VOTO DISIDENTE PARCIAL

1. El Tribunal denegó las pretensiones de mayor permanencia de obra fundado en "*que si en las prórrogas o contratos modificatorios suscritos para conjurar los efectos de la mayor permanencia se regularon las consecuencias económicas y el contratista no dejó salvedad u observación alguna en el sentido que dicho reconocimiento no resarcía integralmente los perjuicios ocasionados, no puede con posterioridad realizar por ese concepto posteriores reclamaciones",* y como no las consignó al suscribir la Adición 4 (16 de julio de 2010), la Prórroga 2 (16 de septiembre de 2010), la Prórroga 3 (16 de diciembre de 2010), el Otrosí y Adición 9 (16 de diciembre de 2011), con las cuales se realizaron unos "*reconocimientos económicos*", carece de derecho a pretenderlas, según conceptúa el Ministerio Público, y sostiene el "*Consejo de Estado desde hace más de 20*", a cuyo propósito cita las sentencias de 31 de agosto de 2011, 29 de octubre de 2012 y 20 de octubre de 2014. [1]

2. En laudo arbitral proferido el 31 de marzo de 2004 por el Tribunal de Consorcio Procam contra el Distrito Capital, del cual fui árbitro, siguiendo la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado[2]- sostuve lo siguiente:

> "Para dilucidar la problemática de la mayor permanencia en obra es preciso considerar dos situaciones diferentes: (i) Que las partes hayan manifestado su voluntad y hayan regulado la mayor permanencia y sus efectos y, que en tal sentido hayan suscrito actas o documentos en virtud de los cuales suspenden la ejecución del contrato o amplían el término de ejecución del mismo y (ii) que la mayor permanencia no haya sido regulada por

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080); Subsección B, Radicación número: 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429); Subsección B, Radicación número: 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24.809)

[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 30 de septiembre de 1994, Expediente número: 8129; 29 de abril de 1999, Radicación número: 14855; 15 de octubre de 1999, Expediente número: 10.929; 9 de marzo de 2000, Radicación número: 10.540; 4 de septiembre de 2003, Radicación número: 25000-23-26-000-1989-05337-01(10883); 11 de septiembre de 2003, Radicación número: 68001-23-15-000-1995-00464-01(14781); 2 de octubre de 2003, Radicación número: 73001-23-31-000-1995-043394-01(14394); 29 de enero de 2004, Radicación número: 25000-23-26-000-1993-8696-01(10779); 29 de agosto de 2007, Radicación número: 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854); marzo 5 de 2008, Radicación número: 13001-23-31-000-1998-06856-01(15600), entre otras.

las partes y que se trate de una situación de hecho respecto de la cual no existe ninguna manifestación en particular.

"En consonancia con lo anterior, **la celebración de un acuerdo entre el contratista y la entidad estatal sobre la suspensión o la prórroga del contrato**, no la exime del deber de indemnizar los posibles sobrecostos imputables a su conducta e incurridos por el contratista **ni priva a éste del derecho a reclamarlos cuando haya lugar a los mismos y se demuestren dentro del proceso. Luego, el acuerdo de las partes sobre la suspensión del contrato o la extensión de su plazo, simplemente constituye una herramienta para regular los efectos de la suspensión, pero no supone una renuncia tácita del derecho que le asiste al contratista respecto del reconocimiento de los sobrecostos en que haya podido incurrir como consecuencia de su mayor permanencia en obra. Cualquier renuncia en este sentido deberá ser clara y expresa.**

"Cuando quiera que las partes no hayan acordado los términos y el alcance de las suspensiones, deberá identificarse la causa de la misma y su imputación, a efectos de definir si hay lugar o no al reconocimiento de mayores costos y el monto de los mismos. En estas hipótesis la procedencia del derecho, está sujeta al análisis de las causas de la mayor permanencia y, en particular, a su imputación a la entidad contratante, bajo la perspectiva de que el contratista no tiene el deber de soportar las pérdidas ni los gastos incurridos, salvo que los haya asumido expresamente mediante una estipulación negocial a propósito, se hayan excluido por las partes o le sean imputables. Aún, la jurisprudencia del contencioso, reconoce este derecho en repudio al enriquecimiento injustificado y en preservación del equilibrio de las relaciones contractuales.

Sobre estos aspectos el Consejo de Estado en sentencia del 2 de octubre de 2003, indicó:

> *"Sea lo primero advertir que la sola circunstancia de que el contratista hubiese acordado la suspensión del contrato no hace improcedente la formulación de reclamaciones fundadas en la suspensión, puesto que en desarrollo del contrato se pueden presentar vicisitudes que las partes deben salvar mediante la adopción de medidas como la suspensión que, si son concertadas, resultan muy acertadas para el logro de las finalidades del contrato.*
>
> *En este sentido se pronunció la Sala con anterioridad, en fallo dictado el 30 de septiembre de 1994, y dijo que "el hecho de que el contratista hubiese suscrito el acta de suspensión de mutuo acuerdo con la entidad contratante, en forma alguna lo priva de la posibilidad de reclamar los perjuicios que dicha suspensión le ocasionó..." (15). De esta manera cabe considerar que la suspensión del contrato, per se, no excluye el análisis de sus efectos para cada uno de los contratantes, a la luz de la responsabilidad contractual.* (15) Sección Tercera. Expediente 8.129.
>
> *"Realizada la suspensión del contrato habrá de estarse a sus términos, esto es, a la duración de la suspensión, al manejo de los recursos físicos y personales dispuestos para la ejecución de la obra, a la asunción de obligaciones por cada una de las partes, etc. Puesto que si se han regulado claramente los efectos de la suspensión del contrato, habrán quedado definidas las prestaciones mutuas derivadas de tal situación (16).* ***Pero cuando esos efectos no quedan regulados en el acta de suspensión, cuando las partes guardan silencio sobre lo que la suspensión representa para cada una de ellas, habrá que analizar los hechos o actos determinantes de la suspensión y sobre todo, si resultan imputables a uno u otro cocontratante.*** *En estas condiciones se tiene que si las partes de un contrato acordaron mutuamente suspenderlo, no*

> *regularon los efectos de la suspensión en el correspondiente documento* ***y se prueba que esa suspensión determinó perjuicios para alguno de los contratantes, se impone analizar el motivo de la suspensión y su imputación, a efecto de establecer la responsabilidad contractual correspondiente*** *[…]" (Resaltado ajeno al texto)*[3]

[…] Es igualmente importante señalar – a pesar de no ser el caso sujeto a decisión- que las partes en desarrollo de la autonomía de la **voluntad pueden renunciar de manera expresa** al reconocimiento de los sobrecostos que eventualmente pueden derivarse de la mayor permanencia en obra, **conforme lo reconoce el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 29 de abril de 1999,** en la cual se dispuso:

> *"De lo anterior se deduce que* ***la mayor permanencia en las obras obedeció a las prórrogas y suspensiones del contrato, las que a su vez tuvieron por causa la aprobación y ejecución tardía de las adiciones y modificaciones introducidas a los diseños y a las obras en ejecución****, por la Secretaría de Salud de Bogotá y por el IDU, por completo ajenas a la acción u omisión del contratista****.*** ***Por otra parte, obsérvese como no se dispuso por las partes que ésta no tuviera derecho a reclamar por dicha extensión del plazo, como se estila o acostumbra cuando así lo entienden y regulan los co-contratantes****."*[4]*. (Subrayas ajenas al texto).*

El Consejo de Estado, en reiterados pronunciamientos postuló la anterior tesis seguida en el citado laudo arbitral, argumentando en síntesis: (i) la celebración de un contrato adicional, la prórroga, renovación o suspensión del contrato estatal, no comporta de suyo, *per se*, y ante sí, renuncia al equilibrio económico del contrato, ni excluye el derecho a su restablecimiento en los casos legales; (ii) la renuncia debe ser expresa, clara y concreta; (iii) aún reguladas las consecuencias económicas de la suspensión, prórroga o renovación, a las que en principio deben estar las partes, durante la ejecución de lo acordado en las adiciones, prórroga o renovaciones, podrá alterarse el equilibrio económico en contra de la entidad pública contratante o del contratista; (iv) el equilibrio económico del contrato estatal es principio rector de orden público (*ius cogens*), imperativo, no susceptible de disposición antelada[5] , sin perjuicio de la asunción, dosificación y distribución de los riesgos, renuncia expresa a consecuencias nocivas ya consumadas, y actúa para ambas partes contratantes, la entidad estatal contratante y el contratista, en

[3] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sentencia de octubre 2 de 2003, Ponente María Helena Giraldo, expediente 14.394"

[4]"Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera Sentencia. Abril 29 de 1999. C.p. Suárez Hernández, Daniel."

[5] Corte Constitucional. Sentencia C-892 de agosto 22 de 2001; Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia de octubre 24 de 1996: "La ecuación financiera del contrato es una figura de imperativo legal, que se aplica con independencia de que las partes la hubieren pactado o no.".

garantía de su paridad, igualdad, reciprocidad y simetría prestacional; (vi) a falta de una norma jurídica o disposición contractual clara e inequívoca que atribuya efectos de renuncia al "*silencio"* o de una conducta concluyente, recíproca, armónica, convergente y unitaria en ese único sentido, debe preservarse el equilibrio económico; (vi) el adicional no es contrato diferente del principal, sino una adición para cumplirlo, y las estipulaciones del principal, dentro de éstas las del precio y el equilibrio económico conservan vigencia y eficacia, con las modificaciones introducidas en la adición, siéndole aplicable la Ley 80 de 1983, que lo consagra con carácter imperativo; (vii) una aplicación generalizada e indiscriminada puede quebrantar intereses públicos o particulares, según las circunstancias y generar injusticias.

3. La jurisprudencia ostenta particular naturaleza dinámica, evoluciona y cambia. Las sentencias de 31 de agosto de 2011, 29 de octubre de 2012 y 20 de octubre de 2014, contienen un sustento respetable e inspiran en elementales exigencias de claridad, precisión y transparencia exigibles a las partes del contrato. No obstante, en mi opinión, cuando la jurisprudencia ha expuesto criterios diversos, todos respetables por su origen, autoridad y fundamento, los cambios deben aplicarse en el preciso marco fáctico de circunstancias, es dudosa su aplicación a otros diferentes, y en particular, para decidir diferencias derivadas de relaciones jurídicas obligatorias y contractuales gestadas bajo un precedente anterior al nuevo, según impone la imprescindible seguridad, certeza o certidumbre del ordenamiento jurídico, la buena fe, confianza legítima y el debido proceso.

5. Al margen de la discusión teórica y práctica, las diferencias no versaron sobre la exigencia o ausencia de salvedad, ninguna de las partes la expuso, ni controvirtió. Tampoco en la fase genética de la disputa, ni en la Etapa de Arreglo Directo. A contrariedad, la conducta común, recíproca, convergente de ambas se proyecta en sentido contrario. La contratante, suscritos los adicionales, las renovaciones, las prórrogas y otrosíes, frente a la reclamación del equilibrio económico turbado por la mayor permanencia expresó "***toda la disposición para llegar a un acuerdo***" sin rehusarse a examinar la solicitud del contratista por ausencia de salvedad y no

accedió al considerarla remunerada en el precio del contrato, manifestando a través de la interventoría que "***solamente se podría definir una vez termine la etapa de construcción":***

(i) Acta 1 del Comité de Convivencia, 10 de julio de 2012:

> "El ing. Francisco Cifuentes, Subdirector General de Infraestructura, manifiesta que la reanudación de este comité de convivencia es precisamente porque la Entidad tiene toda la intención de revisar que pasó y porqué no se llegó a un acuerdo en las etapas de arreglo directo, si en el comité de convivencia se concluye que no es posible llegar a un acuerdo, pues se tendrá que cerrar el tema y pasar a la siguiente instancia, que por supuesto la Entidad no quiere que sea así, porque precisamente el objetivo de este mecanismo es poder llegar a unos acuerdos. Por tanto, ***teniendo en cuenta que es interés de la Entidad llegar a un acuerdo en esta mesa,*** es importante que precisamente para no caer nuevamente en un círculo vicioso, ***logremos buscar un camino, en el cual la propuesta que se está poniendo sobre la mesa es la necesidad de detallar porque fue la mayor permanencia y no ponerlo de manera general, y es en ese punto donde el contratista ha fallado, dado que aunque se han entregado unas mayores permanencias***, pero los soportes que se han entregado son de sus subcontratistas, ***punto que deben revisar para que se pueda llegar a un acuerdo*** revisando en que actividades efectivamente se presentó la mayor permanencia, y finalmente el contrato establece unos precios unitarios que está pagando la entidad y revisemos de esas actividades en que estamos generando esa mayor permanencia, para que cuando al número que finalmente acordemos no estemos pensando de manera general, sino que por el contrario el soporte sean unos precios unitarios, porque si nuevamente se van a presentar los registros contables de sus subcontratistas, evidentemente no vamos a poder a llegar a un acuerdo".
>
> (….) ***Tenemos toda la disposición para llegar a un acuerdo***", [6]

(ii) Acta No. 5 de del 28 de junio de 2011:

> "En cuanto a la petición de mayor permanencia, la entidad concluye que no hay lugar a los costos de mayor permanencia teniendo en cuenta que los costos están incluidos en el contrato principal y los contratos adicionales. El Contratista solicita que se pase a tribunal de Arbitramento expresando su desacuerdo con esa decisión (…)".[7]

(ii) Acta No. 5 de Arreglo Directo del 29 de febrero de 2012:

[6] Cuaderno de Pruebas No 2, folios 8 y ss.

[7] Cuaderno de Pruebas No 2, folios 44 y ss.

> "La interventoría manifiesta que respecto del ***tema de mayor permanencia según lo expresado por el Contratista*** ***solamente se podría definir una vez se termine la etapa de construcción*** siempre y cuando se justifique en debida forma con los respectivos soporte ya que a la fecha so no se pueden determinar y mal haría la entidad en aceptar la proyección de costos realizada por el contratista…".[8]

(iii) Acta No. 2 del Comité de Convivencia del 21 de enero de 2013:

> "Consideran los delegados de la Entidad, con base en lo manifestado por el Contratista y el informe técnico efectuado al interior de la Entidad, **que no es posible efectuar el reconocimiento de mayor permanencia por las siguientes razones:**
> "1. Que teniendo en cuenta la fecha de presentación de la controversia (1 de febrero de 2012), no se encontraba causada ninguna mayor permanencia de obra y el Contratista para realizar su reclamación realizó una proyección hasta octubre de 2012.
> "2. Que de acuerdo a la proyección presentada por el Contratista, y una vez evaluada la facturación presentada como soporte, se evidencia que el porcentaje de administración, ha sido pagado por la entidad, mediante los adicionales al contrato de obra, en criterio de la Entidad cubren en su totalidad la mayor permanencia. Por lo tanto, el IDU considera, que podría existir doble pago por actividades administrativas en obra, anteriormente
> "3. Que con las adicionales en valor y plazo se encuentran cubiertos la totalidad de costos de personal, equipo y oficinas reclamados por el Contratista.
> "Se presenta entonces un resumen de los temas tratados durante las etapas de Arreglo Directo y de Comité de Convivencia de la siguiente manera:
> 1. "MAYOR PERMANENCIA EN OBRA POR LAS REPROGRAMCIONES 3, 4 Y 5". De acuerdo con lo establecido en la presente acta, el IDU no acepta la pretensión del Contratista por las razones ya expuestas. (…)
> "Habiendo agotado los temas de la controversia presentada por el Contratista mediante comunicación radicada IDU No. 20125260064012 de febrero 1 de 2012, se deja constancia por las partes que se ha agotado de manera integral el procedimiento establecido en la cláusula 21 del Contrato de obra No. 136 de 2007".[9]

5. Ahora, cuando la adición o prórroga refiere a obras complementarias o al reconocimiento de determinados valores por las mismas, ejemplo, "*El valor por concepto de costo global ambiental, social y tránsito que se cause durante la presente prórroga o adición en plazo",* esto implica determinar qué comprende, si lo reclamado está remunerado o no remunerado y es o no procedente conforme al orden jurídico y al contrato, tanto cuanto más que en la Adición 9, Prórroga y Otrosí 10 (3 de octubre de 2012), Cláusula 4ª Reconocimiento económico por la disponibilidad de personal adicional, el contratista ***"renuncia a cualquier tipo de reconocimiento adicional***

[8] Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 25 ss.
[9] Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 2 y ss.

enunciado en el considerando trece (13), por los meses de septiembre y octubre de 2012" (Cuaderno de Pruebas, No. 9, fol. 189).

6. En este contexto, la entidad contratante no negó la reclamación por ausencia de salvedad en los adicionales, prórrogas y otrosíes, asunto nunca expuesto, tampoco controvertido ni en la etapa de arreglo directo, ni en este proceso. En sentido contrario, suscritas las adiciones, renovaciones u otrosíes, ambas partes por mutuo consenso abordaron el examen de la reclamación, la entidad contratante manifestó "***toda la disposición para llegar a un acuerdo***", la interventoría enfatizó que "***solamente se podría definir una vez termine la etapa de construcción",*** el contratista renunció *expressis verbis* a todo reconocimiento adicional de mayor permanencia por disponibilidad de personal sólo por los meses de septiembre y octubre de 2012 comprendidos en el período reclamado. Esta conducta recíproca, homogénea y convergente constituye un acuerdo posterior para dirimir la reclamación superando la ausencia de salvedad, vinculante y digno de protección además, en garantía de la confianza legítima.

7. Por lo anterior, mi respetuoso disenso en este punto concreto del laudo. En lo demás, es mi decisión. Por supuesto, nada consigno respecto de la procedencia o improcedencia de los mayores costos pretendidos por la mayor permanencia, si le asiste razón a la entidad contratante o al contratista por estar o no incluida en el precio del contrato, los adicionales, prórrogas o renovaciones, pues el motivo de la decisión mayoritaria para denegarla radica en la ausencia de salvedad.

Respetuosamente,

William Namén Vargas
Árbitro

Fecha et supra