



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejero Ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D. C., veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación: 270012331000200000016 01 (39080)

Actor: Unión Temporal Rengifo Disucon Ltda.

Demandado: Instituto Nacional de Vías – INVIAS.

Referencia: Acción de controversias contractuales.

Temas: INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL / La demandante debe demostrar el cumplimiento de sus propias obligaciones. ACTAS DE OBRA / Análisis conforme a la realidad del contrato. DICTAMEN PERICIAL EN SEGUNDA INSTANCIA. EQUILIBRIO ECONÓMICO / Oportunidad para plantear las solicitudes salvedades, reclamaciones para enervarlas ante la jurisdicción – Buena fe contractual

Decide la Subsección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del quince (15) de abril de dos mil diez (2010), proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, en la que decidió negar las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El Consorcio Álvaro Hernán Hormaza – Iván Alexander Lozano Cerón celebró contrato de obra No. 0279 con el Instituto Nacional de Vías (INVIAS), para la pavimentación del tramo K2+000-K7+000 del sector Quibdó – Tutunendo en la carretera Quibdó – La Mansa., contrato que fue cedido a la Unión Temporal Andrés Felipe Rengifo – Disucon Ltda., con la respectiva aprobación del INVIAS. El cesionario demandó a la entidad por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de obra No. 0279 de septiembre de 1997.

II. ANTECEDENTES

2.1. Lo pretendido

El 22 de noviembre de 1999¹, a través de apoderada debidamente constituida y en ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales prescrita en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, la Unión Temporal Rengifo Disucon presentó demanda en contra del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, en cuyas pretensiones solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“2.1. Que el Instituto Nacional de Vías, en su condición de Contratante, incumplió obligaciones derivadas del Contrato de Construcción No. 0279 de septiembre de 1.997, relativo a la carretera Quibdó – La Mansa, en el sector Quibdó – Tutunendo y que, en consecuencia, es administrativamente responsable de las obligaciones aún pendientes de pago, así como de los daños y perjuicios ocasionados al contratista por causa del incumplimiento.

2.2. Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene al Instituto Nacional de Vías a reconocer y pagar a la Unión Temporal Rengifo – Disucon, las sumas de dinero que le adeuda por concepto de la aplicación correcta del ajuste de las Actas de Obra Ejecutada, tal como se pactó en la Cláusula 8 del Contrato No. 0279, y descontando lo ya recibido por dicho rubro según la aplicación que dio el INVIAS.

2.3. Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento y responsabilidad administrativa, se condene al Instituto Nacional de Vías a reconocer y pagar a la Unión Temporal Rengifo – Disucon, las sumas de dinero correspondientes al valor de todos los daños y perjuicios ocasionados, tal como se estiman en esta demanda y que resulten probados en el proceso.

2.4. Que todas las sumas de dinero a reconocerle a mi Mandante (sic), tanto por concepto de adeudado como por reajustes y perjuicios, sean pagadas con ajuste de valor, de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

2.5. Que, así mismo, se reconozca y pague el lucro cesante calculado como interés civil del 1.0% mensual sobre todos los valores actualizados y estimados desde las fechas determinadas como de causación hasta la de la sentencia misma que dictamine el resarcimiento, de conformidad con lo establecido en la Ley 80/93.

2.6. Que se condene en costas y agencias en derecho al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS”.

Como **fundamentos de hecho** de las pretensiones, la parte demandante dio cuenta de que la obra para la pavimentación del tramo K2+000-K7+000 del sector Quibdó-Tutunendo en la carretera Quibdó-La Mansa, fue adjudicada por el Instituto Nacional De Vías - INVIAS, mediante la Resolución No. 4898 de agosto 19/97, previa licitación pública No. SCT-002/97 al Consorcio Álvaro Hernán Hormaza-Iván Alexander Cerón. El respectivo contrato No. 0279-97, fue suscrito el 1 de septiembre de 1997.

¹ Folios 253 a 279 del cuaderno 2.

El día 10 de junio de 1998, se suscribió el contrato por medio del cual, el Consorcio Álvaro Hernán Hormaza-Iván Alexander Cerón cedió a la Unión Temporal Andres Felipe Rengifo Bernardi-Diseño Suministro Y Construcción Ltda. (DISUCON LTDA) el contrato No. 0279-97. Esta cesión estuvo previamente autorizada por el INVIAS, tal como lo exigía la cláusula 15 del contrato.

El contrato de obra de pavimentación No. 0279-97, entre otras estipulaciones, incluía las siguientes:

- Su valor se pactó en monto de \$1.027.410.048
- El plazo se fijó de seis (6) meses. Este vencía en marzo de 1998, pero fue sucesivamente ampliado en las siguientes fechas: en marzo 27 de 1998 se suscribió contrato adicional No. 1, con el objeto de prorrogar el contrato inicial hasta junio 15 de 1998; con fecha septiembre 11 de 1998, se suscribió contrato adicional No.3 con el objeto de prorrogar el plazo del contrato principal hasta octubre 30 del mismo año; con fecha noviembre 24 de 1998 se suscribió contrato adicional No. 5 con el mismo objeto de los anteriores, hasta diciembre 30 de 1998. En cada una de estas oportunidades se hizo la ampliación del término de las garantías, se efectuó un nuevo programa de trabajo e inversiones y se dejaron vigentes todas las demás estipulaciones.
- En las cláusulas 6 y 8, parágrafo 1 del contrato las partes pactaron un pago anticipado en monto equivalente al 20% de su valor.
- El contrato previó, en su cláusula 16, que cualquiera de las partes podría optar por solicitar la convocatoria de un Tribunal de arbitramento para la solución de controversias surgidas en razón de su celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. La parte actora, optó, en forma expresa, por no hacer uso de esa alternativa y por tal razón acudió a la jurisdicción.
- Se estipuló que el contrato habría de liquidarse de conformidad con los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y con la Resolución No. 006495 de agosto 30/94, proferida por INVIAS (cláusula 21).

Con fecha septiembre 25/97 el INVIAS aprobó las garantías y dio la orden de iniciación de obra, a partir de septiembre 30/97.

Sostuvo la parte actora que desde un comienzo la obra presentó dificultades, por el cambio de condiciones con respecto a lo previsto en los pliegos de la licitación; así consta, dijo, en las actas del Comité de Obra.

Aunque, partir de junio 10 de 1998, la obra quedó a cargo de la Unión Temporal Andrés Felipe Rengifo Bernardi-Diseño Suministro Y Construcción Ltda. (Disucon Ltda.), las dificultades en la ejecución del contrato continuaron. Según afirmó la parte actora, esto consta en las comunicaciones de fecha agosto 02 de 1998, agosto 14 de 1998, septiembre 07 de 1998, octubre 27 de 1998, octubre 29 de 1998.

Cuando faltaban dos meses para que terminara el plazo de ejecución del contrato, INVIAS obligó al contratista a renunciar a cualquier reclamación posterior por causa de su ejecución. El contrato terminó en diciembre 30 de 1998, fecha en la cual, según afirmación del demandante, se encontraban concluidas todas las obras, tal como se registró en las constancias de terminación y entrega de las obras ejecutadas, expedidas por la misma entidad de marzo 16 de 1999.

Concluyó la parte actora diciendo, que la forma de liquidación de las actas de reajuste, con aplicación de índices, fue caprichosa y que no correspondió, ni a la realidad, ni a lo pactado en el contrato, ni a la enorme prolongación en el tiempo de la permanencia de contratista para ejecutar la misma cantidad de obra inicialmente presupuestada para seis (6) meses, circunstancias estas que modificaron las condiciones iniciales del contrato hasta el punto de causar perjuicios al contratista.

Dentro de las pruebas que solicitó la demandante para acreditar los anteriores asertos, hubo un dictamen pericial con el siguiente objeto:

- *Explicar la forma corriente de liquidar las actas de reajuste en los contratos de obra.*
- *Estimar el monto de los reajustes de cada una de las Actas de Obra Ejecutada, tal como se pactó en la Cláusula 8 del Contrato No, 0279.*
- *Calcular el reajuste del pago anticipado entregado al Contratista.*
- *Estimar el sobrecosto de la mayor permanencia del Contratista al frente de la obra, teniendo en cuenta el porcentaje de (sic) Administración de los costos indirectos establecido en la propuesta presentada.*
- *Calcular el valor actualizado a la fecha de su experticio, de las sumas consideradas, de conformidad con lo ordenado en el artículo 1º del Decreto 679/94 y el artículo 4, numeral 8, inciso 2º de la ley 80/93.*
- *Calcular el lucro cesante, de las sumas consideradas, estimando como interés legal civil, de conformidad con lo ordenado en el artículo 1º del Decreto 679/94 y el artículo 4, numeral 8, inciso 2º de la ley 80/93.” (f. 278, c.1)*

2.2. Trámite procesal relevante

Admitida la demanda mediante auto del 24 de enero de 2000², el Instituto Nacional de Vías – INVIAS le dio **contestación** con escrito en el que aceptó algunos hechos como ciertos, dijo atenerse a lo que resultara probado, en cuanto a los demás, y se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que esa entidad no incumplió las obligaciones a su cargo, ya que se realizó el ajuste de las actas mensuales de obra conforme a lo pactado en el contrato, no con aplicación de índices caprichosos o ajenos a la realidad o a lo pactado, como lo manifestó la parte demandante.

Contestó la demandada, respecto a la mayor permanencia de obra, que las dificultades presentadas durante la ejecución del contrato obedecieron a factores atribuibles a la parte demandante, y aludió, particularmente, a la demora en la obtención de la licencia ambiental, cuyo trámite correspondía al contratista, y a las solicitudes de prórroga del plazo de ejecución del contrato que presentó el contratista en diferentes ocasiones; y, en general, al incumplimiento del contratista. Además, manifestó que, en su momento, el Instituto atendió las solicitudes de desequilibrio económico del contrato presentadas por aquel.

En la oportunidad para presentar **alegatos de conclusión**, la demandada³ reiteró los argumentos de la contestación de la demanda y refirió además que, conforme a las pruebas obrantes en el plenario no se evidenció el pretendido incumplimiento del contratante, y, por el contrario, sí se constató que los retrasos en las obras obedecieron a la falta de organización del contratista y a un manejo administrativo inadecuado en campo, y que si el Instituto accedió a las diferentes solicitudes de prórroga del plazo contractual planteadas por el contratista, lo hizo en función del objetivo principal de la entidad, que era la ejecución del objeto contractual.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

2.3. La sentencia apelada

En **sentencia**⁴ proferida el quince (15) de abril de dos mil diez (2010), el Tribunal Administrativo del Chocó decidió:

“PRIMERO. – NIÉGANSE las súplicas de la demanda.

² Folio 283 del cuaderno 2.

³ F. 572-528, c. 3.

⁴ F. 572-528, cuaderno principal.

SEGUNDO. – Sin costas.

TERCERA. – Ejecutoriada esta providencia archívese y cancélese su radicación”.

Luego de analizar las pruebas que estimó susceptibles de valoración por haber sido allegadas al proceso en copia auténtica, el *a quo* concluyó que no resultaba procedente acceder a las reclamaciones efectuadas en torno al índice utilizado para calcular las fórmulas de reajuste, no sólo porque no fueron aportados los medios de prueba suficientes para contrastar lo realmente reajustado con los parámetros del contrato, sino porque el dictamen pericial pedido para realizar dicha comprobación no se pudo llevar a cabo porque los sustentos documentales *“no eran legibles ni suficientes”*, incumpliendo la actora con la carga de probar los hechos en los que fundamentó sus pretensiones.

En lo que respecta a la mayor permanencia en obra, sostuvo el Tribunal que para solicitar la declaración del incumplimiento de las obligaciones contractuales consignadas en el contrato No. 0279 de 1997, por parte de la entidad contratante, el actor *“estaba en la obligación de probar que cumplió con las suyas o que se encontraba en condición de cumplirlas, muy a pesar de ello numerosos documentos valorados probatoriamente, daban cuenta del incumplimiento de las obligaciones inherentes al contratista, a manera de ejemplo se citan, demora en la realización de algunas obras, falta de señalización, falta de algunas máquinas, demora en la obtención de la licencia ambiental, entre otras”*. En adición a ello, motivó la decisión en los siguientes términos:

“Sobre las ampliaciones de los plazos, con las pruebas que se valoran conforme lo indicado ab initio, se tiene que con el oficio que se encuentra en el folio 176, está probado que la ampliación de 3 meses del plazo del contrato, fue debido a la cesión del contrato por parte del Consorcio Hormaza - Lozano a la Unión Temporal Rengifo - Disucon, con los oficios que se encuentran en los folios 187 y 191, se prueba que el contratista solicitó un plazo adicional de sesenta (60) días, por las siguientes razones: Continuos cierres de la vía entre Quibdó y la obra por el pésimo estado de la misma, circunstancias de orden público en Barrancabermeja, construcción de los accesos a 2 puentes nuevos por parte INV y el aumento considerable de la sub base y por las continuas lluvias. Precisa la Sala que, las anteriores circunstancias no son atribuibles a la entidad contratante, pero fundamentalmente no cuentan con respaldo probatorio dentro del proceso.

Se concluye de lo expuesto que el demandante no acreditó el cumplimiento de las obligaciones contractuales, por lo que no está habilitado para exigir el cumplimiento de las obligaciones correspondientes al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS, como tampoco probó los perjuicios por los cuales reclama indemnización”.

2.4. El recurso de apelación

Inconforme con lo decidido, la parte actora interpuso oportunamente⁵ **recurso de apelación** para solicitar la revocación de la sentencia de primera instancia y que en su lugar se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su solicitud⁶, inicialmente, la parte recurrente manifestó que la sentencia de primera instancia debió analizar en su totalidad las pruebas halladas en el expediente, tomando en consideración los argumentos empleados por la demandante:

“No se digna el Juzgador destacar alguna de las razones expuestas por UT y, menos aún, analizar ni confrontar si esas afirmaciones eran imputables al contratista, a pesar de que dentro de los documentos que considera como pruebas, aparecen como causales que demuestran lo contrario y prueban lo afirmado en la demanda”.

Tras esta afirmación, sostuvo que la Subdirección de Construcción del INVIAS, a través de diversos memorandos, justificó las ampliaciones del plazo contractual, por la falta de suministro de asfaltos y por la ejecución de obra adicional, pues aquella carencia impedía ejecutar la obra ya que el único proveedor de asfalto y sus derivados en el país era Ecopetrol.

Señaló que la cantidad de obra adicional, no prevista en la licitación, demostró la falta de planeación de INVIAS en la etapa previa a la licitación, y agregó que se trataba de una zona de mucha dificultad para su ejecución. Además resaltó que la visita al sitio de las obras *“ha sido un argumento manido que exponen todas las entidades públicas para eludir las responsabilidades que les impone el Estatuto de Contratación”*, por lo que pretender que en una visita que se efectúe en el sitio se logre detectar a simple vista, los problemas que oculta el terreno, sería exigirle *“visión de Rayos X”*. Era al INVIAS, dijo, a quien le correspondía elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, obtener los permisos y autorizaciones con el fin de evitar la improvisación. Observó que, según el plenario, la expedición de la licencia ambiental se produjo cuando ya habían transcurrido 3 meses del plazo, y que esta le correspondía a la entidad contratante.

Los estudios previos, reiteró, eran incompletos e insuficientes para la ejecución a cabalidad de la obra, pues, a modo de ejemplo, no contempló las cunetas, los drenajes necesarios, los gaviones para contener derrumbes y, además, se estableció una fuente de materiales sin verificar las especificaciones del puente de ingreso a la zona, etc.

⁵ Interpuesto el 3 de mayo de 2010, f. 534, c. ppal.

⁶ F. 548-563, c. ppal.

Sobre la mayor permanencia de obra, consideró que esta no era imputable al contratista, pues, a su juicio, claramente hubo demoras en el suministro de materiales, como el asfalto.

Protestó, igualmente, que el fallo recurrido no hubiera tenido en cuenta la prueba de las dificultades que afrontó el contratista con la Interventoría del contrato, las dificultades del suministro de asfalto debidas al paro de las empresas que lo fabricaban, la intensidad de las lluvias, el mal estado de la vía para llevar la maquinaria, sucesos todos imprevisibles para el contratista, hechos que fungieron como causas de las prórrogas.

Por último, hizo alusión al incumplimiento de la parte demandada en dos aspectos: el cambio en las condiciones con respecto a lo previsto en el pliego de condiciones y el incumplimiento en la liquidación de los reajustes, optando por un cálculo completamente lesivo para los intereses del contratista.

2.5. Trámite en segunda instancia

El recurso así interpuesto fue admitido el 24 de noviembre de 2010. Mediante proveído del 23 de noviembre de 2011, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que aquellas alegaran de conclusión y este emitiera concepto.

En la oportunidad para **alegar de conclusión** en esta instancia, intervino el Instituto Nacional de Vías – INVIAS, para solicitar que se confirme la sentencia de primera instancia por no existir el alegado incumplimiento, ni haber, en consecuencia, lugar para el reconocimiento de los aludidos perjuicios reclamados en la demanda.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

La Sala es competente para conocer del asunto porque se trata del recurso de apelación en contra de una sentencia del Tribunal Administrativo del Chocó, interpuesto en un proceso con vocación de segunda instancia, en tanto la cuantía de la demanda

supera la exigida por el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo para el efecto⁷.

3.1.1. Análisis en torno a la cláusula décima sexta del contrato

Dentro del análisis de competencia que le corresponde realizar a la Sala, es necesario considerar que las partes del contrato 0279 pactaron la siguiente cláusula, a la que la demandante renunció con el fin de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver el conflicto sub lite. Se trata de la cláusula décima sexta, pactada del siguiente modo:

“CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. Las partes podrán acudir a mecanismos de conciliación, amigable composición y transacción, para la solución de las controversias contractuales surgidas en desarrollo del presente contrato. Así mismo, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra por escrito, la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas en razón de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del presente contrato. Igualmente, las diferencias de carácter exclusivamente técnico podrán someterse por acuerdo escrito de las partes, al criterio de expertos designados directamente por ellas, o al parecer de un organismo consultivo del gobierno, al de una asociación profesional, o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. La decisión adoptada será definitiva”. (Subrayado fuera del texto)

Como ha quedado expuesto, la parte actora entiende que esta cláusula tiene naturaleza compromisoria, pero que, en un ejercicio de autonomía, ella la renunció para acudir a esta jurisdicción.

Pues bien, de entender esta Sala, como lo hizo la actora, que en el texto contractual recién citado hay una cláusula compromisoria, se habría visto abocada a declarar la nulidad de todo lo actuado y a remitir, consecuencia, el asunto, al Centro de Arbitraje competente para que allí se integrara el panel arbitral competente para resolver la controversia. Lo anterior, siguiendo la jurisprudencia unificada de la Sección⁸ cuyos razonamientos replantearon la tesis –imperante hasta la fecha de la providencia- que afirmaba la posibilidad de renunciar tácita y válidamente al pacto arbitral siempre que la demandante acudiera a la jurisdicción contenciosa sin que la contraparte excepcionara con invocación de la cláusula compromisoria.

⁷ La pretensión mayor supera los quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes exigidos por el artículo 132.5 del C.C.A., en concordancia con el artículo 129 de la misma codificación, para que un proceso adelantado en acción de controversias contractuales fuera considerada como de doble instancia ante esta Corporación. La pretensión mayor de la demanda asciende a \$225'239.895,00 y la suma de 500 salarios mínimos a la fecha de la pretensión de la demanda (22 de noviembre de 1999) equivalía a \$118'225.000.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Sala Plena. Sentencia del 18 de abril de 2013. Rad. 85001-23-31-000-1998-00135-01(17859)

Lo anterior, por cuanto, como bien se resume en la sentencia de unificación en mención,

“ (...) si las partes de un contrato estatal celebran un pacto compromisorio (cláusula compromisoria o compromiso), con lo cual deciden, de manera consciente y voluntaria, habilitar la competencia de los árbitros para conocer de los litigios que surjan entre ellas y que se encuentren comprendidos dentro del correspondiente pacto arbitral, a la vez que derogar la jurisdicción y la competencia de los jueces institucionales o permanentes, resulta evidente que, si estos últimos advierten la existencia de ese pacto, bien pueden y, más aún, deben rechazar la demanda, sin tener que esperar a que el extremo pasivo de la misma proponga la respectiva excepción, por cuanto, en esas condiciones, carecen de jurisdicción y de competencia; de lo contrario, sus actuaciones resultarían afectadas de nulidad, conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C.

Continuar aceptando la tesis de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, por el hecho de que la parte demandada no formule la excepción correspondiente, equivaldría a dejar al arbitrio de cada parte la escogencia de la jurisdicción que ha de decidir el conflicto entre ellas presentado, a pesar de haber convenido, en forma libre y con efectos vinculantes, que sus diferencias irían al conocimiento de la justicia arbitral, e implicaría admitir, también, la existencia de dos jurisdicciones diferentes y con igual competencia para solucionarlo, a pesar de que sólo una de ellas puede conocer y decidir sobre el particular.

En suma, cuando las partes deciden sustraer del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la decisión de los conflictos que lleguen a surgir de un contrato estatal, para someterlos a la justicia arbitral, ninguna de ellas tiene la posibilidad de optar, de manera unilateral e inconsulta, entre acudir a la justicia institucional contenciosa o a la arbitral; por el contrario, sólo tiene una opción, cual es la de someterse a la decisión arbitral, de modo que, si una de las partes que concurrió a la celebración de un pacto arbitral acude al juez de lo contencioso administrativo, en lugar de convocar un tribunal de arbitramento, dicho acto no desaparece, ni siquiera si el demandado no excepciona falta de jurisdicción, y ello supone, necesaria e indefectiblemente, que el juez contencioso al que se asigne el caso le dé aplicación rechazando la demanda o declarando la nulidad de lo actuado, esto último con apoyo en las causales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P.C.”

Sin embargo, no es la primera vez que la Corporación conoce de asuntos de controversias contractuales celebrados por la entidad demandada (INVIAS) cuyos acuerdos negociales reprodujeron el texto de la cláusula décima sexta aquí analizada y antes citada, y ciertamente, no existe uniformidad en la hermenéutica que se ha hecho de ésta.

Para ilustrar esta diferencia de criterios, viene bien la siguiente muestra de decisiones antecedentes:

a) Subsección A: Providencia del 20 de mayo de 2013. Rad. 52001-23-31-000-2000-00098-01(24599)

Con sustento explícito en el precedente de la Sala Plena de la Sección Tercera, esta providencia declaró la incompetencia de la Subsección para conocer de una controversia sobre el equilibrio económico del contrato, inmersa en el ámbito contemplado por la cláusula⁹. Para explicar la existencia en esa cláusula, de un pacto arbitral, dijo esa Sala:

“Es clara entonces la voluntad que plasmaron las partes encaminada a definir que las diferencias que se suscitaban en torno al contrato de obra debieran ser resueltas a través del mecanismo del arbitramento, independientemente de que no se hubiere propuesto como excepción en la contestación de la demanda, circunstancia que impide que esta Jurisdicción pueda conocer del asunto por falta de jurisdicción y de competencia. Así las cosas, a la luz de lo dispuesto en el artículo 145 de. C. de P.C., las nulidades insaneables se deben declarar de oficio en cualquier momento del proceso y como en este caso se ha advertido la configuración de la misma, hay lugar a su decreto en esta oportunidad, a pesar de que el tema no haga parte del debate propuesto en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Entonces, ante la existencia de la cláusula compromisoria, resulta evidente que se carece de jurisdicción y competencia para conocer el asunto.”

b) Subsección A: Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Rad. 88001-23-15-000-2001-00005-01(31755)

Aquí la Sala de la Subsección A estudió la posibilidad de declararse parcialmente incompetente para decidir el caso dado que en las pretensiones de la demanda se planteaba la declaración de nulidad de actos administrativos: unos que declararon la caducidad del contrato y otros que liquidaron unilateralmente el contrato. Sobre los primeros, por tratarse de expresiones de poderes exorbitantes de la administración en materia contractual, la mencionada Sala se declaró competente, y pese a que los actos administrativos de liquidación unilateral son –según la jurisprudencia- materia arbitrable, de todos modos la Sala extendió su juicio sobre dichos actos, en tanto la liquidación unilateral y la caducidad del contrato tenían una estrecha relación puesto que la primera decisión se motivó en la sanción aplicada al contratista. Aun así, tuvo en cuenta la mencionada cláusula como contentiva de un verdadero pacto arbitral.

En lo parte de la motivación que interesa a este caso, sostuvo:

⁹ En ese caso, se reprodujo parcialmente la cláusula décima sexta aquí analizada a partir del vocablo “Cualquiera”. De modo que la analizada en dicha oportunidad textualmente decía: *“CLAUSULA DECIMA SEPTIMA: COMPROMISO Y ARBITRAMENTO O PERICIA TÉCNICA.- Cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra por escrito la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas en razón a la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del presente contrato. Así mismo las diferencias de carácter exclusivamente técnico podrán someterse por acuerdo escrito de las partes, al criterio de expertos designados directamente por ellas o al parecer de un organismo consultivo del gobiernos al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. La decisión adoptada será la definitiva.”*

Desde otro ángulo se llegaría a la misma conclusión acerca de la jurisdicción competente, toda vez que si bien existió una cláusula compromisoria en el contrato, en este proceso se ventilan pretensiones fundamentales respecto del acto administrativo mediante el cual se decretó la caducidad, cuyo control de legalidad no puede incluirse en la competencia del Tribunal de Arbitramento, por lo cual la Sala concluye que le asiste competencia a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tanto en el momento en que se presentó la demanda como en la actualidad, para conocer acerca la pretensión de nulidad del acto de liquidación unilateral expedido como consecuencia directa e inmediata del acto administrativo de caducidad, toda vez que las pretensiones se presentaron correctamente acumuladas en el mismo libelo y con innegable conexión, como ha sido expuesto en esta providencia. (Subrayas ajenas al texto original).

c) Subsección C: Sentencia del 1º de abril de 2016. Rad. 68001-23-31-000-2000-01934-01(47925)¹⁰

Esta Sala de Subsección también tuvo ocasión de conocer un asunto en el que se juzgaba una controversia contractual cuyo negocio jurídico fuente contenía una cláusula idéntica a la que aquí es materia de estudio. En ese momento, las pretensiones de la demanda solicitaban la declaración de incumplimiento y de la ruptura del equilibrio económico del contrato, aspectos atinentes a la etapa de ejecución. Tras efectuar un completo recuento conceptual sobre el arbitraje de las entidades estatales y sobre el pacto arbitral, la Sala analizó la cláusula que regía dicho contrato y concluyó que debía anularse todo lo actuado y remitirse la actuación al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio competente para ese asunto, previas algunas consideraciones de las que vale traer a cita textual las siguientes:

Así la cosas, la Sala hace constar que en el plenario no obra material probatorio de donde se desprenda que las partes expresamente renunciaron o derogaron la cláusula compromisoria entre ellas pactada, consecuencia de lo cual el juez entiende que el pacto arbitral continúa vigente y no puede ser desconocido, en síntesis, por las siguientes razones:

a) La administración pública en desarrollo del principio de planeación que rige toda la actividad contractual estimó pactar la cláusula compromisoria en el contrato de concesión No. 0060 de 1996.

b) Ambas partes contratantes en ejercicio de la autonomía de la voluntad, expresamente y en uso de las facultades legales y constitucionales acordaron someter las controversias que se suscitaran en razón al contrato de obra anteriormente citado a la decisión de un tribunal de arbitramento.

c) Las controversias surgidas en razón del contrato no se encuentran contempladas dentro de las excepciones a la justicia arbitral, es decir no hacen referencia a actos administrativos dictados por la administración en ejercicio de las facultades de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

d) El pacto arbitral contenido en el contrato de obra no. 00602 de 1996, no fue expresamente ni solemnemente renunciado por las partes contratantes.

¹⁰ Para el momento en que se adoptó esta decisión, el aquí Magistrado Ponente no hacía parte de la Sala de Subsección.

e) Al Juez Administrativo no le es dable restar eficacia jurídica a la cláusula compromisoria suscrita entre las partes, de manera que no puede desconocer su solemnidad, autonomía ni los efectos procesales que de ella derivan.

f) Es deber del juez contencioso administrativo declarar oficiosamente los hechos que constituyen una excepción.

En razón a lo anterior y con fundamento en los argumentos expuestos en los acápites precedentes, la Sala concluye que la Jurisdicción Contencioso Administrativa no tiene competencia para conocer las controversias derivadas del contrato de obra No. 0060 de 1996 suscrito entre la Sociedad Impregilo S.P.A. y el Instituto Nacional de Vías INVIAS, así como tampoco puede pronunciarse sobre su incumplimiento.

d) Subsección B: Sentencia del 13 de diciembre de 2017. Rad. 25000-23-26-000-2000-02367-01(28876)

Contrario a lo acontecido en las providencias anteriormente referidas, en este proceso en el cual se reclamaban perjuicios por la ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato y se solicitaba la nulidad de actos administrativos de liquidación unilateral, la Sala consideró que de la cláusula no se desprendía la voluntad clara e inequívoca de renunciar a que la jurisdicción contencioso administrativa conociera de la controversia y la fallara de fondo; además, no encontró que las partes actuaran de conformidad con lo estipulado, convocando por escrito al tribunal de arbitramento. Cabe destacar que en ese caso se profirió un laudo arbitral pero en relación con asuntos distintos a los formulados ante el Consejo de Estado en segunda instancia. Los razonamientos de la decisión de la Subsección, se resumen bien en el siguiente extracto:

“17.3. En principio, la cláusula décima sexta del contrato n.º 0151 de 1997, afectaría la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer del presente asunto, tal como lo estableció la jurisprudencia de la Corporación¹¹, sin embargo, del análisis de su contenido, es claro que para efectos de habilitar la justicia arbitral, si las partes querían someter las controversias surgidas en razón del citado contrato, debían solicitar por escrito que se convocara el respectivo tribunal de arbitramento y, para el asunto bajo examen, es claro que ninguna de las partes expresó su voluntad de relevar a esta jurisdicción del conocimiento de su discusión. Sumado a lo anterior, es evidente que del contenido de la cláusula objeto de análisis, no se desprende un acuerdo claro y expreso, de llevar ante árbitros todos los aspectos objeto de disputa, derivados de la relación contractual, esto es, pactaron de manera general la posibilidad de intentar la solución de controversias a través de mecanismos alternativos y justicia arbitral, sin que fueran más allá de la facultad constitucional consagrada en el artículo 116¹² y por tanto,

¹¹ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 18 de abril de 2013, expediente 17859, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Con salvamento de voto de la consejera Stella Conto Díaz del Castillo y el ponente de la presente providencia.” (cita nº 6 original de la sentencia)

¹² “**CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. ARTÍCULO 116.** (...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. (...)” (cita nº 7 original de la sentencia)

*no es posible afirmar que las partes consignaron un pacto claro, expreso e indiscutible de sustraer el litigio de la jurisdicción contenciosa administrativa*¹³.

17.4. En concordancia con lo anterior, en el laudo proferido el 12 de noviembre de 1999, los árbitros designados, concluyeron que la cláusula décima sexta cumplió la voluntad de las partes, por lo que no derogó la competencia de los jueces “permanentes”, sino que habilitó a unos particulares para ejercer la función de administrar justicia. Y ese efecto se dio desde cuando se suscribió el contrato, de manera general y abstracta, pues tal es el cometido y el efecto de la cláusula compromisoria”, adicional al hecho de que la contratista elevó solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, actuación con la que manifestó su intención de encargarlos para dirimir la controversia planteada en ese momento (f.132-133 c.4/2). En consecuencia, a esta Corporación le asiste competencia para decidir el asunto de la referencia.”

De los pronunciamientos hasta acá citados, en los que el Instituto Nacional de Vías (INVIAS) fue parte demandada, surgen, particularmente a partir de la lectura que la Subsección B hizo de la cláusula, problemáticas jurídicas preliminares de las cuales no puede sustraerse la Sala en este caso. Estas bien pueden resumirse en los siguientes cuestionamientos: ¿Qué acontece cuando la pretendida cláusula compromisoria remite explícitamente a la voluntad de las partes para que estas decidan libremente si acuden o no a la justicia arbitral para la resolución de sus controversias? ¿Una estipulación que adolezca de tales vicios tiene el efecto de enervar la competencia de la jurisdicción administrativa?

3.1.2. En el pacto arbitral debe establecerse de forma inequívoca que las partes renuncian a que los jueces estatales conozcan de las controversias sometidas a árbitros. Breve referencia a las cláusulas compromisorias patológicas

El propósito de todo pacto arbitral, bien sea que adopte la forma de cláusula compromisoria o de compromiso, es extraer determinadas controversias del ámbito jurisdiccional estatal para que la competencia sobre su resolución sea asumida por los árbitros designados encargados de emitir un conflicto¹⁴. Sin la claridad necesaria en esta expresa manifestación de voluntad de derogar la competencia de la jurisdicción estatal, toda la institución del arbitraje, y por supuesto, el pacto arbitral, pierden su esencia y razón de ser. En tales condiciones, dadas las particularidades de este

¹³ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de noviembre de 2016, expediente n.º 36647, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.” (cita nº 8 original de la sentencia)

¹⁴ Según Enrico Redenti, el presupuesto del compromiso o de la cláusula compromisoria es “que la ley consienta a las partes privadas derogar, ergo evadirse del régimen ordinario de administración de justicia, para atribuir convencionalmente funciones hasta cierto punto vicarias de la de los jueces ordinarios a otros sujetos (personas físicas) no investidos institucionalmente de funciones públicas, sino que sólo de la voluntad de dichas partes obtienen, en cada caso la atribución del encargo.” (REDENTI, Enrico. “El compromiso y la cláusula compromisoria”. Trad. Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA). Buenos Aires, 1961, p. 17.)

negocio jurídico, la cláusula deviene insuficiente para sustraer las controversias del ámbito competencial de los jueces estatales.

Sobre el punto, aunque en relación con el arbitramento internacional, ha dicho la doctrina:

“El objetivo del acuerdo de arbitraje es excluir la competencia de los jueces estatales, cualesquiera que sean estos jueces. Este acuerdo es un contrato en virtud del cual las partes se comprometen recíprocamente, lo que permite que él sea de naturaleza sinalagmática. Por eso, el acuerdo debería cumplir con los requisitos de validez de los contratos y producir los efectos de los mismos. Sin embargo, es un contrato muy particular que tiene como objeto un acto jurisdiccional. Desde este punto de vista, si el acuerdo de arbitraje se aproxima a una cláusula relativa a la competencia del juez estatal en la medida en que, como esta última, el acuerdo de arbitraje prepara un acto jurisdiccional, el aspecto jurisdiccional es distinto y mucho más completo, puesto que las partes en el acuerdo excluyen la competencia de los jueces estatales en favor de la de los árbitros. En realidad, el aspecto jurisdiccional debe ser considerado como la creación de un acto de justicia privada en contraste con la justicia estatal. El acuerdo de arbitraje es una limitación del monopolio del Estado respecto de la justicia, pero es una limitación aceptada y autorizada por el Estado, lo que explica no sólo que se puede concebir esa limitación únicamente con la permisión de la ley estatal, que puede prohibirla en ciertos ámbitos de la misma manera que puede dictar condiciones de validez más o menos estrictas, sino que también el Estado ejerce un control jurisdiccional sobre el laudo que necesita el exequatur de parte del juez estatal.”¹⁵ (Se subraya)

De modo que en el ámbito arbitral, para que el pacto funja adecuadamente como fuente básica del mecanismo de solución de conflictos se requiere que sea redactado clara e inequívocamente, en términos que manifiesten *“el propósito de las partes de someterse a arbitraje. Ello supone, además, que la estipulación debe haber sido concebida en términos imperativos y no facultativos, que debe ser inequívoco que pactan arbitraje y no otro método de resolución de controversias, y que no existan – en la misma o en otras cláusulas- estipulaciones contradictorias que puedan generar dudas sobre la intención común de las partes”¹⁶.*

Siendo este un elemento esencial de todo pacto arbitral sano, esto es, aquel que cumple con el objetivo de estas cláusulas de permitir *“cuando nace un litigio, llevarlo al o a los árbitros sin un nuevo acuerdo de las partes o intervención del juez estatal, incluso en caso de obstrucción de una de las partes, generalmente la demandada”¹⁷*, en el evento en que tales efectos no se producen por deficiencias mismas del acuerdo de

¹⁵ LARROUMET. Christian. *“Naturaleza contractual del Arbitraje Internacional”*. En: SILVA ROMERO, Eduardo (Dir. Acad.) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. *“El contrato de arbitraje”*. Legis – Universidad del Rosario. Bogotá D.C. 2005, p. 14.

¹⁶ CAIVANO, Roque J. *“La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada”*. Ed. Universidad del Rosario. 2008, p. 28-29.

¹⁷ DERAINS. Yves. *“Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas”* En: SILVA – MANTILLA. Ob. cit., p. 191.

voluntades se está en presencia de una cláusula patológica, caracterizada por incumplir con cuatro funciones fundamentales atribuidas a cualquier contrato arbitral¹⁸: (i) la producción de efectos obligatorios para las partes; (ii) impedir que los tribunales estatales intervengan antes de que el laudo sea proferido; (iii) conferir a los árbitros la potestad para decidir el pleito; (iv) indicar el procedimiento que conduzca al laudo. Con todo, dependiendo del yerro existirán medios para sanear la deficiencia del acuerdo, pero siempre y cuando sea inequívoca la voluntad de someter el conflicto a arbitraje.

En desarrollo del concepto de cláusula arbitral patológica, la jurisprudencia de la Sección ha discurrido del siguiente modo:

“... debe tenerse en cuenta que la voluntad es la base del arbitraje, pues sólo la intención de los contratantes podrá determinar aspectos claves del convenio arbitral, como es el sometimiento a la justicia arbitral, la declinación de la justicia estatal, el procedimiento al cual se sujetará los árbitros, la forma de designación y calidades de los árbitros, la institución administradora del arbitraje cuando es institucional, el tipo de arbitraje; y los conflictos o controversias que podrán ser conocidas por los árbitros.

Excepcionalmente la ley podrá llenar los vacíos del pacto arbitral, siempre que de forma inequívoca pueda concluirse que las partes desean someterse a la justicia arbitral, pues de lo contrario deberá darse prevalencia a la justicia estatal.

Cuando el pacto arbitral no se encuentra debidamente redactado o presenta deficiencias, y ello dificulta su aplicación en el caso concreto, se está en presencia de una cláusula patológica, la cual podrá tener o no eficacia, dependencia del tipo de yerro y la posibilidad de dar prevalencia a la voluntad de las partes sobre el defecto de la misma.

Constituye una patología del pacto arbitral la designación de una institución administradora inexistente, pues ello impediría determinar el centro de arbitraje que adelantará las labores administrativas vinculadas al proceso¹⁹.

En este caso deberá determinarse, a partir de una ponderación entre la voluntad y la indeterminación del pacto, si deberá salvaguardarse el sometimiento a la justicia arbitral o la restará eficacia y ordenará que la controversia sea conocida por la justicia contencioso administrativa. Cuando la voluntad de someter a arbitraje sea inequívoca y el yerro sea susceptible de ser suplido a partir de la redacción del pacto arbitral, deberá darse prevalencia a la estipulación contractual.²⁰

Como se dijo en el pronunciamiento recién citado, en procura del mejor entendimiento del querer bilateral e inequívoco de las partes, la ponderación señalada por la jurisprudencia está marcada por el deber que el juez o árbitro tiene de interpretar el pacto arbitral bajo las pautas de interpretación contractual, comoquiera que este es un

¹⁸ Conforme a la clasificación propuesta por el exsecretario de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), Frédéric Eisemann, citada por DERAÏNS. *Ibíd.*

¹⁹ “Cfr. DAVIS, Benjamin G., *Pathological Clauses: Frederic Eisemann's Still Vital Criteria*, 7 *Arb. Int'l* 365, 1991.” (Cita original de la sentencia n° 3).

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 26 de noviembre de 2015. Rad. 07001-23-31-000-2003-00018-01(28507)

contrato con objeto y contenido procesales²¹. En palabras de la Corte Constitucional, basada en la doctrina²², el ejercicio hermenéutico aplicado sobre el pacto arbitral debe ir más allá de lo que consignan las palabras, todo ello en aras de proteger la voluntad plasmada en dicho acuerdo, de forma que:

... a menos de que no sea razonablemente posible deducir la intención de las partes de someterse al arbitramento, el juez debe propender por dotar de plenos efectos al pacto arbitral, sin detenerse en reparar por deficiencias de redacción o falta de precisión en el alcance de la habilitación, ya que de lo contrario desconocería indebidamente la libre decisión de los contratantes de poner fin de manera pacífica a sus disputas a través de dicho mecanismo alternativo de resolución de controversias.²³

Sin embargo, esta actividad interpretativa no puede llegar al extremo de obligar a los jueces o árbitros a completar o reemplazar a las partes, para hacer que el texto diga lo que ellas no dijeron, pues de esta forma se estaría invadiendo el ámbito de la autonomía de la voluntad so pretexto de preservar un ánimo arbitral inexistente o existente tan sólo a manera de cauce alternativo al que las partes pueden optar, si a bien lo tienen.

Así que no es:

“... legítimo razonar al margen de la voluntad de las partes y menos aún en contra de la misma, so pretexto de permitir a los árbitros desarrollar su labor o favorecer el arbitraje. Es la voluntad de las partes, y no los loables propósitos a favor del arbitraje que puedan tener el juez o los árbitros, la que debe prevalecer para establecer el alcance del pacto.”²⁴

²¹ REDENTI. Ob. cit. p. 20-21.

²² Cita la Corte el siguiente extracto doctrinal: “la separación de lo defectuoso y de lo inválido atendiendo el denominado “efecto útil” del convenio arbitral. Por eso el juez debe distinguir con precisión entre una cláusula oscura que no suponga ningún obstáculo para realización del arbitraje de aquella otra que sí lo suponga, por ejemplo, en las hipótesis que hemos formulado, cuando no pueda identificarse con claridad del organismo arbitral al que las partes pretenden someterse. Se entiende, en tal sentido, que después de que las partes hayan incluido una cláusula compromisoria en el contrato, el juez debe presumir que su intención es establecer un futuro mecanismo de solución de controversia basado en el arbitraje. Esto es, el juez debe dejar constancia de la voluntad real de las partes de recurrir al arbitraje y solo ha de llegar a una conclusión contraria si esta voluntad no está suficientemente acreditada por circunstancias de índole objetivo. No se trata de que el juez tenga la obligación de modificar el sentido literal de las cláusulas compromisorias, sino que debe reconstruir, si así lo considera oportuno, la voluntad deficientemente expresada por las partes de someterse al arbitraje y prescindir de una simple lectura plenamente formal de la cláusula controvertida. Mas tampoco ha de extralimitarse en su función y llegar a una revisión de la cláusula, lo cual denota que deberá moverse, en muchas ocasiones, en un difícil equilibrio, pues si la imposibilidad de revisión de la cláusula se encuentra en un extremo de la balanza en el otro se halla una eventual déni de justice.” (Fernández Rozas, José Carlos y Artuch Iriberry, Elena: Validez y eficacia del convenio arbitral internacional. En: Tratado de Derecho Arbitral. Tomo I. Bogotá, Ibáñez 2011, P. 767.) Igualmente cita a: ZULETA JARAMILLO. Eduardo. “El arbitraje y la responsabilidad civil extracontractual”. En: SILVA – MANTILLA. Ob. cit. p. 221-235.

²³ Corte Constitucional. Sentencia T-511 del 30 de junio de 2011.

²⁴ ZULETA. Ob. cit. p. 224.

3.1.4. Caso concreto: competencia de la Sala para conocer del asunto porque la cláusula décima sexta del contrato celebrado entre las partes no es un pacto arbitral

Con lo expuesto hasta el momento, y tal como lo hizo la Subsección B en su momento, esta Sala encuentra que la cláusula decimosexta pactada en el contrato 0279 no impide la asunción de competencia en el caso traído a su conocimiento. Se encuentra, entonces, esta Subsección, ante la necesidad de diferenciar²⁵ este caso de aquellos regidos por el precedente jurisprudencial de la Sala Plena de la Sección Tercera por la forma como se redactó la cláusula mencionada y por la imperiosa necesidad de culminar con un fallo de fondo que conduzca a la efectividad del derecho de acceso a la administración de justicia.

De la lectura de la estipulación en estudio, se entiende que las partes pactaron la posibilidad de acudir a un “*Tribunal de Arbitramento*” que tendría competencia para resolver los diferendos nacidos del contrato 0279 en sus fases de “*celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación*”. Empero, este medio de solución de controversias no era excluyente ni exclusivo respecto de otras alternativas que las mismas partes mencionaron en la cláusula (conciliación, amigable composición y transacción). De otra parte, su puesta en marcha estaba condicionada a la acción exclusiva de una de las partes, a partir de la solicitud que esta hiciera a la otra para convocar al Tribunal.

De lo dicho hasta el momento se tiene que, en principio, ningún remedio legal o hermenéutico del juez resulta útil para sustituir la voluntad inequívoca que las dos partes en pugna deben manifestar en el sentido de declinar la competencia de los jueces del Estado para que, en su lugar, se acuda al arbitraje en aras de solucionar su controversia con prontitud. Y en ese orden, un pacto confeccionado sin ese elemento esencial no tiene la fuerza de alterar la competencia de los jueces estatales para que, en su lugar, la controversia se remita, necesariamente, a los árbitros.

²⁵ En tal sentido, se acude al apartamiento razonado del precedente con base en la técnica del “*distinguish*”, en virtud del cual “*el juez considera que el criterio del caso precedente no debe ser seguido toda vez que el nuevo asunto que tiene ante sí no recae dentro del radio de acción de la ratio decidendi debido a diferencias fácticas relevantes entre el caso que ahora se considera respecto a aquel en el que se fijó el criterio precedente, lo que impide otorgarles un “trato igual”, inclusive acudiendo a un ejercicio de analogía, razón por la cual se impone proveerle una solución jurídica diferente a la plasmada en el criterio precedente. En este mismo contexto, donde se respeta y acata el precedente, hacen presencia técnicas más específicas donde el juez modula el radio de acción de la subregla de derecho legítimamente bien sea restringiendo (narrowing) o ampliando (broadening) el alcance de una ratio decidendi previamente fijada.*” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 4 de septiembre de 2017. Rad. 68001-23-31-000-2009-00295-01 (57279))

Y es que el verdadero pacto arbitral, siguiendo la visión contractualista, contiene tres clases de obligaciones²⁶ de las cuales interesan dos: una obligación de hacer, que consiste en que las partes sometan su conflicto de intereses a la decisión de un tribunal de arbitramento; y otra de no hacer, según la cual dichos extremos deben abstenerse de ventilar su diferendo ante los jueces estatales.

Por ello, teniendo presente el elemento esencial de la voluntad inequívoca de acudir a la justicia arbitral, el pacto arbitral no acepta ningún tipo de condición potestativa, bien sea simple o pura²⁷. El arbitraje no debe ser una de las alternativas con las que los extremos puedan hacer uso, sino un modo imperativo para ambas partes, de resolver en sede contenciosa su controversias al margen del ámbito competencial del juez estatal. Esto, en virtud del principio constitucional de habilitación, contemplado en el artículo 116 de la Carta Política conforme al cual, excepcionalmente, puede encomendársele a los “*árbitros habilitados por las partes*” la administración de justicia, siendo evidente que solo una manifestación positiva e inequívoca de llevar el asunto a particulares es la que viabiliza el desarrollo del arbitraje como medio ineludible para solucionar los conflictos de las partes.

Por lo anterior, la Sala estima que la cláusula decimosexta anotada carece de las características de un pacto arbitral sano que tenga el efecto de impedir el conocimiento del presente asunto, por lo cual decidirá este asunto de fondo.

3.2. Medios de prueba – Contenido y aclaración del dictamen pericial practicado en segunda instancia

En el plenario obran varios documentos traídos al proceso en copia simple, los cuales serán valorados de acuerdo con la pauta hermenéutica fijada en los pronunciamientos del 28 de junio de 2013 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁸, acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en sentencia del 30 de septiembre de 2014²⁹.

²⁶ Ver los escritos de Eduardo Silva Romero: (i) “*Una obligación de hacer: Someter el litigio al arbitraje*” (pp. 526-527); (ii) “*Una obligación de no hacer*” (pp. 695-696); (iii) “*Una obligación de dar: Los costos del arbitraje*” (pp. 705-706), en: SILVA-MANTILLA. Ob. cit.

²⁷ Sobre el tema ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de julio de 1969. En: Gaceta Judicial nº 2314, 2315 y 2316.

²⁸ Exp. 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022)

²⁹ Exp. 11001-03-15-000-2007-01081-00(REV)

Por otra parte, en segunda instancia, el entonces magistrado ponente³⁰ ordenó la práctica del **dictamen pericial** solicitado en la demanda y no practicado en primera instancia. En este punto, es pertinente referir su contenido.

3.2.1. La experticia (f. 298-312, c.4) fue practicada por el ingeniero civil Luis Eduardo Asprilla Murillo, quien, en su dictamen inicialmente expuso que:

“Para efectos de establecer los reajustes, es costumbre mercantil pactar una fórmula específica, la cual se escoge según la región donde se ejecute el contrato y para los ítems que por lo general se afectan con el transcurso del tiempo. Existen instituciones que registran las fluctuaciones la canasta de construcción y con base en dichos cambios se genera la fórmula aplicable.

La aplicación de la fórmula es exacta, siempre y cuando se parta de las mismas variables, es decir de los mismos índices.

Generalmente las entidades calculan y publican un índice cada mes (o se toman los referentes de las agremiaciones reconocidas en Colombia como CAMACOL, o entidades como el Ministerio de Transporte y el Instituto Nacional de Vías), con el cual se actualizarán los valores en el desarrollo del contrato.

La fórmula se discrimina de la siguiente forma:

$$P = P_0 (I/I_0)$$

“P” = Valor ajustado del acta, para cada grupo de obra.

“P₀” = Valor básico del acta, para cada grupo de obra calculado según las cantidades de obra ejecutada a los precios unitarios de la lista de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la propuesta del contratista.

“I₀” = Índice inicial que corresponde al índice publicado en el mes de presentación de la propuesta.

“I” = Índice final, corresponde al mes en que se ejecutó la obra correspondiente a cada acta.

Para aplicar la fórmula del reajuste a las actas de obra se tiene en cuenta el saldo después de amortizar el anticipo y se reajusta desde la fecha de presentación de la oferta hasta la fecha de ejecución de las obras del acta respectiva.

Normalmente el anticipo se reajusta desde la fecha de presentación de la propuesta hasta la fecha de pago efectivo del mencionado anticipo.

En esa línea sostuvo que:

3.2.1.1. En las actas de reajuste 2 a 13, de acuerdo con *“las actas presentadas en desarrollo del contrato”* y conforme a lo *“establecido en la Resolución 01077 del 17 de marzo de 1994”* y aplicando la cláusula octava del contrato: *“se le debió liquidar y pagar*

³⁰ Mediante auto del 13 de abril de 2011 (f. 571-574, c. ppal.)

la suma de \$145'324.773,00, pero en el desarrollo del contrato se le liquidó \$38.455.560,00 quedando pendiente por recibir \$106'869.213.00”

3.2.1.2. Al contratista debió liquidársele y pagársele la suma de **\$12'030.278,00** “*por concepto de reajuste al anticipo*” correspondiente al acta de reajuste n° 1.

3.2.1.3. En lo concerniente a la mayor permanencia en obra, correspondiente “*al costo mensual de administración estimado inicialmente, multiplicado por los 9 meses adicionales que duró la obra*” es el equivalente a **\$292'275.576,00**.

3.2.2. Posteriormente, el INVIAS solicitó la **aclaración y complementación** (f. 333-338, c. 4) del peritaje sobre los siguientes puntos:

3.2.2.1. El perito confundió “anticipo” con “pago anticipado”, señalando que en el contrato se pactó “*pago anticipado y no anticipo, el cual es objeto de legalización y no de amortización*”.

3.2.2.2. En el cálculo de los reajustes para cada una de las actas del contrato:

“... al revisar su liquidación, se tiene que ella se efectúa con los índices del mes de ejecución de las obras, sin tener en cuenta que al señor contratista demandante se le entregó por parte de la entidad contratante, Instituto Nacional de Vías, en el mes de octubre de 1997, el 20% del valor del contrato, esto es, \$ 266.637.369,6, en calidad de pago anticipado, y que conforme a lo estipulado en el contrato en su cláusula 8ª, parágrafo 2º, dicho valor debía legalizarse en la forma allí prevista.”

En dicha cláusula, según el INVIAS, debían diferenciarse dos situaciones: La primera, antes de legalizado el pago anticipado, en donde el índice de costos de construcción de carreteras para cada grupo de obras correspondía al mes en que se efectuara el pago anticipado; y la segunda después de legalizado el pago anticipado cuando el mencionado índice era el del “*mes anterior al pago del acta, pero una vez legalizado el pago anticipado*”³¹. Así, sostuvo que el perito:

“... no tuvo en cuenta la situación real del contrato en estudio, en lo que al pago de reajustes respecta, como dice que lo hace, atendiendo lo estipulado en la cláusula 8ª del contrato, por lo que respetuosamente se solicita aclarar o complementar el dictamen rendido.

De haberse rendido el análisis de la manera indicada, la conclusión a la que hubiera llegado no sería de que (sic) hay pendiente de pago al contratista por concepto de reajustes a las actas de obras, la suma de \$ 106.869.213, 00, sino de que el reajuste de

³¹ Negrillas originales del documento.

dichas actas se hizo conforme se estableció en el contrato, sin que se contemple valor alguno a favor del contratista.”

3.2.2.3. Afirmó el INVIAS que el cálculo del reajuste del pago anticipado, al seguir la metodología empleada para estimar los otros reajustes, también fue errada en tanto allí *“el contratista recibió un pago anticipado de \$266.637.370, por unas obras que no había realizado”* suma que no era objeto de reajuste alguno.

3.2.2.4. Por último, el INVIAS indicó que la parte actora no probó haber incurrido en mayores gastos durante el tiempo excedente entre el plazo inicial y el plazo real de ejecución. Por lo tanto, el perito desatinó al formular que al contratista se le debía dinero por conceptos no demostrados en el proceso.

3.2.3. Respecto a estas observaciones, el perito Asprilla Murillo **respondió** lo siguiente como aclaraciones y complementaciones de su dictamen:

3.2.3.1. Partiendo de que “anticipo” y “pago anticipado” son conceptos diferentes, el experto dijo:

“... al revisar las actas de pago parcial se pudo constatar por este profesional que se hizo la correspondiente amortización del anticipo en cada una de ellas, como se consignó en la parte final en un renglón denominado AMORTIZACIÓN ANTICIPO: 20%; en consecuencia, no se le dio el manejo del pago anticipado como se había pactado en el contrato de obra No. 0279, sino que se manejó como un préstamo. Esta situación ocurre frecuentemente en la contratación cuando se pretende entregar un anticipo en calidad de préstamo pero se promete y regula en la forma de pago.

También se puede observar en la póliza otorgada por el contratista y aprobada por el INVIAS que lo que se dio fue un anticipo y no un pago anticipado, por lo tanto el peritaje está conforme la realidad contractual.”

3.2.3.2. Sobre los demás puntos planteados por el INVIAS, el perito manifestó que eran apreciaciones jurídicas hechas por la parte actora y en las que él no intervenía, sobre los alcances de las cláusulas contractuales referentes al reajuste de precios, y a los hechos probados durante el proceso, agregando que lo formulado en el dictamen eran cálculos matemáticos sobre los cuales se aplicó la fórmula precisa contenida en el contrato.

3.2.4. Como el dictamen pericial versa sobre un hecho jurídicamente relevante para la prosperidad de las pretensiones de la demanda, esto es, el predicado error en la liquidación de las actas de reajuste, al estudiar la viabilidad de conceder esta pretensión, la Sala volverá sobre el contenido de esta experticia.

3.3. Hechos probados

De conformidad con las pruebas válidamente allegadas al proceso, se tienen por probados los siguientes hechos relevantes para este asunto:

3.3.1. El 27 de mayo de 1997, el INVIAS abrió licitación pública SCT-002-97 (F. 428-429, c.3) para seleccionar al contratista con el que ejecutaría, de acuerdo con el pliego de condiciones (f. 2-13, c.1 y f. 401-424, c.3) la *“PAVIMENTACIÓN DEL TRAMO K2+000 – K7+000, DEL SECTOR QUIBDÓ – TUTUNENDO, DE LA CARRETERA QUIBDÓ – LA MANSÁ, por el sistema de precios unitarios con ajustes”*. Dichas obras tendrían lugar *“sobre la vía Quibdó – El Siete – Ciudad Bolívar, que comunica con el Departamento de Antioquia, en el sector Quibdó – Tutunendo, desde el K2+000 (Puente La Platina) hasta K7+000. Con una longitud de 5 kilómetros”*. Igualmente, el pliego indicó:

“1.16 ASPECTO AMBIENTAL

El contratista organizará los trabajos de tal forma que los procedimientos aplicados sean compatibles no solo con los requerimientos técnicos necesarios, sino con la disposiciones contenidas en la Ley 99 de 1993 y su Decreto Reglamentario 1753 de 1994, especialmente el artículo 11; las normas especiales para el trámite y obtención de las autorizaciones y permisos específicos requeridos para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales, así como los condicionamientos contenidos en el respectivo Plan de Manejo Ambiental. Los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones serán tramitados y obtenidos por cuenta y riesgo del contratista, previamente a la iniciación de las actividades correspondientes. Las medidas de manejo y control ambiental que resulten de la ejecución del Plan de Manejo y que sean de responsabilidad del Instituto serán incorporadas al contrato como obras adicionales.

3.3.2. El 1º de septiembre de 1997, el INVIAS y el Consorcio Álvaro Hernán Hormaza – Iván Alexander Lozano Cerón (Consorcio Hormaza – Lozano) celebraron el contrato de obra nº 0279 de 1997 (f. 28-33, c. 1).

3.3.2.1. Según la cláusula segunda de este acuerdo, el objeto contractual comprometía al contratista a *“ejecutar”* para el INVÍAS *“por el sistema de precios unitarios, las obras necesarias para la **PAVIMENTACIÓN DEL TRAMO K2+000 – K7+000 DEL SECTOR QUIBDÓ – TUTUNENDO DE LA CARRETERA QUIBDÓ – LA MANSÁ**”* conforme a las especificaciones del pliego de condiciones, la propuesta presentada por el contratista y las demás estipulaciones contractuales. El valor estimado del contrato, según la cláusula tercera del negocio, era de mil veintisiete millones cuatrocientos mil cuarenta y ocho pesos (\$ 1.027'410.048,00).

3.3.2.2. En el contrato (cláusula cuarta), se pactó un plazo de seis meses contabilizado a partir de la orden de iniciación impartida por la Subdirección de Construcción del INVIAS.

3.3.2.3. Según la cláusula sexta, la forma de pago de la contraprestación al contratista sería la siguiente: *“El INSTITUTO pagará al contratista el valor de este contrato mensualmente por el sistema de Precios Unitarios, previa la presentación de las respectivas actas de obra.”* Además dispuso un *“pago anticipado”* en el parágrafo de la cláusula mencionada:

“PARÁGRAFO: - PAGO ANTICIPADO: *Así mismo, EL INSTITUTO concederá al CONTRATISTA un pago anticipado por una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato incluido IVA, una vez cumplidos los requisitos de que trata la cláusula “Perfeccionamiento y Ejecución” de este contrato. Este pago anticipado se descontará de las actas mensuales de obra. El valor mínimo por descontar se determinará multiplicando el valor de la respectiva acta por la relación que exista entre el saldo del pago anticipado y el saldo del valor del contrato; sin embargo, el CONTRATISTA podrá descontar la totalidad del valor básico del acta de obra. El INSTITUTO podrá conceder al CONTRATISTA otros pagos anticipados sin superar el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato. La iniciación de las obras o el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales no se hayan supeditados (sic) en ningún caso al pago anticipado.*

3.3.2.4. La cláusula octava del contrato contempló el acuerdo en relación con las actas de obra y los ajustes de precios allí contenidos, así:

“CLÁUSULA OCTAVA. ACTAS DE OBRA Y AJUSTES.- *El valor básico de la respectiva acta de obra será el resultado de la multiplicación de las cantidades de obra ejecutada, por los precios de la Lista de Cantidades de Obra, Precios Unitarios y Valor Total de la Propuesta del contratista. PARÁGRAFO PRIMERO: ACTAS DE OBRA. El CONTRATISTA presentará dentro de los cinco (5) días siguientes al mes de ejecución de las obras, las actas respectivas aprobadas por el interventor, anexando el Programa de Trabajo e Inversiones aprobado por el Subdirector de Construcción del INSTITUTO. Así mismo, deberá presentar con las actas mensuales de obra ejecutada, el acta correspondiente al reajuste de los precios unitarios, de acuerdo con lo establecido en el parágrafo segundo de esta cláusula. El valor de la obra ejecutada debe corresponder al menos a la cuota parte establecida en el Programa de Trabajo e Inversiones para el mes correspondiente. Para efectos de los pagos que el INSTITUTO deba hacer en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, EL CONTRATISTA está obligado a informar a la División de Tesorería, dentro de los cinco (5) días siguientes a la suscripción del contrato, el número de la cuenta corriente o de ahorros donde le serán abonados los pagos correspondientes; en tal evento se entenderá como fecha de pago, la del abono efectivo en la respectiva cuenta. Si EL CONTRATISTA no cumple con la anterior obligación, se establece como fecha de pago, la fecha de disponibilidad del cheque en la caja de la División de Tesorería del INSTITUTO. En caso de mora en el pago, el INSTITUTO reconocerá un interés del ocho por ciento (8%) efectivo anual, siguiendo el procedimiento descrito en el Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993. Estos pagos serán efectuados por el INSTITUTO dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la fecha de presentación de las respectivas actas en las oficinas del Instituto, debidamente acompañadas de los documentos exigidos en este*

contrato y aprobadas por el Interventor. Si el INSTITUTO objetare alguna de las partidas de las actas de obra o reajustes, de todas maneras procederá a efectuar dentro de los plazos establecidos el pago de las sumas no objetadas, sin que la aceptación de este pago implique renuncia del CONTRATISTA al saldo en discusión. Las actas de obra mensual tendrán carácter provisional en lo que se refiere a la calidad de la obra y obras parciales. El Interventor podrá, con actas posteriores hacer correcciones o modificaciones a cualquiera de las actas anteriores aprobadas por él y deberán indicar el valor correspondiente a la parte o partes de los trabajos que no se hayan ejecutado a su entera satisfacción a efecto de que el INSTITUTO se abstenga de pagarlos al CONTRATISTA hasta que el Interventor dé el visto bueno. Ningún certificado que no sea el certificado de recibo definitivo de la totalidad o de parte de las obras, podrá considerarse como constitutivo de algún trabajo u obra. **PARÁGRAFO SEGUNDO: AJUSTES.-** Las actas mensuales de obra estarán sujetas a ajustes de precios de acuerdo con la siguiente fórmula: $P1 = Po \times I/Io$. En la cual los componentes de la fórmula tienen los siguientes significados: P1= Valor ajustado del acta para cada grupo de obra. Po= valor básico del acta, para cada grupo de obra calculado según las cantidades de obra ejecutada a los precios unitarios de la Lista de Cantidades de Obra, Precios Unitarios y valor Total de la Propuesta del Contratista. I= Valor del "Índice de Costos de Construcción de Carreteras" para cada grupo de obra, correspondiente al mes en que se efectúe el pago anticipado. El valor del índice será calculado por el INSTITUTO según lo establecido en la Resolución No. 001077 del 17 de marzo de 1994 proferida por el Instituto Nacional de Vías, por la cual se adopta la metodología para el cálculo de los índices en el ajuste de precios en los contratos de obra a precios unitarios. Una vez legalizado el (los) pago (s) anticipado (s) que se concedieren durante la ejecución del contrato, el valor de I corresponderá al del mes anterior al pago del Acta. Io=valor de "I" para cada grupo de obra correspondiente al mes de julio de 1997. Elaborada oportunamente el acta mensual de obra, y presentada con el lleno de todos los requisitos, dentro del término previsto en el parágrafo Actas de Obra de este contrato, se ajustará aquella con el índice correspondiente al del mes anterior a aquel en que se pague la obra ejecutada, cuando ésta corresponda al menos a la cuota parte del Programa de Trabajo e Inversiones aprobado, o se trate de obra ejecutada en forma adelantada y se esté cumpliendo con la ejecución de las cuotas partes el valor de la inversión que cumpla con la ejecución de la totalidad de las obras programadas en cada Gran Partida de Pago para cada mes. Cuando la obra ejecutada no corresponda al menos a dicha cuota parte o no haya cumplimiento en el valor mensual acumulado, el índice de ajuste será el que corresponda al mes en que ha debido ejecutarse la obra. Los ajustes se consignarán en actas que suscribirán las partes. Si por alguna razón los índices de ajuste no se obtienen oportunamente, se podrá elaborar un acta provisional con los índices disponibles. El ajuste definitivo se efectuará una vez se obtengan los índices del mes que corresponda al cumplimiento o incumplimiento del Programa de Trabajo e Inversiones, según el caso. El CONTRATISTA no podrá hacer reclamaciones por los resultados de los ajustes al aplicar los índices en forma definitiva. Cuando el contrato entre en liquidación, EL CONTRATISTA podrá aceptar la liquidación de los ajustes con los índices utilizados provisionalmente, renunciando a cualquier reclamación posterior por este concepto."

3.3.2.5. Conforme la cláusula décima cuarta "De conformidad con la Resolución 6323 del 25 de septiembre de 1996, expedida por EL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, EL INSTITUTO impondrá al CONTRATISTA las multas a que haya lugar en los eventos y por las cuantías previstas en la citada Resolución".

3.3.3. Mediante Resolución nº 009 del 9 de enero de 1998, la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó (CODECHOCÓ) otorgó "permiso de explotación de material de arrastre al Ingeniero IVÁN LOZANO CERÓN para la

pavimentación del tramo carretable del kilómetro 02 al kilómetro 09 del 7 (sic) carretera Quibdó – Tutunendo” (f. 167-169, c.1).

3.3.4. El 10 de junio de 1998, el Consorcio Hormaza – Lozano cedió el contrato nº 279 de 1997 a la Unión Temporal Andrés Felipe Rengifo Bernardi – Diseño Suministro y Construcción Ltda. -DISUCON Ltda.³² (en adelante, UT Rengifo-Disucon). (f. 366, c. 2), previa aprobación del INVIAS, suscrita en estos términos:

*Los suscritos IVAN ALEXANDER LOZANO CERON (...) obrando en nombre y representación del Consorcio ALVARO HERNÁN HORMAZA – IVAN ALEXANDER LOZANO CERÓN, según consta en la carta de información del consorcio, por una parte, y por la otra ANDRÉS FELIPE RENGIFO BERNARDI (...), actuando en nombre y representación de la Unión Temporal ANDRÉS FELIPE RENGIFO BERNARDI – DISEÑO SUMINISTRO Y CONSTRUCCIÓN LTDA. -DISUCON LTDA., según consta en la carta de constitución de la unión temporal, quién, para efectos de este documento, se denominará **EL CESIONARIO** (...) hemos acordado someter a la aprobación del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS la cesión del contrato número 279 de 1997, previas las siguientes consideraciones: (...) **2)** Que el Consorcio ALVARO HERNÁN HORMAZA – IVAN ALEXANDER LOZANO CERÓN solicitó autorización para efectuar la cesión del contrato citado y su adicional. **3)** Que mediante comunicación del 22 de mayo de 1998, el cesionario manifestó su disposición de aceptar la cesión del contrato número 279 y su adicional. **4)** Que el Director General del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, en ejercicio de sus facultades legales, autorizó la cesión del contrato aludido. **5)** Que con en la Ley 80 de 1993, Artículo 41, inciso tercero, el Consorcio ALVARO HERNÁN HORMAZA – IVAN ALEXANDER LOZANO CERÓN cedió a la UNIÓN TEMPORAL ANDRÉS FELIPE RENGIFO BERNARDI – DISEÑO SUMINISTRO Y CONSTRUCCIÓN LTDA. -DISUCON LTDA., de acuerdo con sus propias estipulaciones, sus derechos y obligaciones en el contrato 279 de 1997 y sus adicional número 279-1-97 de 1998, celebrados con EL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (...) **6)** EL CESIONARIO aceptó la cesión y declara conocer en su totalidad las estipulaciones del contrato (...) el estado de las obligaciones que a la fecha de la firma de este documento existen para las partes, y que subroga al cedente en todos sus derechos y obligaciones ante EL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS. (...) En consecuencia, todas las partes intervinientes en el presente acto, convienen lo siguiente: **CLAUSULA PRIMERA: RESERVA.-** De conformidad con el Artículo 893 del Código de Comercio, EL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS se reserva el derecho, en caso de incumplimiento por parte del cesionario, a exigir al CEDENTE el cumplimiento de las obligaciones del contrato cedido, sin perjuicio de la responsabilidad asumida por la compañía aseguradora. **CLÁUSULA SEGUNDA: GARANTÍAS.-** EL CESIONARIO deberá garantizar el contrato cedido y la responsabilidad civil frente a terceros que se derive de su cumplimiento, en la forma prevista en dicho documento (...) **CLÁUSULA TERCERA: PERFECCIONAMIENTO.-** El presente documento se perfecciona con la suscripción por las partes...”*

3.3.4. El contrato se prorrogó, por diferentes circunstancias, en cinco ocasiones. Además, quedaron constancias de las situaciones ocurridas a lo largo de la ejecución contractual relacionadas con retrasos en la construcción, dificultades en obtención de materiales, trámite de licencias ambientales, la construcción de obras complementarias, pago de salarios, acuerdos de modificación de precios unitarios y de ítems no previstos,

³² Cuya acta de asociación fue aportada a folio 2, cuaderno 1.

y problemáticas derivadas de las condiciones climáticas de la zona de intervención, entre otras. De ello dan cuenta los siguientes documentos:

3.3.4.1. Prórrogas del plazo contractual:

Nº	DOCUMENTO (FOLIO)	CONTENIDO
1	<u>Contrato nº 0279-1-97 del 27 de marzo de 1998 "ADICIONAL Nº 1 AL CONTRATO PRINCIPAL 0279 de 1997"</u> (f. 365, c. 3)	"... en razón a que anteriormente celebramos el contrato principal, y en consideración a la justificación técnica contenida en el memorando número SCT 6948 del 10 de Marzo de 1998 anexo, suscrito por la Subdirectora de Construcción del INSTITUTO, hemos convenido prorrogarlo según los términos del presente documento, el cual se regirá por las disposiciones que regulan el contrato principal citado y las siguientes cláusulas. CLAUSULA PRIMERA: OBJETO.- Prorrogar el plazo del contrato principal citado hasta el 15 de junio de 1998. (...) CLÁUSULA TERCERA: NUEVO PROGRAMA DE TRABAJO E INVERSIONES.- Para la continuidad en el cumplimiento de sus obligaciones, EL CONSORCIO CONTRATISTA se obliga a ceñirse a un Nuevo Programa de Trabajo e Inversiones, el cual deberá ser presentado para aprobación del INSTITUTO, una vez perfeccionado el presente contrato. (...)"
CESIÓN DEL CONTRATO 10-jun-1998		
2	<u>Contrato nº 0279-2-97 del 10 de junio de 1998 "ADICIONAL Nº 1 AL CONTRATO PRINCIPAL 0279 de 1997"</u> (f. 362, c. 3)	" CLAUSULA PRIMERA: OBJETO.- Prorrogar el plazo del contrato principal citado hasta el 15 de septiembre de 1998 (...)"
3	<u>Contrato nº 0279-3-97 del 11 de septiembre de 1998 "ADICIONAL Nº 1 AL CONTRATO PRINCIPAL 0279 de 1997"</u> (f. 363, c. 3)	Las partes, "en consideración a la justificación técnica contenida en el memorando SCT-24312 del 9 de septiembre de 1998 anexo, suscrito por la Subdirectora de Construcción del INSTITUTO, hemos convenido prorrogarlo (...) CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.- Prorrogar el plazo del contrato principal citado hasta el 30 de octubre de 1998..."
4	<u>Contrato nº 0279-4-97 del 30 de octubre de 1998 "ADICIONAL Nº 1 AL CONTRATO PRINCIPAL 0279 de 1997"</u> (f. 364, c. 3)	"... en consideración a que se presentaron demoras en el suministro de la emulsión debido al paro de las empresas estatales y adicionalmente las continuas lluvias en el sitio de los trabajos han impedido el normal desarrollo de las actividades de imprimación, base estabilizada mezcla densa en frío y la realización de obras adicionales, hemos convenido prorrogarlo (...) CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.- Prorrogar el plazo del contrato principal citado hasta el 30 de noviembre de 1998 (...)"
5	<u>Contrato nº 0279-5-97 del 30 de octubre de 1998 "ADICIONAL Nº 1 AL CONTRATO PRINCIPAL 0279 de 1997"</u> (f. 365, c. 3)	"... en consideración a que se requiere un plazo adicional de treinta días, para realizar complementarias dentro del sector contratado, como son: Demarcación, señalización vertical (Informativa, Preventiva, y Obligatoria), defensas metálicas en pontones y curvas peligrosas, muros de contención y refuerzos en los pontones. (...) CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.- Prorrogar el plazo del contrato principal citado hasta el 30 de diciembre de 1998..."

3.3.4.2. Memorandos del INVIAS, justificando las prórrogas anteriormente mencionadas:

Nº	DOCUMENTO (FOLIO)	CONTENIDO
1	<u>Memorando nº SCT-06948 del 10 de marzo de 1998</u> (f. 365, c. 3)	"SOLICITUD CONTRATO ADICIONAL POR PLAZO (...) JUSTIFICACIÓN TÉCNICA: SE REQUIERE AMPLIACIÓN EN EL PLÁZO DEL CONTRATO EN MENCIÓN, PARA PERMITIR LA CONTINUACIÓN DE LAS OBRAS, A FIN DE CUMPLIR CON EL OBJETO DEL CONTRATO. DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 3 DE LA LEY 80 DE 1993, Y EN RAZÓN A QUE SE DEBEN EJECUTAR ACTIVIDADES NO CONTEMPLADAS INICIALMENTE".
CESIÓN DEL CONTRATO 10-jun-1998		
2	<u>Memorando nº SCT-06948 del 9</u>	"SOLICITUD CONTRATO ADICIONAL POR PLAZO (...)"

<p>de septiembre de 1998 (f. 365, c. 3)</p>	<p><i>JUSTIFICACIÓN TÉCNICA: Se han presentado varios inconvenientes que no han permitido el desarrollo normal de las obras, entre ellos los más influyentes son: el apreciable incremento del régimen de lluvias que supera ampliamente las proyecciones y la dificultad por parte del fabricante de la emulsión en el suministro oportuno de la misma, que impiden la ejecución de acuerdo con lo programado”.</i></p>
--	--

3.3.4.3. Comunicaciones de la parte contratista dirigidas al INVIAS para prorrogar el contrato.

Nº	DOCUMENTO (FOLIO)	CONTENIDO
1	<p>Oficio nº 301-009 del 27 de febrero de 1998 (f. 170, c. 1)</p>	<p>“Por medio de la presente el Consorcio solicita la ampliación del plazo del contrato de la referencia en un tiempo igual a tres (3) meses basado en las siguientes consideraciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Según la resolución 009 emanada por CODECHOCÓ el día 09 de enero de 1998, dicha Corporación luego de un proceso iniciado el día 15 de septiembre de 1997, aprueba la explotación de material de arrastre del río Icho en una playa ubicada a un kilómetro aguas debajo de la fuente programada en la licitación. Entre otras se exige la construcción de una variante cuyas labores se inician los primeros días de noviembre y se ponen al servicio en febrero 16 de 1998. 2. El proyecto según su diseño de ancho de banca requiere de la estabilización de sobreanchos no programados en un principio y por tratarse de una obra no prevista su ejecución requiere de un plazo adicional. 3. Se determinó que la fuente de Icho sería empleada para la construcción de terraplén debido a que la calidad de los materiales de cortes y excavaciones dentro del sector de trabajo no cumplen con las exigidas por el proyecto. Esto ha generado una mayor cantidad de transporte de material en aproximadamente el doble del inicialmente programado. Siendo el transporte una actividad crítica del contrato es necesario programar esta mayor cantidad de obra. 4. La construcción de dos puentes por parte de la regional, requieren de explanación y corte en las aproximaciones de estos, para el empalme con los trabajos del contrato. Se nos ha informado que el contrato adelantará estas actividades no previstas requiriéndose un periodo adicional.”.
CESIÓN DEL CONTRATO 10-jun-1998		
2	<p>Oficio UTREDIQR-012-98 del 12 de agosto de 1998 dirigido a la interventoría de obra (f. 185, c.1)</p>	<p>En consideración a nuestras comunicaciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Julio 15 de 1998 - UTRED1-022-98 de Julio 17 de 1998 - UTREDIQ-025-98 de Julio 24 de 1998 - UTREDIQQ-006-98 de Julio 28 de 1998 - UTREDIQR-007-98 de Agosto 02 de 1998 - UTREDIQR-009-98 de Agosto 12 de 1998 - UTREDIQR-OI 1-98 de Agosto 12 de 1998 <p>En las que de manera reiterada se hace referencia a las diferentes circunstancias ajenas a nuestra voluntad que han atentado contra el normal desarrollo de los trabajos del contrato. De manera general podrían estas resumirse en:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. – Continuos cierres de la vía entre Quibdó y la Obra por el pésimo estado de la misma que ha ocasionado demoras en varios días en repetidas ocasiones. 2.- Circunstancias de Orden público en Barrancabermeja que han demorado hasta en dos semanas los despachos de emulsión desde la planta de MPI a pesar de haber sido pagados con anticipación. 3.- La construcción de los accesos a 2 puentes nuevos por

		<p>parte del INV, que ha impedido hasta la fecha acometer trabajo alguno en 2 tramos del proyecto que suman aproximadamente 450 ML.</p> <p>4.- el aumento considerable (Casi tres veces) en los volúmenes de Sub-Base a Colocar entre el K4+800 y el K7+000, referido a la información inicial suministrada por la interventoría.</p> <p>Solicitamos muy comedidamente al Instituto Nacional de Vías, se nos conceda un Plazo Adicional de SESENTA (60) Días para la terminación de las obras objeto del contrato.”</p>
3	<p><u>Oficio UTREDIQR-012-98 del 7 de septiembre de 1998 dirigido a la interventoría de obra</u> (f. 191, c.1)</p> <p><u>Anexo: Oficio Bq 4600998 del 3 de septiembre de 1998</u> (f. 192, c.1).</p>	<p>En vista que hasta el momento de escribir la presente no hemos recibido respuesta favorable a la solicitud elevada por su conducto al Instituto Nacional de Vías para el otorgamiento de un plazo adicional de SESENTA (60) días al plazo contractual para proceder a la terminación de la totalidad de las obras contratadas, nos permitimos solicitar a ustedes tener en cuenta los siguientes hechos acontecidos desde la fecha de nuestra petición(UTREDIQR-012-98):</p> <p>1.- Continúas lluvias en toda la zona de los trabajos. Aguaceros de hasta treinta y seis (36) horas continuas han impedido el normal desarrollo de las actividades de imprimación, base estabilizada, mezcla densa en frio.</p> <p>2.- Hemos recibido comunicación No Bq 1600998 de nuestro proveedor de emulsiones MPI de la ciudad de Bucaramanga calendada septiembre 03 de 1998, de la cual anexamos copia, en la que se nos anuncia la suspensión temporal de los envíos de emulsión hasta el 18 de Septiembre aproximadamente por demoras en los recibos de agentes químicos importados de Estados Unidos.</p> <p>Eventualmente podríamos recurrir al uso de otras emulsiones como las suministradas por SHELL Colombia, ASFRIO, DINASFALTOS u otros, pero sería necesario iniciar el proceso con el envío de muestras para la elaboración de diseños y éste es mucho más, demorado que la espera misma al producto de MPI.</p> <p>3.- Para la construcción de los accesos a 2 puentes nuevos por parte del INV se ha solicitado en varias ocasiones la decisión definitiva sobre alineamientos tanto horizontales como verticales. Hasta la fecha solamente se ha recibido una comunicación con diseño en planta de parte de la regional INV Chocó, pero no se cuenta con aval alguno de la Interventoría, lo que ha impedido hasta la fecha acometer trabajo alguno en 2 tramos del proyecto que suman aproximadamente 450 ML.</p> <p>Solicitamos nuevamente (...) se nos conceda el plazo solicitado para la terminación de las obras objeto del contrato.</p>

3.3.4.4. Comunicaciones de la parte contratista (Consortio y UT) al INVIAS o a la interventoría:

Nº	DOCUMENTO (FOLIO)	CONTENIDO
1	<u>Oficio 200-001 del 2 de septiembre de 1997</u> (f. 365, c. 3)	Solicitud para que se “conceda un valor anticipado del Cuarenta por ciento (40%) del valor total del contrato”.
2	<u>Oficio 200-005 del 2 de septiembre de 1997</u> (f. 148-149, c.1)	<p>Referencia a citación efectuada por el INVIAS para el 30 de septiembre de 1997:</p> <p>“- A la fecha de hoy y como requisito de la cláusula cuarta del contrato de la referencia no se ha recibido comunicación por parte de la Subdirección de Construcciones del Instituto Nacional de Vías referente a la Orden de Iniciación. (...).</p> <p>- El plazo del contrato así como las actividades a realizar requieren de un proceso para su inicio en forma consecuyente</p>

		<p>como son:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Topografía que determine la geometría de la vía con el fin de cuantificar los volúmenes de movimientos de tierra, de terraplenes, subbase, predimensionamiento de las obras de drenaje y profundidad de excavación de estas entre otras. - Presentación y aprobación de los diseños de obras de drenaje y protección de la vía, basados en los manuales del Instituto Nacional de Vías para la cuantificación definitiva de obra y aprobación de estas por parte de la interventoría. - Determinación del material que se utilizará en los terraplenes, ya que estos no cuentan con acarreo, de utilizarse las fuentes preestablecidas en los pliegos. - Aprobación de la fuente del río ICHO como fuente principal para todas las actividades del contrato ya que por experiencia esta fuente cumple con las características previstas en los pliegos; obviamente sujetas a verificación mediante los estudios pendientes. Esta necesidad obedece a que los acuerdos logrados con la comunidad de Icho involucran unas inversiones de cifras importantes como son la pavimentación de un acceso a la escuela, arreglos en la casa comunal, mantenimiento periódico durante la utilización de la fuente de la vía Icho – Tutunendo (...), y la construcción de una variante (...) <p>- Los estudios de impacto ambiental se han contratado desde el 15 de septiembre del presente año.”</p>
3	<u>Oficio 201-001 del 8 de octubre de 1997</u> (f. 153, c.1)	<p>“Según el acta de reunión sostenida en el Instituto Nacional de Vías, la segunda semana de septiembre de 1997, me permito solicitarle se dé claridad sobre el punto referente al diseño que enmarca la topografía actual y el estado final a pavimentar.</p> <p>(...) El consorcio solicita respetuosamente que se verifique el estado actual de la vía para ser diseñada dentro de los parámetros de una vía pavimentada cuya velocidad promedio aumentará en cinco (5) veces la actual lo cual implica una mejora en su geometría vertical existente; mejora en las curvas, peraltes, sobreamanchos, obras de drenaje óptimos y protección a la banca...”</p>
4	<u>Oficio 200-007 del 16 de octubre de 1997</u> (sin anexos - f. 155, c.1)	<p>“Con el fin de ponerla al tanto de la realidad contractual, adjunto a la presente los oficios 200-05 de septiembre 30 y 201-002 de octubre 7 de 1997. Como verá en ellos los impases suscitados obedecen al cumplimiento de las normas legales referentes a explotación de material así como a la falta de efectividad por parte de la interventoría a las solicitudes técnicas hechas desde el primer día de impartida la orden de iniciación.</p> <p>“De persistir esta última condición el consorcio optará por utilizar una comisión topográfica para la localización y diseño del proyecto tendiente a darle agilidad a éste.”</p>
5	<u>Oficio 201-005 del 22 de Octubre de 1997</u> (f. 156, c.1)	<p>“De acuerdo con la imposibilidad técnica de adelantar las obras del programa de actividades para el primer mes del contrato de la referencia, debido a la orden impartida respecto a la no aceptación de la ejecución de obras contractuales al contratista de construcción hasta tanto CODECHOCÓ no expida la licencia ambiental; el consorcio Hormaza – Lozano solicita formalmente que se suspenda el plazo del contrato a partir de la fecha sugiriendo en principio un término igual al transcurrido.”</p>
6	<u>Oficio 201-007 del 4 de noviembre de 1997</u> (f. 157-158, c.1)	<p>“Con (...) respeto llego a su despacho para solicitarle suspensión del plazo del contrato de la referencia, basado en los problemas de fuerza mayor que se refieren a los requerimientos legales y técnicos necesarios para la ejecución del objeto del contrato de acuerdo con lo establecido en la cláusula décima tercera del mismo.</p>

		<p>Una vez suscrito este, diligentemente adelanté las gestiones necesarias que permitirían obtener la licencia ambiental para poder así, cumpliéndose este requisito de ley, desarrollar el objeto contractual. Fue así como el día 15 de septiembre del presente año, sin haberse aún aprobado las garantías de amparo, procedí a contratar con la firma Liderminas Ltda, la elaboración de los estudios ambientales de las fuentes de materiales, habiéndose radicado el mismo día la solicitud respectiva en las oficinas de CODECHOCO. Inexplicablemente esa Entidad demoró hasta el 21 de octubre la respuesta donde se anexan los términos de referencia a la firma contratista, la que sólo en ocho días entregó el estudio de impacto ambiental referenciado (...) anotando la urgencia del trámite respectivo para agilizar el cumplimiento de los términos necesarios para la legalización de las obras.</p> <p>La Interventoría ha reiterado en forma verbal y escrita la voluntad de no aceptar obras contractuales mientras estas licencias no asean concedidas, circunstancia aceptada por nosotros en cumplimiento a las normas legales pero que nos obliga a solicitar la suspensión del plazo, sumado a ello el hecho que hasta la fecha no se ha entregado topografía al consorcio Hormaza – Lozano de ningún tramo del proyecto que permita organizar los trabajos de tal forma que los procedimientos técnicos necesarios sean los adecuados para no violar la ley y acatar lo preceptuado en la cláusula anteriormente mencionada.</p> <p>No obstante, en forma verbal se me exige la facturación correspondiente al primer mes del programa de trabajo, el cual es imposible realizar en atención a lo establecido en las normas legales que regulan temas ambientales.</p> <p>La responsabilidad contractual establecida (...) en la ley 80/93 (...) permite que en casos como estos y en aras del cumplimiento de las normas, se utilice la figura de la suspensión del contrato hasta tanto se expida la licencia ambiental, pues de no ser así implícitamente se me estaría exigiendo violar la ley con las consecuencias lógicas que de ello deriva. Mientras se expide la licencia, la Interventoría tendrá el tiempo que requiere para ponerse al día con los diseños técnicos que tan insistentemente he solicitado en anteriores oficios.</p> <p>No quiero dejar pasar esta oportunidad para manifestarle el temor que me asalta ante las injustas advertencias de sanciones y el silencio reiterado a mis solicitudes, canalizadas a través de la Interventoría quien actúa como representante del Instituto Nacional de Vías, citando como caso concreto el oficio SCT 27256 de octubre 14 de 1997, en el que erradamente se toma la fecha de orden de iniciación del contrato, hecho contrario a la verdad.</p>
7	<p><u>Oficio 201-008 del 7 de noviembre de 1997</u> (f. 161, c. 1)</p>	<p>“La Interventoría dio orden expresa de no aceptar obras contractuales al Contratista en el comité de obra del 21 de octubre de 1997, que requerían de las licencias ambientales de CODECHOCÓ y esto sólo excluye al ítem 1 del contrato ya ejecutado.”</p>
8	<p><u>Oficio 201-010 del 24 de noviembre de 1997</u> (f. 163, c.1)</p>	<p>“Dado el volumen de inversión de equipos y personal que laboran en estos momentos en el contrato de la referencia y debido a que actividades como el acopio de material en el K10+500 y compra de una trituradora nueva entre otras; cuentan con unos requerimientos mayores de flujo de caja que no se reflejan directamente en la facturación; los cuales son posibles de solucionar por Usted de autorizar a la subdirección financiera el desembolso adicional aprobado desde el mes pasado por cien millones de pesos (\$100.000.000,00).</p> <p>Las condiciones que llevaron a tomar la decisión de no desembolso adicional anterior considero se han superado y una respuesta positiva a mi solicitud redundará directamente en el bienestar financiero del contrato.</p>

		<p>Como inversión a la fecha en el sitio existe laborando maquinaria propia por valor de 700 millones de pesos, acopio de material y facturación por 120 millones de pesos, adecuación de infraestructura por 60 millones de pesos, y personal con facturación mensual promedio de 30 millones de pesos.”</p>
9	<u>Oficio 201-014 del 11 de diciembre de 1997</u> (f. 165, c.1)	<p>“Agotadas todas las instancias administrativas previas a la Dirección General, me veo abocado a solicitarle se conceda al Consorcio que represento el pago del saldo por concepto de valor anticipado del treinta por ciento (sic) (30%) adicional, previsto en la cláusula sexta del contrato que nos ocupa.</p> <p>Los argumentos antes expuestos radican básicamente en que una vez entregado el primer kilómetro de cinco en total el día 5 de noviembre del año en curso, localizado técnicamente como lo exigen las funciones de la interventoría, numeral 19 de la resolución 006496 del 30 de agosto de 1994 emanada por el Instituto Nacional de Vías, se procedió a dar inicio con las labores. Esto conlleva a que a la fecha sólo se haya podido facturar el mes de noviembre de 1997.</p> <p>Los desembolsos por concepto de obra de los meses de diciembre/97, enero/98, y febrero/98 como es normal en estas fechas, serán canceladas mediante recursos de Reserva de Apropiación sujetos a los giros del Ministerio de Hacienda que generalmente corresponden a marzo del año siguiente.</p> <p>A la fecha de marzo de 1998 el contrato debe llevar un avance de obra del 90.12% equivalente a 1.201 Millones de Pesos el cual comparado con el 20% de desembolso (266 Millones de Pesos) a la misma fecha genera un desequilibrio económico de enorme magnitud.</p> <p>Actualmente el proyecto cuenta con la totalidad de la infraestructura necesaria para su ejecución, en su mayoría con maquinaria propia y nueva cuyo costo asciende a 700 millones de pesos garantía suficiente desde el punto de vista estratégico para culminar los trabajos.”</p>
10	<u>Oficio 301-022 del 14 de mayo de 1998</u> (f. 172, c.1)	<p>“Informo a Usted, que desde el pasado 5 de mayo y hasta el 28 de mayo de 1998, el Instituto Nacional de Vías tiene la vía Santa Cecilia – Apia – Asia cerrada por el arreglo del puente La Unión localizado en el PR – 4 + 500.</p> <p>Esta es la única vía de acceso que puede ser usada para el ingreso de las mulas que traen la emulsión al proyecto de la referencia; por lo tanto esta causal, no imputable al contratista, ocasiona la imposibilidad de un normal desarrollo del contrato, tiempo que debe tramitarse ante la Subdirección correspondiente, para la recuperación del mismo.”</p>
11	<u>Oficio 300-08 del 15 de mayo de 1998</u> (f. 173-174, c.1)	<p>“Presento a consideración del Instituto Nacional de Vías, en representación del consorcio (...) por una parte, la intención de ceder el contrato de la referencia y por otra, al ingeniero Francisco Cortés Pérez, interesado en ser el cesionario del mismo.</p> <p>(...) El cesionario presentado manifiesta el estar de acuerdo con las condiciones contractuales estimando que para la culminación de los trabajos se requiere de un plazo adicional de tres y medio meses con su consecuente reprogramación de obra.</p> <p>De ser aceptada la cesión, hará parte de su formalización, el acuerdo que estipula las condiciones convenidas entre las partes con el fin de poner en conocimiento del INVIAS las responsabilidades de cada una de ellas.”</p>
12	<u>Oficio 300-09 del 22 de mayo de 1998</u> (f. 175, c.1)	<p>“La unión temporal RENGIFO – DISUCON LTDA. se encuentra dispuesta de manera inmediata, a aceptar la cesión del contrato de la referencia y a dar inicio a las labores una vez sea aprobada esta por INVIAS.</p> <p>Para tal fin el ingeniero Felipe Rengifo adjunta con la presente la documentación que acredita la experiencia, capacidad de</p>

		<p>contratación y carta de constitución de la unión temporal (...) quedando sujetos a la aprobación del INSTITUTO (sic).</p> <p>El cesionario acepta las condiciones del contrato 279 de 1997 y estima necesario un plazo adicional de tres meses para la culminación de los trabajos a partir del 15 de junio de 1998.</p>
CESIÓN DEL CONTRATO 10-jun-1998		
13	<p><u>Oficio UTREDI-022-98 del 17 de julio de 1998 dirigido a la interventoría de obra</u> (f. 179, c.1)</p> <p><u>Anexo al oficio – Departamento de ventas de “Manufacturas y procesos industriales Ltda.” dirigido a la UT Rengifo - Disución facsímil del 17 de julio de 1998</u> (f. 180, c.1)</p>	<p>“Como es de conocimiento de la Interventoría la actividad de base estabilizada se encuentra suspendida desde el pasado Martes a medio día.</p> <p>Dicha suspensión se debe a problemas de suministros de Ecopetrol tal y como se describe en la comunicación de Julio 17 emitida por el departamento de ventas de MPI Ltda. y que se anexa a la presente.</p> <p>Aspiramos que esta situación de fuerza mayor se soluciones en el menor tiempo posible para poder reanudar las labores inmediatamente después de tener la emulsión en nuestra planta.</p> <p>(ANEXO)</p> <p>“Con la presente estamos comunicando a ustedes que debido a los inconvenientes presentados en los últimos días por la demora en la entrega de Asfalto Base 70/90 por parte de Ecopetrol Refinería, y la retención por desconocidos de un dirigente de la USO, nos hemos visto imposibilitados a cumplir con los pedidos de Emulsión a diferentes partes del país ya que Ecopetrol en este momento se encuentra en paro por 48 horas hasta tanto no aprezca (sic) esta persona.</p> <p>De antemano pedimos disculpas por los inconvenientes que pudimos ocasionarles, ya que ustedes cancelaron en efectivo (...). En la medida que Ecopetrol levante el paro se despachará inmediatamente.”</p>

14	<p>Oficio del 27 de octubre de 1998 (f. 200-210, c.2)</p>	<p><i>" (...) ANDRES FELIPE RENGIFO BERNARDI, mayor de edad y vecino de cali Valle del Cauca, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.686.982 expedida en la ciudad de la vecindad, reconocido como representante de la unión temporal ANDRES FELIPE RENGIFO BERNARDI — DISUCON LTDA., ante Uds. con todo respeto comparezco, para solicitarles RECONOCER Y PAGAR las actividades que relaciono y que se desprenden de la ejecución del contrato de la referencia:</i></p> <p>COMPONENTES DE LA RECLAMACION :</p> <p>1. -CONFORMACION Y COMPACTACION DE ZONAS DE DEPOSITO (Item 7) (...)</p> <p>2. SUB-BASE (Item 8). (...)</p> <p>3. -RELLENO POSTERIOR DE LAS CUNETAS.</p> <p><i>Esta actividad no se encuentra incluida en ningún Ítem contractual. Se trata de un imprevisto que como lo define el numeral 24 del capítulo 5 del pliego de condiciones, es aquella cuya denominación no aparece en la lista de Ítems de, pago cotizados y aprobados. Pero es claro que se trata de una actividad que le ocasiona una erogación al contratista y por consiguiente debe ser reconocida y pagada. (...)</i></p> <p>4. - TRANSPORTE DE MATERIALES PETREOS PARA BASE (Item 11) (...)</p> <p>5. -MANTENIMIENTO DE CARRETERAS (Especificación particular No. 1005). (...)</p> <p>6. -BASE ESTABILIZADA CON EMULSION (Item 10) -MEZCLA DENSA EN FRIO (Item 12) -TRANSPORTE DE MATERIAL PARA TERRAPLEN (Item 27) (...)</p> <p>7. - IMPRIMACION (Actividad Adicional) (...)</p> <p>8. -TERRAPLENES (Item 6).</p> <p><i>(...)Como se entenderá, estamos frente a unas obras complementarias que como lo define el numeral 24 del capítulo 5 del pliego de condiciones, comprende el conjunto de imprevistos Y obras adicionales que se presentan durante la ejecución del contrato.</i></p> <p><i>Si bien es cierto que el contratista, como lo predica el numeral 12 del capítulo 10. Está obligado a ejecutar la mayor cantidad de obras que resulte a los mismos precios de la propuesta y debe asumirse como una circunstancia que afecta el equilibrio económico del contrato, el hecho de no utilizar el material de préstamos, sino haberse visto obligado por decisión de la interventoría, a utilizar el granular referido. El reconocimiento y pago por parte de INVIAS es imperativo.</i></p>
15	<p>Oficio UTREDIQ-010-99 del 12 de enero de 1999 (f. 222, c. 2)</p>	<p><i>Las obras objeto del contrato en referencia se encuentran concluidas en su totalidad, por lo que le solicito muy comedidamente coordinar la recepción de ellas por parte del Instituto.</i></p> <p><i>En sucesivos recorridos en conjunto con la Interventoría se detectaron y corrigieron todos los detalles pendientes con excepción del fallo ubicado en el K5 + 110 que ha sido reparado en numerosas oportunidades y se desestabiliza nuevamente por problemas de humedad provenientes de los taludes adyacentes. Por lo anterior creemos que la solución definitiva para este sector debe ser objeto de una</i></p>

		<p>consideración y pago adicional porque en su momento no se ordenaron las obras conexas necesarias que garantizaran su estabilidad como son las referentes (sic) drenajes.</p> <p>Aprovecho la oportunidad para manifestar nuevamente nuestra preocupación por la estabilidad futura de la Obra expresada en nuestra comunicación de Julio 16 de 1998 en lo que respecta a los espesores de diseño.</p>
--	--	--

3.3.4.5. Comunicaciones de INVIAS y de la interventoría del contrato (Diego Martín Restrepo Agudelo) al contratista (Consortio o UT):

Nº	DOCUMENTO (FOLIO)	CONTENIDO
1	<u>Oficio SCT- 27256 del 14 de octubre de 1997</u> (f. 154, c.1)	<p>"Transcurridos más de 20 días de impartida la orden de iniciación para el contrato antes referido, esta Subdirección ve con preocupación el hecho de que no se cuenta aún en el sitio de las obras, con la valla informativa y adicionalmente no se ha iniciado el proceso de trituración de material, ruta crítica para el cumplimiento del plazo contractual, de acuerdo con informe de la interventoría, máximo teniendo en cuenta que le fue aprobado un pago adicional de \$100.000.000.oo.</p> <p>Sírvase tomar las medidas tendientes a solucionar este impase con el fin de no verse avocado (sic) a las sanciones pertinentes.</p>
2	<u>Oficio SCT-29422 del 6 de noviembre de 1997</u> (f. 159-160, c.1)	<p>"- Desde el 2 de septiembre de 1997, día en el cual se efectuó una reunión en la Gerencia (...) con participación suya y del interventor, se definió como prioritaria la adquisición de los permisos ambientales para dar inicio al proyecto; cabe destacar que la orden de iniciación de las obras se impartió casi un mes después de esta reunión, razón por la cual no hay justificación alguna para que a estas alturas del plazo contractual, aún no se cuente con dichos permisos, a sabiendas de que se ha debido iniciar su trámite al momento de la adjudicación del contrato.</p> <p>- Siempre se había manifestado por su parte que no existía inconveniente alguno con los permisos ambientales, que se contaba con permisos provisionales para explotación de materiales y que la comunidad así como las corporaciones no tenían objeciones con el proyecto.</p> <p>- En cuanto a la eficiencia de la interventoría, hay que resaltar, como se ha dicho en varias oportunidades, que la obra debe constituirse en un propósito mancomunado y si se comprueba que las acciones u omisiones por parte y parte influyen directamente en el atraso del proyecto, ambos tendrán que responder legalmente."</p>
3	<u>Oficio SCT-30354 del 13 de noviembre de 1997</u> (f. 162, c. 1)	<p>"En atención a su comunicación No. 201-007 del 4 de noviembre de 1997, mediante la cual solicita suspensión de plazo del contrato referido en el asunto, esta Subdirección le reitera que no hay justificación válida que respalde tal decisión, toda vez que la causa de la demora en la obtención de permisos ambientales, como Usted mismo lo reconoció en la reunión del 29 de octubre de 1997, obedece a sus diferencias personales con funcionarios de la Corporación Code-Chocó.</p> <p>En la misma reunión se aclaró que no se suspenderá el plazo contractual y adicionalmente la interventoría manifestó que ya el contratista contaba con suficiente pista de trabajo para iniciar las obras, las cuales aún no ha comenzado.</p> <p>Sírvase tomar las medidas tendientes a solucionar estos inconvenientes, y a proceder de inmediato a cumplir estrictamente con sus compromisos con el Instituto, por que (sic) de lo contrario, la Entidad le tramitará la caducidad administrativa."</p>
4	<u>Oficio SCT-31683 del 28 de</u>	"Con relación a su comunicación (...) solicitando un pago

	<u>noviembre de 1997</u> (f. 164, c. 1)	<i>anticipado adicional, me permito reiterarle la negativa a este respecto, teniendo en cuenta además que este tema fue ampliamente tratado en anteriores reuniones efectuadas en esta Subdirección."</i>
CESIÓN DEL CONTRATO 10-jun-1998		
5	<u>Oficio IN-031 del 25 de junio de 1998 – Interventoría a Ingeniero residente de la UT Rengifo – Disucón</u> (f. 176-178, c. 1)	<p><i>"La ampliación de 3 meses del plazo del contrato No. 279-97, concedido a la Unión Temporal (...) por el I.N.V., debido a la cesión del contrato por parte del Consorcio Hormaza Lozano, a ustedes comenzó a regir a partir del 15 de Junio del presente año; esta interventoría ve con preocupación que transcurridos 10 días del nuevo plazo, el ritmo de trabajo no se ha incrementado, lo cual se verá reflejado en el acta de obra No. 9 correspondiente al mes de junio de 1998.</i></p> <p><i>A continuación enumeramos las actividades en las que deben aumentar el ritmo de trabajo y el personal y maquinaria requeridos:</i></p> <p>EXPLANACIÓN</p> <p><i>(...) El equipo de transporte es insuficiente para atender el rendimiento normal de la retroexcavadora, deben incrementar este equipo para atender la retroexcavadora y no suspender otras actividades.</i></p> <p>(...) CUNETAS REVESTIDAS EN CONCRETO</p> <p><i>La longitud aproximada de cunetas por construir es de 5.200 Ml., en la actualidad llevan 200 Ml. de excavación, rendimiento muy bajo y con el cual no se terminarán de construir las cunetas en el plazo contractual vigente.</i></p> <p><i>Por lo tanto deben aumentar el personal especializado en esta actividad y suministrarles los materiales y herramientas menores necesarios.</i></p> <p>BASE ESTABILIZADA CON EMULSION</p> <p><i>El volumen de Base estabilizada con emulsión por colocar es de 2.000 M3.</i></p> <p><i>Para continuar con la colocación de esta base están pendientes de terminar el montaje de la planta asfáltica, el suministro de la emulsión de rotura lenta CRL-1 y la imprimación de la subbase granular.</i></p> <p>MEZCLA Densa EN FRÍO</p> <p><i>El volumen de mezcla densa en frío por colocar es de 1.250 M3, en la actualidad esta actividad no se ha iniciado por las mismas razones del numeral anterior</i></p> <p><i>Esperamos que se hagan los suministros de los materiales necesarios y la puesta en obra de la maquinaria y personal requerido para mejorar el rendimiento de la obra y así terminar las metas físicas del contrato en el plazo contractual vigente."</i></p>
6	<u>Oficio IN-037 del 10 de agosto de 1998 – Interventoría a Ingeniero residente de la UT Rengifo – Disucón</u> (f. 183-184, c. 1)	<p><i>Las siguientes son algunas observaciones sobre los trabajos que vienen realizando en el contrato de la referencia :</i></p> <p>CUNETAS EN CONCRETO</p> <p><i>Se debe mejorar el acabado en lo relacionado con los niveles, superficie de las placas y espaldares.</i></p> <p><i>En los tramos de cuneta en que se presenten vacíos entre el espaldar y el talud estos se deben llenar con material proveniente de las excavaciones.</i></p> <p><i>Todos los desperdicios de material, cemento y bolsas de cemento deben ser retirados de la vía</i></p> <p>IMPRIMACION</p> <p><i>En los comité de obra Nos. 28 y 29 se les solicitó colocar en la obra un carro irrigador y en el comité de obra No 30 se les autorizó imprimir con el método que venían empleando, atendiendo a las manifestaciones acerca de las dificultades que tenían para traer el carro imprimador. El día 8 de agosto imprimaron el tramo comprendido entre el K 4 + 050 al K 4 +</i></p>

		<p>085 manualmente, les reiteramos que dicho método de imprimación no lo aceptamos, por lo tanto todos los tramos imprimados así no serán recibidos por esta interventoría y no se autorizan para colocar la base estabilizada en dichos tramos.</p> <p>(...)</p> <p>PLAN DE MANEJO AMBIENTAL Les reiteramos nuevamente que deben atender todas las normas sobre manejo ambiental que están en el contrato.</p> <p>PUENTE DE ICHO Deben iniciar la construcción de los llenos estructurales de los y el terraplén de acceso. La losa que se cayó la deben empezar a demoler a partir Agosto del presente año.”</p>
7	<u>Oficio SCT-34769 del 2 de octubre de 1998</u> (f. 196, c. 1)	<p>“De acuerdo con información suministrada por la Interventoría. es preocupante el atraso en el que continua el proyecto por razones imputables al contratista primando entre ellas las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Inexistencia en el sitio de la obra, de emulsión asfáltica pava la capa de rodadura. - No se han atendido las recomendaciones de la Interventoría y la Supervisión- en el sentido de incrementar la maquinaria (motoniveladoras) para atacar la obra por dos frentes de trabajo como mínimo, dado el plazo de un mes con que cuenta el contrato. - Escasez de cemento para continuar la actividad de cunetas y recubrimiento de gaviones. <p>Así mismo no se han hecho las correcciones de algunos tramos terminados de rodadura (primeros 900 metros) y base (k5+250 – k6+923), en los que se presentan fallos como se pudo verificar en visita de supervisión el pasado 17 de septiembre del año en curso.</p> <p>Todo esto se refleja en la baja facturación de las Actas de obra de los meses de julio, agosto y septiembre de 1998, que no cumplen con la programación a pesar de los plazos otorgados.</p> <p>Lo anterior se constituye claramente en una prueba de incumplimiento del contrato y es causal de aplicación de las sanciones correspondientes. Por lo tanto si en el transcurso de una semana no se han tomado los correctivos del caso, y no se ha enviado a esta dependencia el plan de contingencia de actividades y equipo a emplear, discriminados semanalmente para cumplir el objeto contractual, se procederá con la Caducidad Administrativa.”</p>
	<u>Oficio 198375 del 24 de noviembre de 1998</u> (f. 337, c.2)	<p>“En inspección realizada el día de ayer al K5+140 con el Administrador vial (...), se observó la construcción de sobreanchos de carpeta asfáltica con procedimientos inadecuados, ya que la misma debe ser extendida en todo lo ancho con FINISHER. Por lo anterior se está ocasionando que, el remate de la carpeta asfáltica se encuentre por debajo del nivel de la cuneta, no presentándose afluencia normal de las aguas lluvias.</p> <p>De lo anterior deben tomarse los correctivos adecuados en este y otros sectores con el mismo problema.”</p>

3.3.4.6. Actas del comité de obra celebradas entre la interventoría del contrato y el Consorcio Hormaza - Lozano.

Nº	DOCUMENTO (FOLIO)	CONTENIDO
1	<u>Comité del 8 de octubre de 1997</u> (f. 66-67, c.1)	“(…) 2. Por constatación directa de la interventoría en las oficinas de CODECHOCÓ, según gerente encargado,

		<p>ingeniero Salomón, sólo el 15 de septiembre – Transcurridos 15 días de firmado el contrato – se iniciaron trámites para la obtención de permisos para explotación de fuentes de materiales. Según dicho funcionario “No hay permisos temporales ni los habrá para obras del ingeniero Lozano.</p> <p>3. En reunión en Bogotá con los ingenieros de INVIAS: Gerente Zona Occidente, REINA y Supervisora, CASTRILLON y los contratistas de obra, LOZANO y de interventoría RESTREPO se estableció que los diseños geométricos de la vía se ceñirán a lo existente sin variantes ni ampliaciones importantes y la interventoría hoy se ratifica en ello.</p> <p>4. Excepto la lenta ejecución del campamento, no hay actividad constructiva, incumpliendo programa de trabajo y maquinaria propuesta.”</p>
2	<u>Comité de obra nº 3 del 21 de octubre de 1997</u> (f. 68-69, c. 1)	<p>“1. Según CODECHOCO, esta entidad está a la espera del estudio de impacto ambiental, que debe presentar el Contratista. Los Contratistas manifiestan que esta semana entregan dicho estudio. Mientras CODECHOCO no expida Licencia, la Interventoría no acepta obras contractuales al Contratista, que requieran dichos permisos. (...)”</p>
3	<u>Comité de obra nº 4 del 28 de octubre de 1997</u> (f. 70-71, c. 1)	<p>“(…) 2. A Codechoco no se ha entregado estudio de Impacto Ambiente. El contratista manifiesta que lo entregará mañana (...)”</p> <p>3. Para la fabricación de tubería se requiere: - Diseño de mezclas: solo se recibe hoy. – Fabricación con mezcladoras y no manual, -- Permiso Ambiental de Codechoco.</p> <p>(…) 6. El contratista solicita actividades de construcción contractuales. La Interventoría ha definido obras de drenaje desde el 30 de Septiembre sin embargo, para su ejecución se requiere la licencia Ambiental.</p> <p>7. El contratista solicita diseños de Vía, al menos de un sector definido topográficamente. La Interventoría los suministra el día que se obtenga la licencia Ambiental.”</p>
4	<u>Comité de obra nº 5 del 5 de noviembre de 1997</u> (f. 72-73, c. 1)	<p>“1. Aun no llega las trituradora. (sic)</p> <p>(…) 3. La interventoría reitera que la obtención del permiso ambiental es única competencia del consorcio constructor y no será causa de modificación del plazo. La interventoría pagará (sic) obras que cumplan requisitos técnicos de construcción y la ejecución de obras sin permiso ambiental es única responsabilidad del contratista.”</p>
5	<u>Comité de obra nº 6 del 11 de noviembre de 1997</u> (f. 74-75, c. 1)	<p>“(…) 2. Aún no ha llegado la trituradora.</p> <p>(…) 4. El contratista manifiesta que la trituradora ya salió de Bogotá y debe estar llegando hoy o mañana.</p> <p>(…) 6. El contratista informa que el trámite del permiso ambiental está en curso y que ya se depende (sic) de la agilidad para la aprobación de CODECHOCO.</p> <p>(…) 12. La Interventoría deja constancia que sólo a partir del día de ayer lunes 10 de noviembre se inicia la primera excavación de brecha de alcantarillado de 36”, desde que se firmó el Acta de iniciación el día 30 de septiembre de 1997.”</p>
6	<u>Comité de obra nº 7 del 19 de noviembre de 1997</u> (f. 76-77, c. 1)	<p>“1. La trituradora no está en funcionamiento por estar en proceso de instalación.</p> <p>(…) 7. La Interventoría hizo entrega el día de ayer 18 de noviembre de 2 kilómetros adicionales de diseño completo. Teniéndose al momento diseñados 3 kilómetros lo que equivale a un 60% del proyecto.”</p>
7	<u>Comité de obra nº 9 del 2 de diciembre de 1997</u> (f. 78-79, c. 1)	<p>“1. La producción actual de la trituradora es de 35 m3/hora y labora de 5 a 6 horas diarias.</p> <p>(…) 3. La zona de depósito está en proceso en adecuación, conformación y compactación y en lo referente a cargue el día lunes y martes (hoy) no se realiza transporte.</p>

		<p>4. La interventoría solicita le sea entregada el acta de obra del mes de octubre con la correspondiente Acta de obra del mes de noviembre, la cual está en proceso de elaboración.</p> <p>5. Se solicita que la reprogramación presentada por el contratista sea corregida en los meses de octubre y noviembre, de acuerdo a lo ejecutado para los meses 1 y 2; el mes de diciembre acumulará lo no ejecutado en los meses 1 y 2, sin variar los meses restantes.”</p>
8	<u>Comité de obra nº 10 del 11 de diciembre de 1997</u> (f. 80-81, c. 1)	<p>“1. El rendimiento actual de la trituradora es de 35 ton/hora y la producción, según el contratista es toda para el proyecto 279/97 del I.N.V.</p> <p>2. Actualmente se encuentran varadas las 2 retrocargadoras, por lo que se solicita, se haga lo necesario para que haya disponibilidad en la obra que nos ocupa de 2 retrocargadoras, 2 mezcladoras, 2 placas vibratorias y una planta eléctrica, para avanzar efectivamente en la construcción de obras de drenaje, lo cual es ruta crítica del proyecto.</p> <p>3. La trnsversal (sic) del K2 + 163 no se recibe ni se acepta por no cumplir con las especificaciones técnicas para este tipo de obra.</p> <p>4. Se requiere sea entregada la reprogramación de la obra con las variaciones solicitadas por la Interventoría en el Comité Nº 9. Dicha reprogramación se requiere de manera inmediata.”</p>
9	<u>Comité de obra nº 11 del 16 de diciembre de 1997</u> (f. 82-83, c. 1)	<p>1. EQUIPO EN OBRA: UNA TRITURADORA: En promedio trabaja 5 horas diarias con rendimiento de 35/ton hora. En el día de hoy no labora porque no hay cargador. La trituradora propuesta tenía capacidad 70 a 120 ton/hora.</p> <p>DOS RETROCARGADORAS: Una de ellas varada.</p> <p>CINCO VOLQUETAS: De nueve propuestas.</p> <p>UNA RETROEXCAVADORA: De dos propuestas y no labora porque no tiene disponible volqueta.</p> <p>DOS MEZCLADORAS: De dos propuestas.</p> <p>UNA MOTONIVELADORA: De una propuesta.</p> <p>UN BULLDOZER: De dos propuestos.</p> <p>UN CARGADOR: De uno propuesto</p> <p>UN VIBROCOMPACTADOR: De uno propuesto.</p> <p>UN COMPACTADOR DE PLACA: De uno propuesto.</p> <p>A pesar de figurar en la propuesta no hay planta eléctrica (75 Kw) ni compresor.</p> <p>(...) 4. Se consigna que el último pago a los trabajadores del Consorcio Constructor fue el 30 de octubre de 1997.</p> <p>5. No se está cumpliendo reprogramación de obra y para diciembre no se ejecutará una tercera parte de lo programado.”</p>
10	<u>Comité de obra nº 12 del 6 de enero de 1998</u> (f. 84-85, c. 1)	<p>“1. Con la entrega del 40% de planos, peraltado, perfiles, libretas de tránsito, de niveles y de secciones, la Interventoría suministra así al Consorcio Constructor el 100% de los diseños de vía.</p> <p>2. No se está cumpliendo la reprogramación de inversiones. A diciembre 31 de 1997 solo se ha ejecutado el 7% de la obra para un 50% del plazo contractual.</p> <p>3. No se está cumpliendo con el estudio de impacto ambiental: En la zona de depósito no hay descapote ni compactación de los materiales de desecho. En la fuente de materiales no hay</p>

		<p>seguridad industrial. En toda la zona de obras hay una deficiente señalización vial y no se evacuan oportunamente los materiales de desecho. El Contratista se compromete a corregir dichas anomalías esta misma semana.</p> <p>4. No se han pagado los salarios de diciembre. El contratista manifiesta que pagará esta semana.</p> <p>5. La trituradora no funciona porque no tiene equipo que la alimente.</p> <p>6. La retroexcavadora no labora porque no dispone de volqueta; de las 5 volquetas, 3 de ellas laboran en la adecuación o construcción de variante en fuente de materiales.</p> <p>El contratista manifiesta que espera para hoy la llegada de 6 volquetas, un ingeniero, un maestro de obra y un inspector topógrafo y que espera en dos semanas: una motoniveladora, un vibrocompactador y una retroexcavadora sobre orugas.”</p>
11	<u>Comité de obra nº 14 del 6 de enero de 1998</u> (f. 86-87, c. 1)	<p>“1. Dado el nuevo enfoque administrativo de la obra, el contratista presentará para el próximo comité de obra, una programación acomodada al resto del plazo. Allí se evaluará y optimizará sus recursos técnicos y humanos.</p> <p>2. El contratista optimizará su manejo actual del Impacto Ambiental, mayor señalización y adecuará su manejo de desechos, al igual que dará mayor aseo en obra.”</p>
12	<u>Comité de obra nº 15 del 30 de enero de 1998</u> (f. 88-89, c. 1)	<p>“1. Dadas las circunstancias de racionamiento eléctrico y la cantidad de material pétreo a triturar se requiere de planta de energía eléctrica. Así mismo se requiere de un bulldozer para la zona de depósito y del equipo necesario para emprender la estabilización de la vía.</p> <p>2. La interventoría exige se cumplan las condiciones de seguridad industrial manifestadas en el Estudio de Impacto Ambiental.”</p>
13	<u>Comité de obra nº 16 del 5 de febrero de 1998</u> (f. 90-91, c. 1)	<p>“1. Se solicita equipo adicional. El contratista promete 10 volquetas, 1 Retroexcavadora, 1 Planta eléctrica y 1 comisión topográfica.</p> <p>2. La evaluación en obra de las circunstancias actuales complementadas con el equipo anterior adicional, establece una inversión de 130 millones de obra para el mes de Febrero y una adición necesaria de 2 meses de plazo. El contratista solicita 3 meses.”</p>
14	<u>Comité de obra nº 17 del 12 de febrero de 1998</u> (f. 92-93, c. 1)	<p>“1. Se acuerdan los siguientes precios de obra no prevista, para presentar a la Gerencia Occidente para su aprobación:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Transporte material pétreo para terraplén (...) - Empalado para estabilización (...) - Cajeros (sic) y colocación de material para estabilizaciones (...) <p>2. Con los precios anteriores, la obra a ejecutar en el mes de febrero sería de 150 millones de pesos.</p> <p>3. El lento rendimiento de las estabilizaciones exige vibrocompactador y más volquetas. El Consorcio Constructor promete estas unidades para el próximo lunes.</p> <p>(...) 5. Aún no llega la planta eléctrica, ni la segunda comisión topográfica prometida. Es de anotar que ya no hay racionamiento energético y que la trituradora trabaja actualmente las 24 horas del día.”</p>
15	<u>Comité de obra nº 18 del 20 de febrero de 1998</u> (f. 94, c. 1)	<p>“1. Obra no prevista: La interventoría pagará los siguientes precios:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Colocación de madera para estabilizar (...) b. Excavaciones, transportes, y material para estabilizar se pagarán según ítems (sic) contractuales (...) c. Transporte material para terraplén (...) d. La interventoría se retracta de lo acordado en el comité de obra No. 17 donde se pactaban los precios (sujetos a aprobación final por I.N.V.) (...) Esto afecta el ritmo de obra y

		<p>expectativas para avanzar desde el pasado 12 de febrero a la fecha y a la meta a cumplir estimada en el numeral 2 del mismo comité.</p> <p>(...) 2. Como es sabido por ustedes las actividades que se están acometiendo hasta el momento como es la estabilización, como su nombre lo especifica es una actividad extra que no está incluido (sic) dentro del contrato, por lo tanto amerita un análisis de precio que entrará a revisión por la interventoría; también existen otras actividades nuevas como son la cañuela para filtros y remiendos que se deberán hacer a las obras existentes, que se deben pactar precios para poder ejecutarse; estos remiendos son realzar obras de alcantarillas viejas o que no tengan aletas.</p> <p>3. Concluida la actividad requerida necesaria para la explotación del material adecuado al estudio de impacto ambiental y que corresponde a una variante de 1 kilómetro aproximadamente, se solicita que se eleve ante la misma instancia la solicitud del pafo de dicha actividad hecha en octubre 7 de 1997 por tratarse de una actividad no previsible y posterior a la licitación.</p> <p>Este hecho fue requerido mediante oficio (...)</p> <p>4. Los numerales d, e y f del punto 1, así como los puntos 2 y 3 son interpretaciones del contratista y que un análisis cronológico de los hechos dará luces sobre el asunto”</p>
16	Comité de obra nº 19 del 27 de febrero de 1998 (f. 95, c. 1)	<p>“(...) 3. Se consigna y exigen medidas de:</p> <p>a. No hay señalización vial.</p> <p>b. No hay autocontrol.</p> <p>c. No hay planta eléctrica.</p> <p>d. El rendimiento de la trituradora es bajo: 13,5 m3/hora. La trituradora trabaja actualmente las 24 horas del día.</p> <p>e. No hay oportuna y adecuada evacuación y compactación de materiales de desecho.</p> <p>f. No hay mano de obra suficiente.</p> <p>g. No hay la segunda comisión topográfica prometida. De topografía hay un topógrafo y dos trabajadores. (...)”</p>
17	Comité de obra nº 21 del 17 de marzo de 1998 (f. 96-97, c. 1)	<p>“1. Hoy no se saca material de la fuente ya que ayer colapsó puente de 11 metros de luz aproximadamente, tras el paso de volqueta dobletroque cargada. A pesar de poder sacar material con volqueta pequeña, la comunidad no lo permite. Por tanto:</p> <p>a) La interventoría exige al contratista arreglar en forma definitiva el puente caído y a su costo, Adicionalmente prohíbe, en dicho camino vecinal (Tutunendo – Ichó), el paso de volqueta dobletroque y que el Contratista arregle los problemas suyos con la comunidad para poder sacar material de Ichó. También es necesario quitarle, al puente contiguo al caído, sobrecarga de material.</p> <p>b) El contratista manifiesta que al numeral a) responderá posteriormente.</p> <p>(...) 3. Continúa deficiente la señalización vial.</p>
18	Comité de obra nº 22 del 31 de marzo de 1998 (f. 98-99, c. 1)	<p>(...) 1. La interventoría reitera al Consorcio Constructor que es de su responsabilidad técnica y económica la solución al puente caído. Se hace constar que no se ha hecho nada al respecto a pesar del compromiso del 19 de marzo con la comunidad de Ichó, e irresponsablemente se está dejando agotar el tiempo que como plazo dio la comunidad para la extracción del material.</p> <p>La mano de obra es insuficiente y se exigen más frentes de trabajo.</p> <p>2. No se han iniciado las ampliaciones de los puentes.</p> <p>(...) 4. Actualmente solo labora una motoniveladora, la cual es insuficiente para las actividades actuales.</p> <p>5. El Consorcio Constructor manifiesta que laborará en semana santa excepto los días jueves y viernes. Para los días sábado y domingo santos la Interventoría ordena no se hagan estabilizaciones y a cambio se acondicionen botaderos.</p> <p>6. La segunda motoniveladora en obra se encuentra varada desde el 26 de marzo de 1998.”</p>
19	Comité de obra nº 24 del 23 de abril de 1998 (f. 102-103, c. 1)	<p>“(...) 3. Se recalca nuevamente que la mano de obra es insuficiente para los trabajos requeridos; se necesita un capataz.</p> <p>(...) 7. La Interventoría considera que las actividades en ejecución, por ejecutar y la logística técnica y humana del</p>

		consorcio constructor incumplirá con el plazo contractual. 8. El contratista solicita un mes más de plazo.”
21	Comité de obra nº 25 del 30 de abril de 1998 (f. 104-105, c. 1)	“(…) 5. Se le solicita nuevamente al contratista aumentar el ritmo de trabajo en todas las actividades, con el personal y equipo suficiente y adecuado. El carro irrigador es inapropiado y el Compresor está varado. 6. El contratista manifiesta su preocupación en el suministro de la emulsión asfáltica, por el posible cierre de la vía de acceso Las animas – Tadó – Santa Cecilia. 7. El contratista deja constancia de las implicaciones que están tomando las actitudes que la comunidad ha adoptado sobre la explotación de la fuente de material basado en la no respuesta sobre una solución del puente de Ichó, las amenazas sobre los equipos utilizados en el contrato.
22	Comité de obra nº 28 del 2 de junio de 1998 (f. 106-107, c. 1)	“1. Equipo requerido para las actividades faltantes: - Una retroexcavadora sobre orugas. - Un carro Irrigador. - Un compresor. - Una planta de asfalto. - Una trituradora: El contratista manifiesta que cumplirá con las especificaciones exigidas, con la trituradora que tienen actualmente en la planta. - Un compactador de llantas neumáticas (…) 3. Actividades: - Inspección para determinar en sitio las acciones necesarias para la reconstrucción del puente caído de Ichó (fuente de materiales). - 5.200 ml. de cunetas. - Base estabilizada con emulsión. - Mezcla densa en frío (rodadura) - Ampliación urgente de banca K4+100 a K4+200. 4. Se requiere (sic) mejora sustancial de la señalización preventiva 5. Se solicita reprogramación de obra. 6. Se solicita al actual consorcio constructor paz y salvos de pagos del personal.
CESIÓN DEL CONTRATO 10-jun-1998		

3.3.4.7. La parte actora aportó las siguientes actas mensuales de obra:

Nº	DOCUMENTO (FOLIO)	FECHA (PERÍODO COMPRENDIDO)
1	Acta mensual de obra nº 2 (f. 108, c. 1) suscrita por el interventor y el contratista	3 de diciembre de 1997 (Noviembre de 1997)
2	Acta mensual de obra nº 3 (f. 109, c. 1) firmada únicamente en el espacio del contratista	19 de enero de 1998 (Diciembre de 1997)
3	Acta mensual de obra nº 4 (f. 110, c. 1) suscrita por el interventor y el contratista	4 de febrero de 1998 (Enero de 1998)
4	Acta mensual de obra nº 5 (f. 111, c. 1) suscrita por el interventor y el contratista	4 de marzo de 1998 (Febrero de 1998)
5	Acta mensual de obra nº 6 (f. 112, c. 1) suscrita por el interventor y el contratista	5 de junio de 1998 (Marzo de 1998)
6	Acta mensual de obra nº 7 (f. 113, c. 1) suscrita por el interventor y el contratista	5 de junio de 1998 (Abril de 1998)
7	Acta mensual de obra nº 8 (f. 114, c. 1) suscrita por el interventor y el contratista	5 de junio de 1998 (Mayo de 1998)
CESIÓN DEL CONTRATO 10-jun-98		
8	Acta mensual de obra nº 9 (f. 115, c. 1) sin firmas	5 de julio de 1998 (Junio de 1998)
9	Acta mensual de obra nº 10 (f. 116, c. 1) sin firmas	5 de agosto de 1998 (Julio de 1998)
10	Acta mensual de obra nº 11 (f. 117, c. 1) sin firmas	5 de septiembre de 1998 (agosto de 1998)
11	Acta mensual de obra nº 12 (f. 118, c. 1) sin firmas	5 de octubre de 1998 (septiembre de 1998)
12	Acta mensual de obra nº 13 (f. 119, c. 1) sin firmas	6 de noviembre de 1998 (octubre de 1998)
13	Acta mensual de obra nº 14 (f. 120, c. 1) sin firmas	5 de diciembre de 1998 (noviembre de 1998)

3.3.5. La demandante aportó actas de reajuste mensual 2 a 13, sin firmas, en las que se indica que el índice final correspondía al mes de octubre de 1997 (f. 128-139, c.1).

3.3.6. De otro lado, las partes contratante y contratista (Consortio y UT Disucon), junto con la interventoría, celebraron varias reuniones documentadas en sendas actas de compromiso y de concertación, con evaluación de las situaciones acontecidas durante la ejecución contractual y formulando acuerdos al respecto:

Nº	DOCUMENTO (FOLIO)	CONTENIDO
1	<u>Acta de compromiso del 2 de septiembre de 1997</u> (f. 40-43, c.1)	<p>“... se reunieron (...) las siguientes personas con el fin de tratar lo concerniente al proyecto “pavimentación del tramo K2+000 – K7 + 000 del Sector Quibdó – La Mansa”:</p> <p>Ing. Jairo Reina Corredor - Gerente Zona Occidente</p> <p>Ing. Lucy Piedad Castrillón Muñoz – Profesional Especializado</p> <p>Ing. DIEGO MARTIN RESPREPO A. representante de la Interventoría</p> <p>Ing. IVAN LOZANO – Representante Legal del Constructor: Consortio Hormaza – Lozano.</p> <p><u>OBJETIVO:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Escuchar las inquietudes tanto del contratista como del interventor, respecto a las obras próximas a iniciar en el sector antes enunciado. - Hacer las recomendaciones necesarias por parte del I.N.V. para evitar cualquier tipo de inconvenientes durante la ejecución del proyecto. - Establecer las prioridades y los asuntos más relevantes, que se deben tener en cuenta antes y durante la realización de las obras. <p>Al comienzo de la reunión, el gerente exhortó a los contratistas a iniciar cuanto antes los trámites para la consecución de los permisos para la explotación de fuentes de materiales, y demás que se requieran, asimismo a la pronta instalación de los equipos, en vista de que ya están adjudicados los contratos de obra y de interventoría con el fin de evitar demoras en estos trámites que interfieran en el plazo contractual el cual es relativamente corto.</p> <p><u>DESARROLLO:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Por parte del I.N.V. se le comunicó a los participantes la preocupación existente en vista del atraso del proyecto lo cual se refleja en las cuentas de cobro entregadas hasta la fecha. - La interventoría participa argumentando que ya existe buena voluntad por parte del contratista reflejada con el incremento del equipo para la obra, así como el cambio del personal y extensión de los horarios de trabajo. Sin embargo (sic) existen inconvenientes con el suministro de energía, por lo cual se exhortó al contratista a adquirir cuanto antes una planta eléctrica, con el fin de solucionar estos inconvenientes. - El contratista manifestó dificultades en la obtención del material, pues según él, le han cambiado las condiciones de precio iniciales, lo cual dificulta la extracción. - En vista de la demora en la ejecución de las obras, presentada al inicio del proyecto, tanto el interventor como el contratista reconocen que no se puede culminar en el plazo contractual. Por lo cual el contratista solicitó una ampliación del mismo para poder terminar.

		<ul style="list-style-type: none"> - A este respecto por parte del I.N.V. se les informó que no se puede otorgar un plazo adicional superior a dos meses, pues ya se tienen comprometidos todos los recursos y no se podría ampliar el contrato de interventoría más allá de dicho plazo. - Así mismo se les aclaró dicho plazo adicional está supeditado al cumplimiento de un compromiso, que consiste en la facturación en el mes de febrero (...) El no cumplimiento de este compromiso no solamente es causal de no ampliación del plazo sino que implica también imposición de la caducidad administrativa, pues el incumplimiento del programa de inversiones es exagerado. <p>Finalmente, el representante de la firma interventora deja constancia de que ya se tiene el diseño de la vía, así como la localización completo (sic) de la rasante en el terreno. (...)"</p>
2	<p><u>"Acta de reunión No. 2 – Orden de Trabajo No. OJ-279/97" del 18 de noviembre de 1997</u> (f. 43-44, c. 1)</p>	<p>OBJETO DE LA REUNION: <i>Esclarecer las causas de la persistencia en el atraso de las obras, y la no facturación a la fecha, correspondiente al contrato en mención.</i> (...) 1- Se dio inicio a la reunión por parte de la Subdirectora de Construcción quien nuevamente mostró su preocupación por las demoras en la ejecución del contrato, a ese respecto la ingeniera Lucy Castrillón, hizo un recuento de lo observado durante la visita efectuada a la zona de las obras el pasado 13 de noviembre del año en curso, de lo cual merece destacar que las labores a penas (sic) están comenzando, pues solamente se adelanta la construcción de las obras de drenaje en cinco (5) sitios puntuales del trayecto, así como una ampliación de la banca mediante cortes laterales al inicio del proyecto.</p> <p>2- La Subdirectora solicitó al interventor llevar un registro fotográfico de las obras con el fin de tener un mejor control sobre el proyecto.</p> <p>3- Ante los comunicados recientemente enviados por el contratante enviados por el contratista reiterando la necesidad de suspensión del plazo contractual, nuevamente le fue negada dicha solicitud.</p> <p>4-El contratista insistió de nuevo en la demora de la interventoría para la localización del proyecto, lo cual fue aceptado por el mismo interventor, quien sin embargo recaló que a pesar de que inicialmente se le entregaron pocos sitios para adelantar obras de arte, este solo hasta la semana pasada comenzó con dichas labores.</p> <p>5-Al respecto nuevamente se instruyó al representante de la interventoría que debe tener definido mes a mes lo suficiente para que el contratista pueda cumplir con la programación.</p> <p>6- Solo si se ve suficiente voluntad por parte del contratista en el avance de la obra, la Subdirección estudiará (sic) la posibilidad de ampliación de plazo para el contrato. (...)</p>
3	<p><u>"Acta de acuerdo" del 3 de marzo de 1998</u> (f. 50-51, c.1)</p>	<p>Acuerdo sobre nuevos precios unitarios. Ítems "Transporte de material de terraplén" y "Estabilización en madera".</p>
CESIÓN DEL CONTRATO 10-jun-98		
3	<p><u>"Acta de acuerdo" del 15 de octubre de 1998</u> (f. 50-51, c.1)</p>	<p>"La Unión temporal Rengifo – Disucon, mediante comunicado No. UTREDI-QR-006-98 del 6 de agosto de 1998, somete a consideración de la Interventoría el análisis para precio unitario del ítem "Concreto para recubrimiento de Gaviones", no previsto inicialmente, después de que la Interventoría dio el concepto respectivo, la Subdirección de Construcción, en común acuerdo con las partes, decide adoptar el precio unitario (...)"</p>
4	<p><u>"ACTA DE CONCERTACIÓN" del 29 de octubre de 1998</u> (f. 55-60, c.1)</p>	<p>"... con el fin de tratar lo concerniente a la reclamación presentada por el contratista, mediante comunicación sin número del 27 de octubre de 1998:</p> <p>(...) Con el fin de someter a consideración de la Subdirección de Construcción, se plantearon los siguientes acuerdos a cada uno de los puntos objeto de reclamación:</p> <p>1) <u>CONFORMACIÓN Y COMPACTACION DE ZONAS DE DEPOSITO:</u></p> <p><i>En consideración a que el material proveniente de las excavaciones y derrumbes, debieron ser transportados y dispuestos en el botadero respectivo, la administración en mutuo acuerdo con el contratista, resuelven reconocer el pago de la conformación y compactación de la totalidad de los volúmenes producto de los siguientes ítemes (sic): "excavaciones en material común de coretes canales y préstamos", "derrumbes" y "excavaciones varias sin clasificar. Una vez verificado</i></p>

(sic) la adecuada conformación y compactación de las zonas de depósito, en el acta de obra del mes de noviembre de 1998, se les reconocerá los volúmenes faltantes.

Para efectos de cuantificar esta decisión, se hace la siguiente evaluación con base en el acta de obra del mes de septiembre de 1998:

ítem	Volumen pagado
Excavaciones en material común de cortes y canales y préstamos	17.139.00
derrumbes	871.00
Excavaciones varias sin clasificar	5.340.80
Total volúmenes ejecutados	23.350.80

Mediante la mencionada acta de obra, se ha cancelado la conformación de 16.376 metros cúbicos, por lo tanto estará pendiente de pago la diferencia que equivale a 6.974.8 metros cúbicos que a un costo unitario de \$927 pesos, genera un total por pagar de \$6'465.639,6.

2) SUB-BASE

En consideración a que la Interventoría efectuó la cancelación de los volúmenes de sub-base de acuerdo a una topografía efectuada por ellos donde se proyectaron los diferentes niveles de las capas de la estructura, resultando tramos donde teóricamente los volúmenes a colocar resultaban ser mínimos o cero (0), coincidiendo generalmente con las aproximaciones a los pontones existentes, pero que en la realidad, al efectuar la construcción de la capa de la sub-base, se colocó el espesor de diseño (25 centímetros). Estando bien definidos los tramos donde físicamente es fácil su comprobación, en mutuo acuerdo con el contratista la Administración resuelve reconocer los volumen (sic) colocados y que no fueron pagados en los siguientes tramos:

TRAMO	LONGITUD	VOLUMEN EJECUTADO	VOLUMEN PAGADO	VOLUMEN POR PAGAR
K1+923-960	29	50.75	6.45	44.30
K2+740-800	52	91.00	18.50	72.50
K3+520-570	42	73.50	0.00	73.50
K3+990-K4+040	42	73.50	16.60	56.90
K5+270-340	62	108.50	40.00	68.50
K5+370-410	32	56.00	5.95	50.05
K5+820-910	82	143.50	11.10	132.40
			TOTAL	498.15

Nota: a la longitud de cada tramo se le descontó 8 metros como longitud promedio de cada pontón.

El volumen establecido, con un precio unitario de \$12.558.00 y un transporte de 20 kilómetros a razón de 500 \$/m³, representa un reconocimiento de \$6'255.768.00, por material de sub-base y \$4'981.500.00, por transporte, para un total de \$11'237.268.00, que se incluirán en el acta de obra del mes de noviembre.

3) RELLENO POSTERIOR DE LAS CUNETAS:

Teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

- Los llenos de las cunetas se efectúan para darle confinamiento o soporte lateral.
- Los llenos garantizan el correcto funcionamiento hidráulico de la cuneta, facilitando la escorrentía de las aguas hacia ella.
- Los llenos generan la sección transversal, las cotas, pendientes y alineamientos indicados en los planos o determinados por el interventor, de acuerdo a lo que establece la especificación particular correspondiente.

Por todo lo antes planteado, es lógico pensar que el relleno posterior es parte integral por ítem de cunetas para garantizar que cumplan con la función para la cual se construye, por lo tanto, la Administración en mutuo acuerdo con el contratista, deciden que el relleno no puede reconocerse como actividad, y su precio está

incluido en el ítem "cunetas de concreto".

4) TRANSPORTE DE MATERIALES PÉTREOS PARA BASE:

La Administración en su comunicación N° SCT.36733 del 23 de octubre de 1998, después de analizar detenidamente el caso, decidió reconocer un acarreo adicional de 7 kilómetros, que corresponderían a la distancia entre la Josefa, sitio origen del material, y el centro de gravedad de la obra, esto, por cuanto la administración, para efectos del mencionado análisis y como sitios de disponibilidad de material en la zona, adoptó el acopio de materiales denominado "La Josefa", como una fuente de material alternativa para el proyecto, que sujetándose a las disposiciones generales de construcción, se establece que el acarreo de los materiales se mide entre la fuente y el centro de gravedad de la obra, sin tener en cuenta acarreos adicionales para su procesamiento. Por lo tanto, de común acuerdo con el contratista, se decide aceptar el pago de acarreo adicional como se estableció en el oficio antes mencionado.

5) MANTENIMIENTO DE CARRETERA:

Para evaluar este punto, se tuvieron en cuenta los siguientes aspectos:

- El objeto contractual es muy específico y establece que las obras se ejecutarán entre el K2+000 y el K7+000 de la carretera Quibdó – Tutunendo, cualquier inversión ejecutada por fuera de estos límites, no se puede reconocer con cargo a este contrato, pues se incurre en la figura de peculado.

- La especificación particular N° 1005, es producto de un estudio que se contrató para toda la carretera Quibdó – Tutunendo, sin embargo, por limitaciones de orden presupuestal, la licitación se restringió al mencionado objeto, por lo tanto, la especificación particular, tomada textualmente, no corresponde con la realidad contractual.

-En los pliegos de condiciones en el numeral 1.20 "visita a la zona de obras", en el párrafo tercero, se establece que "serán por cuenta y responsabilidad del contratista, los costos de construcción, mejoramiento y conservación de las vías de acceso a las fuentes de materiales y ..." siendo la carretera en cuestión la misma que permite la movilización de los materiales de la fuente al proyecto, las obras de mantenimiento ejecutadas entre Quibdó y el inicio del proyecto se efectuaron para facilitar al contratista el transporte de los mismos y la conservación de su propio equipo.

- Que en ningún momento la interventoría autorizó el mantenimiento de la carretera y que actualmente no contamos con ningún registro, lo que imposibilita cualquier cuantificación.

Por lo tanto, de común acuerdo con el contratista, se decide pactar un solo valor global por el mantenimiento de la vía, que correspondería al efectuado estrictamente dentro del sector contratado y cubrirá toda la vigencia del contrato. Para ello, de acuerdo con la especificación particular N° 1005, con cargo a los ítems (sic) de "sub-base granular" y que a un costo unitario de \$12.558.00, representa \$4'734.366.00, generando un acarreo de 7.540 M³/Km, que a un costo unitario de \$500.00, representa \$3'770.000.00.

En total este reconocimiento representa \$8'504.366.00, que será pagado con cargo a los mencionados ítems (sic) en el acta de obra del mes de noviembre de 1998.

6) BASE ESTABILIZADA CON EMULSIÓN Y MEZCLA DENSA EN FRÍO:

Los precios unitarios con los cuales se pagan estas actividades corresponden a los propuestos por el contratista y constituyeron un fundamento de peso para que la Entidad tomara la propuesta como la más favorable y adjudicar el respectivo contrato, adicionalmente estas condiciones de adjudicación fueron de amplio conocimiento de los nuevo (sic) contratistas al momento de aceptar la cesión, y pensar en cambiar los precios a estas alturas del proyecto representa un cambio en las reglas de juego bajo las cuales fue adjudicado el contrato.

Es de anotar que en los pliegos de condiciones en el numeral 1.16 "aspecto ambiental" se establece que "... Los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones serán tramitados y obtenidos por cuenta y riesgo del contratista (...) esto sumado a lo establecido en el numeral 1.20 "visita a la zona de las obras", hace que algunos de los argumentos empleados por el contratista no tengan fundamento.

Por lo tanto, de común acuerdo con el contratista, se decide no tener en cuenta este punto de la reclamación.

TRANSPORTE DE MATERIAL DE TERRAPLEN:

De común acuerdo con el contratista, se decide incluir este costo dentro del nuevo ítem obra del mes de noviembre de 1998 se descontarán los valores pagados por transporte de material de terraplén, en las actas de obras anteriores.

7) IMPRIMACIÓN:

En la especificación particular N° 1042 "IMPRIMACIÓN", en su párrafo "PAGO", dice textualmente: "no habrá ningún pago separado por los trabajos de imprimación. Todos los costos relacionados con este trabajo y la previa preparación o reparación de las superficies por imprimir, deberán ser incluidos en los precios unitarios para el respectivo pavimento asfáltico, que se vaya a construir con posterioridad a la imprimación de la superficie," es claro que el precio de la imprimación de la base debió ser incluido en el ítem "mezcla densa en frío", el cual representa el pavimento asfáltico en el proyecto.

Por lo tanto, de común acuerdo con el contratista, se decide no tener en cuenta este punto de la reclamación.

8) TERRAPLENES:

En consideración a que no existiendo más fuentes alternativas, el material utilizado como terraplén fue explotado de la fuente aluvial denominada Ichó, y tras analizar las especificaciones sobre el particular y verificar que efectivamente las propuestas se hicieron considerando la ejecución del terraplén con material de préstamo lateral y cortes, que en la realidad no pudo ser a causa de la mala calidad de los materiales adyacentes a la vía, se establece que las condiciones propuestas no se ajustan a la realidad de la ejecución, por lo que, la Administración decide corregir el perjuicio económico que se generó, al pagar 6.229 metros cúbicos de terraplén ejecutado.

Por lo antes planteado, de común acuerdo con el contratista, se decide establecer un nuevo precio unitario que se denominará "terraplén con material de Ichó incluido transporte", el cual se fijó en la suma de \$18.558.00, de acuerdo al análisis de precio unitario que se anexa.

Este nuevo ítem se aprobará mediante la respectiva acta de acuerdo y se incluirá en el acta de obra del mes de noviembre, donde se descontarán \$7'294.159.00, de terraplén y \$61'409.920.00, de transporte de terraplén pagados en cuentas anteriores.

Por lo tanto en el acta del mes de noviembre de 1998, se pagará un total de \$115'597.782.00, por concepto de terraplén, generando un reconocimiento de \$46'893.703.00, en favor del contratista, subsanando de este modo los perjuicios arriba mencionados.

RESUMEN:

1. Conformación y compactación de zonas de depósito:	\$ 6'465.639.60
2. Sub – base:	\$ 11'237.268.00
3. Relleno posterior de cunetas:	\$ 0.00
4. Transporte de materiales pétreos para sub-base:	\$7'000.000.00
5. Mantenimiento de carretera:	\$8'504.366.00
6. Base estabilizada con emulsión y mezcla	\$ 0.00

		<p>densa en frío</p> <p>7. Imprimación: \$ 0.00</p> <p>8. Terraplenes \$46'893.703.00</p> <p style="text-align: right;">Total a reconocer: \$ 80'100.976.60</p> <p><i>En esta acta se plasma la plena satisfacción de las partes por los acuerdos anotados y se deja expresa constancias (sic) que el contratista renuncia abiertamente a cualquier reclamación posterior por la ejecución del contrato.</i></p>
5.	<u>"Acta de acuerdo" del 6 de noviembre de 1998</u> (f. 62, c.1)	Adopción de precio unitario no previsto: "Terraplén con Material de Ichó (Incluido el transporte)" a \$18.558.00 el metro cuadrado (m ³)
6.	<u>"Acta de acuerdo" del 26 de noviembre de 1998</u> (f. 64, c.1)	Adopción de precios unitarios no previstos: "Lineas de demarcación" (15.000 ml. a un precio de \$1.223.00), "Señales de tránsito G.1" (34 unidades por \$155.649,00) y "Defensas metálicas" (97 ml. a \$124.443,00).

3.3.7. Entre el 18 de enero de 1999 y el 23 de mayo de 2000, el INVIAS manifestó que luego de vencido el plazo contractual (30 de diciembre de 1998), la obra presentaba fallas en algunos tramos viales, como consta en los siguientes documentos:

Nº	DOCUMENTO (FOLIO)	CONTENIDO																																																																																																																																																	
1	<u>Oficio nº 99016 del 13 de enero de 1999</u> (f. 223-224, c.2)	<p>"A continuación le relaciono el resultado de los apiques realizados en la vía los días 7 de Diciembre de 1998 y 9 de Enero de 1999:</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>ABSCISA</th> <th>LADO</th> <th>E.CARPETA</th> <th>E.BASE</th> <th>OBSERV.</th> </tr> </thead> <tbody> <tr><td>6+923</td><td>IZQ.</td><td>3.0</td><td>7.5</td><td>NO CUMPLE</td></tr> <tr><td>6+903</td><td>DER</td><td>4.0</td><td>7.0</td><td>NO CUMPLE</td></tr> <tr><td>6+800</td><td>DER.</td><td>4.0</td><td>8.0</td><td></td></tr> <tr><td>6+740</td><td>IZQ.</td><td>4.0</td><td>8.0</td><td></td></tr> <tr><td>6+700</td><td>IZQ.</td><td>3.0</td><td>7.0</td><td>NO CUMPLE</td></tr> <tr><td>64680</td><td>IZQ.</td><td>2.0</td><td>8.0</td><td>NO CUMPLE</td></tr> <tr><td>6+620</td><td>DER.</td><td>3.5</td><td>6.5</td><td>NO CUMPLE</td></tr> <tr><td>6+600</td><td>DER</td><td>3.5</td><td>7.0</td><td>NO CUMPLE</td></tr> <tr><td>6+580</td><td>DER</td><td>3.0</td><td>7.5</td><td>NO CUMPLE</td></tr> <tr><td>6+520</td><td>IZQ.</td><td>3.0</td><td>8.0</td><td>NO CUMPLE</td></tr> <tr><td>6+500</td><td>IZQ.</td><td>2.0</td><td>5.0</td><td>NO CUMPLE</td></tr> <tr><td>6+480</td><td>IZQ.</td><td>4.0</td><td>7.5</td><td></td></tr> <tr><td>6+420</td><td>DER</td><td>4.0</td><td>8.0</td><td></td></tr> <tr><td>6+400</td><td>DER.</td><td>4.0</td><td>6.0</td><td>NO CUMPLE</td></tr> <tr><td>6+380</td><td>DER</td><td>3.0</td><td>8.0</td><td>NO CUMPLE</td></tr> <tr><td>6+300</td><td>IZQ.</td><td>4.5</td><td>7.5</td><td></td></tr> <tr><td>6+200</td><td>DER</td><td></td><td>11.0</td><td></td></tr> <tr><td>6+100</td><td>IZQ.</td><td>4.5</td><td>8.5</td><td></td></tr> <tr><td>6+020</td><td>DER</td><td>4.0</td><td>6.5</td><td>NO CUMPLE</td></tr> <tr><td>6+000</td><td>DER</td><td>5.0</td><td>5.0</td><td>NO CUMPLE</td></tr> <tr><td>5+980</td><td>DER</td><td>4.0</td><td>7.0</td><td>NO CUMPLE</td></tr> <tr><td>5+900</td><td>IZQ.</td><td>4.0</td><td>8.0</td><td></td></tr> <tr><td>5+800</td><td>DER</td><td>4.0</td><td>8.0</td><td></td></tr> <tr><td>5+720</td><td>IZQ.</td><td>4.0</td><td>7.5</td><td></td></tr> <tr><td>5+700</td><td>IZQ</td><td>4.0</td><td>7.0</td><td>NO CUMPLE</td></tr> <tr><td>5+680</td><td>IZQ</td><td>4.0</td><td>7.5</td><td></td></tr> <tr><td>5+270</td><td>DER.</td><td>4.5</td><td>10.5</td><td></td></tr> <tr><td>5+200</td><td>IZO</td><td>4.5</td><td>10.5</td><td></td></tr> </tbody> </table>	ABSCISA	LADO	E.CARPETA	E.BASE	OBSERV.	6+923	IZQ.	3.0	7.5	NO CUMPLE	6+903	DER	4.0	7.0	NO CUMPLE	6+800	DER.	4.0	8.0		6+740	IZQ.	4.0	8.0		6+700	IZQ.	3.0	7.0	NO CUMPLE	64680	IZQ.	2.0	8.0	NO CUMPLE	6+620	DER.	3.5	6.5	NO CUMPLE	6+600	DER	3.5	7.0	NO CUMPLE	6+580	DER	3.0	7.5	NO CUMPLE	6+520	IZQ.	3.0	8.0	NO CUMPLE	6+500	IZQ.	2.0	5.0	NO CUMPLE	6+480	IZQ.	4.0	7.5		6+420	DER	4.0	8.0		6+400	DER.	4.0	6.0	NO CUMPLE	6+380	DER	3.0	8.0	NO CUMPLE	6+300	IZQ.	4.5	7.5		6+200	DER		11.0		6+100	IZQ.	4.5	8.5		6+020	DER	4.0	6.5	NO CUMPLE	6+000	DER	5.0	5.0	NO CUMPLE	5+980	DER	4.0	7.0	NO CUMPLE	5+900	IZQ.	4.0	8.0		5+800	DER	4.0	8.0		5+720	IZQ.	4.0	7.5		5+700	IZQ	4.0	7.0	NO CUMPLE	5+680	IZQ	4.0	7.5		5+270	DER.	4.5	10.5		5+200	IZO	4.5	10.5	
ABSCISA	LADO	E.CARPETA	E.BASE	OBSERV.																																																																																																																																															
6+923	IZQ.	3.0	7.5	NO CUMPLE																																																																																																																																															
6+903	DER	4.0	7.0	NO CUMPLE																																																																																																																																															
6+800	DER.	4.0	8.0																																																																																																																																																
6+740	IZQ.	4.0	8.0																																																																																																																																																
6+700	IZQ.	3.0	7.0	NO CUMPLE																																																																																																																																															
64680	IZQ.	2.0	8.0	NO CUMPLE																																																																																																																																															
6+620	DER.	3.5	6.5	NO CUMPLE																																																																																																																																															
6+600	DER	3.5	7.0	NO CUMPLE																																																																																																																																															
6+580	DER	3.0	7.5	NO CUMPLE																																																																																																																																															
6+520	IZQ.	3.0	8.0	NO CUMPLE																																																																																																																																															
6+500	IZQ.	2.0	5.0	NO CUMPLE																																																																																																																																															
6+480	IZQ.	4.0	7.5																																																																																																																																																
6+420	DER	4.0	8.0																																																																																																																																																
6+400	DER.	4.0	6.0	NO CUMPLE																																																																																																																																															
6+380	DER	3.0	8.0	NO CUMPLE																																																																																																																																															
6+300	IZQ.	4.5	7.5																																																																																																																																																
6+200	DER		11.0																																																																																																																																																
6+100	IZQ.	4.5	8.5																																																																																																																																																
6+020	DER	4.0	6.5	NO CUMPLE																																																																																																																																															
6+000	DER	5.0	5.0	NO CUMPLE																																																																																																																																															
5+980	DER	4.0	7.0	NO CUMPLE																																																																																																																																															
5+900	IZQ.	4.0	8.0																																																																																																																																																
5+800	DER	4.0	8.0																																																																																																																																																
5+720	IZQ.	4.0	7.5																																																																																																																																																
5+700	IZQ	4.0	7.0	NO CUMPLE																																																																																																																																															
5+680	IZQ	4.0	7.5																																																																																																																																																
5+270	DER.	4.5	10.5																																																																																																																																																
5+200	IZO	4.5	10.5																																																																																																																																																

5+010	DER.	4.5	7.5	
4+990	DER.	4.0	6.0	NO CUMPLE
4+970	DER.	4.5	7.5	
4+600	IZQ.	3.0	7.0	NO CUMPLE
4+480	IZQ.	3.5	8.5	NO CUMPLE
4+460	DER.	3.0	7.0	NO CUMPLE
4+400	DER.	3.0	8.0	NO CUMPLE
4+380	DER.	4.0	6.0	NO CUMPLE
4+360	DER.	3.5	7.0	NO CUMPLE
4+180	IZQ.	4.0	8.0	

Corno es de su conocimiento los de diseño son de 7.5 para la Base Estabilizada y 4.0 la capa de por lo tanto los valores en negrilla del cuadro anterior cumplen con la especificación; de parte de ustedes una propuesta de solución con el fin de subsanar la deficiencia en espesores.

En inspección realizada el pasado Sábado 9 de Enero de 1999 por parte del inspector por la Administración Vial (...) fueron encontrados los siguientes fallos:

ABSCISA	TIPO DE FALLO
6+010 AL 6+ 020	PIEL DE COCODRILO
5+970	PIEL DE COCODRILO
5+925	PIEL DE COCODRILO
5+830 AL 5+890	PIEL DE COCODRILO
5+827	PIEL DE COCODRILO
5+810	PIEL DE COCODRILO
5+750	PIEL DE COCODRILO
5+640	PIEL DE COCODRILO
5+306	EMPOZAMIENTO EJE
5+286	OJO DE PESCADO
5+200	PIEL DE COCODRILO
4+380 AL 4+400	PIEL DE COCODRILO

A la fecha no se han corregido los empozamientos que presentan las cunetas en los tramos K6+130 lado izquierdo, K6+290 lado izquierdo, K6+330 lado derecho, K4+900 lado derecho, como tampoco se han corregido los vertederos de algunas cunetas a las pocetas, las cuales presentan los muros realzados impidiendo el acceso del agua.

Con respecto al sector comprendido entre las abscisas K5+1Cn al K5+200, no obstante que la interventoría anterior, no relacionó la construcción de filtros u otro tipo de sub-drenaje como obra pendiente de ejecución, la sub-base granular, Base Estabilizada y Capa de Rodadura colocadas en el sector, no se construyeron de acuerdo a las normas técnicas que corresponden para cada uno de estos ítems.

Finalmente y en forma comedida le recuerdo que el recibo que la interventoría hará de las obras será final y a entera satisfacción, lo cual en la fecha no se presenta en la totalidad de los ítems del contrato.

Por lo anterior no estamos de acuerdo con lo expresado por ustedes en oficio UTREDIQ-0-99 de Enero 12 de 1999, dirigido a la Ingeniera (...) Supervisora del Proyecto, en el sentido de que las obras objeto del contrato en referencia se encuentran concluidas en su totalidad."

2 **Oficio 99026 del 20 de enero de 1999** (f. 332, c.2)

"Hemos realizado visita última a la vía objeto del contrato referido encontrando que las obras correspondientes no pueden ser recibidas a entera satisfacción, considerando los siguientes puntos:

		<p>1. El sector comprendido entre las abscisas K4+100 a K5+230 presenta fallas en forma generalizada consistentes en ojo de pescado, piel de cocodrilo y segregación de agregado, además de no observarse conformación inadecuada en la rasante. Reiteramos lo dicho en oficio 99016 de enero 13 de 1999, dirigido al Residente Ing. (...) referente a que la sub base granular, Base Estabilizada y Capa de Rodadura colocadas en el sector no se construyeron de acuerdo a la norma técnica que corresponde para cada uno de estos ítems.</p> <p>2. Aunque fueron corregidos una serie de fallos reportados por la interventoría en la actualidad persiste la presencia de fallos, especialmente en el sector K4+360 al K4+400 donde se ha observado menor espesor en la capa de rodadura con ocasión del cajeo realizado para reparaciones.</p> <p>3. La señalización horizontal, especialmente la línea sobre el eje, presenta discontinuidades y contaminación con asfalto, esto debido a que hubo corrección de fallos posteriormente a la aplicación de la pintura.</p> <p>4. La limpieza general de cunetas, pocetas de alcantarillas y demás sitios de obra no ha sido terminada.”</p>
3	Oficio SCT-40249 del 4 de diciembre de 1999 (f. 336, c.2)	<p>“En relación con la ejecución de las obras objeto del asunto, me permito informarles que de acuerdo con visita de supervisión efectuada a la vía, a principios de diciembre de 1998, se pudo observar lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Se presentan numerosas fallas en la carpeta, del tipo “Ojo de pescado” y “Piel de Cocodrilo”, a todo lo largo del trayecto contratado. - El proceso constructivo es deficiente, al colocarle mezcla sin que la capa inferior esté debidamente preparada, con la humedad y terminación requeridas. - No se adecuan correctamente los sobrantes, pues se observó que existe material de deshecho (sic) en el cauce de los ríos. - No todo el personal es idóneo para realizar los trabajos, hecho corroborado por parte de la interventoría a cargo de la Regional Chocó. <p>Por todo lo anteriormente mencionado, les hago un llamado de atención, para que les den al proyecto la importancia que verdaderamente tiene, y para que se solucionen cuanto antes todos los inconvenientes referidos, o de lo contrario nos veremos en la obligación de aplicar las sanciones a que haya lugar.”</p>
3	Oficio SCT-07280 del 4 de abril de 2000 (f. 331, c.2)	<p>“Les manifiesto mi preocupación por la información suministrada por el Administrador Vial encargado de la vía citada en el asunto, referente a fallas en un tramo recientemente pavimentado por Ustedes, observaciones incluidas además en el Acta de Recibo de Obra enviada a su despacho desde el 14 de marzo del 2000, la cual no ha sido devuelta debidamente firmada.</p> <p>En vista que tampoco se ha constituido la póliza de estabilidad de la obra, les solicito a la mayor brevedad los daños presentados en la vía, suscribir el recibo definitivo de la obra junto con la Regional INVÍAS Chocó y constituir la póliza de estabilidad correspondiente.”</p>
4	Oficio SCT-012363 del 25 de mayo de 2000 (f. 328, c.2)	<p>“En atención a su comunicación No. UTREDIQQ-047-00 del 17 de mayo del 2000, relacionada con los fallos presentados en la obra objeto del asunto realizada por ustedes, esta Subdirección se permite señalar lo siguiente:</p> <p>1. En su carta No. UTREDIQQ-045-00 del 10 de abril de 2000 se estipula un saldo a favor del contratista de \$53'337.740,52 no avalado por la interventoría, por lo tanto no puede ser autorizado de ninguna manera por esta Subdirección. Por el contrario existe un saldo a favor del INV que involucra: los daños en el pavimento cuantificados por el Administrador Vial encargado del tramo para dicha época: ingeniero José Gabriel Jiménez Jaimes: así como la obra no recibida a satisfacción por la Regional INVÍAS Chocó.</p> <p>2. (...) resulta sorprendente que aseguren falsamente que nunca se les ha solicitado reparación de los daños (...).</p> <p>4. Le recuerdo que la Entidad contrató la pavimentación descrita en el</p>

		<i>asunto, la cual no se puede recibir al presentar en la fecha daños en un área de caso el 50% de la superficie contratada, y no se tiene la obligación de demostrarle mediante estudio técnico al ejecutor, que los daños son consecuencia de la mala realización de los trabajos.”</i>
--	--	---

3.3.8. Por su parte, la UT Rengifo-Disucon mediante oficios UTREDIQQ-045-00 del 10 de abril de 2000 y UTREDIQQ-047-00 del 17 de mayo de 2000 (f. 308-326, c.3) se opuso al proyecto de liquidación del contrato conforme a los cálculos realizados por el INVIAS, al considerar que estos reflejaban una serie de errores que, de ser aceptados, generarían un desequilibrio financiero en su contra.

3.4. Asuntos por resolver

En vista de lo expuesto, la Sala acomete la solución de los siguientes asuntos: (i) ¿Es procedente declarar el incumplimiento del INVIAS sobre las obligaciones del contrato 0279 de 1997? (ii) ¿Hubo un mal cálculo de las actas de reajuste por aplicación incorrecta del índice de precios que afectó a la parte actora y derivó en la responsabilidad contractual de la administración?

3.5. Análisis de la Sala

3.5.1. En relación con el **incumplimiento** contractual que protesta la parte actora, esta Sala encuentra que se trata de un asunto que reconduce al supuesto fáctico de la extensión temporal de su ejecución allende el plazo inicialmente convenido, por diversos motivos, circunstancia ésta que habría generado desfases en la ecuación financiera en desmedro de los intereses del contratista. Entre los motivos que determinaron la extensión en el tiempo de la ejecución contractual, la demandante refirió las siguientes circunstancias relevantes que, en su criterio, no le son atribuibles, y en consecuencia, darían lugar a la prosperidad de su pretensión declarativa: (i) la mayor cantidad de obra; (ii) la mayor permanencia en obra; (iii) la falencia en los estudios previos; (iv) la falta de planeación del INVIAS habida cuenta de que el INVIAS no honró la obligación, a juicio de la demandante, a su cargo, de adelantar los trámites ambientales necesarios para llevar a cabo la construcción; (v) el mal estado de las vías; (vi) las dificultades ocasionadas por el clima de la zona.

Conforme al Código de Procedimiento Civil, estatuto vigente al momento de plantearse la presente litis, *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. Por tanto, la parte que aduce en un litigio contractual, incumplimiento del lado de su contraparte, como sustento de sus

pretensiones o excepciones, soporta la carga de probar los supuestos fácticos del incumplimiento que protesta.

Pues bien, a la luz de lo probado, esta Subsección no encuentra, más allá de las meras afirmaciones de la contratista vertidas a través de la correspondencia cruzada con la entidad contratante, o de las reclamaciones formuladas durante el periodo de ejecución, medios de convicción que presten respaldo al incumplimiento que la demandante le endilga al INVÍAS. No es posible hallar asidero en alguna de dichas situaciones y menos aún declarar el incumplimiento contractual que genere el deber jurídico de indemnizar en cabeza del INVÍAS. Las mayores cantidades de obra que habría tenido que ejecutar, la aducida falencia en los estudios previos, el mal estado de las vías y la predicada inclemencia del clima, ciertamente se hicieron constar por la contratista como fundamento de sus solicitudes de prórroga del plazo de ejecución, pero tales constancias resultan insuficientes al momento de acreditar la efectiva ocurrencia de las situaciones así expuestas, máxime cuando algunas de ellas guardan relación con problemas endémicos ampliamente conocidos en el país, como es el caso de la alta pluviosidad que acusa el Chocó, o hacen referencia a problemas estructurales, lamentablemente bien conocidos en el país, como ocurre con el estado de las vías en la región en la que debía ejecutarse la obra, y que habrían sido fácilmente advertidos por un empresario medianamente diligente, con una visita al sitio antes de presentar su oferta técnico económica. Por ello, el que una de las prórrogas al plazo de ejecución haya estado motivada en las intensas lluvias en los lugares de trabajo (párr. 3.3.4.1. – documento nº 4), no presta mérito suficiente para fundamentar una pretensión de restablecimiento del equilibrio contractual.

Por otro lado:

(i) No hubo medio de convicción alguno útil para la constatación de la existencia de mayores cantidades de obra.

(ii) Para que la mayor permanencia en obra preste fundamento a una pretensión declarativa de responsabilidad contractual, no basta con la simple demostración del exceso del tiempo de ejecución respecto del plazo inicialmente pactado en el contrato, sino que es imperativo demostrar en cuáles aspectos concretos y en qué proporción se produjo la afectación por esta circunstancia, v. gr. Los impactos de esa mayor extensión del plazo en el patrimonio del contratista por causa del pago de salarios y prestaciones sociales a sus trabajadores o de la asunción de mayores costos de equipo o

maquinaria. La mayor extensión temporal solo es un presupuesto para que la mayor permanencia opere, siendo necesario precisar, a través de la prueba, cómo se afectó el equilibrio financiero de quien lo alega³³.

Como en el caso sub lite, lo único demostrado en el proceso fue que la mayor extensión del plazo de ejecución contractual, sin que se probasen los ítems y las cuantías de afectación, este supuesto tampoco daría lugar al resarcimiento.

(iii) No hubo probanza alguna que permitiera verificar la existencia de alguna falla en los estudios previos; de hecho, estos ni siquiera fueron aportados.

(iv) No está verificada la falta de planeación, ni que el INVIAS haya actuado en contravía del pliego de condiciones. Por el contrario, los propios pliegos permiten apreciar, sin mayor dificultad, que era responsabilidad del contratista adelantar los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones necesarias para la correcta ejecución del contrato (párr. 3.3.1.), siendo impertinentes las razones de la demora alegadas por el Consorcio Hormaza-Lozano, que en su momento fungía como contratista, cuando sostuvo que la tardanza en los trámites ante la autoridad competente del Departamento del Chocó era un hecho por sí solo eximente de este deber plasmado en el documento precontractual.

En este punto cabe aclarar que mediante la cesión³⁴ celebrada entre el Consorcio Hormaza – Lozano y la UT Rengifo – Disucon la posición del contratista originario se sustituyó en el segundo en la totalidad de sus derechos y obligaciones, comoquiera que en el acto de cesión (párr. 3.3.4.) no se hicieron constar excepciones ni reservas en los derechos y obligaciones que asumió el cesionario, y este manifestó expresamente conocer el estado de las obligaciones referentes a su posición dentro del contrato, expresión de voluntad trascendental y que explica, desde la perspectiva del

³³ En ese sentido, consultar: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección B. Sentencia del 30 de noviembre de 2016. Rad. 25000-23-26-000-1993-08717-01. Exp. 29368. Párrafos 86 a 89.

³⁴ La cesión del contrato estatal consiste “en la sustitución de uno de los extremos de la relación contractual, y se efectúa tanto en negocios de tracto sucesivo como de ejecución instantánea -que no se hayan cumplido total o parcialmente, según dispone el artículo 887 del Código de Comercio -. // Además, cualquiera de las partes –contratante o contratista- puede sustituirse por un tercero –llamado cesionario-, quien en adelante será el titular de los derechos y obligaciones que proceden del contrato, ocupando material y jurídicamente la posición que antes tenía el cedente, lo que implica, para éste, la extinción de su relación jurídica, para ser transferida al cesionario, quien en adelante ostentará la calidad de contratista –toda vez que en materia contractual estatal lo común es la cesión del contratista, aunque ya se dijo que también aplica respecto del contratante - y a quien la administración exigirá el cumplimiento de las obligaciones.” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2013. Rad. 52001-23-31-000-1999-00985-01. Exp. 23088)

cumplimiento de las obligaciones del contrato bajo análisis, que las expresiones, acciones y omisiones del cedente vinculan al cesionario, pese a que este no haya participado en su comisión.

Ahora bien, la Sala no puede pasar por alto, que –como lo expresó la sentencia de primera instancia- la demandante tampoco demostró el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, y este es un presupuesto ineludible para que proceda el estudio del incumplimiento de la parte contraria. Así la Sección, reiterando su jurisprudencia³⁵, precisó:

“...del artículo 1609 del C.C. (...) se extrae la regla en virtud de la cual no es permitido ni admisible que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma no lo haya hecho, en tanto que sería injusto permitir o patrocinar que quien no ha cumplido las obligaciones que correlativamente asumió, pudiera reclamar del otro que tampoco ha cumplido lo acordado.

Quiere decir lo anterior que el éxito de la acción de controversias contractuales de que trata el artículo 87 del C.C.A. cuando se pretende obtener el incumplimiento del contrato y la condena en perjuicios presupone que la parte que la ejerce acredite en el proceso haber cumplido o estado presto a cumplir sus obligaciones; o lo que es igual, para abrir paso a pretensiones en ese sentido la parte que las invoca debe probar que satisfizo las obligaciones que le incumben o se allanó a hacerlo, para demostrar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que éstas son exigibles y que, por tanto, se encuentra en mora para su pago.

*En conclusión, en los contratos bilaterales o conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la Administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse, la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas.*³⁶

Ahora, acerca de la pretensión que versa sobre el supuesto cálculo errático de las **actas mensuales de obra y de reajuste**, la Sala se remite al dictamen pericial practicado durante esta instancia, y procede a su valoración.

³⁵ “...tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante. // En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada...” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de febrero de 2005. Rad. 70001-23-31-000-1996-05716-01(14937))

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio de 2009. Rad. 23001-23-31-000-1997-08763-01(17552).

Como se precisó anteriormente (párr. 3.2.): (i) el perito partió de la base de que en el contrato n° 279 hubo un anticipo del 20% del valor del contrato y no un pago anticipado, como lo indicaba el texto del negocio jurídico. Tal apreciación la fundamentó en que al manejar la expresión “AMORTIZACIÓN ANTICIPO: 20%”, se puso en evidencia que, distinto a lo literalmente pactado (párr. 3.3.2.3.), las partes manejaron ese porcentaje del valor del contrato como un anticipo (párr. 3.2.3.1.).

De otro lado, (ii) el experto efectuó su análisis señalando que los índices aplicables a cada acta correspondían al del mes en que se ejecutaron las obras objeto de cada acta y no a aquella en donde se efectuó la entrega del mencionado porcentaje –en su parecer- de anticipo, arrojando una cifra supuestamente adeudada por el INVIAS a la actora en virtud del desfase ocasionado por no liquidar con los índices adecuados (párr. 3.2.1.1. a 3.2.1.3.)

El INVIAS hizo referencia a este dictamen mediante escrito en el que solicitó aclaración y complementación del peritaje (párr. 3.2.2 a 3.2.2.4.). La Sala coincide con las apreciaciones allí vertidas, más allá de la consabida diferencia entre anticipo y pago anticipado³⁷, por las siguientes razones:

Primero, el perito parte de una apreciación equívoca de la cláusula octava del contrato en la que se lee (párr. 3.3.2.4.) que inicialmente el “Índice de Costos de Construcción de Carreteras” correspondía al mes en que se efectuó el pago anticipado, y que posteriormente: “Una vez legalizado el (los) pago (s) anticipado (s) que se concedieren durante la ejecución del contrato, el valor de l corresponderá al del mes anterior al pago del Acta”.

Acorde con esta cláusula, para el logro de la prosperidad de su pretensión, la parte actora corría con la carga de demostrar el momento en que culminó la legalización del llamado “pago anticipado”, porque sería ese el momento a partir del cual, la administración debía liquidar las actas basándose en el índice de precios anterior al

³⁷ Sobre la cual, de manera invariable, la jurisprudencia ha sostenido que mientras en el anticipo “se han considerado públicos u oficiales los recursos y de la exclusiva propiedad del ente estatal constituyéndose en un adelanto, avance o anticipo del precio no causado para la iniciación del objeto contractual, los trabajos o servicios, la atención de los gastos preliminares y su aplicación a los fines del contrato, que sólo se incorporan al patrimonio del contratista e implican un pago en la medida de su amortización. Por el contrario, en el pago anticipado, se ha señalado que es un pago del precio y, por tanto, se incorpora al patrimonio del contratista y es de su propiedad.” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 5 de julio de 2006. Rad. 68001-23-15-000-1998-01597-01(24812)).

mes en que se firmaba el acta. Empero, el proceso se encuentra huérfano de pruebas en tal sentido.

Contrariando este claro entendimiento de la cláusula octava, el perito partió de una base no comprobada por la actora en el plenario: que desde las primeras actas mensuales de obra y de reajuste suscritas por las partes, la administración debía tomar el índice anterior al del mes del acta porque ya se había efectuado la legalización completa del pago anticipado.

Segundo, el dictamen parte de una opinión personal del perito sobre lo que él consideró como el manejo dado a ese 20% del valor del contrato que modificara la naturaleza destinada inicialmente por las partes del negocio ahora en litigio, a partir de una mera expresión en las actas y no de una lectura comprensiva del expediente, del texto contractual, de la destinación de esos dineros, de su administración contable o de otras tantas variables que no fueron siquiera alegadas por la parte actora y que estuvieron ausentes en su actividad probatoria.

En consecuencia, el dictamen se encuentra mal fundado, es impreciso y no muestra que la Administración haya liquidado incorrectamente las actas de reajuste. Tampoco la demandante se empeñó en demostrar los supuestos de hecho que condujeran al acceso de sus peticiones, y estas razones justifican la confirmación de la sentencia de primera instancia.

No obstante, agrega la Sala que tanto el Consorcio, en su momento, como la Unión Temporal demandante, en su calidad de parte contratista, tuvieron muchas oportunidades para alegar la supuesta falla en la liquidación de las actas, en particular, la llamada "*Acta de concertación*" del 29 de octubre de 1998 (párr. 3.3.6. – documento nº 4) en la que se respondió a los puntos de la reclamación hecha por la UT Rengifo – Disucón (párr. 3.3.4.4. – documento nº 14), puntos dentro de los cuales no estaba el supuesto desfase en las actas. Y en ninguno de los otros documentos analizados hay muestra de que este aspecto se haya tocado entre las partes.

Esta circunstancia no escapa al análisis de la Sala, comoquiera que en su jurisprudencia ha establecido que el contratista debe plantear oportunamente las solicitudes, salvedades y reclamaciones que tengan por objeto el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato estatal, en tanto se considera una

expresión exigible del comportamiento de las partes de acuerdo con la buena fe objetiva que rige estas relaciones jurídicas. Recientemente se ha dicho que:

“... además de la prueba de tales hechos es preciso, para que prospere una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud de cualquiera de las causas que pueden dar lugar a la alteración, que el factor de oportunidad no la haga improcedente.

En efecto, tanto el artículo 16 como el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 prevén que en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo “los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...”

Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.

Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como se sabe, la buena fe contractual, que es la objetiva, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”³⁸ (Se subraya).

En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.³⁹

En conclusión, estas razones confluyen para mantener el sentido del fallo apelado, denegando las pretensiones de la demanda.

3.6. Costas

³⁸ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado).” (Cita nº 23 original de la sentencia).

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 23 de octubre de 2017. Rad. 15001-23-33-000-2013-00526-01(55855)

Teniendo en cuenta la actitud asumida por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 171 del C.C.A., y dado que no se evidencia temeridad ni mala fe de las partes, la Subsección se abstendrá de condenar en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C" administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMESE la providencia apelada, esto es, la sentencia del 15 de abril de 2010 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **Devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Presidente de Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaro voto

NICOLÁS YÉPES CORRALES
Magistrado

