extrajeron muestras de los materiales de las distintas capas, las cuales se sometieron nuevamente a todos los ensayos de laboratorio para buscar el posible origen de las fisuras.

"5.4.3.6. La Interventoría **CONSORCIO RIO META** y la Consultaría de Apoyo **HMV INGENIEROS**, después de realizar los estudios técnicos pertinentes, determinaron que los materiales, el métodos constructivo y las compactaciones se ejecutaron por parte del Contratista, cumpliendo con las especificaciones técnicas de construcción del **INVIAS**. Estos estudios fueron entregados al INVIAST".

"5.4.3.7. En todos los ensayos realizados sobre las anteriores muestras se determinó igualmente que los materiales cumplieron con las especificaciones de construcción del INVIAST".

"5.4.3.8. La firma **INGENIERA & GESTIÓN VIAL GEVIAL LTDA.**, al revisar la información referente a los daños superficiales del pavimento determinó lo siguiente: "El patrón de fisuración encontrado corresponde a daños longitudinales que pueden estar asociados a las capas inferiores, particularmente al terraplén"

"5.5. RELACIONADOS CON LA MAYOR PERMANENCIA EN OBRA"

"5.5.1. El Consorcio Puerto López al momento de presentarse a la Licitación Pública No. SRT-014 de 2006, previó dentro de su oferta, los riesgos normales e inherentes que toda organización empresarial debe soportar durante la ejecución de un proyecto de tal magnitud, es decir que contempló en su propuesta los riesgos que le eran previsibles.

"5.5.2. En la cláusula cuarta del contrato No. 1665 de 2005, las partes previeron que el plazo para la ejecución del contrato, sería por el término de veintitrés (23) meses contados a partir de la orden de iniciación impartida por el Secretario General Técnico del INVIAST; en donde la discriminación del plazo de ejecución fue el siguiente: para la etapa de diseño dos (2) meses y para la etapa de construcción veintiún (21) meses.

"5.5.3. Sin embargo, durante la ejecución del contrato se presentaron hechos imprevisibles sobrevinientes e irresistible y no imputables al Contratista, que han sido objeto de análisis en otros acápite del presente documentos y que generaron la suscripción de los siguientes adicionales en tiempo:

"5.5.4. El día 8 de octubre de 2007, entre las partes se celebró el Adicional Número Dos (2) al contrato de la referencia, el cual tuvo por objeto prorrogar el plazo de ejecución del contrato principal por el término de dos (2) meses y ocho (8) días, siendo la nueva fecha de vencimiento el día treinta y uno (31) de diciembre de 2007, motivado por los altos niveles de precipitación en los meses de marzo a julio de 2007.

"5.5.5. El día 27 de diciembre de 2007, entre las partes se celebró el Adicional Número Tres (3) al contrato de la referencia, el cual tuvo por objeto prorrogar el plazo de ejecución del contrato principal por el término de cuatro (4) meses, siendo la nueva fecha de vencimiento el día treinta (30) de abril de 2008, motivado por las mayores cantidades de obras con ocasión del aumento de la meta física contratada.

"5.5.6. El día 23 de abril de 2008, entre las partes se celebró el Adicional Número Cuatro (4) al contrato de la referencia, el cual tuvo por objeto prorrogar el plazo de ejecución del contrato principal por el término de tres (3) meses, siendo la nueva fecha de vencimiento el día treinta y uno (31) de julio de 2008, motivado en los altos índices de lluviosidad en la zona de los trabajos.

"5.5.7. El día 31 de Julio de 2008, entre las partes se celebró el Adicional Número Cinco (5) al contrato de la referencia, el cual tuvo por objeto prorrogar el plazo de ejecución del contrato principal por el término de dos (2) meses, siendo la nueva fecha de vencimiento el día treinta (30) de septiembre de 2008, motivado en la necesidad de construir obras de drenaje para protección del pavimento ya construido y colocar material crudo de río para completar las capas en los dos sectores faltantes

"5.5.8. Los cuales hayan su justificación en los siguientes hechos extraordinarios es que afectaron la ejecución del contrato:

"5.5.9. Aumento en el régimen de lluvias:

"5.5.9.1. En el año 2007, la entrada de la época invernal se esperaba para mediados del mes de abril como sucedió en el año 2006, pero en forma anticipada el invierno inició en el mes de marzo de 2007. Esta situación no permitió la terminación del terraplén²⁰ entre el k94+000 y el K97+788 en tiempo seco como estaba programado, debido a que el acceso a las canteras se inundaron y el material de terraplén se saturó, imposibilitando su explotación y colocación, en el proyecto.

"5.5.9.2. Como se puede observar en el siguiente cuadro, elaborado con base en los registros históricos del IDEAM, las lluvias en los meses de marzo, abril y mayo de 2007, fueron superiores a los valores históricos. De otro lado, en el mes de abril de 2007 se presentó un incremento del 95% de lluvia respecto al mismo mes del año 2006.

Se inserta un cuadro: Cuadro No. 5- Registro de Lluvias en los meses de marzo, abril y Mayo de 2005, 2006 y 2007.

Fuente: Registros de IDEAM anexos

"5.5.9.3. Es importante resaltar que, hasta el mes de marzo de 2007, el programa de inversiones se encontraba al día, es más, la inversión ejecutada superaba a la proyectada, pero el ritmo de trabajos se vio afectado por la imposibilidad de adelantar la construcción de la base estabilizada y actividades subsiguientes durante las lluvias. La siguiente gráfica nos muestra la situación.

Se inserta un cuadro: Gráfica No. 2. Nivel de ejecución antes de iniciar el invierno en el año 2007.

"5.5.9.4. La intensidad del régimen lluvioso registrado en la zona de las obras durante la ejecución del Contrato, ocasionó una disminución en el rendimiento de los trabajos de acuerdo al método constructivo establecido por el Contratista **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ** y en los tiempos proyectados debido a las siguientes inconvenientes:

²⁰ El terraplén se construyó con los materiales existentes en la región, especialmente de matriz arcillosa. Este material debió ser mezclado con arenas de otras fuentes para cumplir con las especificaciones técnicas del INVIAS.

- a. La imposibilidad de colocación de base
- b. La imposibilidad de Construcción del terraplén
- c. La imposibilidad de colocación de la base estabilizada
- d. La imposibilidad de colocación de asfalto.
- e. Cambio de las condiciones naturales del terreno.

"1.5.9.5.(sic) Frente a la construcción del terraplén (ruta crítica del proyecto) debido a las intensas lluvias, fue necesario paralizar los frentes de obras de trabajo, pues el lapso de tiempo seco no era suficiente para que los materiales que se usaban liberaran la humedad absorbida, afectando el rendimiento de obra, Igualmente, debido a que los materiales existentes en la zona son de característica arcillosa y limosa, este material no soporta el alto volumen de tránsito pesado y se han presentado inconvenientes en algunos sectores, en los cuales ha sido necesario retirar el material, que inclusive ya se tenía compactado, pues con la humedad y el tránsito se licúo completamente.

"5.5.10. Mayores Cantidades de Obras

"5.5.10.1. Con ocasión al aumento de la meta física hasta el K101+402, mediante oficios ICM-PL-07-342 e ICM-PL-07-351 de 21 de noviembre de 2007, el Contratista solicitó la prórroga del Contrato en cuatro (4) meses, tiempo en el cual era necesario para terminar la obra.

"5.5.11. Aumento en el tránsito de la vía

"5.5.11.1. Conforme a los anexos técnicos del Pliego de Condiciones que acompañaron la Licitación Pública DG-164-2004, el INVIAS informó que el tránsito sobre la vía era medio, en virtud de lo cual el contratista legítimamente efectuó las provisiones del caso, de conformidad como se evidencia en la propuesta:

Se inserta un cuadro.

Cuadro No. 06

"5.5.11.2. Ahora, se observa que durante la etapa de estudios y diseños del proyecto, el Contratista **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ** realizó el conteo del tráfico vehicular, corroborando dicha situación, no obstante, durante la ejecución de la obra, en la zona de los trabajos se presentó un aumento inusitado en el tránsito, especialmente de tractomulas de las categorías C5 y >C5. Mediante oficio ICM-PL-08-053 del 19 de febrero de 2008, el Contratista **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ**, informa el incremento en el TPD de vehículos tipo C5, el cual pasó de un promedio de 180 camiones en el año 2005 a un TPD de 520 y 480 camiones, según conteo realizado los días 8 y 12 de febrero de 2008.

"5.5.11.3. Entre los días 14 y 22 de febrero de 2008, el Contratista realizó el conteo de vehículos durante las 24 horas del día. El resultado de este conteo y su comparación con los conteos realizados en el mes de octubre de 2005 para la ejecución de los diseños fueron conocidos por la Interventoría y por el INVIAS. La siguiente gráfica nos muestra la situación;

Se inserta un cuadro: **Gráfica No. 3 – Aumento del Tráfico sobre la vía Puerto López – Puerto Gaitán.**

"5.5.11.4. El Instituto Nacional de Vías-INVIAS por su parte, ordenó al Administrador vial realizar un nuevo conteo, el cual se realizó en el mes de Junio de 2008 y confirmó el aumento del tránsito, superando las previsiones de incremento establecidas en los estudios y diseños del proyecto

"5.5.11.5. En el mes de enero de 2009, al observar un nuevo incremento en el tránsito vehicular, pedimos información al Gerente de Transmeta, que es una de las empresas encargadas del transporte del crudo proveniente de los campo de Rubiales, quienes nos confirmaron el aumento en el número de camiones cargados de crudo.

"5.5.11.6. Este aumento inusitado e imprevisto en el tráfico vehicular sobre la vía objeto del contrato de obra, significó una

disminución considerable en los rendimientos de los trabajos de obra en cada uno de los frentes, debido al paso constante de carrotanques, camiones, buses y vehículos particulares, lo cual generaba que la maquinaria interrumpiera los trabajos para dar paso a los vehículos, especialmente los camiones tipo C5 generando en consecuencia, mayor permanencia en obra.

"5.5.12. Pésimo estado de la vía entre el sector k49+000 y el k73+000:

*"5.5.12.1. Con ocasión del pésimo estado de la vía **k49+000 y el k73+000** el contratista no pudo adelantar los trabajos de transportes de materiales e insumos con la celeridad, en normales condiciones lo que afectó los rendimientos necesarios para la construcción de la obra.*

"5.5.12.2. El transporte de materiales para la base estabilizada y de material crudo de río, para la zona de Puerto López, además del transporte de insumos tales como emulsión asfáltica, combustibles, repuestos ect., que provenían de Bogotá o Villavicencio no tuvieron los altos rendimientos previstos, debido a los continuos daños en las volquetas que se tenían al servicio del Contrato, con ocasión del mal estado de la vía en el sector k49+000 y el k73+000.

"5.5.13. La imposibilidad de ejecutar los cierres de la vía y cierres autorizados por el INVIAS a otro contratista para realizar trabajos en el puente del Río Yucao:

"5.5.13.1. A partir del día 18 de febrero de 2008, el tránsito sobre el puente del Río Yucao en el K100+460 se restringió por los trabajos que otro Contratista se encontraba ejecutando para el refuerzo de la estructura. Estos cierres fueron autorizados por el INVIAS.

"5.5.13.2. Las restricciones en el puente ocasionó que se disminuyera el transporte de materiales para la construcción de los terraplenes desde la Hacienda La Vencedora y Hacienda El Reposo, afectando en consecuencia, el rendimiento de la ejecución de los

trabajos, tal como se indica en los oficios ICM-PL-08-055 del 22 de Febrero e ICM-PL-08-096 del 27 de marzo de 2008 dirigidos a la Interventoría.

*"5.5.13.3. Por otra parte, para continuar con los trabajos de la adición de la meta física y en vista del aumento considerable en el volumen de tránsito que circula por la vía **PUERTO LÓPEZ – PUERTO GAITÁN**, se decidió iniciar la implementación de los cierres del tránsito previstos en el Plan de Manejo de Tránsito-PMT. Solicitud que se realizó mediante los oficios ICM-PL-08-072 y ICM-PL-08-072-A del 7 de marzo de 2008 dirigidos a la Alcaldía de Puerto Gaitán y Alcaldía de Puerto López respectivamente.*

*"5.5.13.4. Mediante oficio No. AM-01-105 del 10 de marzo de 2008, la Alcaldía de Puerto Gaitán manifestó su desacuerdo con los cierres del tránsito propuesto por el **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ**.*

*"5.5.13.5. El **CONSORCIO PUERTO LÓPEZ** mediante oficio ICM-PL-08-079 del 10 de marzo de 2008 insistió ante la Alcaldía de Puerto Gaitán la necesidad de realizar los cierres en la vía, resaltando el procedimiento que se siguió para adoptar los cierres a las vías.*

"5.5.13.6. La Alcaldía de Puerto Gaitán mediante oficio SGA No. 02-118 del 12 de marzo de 2008, manifestó nuevamente que no estaban de acuerdo con los cierres previstos, no obstante citaron a una reunión de concertación, en la cual no aceptaron los cierres propuestos por el Contratista.

"5.5.13.7. El plazo del contrato finalizó el 30 de Septiembre de 2008, es decir, la obra duró en total 34 meses y 8 días; 11 meses y 8 días más de lo previsto y presupuestado por causas no imputables al contratista, rompiendo de esta mera su estimación legítima y la ecuación financiera del contrato.

*Se inserta un cuadro. **Cuadro No. 7 - Contratos Adicionales en Tiempo.**"*

3. La contestación de la demanda por parte de INVIAS y formulación de excepciones

Al contestar la demanda la Convocada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Así mismo, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Adicionalmente, formuló la excepción de mérito “Inexistencia de desequilibrio económico y financiero”.

CAPITULO TERCERO

ETAPA PROBATORIA, ALEGACIONES FINALES **Y TÉRMINO DEL PROCESO**

I. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

El 29 de mayo 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. 10, el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver, en derecho, el litigio sometido a su conocimiento.

II. ETAPA PROBATORIA

En audiencia celebrada el 29 de mayo de 2013, correspondiente a la Primera Audiencia de Trámite²¹, el Tribunal, mediante Auto No. 7 decretó las pruebas solicitadas por las partes, así:

²¹ Folios 27 a 35 del C. Principal No. 2.

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 el escrito radicado por la convocante el 28 de agosto de 2012, así como aquellos aportados con la contestación de la demanda.

Adicionalmente se incorporaron al expediente los documentos que fueron remitidos en respuesta a los oficios librados y los remitidos por la parte convocada en distintas oportunidades en respuesta al requerimiento de documentos efectuado por el Tribunal.

2. Testimonios y declaraciones de parte

En audiencias celebradas entre el 3 y 4 de julio 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 3 de julio de 2013 se recibieron los testimonios de los señores Luís Fernando Guerra²², Orlando Ortiz Gómez²³, Félix Hernando Segura Mesa²⁴.
- El 4 de julio de 2013 se recibieron los testimonios de los señores Eduardo Enrique Ramos Arnedo²⁵, Jeremías Olmedo Cabrera Mosquera²⁶. Este último testimonio fue tachado por sospecha por el señor Agente del Ministerio Público.

La parte convocada desistió de la práctica del testimonio del señor Hernando García Báez.

²² Folios 157 a 163 del C. de Pruebas No. 4.

²³ Folios 143 a 156 del C. de Pruebas No. 4.

²⁴ Folios 138 a 142 del C. de Pruebas No. 4.

²⁵ Folios 166 a 173 del C. de Pruebas No. 4.

²⁶ Folios 174 a 181 del C. de Pruebas No. 4.

3. Dictámenes Periciales

- A. Se practicó un dictamen pericial a cargo de un perito contable decretado de conformidad con lo solicitado por la parte convocante, el cual fue rendido por la experta Gloria Zady Correa Palacio²⁷. De dicho dictamen, de conformidad con lo previsto en el artículo 238 del C.P.C., se corrió traslado a las partes, término dentro del cual la parte convocante solicitó aclaraciones y complementaciones, las cuales fueron respondidas en tiempo por la señora perito²⁸.
- B. Se practicó un dictamen pericial a cargo de un perito ingeniero civil decretado de conformidad con lo solicitado por la parte convocante, el cual fue rendido por el experto Gustavo Adolfo Pacheco Padilla²⁹. De dicho dictamen, de conformidad con lo previsto en el artículo 238 del C.P.C., se corrió traslado a las partes, término dentro del cual la parte convocante solicitó aclaraciones y complementaciones, las cuales fueron respondidas en tiempo por el señor perito.³⁰

4. Oficios

El Tribunal ordenó que por Secretaría se oficiara a la Gobernación del Meta a fin de que remitiera los siguientes documentos: *a. Copia auténtica del Oficio de la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán en donde se invita a una reunión en la alcaldía Municipal. b. Copia simple del Decreto Administrativo No. 057 del 11 de mayo de 2006, por medio del cual se declara la emergencia vial en el municipio de Puerto Gaitán. c. Copia auténtica del Oficio No. AM-01-105 del 10 de marzo de 2008 de la Alcaldía de Puerto Gaitán. d. Copia auténtica del Oficio SGA-02-118 de 12 de marzo de 2008 de la Alcaldía de Puerto Gaitán. e. Copia auténtica del Acta de reunión con las Empresas que realizan la Pavimentación en la Vía Puerto López - Puerto Gaitán y la Alcaldía de Puerto Gaitán de fecha 14 de marzo de 2008.*

²⁷ Folios 1 a 58 del C. de Pruebas No. 5.

²⁸ Folios 59 a 76 del C. de Pruebas No. 5.

²⁹ Folios 1 a 677 del C. de Pruebas No. 6.

³⁰ Folios 678 a 689 del C. de Pruebas No. 6.

La correspondiente respuesta obra a folios 121 y 136 del C. de Pruebas No. 4.

5. Reconocimiento de documentos

El 4 de julio de 2013³¹ se llevó a cabo la prueba de reconocimiento de documentos a cargo de HMV Ingenieros Ltda., respecto de los siguientes documentos: *a. Comunicación No. 2080-0761 A de fecha 16 de junio de 2006 de HMV Ingenieros al INVÍAS. b. Comunicación No. 2080-01922 de fecha 22 de diciembre de 2006 de la Consultoría de Apoyo informando al INVÍAS, en relación con las medidas tomadas en cuanto a la transitabilidad de la vía por emergencia. c. Oficio 2080-05290 del 5 de junio de 2008 de la Consultoría de Apoyo Zona 4.*

La parte convocante desistió de la práctica de la prueba de reconocimiento de documentos a cargo del Consorcio Río Meta.

6. Exhibición de documentos

La parte convocante solicitó una exhibición de documentos a cargo de la convocada prueba que recaía sobre los siguientes documentos:

a. Estudios previos mediante los cuales el INVÍAS determinó las fuentes para la extracción del material. b. Anexos técnicos del pliego de condiciones en los cuales se determinan las características técnicas del material a utilizar en la obra. c. Todos los documentos que están relacionados con el estudio de las canteras y fuentes de materiales que se tuvieron en cuenta para la determinación de estas fuentes. d. Pliego de condiciones de la Licitación Pública DG-164-2004, así como de sus adendas. e. Resolución No. 3000 de fecha 14 de julio de 2005. f. Contrato No. 1665 de 2005, sus anexos modificatorios y adicionales en tiempo. g. Acta de liquidación bilateral del contrato suscrita entre el INVÍAS y el Consorcio Puerto López el 26 de agosto de 2010. h. Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 2888 por valor de \$550.000.000 para realizar las obras de transitabilidad de la vía. i. Copia de las actas mediante las cuales se llevaron a cabo los ajustes del contrato. j. Los estudios, ensayos y análisis técnicos elaborados por el contratista, la interventoría Consorcio Río Meta y la Consultoría de Apoyo HMV Ingenieros, con

³¹ Folio 104 del C. Principal No. 2

ocasión de las fisuras y grietas del tramo PR82+910 al PR101+402. k. Acta de entrega y recibo definitivo de la obra suscrita el 29 de diciembre de 2008. l. Actas de Comité celebradas entre el Contratista, la Interventoría y la Consultoría de apoyo, en donde se trató que el material de la cantera prevista por el INVIAS, material de préstamo, no cumplía con los requerimientos de plasticidad y granulometría. m. La reclamación administrativa radicada por el Consorcio Puerto López el 1 de junio de 2009 bajo el número 45742 con todos sus soportes y anexos originales. n. Registro fotográfico de la vía Puerto López – Puerto Gaitán antes de ser intervenida en el marco del plan 2500, aportado con la reclamación de desequilibrio económico radicada en el INVIAS el 1 de julio de 2009 bajo el número 45742. o. Registro Fotográfico de los problemas presentados en la vía a raíz de la fuerte ola invernal y de los trabajos emprendidos por el Contratista "Consorcio Puerto López" para garantizar la transitabilidad, aportado por la Interventoría Consorcio Rio Meta en el Oficio No. CRM-102-06 y radicado en el INVÍAS.

Sin embargo, en aras de una mayor eficacia y celeridad en la práctica de la prueba, con la aquiescencia de la parte demandante se solicitó al INVIAS que remitiera copia de los citados documentos.

En una primera comunicación, la entidad oficial remitió parte de los documentos solicitados y posteriormente en tres oportunidades diferentes a saber, el 4 de diciembre de 2013, el 23 de enero y el 12 de febrero de 2014 respectivamente, remitió otros documentos.

Todos los documentos allegados fueron incorporados al expediente y obran a folios 149 a 456 del Cuaderno de Pruebas No. 3; 1 a 451 del Cuaderno de Pruebas No. 4; 1 a 284 del Cuaderno de Pruebas No. 7; 1 a 426 del Cuaderno de Pruebas No. 8; 1 a 302 del Cuaderno de Pruebas No. 9; 1 a 221 del Cuaderno de Pruebas No. 10; 1 a 598 del Cuaderno de Pruebas No. 11; 1 a 436 del Cuaderno de Pruebas No. 12; 1 a 268 del Cuaderno de Pruebas No. 13; 1 a 405 del Cuaderno de Pruebas No. 14 y 1 a 426 del Cuaderno de Pruebas No. 15.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por encontrar que todas las pruebas decretadas fueron practicadas en forma oportuna y dejando claro que el INVIAS podría allegar posteriormente los

documentos faltantes de aquellos que se le habían requerido, circunstancia que contó con el expreso aval de la parte demandante, mediante Auto No. 21 de 3 de diciembre de 2013 el Tribunal decretó el cierre del periodo probatorio y señaló fecha y hora para la audiencia de alegaciones. En consecuencia, el 21 de enero de 2014 las partes alegaron de conclusión en forma oral y los correspondientes resúmenes escritos fueron incorporados al expediente³². En esa misma oportunidad, el Tribunal concedió al Ministerio Público un plazo de tres semanas para la presentación de su concepto final y fijó fecha para la audiencia de lectura del presente laudo arbitral, fecha que fue posteriormente modificada para que el Laudo fuera proferido el 25 de abril de 2014.

El 11 de febrero de 2014 el señor agente del Ministerio Público presentó su concepto final³³, escrito en el que planteó que se debe acceder a la pretensión relacionada con los sobrecostos en el material para terraplén explotado en canteras, en tanto que las demás pretensiones deben negarse.

IV. 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 1991³⁴, 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 29 de mayo de 2013, por lo cual el plazo previsto en la Ley habría vencido el 28 de noviembre 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:

³² Folios 223 a 276 y 277 a 289 del C. Principal No. 2.

³³ Folio 310 a 354 del C. de Principal No. 2

³⁴ 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 señale 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. 7 – Auto No. 12	Junio 17 a Julio 2 de 2013 (ambas fechas inclusive)	11
Acta No. 10 – Auto No. 17	Julio 12 a Agosto 25 de 2013 (ambas fechas inclusive)	29
Acta No. 11 – Auto No. 18	Agosto 31 a Septiembre 24 de 2013 (ambas fechas inclusive)	17
Acta No. 14 – Auto No. 21	Diciembre 5 de 2013 a Enero 20 de 2014 (ambas fechas inclusive)	30
Acta No. 15 – Auto No. 22	Enero 22 a Abril 2 de 2014 (ambas fechas inclusive)	50
Acta No. 17 – Auto No. 24	Abril 14 a Abril 24 de 2014 (ambas fechas inclusive)	7
TOTAL		144

En consecuencia, al sumarle los días hábiles durante los cuales el proceso estuvo suspendido, el término vence el 2 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 CUARTO

PRESUPUESTOS PROCESALES

Antes de entrar a decidir de fondo las controversias planteadas, se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, esto es, los requisitos indispensables para la validez del proceso, que permitan proferir decisión de fondo.

Al respecto el Tribunal encuentra que tales presupuestos están dados. En efecto, las partes son plenamente capaces y están debidamente representadas. Igualmente, los representantes legales de las partes son mayores de edad, como se acreditó con el reconocimiento de los respectivos poderes y las dos partes actuaron por conducto de sus apoderados reconocidos en el proceso.

Mediante Auto No. 10 (Acta No. 7) proferido en la Primera Audiencia de Trámite que tuvo lugar el día 29 de mayo de 2013, el Tribunal reiteró esa capacidad, así como la debida representación de las partes; advirtió que el Tribunal había sido debidamente integrado y que se encontraba instalado; que se había efectuado la

consignación oportuna de los gastos y de los honorarios; que las controversias planteadas son susceptibles de transacción y que las partes tienen capacidad para transigir; que el pacto arbitral reúne los requisitos legales y que las controversias se encuentran comprendidas en el pacto arbitral. Todas las anteriores consideraciones llevaron al Tribunal a concluir que es competente para tramitar y decidir el litigio que ha sido sometido a su consideración, decisión que por demás no fue objeto de reparo alguno en ni la Primera Audiencia de Trámite cuando de acuerdo con lo previsto en la ley fue adoptada, ni en ningún otro momento del proceso.

De otra parte ha de destacarse que el trámite arbitral se adelantó con el cumplimiento de las normas procesales aplicables, sin que obre causal de nulidad que afecte la presente actuación.

CAPÍTULO QUINTO

CONSIDERACIONES

I. LA TACHA DEL TESTIGO JEREMÍAS OLMEDO CABRERA

Tal como lo establece la ley, en el laudo el Tribunal debe pronunciarse sobre la tacha de sospecha formulada por el señor Agente del Ministerio Público respecto del testigo Jeremías Olmedo Cabrera, asunto que se avoca a continuación.

En audiencia celebrada el 4 de julio de 2013, el señor Agente del Ministerio Público delegado ante el presente trámite arbitral tachó de sospechoso el testimonio del señor Jeremías Olmedo Cabrera, por su condición de Director de Obra del Consorcio Puerto López en el contrato objeto de la litis y su vinculación con la firma de ingenieros ICM Ingenieros que fuera integrante del citado Consorcio.

Los artículos 217 y 218 del Código de Procedimiento Civil, disponen, en su orden, lo siguiente:

"Artículo 217.- Testigos Sospechosos. 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."

"Artículo 218.- Tachas. 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 prescindirá 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."

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.

A este respecto conviene mencionar el pronunciamiento del Consejo de Estado, Sección Primera, en Sentencia del 2 de septiembre de 2010³⁵, 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

³⁵ Consejo de Estado- Sección Primera. Sentencia de septiembre 2 de 2010. Exp. 2007-00191

*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.³⁶ (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

Y agregó:

"En igual sentido, esta Sección ha manifestado que:

*«**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***

³⁶ Expediente Rad. núm. 2003-01445, Actor: Carlos Campos Martínez, Consejero ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO, Sección Primera, Consejo de Estado.

de convicción, para así establecer si éstos, ofreciéndole respaldo, hacen evanescente la incredibilidad".»³⁷

"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 indebidamente o inoportunamente y, en todo caso, cualquiera que se haya obtenido con la vulneración del debido proceso".»³⁸ (Negrilla y subrayado fuera de texto)"**

En similar sentido se ha pronunciado 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 los siguientes términos:

"(...) 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".

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 Tribunal a resolver sobre lo indicado, no sin antes advertir que, de acuerdo con lo previsto en el último inciso de la norma citada, el juez debe apreciar los testimonios

³⁷ Expediente Rad. núm. 2006-02791, Actor: Tiberio Villareal Ramos, Consejero ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON Sección Primera, Consejo de Estado.

³⁸ 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.

sospechosos “*de acuerdo con las circunstancias de cada caso*” y acorde con las reglas de la sana crítica.

En lo que tiene que ver con el testigo Jeremías Olmedo Cabrera, la tacha tuvo como fundamento su vinculación de un lado con el Consorcio Puerto López, y de otro, en fecha posterior con uno de sus integrantes y a la vez demandante en este proceso. Tal como lo expuso el testigo en los siguientes términos:

"(...) yo me desempeñé como Director de obra en todo el desarrollo del Contrato desde el inicio hasta la liquidación (...)."

"(...) estoy trabajando como Director de Obra en el proyecto de mantenimiento y rehabilitación de la vía Armenia Cajamarca en el sector de la línea con la firma ICM Ingenieros."

Como punto de partida de este análisis el Tribunal considera necesario destacar la posición relevante que tiene el testigo frente a la ejecución del Contrato 1665 objeto del trámite arbitral, lo que le permite tener una apreciación directa de los hechos para exponerlos ante el Tribunal. Si bien es cierto que existe un vínculo de dependencia de los testigos con una de las sociedades que integran la parte demandante, que podría llegar a afectar su imparcialidad al declarar, es claro que no es razonable que por tal circunstancia o condición en forma automática deban desecharse sus declaraciones que resultan ilustrativas para el esclarecimiento del conflicto sometido al Tribunal.

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

II. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Reseñado como ha quedado el *petitum* de la demanda, se advierte que el contenido de la controversia se concreta en dos frentes bien definidos:

(i) El relativo al incumplimiento del contrato por parte de INVIAS, por tres causales que se identifican así:

- No realizar una debida planeación del contrato.
- No efectuar los ajustes correspondientes, y
- No pagar las obras adicionales ejecutadas por el Contratista.

(ii) El referido a la ruptura del equilibrio económico del contrato, por dos generadores:

- Causas no imputables a las partes, y con ocasión del acaecimiento de hechos graves, imprevisibles, irresistibles y extraordinarios
- La aparición de sujeciones materiales imprevistas.

En lo que tiene que ver con el primer eje, en los hechos se han descrito las circunstancias que la parte convocante asocia con cada una de las conductas de incumplimiento que ha tipificado, y también en las pretensiones consecuenciales se resumen y precisan, de manera tal que el Tribunal puede identificar que el incumplimiento que la convocante pretende se declare se concreta en las siguientes conductas:

- Incumplimiento del deber de planeación, que generó sobrecostos para la convocante en lo relativo al material de terraplén.
- Ausencia de ajustes respecto de las obras ejecutadas en el año 2008
- Falta de pago de las obras de transitabilidad.

En cuanto al rompimiento del equilibrio económico, en las pretensiones consecuenciales la demandante precisó los que en su concepto son los generadores del mismo, a saber,

- Sobre costos en ítems de Imprimación, base estabilizada, mezcla densa en caliente tipo MDC-2 por variación grave imprevista, extraordinaria e irresistible en los precios del producto asfalto sólido.
- Sobre costos en el consumo de ACPM para transporte de materiales, no cubiertos por la fórmula de ajuste.

- Mayores costos generados por reparaciones de pavimento que surgieron por el acaecimiento de hechos materiales imprevisibles.
- Mayor permanencia en obra.

Ante ese panorama, el Tribunal se ocupará, de entrada, del estudio del incumplimiento imputado, y para ello analizará una por una las conductas que la demandante ha identificado como generadoras de tal incumplimiento.

Posteriormente acometerá el examen de la pretensión de referida a la ruptura del equilibrio económico del contrato, para lo cual mirará en detalle los eventos en los que la parte demandante soporta la pretensión principal respectiva y por ende las consecuenciales correspondientes.

1. El incumplimiento del contrato

1.1. Incumplimiento del deber de planeación que generó sobrecostos para la Convocante en lo relativo al material de terraplén

1.1.1. Argumentos de las partes

En los hechos 5.1 a 5.1.10 de la demanda la parte demandante expone las circunstancias que en su concepto rodearon la consecución de los materiales para la construcción del terraplén, y señala que en la estructuración de los contratos el INVIAS consideró que los materiales de préstamo para su construcción serían cedidos por los propietarios para extraerlos de las zonas laterales a lo largo de la vía. Sin embargo estos materiales no cumplían las condiciones técnicas de granulometría y plasticidad necesarias, por lo que fue necesario mezclarlos con otro tipo de material, arenoso proveniente de cantera. Agrega que el costo real del material arenoso así como la mezcla no fueron contemplados en la propuesta económica del Contratista.

Precisa que la divergencia entre el material disponible y aquel que se necesitaba surge con ocasión de la confianza legítima que el INVIAS le generó al Contratista quien estaba confiado en que la entidad, al hacer el proceso de selección, había cumplido con el principio de planeación.

En concepto de la parte demandante, lo anterior implicó para el Contratista mayores costos, que de acuerdo con las pretensiones de la demanda ascienden a la suma de \$1.041.969.933.

En la contestación de la demanda, mediante la cita textual de apartes del pliego de condiciones, el INVIAS plantea que la selección y suministro de los materiales para la ejecución del Contrato era responsabilidad exclusiva del Contratista quien debía tener en cuenta que éstos debían cumplir con los requisitos de calidad exigidos en los Estudios Técnicos y Ambientales del proyecto. Afirmó que los pliegos de la licitación previeron con claridad que el INVIAS no aceptaría reclamos por costos, plazos, falta o escasez de materiales o elementos de construcción. Indicó también que estaba definido desde el inicio de la licitación que era responsabilidad del contratista "*inspeccionar y examinar el sitio y los alrededores de la obra e informarse*" acerca de "*la forma y características de sitio, las cantidades localización y naturaleza de la obra, y la de los materiales necesarios para su ejecución, transporte, mano de obra, y de manera especial las fuentes de materiales para su explotación (...)*".

1.1.2. Consideraciones del Tribunal

Analizados los argumentos de las partes, el Tribunal encuentra lo siguiente:

Para efectos de la decisión que ha de adoptarse, resulta necesario tener presente, en primera instancia el objeto del contrato que incluía el diseño, la reconstrucción, la pavimentación y/o repavimentación de la vía.

Ahora bien como elemento determinante para la decisión que ha de adoptarse, el Tribunal toma el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. DG-164-2004, documento que hace parte integrante del contrato y que, en relación con la fuente de materiales para la ejecución de la obra, dispuso lo siguiente:

"3.8.3 Aspectos a considerar en el valor de la propuesta

"El valor de la propuesta deberá incluir todos los costos directos e indirectos para la completa y adecuada ejecución de la obra (...)"³⁹

³⁹ Folio 86, Cuaderno de Pruebas No. 6

(...)

"4. *Materiales*

"El proponente establecerá las fuentes de materiales que, en caso de resultar favorecido, utilizará en la ejecución de la obra; por lo tanto, el Instituto no reconocerá costos adicionales por el cambio de dichas fuentes de materiales. (...) Igualmente, el proponente en caso de salir favorecido, deberá cumplir a cabalidad con las normas legales y reglamentarias del Código de Minas para adelantar el aprovechamiento a que haya lugar. Así mismo, los correspondientes precios unitarios deberán cubrir, entre otros, todos los costos de explotación incluidos tasas, regalías, arrendamientos, servidumbres, producción, trituración, clasificación, almacenamiento, cargue y descargue de los materiales.⁴⁰

(...)

"7. *Examen de los sitios.*

"El proponente deberá inspeccionar y examinar el sitio y los alrededores de la obra e informarse, la forma y características del sitio, las cantidades, localización y naturaleza de la obra y la de los materiales necesarios para su ejecución, transporte, mano de obra, y, de manera especial, **las fuentes de materiales para su explotación, zonas de botaderos, las vías de acceso al sitio y las instalaciones que se puedan requerir, las condiciones del ambiente y, en general, sobre todas las circunstancias que puedan afectar o influir en el cálculo del valor de su propuesta.**⁴¹ (Negrillas y subrayado fuera de texto).

(...)

⁴⁰ Folio 88 del C. de Pruebas No. 6.

⁴¹ Folio 89 del C. de Pruebas No. 6.

*"Es responsabilidad del proponente familiarizarse con los detalles y condiciones bajo los cuales serán ejecutados los trabajos, no se considerará como excusa válida para posteriores reclamaciones."*⁴²

A partir de lo expuesto, ha de concluirse que de acuerdo con lo estipulado en el Pliego de Condiciones, a cargo del proponente recaían las obligaciones de:

- Familiarizarse con las condiciones bajo las cuales ejecutaría los trabajos, incluyendo el estado del terreno y la revisión del material a extraer.
- Establecer la fuente de materiales a utilizar para la ejecución de las obras del contrato.

Ahora bien, en el dictamen pericial técnico, el perito Gustavo Pacheco, al responder a la pregunta 1.4 relacionada con las características técnicas de los materiales exigidos por el INVÍAS para la ejecución de la construcción del terraplén, hace referencia al documento denominado "*Especificaciones Generales de Construcción de Carreteras del Invías*", y cita el artículo 220:

"220.2. MATERIALES

"220.2.1. Requisitos de los materiales

*"Todos los materiales que se empleen en la construcción de terraplenes deberán provenir de las excavaciones de la explanación, de préstamos laterales o **de fuentes aprobadas**; deberán estar libres de sustancias deletéreas, de materia orgánica, raíces y otros elementos perjudiciales. Su empleo deberá ser autorizado por el Interventor, quien de ninguna manera permitirá la construcción de terraplenes con materiales de características expansivas.*

*"Los materiales que se empleen en la construcción de terraplenes deberán cumplir los requisitos indicados en la Tabla No. 220.1."*⁴³(Negrillas fuera de texto)

⁴² Folio 90 del C. de Pruebas No. 6.

⁴³ Folio 14 del C. de Pruebas No. 6.

Del texto citado se desprende que de acuerdo con los parámetros exigidos por el INVIAS, la fuente de los materiales para la construcción de los terraplenes debía provenir, bien de "préstamos laterales" o bien **de fuentes aprobadas** por dicha entidad.

En relación con este tema, el testigo Luís Fernando Guerra Cortés, quien según indicó, estuvo vinculado con el INVIAS mediante contrato de prestación de servicios desde el año 2005 hasta diciembre de 2012 y fue Supervisor del Contrato desde noviembre de 2006, a la pregunta consistente en señalar "*para el programa del plan 2.500 quién tenía la obligación de identificar inicialmente la fuente contractual, quién proponía las fuentes?*", contestó:

*"El Invías obviamente en sus documentos, en sus estudios, en los pliegos de condiciones le da al contratista o a los proponentes una serie de fuentes de materiales que puede darse, puede el contratista identificar una de esas y verá si la toma o no, pero es responsabilidad del contratista al presentar su propuesta cuál va, de dónde va, tiene la obligación de ir y verificar si esas fuentes le cumplen o no le cumplen, eso sí es muy claro."*⁴⁴

Sobre el particular también se le preguntó al testigo Jeremías Olmedo Cabrera, quien trabajó como Director de la Obra del Consorcio Puerto López:

"Diga si conoce si el Invías en los pliegos contemplaba la extracción del material para la construcción del terraplén de las zonas adyacentes y no de otras fuentes de materiales?"

Y contestó:

"En los pliegos de condiciones el Invías no estableció las fuentes de materiales a utilizar aparte de las que había lateralmente en la zona."
(Subrayado fuera del texto)

⁴⁴ Folio 161 del C. de Pruebas No. 4.

Más adelante, al pedírselle que explicara con detalle "*qué son zonas adyacentes, a qué se refiere el pliego de condiciones cuando habla de zonas adyacentes*", sostuvo:

"El Instituto acostumbraba en sus pliegos de condiciones y así se hizo gran parte de la vía que conduce de Puerto López a Puerto Gaitán, obteniendo el material de las zonas laterales de la vía, las máquinas extraen material de un lado de carretera y con eso conforman el terraplén, allá como podemos saber todo se desarrolla sobre la sabana que se llama, o sea sobre los pastizales y hay que llevar el nivel de la carretera para salir de la cota de inundación, para que en el momento en que estén las inundaciones la carretera sobresalga de ese nivel, entonces hay que elevar ese nivel con un terraplén y ese terraplén se obtiene de préstamos laterales.⁴⁵

Las anteriores piezas probatorias, demuestran que las zonas aledañas a la vía – préstamos laterales - fueron presentadas por INVIAS como fuente de materiales del proyecto. Sin embargo, de acuerdo con el pliego de condiciones, el Contratista, al ser adjudicatario del contrato, estaba en la obligación de verificar las fuentes de materiales que se debían emplear para la ejecución.

En este punto resulta importante destacar que, que el Contratista al ejecutar los estudios y diseños, es decir al ejecutar la primera etapa del objeto del contrato, en el documento denominado Diseño Reconstrucción, Pavimentación y/o Repavimentación de la vía del Grupo 63: Puerto López-Puerto Gaitán, del PR82 + 911 al PR111 +256, en el Volumen IV, "Estudios Geotécnicos para Diseño del Pavimento"⁴⁶, puso de presente las deficiencias de la calidad de los materiales de las fuentes propuestas por el INVIAS, con lo cual dio cumplimiento a su deber de contribuir con la planeación de la ejecución de la obra.

En efecto, en el citado concepto se indica lo siguiente:

"6. ESTUDIO DE FUENTES DE MATERIALES

"Tal como se ha descrito, el sector en estudio carece de fuentes de materiales de buena calidad en razón de su tipología, predominantemente

⁴⁵ Folios 174 y 175 del C. de Pruebas No. 4.

⁴⁶ Folio 144 del C. de Pruebas No. 8.

residual de suelos sedimentarios distales, dada su lejanía de las zonas de altas pendientes. Los procesos sedimentarios aluviales corresponden a formaciones antiguas y priman los suelos limosos a arcillosos producto de la descomposición de otros depósitos. En ellos se forman esporádicamente en el espacio concreciones de óxidos, producto de procesos de iluviaión de elementos generados cerca de la superficie en reacciones de oxidación. Tales concreciones se conocen localmente, de manera impropia, como "arrecifes" y presentan la textura y consistencia de una arenisca muy friable. A su uso como material de construcción vial resulta muy limitado, dada su escasa resistencia mecánica, que conduce a desintegrarlos en el mismo proceso de compactación. Sin embargo, en el tamaño grava, pueden tener utilidad como material de refuerzo de núcleos de terraplén, dada su capacidad de desarrollar fricción. También puede ser de utilidad para reducir plasticidad de suelos arcillosos.

"En el recorrido vial también es posible detectar, particularmente en las áreas más próxima a Puerto Gaitán, grandes depósitos eólicos de naturaleza arenosa (dunas), cuyas propiedades mecánicas resultan pobres en su condición natural, incluso como material de fundación, dado que su granulometría es muy uniforme. El grano tiende a ser redondeado, delatando su origen aluvial inicial, antes del arrastre por aire. Los procesos de erosión eólica son visibles en los períodos secos en los depósitos aluviales del Río Meta y en los mismos depósitos eólicos del sitio sin cobertura vegetal. La reducción de los procesos de arrastre y transporte y el mejoramiento de las propiedades mecánicas de tales materiales exigiría recurrir a procesos de estabilización con ligantes hidrocarbonados. (...)"

A este tema se refirió el señor Agente del Ministerio Público quien en su concepto expuso lo siguiente:

"Ahora bien, en el informe final de la etapa de estudio y diseño realizada por el contratista en enero del año 2006 (en ese momento el CONSORCIO PORVENIR compuesto por INCONAL S.A. y ICM INGENIEROS LTDA.) en el acápite 4. Volumen VI: Diseño Geotécnico para el diseño del pavimento, donde reposa el diseño final de los terraplenes, en la vía Puerto López – Puerto Gaitán, se señala que en los suelos de la región son predominantes

los limo-arcillosos y areno-limosos, disponiendo además que el CBR subrasante puede estimarse en el valor promedio de 4.0.

"Señala claramente el contratista que el sector en estudio carece de fuentes de materiales de buena calidad, puesto que priman los suelos limosos y arcillosos, producto de la descomposición de otros depósitos además de que producto de los procesos de aluvión y de elementos cerca de la superficie genere en el material reacciones de oxidación, presentando así, una textura y consistencia de una arenisca muy friable. Por lo anterior, señala el contratista que su uso como material de construcción vial es muy limitado, dado su escasa resistencia mecánica, que conduce a desintegrarlos en el mismo proceso de compactación.

"Más adelante dentro del mismo documento, señala que los materiales de calidad mecánica apropiada para la generación de bases granulares, o para la preparación de concretos asfálticos o hidráulicos, provendrían de fuera del corredor, y particularmente de fuentes aluviales como el río Guatiquia, Negro, Ocoa y Guayuriba, que podrían considerarse fuentes potenciales, indicando que el costo del acarreo era mayor. También dice que para la construcción de sub-bases se propone, aparte de la fuente aluvial, utilizar los materiales de las fuentes disponibles en el mismo tramo Puerto López-Puerto Gaitán.⁴⁷

Expuesto lo anterior concluyó que el Contratista, en el momento en que le correspondió, *"puso de presente las deficiencias de la calidad de los materiales de las fuentes propuestas por el INVIAS, con lo cual podríamos decir que dio cumplimiento a su deber de contribuir con la planeación de la ejecución de la obra".*

Visto lo anterior, es claro para el Tribunal que el Contratista, tan pronto tuvo capacidad de identificar las calidades de los materiales existentes en las zonas de los trabajos y determinar el uso que podía dárseles para la ejecución de las obras del contrato, puso en conocimiento de la entidad contratante que el sector

⁴⁷ Folios 328 y 329, Cuaderno Principal No. 2

carecía de fuentes de materiales que se necesitaban, y que los materiales de calidad apropiada estaban por fuera del corredor.

Ahora bien, de un detenido examen del acervo probatorio recaudado, encuentra el Tribunal que durante la ejecución del contrato se determinó que el material extraído de las fuentes de materiales existentes en el área del proyecto (fincas adyacentes a la vía) no cumplía con las especificaciones técnicas requeridas para la construcción del terraplén, especialmente en lo relacionado con la plasticidad y granulometría, lo que obligó a que, en efecto, tuviera que ser mezclado con otro tipo de material, que debió ser extraído de fuentes distintas, con el objeto de obtener los parámetros de calidad exigidos.

El hecho antes indicado, quedó evidenciado en las pruebas que se relacionan a continuación:

- En la comunicación ICM-PL-07074 de 23 de marzo de 2007 dirigida por el Contratista al Interventor del Contrato, Consorcio Rio Meta, donde se dijo:

"En atención a su oficio de la referencia, en el que manifiestan su preocupación por los rendimientos que se están dando en la ejecución de los trabajos, debemos confirmarles que efectivamente no hemos podido obtener los rendimientos previstos, entre otros, porque para la construcción del terraplén nos hemos visto en la necesidad de realizar una mezcla que no estaba contemplada en nuestra propuesta, puesto que en nuestras previsiones se contempló que el material se utilizaría directamente de la fuente de la vía, los cual no se ha podido realizar porque un solo material no cumple con la especificación.

"Para resolver este asunto estamos mezclando material arcilloso y material con matriz granular. Con esta mezcla se cumple con los requisitos exigidos en las especificaciones de construcción. Esta mezcla se realiza principalmente en la fuente, llevando el material arenoso hasta la zona donde se extrae la arcilla y volviendo a cargar los dos materiales juntos. En la vía se extiende y se volteá al material hasta lograr homogenizar la mezcla, proceso que es dispendioso y bastante demorado. Como se puede observar, por las

*circunstancias descritas tenemos rendimientos menores a los previstos, con los cuales se elaboraron los programas de trabajo e inversiones.*⁴⁸

- El testigo Jeremías Olmedo Cabrera, sobre el material obtenido de las zonas adyacentes a la vía, expresó:

*"El material que se obtenía y que se obtiene en toda la zona del Llano no es un material de características arcillosas, o sea una matriz arcillosa que por sí sola no cumple con las especificaciones del Invías, específicamente en el tema del índice de plasticidad, el índice de plasticidad es muy alto de este material arcilloso."*⁴⁹

Posteriormente a la pregunta consistente en señalar si hubo necesidad de procesar el material del terraplén para que cumpliera con los requisitos de las especificaciones técnicas exigidas por el INVÍAS, manifestó:

*"Sí es cierto, en vista de que el material por sí solo no cumplía con el índice de plasticidad principalmente, hubo necesidad de obtener materiales de características más arenosas para bajar ese índice de plasticidad y esos materiales se obtenían de otras fuentes más alejadas de los sitios de trabajo, específicamente de dos fuentes que eran de una matriz arenosa arcillosa ubicada cerca del Municipio de Puerto Gaitán de propiedad de particulares."*⁵⁰

En el anexo 7 del dictamen pericial técnico se indicó:

"TERRAPLENES: Para la construcción de los terraplenes se utilizaron las fuentes de materiales de Taparitas (material arcilloso) y Vencedora (material arenoso), utilizando distintas proporciones de acuerdo con los resultados de laboratorio, especialmente en el ensayo de plasticidad."

⁴⁸ Folio 341 del C. de Pruebas No. 1.

⁴⁹ Folio 175 del C. de Pruebas No. 4.

⁵⁰ *Ibidem.*

De otro lado, en el mismo documento, bajo el numeral 1.6 de la página 15, se le preguntó al perito:

"Con base en las respuestas 1.3 y 1.4 señale si el material por si sólo cumplía con las especificaciones técnicas o si en su defecto requería un proceso de composición del material".

Y el perito señaló:

"Tomando como referencias las respuestas 1.1-b y 1.2 sumadas a las 1.3 y 1.4, técnicamente se puede concluir que:

a) Los materiales iniciales quedaban a un promedio de distancia de 7.72 km.

b) Las fuentes de materiales iniciales eran:

i) Taparitas, la cual solicitaba mezclarse con otra para el cumplimiento de la norma,

ii) Hacienda la Vencedora, se mezclaba con la de Taparitas para cumplir con la norma.⁵¹

Ahora bien como elemento adicional que incide en el análisis que en este capítulo se realiza, hay que tener en cuenta que el INVIAS autorizó la utilización de materiales no contemplados en la propuesta económica del Contratista, que debían ser mezclados con los materiales extraídos de las fincas adyacentes, pues ello era necesario para cumplir con los requerimientos de plasticidad y granulometría. De lo anterior dan cuenta varios elementos probatorios que resultan de importancia para el Tribunal y que se reseñan así:

- El Informe Final de Interventoría con fecha enero de 2009, en el que bajo el título "Aclaraciones Técnicas en los Cambios de Diseño", indicó:

"1. Rediseño de la Estructura del Pavimento

⁵¹ Folios 16 y 17 del C. de Pruebas No. 6.

*"En tiempo de invierno fue imposible construir los terraplenes utilizando el material de la región, por lo cual el INVIAS aprobó la utilización de material crudo de río en algunos sectores. En estas condiciones fue posible optimizar el diseño de la estructura del pavimento, específicamente para los sectores con material crudo de río."*⁵²

- En el Memorando SAT-39481 del 14 de septiembre de 2006⁵³, el INVIAS consideró aceptable para su aprobación los siguientes precios como costos directos:
 - Por concepto de "EXPLOTACIÓN, ACOPIO, CARGUE Y DESCARGUE DE MATERIAL DE CANTERA", la suma de \$6.623.30 por M3.
 - Por concepto de "EXPLOTACIÓN, ACOPIO, CARGUE Y DESCARGUE DE MATERIAL DE RÍO", la suma de \$12.256,70 por M3.
- Mediante comunicación CRM -055-07 de fecha 26 de abril de 2007, el Consorcio Rio Meta, Interventor del contrato, le precisó al Contratista lo siguiente:

*"(...) No entendemos por qué hace referencia que solo alcanzan a ejecutar los trabajos hasta el Hito 7, **si en el año anterior se les autorizó y ejecutaron colocación de materia granular con crudo de río entre el K90+000 y el K94+200**, por lo tanto en este sector no deben tener ningún tipo de problema para la ejecución de estos hitos. (...)." ⁵⁴ (Negrillas fuera de texto)*

- Mediante comunicación SGT-a 019824 de fecha 1 de junio de 2007, el INVIAS le informó al Contratista, la siguiente decisión:

*"En atención a su comunicación ICM-PL07-121 del 8 de mayo de 2007 **se le autoriza para intervenir con material crudo de río***

⁵² Folio 290 del C. de Pruebas No. 6.

⁵³ Folio 308 del C. de Pruebas No. 3.

⁵⁴ Folio 380 del C. de Pruebas No. 15.

en los sectores donde se está construyendo terraplén hasta la cota permitida en un volumen promedio de 4000 M3 por Kilómetro en el espesor requerido y autorizado por la Interventoría en un plazo de un mes contado a partir de la fecha.⁵⁵ (Negrillas fuera de texto)

- Mediante comunicación referenciada bajo el No. CRM-084-07 del 7 de junio de 2007, el Interventor del Contrato, hace las siguientes manifestaciones al Contratista:

"Teniendo en cuenta que el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, mediante comunicación No. SGT-a-019824 de 01 de Junio de 2007, autorizó la ejecución del terraplén con material crudo de río y a su vez a finales del año 2006 se ejecutó del K90+000 al K94+5000, este mismo trabajo, solicitamos que sus diseñadores evalúen el cambio que se pueda producir en el espesor de la estructura del pavimento debido al mejoramiento del material de construcción del terraplén.

"De acuerdo a lo anterior solicitamos se realicen ensayos de CBR al nuevo material y con este resultado presenten el diseño de la nueva estructura del pavimento en los sectores donde se construya el terraplén con material granular de crudo de río, lo cual muy probablemente dará como resultado suprimir la capa de transición y una disminución en el espesor de la base estabilizada con emulsión y cemento.⁵⁶

- El 29 de junio de 2007, el INVIAS, mediante comunicación distinguida con el número SGT-a 024303, le indicó al Contratista lo siguiente:

"En atención a su comunicación ICM-PL07-121 del 8 de mayo de 2007 se le autoriza para intervenir con material crudo de río en los sectores donde se está construyendo terraplén hasta la cota

⁵⁵ Folio 519 del C. de Pruebas No. 6.

⁵⁶ Folio 382 del C. de Pruebas No. 15.

*permitida en un volumen promedio de 20.000 M3 por Kilómetro en el espesor requerido y autorizado por la Interventoría.*⁵⁷

- En comunicación del 15 de junio de 2007, bajo el número de referencia CRM-PG-077-07, la sociedad Interventora del Contrato, le comunicó al Contratista lo siguiente:

*"Ya autorizada la construcción de terraplenes con material granular, crudo de río, vemos con preocupación que los trabajos no avanzan con el ritmo que esperábamos, solicitamos que el Contratista destine los recursos necesarios para que esta actividad adquiera más celeridad.*⁵⁸

- En el Acta de Comité Técnico No. 67 de 15 de junio de 2007, bajo el título "TEMAS TRATADOS" se consignó lo siguiente:

*"1. La Interventoría aclara al Contratista que a pesar que el material para construcción de terraplén aprobado por el INVIAS granular, crudo de río, este debe cumplir con la normatividad 220 del Instituto.*⁵⁹

- En la comunicación CRM-107-07 de fecha 17 de julio de 2007, dirigida por el Interventor del Contrato a HMV Ingenieros, se expresó:

"Adjunto copia del oficio ICM-PL-07-193, del 12 de julio de 2007, donde solicitan:

"1- Se modifique la cláusula séptima del contrato "Forma de pago" para los ítems 230.1 Mejoramiento de la Subrasante; Item 230.3P Explotación, Acopio, Cargue y Descargue de Material de Rio; e Item 900.2P Transporte de Materiales de Río o de cantera, que conforman la construcción de terraplenes con material crudo de río según disposición del

⁵⁷ Folio 520 del C. de Pruebas No. 6.

⁵⁸ Folio 383 del C. de Pruebas No. 15.

⁵⁹ Folio 392 del C. de Pruebas No. 15.

INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS – mediante oficios Nos. SGT-a-198824 de junio 1 de 2007 y SGT-a024303 de junio 29 de 2007.

"2. Las razones que expone el contratista en su oficio son avaladas por esta Interventoría.

"3. Adicionalmente en reunión preliminar celebrada en la oficina jurídica del INVIAS, se trató este tema y se explicó el sistema constructivo de la obra, la cual inicialmente manifestó su acuerdo de pagar en hito especial las actividades de construcción de terraplenes con material crudo de río, previa aprobación de la parte técnica del Instituto Nacional de Vías.⁶⁰

- Mediante comunicación de 31 de julio de 2007, con referencia ICM-PL-07-211, el Contratista le manifestó al Interventor del Contrato, Consorcio Río Meta, lo que sigue:

"(...) ante la imposibilidad de continuar la construcción de la vía con los materiales de la región, el INVIAS autorizó la continuación de la construcción de los terraplenes con la utilización de material crudo de río, a partir del mes de junio de 2007, actividad que desarrollamos actualmente, amén de las obras que podemos realizar en las pocas horas secas que se presentan, pues es el invierno, de acuerdo con el régimen de la región, irá hasta finales del mes de Noviembre.⁶¹

- En comunicación CRM-ADM-050-07 del 15 de agosto de 2007 remitida al INVIAS por el Interventor del contrato, Consorcio Río Meta, se expresó:

"Al respecto podemos confirmar que el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS aprobó el cambio de material fino granular utilizado en la construcción del terraplén, por material crudo de río hasta un

⁶⁰ Folio 385 del C. de Pruebas No. 15.

⁶¹ Folio 352 del C. de Pruebas No. 1.

volumen de 24.000 m³ con el fin de hacer viable la construcción del terraplén en época invernal. Este cambio ha permitido que a agosto 14 de 2007, se hayan podido ejecutar 9.805 m³ de material del terraplén, garantizando además el flujo normal del tráfico.

"Así mismo, al cambiar el material de construcción del terraplén de una composición arcillo-arenosa a una de material granular, se mejora ostensiblemente el CBR, por lo cual la Interventoría mediante oficio No. CRM-084-07 del 07 de junio de 2007, solicitó al Contratista realizar ensayos de CBR al nuevo material y con este resultado presentar un ajuste al diseño de la estructura del pavimento en los sectores donde se construya el terraplén con material granular de crudo de río. El ajuste del diseño de la estructura del pavimento se encuentra en revisión conjuntamente con la Consultaría de Apoyo."⁶²

- El testigo Luís Fernando Guerra Cortés, quien se desempeñó como Supervisor del Contrato, a la pregunta consistente en señalar "*si existió la necesidad de mezclar los materiales para el terraplén con el fin de lograr la plasticidad requerida para la obra de conformidad con los requisitos exigidos por el Invías*", contestó:

*"Sí, si me consta fue una solicitud que hizo el contratista, de cambiar el diseño y **el Invías la avaló.**"⁶³ (Negrillas fuera de texto)*

Posteriormente se le preguntó si conocía las razones por las cuales se solicitó el cambio, y el testigo indicó:

"Porque las fuentes de materiales que había en la zona no cumplían o de pronto no daba el grado que se requería para hacer bases estabilizadas, para ser base granular."

⁶² Folio 460 del C. de Pruebas No. 6.

⁶³ Folio 160 del C. de Pruebas No. 4.

De otra parte, es preciso resaltar que en la pregunta realizada al perito en relación con las implicaciones que presenta, desde el punto de vista técnico, el cambio de un proyecto previsto con préstamos laterales del material o préstamos de las zonas adyacentes para la construcción de un terraplén, a uno que requiera un proceso de composición de materiales extraídos de más de una fuente de material, señaló:

"Desde el punto de vista técnico, esto significa:

- i) (...)
- ii) *Se necesita equipo adicional para el mezclado de los materiales provenientes de las diferentes fuentes de materiales. (...)"*

El estudio detenido de los anteriores elementos probatorios allegados al expediente le permite al Tribunal llegar a las siguientes conclusiones:

- i) La construcción del terraplén requería de un material con especificaciones técnicas particulares especialmente en cuanto a los niveles de plasticidad y granulometría, según lo indicado en el Estudio Geotécnico para diseño del pavimento Puerto López, en el cual el Contratista definió que para la construcción de rellenos y terraplenes, el índice de plasticidad recomendado debía ser inferior a 15%.
- ii) Como se expuso en líneas atrás, si bien de acuerdo con el Pliego de Condiciones era responsabilidad del Contratista establecer la fuente de los materiales y calcular la reserva de éstos, el Contratista en la parte inicial de ejecución del contrato, cuando estuvo en capacidad para valorar la fuente de los materiales y determinar la viabilidad de su implementación, le expuso al INVIAS que las fuentes de materiales existentes en la zona del proyecto no cumplían los parámetros técnicos necesarios e indicó que requería de otros para ser utilizados, previa mezcla con los primeros.

- iii) Las fuentes de materiales indicadas por el INVIAS no cumplían con las condiciones técnicas necesarias para la construcción de terraplenes.
- iv) Para la construcción de terraplenes, el INVIAS autorizó el uso de materiales adicionales a los inicialmente previstos, los cuales fueron mezclados con los materiales extraídos de las fincas adyacentes y que no se contemplaron en la propuesta económica del Contratista, pero que fueron efectivamente utilizados en la construcción de terraplenes.

Los anteriores elementos llevan a la conclusión de que el uso de materiales adicionales para la construcción de terraplenes que debían ser mezclados con aquellos de préstamo que se tomaban del borde de carretera, fue autorizado por el INVIAS con lo cual fue legítima la actuación del Contratista de adquirir y utilizar tales materiales. Es claro también que el INVIAS desatendió su deber de planeación, pues no contempló estas circunstancias técnicas cuando determinó la fuente de los materiales para la construcción de la vía.

El Tribunal destaca en este punto que en su concepto final el señor Agente del Ministerio Público, después de un análisis detenido de los hechos y de las pruebas, determinó la procedencia de las pretensiones relacionadas con los sobrecostos en el material para terraplén, tema objeto del presente capítulo.

Visto lo anterior debe proceder ahora el Tribunal a analizar lo referente a la cuantía reclamada. Tal como ha quedado dicho ya en este laudo, por este concepto el Contratista pretende que se le reconozca la suma \$\$1.041.969.933, a la que se llega a partir de los siguientes conceptos:

Concepto	Cantidad ejecutada	Cantidad en la mezcla	Costo	Valor Total
Material Terraplén	156.935	0.5	1000	\$ 78.467.500
Material de Cantera	156.935	0.5	8.279	\$649.632.433
Mezcal de material de Terraplén	156.935	1.0	2.000	\$313.870.000
			TOTAL	\$1.041.969.933

El Dictamen pericial contable se refirió a esta materia. En efecto, a la perito inicialmente se le preguntó lo siguiente:

"¿En cuánto se estiman los costos en los que tuvo que incurrir el contratista para la obtención del material usado para la construcción del terraplén?"

Y contestó:

"Contablemente las cuentas de costos y gastos incurridos en la ejecución del contrato, no están identificadas ni por ítem de ejecución de obra, como tampoco por tipo de materiales adquiridos.

"Al verificar las operaciones registradas en cada una de las cuentas de Construcciones, en estas están la discriminación del material comprado, ejemplo, material de río, material pétreo, cemento, arena, crudo, agua, etc., pero, para poder cuantificar la construcción del terraplén, se debe determinar primero cuales son los materiales necesarios, personal, maquinaria, y esto se hace es un dictamen técnico y no en un financiero."

Posteriormente en el escrito de aclaraciones y complementaciones, sobre el mismo tema la parte demandante le preguntó lo siguiente:

"Sírvase señalar si tuvo en cuenta el cuadro de "resumen de costos" del programa de pavimentación de infraestructura vial de integración y desarrollo radicado ante el INVIAS por el contratista, el interventor y la consultoría en el cual se puede observar entre otras cosas, de manera discriminada, los gastos generados ítem por ítem y relacionados con entre otros con las obras correspondientes al terraplén. Además de hacer un análisis de los costos ofertados para la realización del terraplén comparados con los efectivamente generados, sobre la base e todo lo relacionado en las actas de obra, que se encuentran a disposición de la Perito."

A lo cual la perito contestó:

"El documento "Resumen de costos" del programa de pavimentación de infraestructura vial de integración y desarrollo, suscrito por el Contratista, el interventor, y la Consultoría, el cual reposa en el expediente a folio 182 del

cuaderno de pruebas No. 3, corresponde a los ítems de obra ejecutados en la "Obra Transitabilidad"; para él ítem Terraplenes, únicamente aparece el valor del precio unitario.

"La cantidad ejecutada esto es 156.935 m³ de Terraplén, fue extractada del Acta de Liquidación, tal como se dijo en el primer párrafo de la página 6 del dictamen.

"Ahora, con el fin de dar respuesta a la solicitud de aclaración y complementación, y tomando como base la reclamación presentada por el contratista al Invías (folios 156 en adelante, del cuaderno de pruebas No. 3), documento ICM-PL-09-014, en las página 29 y 30, la discriminación de los ítems cobrados por el terraplén son:

CONCEPTO	CANTIDAD EJECUTADA	CANTIDAD EN LA MEZCLA	COSTO	VALOR TOTAL
Material de Terraplén	156.935	0,5	1.000	78.467.500
Material de Cantera (*)	156.935	0,5	8.279	649.632.433
Mezcla de material de Terraplén	156.935	1,0	2.000	313.870.000
			TOTAL	1.041.969.933

() Precio aprobado por el Invías para el nuevo ítem.*

(...)

"Para poder ejecutar la obra, y de acuerdo con la explicación técnica, se tuvo que mezclar el material extraído de los terrenos 50%, con material de cantera 50%, situación que incrementó el costo, pues se tenía que comprar material de cantera, y pagar por la labor de la mezcla.

"En el Memorando SAT-39481 del 14/9/2006, el Invías aprueba un precio de costo directo para el material de cantera de \$6.623.30 por M³, el cual si le adicionamos el 25% del AIU, nos daría un precio de \$8.279 por m³ de material de cantera, que es el mismo por el cual se está haciendo la reclamación.

"En cuanto a los costos incurridos, en el dictamen se explicó por qué no era posible desde el punto de vista contable extractar en forma exacta las

operaciones que conforman el costo reclamado; lo único que se puede hacer es verificar en la contabilidad la compra del material de cantera, la cual se hizo al proveedor Murcia Murcia S.A.

(...)

"Lo que no se puede desde el punto de vista contable, es determinar en qué obras se utilizó el material, por las razones ya expuestas.

"En cuanto al valor pagado por la labor de la mezcla, desde el punto de vista contable no se puede extractar la información, por las razones ya expuestas, tanto en el dictamen como en este informe de aclaraciones y complementaciones."

En cuanto a las dos últimas aseveraciones del dictamen referidas a la imposibilidad de determinar en qué obra se utilizó el material, o el valor pagado por las labores de mezcla, el Tribunal encuentra que el objeto del Consorcio era la ejecución del Contrato 1665, tal como se evidencia de la Carta de Información del Consorcio, dirigida al INVIAS⁶⁴ en la que los representantes legales de las sociedades que lo constituyan expresan lo siguiente:

"(...) manifestamos por este documento que hemos convenido asociarnos en Consorcio para participar en la licitación pública de la referencia cuyo objeto es "EL DISEÑO, LA RECONSTRUCCIÓN, PAVIMENTACIÓN Y/O REPAVIMENTACIÓN DE 2596 KM DE AGRUPADOS EN 100 GRUPOS DE TRAMOS INCLUIDOS EN EL PROGRAMA DE PAVIMENTACIÓN DE INFRAESTRUCTURA VIAL DE DESARROLLO" y por lo tanto expresamos lo siguiente:

"La duración de este Consorcio será igual a la del término de la ejecución y liquidación del contrato. (...)".

Igualmente obra en el expediente la Resolución de Adjudicación al Consorcio Porvenir -después Consorcio Puerto López-, del Contrato para "EL DISEÑO, LA

⁶⁴ Folio 52 del C. de pruebas No. 1.

RECONSTRUCCIÓN LA PAVIMENTACIÓN Y O REPAVIMENTACIÓN DE LA VÍA GRUPO 63 EN EL TRAMO 1 PUERTO LÓPEZ – PUERTO GAITÁN DEL CON UNA LONGITUD DE 29.3 KILOMETROS, EN EL DEPARTAMENTO DEL META⁶⁵, de donde se evidencia que el Consorcio Puerto López ejecutaba el contrato que ocupa al Tribunal, por lo que no resulta apropiado afirmar, como lo hace el dictamen que no es posible "*determinar en qué obras se utilizó el material.*"

Así las cosas, es claro para el Tribunal que efectivamente el Consorcio debió adquirir un material para elaborar una mezcla técnicamente adecuada para la construcción del terraplén, para lo cual el INVIA le autorizó un valor. Es también evidente la cantidad ejecutada ya que fue consignada en el acta de liquidación del Contrato suscrita por las partes, así como adquisición del material a un tercero, por un valor de \$534.916.477.

Ahora bien, es también claro, según lo que se ha dicho y ha quedado probado en el expediente, que el material que se adquirió debía ser mezclado con aquel que se tomaba de las fuentes inicialmente indicadas por el INVIA, y en tal virtud era obvio que debía surtirse el proceso de mezcla, como lo señaló el perito técnico quien indicó que era necesaria la mezcla con materiales provenientes de Taparitas y de Hacienda La Vencedora.

Esta circunstancia también fue reconocida, de un lado por el testigo Jeremías Olmedo Cabrera quien afirmó que el proceso de mezcla se hizo necesario y que éste implicaba el uso de más equipos, de mayor número de volquetas y por ende más costos para la ejecución del ítem de trabajo, y de otro lado por el testigo Luis Fernando Guerra Cortés – Supervisor del Contrato por cuenta de INVIA desde noviembre de 2006 - quien confirmó que existió la necesidad de mezclar materiales para el terraplén para lograr las condiciones técnicas requeridas. Por último ha de concluirse que en el expediente quedó probado que el INVIA, en el ejercicio de la función de planeación del contrato, a determinar las fuentes de materiales no tuvo en cuenta los requerimientos técnicos de aquellos que debían usarse para la construcción de terraplenes, con lo cual tal planeación no se realizó en debida forma. Es claro también que la entidad estatal avaló la

⁶⁵ Folios 412 a 414 del C. de Pruebas No. 4.

correspondiente solicitud de adquisición y mezcla de los materiales adecuados, formulada por el Contratista.

Para el Tribunal las circunstancias en que se desarrollaron los hechos relativos a los materiales para la construcción de terraplén constituyen un incumplimiento del INVIAS en lo relativo a su deber de planeación, pues no contempló que el material de préstamo no era viable para construir terraplenes, y que por ello era necesario adquirir otros materiales para mezclarlos con el primero y obtener así las condiciones técnicas requeridas. Por último, quedando como han quedado evidenciados los mayores costos en que legítimamente incurrió el Contratista para construir el terraplén con el material adecuado, al igual que las autorizaciones dadas por el INVIAS para incurrir en ellos, Tribunal reconocerá la suma reclamada por este concepto, por un monto de \$1,041.969.933 de pesos.

1.2. Ausencia de ajustes respecto de las obras ejecutadas en el año 2008

1.2.1. *Planteamientos de las partes*

En los hechos 5.2.1 a 5.2.5 la Convocante se refiere a este cargo, e indica que en el año 2008 el INVIAS no realizó ni pagó los ajustes de precios pactados en el contrato con lo cual incumplió el contrato, circunstancia que la lleva a reclamar una suma de \$552.651.281.

Al contestar la demanda el INVIAS señala que el Consorcio Interventor y La Consultoría consideraron que los atrasos siempre fueron imputables al Contratista, razón por la que el ajuste solicitado bajo la anualidad 2008 no era procedente, respecto de cantidades de obra que se debieron ejecutar en la anualidad de 2007. Adicionalmente indica que las cantidades de obra que no se ejecuten dentro del programa anual de inversiones no estaban sujetas a la actualización.

1.2.2. *Consideraciones del Tribunal*

La Ley 80 de 1993 estipula la figura de la revisión de precios de los contratos estatales en los artículos 4 y 5, al consagrarse los derechos y deberes de la Administración y de los contratistas, y en el numeral 14 del artículo 25.

La primera de estas normas consagra, que la entidad estatal deberá solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato y así mismo, que deberá adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer, si hubo licitación, o de celebrar el contrato, para lo cual, utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, y acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución.

La figura del reajuste de precios en materia de contratación estatal, surgió como reacción ante el hecho de que en aquellos contratos de trato sucesivo o ejecución diferida, principalmente de mediana o larga duración y en razón de fenómenos tales como la inflación o la devaluación, el solo transcurso del tiempo puede dar ocasión a que se presente un alza en el valor de los diversos ítems o rubros que conforman los precios unitarios, afectándolos de tal manera que el Contratista va a incurrir en realidad en mayores costos de los presupuestados inicialmente, cuando presentó su oferta y/o celebró el respectivo contrato, porque a la hora de ejecutar las obras o servicios, los materiales, equipos y mano de obra ya no valdrán lo mismo que valían en la fecha en la que se proyectó el presupuesto de la obra y se calcularon los costos de la misma.

*"Se infiere que el desequilibrio económico del contrato ocurre cuando la igualdad o la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o de contratar, según sea el caso, se altera. **Sí se rompe el equilibrio por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deben adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento.**"*(Negrillas y subrayado del Tribunal).

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el Contrato No. 1665 de 2005, en el Parágrafo Segundo de la Cláusula Séptima del Contrato se dispuso lo siguiente:

'Cláusula Séptima.

⁶⁶ Concepto No. 002 del 12 de enero de 2012, Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado, Proceso No. 42.171, Acción Contractual de RYM Construcciones S.A. contra Departamento de Cundinamarca.

(...)

"PARAGRAFO SEGUNDO: AJUSTE DE PRECIOS. Los precios serán actualizados para cada ítem cada doce meses con base en la variación de los respectivos grupos del ICCP, correspondiente al periodo comprendido entre la fecha de 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 periodos de doce (12) meses contados a partir de la fecha del cierre de la Licitación".⁶⁷ (Negrilla fuera de texto).

En el dictamen pericial financiero, sobre el particular se indicó que para el año 2008 se habían pagado ajustes por un valor de \$713.193.024 más IVA de 16 % sobre utilidad, para un total de \$717.757.459⁶⁸.

Vista la previsión contractual pactada en materia de ajustes, para efectos del análisis de la pretensión, el Tribunal centra su atención en el argumento de la parte demandada acerca de la existencia de incumplimientos del Contratista en ese periodo que, según argumenta, en aplicación del parágrafo segundo de la Cláusula Séptima, habrían impedido el pago del ajuste previsto.

En efecto, al contestar la demanda la parte demandada alegó lo siguiente:

"Respecto al tema el consorcio interventor se pronunció de la siguiente manera: Dado que los atrasos en el proyecto, siempre fueron imputables al contratista, según las reprogramaciones al Programa de inversiones firmadas y aceptadas por el Contratista, en concepto de esta interventoría, no hay lugar a acceder a la pretensión económica presentada por el Contratista por actualización de precios por obra ejecutada en el año 2008.

⁶⁷ Folio 8 del C. de Pruebas No.1.

⁶⁸ Folios 9 y sig. del C. de Pruebas No.5.

"La Consultoría de Apoyo a la Gestión Zona concluye en su escrito lo siguiente: Como se muestra lo atrasos en el proyecto siempre fueron imputables al Contratista, quien en general no cumplió con un programa de inversiones y que le generó trámites de posibles sanciones como medida de apremio para que recuperara los atrasos. Por lo que no considera procedente la petición de reconocer ajustes con anualidad 2008, a cantidades de obra que debió ejecutar en la anualidad de 2007."

Ahora bien, el dictamen pericial rendido por la contadora Gloria Zady Correa Palacio hace referencia a las sumas que a su juicio corresponden al valor del reajuste referido a las obras ejecutadas entre los meses de marzo de 2007 y marzo de 2008, según las actas de obra, dando como resultado la suma por concepto de reajustes para el año 2008, por valor de QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS SETENTA MIL SETECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS M/CTE (\$552.270.733).

Revisado el acervo probatorio, el Tribunal observa que para el periodo en análisis hay una gran cantidad de referencias a incumplimientos del Contratista y atrasos en la ejecución de las obras. De ello dan cuenta diversas comunicaciones de los cuales el Tribunal reseña las siguientes:

- En comunicación del Interventor al Consorcio Contratista de fecha 20 de marzo de 2007⁶⁹, se señala lo siguiente:

"Vemos con preocupación que no se están dando los rendimientos adecuados para el cumplimiento del programa de obra presentado y aprobado por el INVIAS para dar realizado (sic) al plan de contingencia, esto se ve reflejado en el programa de inversión al comparar esta con la ejecutada estando por debajo de la programada en un 3.7%."

- En comunicación del 4 de abril de 2007⁷⁰ el Interventor le comunicó al Contratista lo siguiente:

⁶⁹ Folio 509 del C. de Pruebas No. 6.

⁷⁰ Folio 510 del C. de Pruebas No. 6.

"Continúan presentándose bajos rendimientos en la ejecución de los trabajos lo cual está causando atrasos en la programación. Les solicitamos tomar todas las medidas necesarias para mejorar los rendimientos, como ampliar los horarios de trabajo, aumentar los recursos de equipos y personal, etc, de tal manera que la programación se cumpla según lo acordado y así evitar que se tomen las medidas establecidas en el contrato por un posible incumplimiento."

- En comunicación de fecha 20 de abril de 2007⁷¹, el Interventor le comunicó al Contratista lo siguiente:

"De nuevo vemos con preocupación como lo hemos plasmado en nuestros oficios anteriores que el avance físico de la obra a la fecha lleva un atraso de uno y medio (1.5) Hito y el programa de inversión lleva un atraso de 4% contra la inversión programada."

- En comunicación de fecha 15 de junio de 2007⁷², el Interventor señala:

"Ya autorizada la construcción de terraplenes con material granular, crudo de río, vemos con preocupación que los trabajos no avanzan con el ritmo que esperábamos, solicitamos que el Contratista destine los recursos para que esta actividad adquiera más celeridad."

- En comunicación del Consorcio Interventor dirigida a INVIAS el 15 de agosto de 2007⁷³ se hizo referencia a que al 6 de julio de 2007 el contrato presentaba un atraso del 13.23% respecto a la inversión programada contra la inversión ejecutada. También se hizo mención a reportes sobre los atrasos en la ejecución realizados en comunicaciones de marzo 20 de 2007, abril 4 de 2007, abril 16 de 2007 y abril 26 de 2007.

⁷¹ Folio 513 del C. de Pruebas No. 6.

⁷² Folio 516 del C. de Pruebas No. 6.

⁷³ Folio 465 del C. de Pruebas No. 6.

- En carta identificada con el NO. SGT-a 02614⁷⁴ - fecha no legible-, el INVIAS le indica al Contratista lo siguiente:

"En atención al contrato en referencia de manera atenta le informo que una vez revisado el informe semanal con corte al 6 de julio de 2007, se observa que el contrato presenta un atraso de 13.23% respecto a la inversión programada contra la inversión ejecutada."

- En comunicación de fecha 24 de agosto de 2007⁷⁵, dirigida por el Interventor al Consorcio Contratista se indica lo siguiente:

"Las obras motivo del contrato de la referencia acusan un muy serio atraso con respecto al programa de inversiones debidamente aprobado, el panorama es el siguiente:

- *El Hito 8 se debió terminar el 31 de mayo.*
- *Los Hitos 9 y 10 se debieron terminar el 30 de junio.*
- *Los Hitos 11 y 12 se debieron terminar el 31 de julio.*
- *Los Hitos 13 y 14 se deben entregar el 31 de agosto pero para esta fecha no se habrá entregado ni siquiera el Hito 8."*

- En comunicación de fecha 3 de octubre de 2007⁷⁶, dirigida al INVIAS, el Interventor indica que *"al 28 de agosto de 2007 el Contratista (...) presentaba un atraso del 24.26% respecto a la inversión programada y al corte de octubre 2 presenta un atraso de 34.14%.*
- En comunicación del 9 de octubre de 2007⁷⁷ dirigida por el Interventor a INVIAS se indica que *"el contratista, a la fecha de corte del 2 de octubre de 2007, incumple con la ejecución de las cantidades de obra previstas en el programa de obra por un monto de \$5.525.098.615,94."*

⁷⁴ Folio 521 del C. de Pruebas No. 6.

⁷⁵ Folio 584 del C. de Pruebas No. 6.

⁷⁶ Folio 528 del C. de Pruebas No. 6.

⁷⁷ Folio 535 del C. de Pruebas No. 6.

- En comunicación del 11 de diciembre de 2007⁷⁸ el Interventor reclamó al Contratista que entre el 7 y el 10 de diciembre solo había una motoniveladora operando en la obra, y que el 10 de diciembre había debido iniciar la construcción de terraplenes a partir del K101 402, pero ello no se hizo.
- En comunicación de fecha 8 de febrero de 2008 dirigida a INVIAS⁷⁹, el Interventor indica que "*Una vez analizado el plan de contingencia presentado por el Contratista, no ha cumplido con los rendimientos ni maquinaria propuesta, para ir recuperando el atraso presentado en el programa de inversiones vigente*". Y agrega: "*Teniendo en cuenta el informe semanal No. 105, con corte a 5 de febrero de 2008 vemos que presenta un atraso del 13.6% con respecto a la inversión programada contra la inversión ejecutada*", para concluir que "*(...) con corte al 5 de febrero de 2008 vemos que presenta un atraso del 13.6% correspondiente a \$1.969.185.308,57 dejados de ejecutar (...)*".
- En comunicación de fecha 27 de febrero de 2008⁸⁰, dirigida a INVIAS, el Interventor indica que con corte al 26 de febrero de 2008, el Contratista incumple con las cantidades de obra previstas en el programa de obra por un monto de \$2.969.666.482,98. Como anexo de esta comunicación se presenta un cuadro⁸¹ en el que se aprecia cómo en diciembre de 2007, entre actas de obra y comunicaciones diversas, se le hicieron al Contratista cinco requerimientos por sus atrasos, a la vez que en enero de 2008 fueron diez los llamados de atención y en febrero del mismo año fueron seis.
- En comunicación dirigida por el Interventor a la firma Consultora de fecha 31 de marzo de 2008⁸² se indica lo siguiente:

"La Interventoría ratifica la solicitud de imposición de sanciones pecuniarias al Contratista por el incumplimiento culposo en el plan

⁷⁸ Folio 611 del C. de Pruebas No. 6.

⁷⁹ Folio 589 del C. de Pruebas No. 6.

⁸⁰ Folio 598 del C. de pruebas No. 6.

⁸¹ Folio 607 del C. de pruebas No. 6.

⁸² Folio 454 y 455 del C. de Pruebas No. 6.

de inversiones y el programa de obras, porque los mencionados incumplimientos tienen origen en causas exclusivamente imputables al Contratista las cuales han sido explicadas en detalle en las comunicaciones CRM-044-08 del 27 de febrero de 2008."

Las comunicaciones citadas permiten observar que durante todo el periodo comprendido entre marzo de 2007 y marzo de 2008 hubo requerimientos al Contratista por atrasos en las obras que ejecutaba, documentos que por sí solos son suficientes para concluir que el Contratista, por el estado en que se encontraba la ejecución de la obra, a la luz de las previsiones contractuales no tenía derecho a los ajustes que se reclaman.

Si bien para el Tribunal los elementos probatorios reseñados en este capítulo del laudo son suficientes para la conclusión que se ha expuesto, es importante tener en cuenta que también en las actas de los Comités de Obra se dejaron innumerables referencias a los atrasos citados, de las cuales se destacan las siguientes:

- Acta de Comité Técnico No. 61 de 3 de mayo de 2007⁸³.
- Acta de Comité Técnico No. 72 de 15 de agosto de 2007⁸⁴.
- Acta de Comité Técnico No. 89 de 13 de diciembre de 2007⁸⁵.
- Acta de Comité Técnico No. 93 de 17 de enero de 2008⁸⁶.
- Acta de Comité Técnico No. 94 de 24 de enero de 2008⁸⁷.
- Acta de Comité Técnico No. 95 de 31 de enero de 2008⁸⁸.
- Acta de Comité Técnico No. 96 de 1 de febrero de 2008⁸⁹.
- Acta de Comité Técnico No. 97 de 14 de febrero de 2008⁹⁰.
- Acta de Comité Técnico No. 98 de 20 de febrero de 2008⁹¹.

⁸³ Folio 388 del C. de Pruebas No. 15.

⁸⁴ Folio 394 del C. de Pruebas No. 15.

⁸⁵ Folio 407 del C. de Pruebas No. 15.

⁸⁶ Folio 415 del C. de Pruebas No. 15.

⁸⁷ Folio 417 del C. de Pruebas No. 15.

⁸⁸ Folio 419 del C. de Pruebas No. 15.

⁸⁹ Folio 421 del C. de Pruebas No. 15.

⁹⁰ Folio 423 del C. de Pruebas No. 15.

⁹¹ Folio 425 del C. de Pruebas No. 15.

Así las cosas, el Tribunal concluye que la pretensión de reconocimiento de ajustes para el periodo marzo de 2007 marzo de 2008, no ha de prosperar.

1.3. Falta de pago de las obras de transitabilidad

1.3.1. *Planteamientos de las partes*

Los hechos 5.3.1 a 5.3.27 se refieren a las obras de transitabilidad, por las que el Contratista reclama una suma de \$537.695.055. En concepto del demandante el fuerte invierno que se presentó desde mediados de abril de 2006, junto con el alto tráfico en la vía, generó un profundo deterioro de la misma que imposibilitó su transitabilidad en el sector del Km 90 +000 al Km 112 +900.

Se afirma en la demanda que la anterior situación llevó a que la Alcaldía del municipio de Puerto Gaitán hiciera un acuerdo con las empresas petroleras de la zona para que estas transportaran material granular crudo de río a la zona, en tanto que por orden del INVIAS, el Contratista debía disponer de la maquinaria para extender y compactar dicho material. Se agrega que las empresas petroleras en un momento dado dejaron de transportar el material necesario, por lo que se le solicitó al Consorcio que lo hiciera y éste estimó los costos en la suma de \$550.000.000 de pesos y en tal virtud solicitó la adición del valor del contrato por tal monto, petición que contó con el acuerdo de la Interventoría y de la Consultoría.

De otra parte afirma que los precios de esta obra fueron aprobados por el INVIAS y que la entidad expidió el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal. Precisa que las labores fueron ejecutadas como lo certificó el Interventor quien las recibió conforme a las instrucciones del INVIAS.

Al contestar la demanda el INVIAS, si bien reconoce que el pago de las obras contaba con el aval del Interventor y de la Consultoría, indicó que sobre este asunto hubo una conciliación denegada por el Tribunal Contencioso del Meta, lo que impide reconocer el derecho al pago. Agrega que los trabajos encaminados a restablecer el tránsito vehicular no estaban dentro del objeto del contrato 1665 de 2005, ni constituyeron el sustento para una adición al mismo.

1.3.2. Consideraciones del Tribunal

La pretensión cuyo estudio avoca el Tribunal en este capítulo, hace referencia a lo que en la doctrina y la jurisprudencia se ha entendido como hechos cumplidos, por cuanto los mismos se consolidan cuando se adquieren obligaciones, sin que medie soporte legal que los respalde, es decir, se eleve a escrito la obligación, y cuando existiendo tal formalidad; antes de su ejecución no se han cumplido requisitos mínimos y legales en su creación, como la reserva presupuestal previa, o cuando en la ejecución de un contrato se adicionan bienes o servicios no incluidos desde el inicio. Entonces, se puede establecer que los hechos cumplidos se producen por una inadecuada labor administrativa en la planeación de los procesos contractuales y en la adquisición de obligaciones.

Los casos en los cuales vemos que se dan hechos cumplidos son:

- Falta de una adecuada planeación del contrato, cuando se formula la necesidad de su realización, pero no se prevén los riesgos y contingencias que su creación, ejecución y liquidación pueden conllevar, dependiendo del tipo de bien o servicio a adquirir.
- Prestación sin soporte contractual, cuando la entidad contrae obligaciones y ordena ejecutar actividades, prestar servicios o recibe bienes sin contar con un contrato que la ampare o que no esté debidamente registrado presupuestalmente.
- Adiciones o modificaciones al contrato inicial, sin soporte presupuestal, derivadas de órdenes al Contratista de ejecutar o cumplir con algo no incluido en el contrato.
- Otro evento puede ocurrir cuando en la etapa de liquidación se reconocen o incluyen en el acta de liquidación, obras, bienes o servicios no pactados en el contrato inicial; situación a la cual se aplican las previsiones anteriormente señaladas

El Consejo de Estado ha señalado al respecto que "*(...) la realización de obras adicionales supone que éstas no fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo; se trata entonces de obras*

*nuevas, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución, en determinadas circunstancias resulta necesaria. Por tal razón, si para éstas no se celebra contrato adicional, ni son reconocidas al momento de liquidar el correspondiente contrato, su reclamación resulta procedente en virtud del principio que prohíbe el enriquecimiento sin justa causa, para lo cual debe acudirse a la acción de reparación directa.*⁹²

En relación con lo anterior, la Sala se ha pronunciado así:

*"... cuando las obras encajan dentro del objeto del contrato, las acciones derivadas de su ejecución y cumplimiento son típicamente contractuales. En cambio, cuando ciertas obras no quedan comprendidas en él y se ejecutan a instancia de la entidad pública y bajo su apremio, ese exceso no tiene su respaldo en un contrato y su controversia no debe ser contractual. (...). En otras palabras, cuando debiéndose celebrar el contrato adicional no se hace y pese a eso se ejecutan las obras, la controversia, de contenido indemnizatorio, encuentra su apoyo en el enriquecimiento incausado."*⁹³

Ahora bien, el Decreto 1138 de 2000, señala en el Artículo 15 en relación con el Certificado de disponibilidad presupuestal (CDP):

"Es el documento mediante el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos.

"Este documento afecta preliminarmente el Presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia cada Empresa deberá llevar un registro de

⁹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia de dieciocho (18) de julio de dos mil dos (2002). Radicación número: 54001-23-31-000-2002-2170-01(22178).

⁹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Sentencia de febrero veintidós (22) de mil novecientos noventa y uno (1991). Radicación numero: CE-SEC3-EXP1991-N5618.

tales certificados que permita determinar los saldos de apropiación disponibles para expedir nuevas disponibilidades.

"Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales de las Empresas deberán contar con CDP previos, expedidos por el Responsable del Presupuesto o quien haga sus veces".

El Estatuto Orgánico de Presupuesto, establece:

"Artículo 71. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

"Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar.

"Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

"En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible o sin la autorización previa del CONFIS o por quien este delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

(...)

"Cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones". (Negrillas y subrayado del Tribunal)

Así, se observa entonces que las normas de carácter presupuestal han previsto los mecanismos que deben observar los órganos de la administración para cancelar los compromisos durante la vigencia fiscal en la cual se contraen.

Establecido lo anterior, a partir de los elementos probatorios obrantes en el expediente, el Tribunal abocará a continuación el estudio de la conducta contractual asumida por las partes en relación con las obras de transitabilidad. En efecto,

- Por medio del Decreto Administrativo No. 057 de 11 de mayo de 2006⁹⁴, la Alcaldía de Puerto Gaitán, con el fin de contrarrestar el peligro colectivo que representaba el estado de las vías en municipio, debido al invierno que azotó la zona, declaró la "Emergencia Vial".
- En virtud de lo anterior se celebraron reuniones entre el INVIAS, el Interventor del Contrato, la Consultoría de Apoyo, el Consorcio Puerto López y las Empresas Petroleras de la zona, en las que se estableció la necesidad de la atención de la situación por parte del INVIAS a través del Contratista.

De lo anterior da cuenta el testigo Félix Hernando Segura, quien fuera Director de Interventoría del Contrato 1665 de 2005, y quien a la pregunta sobre la existencia de las citadas reuniones, manifestó:

"Sí, nosotros como intervención estuvimos presentes en ese tipo de reuniones."⁹⁵

"(...)"

"En esa reunión estuvo presente el Invías, nosotros teníamos una supervisión que es la empresa HMV, estuvo presente, estuvieron presentes las empresas petroleras, estuvo presente lógicamente el contratista y lógicamente la intervención, como había una emergencia vial y de ahí fue de donde salió esa reunión que hubo,

⁹⁴ Folios 302 y 303, Cuaderno de Pruebas No. 3

⁹⁵ Folio 140 del C. de Pruebas No. 4.

de ahí fue que salió la orden de Invías de que había que dar transitabilidad inmediata en la zona.⁹⁶

Más adelante a la pregunta consistente en señalar si la instrucción o la orden que se le dio al Contratista fue la de iniciar las obras de manera inmediata, sin que se hubiera suscrito el documento contractual, contestó:

"Sí, estoy casi seguro que eso fue de forma inmediata porque había la urgencia de dar paso, me acuerdo mucho que hasta en televisión salió la emergencia y todas las mulas allá enterradas, eso fue una orden que hubo de todas partes, porque había que dar transitabilidad, era urgente dar paso."⁹⁷

Posteriormente, a la pregunta consistente en si le constaba que el INVÍAS, a través de la interventoría le solicitó al Contratista la presentación de un presupuesto para la ejecución de obras adicionales que estarían destinadas a la atención de los sitios críticos de la vía, contestó:

"Sí, sí me consta a mí, correcto."⁹⁸

- Mediante comunicación referenciada bajo el número ICM-PL-06-073 de 8 de junio de 2006, dirigida por el Consorcio Puerto López a la Interventoría del Contrato, el Contratista solicita una adición del valor del contrato No. 1665 de 2005 por la suma de \$550.000.000 para efectos de adelantar los trabajos de transitabilidad en la vía.

En la citada comunicación se expresó:

"El fuerte invierno que se presenta en la región desde mediados del mes de abril, ha causado grandes deterioros en la vía, especialmente en el sector que no estamos interviniendo del K90 hasta Puerto Gaitán en el K112, lo cual se traduce en serios inconvenientes en el tránsito y en el inconformismo de los usuarios.

⁹⁶ Folio 142 del C. de Pruebas No. 4.

⁹⁷ Ibídem.

⁹⁸ Folio 140 del C. de Pruebas No. 4.

"Para atender esta situación, con la presente nos permitimos solicitar la adición del valor del contrato en la suma de \$550.000.000, para suministro y colocación de material crudo de río y material de cantera, que sean aptos para garantizar la transitabilidad de la vía.

"Para adelantar estas actividades contamos con los equipos y recursos independientes que no afecten las labores de construcción de la carretera.⁹⁹

- La solicitud de adición al contrato en cuantía de \$550.000.000 presentada por el Contratista, contó con el beneplácito de la sociedad Interventora del proyecto, la que mediante comunicación de 15 de junio de 2006 -No. CRM-047A-06-, le informó a la Consultoría de Apoyo, HMV Ingenieros, lo siguiente:

"La intervención está de acuerdo con esta solicitud de adición teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

"El fuerte invierno que reina en la región ha deteriorado fuertemente la rasante de la vía.

"Teniendo en cuenta que del PR90+000 al K112+900 el contratista no ha intervenido en la vía para la construcción del terraplén, se necesita dar transitabilidad a este sector para mantener el normal tránsito de los vehículos pesados que transportan crudo de los campos petroleros y vehículos comerciales de la región.

"El contratista debe solicitar la aprobación de precios no previstos, para la ejecución de estos trabajos que no se encuentran pactados en el contrato.

⁹⁹ Folio 304 del C. de Pruebas No. 3.

*"El contratista debe comprometerse a ejecutar estos trabajos con un equipo adicional al ofrecido en el contrato principal y a seguir ejecutando las labores según el programa de trabajo."*¹⁰⁰

- En el mismo sentido se pronunció la Consultoría de Apoyo del proyecto, en comunicación de 16 de junio de 2006, distinguida con la referencia 2080-0761A, mediante la que le comunicó al INVIAS, lo siguiente:

"Mediante comunicación CRM-047A-06 del 15 de junio de 2006, la firma Interventora CONSORCIO RIO META, anexa copia del oficio ICM-PL-0-073 del 8 de junio de 2006, a través del cual el Contratista CONSORCIO PUERTO LÓPEZ solicita una adición por la suma de QUINIETOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$550.000.000,00) para el Contrato No. 1665-05 (...), con el fin de mantener la transitabilidad de la vía en los tramos en que no se está interviniendo la misma con las obras objeto del contrato. En la citada comunicación la Interventoría aprueba la solicitud del Contratista y expone las consideraciones de tipo técnico y contractual para adicionar esta suma con el objeto de mantener la transitabilidad de la vía en esta época de invierno.

"Al respecto, esta Consultoría recomienda su aprobación teniendo en cuenta los siguientes hechos:

"El fuerte invierno que se presenta en la región desde el mes de abril, sumado al tráfico pesado en la vía, ha causado deterioro de gran magnitud que impiden el transito normal de vehículos.

"El tramo objeto a intervenir por el contrato se encuentra a nivel de sabana y la puesta de material de crudo de río y material de cantera la consideramos viable para garantizar la transitabilidad de la vía, mientras el Contratista acomete los trabajos de construcción que le corresponden en el objeto del contrato.

¹⁰⁰ Folio 305 del C. de Pruebas No. 3.

"Teniendo en cuenta que el contratista debe ejecutar las obras con equipos y personal ofrecidos y su compromiso de ejecutar los trabajos objeto de la solicitud con recursos adicionales diferentes a los del contrato principal, consideramos que estas actividades no afectarán la ejecución de obra y que por el contrario van en beneficio de los usuarios de la vía, al garantizarse el uso de la misma con un mejor confort."

"Por todo lo anterior, esta Consultoría de Apoyo avala esta solicitud de adición y solicita la revisión por parte del INVIAS para iniciar su trámite."¹⁰¹

- El 4 de julio de 2006, se celebró una reunión en las oficinas del INVIAS, con la participación de la entidad contratante, la Consultoría de Apoyo, la Interventoría y las empresas petroleras, en la que de acuerdo con las comunicaciones 2080-01922 y CRM-102-06 de diciembre de 2006, de la Consultoría de Apoyo y del Interventor del Contrato, se lograron los siguientes acuerdos:
 - Las empresas petroleras se comprometieron a mantener la transitabilidad de la vía entre las abscisas PR95+400 al PR112+000, utilizando material de río, geotextil y un mantenimiento general del tramo.
 - El Contratista mantendría la transitabilidad del tramo comprendido entre el PR90+000 al PR95+400, utilizando los mismos materiales e igual procedimiento constructivo.
 - El INVIAS haría las gestiones necesarias para adicionar la suma de \$550.000.000 al contrato por concepto de las obras de transitabilidad o tramitar esta suma y el pago de los trabajos con la Oficina de Atención de Emergencias del INVIAS.

¹⁰¹ Folios 306 y 307 del C. de Pruebas No. 3.

- Como resultado de lo anterior, en Memorando SAT-39481 del 14 de septiembre de 2006¹⁰², con referencia: "*Aprobación precios no previstos Contrato No. 1665 de 2005*", el INVIAS consideró aceptable para su aprobación el precio de \$696 por M3-KM como costo directo por concepto de "TRANSPORTE DE MATERIALES DE RIO PARA TRANSITABILIDAD VIAL POR EMERGENCIA".
- Posteriormente, mediante Memorando SAT 40635 de 21 de septiembre de 2006¹⁰³, el INVIAS expresó:

"Dando alcance al memorando No. SAT-39481 del 14 de septiembre de 2006, relacionado con la revisión de ocho (8) precios no previstos, le informo que el valor aceptable para la aprobación del TRANSPORTE DE MATERIALES DE RIO PARA TRANSITABILIDAD VIAL POR EMERGENCIA es de 696 \$/M3-KM como costo total y no como costo directo."

- En el Acta del Comité de la sesión del Comité Plan 2500 del 12 de octubre de 2006¹⁰⁴, que contó con la presencia de funcionarios de INVIAS, se recomendó adicionar el Contrato 1665 en cuantía de \$550.000.000 por las obras de transitabilidad. En la referida acta se consignó lo siguiente:

- Bajo la columna denominada "*Resumen justificación presentada por Uni-ejecutora en documento anexo*", se expresó:

"(...) TRANSITABILIDAD: Para garantizar la circulación continua en los sitios donde el contratista no ha intervenido, deteriorada por el alto tráfico de tractomulas y periodo invernal se vio en la necesidad de apropiar \$550.000.000 para atender esta emergencia. (...)"

- Posteriormente, bajo la columna "Observaciones y recomendaciones", se indicó:

¹⁰² Folio 308 del C. de Pruebas No. 3.

¹⁰³ Folio 310 del C. de Pruebas No. 3.

¹⁰⁴ Folio 311 del C. de Pruebas No. 3.

"RECOMENDACIONES: (...) Adicionar por transitabilidad \$550.000.000 (...)"

- El 14 de septiembre de 2006, INVIAS expidió el Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 2888¹⁰⁵ "**A FAVOR DE (...) CONSORCIO PUERTO LÓPEZ**" por valor de \$550.000.000. En dicho documento se expresó:

"TIPO DE CERTIFICADO: CONTRATO ADICIONAL

"(...)"

"OBJETO: EL DISEÑO. LA RECONSTRUCCIÓN. LA PAVIMENTACIÓN Y/O REPAVIMENTACIÓN DE LA VIA GRUPO 63. EN EL TRAMO I PUERTO LÓPEZ-PUERTO GAITAN DEL K82+910 AL K101-402 CON UNA LONGITUD DE 18, 49 KILOMETROS, EN EL DEPARTAMENTO DEL META.

OBSERVACIÓN: CONTRATO 1665/2005. VENCE 23/10/2006. MODIFICACIÓN OBJETO SEGÚN MEMO SGT-GPD 48971 DE NOV.08/2006."

- El 4 de octubre de 2006, se suscribió el documento denominado "Solicitud de Adición o Prórroga"¹⁰⁶ entre el representante legal del Consorcio Puerto López, el Director de la Consultoría de Apoyo, el Director de la Interventoría del Contrato, la Supervisora del Contrato INVIAS y el Coordinador del Plan 2500. Entre las causales de la solicitud se consignó *"Para la atención de la vía por la emergencia invernal se solicita la suma de \$550.000.000"*.
- Mediante comunicación de 18 de diciembre de 2006, con referencia 91923, el Contratista le presenta a INVIAS, un recuento de las circunstancias que originaron que dicha entidad ordenara realizar los trabajos para garantizar la transitabilidad de la vía en los tramos que no se

¹⁰⁵ Folio 313, Cuaderno de Pruebas No. 3

¹⁰⁶ Folio 415 del C. de Pruebas No. 1.

estaban interviniendo. Adicionalmente le comunica la realización de las obras y su intención de hacer el cobro de la partida presupuestal correspondiente.

En la citada comunicación se expresó, entre otros lo siguiente:

"Por las razones expuestas, el Alcalde de Puerto Gaitán declaró mediante acto administrativo la emergencia vial en la zona y solicitó al INVIAS la ubicación de recursos para atenderla. Simultáneamente citó al Consorcio Puerto López y a los representantes de las empresas que explotan el crudo, para que atendieran los sitios críticos de manera inmediata con el fin de restablecer el tránsito y calmar a los usuarios. En la reunión conjunta celebrada en la Alcaldía Municipal, las empresas petroleras se comprometieron a transportar hasta los sitios críticos material granular crudo de río y el INVIAS, a través de la Interventoría, autorizó al Consorcio Puerto López a colocar la maquinaria necesaria para extender y compactar el material.

"Se realizó la evaluación del costo de los trabajos conjuntamente con la Interventoría y se solicitó al INVIAS la correspondiente autorización y la reserva de la partida presupuestal.

"Posteriormente las empresas petroleras manifestaron que no podían continuar suministrando los materiales y la Alcaldía solicitó que el INVIAS también colocara el material crudo de río y geotextil. El costo de los trabajos así previstos se estimó en la suma de Quinientos cincuenta millones de pesos (\$550.000.000).

"Analizado lo anterior y por cuanto dentro del alcance del contrato no se disponía de recursos para adelantar las inversiones necesarias para la transitabilidad de ese sector, luego de múltiples reuniones convocadas por el INVIAS, se procedió a autorizar por parte de esta entidad, la colocación de material granular y el uso de equipo de mantenimiento hasta por la suma de QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$550.000.000)", actividad que fue ejecutada desde el mes de julio, como se evidencia en el informe de la Cámara de Comercio No. 228 del pasado 30 de junio. Estos

trabajos debieron realizarse de manera continua porque los materiales colocados puntualmente eran prácticamente absorbidos por el terreno. De igual forma, se trabajó en sitios que potencialmente presentarían taponamientos, con lo cual se logró estabilizar la vía y normalizar el tránsito.

"En reunión conjunta con la Consultoría de Apoyo y la Interventoría, el INVIAS autorizó que el Consorcio Puerto López atendiera la transitabilidad desde el K90+000 al K95+400, sector que no estaba siendo intervenido con la construcción, y acordó con las firmas petroleras que éstas atenderían mediante convenio interadministrativo, el sector comprendido entre el K95+400 y el sector urbano de Puerto Gaitán.

"Estos trabajos de atención de la vía, con la colocación de materiales y maquinaria, vienen realizándose hasta la fecha, según los requerimientos de la Interventoría y con la periodicidad necesaria, para lo cual se tramitó el CDP correspondiente con recursos de emergencias, obteniendo finalmente el CDP No. 2888 por el valor mencionado.

*"Existe gran preocupación del Consorcio Puerto López, porque nos hemos enterado de la instrucción de devolver a emergencias el CDP mencionado anteriormente y tramitar el cobro a través del mecanismo de CONCILIACIÓN. Sin embargo, estamos a disposición de adelantar las acciones pertinentes para el cobro de la partida invertida antes de la finalización del presente año por el sistema que el INVIAS determine, para evitar mayores inconvenientes al Consorcio que represento."*¹⁰⁷

- Más adelante, el 20 de diciembre de 2006, por medio de oficios DGa-053317 y DGa-053318¹⁰⁸, INVIAS le solicitó a la Consultoría de Apoyo y a la Interventoría del Contrato, un pronunciamiento en relación con la comunicación recibida del Contratista, citada en el párrafo anterior.

¹⁰⁷ Folios 313 y 314 del C. de Pruebas No. 3.

¹⁰⁸ Folio 316 del C. de Pruebas No. 3.

- El 22 de diciembre de 2006, la Consultoría HMV, mediante comunicación distinguida con la referencia 2080-01922, le respondió a INVIAS lo siguiente:

"Mediante nuestra comunicación 2080-0761A del 16 de junio de 2006, entregada a la Supervisora del Departamento de esta época, dimos nuestro aval a la solicitud de adición de \$550.000.00 para ejecutar trabajos de mantenimiento de esta vía con el objeto de asegurar la transitabilidad de la misma. La solicitud de adición por este concepto fue hecha por el Contratista a través de su comunicación ICM-PL-073 del 8 de junio de 2006, la cual fue avalada por la Interventoría en el oficio CRM-047A-06 de 15 de junio de 2006 (...)."

"En nuestra comunicación indicamos que los tramos con grandes deterioros de la vía se presentaban en zonas en donde el Contratista no había intervenido, tramos que se encontraban entre las abscisas K90+000 al K112+900 (Puerto Gaitán) (...)

"Posteriormente y ante la Urgencia Manifiesta de mantener el tráfico en esta vía, se adelantó el 4 de julio de 2006, una reunión en las Oficinas del INVIAS con la participación del INVIAS, Representantes de las Empresas Petroleras de la Zona (Hupecol y Metrapretroleum), la Interventoría y esta CAG, en donde se trataron los siguientes aspectos:

"(...)"

"Las Empresas Petroleras se comprometieron a garantizar el tráfico en la vía durante el año de 2006, entre las abscisas K95+400 al K112+000, para lo cual estimaron el uso de 6.600 m³ de material de Crudo de Río y una inversión cercana a los \$1.200.000.000.

"El contratista por su parte atendería la transitabilidad entre las abscisas K90+000 al K95+400 con equipos independientes a los de la obra y con los mismos materiales (...).

"Por su parte el INVIAS haría las gestiones necesarias para adicionar la suma de \$550.000.000 al contrato para este concepto o tramitar esta suma y el pago de los trabajos con la Oficina de Atención de Emergencias del INVIAS. Como resultado de lo anterior, la Oficina de Atención de Emergencias trámító el CDP No. 2888 por la suma anterior.

"Los precios para las actividades objeto de la transitabilidad fueron aprobados por la Secretaría de Apoyo Técnico del Invias mediante los Memorandos SAT 39481 del 14 de septiembre de 2006 y SAT 40635 del 21 de septiembre de 2006 y remitidos a esta CAG con el oficio SGT-a 040702 el pasado 2 de octubre de 2006.

"Los reportes de los trabajos de transitabilidad están siendo reportados periódicamente por la Interventoría y por la Consultoría de Apoyo a la Gestión."

- De su lado, el Interventor, mediante comunicación CRM-102-06 de 26 de diciembre de 2006, respondió en los siguientes términos:

"(...) nos permitimos informar que efectivamente por causas del fuerte invierno y alto volumen de tráfico pesado se deterioró fuertemente la vía y hubo necesidad de atender la emergencia solicitando un presupuesto de \$550.000.00, teniendo en cuenta los siguientes considerandos:

"Desde mediados del mes de abril el fuerte invierno que reinó en la región deterioró altamente la trocha por donde se transita, en reunión efectuada en la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán, con las Empresas Petroleras de la Zona, la Interventoría y con el visto bueno de la Consultoría de Apoyo, se concluyó que para mantener la transitabilidad en los puntos más críticos, estos se arreglaran en conjunto suministrando material de ambas partes, utilizando la maquinaria del Contratista, esta actividad se empezó a ejecutar desde el día 8 de mayo de 2006.

"La zona afectada no había sido intervenida por el contratista o sea del K90+100 al K112+900.

"En nuestro oficio CRM-047A-06 de junio 15 de 2006 dirigido a la Consultoría de Apoyo avalamos la solicitud de adición por la suma de Quinientos Cincuenta Millones de Pesos (\$550.000.000,00) M/Cte realizada por el Contratista de la cual anexamos copia.

"En razón a que el invierno continuaba y a la poca colaboración de las empresas petroleras hubo problemas serios de transitabilidad, causando problemas de orden público los cuales fueron comentados por diferentes medios noticiosos.

"Debido a lo anterior en reunión efectuada en las oficinas del INVIAS el día 4 de julio de 2006 con la participación del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, la CONSULTORIA DE APOYO, las EMPRESAS PETROLERAS y la INTERVENTORIA, se concluyó lo siguiente, después presentar los puntos más críticos de la vía:

1) Las empresas petroleras se comprometieron a mantener la transitabilidad de la vía del PR95+400 al PR112+000, utilizando material de río, geotextil y un mantenimiento general del tramo.

2) Por su parte INVIAS a través del Contratista mantendría la transitabilidad del tramo comprendido entre el PR90+000 al PR95+400, utilizando los mismos materiales e igual procedimiento constructivo.

"A raíz de la realización de estos trabajos la interventoría, en sus informes Mensuales, comunicó la ejecución de estas labores.

"El INVIAS aprobó los precios no previstos para la realización de estas labores.

"El INVIAS trató el Certificado de Disponibilidad presupuestadas No. 2888 para la ejecución de estos trabajos.

*"Anexamos registro fotográfico del arreglo de diferentes puntos críticos."*¹⁰⁹

- Las obras de transitabilidad fueron ejecutadas por el Contratista. Ello se evidencia en el documento denominado "**Plan 2500 - Contrato No. 1665 Diseño, reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de la vía grupo 63 vía Puerto López – Puerto Gaitán, del K82+910 al K101+402 con una longitud de 18,49 kilómetros, en el departamento de Meta.- Obra ejecutada por transitabilidad- Resumen de costos**"¹¹⁰, suscrito por el Interventor del Contrato, la Consultoría de Apoyo y el Contratista. En dicho escrito, se presenta un resumen de los costos de las obras ejecutadas por el Consorcio Puerto López por concepto de transitabilidad, cuyo valor total asciende a \$499.598.606.
- Igualmente, la ejecución de las obras y su entrega al INVIAS, es confirmada en la comunicación de 19 de febrero de 2010 distinguida con el número 7011, dirigida por INVIAS al Consorcio Puerto López, en la que la entidad pública se pronuncia frente a la reclamación por sobrecostos radicada por el Contratista.

En la referida carta, retomó lo conceptuado por el Interventor que indicó:

"VALOR OBRAS DE TRANSITABILIDAD

"(...)"

"Según opinión de la Interventoría lo anotado por el Contratista en este numeral de su comunicación, "se ajusta a los hechos asociados con las obras de transitabilidad ejecutadas por el Contratista. Tal como lo manifestamos en nuestras comunicación CRM-102-06 del 26 de diciembre de 2006, estos trabajos fueron necesarios en razón a la situación de emergencia presentada en la zona y se acordaron en reunión realizada el día 4 de julio de 2006 con el

¹⁰⁹ Folio 293 del C. de Pruebas No. 3.

¹¹⁰ Folio 420 del C. de Pruebas No.1.

INVIAS, la Consultoría de Apoyo a la Gestión, representantes de las empresas petroleras del área de influencia, nuestra interventoría y el Contratista.

*"De hecho, en Audiencia de conciliación celebrada el 25 de octubre de 2007 a solicitud del Consorcio Puerto López con el Instituto Nacional de Vías ante la Procuraduría General de la Nación (...), el Instituto Nacional de Vías manifestó que "(...) **reconoce como realizadas y recibidas las obras que permitieron la transitabilidad en la vía Puerto López – Puerto Gaitán, las cuales no han sido canceladas a la fecha por las circunstancias que a continuación procedo enunciar** (sic) (...)"*; así mismo más adelante anota igualmente el apoderado del Instituto en el mencionado documento: *"(...) **con este respaldo se dio orden a la ejecución de las obras requeridas, las cuales fueron recibidas por la entidad dejando constancia de ello tanto el Contratista CONSORCIO PUERTO LÓPEZ, la INTERVENTORÍA, la CONSULTORÍA DE APOYO, el SUPERVISOR DEL CONTRATO y el COORDINADOR del PLANJ** (sic) 2500 (...)."*

*"Con respecto a **las cantidades ejecutadas por éste concepto por parte del Contratista, confirmamos que corresponden a las consignadas en el cuadro "OBRA EJECUTADA POR TRANSITABILIDAD – RESUMEN DE COSTOS"** que se encuentra en la página 28 de la comunicación del Contratista, cuyo valor asciende a la suma de \$499.598.606, IVA incluido.¹¹¹ (Negrillas fuera de texto).*

- Ahora bien, en el dictamen pericial rendido por el perito técnico, numeral 2.1 página 21, al cuestionamiento en relación con las circunstancias adversas que se hubieran generado si el Contratista no ejecuta las obras de transitabilidad en el menor tiempo posible, señaló¹¹²:

¹¹¹ Folio 18 del C. de Pruebas No. 2.

"Con la lectura de los documentos relacionados anteriormente, se puede concluir que técnicamente podrían tener las siguientes circunstancias adversas:

- *Mayor tiempo de desplazamiento de los equipos, materiales y personal.*
- *Altos costos de reparaciones de maquinaria.*
- *Mayor número de equipos de transporte por constantes reparaciones.*
- *Cierres temporales de la vía por mal estado de la misma.*
- *Mayor tiempo en la ejecución de los trabajos por la demora en los transportes.*
- *Mayores costos de operación."*

En este punto el Tribunal encuentra oportuno destacar el pronunciamiento del Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil-, en el concepto 1121 de 1998, en el que, al referirse al contrato adicional, indicó:

"Por tanto, la adición del contrato debe entenderse como un agregado a las cláusulas del mismo. Es un instrumento apropiado para resolver las situaciones que se presentan cuando en desarrollo de un contrato se establece la necesidad de incluir elementos no previstos expresamente en el pliego de la licitación y por ende excluidos del contrato celebrado, pero que están ligados a éste y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer. En estos casos, puede acudirse a una adición del contrato inicial con las limitaciones previstas en la ley.

"En consecuencia, hay que distinguir la determinación del precio del contrato, que se logra mediante los instrumentos de reajuste o revisión de precios, de la necesidad de agregar elementos no previstos en el contrato inicial pero cuya ejecución es indispensable por su conexidad con aquél, que se logra mediante la adición del contrato, tanto al objeto para incluirlos, como al valor para cubrir su costo y, si fuere necesario, al plazo para lograr su oportuna ejecución. La determinación del monto del precio o remuneración, con base en la aplicación de un porcentaje decreciente sobre unos rangos de sumas crecientes, también constituye una modalidad semejante al reajuste o revisión de precios. En este último caso

"se aplicaría la adición del contrato en cuanto fuera necesario aumentar o disminuir los porcentajes o los parámetros de aplicación de los mismos."

En igual sentido, se pronunció la Sala en el Concepto 1439 de 2002, en el que manifestó:

"Es preciso, entonces, entender que solamente habrá verdadera "adición" a un contrato cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y no cuando solamente se realiza un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato, en razón a que el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrar el contrato no fue adecuada (...)."

El estudio detenido de los anteriores elementos probatorios allegados al expediente, y de la jurisprudencia invocada le permite al Tribunal llegar a las siguientes conclusiones:

- Como consecuencia de la emergencia vial que se presentó en la vía Puerto López-Puerto Gaitán, por instrucciones del INVIAS, el Contratista ejecutó las obras de transitabilidad entre las abscisas K90+000 al K95+400 (Puerto Gaitán), sector que no estaba siendo intervenido con la construcción.
- Las citadas obras fueron autorizadas por el Interventor del Contrato y avaladas por la Consultoría de Apoyo, que, vale la pena destacar, en los contratos de obra actúan en representación de la entidad contratante.
- El INVIAS aprobó los precios para la realización de tales labores.
- El INVIAS trató el Certificado de Disponibilidad presupuestal para la elaboración de la adición del contrato No. 1665 de 2005, requisito indispensable para determinar la disponibilidad de los recursos por parte de la administración para el pago de las obras.
- En dicho Certificado de Disponibilidad Presupuestal el INVIAS:

(i) determinó que las obras de transitabilidad realizadas constituían un "**Contrato Adicional**" pues así lo consignó al inicio del documento.

(ii) Indicó bajo el título "Observación" que se trataba de una "*modificación objeto*" del Contrato 1665.

(iii) Determinó que el Certificado se expedía a favor del Consorcio Puerto López, el cual como ha quedado visto, fue constituido exclusivamente para ejecutar el Contrato 1665 de 2005.

- Al haber expedido el Certificado de Disponibilidad Presupuestal bajo el esquema de "Contrato Adicional", la entidad contratante, reconoció la ejecución de la obras adicionales que se debieron realizar por parte del Contratista como medida de emergencia para evitar la paralización definitiva del tránsito por la vía, y le otorgó al Contratista certeza de su pago como adicionales dentro del contrato 1665 de 2005.
- Pese a que el Consorcio Puerto López ejecutó las obras tendientes a lograr la transitabilidad de la vía y éstas fueron recibidas por parte del INVIAS y de la Interventoría del Contrato, a la fecha no han sido pagadas al Contratista.
- Si bien las obras de transitabilidad ejecutadas por el Contratista, no hacían parte del pliego de condiciones y en consecuencia, no estaban incluidas dentro del contrato inicial, fueron calificadas como contrato adicional, se realizaron durante vigencia del Contrato 1665, fueron necesarias para garantizar la movilidad en la zona y para la ejecución misma del Contrato 1665 y resultaron relevantes para cumplir los fines perseguidos por el mismo y por el Plan 2500.
- Los graves efectos que la no realización de las obras de transitabilidad habrían tenido en la ejecución de Contrato 1665 de 2005, fueron claramente explicados en el dictamen pericial técnico.

Los anteriores elementos llevan a concluir que las obras adicionales de transitabilidad deben ser pagadas por el INVIAS al precio que ésta misma

autorizó, y bajo el concepto de “Contrato Adicional” que ella, en forma autónoma e independiente, consignó en el Certificado de Apropiación Presupuestal.

Ahora bien en relación con los costos de las obras de transitabilidad ejecutadas y no pagadas al Contratista durante el año 2006, en el dictamen contable emitido por la contadora Gloria Zady Correa Palacio, bajo el numeral 4.2, se expresó:

"De acuerdo con el Acta de Obra ejecutada por Transitabilidad Resumen de Costos, el valor total ejecutado asciende a la suma de \$496.421.508, más IVA del 16% sobre la utilidad, para un total de \$499.598.606."¹¹³

Lo expuesto llevará al Tribunal a acceder a la pretensión de incumplimiento del contrato por el no pago de las obras de transitabilidad y a reconocer la pretensión consecuencial correspondiente, referida al pago respectivo, en una suma de \$499.598.606.

2. La ruptura del equilibrio económico de contrato

- 2.1. Sobrecostos en ítems de Imprimación, base estabilizada, mezcla densa en caliente tipo MDC-2 por variación grave imprevista, extraordinaria e irresistible en los precios del producto asfalto sólido y sobrecostos en el consumo de ACPM para transporte de materiales no cubiertos por la fórmula de ajuste

2.1.1. Planteamientos de las partes

Las pretensiones consecuenciales identificadas con los números 3.2.4 y 3.2.5 serán objeto de análisis conjunto en el presente capítulo de este Laudo, por tener, tanto en su formulación como en su análisis, elementos comunes.

Como sustento de la pretensión 3.2.4 referida a los ítems de imprimación, base estabilizada mezcla densa en caliente tipo MDC-2, la parte demandante expone en los hechos 5.4.1.1 a 5.4.1.14 que desde el 31 de diciembre de 2004 y hasta

¹¹³ Folio 18 del C. de Pruebas No. 5.

septiembre y noviembre de 2005, fechas de la firma del Contrato y del inicio de obra, el precio del asfalto sólido 80/100 en refinería se había mantenido estable.

Agrega que sin embargo entre la fecha de cierre de licitación y diciembre de 2006 este insumo tuvo un incremento del treinta y tres por ciento (33%) y que el aumento de precio ha continuado presentándose hasta el punto de que a septiembre de 2008 es un ciento cuarenta y dos punto cuarenta y cinco por ciento (142.45%) más alto que en la fecha de presentación de la oferta, variación que considera anormal, imprevisible, extraordinaria e irresistible.

Afirma que paralelamente el índice de reajuste del contrato fue entre marzo de 2005 y marzo de 2006 del 5.85 % y entre marzo de 2006 y marzo de 2007 del 13.58 %.

Al contestar la demanda el INVIAS señaló que el Contrato preveía una fórmula de ajuste de precios y que los mismos fueron pagados debidamente al Contratista. Precisó también que en el ítem 450, Mezcla Densa en Caliente MDC2el Contratista ofertó el 38% por debajo del precio oficial del INVIAS y por el ítem 420, imprimación, ofertó un precio con 42% más bajo, lo cual solo le es imputable al proponente y posterior Contratista.

Agregó el INVIAS que respecto del desequilibrio económico del contrato que se alega no se demuestra que éste incida en todo el contrato, no hay un análisis de precio unitario en su integridad, no se hace una evaluación de los imprevistos ni se demuestra que el hecho haya sido exorbitante.

En cuanto a la pretensión 3.2.5, en los hechos 5.4.2.1 a 5.4.2.4 de la demanda se plantea que el precio del combustible líquido ACPM presentó un incremento de 69.53% entre la fecha de presentación de la oferta y septiembre de 2008, lo cual en contraposición con los ajustes que se dieron en el contrato generó un desequilibrio exorbitante en la actividad de transporte de materiales provenientes de la explanación, cortes, canales y préstamos.

De su lado, el INVIAS al contestar la demanda reiteró que la modalidad en que se debían dar los ajustes estaba prevista en el contrato, y que dichos ajustes fueron pagados en forma debida. Agregó que la fórmula de ajuste prevista es justa y equitativa para las dos partes y permite la proporcionalidad directa entre

los aumentos o disminuciones en los costos de las actividades ejecutadas por el Contratista y los precios ajustados. Como fundamento del cálculo las partes recurrieron al índice ICCP de precios del DANE que permite medir la evolución de los costos de los principales insumos requeridos en la construcción de carreteras y puentes en Colombia. Agrega que la pretensión pretende un restablecimiento del equilibrio del contrato por todo el periodo de ejecución olvidando que el aumento que pudo presentarse no se dio durante todo el periodo.

2.1.2. Consideraciones del Tribunal

(a) Marco teórico

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."

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 revisión 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 o 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.

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 recíprocas, 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".

"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 comutatividad 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."*¹¹⁴

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 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 pueden 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

¹¹⁴ RICARDO LUIS LORENZETTI, Esquema de una teoría sistémica del contrato, Contratación contemporánea, Bogotá, Editorial Temis, 2000, pg. 34.

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 detrimiento 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 de restablecimiento del equilibrio contractual, independientemente de su causa, la existencia de un real y verdadero desequilibrio en el contrato visto como un todo, 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.

Así las cosas, 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 de los ítems 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, la cual 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, a algunos ítems, en razón a que la ecuación financiera está conformada por todas y cada una de las prestaciones derivadas del contrato, 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, de todas las prestaciones, no de algunas de ellas.

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 planteada la existencia del desequilibrio en los términos que anteceden, le corresponde al peticionario 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 analizar lo ocurrido en la controversia objeto del presente trámite arbitral, y para ese efecto procederá al análisis de la prueba del desequilibrio económico.

(b) La prueba del desequilibrio contractual generado en la ejecución del Contrato 1665 de 2005

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, que califica como una "*variación grave imprevista, extraordinaria e irresistible*" 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 económico, 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 enfrente 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 emanan 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.¹¹⁵

¹¹⁵ 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.

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 implique 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."*¹¹⁶

*"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".*¹¹⁷

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, aquel le ocasionó pérdidas.

Revisadas en detalle las pruebas allegadas al expediente y en particular los dictámenes periciales rendidos, concluye el Tribunal que si bien se acredita el incremento en el precio del asfalto sólido y del ACPM, se echa de menos en esa prueba la existencia de un análisis integral de la ecuación económica del negocio

¹¹⁶ Benavides José Luis, El Contrato Estatal. Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia.

¹¹⁷ Ibídem página 442.

en el que se acredice 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 sino con la declaración del testigo Orlando Ortiz Gómez 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 acredice 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.

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.

Las consideraciones expuestas en este capítulo, así como el soporte probatorio allegado al expediente, llevan al Tribunal a la conclusión de que en el presente caso, si bien se acreditó la existencia de mayores costos en los ítems de imprimación, base estabilizada, mezcla densa en caliente tipo MDC-2 y en el ACPM para transporte de materiales, no se demostró que esos mayores costos hubiesen generado un desequilibrio en la ecuación negocial del Contrato que

pueda servir de fundamento para proferir una condena en contra de la entidad convocada y por lo tanto no se accederá a las pretensiones estudiadas.

2.2. Mayores costos generados por reparaciones de pavimento que surgieron por el acaecimiento de hechos materiales imprevisibles.

2.2.1. *Planteamientos de las partes*

La demanda desarrolla este tema en los hechos 5.4.3.1 a 5.4.3.8 en los que se plantea que el pavimento sufrió fisuras y grietas en el tramo PR 82+910 al PR 101+402. Ante esta situación se realizaron ensayos de laboratorio de todos los materiales y se corroboró que estos y los métodos constructivos así como las compactaciones cumplieron las especificaciones de construcción del INVIAS. Señaló que lo anterior fue conocido por la Interventoría y por la Consultoría y posteriormente informado al INVIAS. Concluye la convocante afirmando que la firma Ingeniería y Gestión Vial Gevial Limitada indicó que el patrón de fisuración se debe a "*daños longitudinales que pueden estar asociados a las capas inferiores particularmente al terraplén*".

Al contestar la demanda el INVIAS planteó que el Interventor consideró que el Contratista, fue quien diseñó la vía y escogió el tipo de materiales que habría de utilizar. Indicó también que de acuerdo con el parágrafo segundo de la cláusula vigésima quinta del Contrato, el Contratista "*es responsable por la reparación de todos los defectos que puedan comprobarse con posterioridad a la liquidación del contrato o si la obra amenaza ruina en todo o en parte...*". Concluyó afirmando que por ello, cualquier intervención adicional que haya requerido la vía, es responsabilidad del Contratista.

2.2.2. *Consideraciones del Tribunal*

Como se dijo en apartes anteriores de este Laudo, el análisis del presente litigio debe hacerse, en una primera medida a partir de las previsiones contractuales.

Y en lo que tiene que ver con la pretensión referida al pago de las reparaciones de las fisuras longitudinales que aparecieron en la vía, ha de tomarse como elemento determinante el objeto y alcance del Contrato 1665. En efecto, en la parte inicial del texto contractual se estableció lo siguiente:

"CONTRATO NÚMERO 1665 DE 2005 CUYO OBJETO ES: EL DISEÑO, LA RECONSTRUCCIÓN, LA PAVIMENTACIÓN Y/O REPAVIMENTACIÓN DE LA VÍA GRUPO 63 EN EL TRAMO 1 PUERTO LOPEZ – PUERTO GAITAN DEL K82 600 AL K 111 900 CON UNA LONGITUD DE 29.3 KILOMETROS EN EL DEPARTAMENTO DEL META."¹¹⁸

Posteriormente en la cláusula primera se pactó lo siguiente:

"EL CONTRATISTA SE COPROMETE PARA CON EL INSTITUTO A REALIZAR EL DISEÑO, LA RECONSTRUCCIÓN, LA PAVIMENTACIÓN Y /O REPAVIMENTACIÓN DE LA VÍA GRUPO 63 EN EL TRAMO 1 PUERTO LOPEZ – PUERTO GAITAN DEL K82+600 AL K 111+900 CON UNA LONGITUD DE 29.3 KILOMETROS EN EL DEPARTAMENTO DEL META de conformidad con los pliegos de condiciones de la Licitación Pública DG-164-2004, la propuesta presentada por EL CONTRATISTA corregida y aceptada por el Instituto y las cláusulas del presente contrato, a los precios unitarios cotizados para los diferentes ítems presentados en la propuesta de acuerdo con las especificaciones generales de construcción de carreteras vigentes del INSTITUTO y las particulares incluidas en el ANEXO TECNICO contenidos en el formulario No.4."

De otra parte en la cláusula vigésima segunda se pactó el siguiente texto:

"PLAN DE CALIDAD. El CONTRATISTA deberá proporcionar al INSTITUTO un trabajo acorde con la calidad definida en los documentos del contrato y para lograr este objetivo ejecutará y controlará los trabajos bajo el enfoque de un modelo de Aseguramiento o Gestión de la Calidad (...)."

Visto el objeto y alcance del Contrato es claro para el Tribunal que lo que se contrató fue, en una primera etapa EL DISEÑO, y en una segunda la RECONSTRUCCIÓN, LA PAVIMENTACIÓN Y /O REPAVIMENTACIÓN de la vía.

La responsabilidad del Contratista al haber asumido el diseño, implicaba la responsabilidad por la metodología para la ejecución del contrato, por la

¹¹⁸ Folio 4 del C. de Pruebas No. 1.

selección y uso de los materiales, y en general por el resultado final, que dependía de los términos planteados en tal diseño. Es evidente que si la vía presentó fisuras en un sector, las cuales debieron ser reparadas por el Contratista que se obligó sin salvedades a la "reconstrucción, pavimentación o repavimentación" a partir de un diseño elaborado por él mismo, su costo no puede ser trasladado al INVIAS quien no debía asumir responsabilidad por estas circunstancias, pues tal responsabilidad, a saber, la entrega de la vía en los términos contratados, es decir sin fisuras, era efectivamente lo que había encargado al Contratista.

Así lo determinó la entidad demandada al contestar la demanda, poniendo de presente el hecho que el Contratista fue el responsable de realizar los diseños de la vía, cuando indicó:

"Sin perjuicio de lo anterior, con respecto a lo que afirma el contratista en su comunicación, en el sentido de que los tipos de materiales empleados en el proyecto cumplen con las especificaciones INVIAS y que pese a ello presentaron figuraciones longitudinales asociadas con las condiciones climáticas de la zona del proyecto, nos permitimos manifestar que el contratista en su calidad de diseñador y constructor de las obras, con plena autonomía técnica, fue quien escogió el tipo de materiales a empleara (sic) para su estructura y planteó el diseño para lograra (sic) la calidad y acabado final exigido por el Instituto Nacional de Vías en sus especificaciones técnicas. Por lo tanto, si hubo o existen condiciones que afectaran el acabado final exigido para la obra, el contratista ha debido prever desde su diseño el uso de otro tipo de materiales para evitar que se presentaran las patologías descritas."¹¹⁹

Ahora bien, si las fisuras que se presentaron fueron corregidas y la vía pudo ser entregada en las condiciones contractuales esperadas, es claro para el Tribunal que se trataba de un problema que tenía solución y cuya ocurrencia había podido evitarse con el diseño adecuado para las características existentes en el momento en que, en la primera etapa del contrato, se realizaron los estudios y diseños.

¹¹⁹ Folio 233 del C. Principal No. 1.

En relación con este aspecto, el dictamen pericial técnico rendido en el presente Trámite Arbitral, bajo en el numeral 5.3 dio respuesta a la pregunta referente a las causas que generaron las fisuras longitudinales:

*"Esta clase de fisuración puede estar asociada a daños longitudinales en la capas inferiores – rellenos, más si se tiene en cuenta que los materiales predominantes en la zona corresponden a limos arcillosos hasta arenas limosas de origen eólico, que sumados a factores de uso del suelo, cobertura vegetal y condiciones climáticas extremas, que al generarse las tensiones normales por temperatura y por carga, hace que se reflejen fisuras en las capas superficiales."*¹²⁰

La circunstancia de que se hubiera considerado que las fisuras presentadas en la vía, hayan obedecido a la mala calidad de los materiales utilizados en las subbases, implica que era una circunstancia de hecho que se presentaba en la vía en el momento en que se realizaron los estudios y diseños, y que a través de estos ha debido contemplarse. Pero ello no sucedió así, pues el Contratista no contempló tal circunstancia en los diseños que elaboró y por ello al terminar esta sección de la obra tuvo los problemas cuyo costo ahora reclama, costo que, por las razones expuestas no puede ser objeto de reconocimiento por parte del Tribunal. En consecuencia la pretensión no ha de prosperar.

2.3. Mayor permanencia en la obra

2.3.1. *Planteamientos de las partes*

El capítulo 5.5. del acápite de hechos de la demanda se refiere a este tema. Allí se indica que de acuerdo con el contrato, el plazo de ejecución era de veintitrés meses contados a partir de la orden de iniciación de la obra, y dentro de este término se asignaban dos meses para la etapa de diseño y veintiún meses para construcción. No obstante lo anterior, afirma la parte demandante que durante la ejecución se presentaron hechos imprevisibles, sobrevinientes e irresistibles y no imputables al Contratista que generaron la suscripción de los Adicionales

¹²⁰ Folio 33 del C. de Pruebas No. 6.

números dos, tres, cuatro y cinco. Se indica en la demanda que los hechos extraordinarios fueron:

- Aumento en el régimen de lluvias en el año 2007, que no permitió la terminación del terraplén entre el K94+00 y el K97+788 en tiempo seco como estaba programado. Se añade que hasta el mes de marzo de 2007 el programa de inversiones se encontraba al día y superaba la proyectada, pero el ritmo se vio afectado por las lluvias que además incidieron en el rendimiento de los trabajos.
- Mayores cantidades de obra.
- Aumento en el tránsito de la vía, que en el pliego se reportaba como medio, situación que fue corroborada por el Contratista durante la etapa del diseño. Sin embargo en la etapa de ejecución se presentó un aumento inusitado e imprevisto en el tránsito, que significó una disminución en los rendimientos de trabajo en cada uno de los frentes.
- Péximo estado de la vía entre el sector K49+000 y el K73+000, donde el Contratista no pudo adelantar el transporte de materiales con celeridad, generando que no se tuvieran los rendimientos previstos.
- Imposibilidad de ejecutar los cierres de la vía ya que en el K100 +460 el tránsito sobre el puente Yucao se restringió por los trabajos de otro Contratista, con lo cual se disminuyó el transporte de materiales para la construcción de los terraplenes, afectando el rendimiento de la ejecución de los trabajos. Adicionalmente no se pudieron hacer los cierres en la vía pues la alcaldía de Puerto Gaitán no estuvo de acuerdo. Todo ello generó que la obra durara 11 meses y 8 días más de lo previsto y presupuestado, ello por causas ajenas al Contratista, rompiendo con ello la ecuación financiera del contrato.

En la contestación de la demanda el INVIAS controvierte los hechos anteriores y afirma que la Interventoría se pronunció sobre esta reclamación y planteó que si bien el plazo del contrato aumentó en un 48%, a su vez tuvo adiciones presupuestales que incrementaron en un 50% el valor ejecutado respecto del valor inicial. Por ello los mayores costos administrativos asociados con el mayor

tiempo de obra se difirieron en el mayor valor facturado, manteniendo la misma proporción con respecto a la estructura de tarifas del Contratista, sin que haya lugar a reconocer mayores costos administrativos. Se agrega que la mayor permanencia en obra se debió a los incumplimientos del Contratista en el programa de obra de inversiones.

2.3.2. Consideraciones del Tribunal

La mayor permanencia en obra fue reclamada por el CONSORCIO PUERTO LÓPEZ en relación con el mayor plazo de ejecución del contrato, toda vez que el plazo inicial pactado en la cláusula cuarta del contrato previó un término de 23 meses para la ejecución de la obra, discriminados así: 2 meses para la etapa de diseños y 21 meses para la etapa de construcción.

El Tribunal avoca el análisis de esta pretensión, a partir de las condiciones en que se dio la ejecución de contrato. En efecto el Contrato 1665 de 2005 se suscribió el 14 de septiembre de 2005, con un término de ejecución de 23 meses y por un valor de \$14.537.782.640. El plazo inicial de vencimiento del Contrato, de acuerdo con la fecha de la orden de inicio, era el 23 de septiembre de 2007. Sin embargo durante su ejecución tuvo las siguientes modificaciones que incrementaron tanto el tiempo de ejecución, como el valor del mismo.

Adicional No.	Fecha	Valor del aumento	Prórroga	Vencimiento Contrato
1	26.12.06	\$1.500.000.000	-----	-----
2	8.10.07	\$ 415.367.509	2 meses 8 días calendario	31.12.2007
3	27.12.07	\$6.097.565.935	4 meses	30.04.2008
4	23.04.08	-----	3 meses	31.07.2008
5	31.07.08	\$1.612.752.340	2 meses	30.09.2008
Total		\$9.625.685.784	11 meses 8 días calendario	

Vale la pena destacar que el **Adicional No. 1¹²¹** se generó con motivo de una solicitud del Contratista, motivada en que los diseños entregados contemplaban para la construcción de terraplenes, material proveniente de La Vencedora, el

¹²¹ Folios 26 a 28 del C. de Pruebas No. 1.

cual por ser limo arcilloso, no podía ser colocado en invierno lo que generó la suspensión de las labores de construcción de terraplenes, y con el fin de avanzar en esta actividad, se propuso trabajar en época de invierno con la colocación de una capa de material proveniente de canteras o material de río.

El **Adicional No. 2**¹²² tuvo como motivación la solicitud del Contratista.

El **Adicional No. 3**¹²³ se suscribió a solicitud del Contratista y por ampliación de metas físicas.

El **Adicional No. 4**¹²⁴ se suscribió atendiendo la solicitud del Contratista y en este se dejó constancia del planteamiento del Interventor en el sentido de que tal concesión se hacía “*solamente con el ánimo de que se termine el proyecto y se cumpla con las metas físicas contratadas aclarando que la sanción por incumplimiento al programa de inversiones debe continuar con su trámite y (...) el contratista se debe comprometer a cumplir con los compromisos enunciados*”.

El **Adicional No. 5**¹²⁵ se concedió a solicitud del Contratista quien expuso consideraciones técnicas respecto de los hitos 16 y 19, e hizo mención a circunstancias derivadas del invierno.

Ahora bien las pruebas recaudadas a lo largo del proceso en este tema particular muestran lo siguiente:

- El testigo Luis Fernando Guerra Cortés, al preguntársele textualmente “*cuáles fueron las causas que ocasionaron las distintas prórrogas realizadas durante la ejecución del contrato?*”, respondió:

“*Las prórrogas que se le dieron al contratista fueron basadas en solicitudes obviamente que nacen del mismo contratista por efectos de ejecutar mayores obras o precisamente el tema del cambio del diseño, también esa fue una de las causales, obviamente que toda adición en valor requiere*

¹²² Folios 38 a 40 del C. de Pruebas No. 1.

¹²³ Folios 41 a 43 del C. de Pruebas No. 1.

¹²⁴ Folios 45 a 48 del C. de Pruebas No. 1.

¹²⁵ Folios 49 a 51 del C. de Pruebas No. 1.

tiempo, entonces los tiempos que se otorgaron eran obviamente para lograr cumplir el objeto contractual del contrato".

Si bien hubo circunstancias que fueron expuestas tanto por el Consorcio demandante como por los testigos y reafirmadas por el dictamen pericial, es claro para el Tribunal, y ha quedado visto en apartes anteriores de este laudo, que en la ejecución del contrato el Contratista incurrió en diversos atrasos y afrontó circunstancias que lo llevaron a solicitar prórrogas por casi un cincuenta por ciento adicional al plazo inicial. Y en este punto ha de tenerse en cuenta además que el contrato inicial preveía la construcción de 29.3 kilómetros y en virtud de la modificación No. 3 la longitud se redujo a 18.49 kilómetros, es decir aproximadamente en un 36%.

De otra parte hay que destacar que si bien se dio esa importante reducción en la longitud de la vía a intervenir, de otro lado en materia del valor del contrato este se incrementó de \$14.537.782.640 a \$24.302.310.411, es decir, \$9.764.527.771, un 67%.

Las anteriores consideraciones llevan al Tribunal a concluir que la mayor permanencia en obra del Contratista fue pactada por las partes y reconocida en materia económica por el INVIAS, en montos que fueron aceptados por el Contratista. De ello dan cuenta los Contratos Adicionales que suscribieron las partes a los que se ha hecho referencia, en virtud de los cuales se aumentó el valor del contrato y se prorrogó su vigencia.

En relación con este tema, el Tribunal destaca lo dicho por señor Agente del Ministerio Público, quien en su concepto final expuso lo siguiente:

"(...) nos parece que la cifra reclamada por mayor permanencia en la obra, fue reconocida al contratista con la adición del 48% del precio inicial del contrato a lo largo de su ejecución, siendo esta adición equivalente al tiempo de prórroga de los 11 meses y 8 días, que a simple vista correspondería aproximadamente al 48% del plazo inicial del contrato que eran 23 meses."¹²⁶

¹²⁶ Folio 348 del C. Principal No. 2.

Así las cosas, esta pretensión no está llamada a prosperar.

Y como quiera que ninguno de los presupuestos planteados por la parte demandante como fundamento del rompimiento del equilibrio contractual que alega tendrá prosperidad, tal como ha quedado dicho en los capítulos correspondientes, el Tribunal denegará también la pretensión principal referida a este tema, y paralelamente declarará próspera la excepción formulada por la parte demandada en esta materia.

3. La actualización y los intereses moratorios que reclama la parte demandante

En apartes anteriores de este Laudo el Tribunal ha encontrado que las pretensiones consecuenciales relacionadas con el valor de materiales y mezcla para terraplén por un valor de \$1.041.969.933 y aquella referida a las obras de transitabilidad, respecto de la cual se ha establecido un valor de \$499.598.606, han de prosperar.

Por ello debe ahora proceder al análisis de la actualización y de los intereses moratorios que se reclaman en la demanda.

En efecto la parte demanda ha solicitado al Tribunal que se condene al INVIAS a actualizar las cifra de la condena, y al pago de intereses moratorios sobre las sumas que se reconozcan y para ello plantea tres escenarios posibles a saber, intereses moratorios a la tasa más alta autorizada por la ley, intereses compensatorios o intereses del 8% efectivo anual.

En cuanto a las fechas a partir de las cuales deben pagarse tales intereses plantea también varias alternativas como son: Para los interés moratorios a la máxima tasa autorizada por la ley, 30 días después de la entrega de las obras, es decir a partir del 1 de enero de 2009, o a partir del 26 de agosto de 2010, fecha del Acta de liquidación del contrato. Para los intereses compensatorios, o para intereses del 8%, a partir del 26 de agosto de 2010, fecha de la liquidación del contrato.

El punto de partida para el análisis de estas peticiones es nuevamente el contenido del contrato, que como se ha dicho ya en este Laudo, es ley para las partes. Sobre la materia las partes, en la cláusula séptima, parágrafo sexto del contrato pactaron que en caso de mora en el pago, el INVIAS reconocería un interés moratorio del 8% anual, siguiendo el procedimiento descrito en al artículo 1 del decreto 679 de 1994.

Vista la anterior estipulación contractual, es claro para el Tribunal que siendo la previsión acordada por las partes al suscribir el contrato, es ésta la que debe usarse en la definición de los intereses moratorios que ha de pagar el INVIAS al Contratista.

Ahora bien, en cuanto al momento a partir del cual deben reconocerse tales intereses, el Tribunal encuentra que debe ser desde el día siguiente a la suscripción por las partes del acta de liquidación del contrato.

En relación con el Acta de Liquidación del contrato estatal se han referido en diversas oportunidades la doctrina y la jurisprudencia. Es así como en la obra del Profesor Libardo Rodríguez, la liquidación del contrato estatal se define como "*una especie de resumen o balance de la ejecución del contrato que se realiza a su terminación, sea ésta última normal o anticipada.*"¹²⁷

El Consejo de Estado en pronunciamiento sobre la materia¹²⁸ ha dicho sobre esta figura:

"La liquidación del contrato administrativo (según la terminología del Decreto-ley 222 de 1983) o estatal (según lo consagra la Ley 80 de 1993), la cual puede ser bilateral, unilateral o judicial, según el caso, tiene por objeto establecer: (i) el estado en el cual quedaron las obligaciones que surgieron de la ejecución del contrato; (ii) los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, según lo ejecutado y lo pagado; (iii) las

¹²⁷ Rodríguez Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, Ed. Temis, 2013, pag.580.

¹²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón, 31 de marzo dos mil once (2011).

garantías inherentes al objeto contractual y, excepcionalmente, (iv) los acuerdos, conciliaciones y transacciones a las cuales llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse mutuamente a paz y salvo. La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha hecho referencia a la liquidación del contrato estatal en los siguientes términos: "La liquidación del contrato, para aquellos casos en que se requiere, ya sea ésta bilateral o unilateral, constituye el momento a partir del cual se entiende que el contrato en cuestión ha finalizado y, en consecuencia, cesan las obligaciones de las partes e inclusive las potestades del Estado para exigir directamente tales obligaciones, salvo lo que en la misma acta se prevea o, aquellas obligaciones que hayan sido previamente pactadas como post-contractuales, tales como, por ejemplo, la estabilidad de la obra, la constitución de pólizas de garantía para avalarla, etc." En síntesis, independiente de la fuente de la liquidación del contrato –acuerdo, acto administrativo, sentencia o laudo arbitral– lo que se busca con ella es finiquitarlo"(...) con la liquidación del contrato, se defina el estado económico del mismo y que, liquidado el contrato, debe estarse a lo resuelto en la liquidación respecto de las obligaciones derivadas del contrato estatal, sin perjuicio de que pueda demandarse su modificación, por vía judicial."

Y agregó:

"La liquidación bilateral corresponde al balance, finiquito o corte de cuentas que realizan y acogen de manera conjunta las partes del respectivo contrato, por tanto, esta modalidad participa de una naturaleza eminentemente negocial o convencional. En términos generales, la liquidación que surge del acuerdo de las partes participa de las características de un negocio jurídico que como tal resulta vinculante para ellos. Este negocio jurídico que se materializa en el acta de liquidación debe contener, si los hubiere, los acuerdos, las salvedades, las conciliaciones y las transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y dar por finiquitado el contrato que se ejecutó. La fuerza jurídica del acuerdo liquidatorio, que surge de todo un proceso de discusión, es tan importante dentro de la nueva realidad jurídica que se creó entre las partes del contrato, que la misma se presume definitiva y las obliga en los términos de su contenido. Al respecto ha afirmado esta Corporación: "... El

acta que se suscribe sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él. (...) "

Obra a folios 64 y 65 del cuaderno de pruebas No. 1 el acta de liquidación del contrato que ocupa al Tribunal, y en tal documento se aprecia que el Contratista dejó salvedades en los temas objeto de esta demanda, con lo cual es a partir del día siguiente a la fecha de suscripción de dicha acta que se deben reconocer los intereses moratorios reclamados, pues tales salvedades implicaron el conocimiento pleno por parte del INVIAS, de las insatisfacciones del Contratista con las cifras finales que le fueron reconocidas en virtud de la ejecución contractual.

En consecuencia el Tribunal condenará al INVIAS al reconocimiento de tales intereses sobre la suma de \$1.541.568.539 desde el 27 de agosto de 2010 y hasta la fecha de su pago efectivo.

En lo que tiene que ver con la actualización solicitada en la demanda, partiendo de que el Acta de Liquidación ha sido considerada como *el "balance, finiquito o corte de cuentas que realizan y acogen de manera conjunta las partes del respectivo contrato"*, y que fue en tal documento que quedaron planteadas en forma definitiva las reclamaciones de la parte demandante, y teniendo en cuenta además que el Tribunal, como ha quedado dicho ordenará el reconocimiento de intereses moratorios a partir del día siguiente a la suscripción de tal documento, no habrá lugar a reconocimiento de la actualización pedida.

4. 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 lo siguiente:

"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, en el presente caso la totalidad de los gastos y honorarios del Tribunal fueron sufragados por la parte actora en virtud del compromiso celebrado por las partes, por lo que corresponde al Tribunal evaluar la condena en costas que ha de imponerse. Analizado el importe de los beneficios que para cada parte representa el resultado del proceso, el Tribunal se abstendrá de imponer condena en costas.

Sin embargo como quiera que la parte demandante sufragó la totalidad de las sumas de gastos y honorarios del Tribunal, el INVIAS deberá reembolsarle el cincuenta por ciento de las mismas, así como el cincuenta por ciento de los gastos generados con motivo de los dictámenes periciales que también fueron pagados por la parte la demandante, dado que en el compromiso suscrito para efectos de habilitar al presente Tribunal, las partes así lo dispusieron en los siguientes términos:

"Los gastos que ocasione el tribunal de arbitramento serán cubiertos, en principio, por la parte que suscite la controversia. Una vez tomada la decisión por el tribunal, los gastos los asumirá la parte que resulte vencida. Si no es éste el caso, los gastos será distribuidos entre el INSTITUTO y el CONTRATISTA."

Tal reembolso deberá hacerse de acuerdo con la siguiente liquidación:

- Honorarios de los Árbitros, la Secretaria y Gastos del Trámite arbitral¹²⁹.

Honorarios de los tres Árbitros	\$393.000.000
IVA 16%	\$ 62.880.000
Honorarios de la Secretaria	\$ 65.000.000
IVA 16%	\$ 10.400.000
Gastos de Funcionamiento y Administración	
Cámara de Comercio de Bogotá	\$ 65.000.000
IVA 16%	\$ 10.400.000
Otros gastos	\$ 24.000.000
IVA 16%	<u>\$ 3.840.000</u>
TOTAL	\$634.520.000

50 por ciento (50%) a cargo de INVIAS: **\$317.260.000**

- Honorarios fijados a favor de los peritos¹³⁰

- *Perito Gloria Zady Correa*

Honorarios	\$ 15.000.000
IVA 16 %	<u>\$ 2.400.000</u>

TOTAL	\$ 17.400.000
-------	---------------

50% a cargo de INVIAS: **\$ 8.700.000**

- *Perito Gustavo Adolfo Pacheco*

Honorarios	\$ 25.000.000
IVA 16 %	<u>\$ 4.000.000</u>

TOTAL	\$ 29.000.000
-------	---------------

50% a cargo de INVIAS: **\$ 14.500.000**

VALOR TOTAL DEL REEMBOLSO A CARGO DE INVIAS: \$340.460.000

¹²⁹ Acta No. 6.

¹³⁰ Acta No. 13.

CAPÍTULO SEXTO

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver las diferencias surgidas entre **MAQUINARIA, INGENIERÍA Y CONTRUCCIONES S.A. "MAPECO" e I.C.M INGENIEROS S.A.** y el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS-**, 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, en forma unánime,

RESUELVE

Primero. Declarar que no prospera la tacha de sospecha formulada por el señor Agente del Ministerio Público respecto del testigo Jeremías Olmedo Cabrera.

Segundo. Declarar que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, INVIAS, incumplió la obligación a su cargo en virtud del contrato 1665 de 2005 referida a realizar una debida planeación del mismo en lo que tiene que ver con la determinación de materiales para terraplén.

Tercero. Declarar que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, INVIAS, incumplió la obligación a su cargo en virtud del contrato 1665 de 2005 referida a realizar pago de las obras de transitabilidad ejecutadas por el Contratista.

Cuarto. Condenar al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, INVIAS, a pagar a favor de las sociedades MAQUINARIA, INGENIERÍA Y CONTRUCCIONES S.A. "MAPECO" e I.C.M INGENIEROS S.A., integrantes del CONSORCIO PUERTO LÓPEZ, la suma de MIL CUARENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS M/C (\$1.041.969.933), por concepto de los sobre-costos en el material para terraplén explotado en canteras, en que incurrieron con ocasión del incumplimiento del deber de planeación por parte de la entidad demandada.

Quinto. Condenar al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, INVIAS a pagar a favor de las sociedades MAQUINARIA, INGENIERÍA Y CONTRUCCIONES S.A. "MAPECO" e I.C.M INGENIEROS S.A., integrantes del CONSORCIO PUERTO LÓPEZ la suma de CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS SEIS PESOS M/C (\$499.598.606), por concepto de las obras de transitabilidad ejecutadas y no pagadas por el INVIAS.

Sexto. Condenar al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, INVIAS a pagar a favor de las sociedades MAQUINARIA, INGENIERÍA Y CONTRUCCIONES S.A. "MAPECO" e I.C.M INGENIEROS S.A., integrantes del CONSORCIO PUERTO LÓPEZ, intereses moratorios sobre las sumas indicadas en los numerales cuarto y quinto anteriores, a la tasa del ocho por ciento (8%) anual, intereses que deberán ser liquidados a partir del 27 de agosto de 2010 y hasta la fecha del pago efectivo, siguiendo para tal efecto el procedimiento establecido en el artículo 1 del Decreto 679 de 1994.

Séptimo. Ordenar al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, INVIAS que, en un plazo de treinta días, proceda al reembolso, a favor de las sociedades MAQUINARIA, INGENIERÍA Y CONTRUCCIONES S.A. "MAPECO" e I.C.M INGENIEROS S.A., integrantes del CONSORCIO PUERTO LÓPEZ de la suma de TRESCIENTOS CUARENTA MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA MIL PESOS M/C (\$340.460.000), por concepto del cincuenta por ciento de las sumas de honorarios y gastos del Tribunal, así como de honorarios de los peritos, generados con motivo del presente trámite arbitral y que la parte demandante pagó en su totalidad.

Octavo. Declarar que prospera la excepción de "Inexistencia de desequilibrio económico y financiero" formulada por la parte demandada INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, INVIAS.

Noveno. Denegar las demás pretensiones de la demanda.

Décimo. Disponer la protocolización del expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá. En caso de que el rubro previsto para protocolización no sea suficiente, deberán las Partes pagar la suma que sea necesaria al efecto.

Décimo Primero. Ordenar que se rinda por el Presidente del Tribunal la cuenta razonada a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y protocolización y que proceda a devolver las sumas no utilizadas de la partida denominada "Protocolización, registro y otros", si a ello hubiere lugar, según la liquidación final.

Décimo Segundo. Expedir copias auténticas del presente Laudo con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público con las constancias de ley (Artículo 115, numeral 2 del C. de P.C.).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DAVID LUNA BISBAL

Presidente

LISANDRO PEÑA NOSSA

Árbitro

ORLANDO ABELLO MARTÍNEZ-APARICIO

Árbitro

GABRIELA MONROY TORRES

Secretaria