

Tribunal Arbitral
CONSORCIO CONLINEA 3 (Constructora Conconcreto S.A., CSS Constructores S.A. y ESTYMA Estudios y Manejos S.A.)
Vs.
Instituto Nacional de Vías INVÍAS
LAUDO

Bogotá, 26 de junio de 2019

El Tribunal Arbitral procede a dictar laudo para resolver las diferencias entre CONSORCIO CONLINEA 3 (Constructora Conconcreto S.A., CSS Constructores S.A. y ESTYMA Estudios y Manejos S.A.) y el Instituto Nacional de Vías INVÍAS.

I. ANTECEDENTES

1. EL COMPROMISO ARBITRAL Y COMPETENCIA

El pacto arbitral con base en el cual se convocó el Tribunal está contenido en la cláusula quinta del "ADICIONAL NÚMERO DOS (2) Y MODIFICACIÓN NÚMERO CUATRO (4) AL CONTRATO No. 1883 DE 2014", del siguiente tenor:

*"Las partes acuerdan incorporar en el Contrato No. 1883 de 2014 una cláusula compromisoria, y por ende se hace necesario adicionar una cláusula en el citado contrato, la cual para todos los efectos legales quedará así: **'CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.** Sin perjuicio de las facultades de interpretación y modificación unilaterales contenidas en el presente contrato, y de la aplicación de las cláusulas y potestades excepcionales contenidas en el mismo, ante cualquier diferencia relacionada con el nacimiento, ejecución, cumplimiento, terminación y liquidación de este Contrato, las partes acudirán a los mecanismos de solución de controversias*

*contractuales. Toda diferencia, reclamación, litigio o controversia derivada del presente contrato, su formación, ejecución, liquidación y/o que encuentre origen o surja con ocasión del mismo será resuelta por un tribunal de arbitramento, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1563 de 2012 o las disposiciones que las modifiquen, sustituyan o adicionen, siempre que la controversia sea susceptible de ser resuelta a través de este mecanismo de conformidad con las normas vigentes sobre la materia. Igual procedimiento se surtirá en todos los eventos que deriven del presente contrato, el Pliego de Condiciones, sus adendas, anexos y apéndices. Para tales efectos, las partes acuerdan acudir al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá, para lo cual deberán sujetarse a lo dispuesto en el reglamento de dicho centro o cualquier norma que la modifique, sustituya o adicione, en los siguientes términos: 1. El tribunal funcionará en la ciudad de Bogotá y tendrá lugar en las instalaciones del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá. 2. El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), nombrados de común acuerdo por las partes. De no darse acuerdo en el término de treinta (30) días calendario, los árbitros serán nombrados, total o parcialmente, por sorteo de la primera lista del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá. En todo caso, la demanda, instalación e intervención del tribunal de arbitramento, no suspenderá la ejecución del Contrato. 3. Los gastos que ocasione el tribunal de arbitramento serán asumidos en partes iguales. Queda entendido, en todo caso, que el arbitramento aquí previsto no constituye una derogatoria de su facultad para liquidar unilateralmente el contrato, facultad a la que podrá acudir una vez agotados los intentos y términos de liquidación del contrato de común acuerdo y siempre que no se haya iniciado ningún mecanismo de solución directa de controversias para procurar dicha liquidación. **PARÁGRAFO:** De conformidad con lo aquí pactado, las partes acuerdan que las controversias que llegasen a surgir entre las mismas, con relación a las diferencias derivadas del Contrato No. 1883*

*de 2014, hacen referencia únicamente a los **COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO; INGRESO DE CONCRETO LANZADO DESDE LOS PORTALES; REPALCO DE REZAGA DENTRO DE LAS GALERIAS DEL TÚNEL;** estas serán resueltas por el tribunal de arbitramento, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1563 de 2012 o las disposiciones que las modifiquen, sustituyan o adicionen, siempre que la controversia sea susceptible de ser resuelta a través de este mecanismo de conformidad con la (sic) normas vigentes sobre la materia”.*

El Tribunal, en audiencia del 15 de mayo de 2018, declaró su competencia para resolver la controversia, sin objeción de las partes.

2. RESUMEN DEL TRÁMITE GENERAL DEL PROCESO

La convocatoria al presente tribunal arbitral fue radicada el 7 de julio de 2017 y se admitió mediante providencia dictada en la audiencia de instalación, el 23 de noviembre de 2017.

Surtidas las notificaciones pertinentes, la demanda fue contestada por INVÍAS el 16 de febrero de 2018. El 23 de febrero siguiente se corrió traslado de las excepciones propuestas, frente a las cuales se pronunció la Convocante el 2 de marzo de 2018.

La audiencia de conciliación se llevó a cabo el 11 de abril de 2018, sin lograr acuerdo entre las partes.

El 15 de mayo de 2018 se dio inicio a la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal se declaró competente para conocer la controversia y se abrió el proceso a pruebas.

Las alegaciones de las partes se oyeron el 25 de abril de 2018, lo mismo que el concepto del ministerio público.

3. PRUEBAS RECAUDADAS

Se tuvieron en cuenta los documentos aportados por las partes en las debidas oportunidades procesales, los recibidos por petición vía oficio dirigido a INVÍAS consistentes en el expediente administrativo del Contrato No. 1883 de 2014, y los dictámenes periciales elaborados por Federico José Restrepo Posada, César Mauricio Ochoa Pérez (aportados por la Convocante), Alonso Fernando Castellanos Rueda y Eduardo Oliverio Martínez Merchán (aportados por la Convocada).

Se recibieron los testimonios de Alfonso Mesa Patiño, Orlando Ortiz Gómez, Luís Alberto García Bolívar, Luz Helena Ariza Ruiz y Juan Pablo Buriticá Palacio.

Se practicaron interrogatorios al representante de la Convocante y a los peritos autores de los dictámenes allegados por las partes.

Las partes expresaron su conformidad con las pruebas recaudadas, en audiencia del 19 de febrero de 2019.

4. AUDIENCIA DE ALEGATOS

El 25 de abril de 2019 se realizó la audiencia de alegatos, en la cual los apoderados de las partes y el agente del ministerio público hicieron sus respectivas exposiciones de manera oral y aportaron resúmenes escritos.

5. DURACIÓN DEL PROCESO

La primera audiencia de trámite terminó el 15 de mayo de 2018 y el proceso estuvo suspendido, a solicitud de las partes, en las siguientes fechas:

- Mediante auto dictado el 15 de mayo de 2018, se suspendió desde el 16 de mayo de 2018 hasta el 27 de mayo de 2018, ambas fechas incluidas.
- Mediante auto dictado el 13 de junio de 2018, se suspendió desde el 13 de junio de 2018 hasta el 9 de julio de 2018, ambas fechas incluidas.
- Mediante auto dictado el 13 de julio de 2018, se suspendió desde el 23 de julio de 2018 hasta el 20 de agosto de 2018, ambas fechas incluidas.
- Mediante auto dictado el 7 de septiembre de 2018, se suspendió desde el 10 de septiembre de 2018 hasta el 30 de septiembre de 2018, ambas fechas incluidas.
- Mediante auto dictado el 4 de octubre de 2018, se suspendió desde el 11 de octubre de 2018 hasta el 6 de noviembre de 2018, ambas fechas incluidas.
- Mediante auto dictado el 14 de noviembre de 2018, se suspendió desde el 15 de noviembre de 2018 hasta el 22 de enero de 2019, ambas fechas incluidas.

Adicionalmente, según solicitudes de las partes radicadas los días 28 y 29 de noviembre de 2018, reiterada por INVÍAS el 30 del mismo mes, se prorrogó el plazo del proceso por cuatro meses, según providencia dictada en audiencia del 23 de enero de 2019 (Acta No. 16), contados desde el vencimiento del término del proceso que, para entonces, era el 13 de mayo de 2019, de manera que el plazo máximo del proceso se extendió hasta el 13 de septiembre de 2019. Lo anterior fue ratificado por las partes mediante escritos recibidos el 6 y el 15 de marzo de 2019, y así fue reconocido según providencia del 27 de marzo siguiente (Acta No. 19).

En consecuencia, el laudo se dicta dentro del plazo legal.

6. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

6.1. LA DEMANDA

La convocatoria que dio inicio al proceso formuló las siguientes pretensiones:

"3.1. DECLARATIVAS.

PRIMERA: *Que se declare que el **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS-INVÍAS**, incumplió el Contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014, suscrito con el **CONSORCIO CONLINEA 3**, el 23 de diciembre de 2014, y cuyo objeto consiste en la '**TERMINACIÓN DEL TÚNEL PILOTO 'CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL'**", por los hechos, conductas y omisiones que resulten probadas en el proceso.*

PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL.- *Que se declare que en la ejecución del contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014, suscrito con el **CONSORCIO CONLINEA 3**, el 23 de diciembre de 2014, y cuyo objeto consiste en la '**TERMINACIÓN DEL TÚNEL PILOTO 'CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL'**", ocurrieron hechos imprevistos que rompieron la ecuación económica del contrato en contra del contratista **CONSORCIO CONLINEA 3**.*

SEGUNDA.- *Que se declare que el **CONSORCIO CONLINEA 3** cumplió integralmente el Contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014, suscrito con el **CONSORCIO CONLINEA 3**, el 23 de diciembre de 2014, y cuyo objeto consiste en la '**TERMINACIÓN DEL TÚNEL PILOTO 'CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL'**".*

TERCERA.- *Que se declare que durante la ejecución del Contrato de*

*Obra Pública No. 1883 de 2014, suscrito con el **INVÍAS**, el 23 de diciembre de 2014, y cuyo objeto es: 'TERMINACIÓN DEL TÚNEL PILOTO 'CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL'', el **CONSORCIO CONLINEA 3** incurrió en sobrecostos y perjuicios, sin causa o hecho que le fuera imputable, por los incumplimientos de la entidad contratante y la mayor permanencia generada como consecuencia de los mismos, según se pruebe en el presente proceso.*

CUARTA.- *Que se declare que **INVÍAS** deberá reconocer y pagar al **CONSORCIO CONLINEA 3**, contratista del contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014 suscrito el 23 de diciembre de 2014, la totalidad de los sobrecostos y perjuicios de toda índole en que haya incurrido en virtud del incumplimiento de INVÍAS y/o de la ocurrencia de hechos que en cualquier caso no son atribuibles a causa o hecho del consorcio contratista, del contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014 y sus Adicionales y Modificaciones, según sea probado en este proceso.*

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRINCIPAL.- *Que se declare que **INVÍAS** deberá reconocer y pagar al **CONSORCIO CONLINEA 3**, contratista del contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014 suscrito el 23 de diciembre de 2014, la totalidad de los sobrecostos y perjuicios de toda índole en que haya incurrido en virtud de los hechos imprevistos que rompieron la ecuación económica del contrato Obra Pública No. 1883 de 2014 y sus Adiciones y Modificaciones en contra del contratista **CONSORCIO CONLINEA 3**.*

4.2 (sic) PRETENSIONES DE CONDENA.

PRIMERA.- *Que se condene al **INVÍAS** al pago de la totalidad de los sobrecostos y perjuicios de todo orden en que incurrió el **CONSORCIO CONLINEA 3**, contratista del Contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014, suscrito el 23 de diciembre de 2014, y cuyo objeto es la 'TERMINACIÓN DEL TÚNEL PILOTO 'CRUCE DE LA CORDILLERA*

CENTRAL”, según se pruebe en el trámite de este proceso, particularmente, pero sin limitarse a ello, los sobrecostos y perjuicios derivados de los siguientes conceptos:

- *Mayor Permanencia.*
- *Ingreso de concreto lanzado desde los portales*
- *Repaleo de rezaga dentro de las galerías del Túnel*
- *Sobrecostos Financieros*

SEGUNDA.- *Que se condene al **INVIAS** al pago de la totalidad de los sobrecostos y perjuicios de todo orden en que incurrió el **CONSORCIO CONLINEA 3**, contratista del Contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014, suscrito el 23 de diciembre de 2014, y cuyo objeto es la 'TERMINACIÓN DEL TÚNEL PILOTO 'CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL” **por el incumplimiento** de la entidad contratante según se pruebe en el trámite de este proceso, particularmente, pero sin limitarse a ello, los sobrecostos y perjuicios derivados de los siguientes conceptos:*

- *Mayor Permanencia.*
- *Ingreso de concreto lanzado desde los portales*
- *Repaleo de rezaga dentro de las galerías del Túnel*
- *Sobrecostos Financieros*

PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN SEGUNDA.- *Que se condene al **INVIAS** al restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014 mediante el reconocimiento y pago de la totalidad de los sobrecostos y perjuicios de todo orden en que incurrió el **CONSORCIO CONLINEA 3**, sin causa o hecho que le fuere imputable, **por la ocurrencia de hechos imprevistos** según se pruebe en el trámite de este proceso, particularmente, pero sin limitarse a ellos, los sobrecostos y perjuicios derivados de los siguientes conceptos:*

- *Mayor Permanencia.*
- *Ingreso de concreto lanzado desde los portales*
- *Repaleo de rezaga dentro de las galerías del Túnel*
- *Sobrecostos Financieros*

TERCERA.- *Que se condene al INVÍAS al pago actualizado o corregido monetariamente (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero), de las sumas que resulten a su cargo desde la época en que debió hacerse el reconocimiento y/o pago hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, y que adicionalmente se ordene pagar intereses legales doblados sobre tal monto de perjuicios ya actualizado, y para el mismo período (Ley 80 de 1.993, art. 4, num. 8), según lo probado en este proceso, a favor del Consorcio CONLINEA 3, Contratista en el Contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014.*

CUARTA.- *Que se condene a INVÍAS a que en caso de que se interponga recurso de anulación contra el eventual laudo arbitral favorable a las pretensiones de esta demanda, se disponga que deben pagarse en favor del Consorcio CONLINEA 3, intereses moratorios desde el día siguiente al término establecido en el Artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, esto es, con independencia de la interposición de dicho recurso y de la fecha de ejecutoria de la eventual sentencia favorable que al efecto profiera la Sección Tercera del Consejo de Estado.*

PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN

CUARTA.- *Que se condene al INVÍAS a que en caso de que se interponga recurso de anulación contra el eventual laudo arbitral favorable a las pretensiones de esta demanda, y se asuma que el término de ejecutoria del laudo sólo se produce con la ejecutoria de la eventual sentencia de anulación de la Sección Tercera del Consejo de Estado que desestime el recurso interpuesto, se disponga que el Consorcio CONLINEA 3 tiene derecho al pago de intereses comerciales a partir del día siguiente al previsto en el Artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, y hasta el día anterior*

a la ejecutoria de dicha sentencia, e intereses moratorios a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia que desestime el recurso de anulación.

QUINTA.- *Que se condene al INVÍAS al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho”.*

Se resumen los hechos expuestos como fundamento de las pretensiones de la siguiente manera:

INVÍAS abrió licitación para contratar la “TERMINACIÓN DEL TÚNEL PILOTO – TÚNEL DE RESCATE DEL PROYECTO ‘CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL””, proceso que condujo a suscribir el contrato entre el Consorcio Conlínea 3 e INVÍAS, identificado con el número 1883, el 23 de diciembre de 2014.

La modalidad de pago fue a precios unitarios con ajustes, con un AIU del 33% (administración 23%, imprevistos 5% y utilidad 5%) y el plazo estipulado fue 12 meses, divididos en tres meses de etapa de preconstrucción y nueve meses de construcción. En los pliegos de condiciones se advirtió la estimación de este plazo *“tenido en cuenta las jornadas de trabajo de 3 turnos diarios (24 horas), siete días a la semana, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17, contenido en la Ley 1682 de 2013”*, y el plazo de preconstrucción fue contemplado *“... para que el contratista realice los trámites y permisos necesarios para la ejecución de la obra ...”*. De acuerdo con la orden de inicio impartida por INVÍAS, el plazo del Contrato se contaría desde el 15 de enero de 2015.

El contrato fue objeto de modificaciones, entre ellas la número 3, en virtud de la cual se prorrogó la etapa de preconstrucción un mes más (a cuatro meses), sin ampliar el plazo total del contrato.

A través del Adicional No. 1, suscrito el 15 de enero de 2016, se amplió en 11 meses el plazo del contrato, hasta el 15 de diciembre de 2016.

En el Adicional No. 2 y Modificación No. 4 se amplió el plazo en 9 meses (esto es, la nueva fecha de terminación del contrato era el 15 de septiembre de 2017), se adicionaron recursos por \$9.250.000.000, se aumentó el anticipo y se introdujo *"una cláusula compromisoria para la solución de controversias respecto a los Costos fijos de administración por el aumento en el plazo de ejecución del contrato; Ingreso de concreto lanzado desde los portales; y Repaleo de rezaga dentro de las galerías del Túnel"*.

El pliego de condiciones (numeral 3.8.2.) reguló lo relativo a accesos, así: *"(...) El proponente **dispondrá de las zonas previstas para ejecutar la obra y la obtención de lotes o zonas necesarias para construir sus instalaciones**, las cuales estarán bajo su responsabilidad (...)"* (resaltado original de la demanda) y el Apéndice G del mismo pliego de condiciones (Matriz de Riesgos) estableció: *"(...) El contratista tiene **disponible acceso por frente Tolima y Quindío, y debe coordinar eventual acceso por las galerías según disponibilidad en el túnel principal, igualmente, se debe permitir el acceso al túnel principal, de ser necesario** (...)"* (resaltado original de la demanda).

La demandante citó los siguientes apartes del documento "Respuestas N° 1" a las observaciones hechas por los oferentes, consideradas relacionadas con el tema de accesos:

Observación N°:	PREGUNTA	RESPUESTA
9	<i>"(...)</i> <i>3. Dado que el túnel Piloto en este momento se usa para el paso de equipos e insumos</i>	<i>(...)</i> <i>2. La matriz de riesgos establece que el contratista debe considerar en su propuesta que en el túnel</i>

	<p><i>usados en la construcción del túnel principal, solicitamos a INVÍAS indicar cuándo hará entrega de éste o si tiene previsto que interactúen el contratista seleccionado bajo el presente proceso y el que actualmente se encuentra construyendo el túnel principal, toda vez que es un aspecto determinante para la planeación de la obra, pues el tamaño del túnel piloto restringe el tránsito de equipos para actividades simultáneas.</i></p> <p>(...)</p>	<p><i>principal existe un contratista desarrollando obras y que el acceso por todas las galerías depende de las condiciones de ejecución y disponibilidad. Además, que debe permitir el acceso para la terminación del túnel en caso que se requiera y sea justificado técnicamente, por ejemplo, para actividades del cale final se (sic) no se ha dado al iniciar la construcción.</i></p> <p>(...)</p>
12	<p>(...)</p> <p>2. Sobre Plazo del Contrato. <i>Se solicita a la Entidad publique el estudio realizado para definir el proyecto en 12 meses, pues consideramos que dicho plazo es muy ajustado y más aún teniendo en cuenta que se consideran 3 meses de preconstrucción, dejando únicamente 9 meses para la construcción.</i></p> <p>(...)</p>	<p>(...)</p> <p><i>2. El plazo se fijó teniendo en cuenta las recomendaciones del diseñador y en el entendido que deban abrirse varios frentes de trabajo, la etapa de preconstrucción es un máximo de 3 meses, pero, dado que el proyecto cuenta con licencia ambiental y diseños a fase III, se espera que el contratista pueda iniciar con anticipación.</i></p> <p>(...)</p>
13	<p>(...)</p>	<p>(...)</p>

	<p>2. Observaciones técnicas:</p> <p>a) Numeral 1.1 Nota 3: Plazo de Contrato. Solicito a la entidad indique el estudio o metodología utilizada para justificar el plazo del mismo, en la medida que, incluso utilizando los 3 turnos de trabajo (7x24), el plazo de 12 meses parece un plazo muy ajustado. (...)</p>	<p>2. a) El plazo se fijó teniendo en cuenta las recomendaciones del diseñador y en el entendido que deban abrirse varios frentes de trabajo”.</p>
--	---	--

Del documento de segunda ronda de respuestas a las observaciones de los participantes de la licitación, la demanda cita:

Observación N°:	PREGUNTA	RESPUESTA
2	<p>(...)</p> <p>2. El plazo de 12 meses asignado para la ejecución del contrato nos parece claramente insuficiente, especialmente teniendo en cuenta que 3 de los 12 meses estarán dedicados a labores de Preconstrucción. Por otro lado, la escasa sección del túnel piloto dificulta los movimientos de la maquinaria y no permite la realización de actividades simultáneas y el acceso por las galerías no está</p>	<p>(...)</p> <p>2. El INVÍAS ha contemplado la ejecución de múltiples frentes de trabajo de forma continua por lo que no considera ampliar el plazo, excepto para el caso en que las condiciones de ejecución de la obra así lo exijan, lo cual será evaluado en su oportunidad.</p> <p>(...)</p>

	<p><i>garantizado, debido a las interferencias con el contratista del túnel principal, al que incluso es preciso permitirle el acceso al túnel piloto cuando lo requiera.</i></p> <p>(...)</p>	
4	<p>(...)</p> <p><i>Para lograr la ejecución de la obra en el plazo propuesto, consideramos que se debe implementar una cantidad superior a 6 frentes de trabajo simultáneos, en turnos "7x24" los 30 días del mes. Para ello, se debe contar con múltiples accesos por ambos portales y por las galerías existentes de comunicación con el túnel principal. De manera respetuosa, deseamos preguntar si INVÍAS garantiza que se pueda contar con dichos accesos continuamente, teniendo en cuenta que muy posiblemente se contará con la presencia de otros contratistas, tanto para la terminación de la excavación del túnel principal, como para su respectivo revestimiento.</i></p> <p>(...)</p>	<p>(...)</p> <p><i>5. Los accesos a los frentes de obra se revisarán según los planes de trabajo presentados por el futuro contratista y la entidad realizará las actividades de coordinación con otros contratistas, y se evaluará cada actividad al momento de su desarrollo en obra.</i></p>

<p>5</p>	<p>(...)</p> <p>3. De acuerdo a lo observado en la visita de obra, a lo largo del túnel se pudo observar una gran cantidad de redes instaladas, redes eléctricas y tuberías, las cuales interferirían con el trabajo a realizar. ¿Todas estas redes serán retiradas antes de iniciar los trabajos? De ser responsabilidad del contratista, ¿cuál sería el ítem para el cobro de estos trabajos?</p> <p>(...).</p>	<p>(...)</p> <p>3. Se solicitará al contratista actual el retiro de las redes que está utilizando antes del inicio de las obras del futuro contrato.</p> <p>(...)</p>
<p>7</p>	<p>(...)</p> <p>1.- Plazo de Ejecución: Solicitamos publicar el cronograma, incluyendo rendimientos estimados por la Entidad para definir el plazo en 12 meses.</p> <p>(...)</p>	<p>(...)</p> <p>1. El INVÍAS ha expresado que se ha planteado un cronograma de 12 meses de acuerdo a lo calculado por el diseñador con 4 frentes de obra como mínimo, no obstante, en el desarrollo de la obra se realizará evaluación del avance conforme a la multiplicidad de frentes que la práctica permita. Se solicitará al contratista actual el retiro de las redes que está utilizando antes del inicio de las obras del futuro contrato.</p> <p>(...)</p>
<p>10</p>	<p>(...)</p> <p>2. Con base en la información técnica y la</p>	<p>(...)</p> <p>2. El INVÍAS ha expresado que se ha planteado un cronograma</p>

	<p><i>visita al proyecto, solicitamos a la entidad aclarar las premisas para establecer el plazo de ejecución de la obra. Esta inquietud surge debido a que el plazo para la ejecución de las obras no permitiría acometer el alcance total del mismo.</i></p> <p><i>3. Entendemos que es posible abrir tantos frentes de trabajo como sean requeridos para poder dar cumplimiento al plazo, sin que exista restricción de acceso por el túnel principal. Le solicitamos a la entidad confirmar nuestro entendimiento.</i></p> <p><i>(...)</i></p>	<p><i>de 12 meses de acuerdo a lo calculado por el diseñador con 4 frentes de obra como mínimo, no obstante en el desarrollo de la obra se realizará evaluación del avance conforme a la multiplicidad de frentes que la práctica permita.</i></p> <p><i>3. Los accesos a los frentes de obra se revisarán según los planes de trabajo presentados por el futuro contratista y la entidad realizará las actividades de coordinación con otros contratistas, y se evaluará cada actividad al momento de su desarrollo en obra”.</i></p>
--	--	--

Según la Convocante, “...era claro que desde la etapa precontractual se había previsto un desarrollo de la obra a partir de cuatro frentes de trabajo como mínimo, condición que implicaba técnicamente, tal y como se ofreció el acceso por los portales del túnel piloto (Tolima y Quindío), así como por las galerías que lo comunican con el Túnel Principal, situaciones que debía garantizar el INVIAS”.

El Consorcio, mediante comunicación CC3-INT-001-15 de enero de 2015, remitió su plan de trabajo, el cual previó la apertura de seis frentes de trabajo a partir del acceso continuo a través del túnel principal y sus galerías. El Plan de Trabajo entregado previó una secuencia lineal, es decir, tan pronto terminara la excavación subterránea (reperfilación, excavación y

soporte) de cada frente, comenzaría la construcción del sistema hidráulico y de los rellenos (manejo de aguas definitivo, concreto lanzado y geomembrana impermeabilizante), para luego realizar la construcción de la sub-base, la base, el pavimento y, finalmente, terminar con el revestimiento. Según la demanda, esta secuencia lineal, típica en esta clase de obras (túneles), requiere múltiples accesos a la zona de obras.

La demanda expone que desde el inicio del plazo contractual se presentaron inconvenientes para el acceso al proyecto, por la negativa de parte del contratista encargado del túnel principal (Unión Temporal Segundo Centenario) a permitir el ingreso a dicho túnel, por la no entrega por parte del INVÍAS del túnel piloto y por no disponibilidad del área de los portales Galicia y Bermellón, lugar de localización de las instalaciones provisionales del Consorcio.

Luego de varias comunicaciones cruzadas entre las partes y entre INVÍAS y la Unión Temporal Segundo Centenario (contratista del túnel principal), no fue posible para la Entidad garantizar el acceso a través del túnel principal y sus galerías, por lo que se dio instrucción al Consorcio de presentar un nuevo programa de trabajo bajo el supuesto de tener acceso únicamente a través de los portales del túnel piloto, es decir -según la demanda-, un cronograma a partir de la apertura de solo dos frentes de trabajo. El nuevo cronograma también se afectó, pues no se garantizó al Consorcio el acceso a la zona de las obras, como le correspondía hacerlo a INVÍAS, ya que el contratista del túnel principal también obstaculizó el ingreso por los portales Galicia y Bermellón, según lo expresó el Consorcio Conlínea 3 en comunicación de abril de 2015. Esto condujo a la construcción de un acceso en Bermellón, autorizado por la interventoría en julio de 2015, pagado al contratista por INVÍAS. En comunicación de septiembre de 2015, el Consorcio informó una nueva interrupción del acceso a los frentes.

La Convocante también alega incumplimiento de INVÍAS en la entrega de diseños, respecto de los cuales señaló deficiencias que obligaron a INVÍAS

a realizar un ajuste geométrico integral. En mayo de 2015, cuatro meses después de iniciado el contrato, el Consorcio Conlínea 3 reiteró a la interventoría que no contaba con estudios y diseños definitivos revisados y ajustados por la entidad contratante, lo cual imposibilitaba la planeación del proyecto. El 28 de mayo de 2015, vencida la etapa de preconstrucción, INVÍAS entregó al Consorcio los diseños ajustados, que fueron objeto de revisión y solicitudes de ajustes adicionales por parte del contratista. En junio y septiembre de 2015, el contratista advirtió la necesidad de ajustar el diseño geométrico.

Los planos aprobados, en planta perfil y las secciones del proyecto, fueron entregados faltando poco menos de tres meses para el vencimiento del plazo original del contrato.

Por otro lado, en abril de 2015 INVÍAS solicitó al contratista un documento de ajuste al Plan de Manejo Ambiental (PMA). La actualización del PMA era requisito para que la ANLA permitiera el inicio de la construcción y demandaba disponer de los diseños actualizados (entre otros, un adecuado amarre topográfico, respecto de lo cual el Consorcio había advertido deficiencias, según se anotó previamente), con los cuales se contó el 28 de mayo de 2015. En consecuencia, el contratista envió el ajuste al PMA en junio de 2015 y, posteriormente, un documento de ajustes.

En relación con el Adicional No. 1, en comunicación del 22 de octubre de 2015, el Consorcio envió a la interventoría una versión ajustada del programa de obra y advirtió: *"... el conocimiento actual de las condiciones del proyecto arrojan como fecha de terminación real del proyecto, el mes de julio de 2017 (se adjunta programa de condición actual); sin embargo el Consorcio, atendiendo las instrucciones recibidas por el INVÍAS por la limitación en las vigencias, condensa el Programa para concluirlo en diciembre de 2016, de manera que artificialmente la ejecución contenida en la reprogramación desde el mes de Octubre de 2016 hasta diciembre de*

2016 no es viable y obedece únicamente a un requisito formal, según se ha solicitado”.

A través de comunicación del 28 de octubre de 2015 el contratista solicitó la aprobación formal del cronograma *“... a fin de tramitar una ampliación de plazo del Contrato hasta el 31 de diciembre de 2016 y el reconocimiento de los mayores costos asociados, que ascienden a la suma de \$8.010'568.829...”*. La interventoría consideró que la solicitud de mayores costos *“...es de manejo contractual, que no aplica para una ADICIÓN y que en razón del momento actual del Contrato, consideramos que no procede para su evaluación ...”*.

Luego de cumplir las exigencias de la interventoría, el 3 de diciembre de 2015 fueron entregados los documentos necesarios para la ampliación del plazo. El documento MSE-FR-19, suscrito el 11 de diciembre de 2015, contiene el concepto de la interventoría sobre las causas que justificaban la prórroga: *“1. Dificultad en los accesos del proyecto. (...) 2. Ajustes al Diseño Geométrico. Con el replanteo del eje del túnel piloto se verificó la presencia de desplazamientos en el área de servicio del túnel, razón por la cual fue necesario efectuar el ajuste geométrico del eje de todo el proyecto y el levantamiento de secciones transversales para establecer los volúmenes reales de obra. Dichas actividades requirieron de tiempos adicionales durante la etapa de construcción. (...) 3. Requerimientos Ambientales. Con el objeto de poder iniciar la ejecución de las obras del Túnel Piloto, el contratista debió ejecutar de manera previa varias actividades para dar cumplimiento a los requerimientos ambientales solicitados por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA, Corporación Autónoma Regional del Quindío CRQ y compromisos establecidos en las Mesas Ambientales que se llevan a cabo periódicamente con la Defensoría del Pueblo. (...) Igualmente, el contratista no pudo adelantar actividades al interior del Túnel Piloto, hasta tanto no fueron presentados a la ANLA, lo (sic) siguientes: El ajuste al Plan de Manejo Ambiental, la estructuración del Plan de Gestión del Riesgo del Vertimiento de Aguas Industriales y una evaluación ambiental*

del vertimiento de aguas industriales, requerimientos ordenados por la ANLA en las Mesas Ambientales. (...)”.

Según la cláusula primera del Adicional No. 1, su objeto fue *“Prorrogar el plazo del contrato No 1883 de 2015, desde el quince (15) de enero de 2016, hasta el 15 de diciembre de 2016. PARÁGRAFO PRIMERO: La presente ampliación del plazo del contrato, se concede por solicitud del CONTRATISTA y no implica adición en valor para EL INSTITUTO, por lo que EL CONTRATISTA efectuará la reprogramación con los recursos existentes del contrato. El presente documento se suscribe bajo el estricto e inminente respeto de los derechos contractuales de las partes. PARÁGRAFO SEGUNDO: La presente prórroga se concede sin perjuicio de las acciones que EL INSTITUTO pueda adelantar por el incumplimiento en que haya incurrido o incurra EL CONTRATISTA. (...)*”.

Según la parte convocante, y como lo expresó en comunicación CC3-INT-007-16, la anotación en el Adicional No. 1 *“El presente documento se suscribe bajo el estricto e inminente respeto de los derechos contractuales de las partes”* alude a la intención del contratista de no renunciar a su derecho a reclamar los perjuicios en sede administrativa o judicial.

El 24 de octubre de 2016, Consorcio Conlínea 3 presentó reclamación de los perjuicios por la adición del plazo contenida en el Adicional No. 1, a lo cual no accedió INVÍAS.

La Convocante alega sobrecostos correspondientes al ingreso de concreto lanzado desde los portales, repaleo de rezaga dentro de las galerías del túnel y mayor permanencia en obra.

Según la demanda, *“El incumplimiento del INVÍAS en los accesos a las obras, implicó replantear el programa de trabajo disponiendo únicamente de los portales del túnel piloto, situación que tuvo como consecuencia tener únicamente dos frentes de trabajo y que hacía técnicamente inviable lanzar*

el concreto directamente del carro mezclador, el cual únicamente podía acceder hasta donde se estuviera instalando el acero y armando las formaletas". Por lo anterior, se usaron bombas para transportar concreto a través de tuberías, para luego cargarlo nuevamente en una minimixer.

Adicionalmente, la Convocante alega que, al contar con solo dos accesos al túnel, era imposible evacuar el material resultante de las excavaciones (material de rezaga) a medida que se iba generando, por lo cual fue necesario almacenarlo temporalmente en las galerías y, después, ejecutar el *"repaleo de la rezaga en las galerías, que no es nada distinto que el tener que cargar dos veces el material ..."*.

Por último, se anotó en la demanda que el *"...aumento en el plazo del contrato contemplado en el adicional número 1 implicó entonces para el **CONSORCIO CONLINEA 3** un perjuicio económico consistente en un aumento de los costos de administración que dependen de la duración del plazo" y "el haber aumentado el plazo del contrato en un 92% - de 12 a 23 meses -, sin aumentar el valor del mismo, implica necesariamente que los perjuicios causados por los mayores costos en la administración no han sido compensados"*.

6.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La convocada se opuso a las pretensiones de la demanda y contestó los hechos como se resume a continuación.

INVÍAS reconoció la suscripción del contrato y las estipulaciones, según figuran en los pliegos de condiciones, en el texto del contrato, sus anexos, modificaciones y adiciones.

En relación con la prórroga de la etapa de preconstrucción de tres a cuatro meses en virtud de la Modificación No. 3, INVÍAS aclaró que ello se hizo a

solicitud del contratista y no implicaba adición en valor ni sobrecostos para el Instituto. Más adelante se lee en la contestación de la demanda: *"... si bien los diseños eran Fase III, se encontraron unas dificultades de coincidencia de la topografía del diseño, con la realidad encontrada en el túnel al inicio del contrato, con lo que se debieron acometer algunas actividades no contempladas en los presupuestos iniciales de la obra (los económicos y los de ejecución) que significaron algunas demoras en el inicio, las cuales fueron aceptadas como justificación para la Modificación No. 3 del Contrato. De igual manera, aunque es cierto que se contaba con licencia ambiental, el Plan de Manejo respectivo debió ajustarse y presentarse a aprobación de la ANLA (para ajustarse a la realidad del momento del inicio), ocasionando también retrasos, que después fueron aceptados como justificación de la Modificación No. 3 del Contrato ..."*.

La demandada también precisó que el Adicional No. 1 fue producto de solicitud del contratista y se pactó que no implicaba adición en valor para el Instituto.

En relación con el Adicional No. 2 y Modificación No. 4, en virtud del cual se amplió el plazo en 9 meses, se adicionaron recursos por \$9.250.000.000, se aumentó el anticipo y se introdujo una cláusula compromisoria, INVÍAS aclaró que fue producto de una petición del contratista en la cual aludió a *"... ejecución de las actividades en el sector de la falla La Soledad mencionadas anteriormente, lo que hace necesario adicionar NUEVE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$9.250.000.000) y un plazo adicional de 274 días, esto es hasta el 15 de septiembre de 2017 para ejecutar lo señalado con anterioridad y las demás actividades que están dentro del alcance del objeto del contrato priorizando el sector de la falla La Soledad que define la ruta crítica del contrato, de conformidad con el acta de modificación de cantidades que se adjunta al presente documento. (...)* el Consorcio Conlínea 3, presentó solicitud de ampliación del porcentaje de anticipo previsto en la *CLAUSULA SEXTA* del contrato por valor de *DIECISIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES DE PESOS*

(\$17.352.000.000) que corresponde al 17,93% del valor básico del contrato para un porcentaje global equivalente al 37,93%. (...) La ejecución de estas actividades, demanda del Consorcio realizar compras anticipadas y consecución de recursos, específicamente materiales como concretos, fibra de acero, pernos auto-formantes, arcos metálicos, mano de obra especializada y equipos, con el fin de atender de manera eficiente el contrato. (...) Con lo anterior el Instituto Nacional de Vías otorgará los medios para asegurar que el contrato se ejecute de acuerdo con las inversiones y plazos pactados (...)". INVÍAS precisó que la modificación contractual en cuestión fue validada por la interventoría con relación a dichos aspectos, exclusivamente.

La introducción de la cláusula compromisoria también derivó de petición del contratista.

INVÍAS negó que hubiera garantizado al contratista accesos al túnel piloto de forma ilimitada. El Instituto afirmó que la cita del numeral 3.8.2. del pliego de condiciones hecha en la demanda es "*parcial y sesgada*". Según la Convocada, dicho numeral "*no trae implícita más que la disposición de las zonas previstas donde se ejecutará la obra, sin aludir a obligación alguna en cabeza de INVÍAS de garantizar accesos, obtenerlos y/o entregarlos al Contratista*".

El Instituto resaltó que la obra contratada era la terminación de un túnel existente, "*...razón por la cual era deber fundamental del contratista considerar las condiciones particulares de la actividad objeto del contrato, y en especial la planeación y las acciones requeridas, entre otras, para el acceso de los materiales, la iluminación y la seguridad de la obra*".

INVÍAS señaló: "*De acuerdo con lo reconocido por el propio contratista en el hecho 4.2.1.2 de la demanda, la Matriz de Riesgos que hace parte integral del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. LP-DO-GTL-070-2014 determina con claridad que 'El contratista tiene disponible acceso por frente*

Tolima y Quindío y debe coordinar eventual acceso por galerías según disponibilidad en el túnel principal, igualmente se debe permitir el acceso al túnel principal de ser necesario". (subrayado original de la contestación de la demanda).

Para la Convocada, "...el acceso por las galerías era una posibilidad sujeta a una condición que dependía enteramente de la gestión del propio Consorcio contratista, que por lo tanto podía o no materializarse, situación que fue aceptada por el propio contratista con la presentación de la oferta y con la firma del Contrato ...". La propia matriz de riesgo anunció: "El contratista debe considerar en su propuesta que en el túnel principal existe un contratista desarrollando obras y que el acceso por todas las galerías depende de las condiciones de ejecución y disponibilidad. Además que debe permitir el acceso para la terminación del túnel en caso que se requiera y sea justificado técnicamente, por ejemplo para actividades del cale final si no se ha dado al iniciar la construcción".

Para la Convocada, las respuestas dadas a las observaciones de los participantes, en la etapa precontractual, fueron claras en cuanto a la naturaleza eventual y condicionada de los accesos al túnel piloto por las galerías del túnel principal, y si bien en ellas se hizo referencia a la necesidad de que el contratista abriera varios frentes de trabajo, ello no se equiparaba a la disponibilidad de accesos al túnel de rescate a través de las galerías del túnel principal. En la respuesta a una observación formulada por uno de los participantes de la licitación (FERROVIAL AGROMAN), "... el INVÍAS hace saber que se deben tener como mínimo 4 frentes de obra y deja claro en el mismo comentario que se evaluará la 'multiplicidad de frentes que la práctica permita'. En esa respuesta se establece un número de frentes mínimos, que debían establecerse contando con los dos accesos por portales ofrecidos por INVÍAS, y por aquellos que lograra conseguir el contratista como resultado de sus gestiones de coordinación con los demás contratistas, dejando claro que la cantidad de frentes podría evaluarse dependiendo de la cantidad que la práctica permitiera".

Adicionalmente, en la contestación de la demanda se anotó que la mención en las respuestas a las observaciones de los participantes en la etapa precontractual, sobre actividades de coordinación por parte de INVÍAS con el contratista del túnel principal *"...no es en modo alguno compromiso de gestionar la obtención de esos accesos, y menos de obtener resultados exitosos en su disposición"*.

INVÍAS negó que el programa de obra entregado por el contratista hubiera previsto la apertura de seis frentes de trabajo a partir del acceso continuo a través del túnel principal y sus galerías, y *"En todo caso, si el desarrollo del programa de ejecución de la obra requería de los accesos por las galerías del túnel principal, ello necesariamente implicaba la gestión de coordinación del CONSORCIO CONLÍNEA 3 con el contratista del túnel principal para la obtención de esos accesos en los términos descritos en la Matriz de Riesgos del Pliego de Condiciones"*. El Instituto considera que *"... la metodología de trabajo a la cual se aduce en los hechos de la demanda corresponde a cada uno de los sectores del túnel, por lo que efectivamente reconoce que podrían existir múltiples frentes de trabajo simultáneos. Constituye entonces una contradicción en la que incurre la demanda el manifestar que la secuencia de trabajo lineal requiere múltiples accesos a la zona de obras"*.

Frente a la queja del Consorcio en cuanto a que desde el inicio del plazo contractual hubo inconvenientes para acceder a la zona del proyecto por falta de entrega del túnel piloto, no disponibilidad del área de los portales Galicia y Bermellón y negativa del contratista del túnel principal a permitir el acceso a dicho túnel, INVÍAS manifestó que mediante comunicación fechada el 13 de febrero de 2015 precisó que la entrega del túnel piloto y las coordinaciones en los portales ya habían sido realizadas, y se envió una comunicación fechada el 10 de febrero de 2015 al contratista del túnel principal, relativa a la coordinación de eventuales accesos.

En cuanto a la presentación de un nuevo plan de trabajo, por la imposibilidad de tener acceso por las galerías del túnel principal, INVÍAS señaló: *"La necesidad de presentar un nuevo programa de trabajo se derivó del fracaso por parte del CONSORCIO CONLINEA 3 en su obligación de coordinar con el contratista del túnel principal los eventuales accesos al túnel de rescate por las galerías. No puede interpretarse, como lo quiere hacer ver erróneamente el contratista en su demanda, que esa falta de diligencia por parte del Consorcio implicara además una reducción en los frentes de trabajo que eran requeridos para mantener el ritmo de la obra y cumplir con los plazos inicialmente pactados"*.

Ante las reclamaciones de la Convocante relativas a la obstrucción por parte del contratista del túnel principal del acceso por los portales Galicia y Bermellón, expresada en comunicación del abril de 2015, INVÍAS contestó que *"hacía parte del riesgo normal del proyecto que debía ser asumido por el contratista"*, era responsabilidad del contratista encargarse de las vías de acceso y la interventoría autorizó la ejecución de una vía de acceso en Bermellón.

En lo que respecta al alegado incumplimiento en la entrega de diseños, INVÍAS manifestó que los mismos estuvieron disponibles en el cuarto de datos de la licitación pública, el contratista tenía la obligación de revisarlos según el Anexo Técnico del Pliego de Condiciones, y no fue necesario un *"ajuste geométrico integral"*, como lo dice la demanda, sino *"lo que se realizó a partir de la solicitud del contratista, fue solicitar revisar a los consultores los respectivos amarres topográficos conforme a los sistemas de coordenadas, como se evidencia en el oficio No. DT-QUI 17448 del 09/04/15 (el cual se aporta como prueba), pero jamás ello constituye un ajuste geométrico integral y el contratista podía adelantar actividades de la fase de construcción que no se veían técnicamente afectadas por los ajustes requeridos al diseño geométrico"*. Según INVÍAS, la topografía y el diseño geométrico eran los únicos que presentaban algún ajuste, lo cual no significaba incumplimiento en la entrega de diseños Fase III. Las

advertencias hechas por el contratista en junio y septiembre de 2015 en cuanto a ser necesario ajustar el diseño geométrico, derivan de su obligación de revisar los diseños y presentar las sugerencias y mejoramientos que considerara indicados para optimizar los métodos constructivos y la calidad de la obra, y la hecha en septiembre obedeció a cambios topográficos entre el tiempo de construcción y el de intervención en el Contrato 1883 de 2014.

La entrega de planos aprobados por la interventoría al contratista en octubre de 2015 se hizo algunos días después de que el Consorcio Conlínea 3 enviara los planos para su aprobación. Es así que *"De acuerdo con lo previsto por el mismo Pliego de Condiciones, el cual determinó que '(...) Para lograr los objetivos planteados en el objeto de la contratación, se cuenta con el diseño fase III contratado por el INVÍAS del sector, el contratista deberá realizar una revisión del estudio y de su implantación y realizar con anterioridad y con la revisión de interventoría de sugerencias y mejoramientos que se consideren indicados para mejorar los métodos constructivos y la calidad de la obra (...)' el CONSORCIO CONLINEA 3 procedió a revisar y a solicitar la realización de los ajustes que fueron considerados pertinentes en cuanto a la topografía, el diseño geométrico y la tubería de drenajes. Dichos diseños ajustados le fueron entregados al Consorcio contratista el 28 de mayo de 2015, entrega de la que derivaron nuevas revisiones y ajustes, solicitados por el Consorcio contratista, cuyas versiones finales se recibieron de parte del CONSORCIO CONLINEA 3 en septiembre 30 y octubre 21 de 2015, para una aprobación definitiva el 23 de octubre de 2015"*.

Adicionalmente, el Instituto afirmó que *"... los ajustes en diseño geométrico no afectan el desarrollo de las demás actividades derivadas del objeto contractual, como es el caso de las inyecciones de consolidación, actividad que podía haberse realizado de forma paralela a la revisión y ajuste de los diseños. Se precisa igualmente que, en lo que respecta al inicio de las obras, las sugerencias y mejoramientos a los diseños no significaron detención de maquinaria o mano de obra, razón por la cual no se encuentra justificación de una mayor permanencia"*.

Sobre la actualización del PMA por el contratista, INVÍAS manifestó que no le constaba que fuera requisito para el inicio de la construcción, la situación de la licencia ambiental del proyecto fue informada de manera suficiente previamente a la adjudicación del contrato, era responsabilidad del contratista elaborar los estudios, diseños y/o asesorías ambientales para modificar la licencia ambiental si ello fuera requerido, era su obligación ejecutar las medidas ambientales necesarias simultáneamente al desarrollo de las obras, y el cumplimiento de obligaciones de gestión ambiental, incluyendo eventuales modificaciones, no generaban indemnización a cargo de INVÍAS.

La Convocada negó que la actualización del PMA demandara disponer de diseños actualizados (entre ellos, lo relacionado con el amarre topográfico) y, en cambio, expresó: *"Los ajustes en diseño, topográficos y de alineamientos, horizontal y vertical, que surgieron como consecuencia de las sugerencias y mejoramientos a los diseños previstas dentro del Pliego de Condiciones como responsabilidad del Consorcio contratista, no afectan necesariamente la estructura del PMA", y "... no existe relación necesaria de causalidad entre los ajustes a la topografía entregada por el INVÍAS, y el presunto efecto del trámite de ajuste al Plan de Manejo Ambiental del proyecto en el inicio tardío de las obras, pues se reitera que dicho retraso no tiene origen en la espera de los ajustes al PMA, ligados por el contratista al ajuste de los diseños, sino en la obligación impuesta por la Mesa Ambiental y acogida por la ANLA de incluir la optimización de la PTARI en ese PMA".*

Con respecto al Adicional No. 1, INVÍAS manifestó que el criterio de la interventoría fue que la ampliación del plazo hasta el 31 de diciembre de 2016 era suficiente, las razones aducidas por el contratista para solicitar la prórroga del plazo están en el Anexo No. 1 de la comunicación CC3-INT-273-15 del 3 de diciembre de 2015 y se pactó que no implicaba adición en valor para el INVÍAS. El Instituto negó que el no cumplimiento del programa

de trabajo, que antecedió a la prórroga, obedeciera a circunstancias ajenas al contratista, o que fuera resultado de no garantizar los accesos en la forma ofrecida (únicamente se ofreció acceso por los portales del túnel, no por las galerías), sino lo atribuyó a fracaso del contratista en su obligación de coordinar con el contratista del túnel principal los eventuales accesos al túnel de rescate por las galerías. INVÍAS reiteró que los diseños entregados el 27 de enero de 2015 eran Fase III y los ajustes fueron resultado del cumplimiento de la obligación del contratista de revisarlos y hacer sugerencias y mejoramientos.

INVÍAS precisó, alrededor de la estipulación del Adicional No. 1 de no implicar adición del valor, que el Instituto *"...no faltó a los postulados de la buena fe contractual, no se ha interpuesto al derecho legítimo del contratista de exponer sus puntos de vista en cuanto a las circunstancias acaecidas durante la ejecución del Contrato, ni restringió de forma alguna la suscripción de modificaciones contractuales a la renuncia por parte del Contratista a sus reclamaciones. (...) Cosa distinta es que tanto la interventoría como la Entidad hayan argumentado de forma consistente la ausencia de fundamento de los argumentos expuestos por el contratista con el fin de soportar un presunto desequilibrio contractual derivado de las circunstancias acaecidas durante la ejecución del contrato con relación a: i) el acceso al túnel de rescate por las galerías del túnel principal; ii) los ajustes a los diseños producto de las sugerencias y mejoramientos propuestos por el Consorcio contratista; iii) los ajustes requeridos al plan de manejo ambiental"*.

En la contestación de la demanda se anotó que, en agosto de 2016, se llegó a un acuerdo con el contratista del túnel principal, para permitir el ingreso del contratista CONLINEA 3 por las galerías 4 y 10, con la intención de mejorar el rendimiento de las obras. Sin embargo, *"Del seguimiento realizado por parte tanto de la interventoría como del INVÍAS se evidenció que este tránsito no aceleró significativamente el avance en obra"*.

Con posterioridad al 30 de noviembre de 2016, Consorcio Conlínea 3 tuvo libre acceso al túnel principal, y *"se presentó un ligero incremento en los rendimientos esperados"*.

Por último, INVÍAS se opuso a las alegaciones de la demanda, en relación con los perjuicios que habría sufrido el Consorcio, con fundamento, esencialmente, en los argumentos de defensa resumidos precedentemente.

En relación con el repaleo de rezaga, INVÍAS anotó, en todo caso, que *"En el acta de obra 19, con corte a agosto 14, el volumen de rezaga que se extrajo del túnel fue 8.409,44 M3"* (la demanda anotó que hasta agosto de 2016 se ejecutó un total de *"9.409,44 M3"*) y que la definición de los costos de administración se encuentra en el numeral 3.17 del Pliego de Condiciones.

INVÍAS propuso las excepciones que denominó *"INEXISTENCIA DE SALVEDADES JURÍDICAMENTE VÁLIDAS EN LOS DOCUMENTOS MODIFICATORIOS CONTRACTUALES RESPECTO DE LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS QUE EN LA DEMANDA SE ALEGAN COMO GENERADORAS DE SOBRECOSTOS O AFECTACIONES ECONÓMICAS — AUSENCIA DE LA PRESUNTA MAYOR PERMANENCIA EN OBRA ADUCIDA POR EL CONSORCIO CONLINEA 3 (NUMERALES 4.3 Y 4.7 DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA)", "TRASGRESIÓN POR PARTE DEL CONSORCIO CONLINEA 3 DEL PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA O LEX CONTRACTUS Y DEL PRINCIPIO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET— PROHIBICIÓN DE IR EN CONTRA DE LOS ACTOS PROPIOS", y "AUSENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO Y DE MAYOR PERMANENCIA EN OBRA — IMPROCEDENCIA DE LOS PRESUNTOS PERJUICIOS RECLAMADOS POR EL CONSORCIO CONLINEA 3 (numeral 4.4 de los hechos de la demanda)"*.

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El representante del ministerio público expuso su concepto de manera oral en la audiencia del 25 de abril de 2019 y entregó versión escrita del mismo a través de documento recibido el 28 de mayo de 2019.

II. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

Para efectos de resolver las controversias que han sido planteadas y expuestas por las Partes a través de la demanda y la contestación a la misma y con el propósito de satisfacer el deber que le impone el Derecho al Debido Proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, del cual son titulares dichas Partes, el Tribunal de Arbitramento procede a explicar y a justificar el fundamento y las razones que sirven de apoyo a las decisiones que se profieren mediante el presente Laudo Arbitral.

1. CUMPLIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Como asunto de decisión previa pasa el Tribunal a examinar si en el presente caso están reunidos los denominados presupuestos procesales, estos son: las condiciones de forma y de procedimiento necesarias para proferir una decisión de fondo, presupuestos constituidos por **i.-** La capacidad para ser parte; **ii.-** La capacidad para comparecer al proceso; **iii.-** La demanda en forma, y **iv.-** La competencia del juez.

i.- Capacidad para ser parte.- En cuanto a esta exigencia, regulada en el artículo 53 del Código General del Proceso –C.G.P.–, para el presente caso se tiene que el sujeto que integra la relación procesal desde el extremo activo es un Consorcio que surgió como resultado directo e inmediato de la presentación conjunta de la propuesta que las sociedades **CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A., CSS CONSTRUCTORES S.A.** y **ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A.,** formularon ante el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVIAS-** durante el curso del procedimiento

administrativo de licitación que dio lugar a que le fuera adjudicado -a dicho proponente plural- el Contrato Estatal de Obra que se celebró el día 23 de diciembre de 2014 y que se distingue con el No. 1883 de 2014.

Como es bien sabido, la capacidad contractual y la conformación de los Consorcios se encuentran claramente establecidas de manera general en los artículos 6 y 7 de la Ley 80 expedida en el año de 1993, al paso que la capacidad procesal les deviene expresamente de lo dispuesto en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -C.P.A. y C.A.-, normas legales que configuran a plenitud la hipótesis fáctica contemplada en el numeral 4 del citado artículo 53 del C.G.P., por manera que con ello se satisface para esa Parte de la Litis la exigencia en mención.

En cuanto corresponde a la Parte Convocada o Demandada, resulta claro que se trata de una persona jurídica de Derecho Público, organizada como Establecimiento Público del orden nacional, dotada de personería jurídica propia de conformidad con los dictados del artículo 52 del Decreto 2171 de 1992, adscrita al Ministerio de Transporte.

El requisito en referencia, por tanto, se encuentra debidamente acreditado, además de que no fue cuestionado durante el curso del proceso.

ii.- Capacidad para comparecer al proceso.- La capacidad para comparecer al proceso, cuya regulación la recoge el artículo 54 del mismo Código General del Proceso -C.G.P.-, está igualmente acreditada en el expediente, pues tanto el Consorcio Convocante como la Entidad Estatal Convocada han concurrido a través de quienes, de acuerdo con la ley y/o con sus estatutos o documento de representación, respectivamente, ejercen la representación legal de cada una de dichas Partes.

iii.- La demanda en forma.- Por lo que se refiere a la demanda, debe anotarse que la misma se ajustó plenamente a las previsiones contenidas a partir del artículo 82 del Código General del Proceso –C.G.P.– y por ello en su momento se dispuso su admisión mediante la respectiva providencia, a lo cual se agrega que sus pretensiones son claras, precisas y están debidamente formuladas.

iv.- La competencia del Tribunal de Arbitramento.- Dadas tanto la importancia como la trascendencia que este presupuesto reviste, a lo cual se agrega la circunstancia de que en sus alegaciones finales la Parte Convocante planteó algunos cuestionamientos de fondo acerca de la competencia del Tribunal al tiempo que hizo amplia referencia a la clase o tipo de pacto arbitral celebrado entre las Partes, todo ello a propósito de la primera excepción de mérito que la Parte Convocada formuló en su Contestación a la Demanda sustentada en que no existieron “salvedades jurídicamente válidas” en los documentos modificatorios contractuales, el Tribunal estima necesario y conveniente ocuparse a espacio del examen y el análisis de esa materia en el siguiente acápite del presente Laudo, de cuyo desarrollo se desprende con claridad y suficiencia que este presupuesto también se encuentra claramente satisfecho en el presente caso.

Por lo anterior y sin perjuicio del estudio que se aborda enseguida en torno a la **Competencia del Tribunal**, desde ya es posible puntualizar que los presupuestos procesales aludidos se encuentran reunidos a cabalidad en el presente caso y en la medida en que no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado o que amerite el saneamiento de la actuación, el Tribunal decidirá de fondo la presente controversia.

2. LA ESPECIE DE PACTO ARBITRAL CELEBRADO ENTRE LAS PARTES Y SU INCIDENCIA SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Si bien es cierto que durante el curso de la primera audiencia de trámite, llevada a cabo el día 15 de mayo de 2018, este mismo Tribunal de Arbitramento, según obra en el Auto que contiene el Acta No. 7, decidió "*[d]eclararse competente para resolver las controversias entre CONSORCIO CONLINEA 3 (Constructora Conconcreto S.A., CSS Constructores S.A. y ESTYMA Estudios y Manejos S.A.) contra Instituto Nacional de Vías INVÍAS, planteadas en la demanda y en su contestación*", no es menos cierto que dadas **i)** la importancia de esa materia –de la cual depende en buena medida la validez de los pronunciamientos que deben realizarse mediante el presente laudo–; **ii)** la necesidad de precisar cuál fue la clase o especie de pacto arbitral que celebraron las Partes y su alcance; **iii)** las limitaciones que las Partes hubieren convenido respecto de la competencia de su Juez Arbitral, y **iv)** la complejidad misma de los asuntos que constituyen el objeto mismo del litigio, son cuestiones que por su relevancia y por su trascendencia aconsejan y obligan al Tribunal a retomar el examen, detallado y de fondo, acerca de la definición sobre su propia competencia.

Agrégase a lo anterior, según ya se dejó señalado, que durante la audiencia de alegaciones finales la señora Apoderada del Consorcio Convocante sostuvo que en el presente caso el Pacto Arbitral que concluyeron las Partes pertenece a la categoría de COMPROMISO, lo cual en su criterio tendría una incidencia determinante tanto en la competencia misma del Tribunal de Arbitramento, como en la improsperidad de la primera excepción que en su contestación a la demanda arbitral presentó la Entidad Estatal Convocada.

Al respecto señaló que en el presente caso el origen y el alcance del pacto arbitral cobran sentido y pueden explicarse exclusivamente desde la perspectiva de un COMPROMISO, comoquiera que para el momento de la celebración del pacto arbitral en dicha modalidad, ya existían entre las Partes aquellas controversias que convinieron en deferir a la decisión de un

Tribunal de Arbitramento y en esa medida resultaría claro entonces que ambas Partes admitieron, de manera deliberada y consciente, que existían entre ellas diferencias relacionadas con los sobrecostos o afectaciones económicas generadas por *i)* la mayor permanencia, *ii)* el ingreso de concreto lanzado desde los portales del túnel piloto, y *iii)* el repaleo de rezaga dentro de las galerías del túnel, comportamiento contractual que, a juicio de la Convocante, dejaría sin piso la primera excepción que en su contestación a la demanda formuló la Entidad Convocada bajo el título de **"INEXISTENCIA DE SALVEDADES JURÍDICAMENTE VÁLIDAS EN LOS DOCUMENTOS MODIFICATORIOS CONTRACTUALES RESPECTO DE LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS QUE EN LA DEMANDA SE ALEGAN COMO GENERADORAS DE SOBRECOSTOS O AFECTACIONES ECONÓMICAS –AUSENCIA DE LA PRESUNTA MAYOR PERMANENCIA EN OBRA ADUCIDA POR EL CONSORCIO CONLINEA 3 (NUMERALES 4.3 Y 4.7 DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA)"**.

Añadió que si no se entiende en esa forma el pacto arbitral que en este caso celebraron las Partes y si al mismo no se le reconoce el efecto alegado, consistente en que con la conclusión de dicho pacto arbitral ambos contratantes habrían aceptado y reconocido de manera inequívoca tanto la existencia de las controversias que los separan como la necesidad de acudir al Juez del Contrato, en la modalidad de arbitraje, para que sea el Juez arbitral el que se encargue de dirimirlas, entonces habría carecido de sentido y de objeto tanto el propio pacto arbitral como la integración conjunta del correspondiente Tribunal de Arbitramento, amén de que en tal hipótesis el Tribunal carecería de competencia para proferir el presente laudo, puesto que no tendría fundamento lógico o jurídico alguno que las Partes hubieren celebrado un pacto arbitral como el que en este caso acordaron, si ellas mismas hubieren tenido la convicción de que no existían ni podían existir las anotadas diferencias por mayores costos en cuanto la ausencia de salvedades jurídicamente válidas en los documentos modificatorios del Contrato habrían hecho imposible jurídicamente la formulación de

reclamaciones como las que contiene la demanda que en este caso debe fallarse.

Como queda visto, lo anterior obliga al Tribunal a revisar la modalidad específica que corresponde al pacto arbitral celebrado entre las Partes y la incidencia que dicha determinación podría tener tanto sobre la competencia que le asiste para proferir el presente laudo arbitral, como acerca de la aludida excepción primera, perentoria o de fondo, que en su contestación a la demanda formuló la Entidad Estatal convocada.

2.1. LOS FUNDAMENTOS BÁSICOS DEL ARBITRAJE Y LAS CLASES O ESPECIES DE PACTO ARBITRAL

Como es de amplio conocimiento, en Colombia la propia Constitución Política, a la altura de su artículo 116¹, se ocupa de prever y autorizar la posibilidad de que los particulares puedan administrar justicia en condición de árbitros, facultad cuyo ejercicio se encuentra supeditado al cumplimiento de tres (3) requisitos insustituibles, estos son: **a)** que dicha función jurisdiccional se cumpla de manera transitoria, y no permanente; **b)** que los árbitros se encuentren debidamente habilitados por las partes, y **c)** que la actividad arbitral, en general, se desarrolle "en los términos que determine la ley".

Por su parte la Ley 1563, "[p]or medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones", al

¹ Así reza específicamente el inciso del artículo 116 de la Constitución Política que de manera expresa hace alusión al arbitraje como un mecanismo de administración de justicia:

"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".

desarrollar el precepto constitucional antes mencionado, en el inciso primero (1º) de su artículo 1 definió así el arbitraje:

"ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN, MODALIDADES Y PRINCIPIOS. *El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice".*

Mediante su artículo 3º, la misma Ley 1563 definió el pacto arbitral como "un negocio jurídico por virtud del cual las partes se someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas", al tiempo que determinó que respecto del pacto arbitral pueden identificarse dos (2) especies diferentes, la cláusula compromisoria y el compromiso, así:

"ARTÍCULO 3o. PACTO ARBITRAL. *El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.*

*"El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. **El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria.***

En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho". (Se deja destacado).

Y en punto de los elementos que diferencian específicamente a cada una de las modalidades, clases o especies del PACTO ARBITRAL, los artículos 4 y 6 de la misma Ley 1563 regulan las figuras de la CLAÚSULA COMPROMISORIA y del COMPROMISO de conformidad con los términos que se transcriben a continuación:

"ARTÍCULO 4o. CLÁUSULA COMPROMISORIA. *La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él.*

"La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere".

"ARTÍCULO 6o. COMPROMISO. *El compromiso podrá constar en cualquier documento, que contenga:*

"1. Los nombres de las partes.

"2. La indicación de las controversias que se someten al arbitraje.

"3. La indicación del proceso en curso, cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquel".

Tal como lo pone de presente la señora Apoderada de la Parte Convocante, evidentemente la jurisprudencia de las Altas Corporaciones de Administración de Justicia en Colombia se ha ocupado de resaltar y de destacar cuáles son exactamente las características y la diferencia específica que permiten distinguir entre las anotadas modalidades o tipos de PACTO ARBITRAL.

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional, en su sentencia C-878-05 de agosto 23 de 2005 y con apoyo en pronunciamientos de la Honorable Corte Suprema de Justicia, precisó:

"La diferencia tradicional entre cláusula compromisoria y compromiso ha sido entendida en que la primera deroga eventualmente la jurisdicción de los jueces ordinarios, mientras que el compromiso la deroga actualmente. (sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, de fecha 11 de febrero de 1954).

*"El compromiso, como se sabe, no forma parte del contrato inicialmente pactado entre las partes, sino que es un acto jurídico de nacimiento posterior, que surge cuando así se conviene por ellas para que se le dé solución a un conflicto posterior al contrato que, de no mediar el compromiso, debería ser decidido por la jurisdicción del Estado. El compromiso requiere la preexistencia del conflicto, de la contención, de la controversia jurídica por unos hechos determinados. No puede imponerse unilateralmente por una de las partes a otra, como un ejercicio abusivo del derecho para sustraer la decisión del litigio por los jueces. Exige, necesariamente que se pacte de manera autónoma, esto es, con una voluntad libre, exenta de vicios en el consentimiento, pues se trata nada menos de la derogación de la jurisdicción para el caso concreto."*²

Por su parte el Honorable Consejo de Estado, en su fallo de junio 6 de 2007, radicación No. 11001 03 26 000 2006 00021 00, expediente No. 32.846, destacó de la siguiente manera la diferencia que existe entre las figuras de la CLÁUSULA COMPROMISORIA y el COMPROMISO:

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia fechada en junio 6 de 2007. Radicación No. 11001-03-26-000-2006-00021-00; expediente No. 32846. Magistrado Ponente, doctor Ramiro Saavedra Becerra.

*"La característica diferencial entre la cláusula compromisoria y el compromiso, consiste en que éste último se celebra cuando ya existe una controversia entre las partes, es decir, **conflicto presente y determinado** que deciden someter a la decisión de un tribunal de arbitramento"*³.

² Corte Constitucional. Sentencia fechada en 23 de agosto de 2005. Referencia D-5669; Sentencia C-878-05. Magistrado Ponente, doctor Alberto Beltrán Sierra.

³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia fechada en junio 6 de 2007. Radicación No. 11001-03-26-000-2006-00021-00; expediente No. 32846. Magistrado Ponente, doctor Ramiro Saavedra Becerra.

Mediante el fallo de febrero 20 de 2008, radicación No. 11001-03-26-000-2007-00012-00, expediente No. 33670, el Honorable Consejo de Estado, a referirse al tema en examen, puntualizó:

"Otro aspecto que merece especial relevancia radica en la naturaleza del acto habilitante, esto es del pacto arbitral, ora en la modalidad de cláusula compromisoria ora en la de compromiso, el cual como fuente es en sí mismo un contrato o negocio jurídico que genera un vínculo inescindible, pues es sólo a partir de ese preciso negocio jurídico que se demarcan los límites tanto temporales como materiales de las competencias que de allí se derivan. Por consiguiente, no podrán someterse a la decisión de árbitros asuntos que no tengan vinculación directa con dichos contratos, tanto desde el punto de vista material, como temporal, caso en el cual se corroboraría la inexistencia de habilitación.

*"En este punto cobra importancia la distinción conceptual que existe entre la cláusula compromisoria y el compromiso, lo cual amerita precisamente, diferencias importantes en su regulación. Pues bien, el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 define como **pacto arbitral** el acuerdo por cuya virtud las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces, pacto que en tanto **género** puede materializarse a través de una **cláusula compromisoria** o un **compromiso**, modalidades que comportan características propias que bien vale la pena recordar para diferenciar sus alcances.*

*"Se tiene entonces que mediante la estipulación de una cláusula compromisoria⁴ las partes acuerdan someter "eventuales diferencias" que puedan surgir con ocasión de la suscripción de un contrato, de donde resulta evidente que: **i).** La **cláusula compromisoria** contiene una **renuncia anticipada**, ex ante, que las partes convienen respecto de la jurisdicción permanente ante la eventualidad de un futuro conflicto entre ellas, por tanto, está llamada a **aplicarse en relación con diferencias surgidas a partir de su celebración**, aspecto que se denominará **requisito***

⁴ Artículo 118 del Decreto 1818 de 1998.

temporal; ii). Esta cláusula está concebida desde el momento de su celebración, por tanto, para operar en caso de "eventuales diferencias", sin que de manera concreta pueda anticiparse la existencia cierta de las mismas, es decir, no se fijan extremos de la controversia pues los conflictos son **futuros e inciertos**, aunque necesariamente deben estar directamente vinculados con el objeto del contrato que las origina, en estricto sentido **material**, de lo cual se colige que en ningún caso la cláusula compromisoria podría tener efectos en relación con materias no previstas o ajenas por completo a la relación jurídica de origen como tampoco está llamada a generar, en principio, efectos retroactivos.

"En el **compromiso**⁵, en cambio, las partes se encuentran **i)** frente a una controversia **presente** y, por consiguiente, **ii) determinada**, por manera que su renuncia a la jurisdicción permanente tiene lugar con posterioridad, ex post, al surgimiento del conflicto, por lo cual, en virtud de sus características, el compromiso se celebra para que una controversia existente y, por tanto, cierta, sea resuelta por la vía arbitral y, es por ello que el artículo 119 del Decreto 1818 de 1998 exige la indicación precisa de las diferencias y conflictos que se someterán a arbitraje.

"En otras palabras, la **cláusula compromisoria** ha de pactarse en forma previa a cualquier conflicto que surja entre los suscribientes del contrato que le da origen, ya sea en el mismo texto o en acto separado, mientras que ante la existencia cierta de una determinada controversia habrá lugar a pactar un **compromiso (...).**"

"Así las cosas, la interpretación que realice el operador judicial en relación con la **cláusula compromisoria** debe consultar la voluntad de las partes y a ella le son aplicables, por igual, las demás reglas de interpretación de los contratos, sin que el juez respectivo -arbitral o de anulación-, pueda sustituir el consentimiento que le da origen, condición que impone una

⁵ Artículo 199 del Decreto 1818 de 1998.

valoración rigurosa de su contenido pues cualquier falla respecto de su existencia o validez podrá proyectarse sobre el propio laudo arbitral.”⁶

Así mismo, en la sentencia de marzo 7 de 2012, radicación No. 76001-23-31-000-1997-04862-01, expediente No. 18013, a propósito de la distinción que cabe realizar entre las especies de la CLÁUSULA COMPROMISORIA y el COMPROMISO, el Honorable Consejo de Estado precisó:

“... también se puede concluir que la cláusula compromisoria tiene su fuente en un contrato y que tiene por objeto solucionar eventuales litigios entre las partes que lo celebran. Es igualmente dable deducir que la cláusula compromisoria debe pactarse antes de que llegue a surgir cualquier tipo de conflicto entre las partes que celebran el contrato que le da origen a la estipulación, ya sea incluyéndola en el contrato o en acto separado, la cual deberá contener la designación de las partes y la determinación del contrato (...).”

“El compromiso, a su turno, como ya se mencionó, constituye otra de las modalidades del pacto arbitral, consiste en un acuerdo o negocio jurídico celebrado por las partes respecto de las cuales ya existe un conflicto -que puede estarse tramitando o no judicialmente-, y se persigue que no sea dirimido por la justicia ordinaria sino por un Tribunal de Arbitramento.

“.....”

“El Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples providencias acerca de la naturaleza del pacto arbitral y ha concluido que el mismo siempre debe ser expreso, puesto que no se presume y que su finalidad de trascendental importancia consiste en delimitar la competencia de los árbitros. Así, en providencia del 24 de junio de 1996, la Sala de Consulta y Servicio Civil explicó:

⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Providencia fechada en 20 de febrero de 2008. Radicación No. 11001-03-26-000-2007-00012-00; expediente No. 33670. Parte Demandante: EMPRESA COLOMBIANA DE GAS -ECOGAS-; Parte demandada: PROMIGAS S.A. E.S.P.

"....."

"1.3 El pacto arbitral puede revestir una de las dos modalidades, la cláusula compromisoria o el compromiso.

"Mediante la cláusula compromisoria las partes acuerdan solucionar total o parcialmente eventuales diferencias que puedan suscitarse en relación con un contrato que hubieren celebrado. En este caso difieren en el proceso arbitral la solución de un litigio que llegare a surgir entre ellos (...)".

"La cláusula compromisoria tiene su fuente jurídica en un contrato con la finalidad de procurar solucionar eventuales litigios entre las partes que lo celebran. De consiguiente, no podrán someterse a la decisión de árbitros asuntos que no tengan vinculación alguna con dicho contrato. Esto quiere decir, que la cláusula compromisoria debe haberse pactado previamente a cualquier conflicto que surja entre los suscribientes del contrato que le da origen ya sea en el mismo contrato, ya en acto separado en el que se designen las partes y se determine el contrato.

"Cuando en la cláusula compromisoria no se delimita su ámbito, es decir, no se precisa los litigios eventuales que se sometan a ella, debe entenderse que esta se extiende a cualquier conflicto que directa o indirectamente tenga relación con el contrato que le sirvió de fuente.

"1.4. Por su parte, el compromiso se pacta con ocasión de un conflicto surgido entre dos o más personas sin importar que esto ocurra antes o después de iniciado el proceso judicial Ello equivale a decir que se requiere la existencia de un litigio determinado, relacionado o no con un vínculo contractual, y que desde luego no es potencial o eventual a diferencia de lo que ocurre en el caso de la cláusula compromisoria, en la que se pacta

acogerse a todo un procedimiento para la solución de un litigio eventual surgido de un contrato celebrado”⁷”⁸.

2.2. DETERMINACIÓN DEL TIPO DE PACTO ARBITRAL EN EL CASO BAJO ESTUDIO

Pues bien, en el caso que ahora se estudia y se decide, tal como obra dentro del expediente y así se ha registrado con anterioridad dentro del presente laudo, las Partes hicieron expresa su voluntad conjunta de habilitar a la justicia arbitral mediante la celebración del pacto que recoge la cláusula quinta del “ADICIONAL NÚMERO DOS (2) Y MODIFICACIÓN NÚMERO CUATRO (4) AL CONTRATO No. 1883 DE 2014”, cuyo tenor literal conviene transcribir de nuevo, dada la importancia que el mismo reviste para el análisis que aquí se adelanta:

*“Las partes acuerdan incorporar en el Contrato No. 1883 de 2014 una cláusula compromisoria, y por ende se hace necesario adicionar una cláusula en el citado contrato, la cual para todos los efectos legales quedará así: **‘CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.** Sin perjuicio de las facultades de interpretación y modificación unilaterales contenidas en el presente contrato, y de la aplicación de las cláusulas y potestades excepcionales contenidas en el mismo, ante cualquier diferencia relacionada con el nacimiento, ejecución, cumplimiento, terminación y liquidación de este Contrato, las partes acudirán a los mecanismos de solución de controversias contractuales. Toda diferencia, reclamación, litigio o controversia derivada del presente contrato, su formación, ejecución, liquidación y/o que encuentre origen o surja con ocasión del mismo será resuelta por un tribunal de arbitramento, de acuerdo con lo establecido en la*

⁷ Concepto 838 del 24 de junio de 1995, Roberto Suárez Franco

⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia fechada en 7 de marzo de 2012. Radicación No. 76001-23-31-000-1997-04862-01; expediente No. 18013. Parte demandante: E.R.T. S.A.; Parte demandada: EMBUGA y MUNICIPIO DE BUGA.

Ley 1563 de 2012 o las disposiciones que las modifiquen, sustituyan o adicionen, siempre que la controversia sea susceptible de ser resuelta a través de este mecanismo de conformidad con las normas vigentes sobre la materia. Igual procedimiento se surtirá en todos los eventos que deriven del presente contrato, el Pliego de Condiciones, sus adendas, anexos y apéndices. Para tales efectos, las partes acuerdan acudir al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá, para lo cual deberán sujetarse a lo dispuesto en el reglamento de dicho centro o cualquier norma que la modifique, sustituya o adicione, en los siguientes términos:

1. El tribunal funcionará en la ciudad de Bogotá y tendrá lugar en las instalaciones del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá. **2.** El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), nombrados de común acuerdo por las partes. De no darse acuerdo en el término de treinta (30) días calendario, los árbitros serán nombrados, total o parcialmente, por sorteo de la primera lista del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá. En todo caso, la demanda, instalación e intervención del tribunal de arbitramento, no suspenderá la ejecución del Contrato. **3.** Los gastos que ocasione el tribunal de arbitramento serán asumidos en partes iguales. Queda entendido, en todo caso, que el arbitramento aquí previsto no constituye una derogatoria de su facultad para liquidar unilateralmente el contrato, facultad a la que podrá acudir una vez agotados los intentos y términos de liquidación del contrato de común acuerdo y siempre que no se haya iniciado ningún mecanismo de solución directa de controversias para procurar dicha liquidación. **PARÁGRAFO:** De conformidad con lo aquí pactado, las partes acuerdan que las controversias que llegasen a surgir entre las mismas, con relación a las diferencias derivadas del Contrato No. 1883 de 2014, hacen referencia únicamente a los **COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO; INGRESO DE CONCRETO LANZADO DESDE LOS PORTALES; REPALEO DE REZAGA DENTRO DE LAS GALERIAS DEL TÚNEL;** estas serán resueltas por el tribunal de arbitramento, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1563 de 2012 o las disposiciones que las modifiquen, sustituyan o adicionen, siempre que la controversia

sea susceptible de ser resuelta a través de este mecanismo de conformidad con la (sic) normas vigentes sobre la materia”.

Una primera lectura del texto transcrito permite asumir que el pacto arbitral en él contenido corresponde a la modalidad de una típica CLÁUSULA COMPROMISORIA, en primer lugar porque la decisión de las Partes fue la de **“incorporar”** una nueva estipulación en su Contrato de Obra No. 1883 de 2014, para cuyo propósito, precisamente, procedieron a adicionarlo con una cláusula que pasó a denominarse **“CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS”**.

En segundo lugar se tiene que dentro del cuerpo de dicha cláusula contractual adicional, como parte fundamental y determinante de su propio objeto, las Partes manifestaron su voluntad de llevar a conocimiento de la justicia arbitral **“*Toda diferencia, reclamación, litigio o controversia derivada del presente contrato, su formación, ejecución, liquidación y/o que encuentre origen o surja con ocasión del mismo ... siempre que la controversia sea susceptible de ser resuelta a través de este mecanismo de conformidad con las normas vigentes sobre la materia. Igual procedimiento se surtirá en todos los eventos que deriven del presente contrato, el Pliego de Condiciones, sus adendas, anexos y apéndices”***, con lo cual resulta evidente que dichas Partes no hicieron referencia a alguna controversia concreta o a algún específico litigio presente o actual que ya hubiere surgido entre ellas, sino que tenían el propósito de llevar a conocimiento de un Tribunal de Arbitramento **“*toda diferencia, reclamación, litigio o controversia”*** que eventualmente pudiere surgir por razón o con ocasión **“*del presente contrato, su formación, ejecución, liquidación y/o que encuentre origen o surja con ocasión del mismo”***, a tal punto que ese pacto lo extendieron a **“*todos los eventos que deriven del presente contrato, el Pliego de Condiciones, sus adendas, anexos y apéndices”***.

Debe añadirse a lo anterior que en el texto del pacto arbitral en mención, las Partes dejaron expresamente a salvo la facultad legal de la Entidad Estatal Contratante para adoptar la liquidación unilateral del citado Contrato No. 1883 de 2014 en aquellos casos en que hubiesen fracasado los intentos para acordar la correspondiente liquidación de manera bilateral o conjunta y siempre que no se hubiese acudido ante el Juez del contrato para pedirle que resuelva sobre tal liquidación, lo cual evidencia, además, que para la fecha en que se acordó el pacto arbitral todavía no había terminado la ejecución del referido contrato y muchísimo menos se había definido su liquidación, por manera que resulta perfectamente lógico entender que para ese momento resultaba posible contemplar la hipótesis de que durante la etapa de liquidación que eventualmente se surtiere en el futuro, también podrían surgir eventuales controversias que igual podrían ser llevadas a conocimiento de un Tribunal de Arbitramento.

Sin perjuicio de la claridad que se desprende de los comentados apartes del pacto arbitral en estudio y que permiten advertir en ellos la alusión inequívoca a controversias o litigios inciertos, eventuales y en todo caso futuros, que pudieren llegar a surgir entre las Partes, ocurre también que dentro del mismo pacto arbitral los contratantes incluyeron un párrafo en virtud del cual precisaron y/o definieron el alcance de las expresiones "las diferencias derivadas del Contrato No. 1883 de 2014", en el sentido de establecer que las mismas "hacen referencia únicamente a los **COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO; INGRESO DE CONCRETO LANZADO DESDE LOS PORTALES; REPALCO DE REZAGA DENTRO DE LAS GALERIAS DEL TÚNEL**". (Las negrillas pertenecen al texto original; las subrayas se han agregado).

A partir de tal definición contractual, adoptada de manera voluntaria por las Partes y con efectos vinculantes para las mismas, se impone la necesidad de indagar y esclarecer si dichos aspectos a los cuales se dijo que quedaría circunscrita toda referencia del propio Pacto Arbitral a las expresiones

relacionadas con "las diferencias derivadas del Contrato No. 1883 de 2014", corresponden a conflictos o litigios pre-existentes o actuales para la fecha de suscripción del mencionado pacto arbitral en diciembre 9 de 2016 y cuya solución dio lugar a la su celebración o si con ello se pretendió realizar una delimitación de las materias o de los temas respecto de los cuales podría ocuparse el Tribunal de Arbitramento en cuanto acerca de los mismos pudieren eventualmente llegar a surgir conflictos futuros.

Al revisar el documento contractual que contiene el pacto arbitral transcrito, se encuentra que en su parte considerativa se registraron los siguientes documentos como antecedentes inmediatos de su celebración:

"CONSIDERACIONES:

"2) Que en igual sentido, el contratista solicitó "mediante comunicación con radicado INVÍAS No. 97693 del 24 de octubre de 2016, la inclusión de una cláusula compromisoria en el contrato No. 1883 de 2014, con la finalidad que las controversias suscitadas en el marco del referido contrato, sean dirimidas por un tribunal de arbitramento (...)"

"....."

"11) Que de conformidad con la Directiva Presidencial No. 3 de fecha 23 de diciembre de 2015, en sede de comité de adiciones y prórrogas, el Grupo Túnel de la Línea solicitó concepto a la Oficina Asesora Jurídica con el fin de incluir una cláusula compromisoria en el presente contrato.

"12) Que la Oficina Asesora Jurídica en el comité de adiciones y prórrogas No. 71 conceptuó favorablemente a la inclusión de la presente cláusula compromisoria. Por lo anterior, las partes hemos acordado suscribir el presente documento el cual se regirá por las disposiciones del Contrato No. 1883 de 2014 y las siguientes cláusulas (...)"

Al revisar dichos antecedentes documentales es posible apreciar lo que se registra a continuación:

- **OFICIO DE CONLINEA 3, FECHADO EN OCTUBRE 24 DE 2016, CC3-INT-587-16⁹:** a través de dicho documento el Contratista elevó su solicitud *"... en procura de una fórmula que restablezca el equilibrio contractual roto en perjuicio del Consorcio, por la imposibilidad de ejecutar el contrato con el rendimiento previsto en los Pliegos de condiciones y en la Propuesta, sino con uno sustancialmente inferior que le ha traído mayores costos, por una parte, y, por otra, para solicitar del señor Director la inclusión de una cláusula compromisoria en el contrato, como mecanismo alternativo y eficaz de solución de controversias que la referida fórmula no sea capaz de resolver (...)"*.

El contenido del oficio en mención se desarrolla, a lo largo de 54 folios, con sujeción a la siguiente estructura temática:

- "1. INFORMACIÓN GENERAL DEL PROYECTO
- "2. DESCRIPCIÓN DE LAS OBRAS DEL PROYECTO
- "3. PRINCIPALES IMPACTOS OCURRIDO DURANTE LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS.
 - "3.1 ACCESO AL PROYECTO Y FRENTE DE TRABAJO.
 - "3.2. TRATAMIENTO DE LAS ZONAS DE FALLA.
 - "3.3. AJUSTES A LOS DISEÑOS DEL PROYECTO.
 - "3.4. REQUERIMIENTOS Y OBRAS AMBIENTALES
- "4. VALORACIÓN DE LOS IMPACTOS OCURRIDOS EN LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS
 - "4.1. COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO HASTA EL MES DE DICIEMBRE DE 2016, DE ACUERDO AL ADICIONAL UNO (1) SUSCRITO EL DÍA 23 DE ENERO DE 2016.
 - 4.2. ESTRUCTURA ORIGINAL DE LOS COSTOS INDIRECTOS DEL CONTRATO

⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 456 y ss.

- "4.3. ESTRUCTURA ACTUAL DE COSTOS INDIRECTOS DEL CONTRATO (CAUSADOS) Y SU PROYECCIÓN EN EL MAYOR PLAZO.
- "4.4. EL MAYOR COSTO EN QUE HA INCURRIDO EL CONTRATISTA.
- "4.5. EN LOS COSTOS DIRECTOS
 - 4.5.1.- INGRESO DE CONCRETO LANZADO DESDE LOS PORTALES
 - "4.5.2. REPALCO DE REZAGA DENTRO DE LAS GALERÍAS DEL TÚNEL.
 - "4.5.3. OBRAS AMBIENTALES PENDIENTES DE PAGO.
- "5. SOLICITUD
- "5. (sic) FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SOLICITUD
- "6. SOLICITUD DE ESTIPULACIÓN DE CLÁUSULA COMPROMISORIA".

Mediante el referido capítulo 5 de su oficio de octubre 24 de 2016, el Contratista elevó la siguiente:

"5. SOLICITUD.

"Los numerales precedentes muestran una ruptura del equilibrio económico del contrato y su magnitud aproximada, para cuyo restablecimiento, de acuerdo con lo convenido en la reunión del 19 de octubre del 2016, solicito la aprobación de los precios no previstos denominados ingreso de concreto lanzado desde los portales (numeral 4.5.1.) y repaleo de rezaga dentro de las galerías del túnel (numeral 4.5.2.), así como la de todas las obras ambientales pendientes de pago (numeral 4.5.3.)".

Y a través del capítulo 6 de su mismo oficio de octubre 24 de 2016, manifestó:

"6. SOLICITUD DE ESTIPULACIÓN DE CLÁUSULA COMPROMISORIA.

*"En consideración de lo expresado en el presente escrito, el Consorcio Conlínea 3 respetuosamente solicita al INVÍAS, **en aras de precaver conflictos futuros entre Las Partes que guarden relación** [con] **los asuntos planteados**, establecer mecanismos de arreglo directo entre las mismas Partes, los cuales, considerando al momento de ejecución*

contractual deben ser instalados y decidir en un plazo no superior a treinta (30) días calendario, contados a partir del recibo de la presente.

"Una vez agotada la etapa de arreglo directo entre Las Partes, referido en el párrafo anterior, sin llegar a una acuerdo en relación con todas las desavenencias expresadas, solicitamos con fundamento en lo establecido en la Ley 1563 de 2012, la inserción de una cláusula compromisoria en el contrato, para que las referidas diferencias sean resueltas por un Tribunal de Arbitramento presentado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Bogotá, el cual estará sujeto a sus reglamentos y al procedimiento allí contemplado, para el cual sugerimos las siguientes reglas:

- *El Tribunal estará integrado por: tres árbitros designados por las partes de común acuerdo. En caso de que no fuere posible, los árbitros serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud de cualquiera de las partes.*
- *Los Árbitros designados deberán tener experiencia en litigios de infraestructura.*
- *El Tribunal decidirá en derecho y la ley sustancial será la de la República de Colombia.*
- *El Tribunal de Arbitramento tendrá su sede en la ciudad de Bogotá, en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*
- *La secretaría del Tribunal estará integrada por un miembro de la lista oficial de secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*
- *El Arbitraje se someterá a las tarifas previstas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, conforme a lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley 1563 de 2012.*

"Lo anterior, sobra manifestarlo, sin perjuicio de la facultad permanente que tienen las Partes de suscribir compromisos para resolver sus diferencias mediante otros mecanismos alternativos de solución de controversias.

"Estamos convencidos de que, con los mecanismos descritos, se logrará una solución especializada, rápida y objetiva a las controversias planteadas, las cuales, sin duda, son de alta complejidad y ameritan un tratamiento idóneo".

Así pues, el documento en mención evidencia que el Consorcio Contratista elevó ante la Entidad Estatal Contratante una solicitud con la finalidad de que se le restableciera el equilibrio económico del Contrato que en su criterio se había roto, propósito en relación con el cual pretendió la aprobación de unos precios no previstos en punto de algunas actividades concretas como son el ingreso de concreto lanzado desde los portales, el repaleo de rezaga y la de las obras ambientales pendientes de pago, al tiempo que aportó análisis, cifras y argumentaciones encaminadas a sustentar su petición.

También refleja dicho documento la petición que el mismo Contratista elevó para que las Partes procedieran a *"la inserción de una cláusula compromisoria en el contrato"*.

Incluso del propio documento en mención es posible deducir la inconformidad, la insatisfacción y/o la queja del Contratista frente al reconocimiento obtenido y/o pactado en relación con algunas de sus actividades contractuales, pero ello no refleja por sí solo la existencia de controversias, de pleitos o de litigios entre las Partes, y menos la intención conjunta de las mismas de llevar a conocimiento de un Tribunal de Arbitramento la solución de esas específicas diferencias.

Es más, el mismo lenguaje que al respecto utilizó en esa ocasión la hoy Convocante permite inferir que el propósito que la animó a pedir *"la*

inserción de una cláusula compromisoria en el contrato”, estaba desprovisto del propósito encaminado a que se llevaran a conocimiento de la Justicia arbitral unas determinadas y específicas controversias pre-existentes o actuales para ese momento, puesto que lo que refleja su petición era el deseo de contar con mecanismos ágiles y eficientes para la solución de las diferencias contractuales que pudieren surgir en el futuro entre dichas Partes y que ellas mismas no pudieren resolver de manera directa o amigable.

- **ACTA DE REUNIÓN No. 71 GRUPO TÚNEL DE LA LÍNEA¹⁰:** según el documento que se distingue tal como se ha señalado, el cual corresponde a la reunión del día 9 de diciembre de 2016 -esto es la misma fecha en que se suscribió el “ADICIONAL NIÚMERO DOS (2) Y MODIFICACIÓN NÚMERO CUATRO (4) AL CONTRATO No. 1883 DE 2014”-, en el aparte denominado *RESUMEN JUSTIFICACIÓN UNIDAD EJECUTORA, DOCUMENTOS SOPORTES, ANEXO*”, se lee:

“(…) POR OTRA PARTE EL CONTRATISTA SOLICITÓ MEDIANTE COMUNICACIÓN CON RADICADO INVÍAS 97693 DEL 24 DE OCTUBRE DE 2016, LA INCLUSIÓN DE UNA CLÁUSULA COMPROMISORIA EN EL CONTRATO No. 1883 DE 2014, CON LA FINALIDAD QUE LAS CONTROVERSIAS SUSCITADAS EN EL MARCO DEL REFERIDO CONTRATO, SEAN DIRIMIDAS POR UN TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO QUE SE REGIRÁ POR LA NORMATIVIDAD PREVISTA. POR LO TANTO, DE CONFORMIDAD CON LO INSTRUIDO EN LA DIRECTIVA PRESIDENCIAS No. 3 DE FECHA 23 DE DICIEMBRE DE 2015, CON RELACIÓN AL PACTO DE CLÁUSULAS COMPROMISORIAS, SE SOLICITA CONCEPTO A LA OFICINA ASESORA JURÍDICA RESPECTO DE LA INCLUSIÓN DE LA PRESENTE CLÁUSULA COMPROMISORIA.

¹⁰ Archivo “33_ACTA COMITE ADICIONES No. 71 del 9-12-2016” en CD del folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

"QUE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA EN EL PRESNETE COMITÉ DE ADICIONES Y PRÓRROGAS, UNA VEZ ANALIZADA LA DOCUMENTACIÓN QUE ACOMPAÑA EL MISMO, CONCEPÚA FAVORABLEMENTE RESPECTO DE LA INLCUSIÓN DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA DE CONFORMIDAD CON LA DIRECTIVA PRESIDENCIAL No. 3 DE FECHA 23 DE DICIEMBRE DE 2015".

Tal como puede apreciarse, del muy escueto resumen que contiene la referida Acta No. 71 en torno a la justificación que fue expuesta por funcionarios del **INVÍAS** para darle viabilidad a la solicitud que elevó el **Consortio Conlínea 3** para que se incluyera una cláusula compromisoria en el Contrato No. 1883 de 2014, no resulta posible deducir y menos establecer que la finalidad de tal aceptación hubiere estado motivada por y/o directamente encaminada a identificar unos específicos conflictos o litigios que serían los que se deferirían a un Tribunal de Arbitramento para su solución.

De otra parte, en cuanto a los testimonios que fueron rendidos durante el curso del proceso arbitral, en la Audiencia de pruebas llevada a cabo el día 4 de octubre de 2018, la señora **LUZ HELENA ARIZA RUÍZ**¹¹, declaró:

"DRA. MIER: Estuvo usted para la época en que las partes empezaron a hablar de la inclusión en el contrato del pacto de una cláusula compromisoria para que este tribunal se instaurara?"

"SRA. ARIZA: Sí.

"DRA. MIER: Usted quiere decirle al Tribunal cómo fueron todas esas reuniones, en qué época estuvo usted asistiendo a esas reuniones?"

¹¹ Transcripción ubicada en el CD del folio 593 del Cuaderno de Pruebas No. 1, archivo "Consortio Conlínea VS Invias 04 10 2018 P2 RR".

"SRA. ARIZA: Pues con respeto le puedo decir que no me acuerdo la fecha de las reuniones.

"DRA. MIER: Con quién se reunía, cómo era eso, qué pasó y principalmente por qué terminamos aceptando que se incluyera la cláusula compromisoria del contrato?

"DR. FAJARDO: Sin que precise ninguna fecha porque ya lo ha dicho, tiene alguna idea de más o menos qué época fue y si fue antes de que usted entregara la dirección de la obra en agosto de 2015, si fue después, si fue durante, no sé, si nos pudiera ilustrar un poco sobre eso?

"SRA. ARIZA: Con respeto les cuento que no sé si estuvo dentro de enero-agosto, pero yo continué trabajando para la empresa Estyma, no sé la fecha de la realización de la reunión, pero estuve en una reunión en el Instituto Nacional de Vías, con el equipo de abogados de nuestro consorcio buscando que se incluyera dentro de uno de estos documentos contractuales en donde estaban llevando la ampliación del plazo del contrato a una nueva fecha, solicitando y presentamos una redacción de una cláusula que nos permitiera a nosotros no renunciar a los derechos de reclamación posterior, dentro del conocimiento que yo tengo el Instituto Nacional de Vías redactaba en el final de los contratos que la firma del presente documento no generaba ninguna reclamación o que el contratista renuncie a todas las reclamaciones posteriores, y lo que nosotros buscábamos era poder dejar una redacción de una cláusula con la salvedad porque en ese momento ya sabíamos que las condiciones del contrato no eran las mismas para el contrato que nosotros nos presentamos, que es lo que yo les decía que es ese cambio tan grande de tener un contrato con una ejecución de una manera con un plazo de 12 meses a yo ejecutarlo con dos frentes y me va a llevar a un plazo totalmente diferente, lo que queríamos era garantizar nuestros derechos para poder en algún momento presentarle al Invías nuestras reclamaciones con los soportes porque además en ese momento no los teníamos porque ni siquiera sabíamos hasta donde se iba a ir el contrato, entonces lo que buscábamos era eso garantizar nuestros derechos para poder generar en algún momento un [r]establecimiento económico, pero no sé la fecha de la realización de la reunión y nos reuniones en el Instituto Nacional de Vías con nuestros

contratos y en su momento con la directora de la oficina jurídica del Instituto Nacional de Vías.

"DRA. MIER: Que era quién?, lo que se acuerde.

"SRA. ARIZA: No.

"DR. FAJARDO: Usted recuerda cuál fue la actitud o la respuesta frente a esas posturas de ustedes por parte del Invías y simplemente para no estar insistiendo en la pregunta, nos dice que estuvo la directora de la oficina jurídica si recuerda si estuvo presente algún otro funcionario también para que nos cuente?

"SRA. ARIZA: El director del Invías autoriza la realización de la reunión y es él quien pide a la directora de la oficina jurídica que se sienta con nosotros y no recuerdo que haya estado ningún otro funcionario, la actitud de ellos era una actitud en la que nos estaban recibiendo una solicitud que nos estaban recibiendo y para revisión esa redacción de esa cláusula que nosotros estábamos presentando y hasta ahí en su momento llegamos, o sea nosotros nos paramos de la mesa sin tener la certeza de la inclusión de la cláusula, sencillamente nos están escuchando y nos están aceptando la presentación de una redacción de una cláusula, pero no nos levantamos de la mesa con un acuerdo de sí la voy a incluir, no, lo vamos a estudiar y lo revisaremos".

En la declaración del señor **JUAN PABLO BURITICÁ PALACIO**¹² del 3 de octubre de 2018, el testigo manifestó:

"DR. BENAVIDES: Usted le puede contar al Tribunal cómo se llegó al adicional No, 1 y cuáles fueron los acuerdos en que usted participó?

SR. BURITICÁ: El adicional No. 1 lo que buscaba era modificar el plazo de ejecución y hacerle un ajuste al programa de inversión

¹² Transcripción ubicada en el CD del folio 593 del Cuaderno de Pruebas No. 1, archivo "Conlínea 3 de octubre RR", página 76.

del proyecto con base digamos en las situaciones que se habían generado durante el período previo a la negociación.

En ese adicional No. 1 quedó contemplado adicionalmente que se incluiría dentro del contrato un Tribunal como el que hoy en día nos convoca y quedaba estipulado en ese adicional las motivaciones o los problemas que hasta el momento se habían manifestado y que básicamente eran la mayor permanencia y unas dificultades en los costos directos, por el cambio de la metodología constructiva, porque el cambio de la metodología constructiva al hacer el proyecto por dos frentes implicaba hacer unos reprocesos constructivos que nosotros no teníamos contemplados, que eso lo reconoció el interventor, lo reconoció el INVÍAS y por eso quedó estipulado también en ese adicional que lo iban a revisar.

DR. BENAVIDES: Es decir el INVÍAS y la interventoría fueron receptivos con todos los problemas que tuvieron ustedes como contratistas para efectos del adicional No. 1.

SR. BURITICÁ: Así es.

DR. BENAVIDES: Y ahí el interventor produjo su concepto favorable frente a esa modificación.

SR. BURITICÁ: Así es.

DR. BENAVIDES: Y lo que usted le está diciendo al Tribunal es que si el contrato principal el 1883 no tenía una cláusula compromisoria la pactaron en ese adicional No. 1?

SR. BURITICÁ: Así es.

DR. BENAVIDES: Con qué propósito si usted se acuerda?

SR. BURITICÁ: Bueno en ese momento el INVÍAS no sentía, mejor dicho, veía la problemática, INVÍAS reconocía las dificultades que teníamos, pero el funcionario se sentía atado a darnos soluciones, entonces la propuesta del funcionario fue mire continúe el proyecto de la forma como usted lo está ejecutando y esta problemática en particular que usted nos plantea, saquémosla del

contrato y dejémosla que la resuelva un Tribunal porque yo como funcionario público y estoy hablando con palabras del funcionario, no se las puedo resolver.

Entonces como teníamos tantos choques el funcionario lo que nos indicaba era saquemos el problema del proyecto, continúe usted con el proyecto, y presénteme una demanda y llevémoslo a un Tribunal que lo resuelva, entonces nosotros no le encontramos otra opción que decir, sí, adelante.

DR. FAJARDO: Podría precisarnos con un poco más de detalle en cuanto a circunstancias de tiempo, modo y lugar y la persona o personas del INVÍAS en condición de funcionarios que hicieron estas manifestaciones y formularon esta propuestas que derivaron en esos acuerdos?

SR. BURITICÁ: Eso era directamente con el director general del INVÍAS, porque la primera propuesta que nosotros le hicimos al INVÍAS que no fue acogida fue suspender el contrato, dijimos suspendamos el contrato, usted resuelva la problemática que tiene con el otro contratista, el día que usted la resuelva reactivamos el contrato y lo reactivamos en el curso normal en que fue licitado y fue ofertado.

DR. FAJARDO: Cuando dice en relación con el otro contratista a quién se refería?

SR. BURITICÁ: Al contratista que estaba ejecutando el túnel principal que era la Unión Temporal Segundo Centenario, nosotros le dijimos al INVÍAS suspendamos el contrato, usted acabe de hacer el túnel o resuelva el problema con el otro contratista, de los accesos, díganos cuándo nos va a dar acceso, el día que tenga usted eso resuelto reactivamos el contrato y nosotros ejecutamos la obra como él la había concebido y como nosotros la habíamos concebido.

A esa solicitud de nosotros ellos se opusieron, dijeron, no, yo no puedo suspender por nada el contrato de ustedes, ustedes tienen que continuar, el contrato está en ojos de todo el mundo, yo no puedo parar este contrato y continúe así, saque el problema y estoy de acuerdo con que lo llevemos a la opinión de un Tribunal”.

Y en la continuación de su declaración en el curso de la Audiencia de pruebas del día 7 de noviembre de 2018, el señor **JUAN PABLO BURITICÁ PALACIO**¹³ declaró:

"DRA. MIER: Hablemos del adicional 1 yo quiero que usted le explique al Tribunal cuáles fueron las causas que llevaron a la suscripción del adicional No. 1 en este contrato?"

SR. BURITICÁ: Bueno, el adicional No. 1 fue la modificación que se le hizo al contrato generada digamos por las afectaciones que se habían dado en el primer año del contrato, entonces ese adicional lo que buscaba era que nosotros ampliáramos el tiempo de ejecución del proyecto.

En ese adicional nosotros ya habíamos puesto de manifiesto al INVÍAS todas las afectaciones de mayor permanencia, es decir que prorrogar el contrato en esas condiciones el impacto que iban a tener esas situaciones era un impacto negativo para el Consorcio debido a una mayor permanencia que el contratista iba a tener durante la ejecución del proyecto.

En ese momento ya le habíamos presentado al INVÍAS una proyección de las afectaciones por mayor permanencia, o sea ya le habíamos dado indicaciones de cuánto podía costar más o menos esa situación y comenzamos a discutir en qué términos íbamos a firmar el adicional No. 1.

Nosotros insistimos en... origen, en ese adicional No. 1 debíamos ya incluir el tema de la mayor permanencia, situación a la que el INVÍAS siempre se opuso, el INVÍAS no estaba de acuerdo en dejar eso plasmado en un adicional y nosotros con la preocupación de que eso íbamos a llevarlo después a otra instancia, nuestro abogados la recomendación que nos dieron fue bueno tenemos que buscar la forma de que jurídicamente quede blindado ese

¹³ Transcripción ubicada en el CD del folio 593 del Cuaderno de Pruebas No. 1, archivo "Conlínea 7 de nov RR".

adicional para que en el futuro podamos hacer el planteamiento de una diferencia y buscar una solución a una controversia y por eso en ese adicional digamos quedó acordado entre las partes la redacción de un texto en donde se decía que se respetaba el derecho de las partes sobre las situaciones que hasta el momento había en controversia.

DRA. MIER: Quisiera que fuera un poquito más específico, alguna vez le fue solicitado al contratista en lo que usted conozca por parte del INVÍAS que renunciara a su derecho a reclamar la mayor permanencia?

SR. BURITICÁ: Sí, sí, sí.

DRA. MIER: Eso cómo fue?

SR. BURITICÁ: Es que para las entidades contratantes y en particular para el INVÍAS parten de la base de que si hay una prórroga uno tiene que renunciar a todo lo que haya sucedido durante digamos los eventos que llevaron a la prórroga, situación que en este caso particular no era conducente, entonces el INVÍAS nos decía no podemos dejar plasmado en el adicional que ustedes tienen problemas de mayor permanencia.

Esta situación se vio resuelta en el adicional No. 2 porque en el adicional No. 1 todavía no se había materializado el tema de la mayor permanencia porque todavía estábamos dentro de los plazos del contrato, pero en la prórroga ya como tal, ya estábamos en un evento de mayor permanencia, situación que ya se evidenció en el adicional No. 2.

DRA. MIER: Por qué se suscribió una cláusula compromisoria, este contrato no tiene cláusula compromisoria en principio, por qué se suscribió una cláusula compromisoria, en lo que usted recuerde, para dirimir la controversia que hemos presentado ante este Tribunal?

"SR. BURITICÁ: Porque las partes entendían que había una dificultad, el INVÍAS reconocía que había que buscar una forma digamos expedita de solucionar la controversia y si no hubiéramos pactado una cláusula compromisoria, yo no soy abogado pero

entiendo que eso se va a un proceso administrativo mucho más largo, mucho más extenso, entonces lo que se buscó y el INVÍAS estuvo de acuerdo fue pactar un Tribunal en el que se pudieran resolver las diferencias con relación a la mayor permanencia y a otros temas del costo directo de una forma más expedita.

(...)

DR. ESTRADA: También dijo ahorita, con el adicional No. 2, y trato de ser textual, se solucionaron esos problemas?

SR. BURITICÁ: Los que se habían generado hasta el adicional No. 2.

DR. ESTRADA: Quería era eso, que me contextualizara cuando usted habla de que se solucionaron los problemas con el adicional No. 2, cuáles se solucionaron con el adicional No. 2?

SR. BURITICÁ: Pues entiendo que los jurídicos, es decir, tanto la parte jurídica del INVÍAS como la parte jurídica del Consorcio estuvieron de acuerdo en que firmando el adicional No. 2, agregándole la cláusula compromisoria y limitándola a esta situación, pues entonces eso le permitía al Consorcio continuar con la obra e iniciar un proceso que es el que nos convoca hoy”.

ORLANDO ORTIZ GÓMEZ¹⁴, quien rindió declaración el 14 de noviembre de 2018, expresó:

"DRA. MIER: Usted participó en los documentos contractuales del modificación adicional y prórroga que se han dado en este contrato?

SR. ORTIZ: Participé en el sentido de que hay un formato que debe pasar por la oficina.

¹⁴ Transcripción ubicada en el CD del folio 593 del Cuaderno de Pruebas No. 1, archivo “Consortio Conlínea Vs. Invias 14 de nov RR”.

DRA. MIER: Usted estuvo en las negociaciones previas a esos documentos?

SR. ORTIZ: Cómo así negociaciones?

DRA. MIER: Participó en alguna reunión previa a la suscripción de alguno de estos documentos?

SR. ORTIZ: Yo me acuerdo que llegaban las solicitudes, nosotros hacíamos las observaciones, pero reunión como tal, pues se hacían reuniones en dirección, se hablaba de la problemática, qué era lo que pasaba, el contratista indicaba que él no firmaba, un ejemplo, que no firmaba la adición si no, como fue este caso de la cláusula, si no se colocaba la cláusula compromisoria, pues cosas de esas”.

La revisión de otros documentos incorporados al expediente, diferentes de los ya mencionados anteriormente, permite encontrar la formulación de reclamaciones por parte del Contratista en la modalidad de solicitudes encaminadas a obtener algunos reconocimientos, así:

- ✓ **COMUNICACIÓN DE OCTUBRE 27 DE 2015, CCE-INT-236-15¹⁵.**
En esta oportunidad, el Contratista hizo, entre otras, las siguientes manifestaciones al Director de Interventoría:

“En diversas comunicaciones enviadas a la interventoría, las cuales se relacionan en el presente documento, el consorcio Conlínea 3 -El Consorcio-, ha planteado la conveniencia y necesidad de acordar una reprogramación que facilite mejores condiciones para la ejecución de las obras, que corresponda a la realidad actual del Proyecto, y que permita determinar las condiciones para una prórroga al plazo y adición de recursos al contrato, situaciones relacionadas en

¹⁵ CD del folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1, archivo “91_CC3-INT-236-15”.

el último programa de obra que fuera enviado con la comunicación CC3-INT-230-15 del 23 de octubre de 2015.

"Con base en la mencionada reprogramación que recoge las observaciones de la Interventoría, solicitamos formalmente su aprobación al cronograma propuesto por el Consorcio, a fin de tramitar una ampliación al plazo del Contrato hasta el 31 de diciembre de 2016 y el reconocimiento de los mayores costos asociados, que ascienden a la suma de \$ 8.010'568.829, como dineros correspondientes a mayor permanencia en obra y cambios en las condiciones de ejecución del Contrato. Consideramos importante dejar explícito que la prórroga propuesta es aún insuficiente para concluir las obras, tal como se explica en esta comunicación.

".....

"Se presenta a continuación un recuento de las situaciones que han generado impacto en las condiciones iniciales de ejecución del contrato y que dan lugar a las solicitudes contenidas en el presente escrito :

".....

"Por las razones expuestas, ambas solicitudes, de plazo y de costo, son integrales de manera que deben ser resueltas al mismo tiempo y formalizadas de igual forma, no estando de más advertir nuestra mayor disposición para aclarar y/o complementar aquellos aspectos que se consideren necesarios por parte de la Interventoría, para que, de consenso, logremos resolverlos a la mayor brevedad posible".

- ✓ **COMUNICACIÓN DE DICIEMBRE 3 DE 2015, CC3-INT-273-15¹⁶.**
A través de este oficio el Consorcio le remitió a la Interventoría "los documentos necesarios para tramitar ante el INVÍAS la prórroga del contrato de la referencia", en respuesta a las observaciones que

¹⁶ Folio 440 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

previamente le habían sido formuladas acerca de aquellos presentados inicialmente para ese mismo propósito, oportunidad en la cual manifestó:

"El presente Documento se suscribe bajo el estricto e inminente respeto de los Derechos Contractuales de las partes y atendiendo las solicitudes y observaciones del contratista contenidas en el oficio CC3-INT-236-15 con fecha de radicación de 30 de Oct. De 2015".

- ✓ **FORMATO MSE-FR-19, FECHADO EN DICIEMBRE 11 DE 2015¹⁷.**
En este documento contractual, en cuyo texto se precisan los aspectos de adición en plazo y de valor a los cuales se refirió el concepto favorable de la Interventoría, se lee:

"E. CONCEPTO DE LA INTERVENTORÍA SOBRE LA SOLICITUD

"A continuación se describen las consideraciones que se han tenido en cuenta para solicitar la presente prórroga del plazo total del contrato.

".....

"Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, la Interventoría conceptuó favorablemente a la solicitud de prórroga de la etapa de construcción al contrato No. 1883 de 2014 (...).

"Respecto de los numerales citados, el Contratista CONSORCIO CONLÍNEA 3 presentó comunicación CC3-IN-236-15.

¹⁷ CD del folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1, archivo "26_FORMATO SOLICITUD Y ANEXO 1 DEL 11-12-2015".

"El presente Documento se suscribe bajo el estricto e inminente respeto de los Derechos Contractuales de las partes".

- ✓ **COMUNICACIÓN DE ENERO 14 DE 2016, CC3-INT-007-16¹⁸.** Mediante el oficio en cita, radicado ante el **INVIAS** el día 20 de enero de 2016, el Contratista manifestó su propósito de hacer claridad y, a la vez, dar alcance a la frase *"El presente Documento se suscribe bajo el estricto e inminente respeto de los Derechos Contractuales de las partes"*, que fue plasmada en el PARÁGRAFO PRIMERO de la CLÁUSULA PRIMERA del "ADICIONAL UNO (1) AL CONTRATO No. 1883 DE 2014" suscrito el día 15 de enero de 2016, a propósito de lo cual señaló:

"iii) En consecuencia, la anotación "El presente Documento se suscribe bajo el estricto e inminente respeto de los Derechos Contractuales de las partes", hace alusión a la intención del contratista de no renunciar a su derecho de reclamar en sede administrativa o judicial, los perjuicios que la ejecución del contrato o sus respectivas modificaciones le puedan representar".

- ✓ **COMUNICACIÓN DE NOVIEMBRE 30 DE 2016, INT-INVIAS-432-2016¹⁹.** La Interventoría se dirigió al Director Territorial Quindío de la Entidad Estatal Contratante para exponerle sus apreciaciones y análisis acerca de las comunicaciones CC3-INT-608-16 y CC3-INT-587 de octubre 24 de 2016 -anteriormente comentada-, emanadas del Consorcio Contratista.

¹⁸ Folio 454 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹⁹ CD del Folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1, archivo "99_INT-INVIAS-432-2016".

Después de efectuar una referencia detallada a las fundamentaciones, explicaciones y argumentaciones que el Contratista expuso en sus respectivas reclamaciones, la Interventoría le expuso así, en síntesis, su concepto y sus recomendaciones al **INVIAS**:

"3. Frente a la solicitud de establecimiento de una cláusula compromisoria:

"La interventoría considera que al tratarse de un mecanismo alternativo de solución de conflictos que permite dirimir las controversias de una forma más ágil que la jurisdicción ordinaria, el contratante podrá acogerla.

"4. Concepto y recomendación de la Interventoría

".....

"En relación con la estimación del contratista de un mayor gasto de \$9.393'103.575 por concepto de costos fijos de administración, en los que presuntamente ha incurrido por efecto de situaciones ampliamente mencionadas en su escrito, según él, y controvertidas en el presente, esta interventoría considera que aunque en el numeral 5 de la comunicación de Conlínea 3 no fue incluida solicitud alguna respecto de ese presunto mayor gasto en el rubro bajo esa denominación, considera, repetimos, que hay argumentos técnicos y legales de peso, suficientes para negar cualquier pretensión en tal sentido.

"No obstante, y ante el hecho que el hecho que el consorcio ha manifestado que (... ..) la interventoría considera válida y conveniente para el desarrollo del proyecto, la recomendación hecha en reunión del 12 de octubre, en el sentido que se acuerde con el contratista, dar espera al avance, incluso a la terminación del contrato, en el entendido que hay necesidad de una ampliación de plazo y una expectativa de adición al contrato, por efecto de obras no previstas, aunque con posibilidad de ser incluidas en su alcance, y otras situaciones relacionadas con ajustes el tema de diseños, particularmente

los asociados con la falla La Soledad y el revestimiento de las galerías que comunican con el túnel principal.

"En relación con los valores que en su solicitud el contratista presenta como "Repaleo de Rezaga dentro de las galerías del túnel", valoradas por el consorcio en \$332'090.267 e "Ingreso de concreto lanzado desde portales", valorada en \$1.695'390.714, la interventoría ratifica que tales conceptos y cantidades no deben ser objeto de reconocimiento (...).

"Respecto de la pretensión que en su solicitud denomina "Obras Ambientales" y valora en \$2.058.341.828, la interventoría mantiene su posición de no reconocer pago alguno por aquellas actividades que deben estar contenidas en componentes del proyecto (...)"

Nótese que la postura categórica que la Interventoría expresó ante la Entidad Estatal Contratante al señalar que en su criterio deberían denegarse los reconocimientos solicitados por el Contratista por concepto de **"Repaleo de Rezaga dentro de las galerías del túnel", "Ingreso de concreto lanzado desde portales" y "Obras Ambientales"**, no coincide plenamente con aquellos aspectos, actividades o conceptos que fueron detallados en el PARÁGRAFO del Pacto Arbitral, lo cual impide predicar entonces respecto de todos estos, la existencia de controversias actuales o pre-existentes.

En cualquier caso, lo cierto es que mediante la comunicación en mención, la Interventoría se limitó a expresar su concepto y sus recomendaciones a la mencionada Entidad Estatal, sin que exista evidencia de la decisión adversa que el **INVÍAS** hubiese adoptado frente a las solicitudes elevadas por el Contratista y menos aun acerca de la intención conjunta que ambas Partes hubieren tenido de deferir a la justicia arbitral la decisión de tales controversias.

Por lo demás, debe señalarse que no hay en el expediente noticia o acreditación alguna acerca de la existencia de conflictos o litigios judiciales

trabados entre las Partes del Contrato de Obra No. 1883 de 2014 para el momento mismo en que fue suscrito el pacto arbitral en diciembre 9 de 2016.

Así pues, del examen detallado de los múltiples elementos de acreditación que fueron regularmente incorporados al expediente y a cuyo análisis se ha procedido en este punto, el Tribunal concluye que el Pacto Arbitral que las Partes convinieron mediante el aludido documento de diciembre 9 de 2016 corresponde a la modalidad de cláusula compromisoria y no de un compromiso, ello a pesar de que las Partes delimitaron la competencia del Tribunal de Arbitramento al conocimiento de algunas específicas materias alrededor de las cuales si bien ya empezaban a plantearse diferencias y a gestarse controversias entre dichas Partes, la verdad es que respecto de tales materias no era posible predecir para ese entonces la existencia cierta de conflictos o de litigios cuyos objeto y extremos hubieren estado perfectamente identificados.

Nótese que la sola circunstancia de que en una cláusula compromisoria se determinen unas específicas materias para que únicamente ellas puedan ser del conocimiento de la justicia arbitral -tal como sucedió en el presente caso-, no necesariamente torna ese pacto en un compromiso, puesto que la naturaleza de este último depende -oportuno resulta reiterarlo-, de la existencia previa de algún conflicto o litigio real, concreto y actual cuya solución se defiere al respectivo Tribunal de Arbitramento y no del señalamiento de las únicas materias acerca de las cuales las Partes renuncian a la justicia institucional en favor de la justicia arbitral.

El Tribunal estima oportuno advertir y destacar que en cualquier caso la clasificación que finalmente se predique respecto del Pacto Arbitral que las Partes celebraron y que aquí se ha venido estudiando -bien porque se concluya que corresponde a la modalidad de CLÁUSULA COMPROMISORIA como lo considera el Tribunal o bien porque se deba tener como un COMPROMISO-, de ninguna manera altera, modifica o elimina la

competencia del Tribunal y menos la habilitación que de manera cierta y efectiva dichas Partes le atribuyeron al Tribunal de Arbitramento -a cuya integración concurrieron y procedieron de manera conjunta- para que conozca de las controversias y diferencias que le han sido planteadas a través de la Demanda y su Contestación.

También agrega el Tribunal que la identificación del tipo o especie de Pacto Arbitral que las Partes acordaron en este caso no está llamada a incidir, en modo alguno, en la decisión, favorable o adversa, que deba adoptarse acerca de la excepción que propuso la Entidad Convocada con su Contestación a la Demanda bajo el ya señalado título de **"INEXISTENCIA DE SALVEDADES JURÍDICAMENTE VÁLIDAS EN LOS DOCUMENTOS MODIFICATORIOS CONTRACTUALES RESPECTO DE LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS QUE EN LA DEMANDA SE ALEGAN COMO GENERADORAS DE SOBRECOSTOS O AFECTACIONES ECONÓMICAS – AUSENCIA DE LA PRESUNTA MAYOR PERMANENCIA EN OBRA ADUCIDA POR EL CONSORCIO CONLINEA 3 (NUMERALES 4.3 Y 4.7 DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA)"**.

Lo anterior, en primer lugar, porque el sentido, el alcance, los fundamentos y los soportes en que se apoya dicha excepción serán objeto de estudio, análisis y decisión más adelante, con arreglo a las consideraciones y valoraciones que al respecto serán expuestas dentro del presente Laudo.

Y en segundo lugar, porque la sola circunstancia de que las Partes coincidan en suscribir un acuerdo para deferir a un Tribunal de Arbitramento la solución de sus controversias -presentes y ciertas o futuras y eventuales-, en modo alguno elimina o restringe la posibilidad de que la respectiva Parte Convocada pueda desplegar en su defensa todas las actuaciones lícitas que el ordenamiento jurídico contempla y autoriza, lo cual incluye la opción de formular o proponer las excepciones que a su juicio determinan la improcedencia de la acción que se ha impetrado en su contra -siempre que ello no comporte una actuación temeraria-, amén de que la celebración del

correspondiente pacto arbitral de ningún modo podría entenderse como una garantía, *per se*, de la prosperidad de las pretensiones de la Parte Convocante.

En todos los casos, la prosperidad o no, tanto de las excepciones como de las respectivas pretensiones, deberán ser definidas con arreglo a las probanzas que se hayan aportado y que les sirvan de apoyo y con apego a los dictados del ordenamiento vigente.

Así por ejemplo, si las Partes de un contrato celebran un COMPROMISO para que sea un Tribunal de Arbitramento el que resuelva la diferencia o el conflicto que existe entre ellas acerca de la extinción, o no, de una de sus obligaciones contractuales, ello de ninguna manera impediría que la Convocada pudiese proponer la excepción de pago, o la de novación, o la de compensación, o la de transacción, etc., cuya prosperidad dependerá exclusivamente de la acreditación que se aporte acerca de la que fuere invocada y no de la modalidad de su Pacto Arbitral; en ese sentido, la celebración del aludido COMPROMISO únicamente permitiría tener por existente el respectivo conflicto entre las Partes, sin que por razón de su sola celebración se pudiese deducir que dicha Convocada hubiere admitido la existencia de la obligación y hubiere renunciado a hacer valer en el proceso arbitral las pruebas que tuviese a su alcance para demostrar que efectivamente le asistía razón al afirmar que el vínculo obligacional en discusión ya se había extinguido con arreglo a las normas legales vigentes.

Es tan cierto lo que se deja señalado, que independientemente de la modalidad que en cada caso pudiese revestir el correspondiente pacto arbitral que hubieren convenido las Partes e incluso aun en el supuesto de que la respectiva Convocada se hubiese abstenido -inadvertida o deliberadamente- de formular una determinada excepción, de todas maneras al Juez de la causa le correspondería declararla de oficio si no fuese de una de aquellas susceptibles de renuncia, de conformidad con los

dictados imperativos del artículo 282 del Código General del Proceso - C.G.P.-, a cuyo tenor:

"ARTÍCULO 282. RESOLUCIÓN SOBRE EXCEPCIONES. *En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.*

"Cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada.

"Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes. En este caso si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia.

"Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario se limitará a declarar si es o no fundada la excepción". (Se ha destacado).

De esta manera se despacha la argumentación que fue expuesta por la señora apoderada de la Convocante acerca de la especie concreta del pacto arbitral que en este caso celebraron las Partes, así como las referencias que expuso acerca de la incidencia que la determinación de dicha especie podría llegar a tener sobre la primera de las excepciones formuladas por la Entidad Convocada.

2.3. EL PACTO ARBITRAL FRENTE A LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Ahora bien, tal como se indicó al inicio del presente apartado, el Tribunal estima de la mayor importancia hacer un nuevo examen a fondo acerca de su competencia, asunto que encuentra justificado, no por la incidencia que en ello pudiere tener la modalidad o especie del pacto arbitral convenido entre las Partes, sino por las complejidades que comporta el entendimiento del comentado PARÁGRAFO, que en esta oportunidad fue incluido en la respectiva CLÁUSULA COMPROMISORIA.

Al respecto resulta pertinente retomar lo que ha indicado el Honorable Consejo de Estado en algunas de las providencias que aquí se han dejado parcialmente transcritas, en el sentido de resaltar que ante el sustrato contractual del cual participa todo pacto arbitral se impone la necesidad de interpretarlo siguiendo las orientaciones que para ese propósito ha establecido la legislación vigente, sobre la base de considerar que la primera de ellas, contenida en el artículo 1618²⁰ del Código Civil, radica en la necesidad de respetar y hacer prevalecer la intención de los contratantes, la cual en principio no ofrece mayor dificultad para este caso en cuanto es fácil advertir que la intención general de las Partes estuvo encaminada a convenir que sus diferencias contractuales sean dirimidas por un Tribunal de Arbitramento, claridad que desafortunadamente se desvanece cuando se asume la tarea de desentrañar el sentido y el alcance de la estipulación plasmada en su aludido PARÁGRAFO.

Para determinar el alcance del aludido PARÁGRAFO de la cláusula compromisoria en estudio, el Tribunal estima pertinente apoyarse en el razonamiento que consignó el Honorable Consejo de Estado en su ya parcialmente transcrita sentencia de marzo 7 de 2012, radicación No.

²⁰ *“ARTICULO 1618. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.*

76001-23-31-000-1997-04862-01, expediente No. 18.013, al citar el Concepto No. 838 de junio 24 de 1995 emanado de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esa misma Corporación, según el cual "*Cuando en la cláusula compromisoria no se delimita su ámbito, es decir, no se precisa[n] los litigios eventuales que se sometan a ella, debe entenderse que esta se extiende a cualquier conflicto que directa o indirectamente tenga relación con el contrato que le sirvió de fuente*"²¹, a partir de ello cual resulta posible deducir entonces, en sentido contrario, que cuando sí existe alguna delimitación temática o material establecida por las Partes dentro de la correspondiente cláusula compromisoria, el ámbito de su alcance no podrá ir más allá de las específicas materias expresamente identificadas en su contenido.

Añádense a lo antes dicho, las precisiones que el mismo Consejo de Estado plasmó en su ya referida sentencia de marzo 7 de 2012, en el sentido de destacar la imposibilidad de presumir la existencia del pacto arbitral y/o de deducirla por vía interpretativa, dados tanto el carácter solemne que la caracteriza -en cuanto es la propia ley la que exige que deba constar por escrito-, como los efectos que está llamada generar en cuanto, de un lado, comporta una renuncia a llevar determinados conflictos a conocimiento de la justicia institucional o permanente y, de otro lado, habilita y dota de competencia al Tribunal de Arbitramento que deba conocer de las respectivas controversias.

Así dijo sobre este tópico el Honorable Consejo de Estado:

"El Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples providencias acerca de la naturaleza del pacto arbitral y ha concluido que el mismo siempre debe ser expreso, puesto que no se presume y

²¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto No. 838 de 1995, citado en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia fechada en 7 de marzo de 2012. Radicación No. 76001-23-31-000-1997-04862-01; expediente No. 18013.

que su finalidad de trascendental importancia consiste en delimitar la competencia de los árbitros. (...)

"....."

Así, en providencia del 24 de junio de 1996, la Sala de Consulta y Servicio Civil explicó:

"....."

"1.2 (...) el pacto arbitral no se presume; las partes deben manifestar expresamente su propósito de someterse a la decisión arbitral; por ello constituye una cláusula accidental del contrato si se atiene a los términos del artículo 1501 del C.C.

"....."

"Siguiendo la misma línea, mediante providencia del 20 de febrero de 2008, la Sala precisó:

*"(...) el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los particulares es restringido y de carácter voluntario, lo que fuerza concluir que sin que medie cláusula compromisoria, pacto o compromiso, según el caso, no es posible que aquellos ejerzan jurisdicción (...); de allí que el traslado de jurisdicción y ejercicio de competencia requiere una "[...] estricta sujeción a los linderos que clara y expresamente señalan la Constitución y la ley [...]" al punto que **el juez excepcional debe poseer competencias explícitas, que en ningún caso pueden ser sobreentendidas o implícitas**"²².*

"....."

"Con fundamento en las disposiciones legales analizadas y en la jurisprudencia de esta Corporación, se tiene que la cláusula compromisoria requiere una manifestación expresa de las partes,

²² Sentencia C-294/95 de la Corte Constitucional

*en cuyo contenido reflejen su voluntad de someter los conflictos que entre ellas puedan surgir con ocasión del contrato que celebran, a la justicia arbitral, "voluntad ésta que es distinta de la voluntad contractual y por lo tanto se expresa dentro del mismo instrumento o acto jurídico, o por separado"²³, razón por la cual **el pacto arbitral no puede presumirse y su existencia no puede deducirse por vía interpretativa"**²⁴. (Se ha destacado por fuera del texto original).*

Con apoyo en lo expuesto, dada la necesidad de atribuirle y reconocerle efectos jurídicos -en lugar de negárselos- al PARÁGRAFO que las Partes incluyeron expresamente en su cláusula compromisoria, tal como lo dispone el artículo 1620²⁵ del Código Civil, y al realizar una interpretación integral y sistemática de la totalidad del Pacto Arbitral en examen (artículo 1622 C.C. inciso 1²⁶), el Tribunal arriba a la conclusión de que las materias que en dicha estipulación se enunciaron de manera individual y exacta -independientemente de que acerca de las mismas hubiere existido una controversia previa o actual al momento de su celebración, o que a través del enunciado de tales materias se estuviese haciendo referencia a controversias eventuales o futuras que pudieren surgir sobre ellas-, lo cierto es que las mismas delimitan el ámbito de aplicación al cual puede extenderse el pacto arbitral en examen y, por consiguiente, también constituyen el límite de la competencia para cuyo ejercicio las Partes habilitaron al Tribunal de Arbitramento.

²³ Sentencia del 16 de febrero de 2001. Exp: 18.063. Consejero Ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia fechada en 7 de marzo de 2012. Radicación No. 76001-23-31-000-1997-04862-01; expediente No. 18013.

²⁵ **"ARTICULO 1620.** *El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno".*

²⁶ **"ARTICULO 1622.** *Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad".*

Dicho de otra manera, al volver sobre el examen de su competencia, el Tribunal concluye que si bien resulta cierto y palmario que en virtud del pacto arbitral celebrado entre los contratantes se encuentra clara y expresamente habilitado por las Partes, tal como lo exigen los artículos 116 de la Constitución Política y 1º de la Ley 1563, para resolver las controversias, diferencias o litigios que han surgido entre ellas y que se derivan directamente del Contrato de Obra No. 1883 de 2014, no es menos cierto que su competencia se encuentra limitada al examen, análisis y decisión de tales controversias o litigios en cuanto correspondan a alguna de las siguientes tres (3) materias o asuntos: **A).- "COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO"; B).- "INGRESO DE CONCRETO LANZADO DESDE LOS PORTALES"; y C).- "REPALEO DE REZAGA DENTRO DE LAS GALERIAS DEL TÚNEL".**

Lo anterior significa que este Tribunal de Arbitramento no se encuentra habilitado por las Partes y/o carece de competencia para pronunciarse o resolver sobre conflictos, controversias o litigios que excedan esas precisas materias, esto es que el Tribunal no podría pronunciarse válidamente -ni lo hará- acerca de disputas que aunque planteadas por las Partes del Contrato de Obra No. 1883 de 2014 y que hubieren tenido origen en su celebración, ejecución o liquidación, pero que pudieren corresponder a temas distintos o diferentes a los expresamente enlistados en el PARÁGRAFO de la referida cláusula compromisoria, es decir **A).- COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO; B).- INGRESO DE CONCRETO LANZADO DESDE LOS PORTALES; y C).- REPALEO DE REZAGA DENTRO DE LAS GALERIAS DEL TÚNEL.**

Concluir de otra manera, para asumir simplemente que el contenido del mencionado PARÁGRAFO se habría limitado a enlistar algunos de los temas o aspectos sobre los cuales las Partes habrían considerado que podrían

surgir eventuales o futuros conflictos entre ellas, pero con la conciencia de que tales temas ya estaban incorporados totalmente en la parte inicial de su pacto arbitral, en realidad equivaldría a tener dicha estipulación por inane y a restarle la totalidad de sus efectos, comoquiera que de esta forma se estaría diciendo que el contenido de dicho PARÁGRAFO no habría hecho más que repetir, de manera innecesaria e inútil, lo que ya estaba dicho en la parte inicial de la cláusula compromisoria y que, por tanto, dicho aparte sería innecesario, lo cual llevaría a suponer, además, que tal estipulación habría carecido de lógica y de sentido.

En esa misma línea de pensamiento se estaría razonando de manera inadecuada, puesto que se estaría partiendo de la excepción como si se en realidad se tratase de la regla general y no al contrario.

Con otras palabras, en la medida en que la competencia temporal de los árbitros NO puede presumirse y constituye una excepción a la regla general constituida por la justicia institucional o permanente, resulta elemental entonces, de una parte, que esa cláusula de excepción deba interpretarse de manera restrictiva o estricta y no en un sentido amplio o comprensivo y, de otra parte, que el listado de las específicas materias o controversias que las Partes decidieron incluir dentro de su correspondiente cláusula compromisoria debe tenerse entonces como la indicación exacta de las únicas materias en relación con las cuales se produjo la indispensable habilitación con que debe contar cualquier Tribunal de Arbitramento para poder pronunciarse válidamente acerca de los asuntos que le son sometidos a su conocimiento.

De esta manera se reafirma la conclusión que *ab initio* asumió el Tribunal acerca de su propia competencia en el Auto fechado en mayo 15 de 2018.

Las conclusiones que se dejan expuestas acerca de las limitaciones que para el Tribunal de Arbitramento representan las materias que obran en el

referido PARÁGRAFO de la CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA del Contrato No. 1883 de 2014 se ven robustecidas si se tiene en consideración que dicho listado de materias concretas, a las cuales se limitó la habilitación del Tribunal de Arbitramento fueron reiteradas y/o ratificadas por las Partes al momento de adicionarle a dicha CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA un PARÁGRAFO SEGUNDO con el objeto de adicionar también una nueva materia acerca de la cual podrán ventilarse ante la justicia arbitral controversias entre las Partes surgidas por razón y/o con ocasión del referido Contrato de Obra No. 1883 de 2014, materia relativa al **"costo por ineficiencia y disponibilidad de equipo entre el 12 de mayo y el 24 de julio de 2017"**.

Ciertamente, mediante el "ADICIONAL NUMERO TRES (3) Y MODIFICACIÓN SIETE (7) AL CONTRATO No. 1883 DE 2014"²⁷, suscrito en septiembre 14 de 2017, las Partes convinieron lo siguiente en relación con su pacto arbitral:

"CLÁUSULA TERCERA: MODIFICAR el parágrafo de la Cláusula Décimo Cuarta del contrato No. 1883 de 2014, incorporada mediante el adicional numero dos (2) y modificación número cuatro (4), incorporando un nuevo parágrafo, así: **"PARÁGRAFO PRIMERO:** De conformidad con lo aquí pactado, las partes acuerdan que la controversias que llegasen a surgir entre las mismas, con relación a las diferencias derivadas del contrato No. 1883 de 2014, hacen referencia únicamente a los **COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO; INGRESO DE CONCRETO LANZADO DESDE LOS PORTALES, REPALCO DE REZAGA DENTRO DE LAS GALERÍAS DEL TÚNEL;** estas serán resueltas por el Tribunal de Arbitramento, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1563 de 2012 o las disposiciones que las modifiquen,

²⁷ Archivo "14. Adicional No. 3" de la carpeta Anexos Peritaje Técnico del CD del folio 63 del Cuaderno "INFORME PERICIAL TÉCNICO DE PARTE" rendido por Federico Restrepo Posada.

*sustituyan o adicionen, siempre que la controversia sea susceptible de ser resuelta a través de este mecanismo de conformidad con las normas vigentes sobre la materia. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** Las partes acuerdan que las controversias que llegasen a surgir entre las mismas, con ocasión de la suscripción del presente adicional 3 y modificación 7, relacionadas con "costo por ineficiencia y disponibilidad de equipo entre el 12 de mayo y el 24 de julio de 2017", serán dirimidas por un tribunal de arbitramento bajo las mismas condiciones enmarcadas para el tribunal de arbitramento que hace referencia el párrafo primero".*

De esta manera, con el acuerdo que se formalizó en septiembre 14 de 2017 para efectos de adicionarle al pacto arbitral una materia específica más en relación con los únicos asuntos que podrían someterse a conocimiento de la justicia arbitral, se confirma que la voluntad de las Partes al convenir el texto de los PARÁGRAFOS que forman parte de dicha cláusula compromisoria se ha encaminado de manera directa y precisa a delimitar exclusivamente a esos temas concretos la habilitación de los Árbitros, sin que pueda entenderse entonces que a su decisión pudieran presentarse todas las controversias que llegaren a surgir entre las Partes por razón de la celebración, ejecución y liquidación del Contrato de Obra No. 1883 de 2014, independientemente de que las mismas llegaren a versar sobre cuestiones o materias diferentes a las específicamente enlistadas.

Ahora bien, sin perjuicio de tener por adicionado el pacto arbitral con el aludido PARÁGRAFO SEGUNDO, a través del cual también se habilitó a la justicia arbitral para conocer de las controversias relacionadas con la materia relativa a "costo por ineficiencia y disponibilidad de equipo entre el 12 de mayo y el 24 de julio de 2017", el Tribunal advierte que a lo largo del presente Laudo no hará referencia alguna a tales adiciones, comoquiera que

acerca de las mismas nada se debate y nada debe resolverse dentro del proceso arbitral que ahora culmina con la expedición del presente Laudo.

Ahora, por las consideraciones ya expuestas en cuanto a la vinculación alegada entre la competencia del Tribunal Arbitral y la primera excepción de mérito propuesta en la contestación de la demanda, se abordará el análisis de fondo de la controversia empezando por el estudio de las excepciones.

3. LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA ENTIDAD CONVOCADA

Múltiples son los pronunciamientos tanto jurisprudenciales como doctrinales que se han formulado a lo largo del tiempo en Colombia acerca del concepto mismo de las excepciones, sus clases y efectos, tal como lo refleja, entre muchísimos otros, el fallo que dictó el Honorable Consejo de Estado en enero 28 de 2009, oportunidad en la cual puntualizó:

"De acuerdo con el profesor Devis Echandía²⁸

"la excepción es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción o defensa en general que le corresponde a todo demandado, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho, que persigan destruirla o modificarla o aplazar sus efectos".

"En el derecho colombiano las excepciones se clasifican en previas y de mérito o de fondo. Las previas reciben ese nombre porque se proponen cuando se conforma la litis contestatio. Se refieren generalmente a defectos del procedimiento, como la falta de

²⁸ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *op.cit.* Pág. 245.

jurisdicción o de competencia y se permite alegar como previas algunas perentorias, como la cosa juzgada.

Las excepciones perentorias o de fondo van dirigidas a la parte sustancial del litigio, buscan anular o destruir las pretensiones del demandante, con el propósito de desconocer el nacimiento de su derecho o de la relación jurídica o su extinción o su modificación parcial.

Algunos autores, como Hernán Fabio López Blanco ubican un tercer grupo de excepciones, bajo la denominación de mixtas, las cuales comportan la doble calidad de ser previas y de mérito. Dice en este sentido ²⁹:

"Así se denominan ciertos hechos exceptivos que siendo por su naturaleza estrictamente perentorios, se les dará el trámite propio de las excepciones previas de ahí su nombre de mixtas, trámite al que se acude por considerar el legislador que dada la naturaleza de ellos, resulta aconsejable, por razones de celeridad, definirlos desde una primera etapa y no necesariamente esperar a la sentencia de instancia (...).

(...)

"De conformidad con nuestro Código, al tipificarlas en el inciso final del artículo 97 pertenecen a esta clase de excepciones de cosa juzgada, transacción y caducidad, las cuales a pesar de ser perentorias por su esencia -tienden a obtener el desconocimiento de las pretensiones del demandante-, también podrán proponerse para ser tramitadas como previas.

(...)

"De acuerdo con la redacción de la norma, resulta claro que es apenas una facultad de la parte demandada la de

²⁹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *op. cit.* Pág. 565.

proponer desde un primer momento, o sea, dentro del término de traslado de la demanda, esas excepciones; pero si no lo hace, no significa que precluyen ya que las de caducidad, transacción y cosa juzgada podrá reconocerlas el juez, aun de oficio, en el momento de dictar sentencia”³⁰.

Como se tiene por sabido, la regulación legal vigente en materia de procesos arbitrales no da cabida a un trámite especial o anticipado para la decisión de las que se conocen como excepciones previas, por lo cual todas las que se lleguen a formular y/o a encontrar acreditadas deben ser resueltas o decididas con la expedición del Laudo, tal como está concebido para las excepciones de mérito o de fondo.

En el presente caso, con su contestación a la Demanda la Convocada propuso las siguientes excepciones:

"I. EXCEPCIONES DE MÉRITO Y FUNDAMENTO LEGAL DE LA OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.-"

"A. INEXISTENCIA DE SALVEDADES JURÍDICAMENTE VÁLIDAS EN LOS DOCUMENTOS MODIFICATORIOS CONTRACTUALES RESPECTO DE LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS QUE EN LA DEMANDA SE ALEGAN COMO GENERADORAS DE SOBRECOSTOS O AFECTACIONES ECONÓMICAS – AUSENCIA DE LA PRESUNTA MAYOR PERMANENCIA EN OBRA ADUCIDA POR EL CONSORCIO CONLINEA 3 (NUMERALES 4.3 Y 4.7 DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA).

"A.1. AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia fechada en enero 28 de 2009. Radicación No. 11001-03-26-000-2007-00046-01; expediente No. 34239. Actor: INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES –INCO–. Demandado: CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A. –COVIANDES–.

"B. TRASGRESIÓN POR PARTE DEL CONSORCIO CONLINEA 3 DEL PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA O LEX CONTRACTUS Y DEL PRINCIPIO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET- PROHIBICIÓN DE IR EN CONTRA DE LOS ACTOS PROPIOS.

"B.1 Los principios de responsabilidad contractual, buena fe contractual y justicia contractual

"B.2 DESARROLLO

"C. AUSENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO Y DE MAYOR PERMANENCIA EN OBRA - IMPROCEDENCIA DE LOS PRESUNTOS PERJUICIOS RECLAMADOS POR EL CONSORCIO CONLINEA 3 (numeral 4.4 de los hechos de la demanda)".

Se procede entonces al examen y decisión de las excepciones que la Parte Convocada propuso en su Contestación a la Demanda arbitral sobre cuyas pretensiones ahora se resuelve, para cuyo efecto se seguirá el mismo orden en el cual ellas fueron formuladas.

3.1. PRIMERA EXCEPCIÓN: "INEXISTENCIA DE SALVEDADES JURÍDICAMENTE VÁLIDAS EN LOS DOCUMENTOS MODIFICATORIOS CONTRACTUALES RESPECTO DE LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS QUE EN LA DEMANDA SE ALEGAN COMO GENERADORAS DE SOBRECOSTOS O AFECTACIONES ECONÓMICAS -AUSENCIA DE LA PRESUNTA MAYOR PERMANENCIA EN OBRA ADUCIDA POR EL CONSORCIO CONLINEA 3 (NUMERALES 4.3 Y 4.7 DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA)".

3.1.1. FUNDAMENTOS DE LA EXCEPCIÓN

Al exponer y sustentar la excepción que se deja mencionada, la Entidad Convocada señaló que "el CONSORCIO CONLINEA 3 no dio cumplimiento a

los supuestos que ha determinado la jurisprudencia contractual, a la hora de presentar reclamaciones económicas ante el juez del contrato estatal, lo cual deja sin fundamento cualquier reclamación presentada en la demanda”, a propósito de lo cual y después de efectuar algunas reflexiones y anotaciones acerca de la autonomía de la voluntad contractual y su importancia en la teoría del negocio jurídico, así como en relación con los efectos vinculantes que se desprenden de su ejercicio y la fuerza obligatoria de los contratos, agregó:

“Las anteriores consideraciones de orden legal tienen como objetivo resaltar que el negocio jurídico celebrado entre el INVÍAS, y el CONSORCIO CONLINEA 3, Contrato de Obra Pública No. 1883 y sus modificaciones, fue producto de la autonomía de la voluntad de personas libres, soberanas y capaces, y en especial de éste último, quien acudió al negocio jurídico no como un sujeto cualquiera, sino como un sujeto cualificado por ser dueño de la lex artis y experto en el campo de la construcción, dado su conocimiento, experiencia y soporte financiero como quedó plasmado en su propuesta, de forma tal que una vez perfeccionado el contrato, sus términos y condiciones además de obligatorias, no pueden ser desconocida unilateralmente por uno de creadores, tal y como lo ordena el artículo 1602 del código civil.

“Por ello, no resulta aceptable que ahora en esta sede arbitral se premie al contratista reconociéndole alguna suma de dinero adicional al pactado (... ..) además porque en ninguno de los documentos modificatorios contractuales que hasta la fecha se han suscrito, se han dejado salvedades que cumplan con el rigor jurídico exigido respecto de los hechos o circunstancias que hoy alega en la demanda como generadores de sobre costos o de afectaciones económicas.

Con apoyo en algunos pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado y la cita de un Laudo arbitral, puntualizó que

“(…) la suscripción de documentos contractuales a lo largo del íter contractual, en los cuales no se deje constancia expresa de las

reclamaciones económicas o de otra clase pendientes, impide posteriormente formular pretensiones que desconozcan esos actos”.

“.....

“Visto lo anterior, no resultan aceptables reclamaciones posteriores judiciales o extrajudiciales, para obtener reconocimientos económicos derivados de un contrato cuando no se dejaron sentadas las salvedades correspondientes en los documentos modificatorios del contrato, ya que en decir del Consejo de Estado y de la jurisprudencia arbitral, no es jurídico, y constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales, guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo posteriormente a la otra parte con una reclamación de esa índole”.

Y al concretar el marco expuesto en relación con el caso que aquí se estudia, señaló:

“La aplicación del contexto recién expuesto a las modificaciones suscritas al Contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014 resulta en que, tal como se puso de presente a lo largo de la contestación de los hechos de la demanda, el CONSORCIO CONLINEA 3 no cumplió con el rigor jurídico expuesto que le permitiera legítimamente constituir salvedades que pudiesen validar reclamaciones económicas posteriores (...)”.

A partir de allí realizó una referencia específica a “la Modificación No. 3 al Contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014, en la cual se prorrogó la etapa de pre construcción por solicitud del CONSORCIO CONLINEA 3” y al “Adicional No. 1 al Contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014, [en el cual] se manifestó que el contratista CONSORCIO CONLINEA 3 solicitó la prórroga del Contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014, mediante comunicación

identificada con el radicado CC3-INT-273-15 de 3 de diciembre de 2015". También aludió al sentido y contenido de algunas solicitudes elevadas por el Contratista a la Entidad Contratante, tales como la comunicación que lleva el radicado No. 222.976 de 11 de diciembre de 2015, la comunicación CC3-INT-236-15 octubre 28 de 2015, la comunicación CC3-INT-007-16, al igual que aludió al oficio de la Interventoría INT-CCL3-155-2015 del 30 de octubre de 2015.

Por último, en cuanto a esta excepción, la Entidad Convocada hizo amplia referencia a la "AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO" acápite en relación con el cual concluyó

"... que NO EXISTE dentro de la demanda acreditación alguna por parte del CONSORCIO CONLIENA 3 que permita determinar que de forma alguna se vio viciado su consentimiento al suscribir el Adicional No. 1 fechado 15 de enero de 2016, dentro del cual expresamente manifestó que "La presente ampliación del plazo del contrato, se concede por solicitud del CONTRATISTA y no implica adición en valor para EL INSTITUTO, por lo que el CONTRATISTA efectuará la reprogramación con los recursos existentes del contrato. (...)"."

3.1.2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ACERCA DE LA PRIMERA EXCEPCIÓN

Empieza el Tribunal por señalar que más que una verdadera excepción que pudiese tener como efecto el de fulminar la acción o el medio de control de controversias contractuales que en esta ocasión ha ejercido la Convocante, en realidad los expuestos por la Convocada en este punto corresponden a argumentos de defensa que invoca para evitar la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

No obstante lo anterior, a continuación se realizarán los exámenes pertinentes acerca de tales formulaciones con la finalidad de brindarle la

respuesta que corresponde y así garantizarle la efectividad de su Derecho Fundamental de Acceso a la Administración de Justicia (artículo 229 C.P.).

3.1.2.1. EXONERACIÓN DE RESOLVER SOBRE LA PARTE DE LA PRIMERA EXCEPCIÓN FUNDAMENTADA EN "AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO"

Sin perjuicio de lo dicho también cabe señalar que la argumentación expuesta en la excepción primera acerca de la "AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO" no será materia de análisis y menos de decisión, comoquiera que no encuentra el Tribunal en la Demanda pretensión alguna que pudiere estar orientada a obtener alguna específica decisión en torno a la declaratoria de la configuración de alguno de los vicios de consentimiento respecto de la voluntad expresada en cada caso por la Convocante, como tampoco se pretende declaratoria alguna de nulidad relativa, total o parcial, en relación con alguno de los documentos contractuales, la cual sería, necesariamente, la consecuencia obligada que habría de resultar de una eventual invocación y/o acreditación de alguno de los vicios del consentimiento que, como lo determina el artículo 1508 del Código Civil, son el error, la fuerza y el dolo.

Así reza la citada disposición legal:

"ARTICULO 1508. *Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo".*

Como ya se comentó y es suficientemente conocido, la consecuencia directa e inmediata de la presencia de alguno de los vicios del consentimiento en la formación de un contrato acarrea su NULIDAD RELATIVA o ANULABILIDAD -cuestión cuya declaratoria no se solicita mediante la demanda arbitral en estudio-, tal como lo determinan el artículo 900 del Código de Comercio - con la específica denominación de 'anulabilidad'-, y el inciso final del artículo 1741 del Código Civil, normas cuyos textos se transcriben a continuación:

"ARTÍCULO 900. *Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil.*

"Esta acción sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado".

"ARTICULO 1741. *La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.*

"Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

"Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato".

Recuérdese que la aplicación de las normas legales transcritas a los Contratos Estatales encuentra fundamento principal y directo en lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 80, contentiva del Estatuto de Contratación Estatal, cuerpo normativo que después de haber enlistado en su artículo 44³¹ las causales de nulidad absoluta -entre las cuales se incluyen

³¹ **"ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA.** *Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*

"1o. Se celebren con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

"2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

"3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;

"4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

las causales de esa clase de nulidad previstas en el derecho común-determinó que serán causales de NULIDAD RELATIVA "los demás vicios que se presenten en los contratos y que conforme al derecho común constituyan causales de nulidad relativa", así:

"ARTÍCULO 46. DE LA NULIDAD RELATIVA. *Los demás vicios que se presenten en los contratos y que conforme al derecho común constituyen causales de nulidad relativa, pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio".*

Pues bien, tal como ya se indicó, en cuanto la demanda arbitral que ahora se decide no contiene pretensión alguna encaminada a que se declare la configuración de alguno de los VICIOS DEL CONSENTIMIENITO y/o la NULIDAD RELATIVA de alguno de los negocios jurídicos celebrados entre las Partes por causa de alguno de tales VICIOS DEL CONSENTIMIENTO, el Tribunal concluye que no hay lugar a decidir sobre la respectiva excepción, puesto que tales pronunciamientos resultarían superfluos en la medida en que, por virtud del Principio de Congruencia consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso -C.G.P.- y dado que no hay lugar a que el Juez del Contrato pueda realizar la declaratoria de NULIDAD RELATIVA de manera oficiosa, no podría prosperar pretensión alguna al respecto.

Así lo ha puesto de presente la reiterada jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia al señalar que el análisis y la resolución de una excepción sólo es procedente cuando evidentemente existe el derecho que reclama el demandante, por manera que carece de sentido y de viabilidad toda excepción que se proponga acerca de un derecho que no existe y/o

"5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley".

que no ha de ser reconocido, tal como ocurre con aquellos que no se reclaman.

Los siguientes son los términos en los cuales la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SC - 4574 - 2015, 21 ab. rad. 2007-00600-02 reiteró lo que al respecto ya había consignado esa misma Corporación en su fallo de junio de 2001 SC - 11 jun. 2001, rad. 6343:

"(...) La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose (...) A la verdad, la naturaleza de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor (...)

"Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad (...)

"De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido "y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen" (G. J. XLVI, 623; XCI, pág. 830).

En esa misma línea ya la misma Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en fallo de noviembre 28 de 2000, expediente No. 5928, había precisado:

"No puede en el punto echarse al olvido que, como de antaño lo ha indicado la jurisprudencia, el estudio de las excepciones "... no procede sino cuando se ha deducido o establecido en el fallo el derecho del actor, porque entonces habiéndose estudiado el fondo del asunto y establecido el derecho que la parte actora invoca, es necesario, de oficio algunas veces, a petición del demandado en otras ... confrontar el derecho con la defensa, para resolver si ésta lo extinguió. Por eso, cuando la sentencia es absolutoria, es inoficioso estudiar las defensas propuestas o deducir de oficio alguna perentoria, porque no existe el término, el extremo, es decir el derecho a que haya de oponerse la defensa" ³².

3.1.2.2. LA PRIMERA EXCEPCIÓN PROPIAMENTE DICHA, FUNDAMENTADA EN LA INEXISTENCIA DE SALVEDADES POR PARTE DE LA CONVOCANTE, EN LA SUSCRIPCIÓN DE LOS DOCUMENTOS MODIFICATORIOS DEL CONTRATO DE OBRA 1883 DE 2014

De otra parte, en cuanto a la denominada EXCEPCIÓN de "INEXISTENCIA DE SALVEDADES JURÍDICAMENTE VÁLIDAS EN LOS DOCUMENTOS MODIFICATORIOS CONTRACTUALES RESPECTO DE LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS QUE EN LA DEMANDA SE ALEGAN COMO GENERADORAS DE SOBRECOSTOS O AFECTACIONES ECONÓMICAS ...", al abordar su examen el Tribunal estima necesario precisar y destacar que la EXCEPCIÓN propuesta, en los términos expuestos por la Convocada y anteriormente resumidos, no corresponde en modo alguno a los desarrollos que ha realizado la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado para efectos de resaltar la improcedencia del ejercicio de la acción o medio de control judicial relativo a controversias contractuales cuando en el correspondiente acuerdo de liquidación bilateral no se han dejado salvedades precisas y específicas

³² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia fechada en noviembre 28 de 2000; expediente No. 5928. Magistrado Ponente, doctor Manuel Isidro Ardila Velásquez.

acerca de las cuales pudiere ser viable la reclamación ulterior en sede judicial o arbitral.

4.1.2.2.1. LAS SALVEDADES A LA LIQUIDACIÓN BILATERAL DE LOS CONTRATOS ESTATALES COMO PRESUPUESTO PARA LA PROSPERIDAD DE LAS PRETENSIONES QUE SE FORMULEN EN ASUNTOS DE NATURALEZA CONTRACTUAL

Acerca de los alcances y los efectos jurídicos que se derivan tanto de la liquidación bilateral de un contrato estatal, como de las salvedades que se formulen en relación con dicha liquidación bilateral, resulta bastante ilustrativa, por cuanto además es reiterativa de otros tantos pronunciamientos jurisprudenciales del mismo Consejo de Estado, la sentencia de agosto 22 de 2013, dictada dentro del expediente No. 680012315000-1998-01122 01, con radicación No. 22947, en la cual se señaló:

"La jurisprudencia de la Sección Tercera ha sostenido reiteradamente³³ que una vez el contrato se liquida por mutuo acuerdo entre las partes, dicho acto de carácter bilateral no puede ser enjuiciado por vía jurisdiccional, salvo que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo); pero si dicha liquidación se suscribe con salvedades y en ese mismo momento, que es la oportunidad para objetarla, alguna de las partes presenta reparos a la misma, es claro que se reserva el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre aquello que hubiere sido motivo de inconformidad.

"Con sujeción a las orientaciones de la jurisprudencia en cita, resulta claro precisar que la acción contractual sólo puede versar sobre aquellos aspectos o temas en relación

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, entre otras sentencias se citan las siguientes: Sentencias de 25 de noviembre de 1999, Exp. 10893; de 6 de mayo de 1992; exp. 6661, de 6 de diciembre de 1990, Exp. 5165, de 30 de mayo de 1991, Exp. 6665, de 19 de julio de 1995, Exp. 7882; de 22 de mayo de 1996, Exp. 9208.

con los cuales el demandante hubiere manifestado su desacuerdo al momento de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo, porque sobre aquellas otras materias respecto de las cuales no hubiere realizado observación alguna, por encontrarse de acuerdo con su liquidación y así formalizarlo con su firma, no cabe reclamación en sede judicial. Admitirlo sería ir contra la doctrina de los actos propios, de conformidad con la cual "a nadie le es lícito venir contra sus propios actos", la cual tiene sustento en el principio de la buena fe o "bona fides" que debe imperar en las relaciones jurídicas.³⁴ (Las negrillas y las subrayas son del Tribunal de Arbitramento).

"A lo anterior se agrega que la Jurisprudencia ha establecido que el alcance y sentido de la liquidación definitiva de un contrato es el de un verdadero balance o corte de cuentas, lo cual permite determinar si alguna de las partes de un contrato le debe algo a la otra u otras y de ser así, cuánto es el monto del valor adeudado, de conformidad con los siguientes términos:

"La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado queda después de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no

³⁴ La jurisprudencia ha definido la buena fe dentro del siguiente contexto:

La expresión "buena fe" o (bona fides) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho desdobra en dos direcciones: Primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a la exigencias del decoro social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. trátese de una lealtad (o buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente..." (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 23 de junio de 1958).

*se hicieron en ese momento*³⁵.

"En cuanto a los efectos que genera la liquidación de un contrato, especialmente en los casos en que la misma se adopta de manera bilateral o por acuerdo entre las partes, la Sala ha establecido, de manera reiterada, lo siguiente:

*"... El acta que se suscribe sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él. ... "*³⁶.

"En el mismo sentido, la Jurisprudencia de la Sala ha sostenido:

*"La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes, constituye un acto de autonomía privada de aquellos que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: error, fuerza o dolo"*³⁷.

"Y en posterior oportunidad se reafirmó lo ya expuesto, en los

³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 10 de 1997. Expediente No. 10.608. M.P. Daniel Suarez Hernández. Este pronunciamiento fue recogido y reiterado en la Sentencia de marzo 9 de 1998, expediente No. 11.101, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 22 de 1995; Exp. No. 9965, M.P. Daniel Suárez Hernández.

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 10 de abril de 1997; Exp. No. 10608, M.P. Daniel Suárez Hernández.

siguientes términos:

"Es evidente que cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, éstos en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado. La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe, a quién y cuánto. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad"³⁸.

"Pero cuando el acta de liquidación final no es acogida totalmente por una de las partes por no estar de acuerdo con los valores expresados en ella o porque considera que deben incluirse algunos conceptos que no fueron tenidos en cuenta y, por esta razón, la suscribe dejando constancia de tales circunstancias de inconformidad, deja abierta la posibilidad de una reclamación en sede judicial, pero únicamente respecto de aquellos temas puntuales materia de discrepancia expresamente consignados.

"Las salvedades que se dejan en el acta de liquidación tienen como finalidad salvaguardar el derecho del contratista a reclamar, hacia futuro, ante la autoridad judicial, el cumplimiento de obligaciones que considera quedaron pendientes por la ejecución del contrato.

"En lo atinente al alcance que corresponde a las salvedades o reservas que respecto de una liquidación bilateral pone de presente alguna de las partes del contrato, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha enseñado lo siguiente:

"Como puede observarse en la etapa de liquidación de un contrato, las partes deben dejar sentado en acta sus pretensiones para que sean consideradas por la otra parte, es ese el momento del contrato, en el cual la

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 9 de marzo de 1998, Exp. No. 11.101, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

parte adquiere legitimación para reclamar en vía judicial o extrajudicial, las pretensiones que la otra parte no acepte. Las divergencias que existan al momento de liquidar el contrato, que sean enunciadas en acta, y no aceptadas estructuran la base del petitum de una eventual demanda. Por el contrario la parte que no deje anotada en el acta de liquidación final, la existencia de alguna pretensión para que la otra parte la considere en esa vía, **NUNCA PODRA pretenderlas judicialmente. Lo que se traslada al proceso judicial son las pretensiones que la contraparte del contrato no acepte reconocer”.**

"(...)

"Esta Sala ha sido reiterativa en afirmar que si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente, cuando se presentan alteraciones por causas no imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente, es necesario tener en cuenta, de una parte, que la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas, **y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación.** En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso. **En efecto, el acta de liquidación del contrato contiene el balance financiero en cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, de manera que cuando se firmen de común acuerdo entre éstas, sin objeciones o salvedades, se pierde la oportunidad de efectuar reclamaciones judiciales posteriores. Ha advertido la Sala, adicionalmente, que las salvedades u objeciones que el contratista deja en el acta de liquidación del contrato deben ser claras y concretas; de otra manera, su inclusión resulta ineficaz.** Conforme a lo anterior, se tiene que la liquidación efectuada de común acuerdo por personas capaces de disponer constituye,

entonces, un verdadero negocio jurídico bilateral, que tiene, por tanto, fuerza vinculante, a menos que se demuestre la existencia de un vicio del consentimiento.; (...)³⁹. (Negrillas no son del original)”.

”Más adelante la Sala reafirmó su posición:

”(…) para efectos de poder acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es requisito indispensable que las partes hayan dejado constancia expresa, en el acta de liquidación del contrato, de las inconformidades que pudieron resultar durante su ejecución, tal como esta Sala lo ha señalado en reiteradas ocasiones (...). Ahora bien, la constancia que el contratista inconforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión del contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero sí debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad (...). Lo anterior significa que la constancia de inconformidad no se satisface con una formulación genérica, que no identifique la razón de ser de la salvedad del contratista; tal conducta impide la claridad necesaria en la conclusión de la relación negocial – bien porque las partes están de acuerdo en forma plena, o bien porque subsisten diferencias entre ellas.”⁴⁰

”Con base en las directrices fijadas por la jurisprudencia, resulta evidente entonces que en el presente caso el actor se encontraba legitimado para demandar únicamente en relación con dos temas

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴⁰ Sección Tercera del Consejo de Estado, 6 de julio de 2005. Expediente 14.113. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

puntuales que corresponden a las salvedades consignadas en el acta de liquidación final del contrato, así: i) la existencia de mora en el pago de las cuentas del contrato que causaron intereses y ii) el restablecimiento del equilibrio económico por la mayor permanencia en obra”⁴¹.

Tal como queda visto, la reiterada postura del Honorable Consejo de Estado a la que se acaba de aludir se refiere exclusivamente a la improcedencia de ventilar en sede judicial o arbitral pretensiones diferentes a aquellas que hubieren sido objeto de específicas o precisas salvedades formuladas de manera expresa por la respectiva Parte Convocante, PERO en el entendido de que hubiese mediado entre las Partes un acuerdo de Liquidación Bilateral del Contrato, lo cual supone que los pronunciamientos recíprocamente liberadores que realizan las Partes al convenir esa clase de liquidación conjunta de lo que fue la relación contractual que hubo entre ellas, tienen ocurrencia **ex post**, esto es después de que ha finalizado el vínculo contractual y después de que cada Parte tiene conocimiento preciso, claro, completo y tangible acerca de lo que le significó y le representó a cada una de ellas en costos, reconocimientos, egresos e ingresos, la ejecución del respectivo contrato, asunto que evidentemente NO tuvo lugar en el caso que ahora se examina.

La comentada exigencia de la postura jurisprudencial del Honorable Consejo de Estado que se acaba de referir, cobra toda lógica y todo el sentido en cuanto resulta evidente -tal como quedó explicado-, que en cuanto la Liquidación Bilateral comporta un finiquito definitivo de cuentas **ex post** que las Partes del Contrato adoptan conjuntamente en relación con la que fue su relación obligacional y, por ende, existe entre ellas un acuerdo claro y preciso acerca de lo que constituye ese corte de cuentas, que en muchos

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia fechada en agosto 22 de 2013. Radicación No. 680012315000-1998-01122 01; expediente No. 22947. Demandante sociedad VALDIVIESO Y FRANCO ASOCIADOS Y CIA LTDA. Demandada AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA.

casos equivale a una declaración recíproca de 'paz y salvo' o 'recibo a satisfacción' de las prestaciones contractuales mutuas, únicamente podrían proponerse demandas o reclamos en sede judicial o arbitral en torno a aquellos aspectos en relación con los cuales la respectiva Parte Convocante hubiere dejado salvedad expresa y precisa.

De ahí que la no formulación de salvedades o de reservas al momento de adoptar la correspondiente liquidación bilateral, perfectamente pueda asimilarse a, o entenderse como, una renuncia a presentar posteriores reclamaciones -ora en sede administrativa o contractual, ora en sede judicial o arbitral-, renuncia que aunque tácita se encuentra acompañada de plenos efectos liberadores a favor de su respectiva contraparte, ello porque la liquidación en sí misma comporta un corte de cuentas que finiquita la relación contractual y a la vez equivale a una manifestación de satisfacción para con dicho 'corte de cuentas', lo cual obviamente extiende un 'paz y salvo' al respectivo co-contratante en lo que no hubiere sido objeto de salvedad concreta o específica, todo lo cual tiene ocurrencia -bueno es reiterarlo- cuando ya la ejecución del contrato ha culminado, es decir se trata de un 'corte de cuentas' (con declaratoria mutua de paz y salvo y renuncia tácita incluida a formular nuevas reclamaciones) **ex post**.

Así pues, si la Parte Convocante en cuestión extendió su 'paz y salvo' o 'recibo a satisfacción' a favor de su Co-Contratante de manera voluntaria, libre, espontánea y sin salvedad alguna o, lo que es lo mismo, con salvedades vagas, genéricas, ambiguas o imprecisas, mal podría admitírsele que posteriormente quisiera desconocer su propia manifestación de voluntad -que naturalmente está llamada a generar efectos vinculantes en el mundo del Derecho-, mediante la formulación de demandas sobre aquellos aspectos que ya quedaron cubiertos por la referida Liquidación Bilateral, a menos que pretendiere atacar la validez de ese negocio jurídico de liquidación conjunta mediante la alegación y acreditación de la existencia de alguno(s) de los vicios del consentimiento que hubiere(n) afectado su respectiva manifestación de voluntad.

4.1.1.2.2. LA AUSENCIA DE SALVEDADES POR PARTE DE LA CONVOCANTE AL MOMENTO DE FIRMAR LOS ACUERDOS MODIFICATORIOS DEL CONTRATO DE OBRA 1883 DE 2014, A LAS CUALES HACE REFERENCIA LA EXCEPCIÓN QUE AQUÍ SE ESTUDIA, FORMULADA POR LA ENTIDAD ESTATAL CONVOCADA

Absolutamente diferente a la mencionada AUSENCIA DE SALVEDADES RESPECTO DE LA LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO a la cual se acaba de hacer alusión, comoquiera que en el caso que ahora se estudia y se resuelve NO se produjo la LIQUIDACIÓN BILATERAL del Contrato de Obra No. 1883 de 2014, es la que la Convocante propone como su primera EXCEPCIÓN -tal como ya se ha expuesto-, referida a la AUSENCIA DE SALVEDADES POR PARTE DE LA CONVOCANTE **PERO** EN RELACIÓN CON LOS ACUERDOS MODIFICATORIOS DEL CONTRATO DE OBRA No. 1883 DE 2014, cuyo perfeccionamiento ocurrió **ex ante**, cuando no había culminado aun la ejecución del Contrato e incluso cuando no se había procedido siquiera a la ejecución o el cumplimiento de cada uno de los mencionados *ACUERDOS MODIFICATORIOS*.

Básicamente y en apretada síntesis, la Entidad Convocada sostiene que al suscribir "*la Modificación No. 3 al Contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014, en la cual se prorrogó la etapa de pre construcción por solicitud del CONSORCIO CONLINEA 3*", así como al suscribir "*el Adicional No. 1 al Contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014*" a cuya celebración hubo lugar porque el "*CONSORCIO CONLINEA 3 solicitó la prórroga del Contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014, mediante comunicación identificada con el radicado CC3-INT-273-15 de 3 de diciembre de 2015; solicitud que recibió concepto favorable por parte de la interventoría mediante comunicación identificada con el radicado No. 222976 de 11 de diciembre de 2015*", al suscribir dichos documentos contractuales -se repite- la hoy Convocante no sólo no dejó salvedad alguna que le permitiera elevar las pretensiones que

ha elevado en sede arbitral mediante su respectiva demanda, sino que aceptó y acogió diversas manifestaciones contractuales expresamente encaminadas a señalar que:

"La presente ampliación del plazo del contrato, se concede por solicitud del CONTRATISTA y no implica adición en valor para EL INSTITUTO, por lo que el CONTRATISTA efectuará la reprogramación con los recursos existentes del contrato (...)".

Para brindarle sustento a su excepción, la Convocada invoca algunos pronunciamientos jurisprudenciales en los cuales al ocuparse de examinar las pretensiones de cada demandante relacionadas con los mayores costos derivados de la ampliación del plazo original del contrato, se ha advertido, entre otras cuestiones de importancia, que las prórrogas correspondientes fueron firmadas por el respectivo Contratista sin objeción alguna o incluso solicitadas por él mismo, razón por la cual se ha considerado en relación con ese proceder que

"No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato"⁴².

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia fechada en julio 23 de 1992, expediente No. 6032, citado en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia fechada en agosto 31 de 2011, expediente No. 18.080.

Sin desconocer en un ápice siquiera la importancia, la trascendencia y el valor que corresponde a la postura jurisprudencial que acaba de citarse, el Tribunal estima pertinente reafirmar que existe una notoria diferencia de fondo entre esta última línea jurisprudencial en cita y aquella mencionada anteriormente que encuentra como supuesto insustituible -no aplicable al presente caso-, la inexistencia de salvedades en relación con el acto de liquidación bilateral o conjunta del respectivo contrato estatal, de lo cual se deriva en forma evidente, inobjetable y con alcances de generalidad, que según esta última postura jurisprudencial en cita resulta absolutamente improcedente acudir a las sedes judicial o arbitral para formular demanda en relación con aspectos, asuntos o materias que no hubieren sido objeto de salvedad expresa, específica y concreta por la Parte Actora dentro de la correspondiente liquidación bilateral o conjunta, por lo cual la exigencia anotada participa de una manifestación de aceptación o recibo del pago convenido mediante la cual se libera del cumplimiento de sus obligaciones al respectivo co-contratante, salvo en relación con aquellos aspectos que hubieren sido materia de alguna específica y expresa reserva.

En el caso al que alude la postura jurisprudencial en la cual la Convocada apoya y fundamenta su excepción en estudio, muy por el contrario, el Tribunal advierte que la Jurisprudencia en cita en lugar de brindarle el tratamiento propio de un recibo de pago **ex post** en relación con obligaciones ya ejecutadas y cumplidas, la aludida AUSENCIA DE SALVEDADES EN LA SUSCRIPCIÓN DE ACUERDOS MODIFICATORIOS DEL CONTRATO parecería identificarse más como un acuerdo respecto del cual se predicarían los efectos de una transacción celebrada **ex ante** a la ejecución de los compromisos o las obligaciones convenidas en él, acuerdo cuyo alcance debe examinarse con detalle en cada caso con la finalidad de determinar los efectos del mismo en relación con las pretensiones que eleve el reclamante, lo cual comporta y exige el examen de la conducta o del proceder contractual que en cada caso debe efectuarse respecto de la correspondiente Parte Actora.

En efecto, el duro reproche que el Consejo de Estado le formuló al comportamiento contractual que en el respectivo caso concreto observó el Contratista, al señalarle que el mismo "... *constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales*" y que, por tanto, no resulta plausible o aceptable "... *guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole*", evidencia que ello sólo pudo haber sido fruto del examen que ese Alto Juez efectuó acerca de la conducta contractual que en el respectivo caso concreto desplegó dicho Contratista.

Ello pone de manifiesto entonces que esas reflexiones, ese análisis y esas importantes conclusiones que en ese caso concreto adoptó el Honorable Consejo de Estado, para que puedan extenderse o aplicarse a otros casos exigen la realización del examen o la revisión, por parte del respectivo Juez competente, de la conducta contractual y/o de las manifestaciones del correspondiente Contratista o Demandante en cada caso específico.

Pues bien, procede el Tribunal a examinar los acuerdos modificatorios del Contrato de Obra No. 1883 de 2014 contenidos en la "*Modificación No. 3*" y en el "*Adicional No. 1*", que son aquellos que en su EXCEPCIÓN PRIMERA invoca expresamente la Parte Convocada, no sin antes poner de presente que *i)* por su objeto; *ii)* por la fecha en que fueron suscritos; *iii)* por los antecedentes que dieron lugar a la celebración de cada uno de ellos; *iv)* por el texto que contienen, y *v)* por el alcance de las respectivas estipulaciones que aquí se examinan, se tiene por cierto que la referida "*MODIFICACIÓN TRES AL CONTRATO No 1883 DE 2014*" por un lado y por el otro el "*ADICIONAL UNO (1) AL CONTRATO No. 1883*", resultan completamente diferentes entre sí, sin que haya lugar a confundirlos en modo alguno.

- **"MODIFICACIÓN TRES (3) AL CONTRATO No 1883 DE 2014"⁴³:** el OBJETO que se define en su CLÁUSULA PRIMERA y sus respectivos PARÁGRAFOS son del siguiente tenor:

"CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.- Prorrogar la **ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN** del contrato 1883 de 2014 desde el quince (15) de abril de 2015 hasta el quince (15) de mayo de 2015, sin que se modifique el plazo total del contrato.

"PARÁGRAFO PRIMERO: La presente ampliación del plazo de la **ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN** del contrato se concede por solicitud del **CONTRATISTA** y no implica adición en valor ni sobrecostos para **EL INSTITUTO**, por lo que **EL CONTRATISTA** efectuará la reprogramación con los recursos existentes del contrato y no presentará reclamación alguna por mayor permanencia en el sitio de las obras que tenga como causa la prórroga otorgada.

"PARÁGRAFO SEGUNDO: La presente prórroga se concede sin perjuicio de las acciones y sanciones que **EL INSTITUTO** pueda adelantare imponer, respectivamente, por el incumplimiento en que haya incurrido o incurra **EL CONTRATISTA**".

En los apartes del transcrito PARÁGRAFO PRIMERO que constituyen el soporte fundamental de la EXCEPCIÓN PRIMERA propuesta por la Entidad Estatal Convocada, el Tribunal encuentra que en la misma evidentemente se convino una exoneración a favor de la Entidad Contratante al determinar que "La presente ampliación del plazo de la **ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN** (...) no implica adición en valor ni sobrecostos para **EL INSTITUTO**", a lo cual se agregó que como consecuencia o como resultado de tal ampliación "... **EL CONTRATISTA**

⁴³ Folios 166 y ss. del Cuaderno de Pruebas No. 1.

(...) no presentará reclamación alguna por mayor permanencia en el sitio de las obras que tenga como causa la prórroga otorgada".

Sin perjuicio de tener por establecida la mencionada exoneración de responsabilidad respecto de la Entidad Estatal Convocada -y al margen de analizar su validez-, el Tribunal también encuentra que la misma -tal como lo señala el propio texto contractual que se deja transcrito-, dice relación única y exclusivamente con la acordada "ampliación del plazo de la **ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN**", y que de igual manera la renuncia a presentar reclamaciones "por mayor permanencia en el sitio de las obras" se circunscribió únicamente a cualquier circunstancia "que tenga como causa la prórroga otorgada".

En esas condiciones resulta cierto entonces, tal como lo alega y lo invoca la Parte Convocada, que el Consorcio Convocante manifestó de manera libre y voluntaria que por razón y/o con ocasión de la Modificación No. 3 al Contrato de Obra No. 1883 de 2014 no se causarían sobrecostos para el **INVÍAS** y que no presentaría reclamaciones por mayor permanencia en el sitio de las obras, sin embargo no es menos cierto que del estudio del expediente se desprende que los únicos sobrecostos reclamados por mayor permanencia con la Demanda que tienen vocación de prosperar no tuvieron origen o causa, de ninguna manera, en la PRÓRROGA DE LA ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN que pasó de tres (3) a cuatro (4) meses, pero manteniendo incólume el mismo plazo total de doce (12) meses para la ejecución del citado Contrato de Obra No. 1883 de 2014, según se acordó en la citada Modificación No. 3.

De esta manera, dado que en el presente proceso no está llamada a prosperar pretensión alguna de reconocimiento de sobrecostos por causa de la PRÓRROGA DE LA ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN, como tampoco tiene posibilidad de abrirse paso pretensión alguna de reconocimiento por mayor permanencia en el sitio de las obras que

hubiere tenido como causa la aludida PRÓRROGA DE LA ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN, se torna inane e innecesario entonces efectuar un pronunciamiento de fondo acerca de la excepción que se formuló con apoyo en las transcritas manifestaciones de la Parte Convocante, mediante las cuales exoneró a la Entidad Contratante por sobrecostos y renunció anticipadamente a presentar reclamaciones por mayor permanencia en el sitio de las obras, en cuanto unos y otras tuvieren causa en la tantas veces mencionada PRÓRROGA DE LA ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN.

La abstención del Tribunal para pronunciarse de fondo acerca de esta parte de la EXCEPCIÓN PRIMERA encuentra fundamento en la misma línea jurisprudencial que ya se dejó parcialmente transcrita y que está recogida, entre muchos otros, en los pronunciamientos realizados por la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sus Sentencias de abril 21 de 2007, SC – 4574 – 2015, radicación No. 2007-00600-02; de junio de 2001 SC – 11, radicación No. 6343, y de noviembre 28 de 2000, expediente No. 5928, a cuyos contenidos se remite.

- **"ADICIONAL UNO (1) AL CONTRATO No 1883 DE 2014"**: el OBJETO que se define en su CLÁUSULA PRIMERA y sus respectivos PARÁGRAFOS son del siguiente tenor:

"CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.- *Prorrogar el plazo del Contrato No. 1883 de 2015 (sic), desde el quince (15) de enero de 2016, hasta el 15 de diciembre de 2016.*

"PARÁGRAFO PRIMERO: *La presente ampliación del plazo del contrato se concede por solicitud del CONTRATISTA y no implica adición en valor para EL INSTITUTO, por lo que EL CONTRATISTA efectuará la reprogramación con los recursos existentes del contrato. El presente documento se suscribe bajo el estricto e inminente respeto de los derechos contractuales de las partes.*

"PARÁGRAFO SEGUNDO: *La presente prórroga se concede sin perjuicio de las acciones que EL INSTITUTO pueda adelantar por el incumplimiento en que haya incurrido o incurra EL CONTRATISTA".*

Pues bien, en relación con los apartes del PARÁGRAFO PRIMERO de la CLÁUSULA PRIMERA del "ADICIONAL UNO (1) AL CONTRATO No 1883 DE 2014" que también se han invocado como fundamento de la EXCEPCIÓN PRIMERA que aquí se resuelve, encuentra el Tribunal que la estipulación en virtud de la cual se señaló que "La presente ampliación del plazo del contrato, se concede por solicitud del CONTRATISTA y no implica adición en valor para EL INSTITUTO", si bien determina que la sola prórroga, por sí misma, "no implica adición en valor" en el entendimiento de que con dicha prórroga no se está acordando la ejecución de otras obras o la asunción de nuevas prestaciones que por sí mismas comporten un incremento en el valor mismo del Contrato -como por el contrario sí ocurrió con otras modificaciones, tal como lo refleja el ADICIONAL NÚMERO DOS (2)"-, la estipulación en estudio no excluye de manera absoluta la posibilidad de que con apoyo en determinadas circunstancias -que por ejemplo podrían ser sobrevinientes o generadas por responsabilidad de la propia Entidad Estatal Contratante-, el Contratista sí podría solicitarle al Juez del Contrato que disponga a su favor los reconocimientos a que hubiese lugar.

No encuentra entonces el Tribunal que mediante la estipulación transcrita se hubiere configurado una imposibilidad total y absoluta que se le pudiera enrostrar al Consorcio Contratista para evitar que pueda obtener una definición de fondo acerca de las reclamaciones que ha elevado ante el Juez del Contrato por conceptos que, precisamente, han tenido origen o causa en la celebración del referido "ADICIONAL UNO (1) AL CONTRATO No. 1883 DE 2014" y que en este caso se han fundamentado en el incumplimiento contractual de la propia Parte

Convocada, lo cual apunta directamente a comprometer su responsabilidad.

A ello se impone agregar que en la parte final del aludido PARÁGRAFO PRIMERO se incluyó también la estipulación en virtud de la cual se dejó establecido que "*El presente documento se suscribe bajo el estricto e inminente respeto de los derechos contractuales de las partes*", lo cual le permite advertir al Tribunal que con tal estipulación se dejó a salvo la posibilidad y la facultad que le asiste a cada Parte -y en este caso al Consorcio Contratista-, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero (1º) del numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80, de "... *acudir a las autoridades con el fin de obtener la protección de los derechos derivados del contrato ...*", por manera que no es posible tener por configurada la excepción primera que se ha formulado sobre la base de que no se hubiere dejado SALVEDAD alguna al momento de suscribir el documento contractual en mención.

También se impone destacar, tal como ya se indicó en otro apartado del presente Laudo -exactamente cuando se procedió a re-examinar la competencia del Tribunal-, que antes de que se hubiere suscrito el aludido "**ADICIONAL UNO (1) AL CONTRATO No 1883 DE 2014**" en **enero 15 de 2016**, ya el Consorcio Contratista había presentado ante la Entidad Estatal Contratante las siguientes comunicaciones que contienen tanto solicitudes de ampliación de plazo como de reconocimiento de mayores costos, así:

- ✓ **COMUNICACIÓN DE OCTUBRE 27 DE 2015, CCE-INT-236-15⁴⁴**. En esta oportunidad, el Contratista hizo, entre otras, las siguientes manifestaciones al Director de Interventoría:

⁴⁴ Folios 418 y ss. del Cuaderno de Pruebas No. 1.

"En diversas comunicaciones enviadas a la interventoría, las cuales se relacionan en el presente documento, el consorcio Conlínea 3 -El Consorcio-, ha planteado la conveniencia y necesidad de acordar una reprogramación que facilite mejores condiciones para la ejecución de las obras, que corresponda a la realidad actual del Proyecto, y que permita determinar las condiciones para una prórroga al plazo y adición de recursos al contrato, situaciones relacionadas en el último programa de obra que fuera enviado con la comunicación CC3-INT-230-15 del 23 de octubre de 2015.

"Con base en la mencionada reprogramación que recoge las observaciones de la Interventoría, solicitamos formalmente su aprobación al cronograma propuesto por el Consorcio, a fin de tramitar una ampliación al plazo del Contrato hasta el 31 de diciembre de 2016 y el reconocimiento de los mayores costos asociados, que ascienden a la suma de \$ 8.010'568.829, como dineros correspondientes a mayor permanencia en obra y cambios en las condiciones de ejecución del Contrato. Consideramos importante dejar explícito que la prórroga propuesta es aún insuficiente para concluir las obras, tal como se explica en esta comunicación.

".....

"Se presenta a continuación un recuento de las situaciones que han generado impacto en las condiciones iniciales de ejecución del contrato y que dan lugar a las solicitudes contenidas en el presente escrito :

".....

"Por las razones expuestas, ambas solicitudes, de plazo y de costo, son integrales de manera que deben ser resueltas al mismo tiempo y formalizadas de igual forma, no estando de más advertir nuestra mayor disposición para aclarar y/o complementar aquellos aspectos que se consideren necesarios por parte de la Interventoría, para que, de consenso, logremos resolverlos a la mayor brevedad posible".

- ✓ **COMUNICACIÓN DE DICIEMBRE 3 DE 2015, CC3-INT-273-15⁴⁵**. A través de este oficio el Consorcio le remitió a la Interventoría *"los documentos necesarios para tramitar ante el INVIAS la prórroga del contrato de la referencia"*, en respuesta a las observaciones que previamente le habían sido formuladas acerca de aquellos presentados inicialmente para ese mismo propósito, oportunidad en la cual manifestó:

"El presente Documento se suscribe bajo el estricto e inminente respeto de los Derechos Contractuales de las partes y atendiendo las solicitudes y observaciones del contratista contenidas en el oficio CC3-INT-236-15 con fecha de radicación de 30 de Oct. De 2015"⁴⁶.

- ✓ **FORMATO MSE-FR-19, FECHADO EN DICIEMBRE 11 DE 2015⁴⁷**. En este documento contractual, en cuyo texto se precisan los aspectos de adición en plazo y de valor a los cuales se refirió el concepto favorable de la Interventoría, se lee:

"E. CONCEPTO DE LA INTERVENTORÍA SOBRE LA SOLICITUD

"A continuación se describen las consideraciones que se han tenido en cuenta para solicitar la presente prórroga del plazo total del contrato.

"....."

⁴⁵ Folio 440 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁴⁶ La última frase no aparece en versiones de la carta aportadas en el CD del folio 511, archivos 23 y 95. Sí aparece en la versión del Cuaderno de Pruebas No. 1 (folio 440), que tiene sello de recibido en INVIAS.

⁴⁷ CD del folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1, archivo "26_FORMATO SOLICITUD Y ANEXO 1 DEL 11-12-2015".

"Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, la Interventoría conceptuó favorablemente a la solicitud de prórroga de la etapa de construcción al contrato No. 1883 de 2014 (...).

"Respecto de los numerales citados, el Contratista CONSORCIO CONLÍNEA 3 presentó comunicación CC3-IN-236-15.

"El presente Documento se suscribe bajo el estricto e inminente respeto de los Derechos Contractuales de las partes". (Se deja subrayado).

Así pues, a diferencia de lo que puso de presente el Honorable Consejo de Estado a partir de la situación concreta que le correspondió examinar y resolver en ese caso mediante la providencia que la Entidad Convocante invocó como soporte de su EXCEPCIÓN PRIMERA, en esta oportunidad el examen de la conducta contractual del Consorcio Contratista no permite concluir que hubiese concurrido a suscribir el "ADICIONAL UNO (1) AL CONTRATO No 1883 DE 2014" guardando silencio respecto de reclamaciones económicas que tuviese al momento de celebrar el contrato modificadorio o adicional, para posteriormente sorprender a la Entidad Estatal Contratante con la formulación de la demanda arbitral de esa índole.

Las pruebas documentales que se dejan reseñadas evidencian con claridad que mucho antes de que se suscribiera el "ADICIONAL UNO (1) AL CONTRATO No 1883 DE 2014" en enero 15 de 2016, ya la Entidad Estatal tenía amplio conocimiento de las solicitudes de reconocimiento que venía elevando ese Contratista, por manera que no puede sostenerse en modo alguno que aquella hubiere resultado sorprendida con la formulación de la demanda arbitral que ahora será resuelta, comportamiento contractual que, por tanto, tampoco puede sostenerse que hubiere resultado contrario a "*los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales*" que impone y exige el postulado de la Buena Fe

con arreglo al cual deben proceder y comportarse AMBAS partes Contractuales.

Como consecuencia obligada del estudio que aquí se ha realizado acerca de la referida EXCEPCIÓN PRIMERA y con apoyo tanto en las normas legales que se han invocado y a cuya aplicación acude el Tribunal, así como con soporte en los elementos de pruebas que se han estudiado y relacionado, se concluye que la aludida EXCEPCIÓN PRIMERA que propuso la Entidad Convocada con su Contestación a la Demanda no está llamada a prosperar y, por tanto, la misma será desestimada en la parte resolutive del presente Laudo.

4.1.2.2.3. LA NO ACEPTACIÓN DE LA TESIS ENCAMINADA A QUE SE CONSIDEREN IMPROCEDENTES LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA POR AUSENCIA DE RECLAMACIONES FORMALES DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO

Sin perjuicio de anticipar con claridad que la decisión de cada controversia debe ser adoptada por el respectivo Juez de la Causa con apoyo en el análisis detallado que se realice acerca de las particularidades, las pruebas y las específicas características de cada caso concreto, lo cual incluye obviamente el examen del comportamiento contractual que hubiere observado cada una de las Partes que concurrieron a la celebración y ejecución del respectivo vínculo obligacional, análisis del cual se pueden derivar consecuencias directas tanto para definir la suerte de las pretensiones o de las excepciones que se hubieren formulado, como para interpretar también el alcance mismo de las correspondientes estipulaciones contractuales, análisis que naturalmente se realizará en forma rigurosa en el presente caso, de todas maneras el Tribunal también considera pertinente sentar su posición acerca de la tesis que pretende pregonar una consecuencia general adversa a cualquier reclamación o demanda que pudiese provenir de aquella Parte de un Contrato Estatal que durante su ejecución no hubiese presentado o

expresado reclamaciones o inconformidades frente a su respectivo co-contratante.

Al respecto el Tribunal señala, por vía de principio, su desacuerdo con el alcance general que se pretende extender a la tesis mencionada que se encamina a sostener que necesariamente deberían denegarse las pretensiones de cualquier demanda que se formule en relación con un Contrato Estatal por la sola y única circunstancia de que la respectiva Parte Actora no hubiese formulado reclamaciones a su contraparte durante el desarrollo de la correspondiente relación contractual del Estado, temperamento dentro del cual el Tribunal entiende formuladas las razones que llevan al Ministerio Público a sostener, en el presente caso concreto, "*... no es posible entrar a resolver, en sede judicial arbitral, lo que debió resolverse en sede contractual*".

Para explicar y sustentar la postura que al respecto asume el Tribunal, resulta necesario e importante efectuar una brevísima reseña histórica acerca de la definición tanto legal como jurisprudencial -la cual además sirvió de inspiración a aquella normativa que hoy se encuentra vigente-, en torno a la determinación del momento en el cual debe empezar a contabilizarse el término establecido para la caducidad de la acción relativa a controversias contractuales.

Se impone recordar que el texto original del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, contenido en el Decreto-ley 01 de 1984, norma que consagró por primera vez en el ordenamiento jurídico colombiano el plazo para el ejercicio oportuno de la mencionada acción contractual, se limitó a señalar que el mismo correspondía a dos (2) años, así:

"ARTICULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. (... ..)

"....."

"Las relativas a contratos caducarán a los dos (2) años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella".

La norma legal transcrita, acerca de cuyos alcances surgieron múltiples discusiones e interpretaciones por su falta de claridad y de precisión en torno a diversas hipótesis fácticas que de ordinario se presentan en etapas contractuales como las que se relacionan con la celebración, la ejecución, la terminación y/o la liquidación de los vínculos contractuales, fue una norma que estuvo vigente únicamente hasta el año de 1989, cuando el legislador extraordinario dispuso su modificación a través del Decreto-ley 2304 de ese año en virtud del cual y con ocasión de su expedición se adoptó un nuevo texto, así:

"ARTICULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. (... ..).

"....."

"Las relativas a contratos caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento".

La Jurisprudencia del Consejo de Estado no tardó en advertir que el nuevo texto legal no resolvió los problemas que surgieron al momento de aplicar la norma anteriormente vigente y que tenían origen en las dificultades derivadas de su interpretación, amén de que tanto la disposición precedente como la nueva forzaban a los contratistas a promover demandas y a trabar litigios durante el curso mismo de los respectivos contratos, lo cual se estimó particularmente delicado en tratándose de contratos de larga duración, para cuya exitosa ejecución -en cuya ejecución se encuentra envuelta la satisfacción del interés público- constituye requisito *sine qua non* que entre las Partes existan importantes y eficientes canales de entendimiento, de comunicación y de interlocución, en medio de un clima de armonía, propósitos que generalmente resultan frustrados cuando las Partes se distancian, congelan y hasta rompen relaciones en la medida en que entre ellas se genere un enfrentamiento de carácter judicial que suele obligarlas

a adoptar posturas diametralmente opuestas y a formular manifestaciones o acusaciones que en nada contribuyen a la mutua cooperación y la avenencia que resulta deseable que se mantenga entre las Entidades Estatales y sus Contratistas Colaboradores.

Con el propósito de superar dichas situaciones indeseables a la luz del Principio Constitucional de prevalencia del interés general, la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado se ocupó de precisar entonces que una recta interpretación de la norma legal vigente en esa época llevaba a la conclusión de que el término de los "dos (2) años [contados a partir] de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento", debía entenderse y/o contabilizarse únicamente con posterioridad a la liquidación o sólo a la terminación del respectivo Contrato, según que en cada caso concreto se requiriera, o no, de la correspondiente etapa de liquidación.

Así lo refleja con claridad, entre otras, la providencia que dictó en agosto 30 de 2001 el pleno de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante la cual se retomó y se reiteró lo expuesto en la Sentencia de junio 8 de 1995, emanada de la misma plenaria de la Sección Tercera, dentro de la cual y sin ambages se destacó que no resultaba admisible que se le pretendiera imponer

"al contratista la dura e ilógica tarea de estar presentando demandas sucesivas por los incumplimientos periódicos imputables a la administración, pues ello no se compadece con la lógica, con la cordialidad y armonía que debe reinar entre las partes ni con la seriedad y consideración debida a la administración de justicia ...".

No sobra poner de presente que esta reiteración jurisprudencial que tuvo lugar en la Sentencia de agosto 30 de 2001 (expediente No. 16.256), mediante la cual se reafirmó lo previamente sostenido en el fallo de junio 8 de 1995 (expediente No. 10.634), ya había sido expuesta también en la

sentencia de octubre 15 de 1999 (expediente No. 10.929), por manera que la mencionada corresponde a una línea jurisprudencial uniforme, pacífica y reiterada por el pleno de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado.

Así se lee textualmente dentro del pronunciamiento que aquí se invoca:

"En efecto, la Sala ha precisado con fundamento en la ley, que el término de caducidad de las acciones contractuales se cuenta a partir de la fecha en que se produce o debió producirse la liquidación del contrato.

"Así, en sentencia del 8 de junio de 1995, expediente No. 10.634 señaló ⁽⁴⁸⁾:

"En materia contractual habrá que distinguir los negocios que requieren de una etapa posterior a su vigencia para liquidarlos, de aquellos otros que no necesitan de la misma. En éstos, vale decir, para los cuales no hay etapa posterior a su extinción, cualquier reclamación judicial deberá llevarse a cabo dentro de los dos años siguientes a su fenecimiento. Para los contratos respecto de los cuales se impone el trámite adicional de liquidación, dicho bienio para accionar judicialmente comenzará a contarse desde cuando se concluya el trabajo de liquidación, o desde cuando se agotó el término para liquidarlo sin que se hubiere efectuado, bien sea de manera conjunta por las partes o unilateralmente por la administración.

"La Sala reitera su punto de vista sentado en oportunidades anteriores en el sentido de que los pagos periódicos que deba efectuar la administración como consecuencia de un contrato, no pueden ser mirados como hechos aislados para aplicarles exegéticamente el concepto de caducidad de la acción, sino que deberá aplicarse la solución consignada en el párrafo inmediatamente anterior de esta

⁴⁸ También en sentencia de 15 de octubre de 1999. Exp. 10.929".

providencia. Dicho de otra manera no puede imponérsele al contratista la dura e ilógica tarea de estar presentando demandas sucesivas por los incumplimientos periódicos imputables a la administración, pues ello no se compadece con la lógica, con la cordialidad y armonía que debe reinar entre las partes ni con la seriedad y consideración debida a la administración de justicia ...".⁴⁹.

Con base en la guía e inspiración de esa línea jurisprudencial reiterada, pacífica, invariable, uniforme y de una lógica indiscutible que desarrolló y pregonó sin modificaciones la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, el legislador procedió entonces a modificar de nuevo la norma legal que se ha venido refiriendo y para el efecto profirió en 1998 la Ley 446, a través de la cual adoptó el texto que enseguida se transcribe:

"ARTICULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES.

".....

"10. *En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.*

"En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

"a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia fechada en agosto 30 de 2001. Radicación No. 50001-23-31-000-1999-6256-01; expediente No. 16.256. Magistrado Ponente, doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez.

- "b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;*
- "c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;*
- "d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;*
- "e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la Ley "por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.*
- "f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento".*

Tal como se puede apreciar con la sola lectura de la transcrita letra d) del numeral 10 del que fue la última versión del artículo 136 del Código

Contencioso Administrativo, de manera perentoria e imperativa la ley determinó que el fenómeno de caducidad de la acción contractual operaría en aquellos contratos "... *que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley ...*", a lo cual agregó que "el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar".

La explicación acerca del origen de la norma legal que acogió la Ley 446 en el año de 1998, así como otra reiteración respecto de la línea jurisprudencial que se viene mencionando fue expuesta por el pleno de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en su Sentencia de agosto 16 de 2001, expediente No. 14.384, oportunidad en la cual puntualizó:

"5. La caducidad de la acción contractual en el presente proceso.

"Debe precisarse que mientras el vencimiento del término para el ejercicio de la acción extingue el derecho para formular cualquiera de las acciones previstas en el art. 87 del C.C.A, la liquidación bilateral del contrato (sin salvedades) cierra de entrada las puertas a su revisión, sin que tenga incidencia alguna el momento en que se demande la intervención judicial.

*"De acuerdo con el art. 136 del C.C.A las acciones relativas a las controversias contractuales caducan al cabo de dos años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirven de fundamento. No obstante, **la jurisprudencia de la Sala ha sido reiterada en señalar que todas las acciones que a bien tenga hacer el contratista, con ocasión de la ejecución del contrato, debe formularlas a más tardar dentro de los dos***

años siguientes a su terminación o a la liquidación del mismo si ésta era necesaria, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad de la acción.

"En este orden de ideas, una vez producida la liquidación del contrato, ya sea bilateralmente y con salvedades, ya sea unilateralmente por la administración, es este acto el que marca el hito para el cómputo de los dos años para el ejercicio de la acción contractual. En sentencia del 8 de junio de 1995, expediente No. 10.634 la sala sostuvo:

"(...)

*En materia contractual habrá que distinguir los negocios que requieren de una etapa posterior a su vigencia para liquidarlos, de aquellos otros que no necesitan de la misma. En éstos, vale decir, para los cuales no hay etapa posterior a su extinción, cualquier reclamación judicial deberá llevarse a cabo dentro de los dos años siguientes a su fenecimiento. Para los contratos respecto de los cuales se impone el trámite adicional de liquidación, dicho bienio para accionar judicialmente comenzará a contarse desde cuando se concluya el trabajo de liquidación, o desde cuando se agotó el término para liquidarlo sin que se hubiere efectuado, bien sea de manera conjunta por las partes o unilateralmente por la administración. (...)"*⁵⁰

"Este criterio que venía siendo sólo una pauta jurisprudencial, fue adoptado por la Ley 446 de 1998, en las modificaciones que le introdujo al art. 136 del c.c.a, en

⁵⁰ En igual sentido se pronunció en el auto de 22 de junio del mismo año, Exp. 9965. En el auto de abril 18 de 1997. Exp. 11.732 señaló: "Y en materia de reclamos por el no pago oportuno de las actas parciales de obra (en el contrato de obra pública, se entiende) se ha sostenido que su reclamo podrá hacerse tan pronto se dé o constate la mora en su pago o dentro de los dos años siguientes a la finalización del contrato o a la ejecutoria del acto que lo liquidó. Pero no ha aceptado la jurisprudencia la tesis del a-quo (caducidad frente a cada una de las actas) porque ésta hace de cada reclamo particular (el no pago oportuno de un acta) un asunto separado del contrato mismo, como si al final no tuviera que tenerse en cuenta en la liquidación definitiva". (Se han agregado las negrillas).

cuanto para los contratos que requieren de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, el término de caducidad será de dos años contados desde la firma del acta (lit. d, num. 10 art. 136 c.c.a)

"Consecuente con la tesis anterior y habida cuenta de que la liquidación del contrato de obra pública 083 de 1991 que celebraron las partes se firmó el 11 de enero de 1994, cualquier acción que pretendiera instaurarse con ocasión de la ejecución del contrato estaría caducada si se hizo con posterioridad al 12 de enero de 1996. De manera que como la demanda fue presentada el 2 de mayo de 1996 (fl.40 Vto. C.ppal), para ese momento ya estaban caducadas todas las acciones" ⁵¹.

Esa misma regulación legislativa para los contratos Estatales que requieren de liquidación se mantuvo prácticamente intacta -sin perjuicio de alguna precisiones específicas-, en el texto normativo del actualmente vigente subnumeral v) de la letra j) del numeral 2 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -C.P.A. y C.A.-, contenido en la Ley 1437, a cuyo tenor:

"ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. *La demanda deberá ser presentada:*

"....."

"2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

"....."

"j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia fechada en agosto 16 de 2001. Radicación No. 25000-23-26-000-1996-4384-01; expediente No. 14384. Magistrado Ponente, doctor Ricardo Hoyos Duque.

ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

"En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

"

"v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga".

De esta manera, para el Tribunal resulta perfectamente claro que en el ordenamiento jurídico colombiano rige hoy una disposición legal de orden público y de imperativo cumplimiento, dado su carácter eminentemente procesal (artículo 13 C.G.P.), respecto de la cual no le es dado al juez desconocerla ni apartarse en punto de los alcances y las definiciones que con tanta precisión ha establecido puntual y mandatoriamente la ley vigente en torno a la oportunidad única en la cual está llamado a operar el fenómeno de caducidad de la acción contractual, por manera que a juicio del Tribunal no resulta jurídicamente posible ni válido -sin incurrir en una manifiesta violación de la norma legal transcrita, con todas las consecuencias que ello conlleva-, exigirle de forma obligatoria y por vía general a los Contratistas del Estado que antes de que empiece a correr el mencionado plazo de los dos (2) años, esto es al vencimiento del término señalado para la liquidación del respectivo Contrato, deba haber cumplido o satisfecho previamente otros requisitos no previstos ni contemplados en la ley, como el de haber

elevado reclamaciones o formulado quejas o presentado requerimientos ante la Entidad Contratante, para que pueda hacerlos valer -aunque sin mencionarlos como tales-, a manera de presupuesto para la obtención del reconocimiento o la estimación de sus pretensiones contractuales.

En realidad la ÚNICA exigencia que de manera clara y fuera de cualquier duda establece y exige la ley en materia de oportunidad para que las pretensiones de una demanda contractual se puedan valorar y estimar en caso de que las pruebas de los hechos alegados así lo determinen, radica en que la respectiva demanda se haya formulado dentro los dos (2) años siguientes al vencimiento del plazo de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para la liquidación bilateral del respectivo Contrato o, en su defecto, del vencimiento de cuatro (4) meses siguientes a la terminación del respectivo contrato.

Exigir otros requisitos no previstos ni consagrados en la Ley para que se puedan estimar las pretensiones contractuales de las demandas, tal como sucede con aquellas exigencias encaminadas a que el Contratista hubiese debido formular reclamaciones, presentar requerimientos o elevar quejas ante su Entidad Estatal Contratante durante la vigencia y ejecución del respectivo Contrato, además de constituir un evidente desconocimiento de la norma legal transcrita (artículo 164-2-j)-v) C.P.A. y C.A.), también comporta un desconocimiento a la finalidad que inspiró la expedición de dicha norma legal -tal como lo refleja el brevísimo recuento histórico que aquí se ha plasmado-, y, de otro lado, configura un desconocimiento a los precedentes jurisprudenciales que sentó y ha reiterado en múltiples ocasiones el pleno de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Al respecto cabe anotar que el Tribunal no conoce hasta la fecha pronunciamiento alguno que hubiere emanado de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado y menos de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esa misma Corporación, que hubiese revaluado,

modificado o dejado sin valor o sin vigencia todo aquello que de manera reiterada se encuentra plasmado en los citados fallos de agosto 30 de 2001 (expediente No. 16.256), de junio 8 de 1995 (expediente No. 10.634) y de octubre 15 de 1999 (expediente No. 10.929).

Es más, en la medida en que el Derecho Fundamental de Acceso a la Administración de Justicia (artículo 229 C.P.) -el cual se concreta y se ejerce, entre otras modalidades, mediante la formulación de demandas o de reclamaciones, ora en sede judicial ora en sede arbitral, relativas a controversias derivadas de Contratos Estatales-, es un Derecho que se encuentra reglamentado de manera general a través de las disposiciones legales sustantivas como el Estatuto de Contratación Estatal, el Código Civil y el Código de Comercio, al igual que lo reglamentan de manera general los correspondientes Estatutos Procesales adoptados mediante la Ley 1437 contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -C.P.A. y C.A.-, la Ley 1564 que contiene el Código General del Proceso -C.G.P.-, y la Ley 1563 por cuya virtud se expidió el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, se impone concluir entonces que las autoridades públicas -incluidos los Jueces de la República y los Tribunales de Arbitramento, claro está-, no pueden exigir requisitos adicionales o diferentes a los que ha establecido la ley para su ejercicio, puesto que así lo prohíbe de manera clara y perentoria el artículo 84 de la Constitución Política, según el cual:

"ARTICULO 84. *Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio".*

En esa misma línea y como desarrollo legal directo del mandato constitucional transcrito se encuentra el igualmente imperativo mandato que recoge el artículo 11 del Código General del Proceso -C.G.P.-, a cuyo tenor:

"ARTÍCULO 11. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES. *Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias".*

Pues bien, teniendo en cuenta tanto los fundamentos normativos y jurisprudenciales que acaban de invocarse, al igual que el alcance de la explicada evolución que en el tiempo ha tenido la consagración legal acerca del cómputo del término de la caducidad establecida para la acción o medio de control judicial relativo a controversias contractuales, como la conducta que en desarrollo de la específica ejecución del Contrato de Obra No. 1883 de 2014 observaron las Partes y en especial la Convocante, el Tribunal concluye que en el presente caso la suscripción del "ADICIONAL UNO (1) AL CONTRATO No. 1883", no significó un finiquito para las diferencias contractuales que para ese entonces ya se habían perfilado entre las Partes por diversos conceptos y menos puede entenderse que la suscripción de dicho documento hubiere comportado una "renuncia anticipada" del Contratista a la posibilidad de formular posteriormente reclamaciones o demandas, puesto que, según también se ha dejado señalado en párrafos anteriores, el Estatuto de Contratación Estatal contiene diversas disposiciones que permiten inferir la existencia de una orientación general encaminada a limitar la exigibilidad de "renuncia anticipada" a los derechos de los Contratistas – Colaboradores de las Entidades Estatales Contratantes.

A lo anterior se debe agregar la circunstancia, a la cual el Tribunal le reconoce importancia significativa, de que en el presente caso las propias Partes del Contrato de Obra 1883 de 2014 al convenir el referido

"ADICIONAL UNO (1) AL CONTRATO No. 1883", de manera expresa, dentro del PARÁGRAFO PRIMERO de su CLÁUSULA PRIMERA, establecieron y señalaron que "El presente documento se suscribe bajo el estricto e inminente respeto de los derechos contractuales de las partes", formulación en la cual -como ya se dejó expuesto- el Tribunal encuentra la manifestación o salvedad que los Contratantes hicieron para dejar a salvo los "*derechos contractuales de las partes*" de tal manera que no pueda entenderse que los mismos hubieren quedado sin efectos o que a los mismos se hubiere renunciado por razón de la suscripción del referido "ADICIONAL UNO (1)", derechos dentro de los cuales se encuentra incluido, como resulta apenas obvio, el de acudir ante el Juez del Contrato a formular las reclamaciones o demandas que se estimaren pertinentes, lo cual naturalmente tiene cabida siempre que para ello no hubiese operado la caducidad de la respectiva acción o medio de control judicial.

3.2. LAS OTRAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA CONVOCADA

Tal como ya se anunció, con su Contestación a la Demanda el **INVIAS** también propuso como EXCEPCIONES las siguientes:

"B. TRASGRESIÓN POR PARTE DEL CONSORCIO CONLINEA 3 DEL PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA O LEX CONTRACTUS Y DEL PRINCIPIO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET- PROHIBICIÓN DE IR EN CONTRA DE LOS ACTOS PROPIOS.

"B.1 Los principios de responsabilidad contractual, buena fe contractual y justicia contractual

"B.2 DESARROLLO

"C. AUSENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO Y DE MAYOR PERMANENCIA EN OBRA - IMPROCEDENCIA DE LOS PRESUNTOS PERJUICIOS RECLAMADOS POR EL

CONSORCIO CONLINEA 3 (numeral 4.4 de los hechos de la demanda)”.

Al efectuar la revisión del contenido y el desarrollo de dichos acápites de la Contestación a la Demanda, el Tribunal encuentra que más que verdaderas excepciones perentorias -encaminadas a aniquilar la acción que en esta oportunidad ejerció la Convocante, o a fulminar sus pretensiones-, las que se han propuesto en realidad corresponden a argumentos de la defensa que se enfilan a evitar que se estimen o prosperen las pretensiones de la Demanda, tal como la propia Convocada lo indica en la parte final del título bajo el cual las agrupa: “... *FUNDAMENTO LEGAL DE LA OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA*”.

Por lo anterior el análisis de dichos argumentos de defensa se realizará, cuando ello resulte pertinente, de manera conjunta con el examen de las respectivas pretensiones, oportunidad en la cual, como es natural, se contrastarán los argumentos que expone de la Parte Convocante con las razones de defensa que exhibe y desarrolla la Parte Convocada, todo ello, obviamente, a la luz tanto de las normas aplicables como de las pruebas recaudadas regularmente y que obran en el expediente arbitral.

Sin perjuicio de lo que acaba de anotarse, también importa señalar que siguiendo la misma lógica que ya fue expuesta en relación con la excepción que se formuló acerca de *AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO*, según la cual y con apoyo en la reiterada y pacífica jurisprudencia que han sentado las más Altas Corporaciones de Administración de Justicia⁵² en el país en la línea de considerar que resulta innecesario, inane o carente de sentido resolver de fondo una excepción que verse sobre un derecho que no existe y/o que no ha de ser reconocido, en este caso el Tribunal precisa que

⁵² Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC – 4574 – 2015, abril 21 de 2015, radicación 2007-00600-02; Sentencia SC de junio 11, radicación 6343; Sentencia de noviembre 28 de 2000, expediente No. 5928.

se abstendrá de examinar y resolver de fondo las pretensiones subsidiarias de la Demanda que apuntan a que se declare la ruptura del equilibrio económico del Contrato de Obra No. 1883 de 2014, comoquiera que con base en los fundamentos que se explican a lo largo del presente Laudo, se procederá a declarar la prosperidad de su respectiva pretensión principal relacionada con la declaratoria de incumplimiento del Contrato, la cual, por tanto, excluye a aquella, razón suficiente para eximir o relevar al Tribunal de pronunciarse de fondo acerca de la argumentación que la Convocada propone bajo la denominación de "*AUSENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO Y DE MAYOR PERMANENCIA EN OBRA – IMPROCEDENCIA DE LOS PRESUNTOS PERJUICIOS RECLAMADOS POR EL CONSORCIO CONLINEA 3 (numeral 4.4 de los hechos de la demanda)*", independientemente de que la misma deba entenderse como una excepción en estricto sentido o que simplemente deba considerarse como parte de las razones de la defensa.

4. LAS MATERIAS OBJETO DE CONTROVERSIA A LAS CUALES SE LIMITÓ LA HABILITACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Tal como ya se ha señalado con suficiente amplitud, a través de su pacto arbitral las Partes decidieron limitar a tres (3) específicas materias la habilitación que le atribuyeron al Tribunal de Arbitramento para que pudiera conocer válidamente de las controversias surgidas entre ellas y, por tanto, adoptar en derecho las decisiones que correspondan.

Se procede, en consecuencia, a efectuar el examen y la definición de cada una de esas materias, para cuyo efecto se seguirá el orden en que se encuentran señaladas en el aludido párrafo del pacto arbitral ya referido, así: **A).- COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO; B).- INGRESO DE CONCRETO LANZADO DESDE LOS PORTALES; y C).- REPALCO DE REZAGA DENTRO DE LAS GALERIAS DEL TÚNEL.**

4.1. COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

La interpretación íntegra de la Demanda y de los planteamientos formulados por la Convocante a través de en sus alegaciones finales, permite concluir que en términos generales el **CONSORCIO CONLÍNEA 3**, bajo este acápite, se duele de la variación significativa que tuvo el plazo de ejecución del Contrato de Obra No. 1883 de 2014, comoquiera que durante el procedimiento de selección contractual y al momento de su celebración se contempló y se convino un término total de doce (12) meses, de los cuales tres (3) meses correspondían a la etapa de pre-construcción y nueve (9) meses se contemplaban para la construcción de las obras respectivas, no obstante lo cual, la realidad de la ejecución del Contrato refleja que en razón de las modificaciones que fue necesario acordar respecto del plazo de ejecución, la duración total se extendió por treinta y dos (32) meses, de los cuales cuatro (4) meses se dedicaron a la etapa de pre-construcción.

Para la Demandante, el incremento en sus *COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO* encuentra origen en cinco (5) fuentes o causas que individualiza en los siguientes términos:

- INCUMPLIMIENTO POR LA ENTREGA INCOMPLETA, DEFECTUOSA Y/O TARDÍA DE LOS DISEÑOS FASE III;
- INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR EL ACCESO AL TÚNEL PILOTO POR LOS PORTALES GALICIA Y BERMELLÓN, ASÍ COMO POR LAS GALERÍAS DE CONEXIÓN ENTRE EL TÚNEL PILOTO Y EL TÚNEL PRINCIPAL;
- AJUSTES AL PLAN DE MANEJO AMBIENTAL;
- EL MANEJO DE AGUAS DEL TÚNEL PRINCIPAL, ACTIVIDAD NO PREVISTA INICIALMENTE EN LA ESTRUCTURA Y CELEBRACIÓN DEL CONTRATO;

- INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE RETIRAR ELEMENTOS Y EQUIPOS DEL CONTRATISTA DEL TÚNEL PRINCIPAL, QUE SE ENCONTRABAN EN EL TÚNEL PILOTO, LO CUAL RETRASÓ EL INICIO DE SUS OBRAS.

A continuación se abordará el análisis de cada una de las mencionadas y alegadas fuentes que la Convocante presenta como causas del incremento de los *COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO*.

4.1.1. INCUMPLIMIENTO POR LA ENTREGA INCOMPLETA O DEFECTUOSA DE LOS DISEÑOS FASE III

Para la Convocante, el incumplimiento contractual que le endilga a la Entidad Estatal Convocada estriba en la circunstancia de que aunque anunció desde el Pliego de Condiciones que tenía listos los diseños Fase III y que por tanto con base en los mismos podía dar inicio a las obras, amén de que respecto de dichos diseños al Consorcio Contratista únicamente le correspondería realizar una revisión y formular sugerencias para mejorar los métodos constructivos y la calidad de la obra, lo cierto es que al examinar los diseños que le fueron entregados el 27 de enero de 2015, debió advertirle al **INVIAS** y/o a su interventoría sobre la necesidad de corregirlos, complementarlos e introducirles ajustes en cuanto al amarre topográfico, lo cual dio lugar a que debieran realizarse los mismos y únicamente volvió a recibirlos a finales del mes de mayo de 2015, cuando ya había vencido la etapa de pre-construcción.

Después de haber recibido los diseños con los ajustes correspondientes, nuevamente debió advertir sobre la necesidad de introducirle correcciones al diseño geométrico, lo cual dio lugar a que se realizaran tales modificaciones para recibir de nuevo entonces, ya ajustados, el 13 de octubre de 2015 "*los planos aprobados en planta perfil y las secciones entre*

el k 0+000 y el k 1+170”, y el 23 de octubre de 2015 “los planos aprobados en planta perfil y las secciones entre el k 1+000 y el k 6+500”, lo cual ocurrió cuando únicamente restaban cerca de tres (3) meses para la finalización del plazo de ejecución de la totalidad del Contrato.

Destaca la Parte Convocante que los diseños geométricos que elaboró y entregó el **INVIAS** para la construcción de las obras contratadas no tenían y/o no contaban con los amarres topográficos requeridos con arreglo a los criterios definidos por el **Instituto Geográfico Agustín Codazzi -IGAC-**, lo cual evidencia la existencia de falencias e inconsistencias que hacían imposible el inicio de las obras, lo cual a su turno determinaría que los que le fueron entregados eran unos diseños que en realidad no eran Fase III.

Adicionalmente señala que incluso los diseños recibidos en octubre de 2015 debieron ser objeto de ajustes durante el año 2016 en cuanto se refiere al manejo de las fallas, comoquiera que esos complejos aspectos no tenían un tratamiento adecuado y completo en los diseños que le fueron entregados.

Por su parte, la Convocada sostiene que no hubo incumplimiento contractual alguno en torno a la correcta elaboración y oportuna entrega de los diseños, a lo cual se obligó el **INVIAS**, en primer lugar porque los mismos estuvieron disponibles desde el momento en que fueron puestos a disposición de los interesados en el cuarto de datos de la Licitación Pública que dio origen al Contrato de Obra 1883 de 2014 -por ende desde antes de su adjudicación y consiguiente celebración- y, en segundo lugar, porque los ajustes que se les debieron introducir formaban parte de la obligación que consciente y voluntariamente asumió el Consorcio Contratista en el sentido de efectuar la revisión y ajustes de los diseños, lo cual incluía todo lo relacionado con los amarres topográficos.

Sostiene que las diferencias establecidas entre la topografía que se encontró en el túnel durante la fase preparatoria para la ejecución de las obras, en comparación con la topografía de los diseños, obedeció a la dinámica

geológica de la cordillera, aspecto en relación con el cual el y en cumplimiento de sus obligaciones contractuales el Contratista propuso "*un ajuste al alineamiento para optimizar las excavaciones y reperfilaciones*" el cual fue atendido oportunamente por el **INVIAS**.

Agrega que los ajustes realizados a los diseños no comportaron un "*ajuste geométrico integral*", y que el Contratista perfectamente estaba en condiciones de adelantar diversas actividades de construcción que no se afectaron por los ajustes que debieron introducirse al diseño geométrico, amén de que la adopción de tales ajustes de ninguna manera alteró la clasificación Fase III de los diseños inicialmente entregados.

En el "*DESARROLLO*" de la excepción que denominó "*TRANSGRESIÓN POR PARTE DEL CONSORCIO CONLIEA 3 DEL PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA O LEX CONTRACTUS Y DEL PRINCIPIO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET – PROHIBICIÓN DE IR EN CONTRA DE LOS ACTOS PROPIOS*", a la cual se adiciona aquella titulada "*Los principios de responsabilidad contractual, buena fe y justicia contractual*", la Parte Convocada sostiene, en síntesis, que el Contratista estaba en obligación de cumplir de buena fe el objeto del Contrato por razón de su carácter vinculante entre las Partes, dado que "*conocía las condiciones relacionadas con la entrega por parte de INVIAS de los diseños fase III para el proyecto y su obligación de realizar las observaciones a los diseños con miras a la materialización de los ajustes que redundaran en la mejora de los métodos constructivos y la calidad de la obra*".

Alega la Entidad Estatal Demandada que

"INVIAS cumplió con su obligación de entregar los diseños fase III del proyecto desde el mes de enero de 2015, los cuales en todo caso se encontraban a disposición de todos los interesados desde la etapa precontractual, pues reposaban en el cuarto de datos de la Licitación Pública No. LP-DO-GTL-070-2014. NO existió

entonces el presunto incumplimiento que se le endilga frente a esta obligación.

"El CONSORCIO CONLINEA 3, por su parte, realizó las revisiones a los diseños fase III y realizó observaciones y solicitudes de ajustes según le correspondía de conformidad con el Pliego de Condiciones, las cuales fueron atendidas oportunamente por INVÍAS. Dichas observaciones realizadas por el Consorcio contratista (relacionadas con la topografía y el diseño geométrico), no significaba en modo alguno incumplimiento en la entrega de Diseños Fase III hecha por el INVÍAS en los pliegos de condiciones y en el proceso precontractual.

"Se pone de presente que el contratista conocía su obligación respecto de los diseños desde la fase precontractual, por lo cual debía haberla incorporado dentro de su planeación, razón por la cual no es sostenible el argumento de la demanda según la cual la ausencia de los diseños definitivos imposibilitó una planeación del proyecto, así como de la previsión de adquisición de recursos necesarios para la ejecución de las actividades.

".....

"Debe precisarse que los ajustes realizados NO represent[a]n una modificación integral a los diseños proporcionados por el INVÍAS, ni los diseños entregados contenían errores graves, pues como se ha venido explicando a lo largo de la presente contestación, el ajuste final al alineamiento se produjo por solicitud del Consorcio contratista para optimizar excavaciones y reperfilación, y en todo caso hacía parte de sus obligaciones contractuales".

También en la excepción que propuso con la denominación de "AUSENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO Y DE MAYOR PERMANENCIA EN OBRA – IMPROCEDENCIA DE LOS PRESUNTOS PERJUICIOS RECLAMADOS POR EL CONSORCIO CONLINEA 3 (numeral 4.4 de los hechos de la demanda)", la Entidad Convocada agregó, como reafirmación de los planteamientos anteriormente mencionados:

"De esta manera, se aclara que de ninguna manera se satisfacen en la demanda las condiciones jurídicas que reflejen el acaecimiento de un desequilibrio en el Contrato de Obra Pública No. 1883 que represente perjuicios para el CONSORCIO CONLINEA 3, toda vez que ha quedado en evidencia a lo largo de la presente contestación que:

".....

"=====→ Los ajustes realizados sobre los diseños se realizaron en desarrollo de la obligación en cabeza del CONSORCIO CONLINEA 3 de revisar los mismos, realizar las sugerencias y mejoramientos a los que hubiese lugar con el fin de mejorar los métodos constructivos y la calidad de la obra. El contratista conocía esta obligación desde la fase precontractual y debía haberla incorporado dentro de su planeación".

En su concepto el señor Agente del Ministerio Público estima que los planteamientos de la Demanda no tienen vocación de prosperidad, puesto que en su criterio los defectos o las inconsistencias detectadas por el Contratista en la geometría y la ubicación geodésica de los diseños no comportaron incumplimiento contractual alguno que debiere o pudiere endilgarse a la Entidad Estatal Contratante.

Así se pronunció concretamente al respecto:

"Ahora, en lo que corresponde al incumplimiento de la obligación de entregar los diseños, a juicio del Ministerio Público tal obligación no fue desconocida en la medida en que, de una parte, el proyecto se hallaba en Fase III, es decir, en una fase en la que era construible y si bien a la entrega de los insumos para el efecto se hallaron inconsistencias relacionadas con la geometría y con la ubicación geodésica del mismo de las que dan cuenta las misivas del consorcio, tales inconsistencia[s] no implicaban per se que la entidad demandada se hubiera sustraído a sus deberes y ello en la medida en que los diseños que conforme lo sabía el contratista databan de varios años atrás, eran susceptibles de revisión y corrección, dadas las características del proyecto, como en efecto

se verificó, en cuanto el consorcio los revisó, halló incorrecciones y provocó las medidas consecuentes.

Para que pudiera aceptarse que las inconsistencias implicaban incumplimiento debía alegarse y probarse que eran de tal entidad que no permitían cumplir el objeto del contrato y sobre el particular se tiene que si bien en la demanda se dijo que eran definitivas y habían generado rediseño total, lo cierto es que esa aseveración no se demostró, por el contrario se halló que eran menores, de aquellas que se podían resolver a través de la revisión y corrección prevista.

Aquí repárese por ejemplo en que el mismo demandante acepta tal circunstancia, a manera de confesión, cuando dice, por un lado, que los diseños adolecían de defectos de tal entidad que no permitían, entre otras cosas, elaborar el plan de mejoramiento al de manejo ambiental, empero luego precisa que elaboró el mismo antes de que le fueran entregados los diseños corregidos.

"....."

"La conclusión.

"A guisa de conclusión el Ministerio Público es del criterio de que (... ..) las pretensiones de la demanda en cuanto al incumplimiento contractual relacionado con: (... ..) b) la mora en la entrega de diseños topográficos y geométricos deben denegarse en cuanto (... ..) no se demostró el incumplimiento del deber de entregar los estudios, se itera, éstos se hallaban en Fase III y si bien fueron objeto de glosas, éstas no eran de tal entidad que permitieran aseverar la falta de entrega, por el contrario eran de aquellas que, conforme con las obligaciones contractuales, podían presentarse y habilitaban el derecho - deber del contratista de ponerlas de presente a efecto de que se corrigieran en orden a que el objeto del contrato se cumpliera, por lo que las excepciones pacta sun servanda y respeto del acto propio deberían prosperar.

Y en la medida en que se considere que las subsidiarias tiene un sustento fáctico, que no lo tienen en tanto los fundamentos de hecho de la demanda refieren el incumplimiento, que se nieguen en cuanto las condiciones (... ..) eran conocidas desde antes de

que se suscribiera el contrato y así mismo el estado en que se hallaban los insumos –estudios geodésicos y geométricos–, en cuanto reposaban en el cuarto de datos”.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El examen del Anexo Técnico del Pliego de Condiciones de la Licitación que dio origen al Contrato de Obra No. 1883 de 2014, permite verificar que a la altura de su Capítulo III, la entidad Estatal Contratante estableció lo siguiente acerca de los diseños de las obras:

“III. ELABORACION DEL DISEÑO Y/O CÁLCULOS ESTRUCTURALES Y/O DE OBRAS REQUERIDAS PARA GARANTIZAR LA ESTABILIDAD DE LAS OBRAS:

“Para lograr los objetivos planteados en el objeto de la contratación, se cuenta con el diseño fase III contratado por el INVÍAS del sector, el contratista deberá realizar una revisión del estudio y de su implantación y realizar con anterioridad y con la revisión de interventoría de sugerencias y mejoramientos que se consideren indicados para mejorar los métodos constructivos y la calidad de la obra.

“El futuro contratista deberá tomar como base las inspecciones del túnel piloto realizadas, así como el diseño fase III con que se cuenta, con lo cual puede iniciar las obras”⁵³.

Del texto transcrito se desprenden, en forma absolutamente diáfana, al menos los siguientes aspectos de importancia:

- Primero, según la manifestación inequívoca del **INVÍAS** realizada mediante los Pliegos de Condiciones de la respectiva Licitación Pública, según la cual para el

⁵³ Archivo “05_ANEXO TECNICO” del CD del folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1, páginas 2 y 3.

momento de la etapa pre-contractual –anterior incluso a la adjudicación misma del Contrato–, ya contaba con *“el diseño fase III”*;

- Segundo, que el contratista debía realizar *“una revisión del estudio y de su implantación”* y, además, *“realizar con anterioridad y con la revisión de interventoría sugerencias y mejoramientos que se consideren indicados para mejorar los métodos constructivos y la calidad de la obra”*.
- Tercero, que el contratista podía *“iniciar las obras”* tomando *“como base las inspecciones del túnel piloto realizadas, así como el diseño fase III con que se cuenta”*.

Además del efecto vinculante que tales manifestaciones comportan para la Entidad Convocada, resulta de la mayor importancia tener presentes las previsiones que recoge la Ley 1682, expedida en el año de 2013, *“Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias”*, la cual resulta de aplicación directa en el presente caso comoquiera que según sus artículos 1 y 2, las normas que la integran se dirigen a la *“infraestructura de transporte”* que a su vez se define como *“un conjunto de bienes ... [que] está bajo la vigilancia y control del Estado, y se organiza de manera estable para permitir el traslado de las personas, los bienes y los servicios, el acceso y la integración de las diferentes zonas del país ...”*, amén de que en el numeral 3 de su artículo 4º se individualizan de manera expresa los túneles como parte de dicha infraestructura de transporte, así:

“ARTÍCULO 4o. INTEGRACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE. *La infraestructura de transporte está integrada, entre otros por:*

“.....”

"3. Los viaductos, túneles, puentes y accesos de las vías terrestres y a terminales portuarios y aeroportuarios". (Se deja subrayado).

Pues bien, el cuerpo normativo en cita, después de dejar a salvo las disposiciones especiales que recoge la Ley 1508 expedida en el año 2012 *"Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones"*, adopta las definiciones aplicables a los *"Estudios de Ingeniería"*, los cuales clasifica en *"Fase 1. Prefactibilidad"*, *"Fase 2. Factibilidad"* y *"Fase 3. Estudios y diseños definitivos"*, al tiempo que determina acerca de éstos últimos:

"ARTÍCULO 12. *En lo que se refiere a la infraestructura de transporte terrestre, aeronáutica, aeroportuaria y acuática, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:*

"....."

"Estudios de Ingeniería. *Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, las siguientes definiciones deben tenerse en cuenta en la preparación de los diversos estudios de ingeniería que se adelanten para la ejecución de los proyectos de infraestructura:*

"....."

"Fase 3. Estudios y diseños definitivos. *Es la fase en la cual se deben elaborar los diseños detallados tanto geométricos como de todas las estructuras y obras que se requieran, de tal forma que un constructor pueda materializar el proyecto. El objetivo de esta fase es materializar en campo el proyecto definitivo y diseñar todos sus componentes de tal manera que se pueda dar inicio a su construcción".*

De lo hasta aquí expuesto se desprende con claridad que tanto por el carácter de 'estudios definitivos' que la propia ley les atribuye, como por las precisiones que acerca de los mismos realizó el **INVÍAS** en su Pliego de

Condiciones, resultaba apenas razonable y lógico que el Contratista pudiera esperar, de manera legítima y válida, que los "Diseños Fase III" que le fueron entregados al inicio de la ejecución del Contrato de Obra No. 1883 de 2014, estuvieran totalmente culminados y afinados a un nivel de detalle tan preciso que -en palabras de la norma legal transcrita- con ellos "se pud[iera] *dar inicio a su construcción*" o, lo que es lo mismo y en palabras del propio pliego de condiciones, que con esos diseños se pudieran "*iniciar las obras*".

El Tribunal no desconoce en forma alguna que el mismo Pliego de Condiciones estableció, también con carácter vinculante -y así lo aceptó de manera libre y voluntaria el entonces Oferente-, que al Contratista le correspondía "*realizar una revisión del estudio y de su implantación*", así como "*realizar con anterioridad y con la revisión de interventoría ... sugerencias y mejoramientos que se consideren indicados para mejorar los métodos constructivos y la calidad de la obra*", sin embargo resulta igualmente claro que esas obligaciones no alcanzan a tener la virtualidad suficiente para excusar o justificar los ajustes que debieron introducirse a tales diseños y menos el tiempo que tomó su realización para la propia Entidad Estatal Contratante, a punto que la entrega o devolución que se hizo al Contratista respecto de tales Diseños Fase III debidamente ajustados, tuvo lugar cuando después de que había vencido en mayo 15 de 2015 el plazo -incluso ampliado a cuatro (4) meses- de la "*ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN*".

La responsabilidad del Contratista debe examinarse en línea de principio en función de lo estipulado por las Partes, según lo cual la Entidad Estatal Contratante tenía a su cargo la elaboración de los diseños cuya entrega debía efectuarse al Consorcio para que éste los revisara.

En la medida en que en el texto del Contrato no se incorporaron definiciones adicionales sobre este asunto, ni se hicieron precisiones en relación con los conceptos que se examinan, corresponde precisar su aplicación a la materia

que es objeto del negocio jurídico, de conformidad con los parámetros señalados en los artículos 1618 y 1619 del Código Civil, a cuyo tenor:

"ARTICULO 1618. *Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.*

"ARTICULO 1619. *Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado".*

Con el propósito de desentrañar la intención que animó a las Partes a adoptar la estipulación en referencia, así como para definir el alcance de los términos utilizados en dicha estipulación en la materia propia de la ingeniería de construcción y de consulta a la cual se contrae el objeto del Contrato en examen, empieza el Tribunal por establecer el sentido puramente semántico o gramatical de la expresión "revisión" que las Partes utilizaron en esta ocasión, a cuyo propósito se señala que la misma debe entenderse como el efecto de revisar, que según lo define el mismo Diccionario de la Real Academia Española⁵⁴ significa

"revisar. *tr. Ver con atención y cuidado. // 2. Someter una cosa a nuevo examen para corregirla, enmendarla o repararla".*

Señaladas esas acepciones de la expresión "revisar", el Tribunal encuentra que la propia Entidad Estatal Contratante, *motu proprio* y con efectos vinculantes como ya se dijo, dejó establecido en el Pliego de Condiciones que desde la etapa anterior a la adjudicación y consiguiente celebración del Contrato ya contaba con los Diseños Fase III ("*... se cuenta con el diseño fase III contratado por el INVIAS del sector ...*"), a lo cual agregó que

⁵⁴ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. Editorial Espasa-Calpe. Vigésima Primera Edición. Madrid, 1992.

teniendo en cuenta tanto las inspecciones realizadas en el túnel piloto "*como el diseño fase III con que se cuenta*", quien fuera seleccionado como Contratista podía dar inicio a las obras ("*... con lo cual puede iniciar las obras*").

Ese sencillo pero determinante contexto -tanto de información brindada a los Oferentes respecto de la pre-existencia de los Diseños Fase III, como del contenido mismo de la estipulación acordada-, en el cual se encuentra inserta la expresión "*revisión*" por cuyo significado para este caso se indaga, permite al Tribunal concluir que carece por completo de toda lógica y sentido considerar que la utilización del verbo "revisar" se hubiese encaminado, en este caso concreto, a imponerle al Contratista la obligación de realizar sobre dichos Diseños Fase III "*... un nuevo examen para corregirl[os], enmendarl[os] o repararl[os]*", porque ante esa hipótesis quedaría vaciada de contenido y carente de todo sentido la manifestación que igualmente hizo la Entidad Estatal Contratante en sus respectivos Pliegos de Condiciones, en cuanto indicó y precisó que con "*el diseño fase III con que se cuenta*" quien fuera seleccionado como Contratista "*... puede iniciar las obras*", amén de que tal significado -que aquí se desecha-, resultaría abiertamente contrario a los dictados de la ya transcrita definición que acerca de lo que debe entenderse por "*Fase 3. Estudios y diseños definitivos*" adoptó el parcialmente transcrito artículo 12 de la Ley 1508 expedida en 2012, según el cual esa clase de estudios y diseños se elabora para "*que se pueda dar inicio a su construcción*", lo cual obviamente no podía hacerse si tales diseños se tuviesen que "*someter ... a un nuevo examen para corregirl[os], enmendarl[os] o repararl[os]*".

Es por ello que la mencionada estipulación que contiene el Pliego de Condiciones en relación con los Diseños Fase III, según la cual "*... el contratista deberá realizar una revisión del estudio y de su implantación ...*", no puede entenderse sino en el sentido de que al Contratista le correspondía -naturalmente con sus conocimientos, su experiencia y su condición de experto en la materia-, conocer, estudiar y examinar dichos diseños, es

decir que los debía "*Ver con atención y cuidado*", pero ello de ninguna manera significa que le correspondía introducirles cambios, ajustes, correcciones, adiciones o complementaciones y menos que por esa sola obligación de tener que "... *realizar una revisión del estudio y de su implantación ...*", la Entidad Estatal Contratante pudiera quedar relevada o liberada de su obligación de elaborar y entregar los Diseños Fase III tal como se comprometió contractualmente a hacerlo, esto es confeccionar y entregar los "*Estudios y diseños definitivos*" en el entendido de que los mismos, por mandato legal expreso, son los que corresponden al objetivo de "... *materializar en campo el proyecto definitivo y diseñar todos sus componentes de tal manera que se pueda dar inicio a su construcción*".

Así pues, el examen de la estipulación contractual en cita, cuyo origen se encuentra en las determinaciones que la propia Entidad Estatal Contratante plasmó en su respectivo Pliego de Condiciones, permite concluir entonces que la hoy Convocada asumió la responsabilidad de elaborar y entregar los Diseños Fase III -es decir los "*Estudios y diseños definitivos*" con todos sus componentes "... *de tal manera que se pud[iera] dar inicio a su construcción*"-, al paso que al Consorcio Contratista le correspondía examinar tales Diseños Fase III "*con atención y cuidado*" en su condición de experto en la materia.

Cabe añadir a ello que por la aplicación práctica que las Partes le dieron a esa estipulación durante la ejecución del Contrato, a la cual acude el Tribunal con apoyo en lo dispuesto en el artículo 1622⁵⁵ del Código Civil y acerca de lo cual no existe controversia que dirimir entre ellas, que la revisión que

⁵⁵*"ARTICULO 1622. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.*

"Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

"O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte".

realizó el Consorcio Contratista la hizo con miras a señalarle a la Entidad responsable de la elaboración de los diseños aquellas deficiencias que debían ser objeto de ajuste o de corrección, para que entonces ella procediera a realizarlos o introducirlos.

De esta manera se tiene, según el aludido texto del Contrato -integrado también por las previsiones del Pliego de Condiciones-, que el Consorcio recibiría unos Diseños Fase III para su examen y posterior construcción, sin que hubiere tenido a su cargo la elaboración o confección de los mismos.

No sobra insistir y complementar que según el análisis de la cláusula en cita, en definitiva las Partes acordaron en relación con los Diseños Fase III, que su elaboración estaba a cargo del **INVÍAS**, Entidad que, además, debía entregarlos al Consorcio en un estado tal que con los mismos "se pud[iera] dar inicio a su construcción", sin perjuicio de que el Consorcio Contratista tuviese que "realizar una revisión del estudio y de su implantación" y que además debiese formular "sugerencias y mejoramientos que se consideren indicados para mejorar los métodos constructivos y la calidad de la obra", pero siempre con la claridad de que la prestación a cargo del Contratista no incluyó la elaboración ni la corrección de tales Diseños Fase III, lo cual también significa que no se previó ni se convino -como en efecto no se desprende de la cláusula en examen, ni de las demás estipulaciones que integran el Contrato No. 1883 de 2014-, que el Contratista tuviere que asumir como propios o por su cuenta y en contra del plazo fijo con que él contaba para la ejecución de sus específicas obligaciones, aquellos desplazamientos en el tiempo o las dilaciones que pudieren presentarse por razón y/o con ocasión de los ajustes, las correcciones o las adiciones que a los Diseños Fase III debiera realizar la Entidad Contratante a partir de las observaciones o las anotaciones que sobre sus deficiencias le pudiere transmitir el Consorcio Contratista.

Las que se dejan expuestas son las razones por las cuales el Tribunal no puede compartir en este punto la postura que asumen y acerca de la cual

coinciden tanto la Parte Convocada como el señor Agente del Ministerio Público, en cuanto tienden a restarle toda importancia y trascendencia tanto a la circunstancia de que la Entidad Estatal hubiere tenido que efectuar ajustes y correcciones a los Diseños Fase III después de que había hecho entrega de los mismos al Contratista y después de que éste le hubiera dado a conocer las observaciones y anotaciones resultantes de su revisión -cuando ya estaba transcurriendo el plazo acordado para la ejecución del Contrato-, como por las demoras y/o dilaciones que en el tiempo tomó la realización de tales ajustes, todo sobre la base de considerar que el Contratista ha debido conocer las deficiencias que afectaban a dichos Diseños Fase III desde que fueron dados a conocer a los todos interesados durante el procedimiento de selección contractual, pretendiendo de esa manera asignarle y/o exigirle al Contratista el cumplimiento de obligaciones que de ninguna forma le correspondía asumir antes de que tuviese dicha condición -es decir en su calidad de mero oferente-, o porque los Diseños Fase III hubieren sido elaborados desde años antes a su entrega al Contratista, nada de lo cual exime a la Entidad Estatal de la obligación que debía cumplir en el sentido de hacer entrega de los Diseños Fase III tal como lo dispone la norma legal transcrita, es decir con "*... todos sus componentes de tal manera que se pueda dar inicio a su construcción*".

En cuanto a las dificultades que generaron o el impacto que causaron las deficiencias que el Contratista detectó y advirtió en los Diseños Fase III que le fueron entregados por la Entidad Estatal Contratante y que le comunicó a la misma para procediera a su corrección o ajuste, se encuentran en el expediente los análisis -opuestos totalmente entre sí-, que realizaron los respectivos expertos a través de sus dictámenes periciales.

Así, en el Dictamen Pericial de Parte rendido por el Ingeniero **Federico Restrepo Posada**, el análisis acerca de las dificultades generadas por la elaboración y entrega de los diseños se realizó de la siguiente manera:

"5.2.3 Los Problemas de los Diseños.

"El tiempo real invertido en preoperativos, en lo que tiene que ver con el diseño de la obra se extendió hasta octubre del 2015 con la entrega de diseños en Fase III construibles, y retrasó el inicio de los trabajos en el Túnel Piloto, lo que se fundamenta en el incumplimiento en la entrega de diseños ejecutables Fase III al Contratista por parte del INVÍAS dentro de los plazos estipulados en el Contrato⁵⁶ y en la Modificación No. 3. Los diseños revisados en Fase III fueron finalmente enviados al CC3 con los ajustes necesarios el 13 y 23 de octubre de 2015, lo que dejaría un plazo absurdo e imposible de cumplir de 3 meses para ejecutar las obras inicialmente contratadas.

Al respecto se pueden mencionar los siguientes hechos:

- *El INVÍAS remitió el diseño con la comunicación DG-GTL-03585 del 27 de enero de 2015⁵⁷. A ello CC3 respondió lo siguiente mediante la carta CC3-INT-031-15 del 16 de marzo de 2015⁵⁸:*
 - *"... El amarre topográfico de las obras no adopta el criterio del IGAC, pues no existe la confirmación de que las coordenadas corresponden al sistema de referencia oficial MAGNA-SIRGAS.*
 - *El amarre topográfico de la obra no coincide con el amarre topográfico de los diseños, fundados en esto, puede encontrarse durante el desarrollo de las obras la necesidad de ajustar los diseños, con las implicaciones que dicho procedimiento implique.*
 - *Los permisos, licencias y modificaciones quedan amarrados a este sistema local de coordenadas, lo cual será manifestado en todos los informes y soportes requeridos por las corporaciones regionales*

⁵⁶ Contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014.

⁵⁷ Comunicación DG-GTL-03585.

⁵⁸ Comunicación CC3-INT-031-15.

o la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA).

- Los planos AS-BUILT quedarán supeditados al sistema de coordenadas que se empleen para la construcción del proyecto ...”.*
- El INVIAS remite información con el eje, topografía y secciones del Túnel Piloto mediante la Comunicación DGT-GTL-2722439⁵⁹ del 28 de mayo de 2015, a los cuatro meses y medio de haberse dado la orden de inicio.*
- El Consorcio CC3 advierte, mediante la Comunicación CC3-INT-184-15⁶⁰ del 04 de septiembre de 2015, que luego de hacer una labor conjunta con la Interventoría se requería ajustar las condiciones geométricas óptimas a la función que tendrá la cavidad como Túnel de rescate.*
- La Interventoría valida los planos con secciones planta perfil ajustados desde el K0+000 hasta el K6+500, mediante las Comunicaciones INT-CCL3-128-2015⁶¹ del 13 de octubre de 2015 e INT-CCL3-147-2015⁶² del 23 de octubre de 2015.*

Con ello, sólo fue hasta octubre de 2015 que se dispuso de los diseños que corregían las falencias de los diseños Fase III entregados inicialmente por el INVÍAS. Es importante anotar que no obstante lo anterior, estos diseños tuvieron que ser complementados más tarde, como el del caso del tratamiento de la falla La Soledad a raíz del comportamiento inestable del macizo rocoso. A este respecto, El Consorcio CC3 solicitó a la Interventoría dichos diseños en varias oportunidades a través de múltiples comunicados:

- CC3-INT-027-16⁶³ del 02 de febrero de 2016:*

⁵⁹ Comunicación DG-GTL-27224.

⁶⁰ Comunicación CC3-INT-184-15.

⁶¹ Comunicación INT-CCL3-128-2015.

⁶² Comunicación INT-CCL3-147-2015.

⁶³ Comunicación CC3-INT-027-16.

"...Como es bien sabido, para un adecuado desarrollo de las obras de ingeniería, previa a la ejecución de las obras, es necesario contar con diseños detallados que permitan establecer los recursos, tanto humanos como materiales y los tiempos, así como también el procedimiento constructivo más óptimo y eficiente. Fundados en lo anterior y como se ha hecho en oportunidades anteriores, es nuestro deber expresar la necesidad de los diseños de los tratamientos para el soporte del sector del Túnel Piloto conocido como Falla La Soledad. Entendiendo que dentro de las labores que adelanta la Interventoría, se encuentra el ajuste a los diseños entregados por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, INVIAS para la ejecución del contrato de referencia. Comprendemos la complejidad de los mencionados estudios, sin embargo consideramos que para definir asertivamente el cronograma de las obras (que actualmente se encuentra construido con suposiciones al respecto) es necesario contar con los diseños del tratamiento que se empleará para asegurar el terreno en la Falla, sitio que en la actualidad presenta agudas patologías de inestabilidad, lo cual se convierte en un riesgo para los equipos y el personal que transita por I[a] zona..."

- CC3-INT-080-16⁶⁴ del 02 de marzo de 2016:

"... Es oportuno notar, que dicha fecha no incluye aspectos aún no conocidos en la ejecución del proyecto, sobre los cuales, una vez se notifique al Consorcio el alcance de la solución requerida, los tiempos resultantes de las obras, se trasladarán al Programa de Obra y sólo en ese momento se verificará si ellos generan o no, un desplazamiento en la fecha de terminación arriba especificada..."

⁶⁴ Comunicación CC3-INT-080-16.

- *CC3-INT-166-16⁶⁵ del 26 de abril de 2016:*

"..5..Relacionado con el capítulo de Geología y Geotecnia.

- *No se encuentran totalmente definidos los sistemas de pre-soporte en las zonas de falla: El Viento, La Gata, Alaska, El Campanario. Y en general no se cuenta con el diseño de la Falla La Soledad ...".*

- *CC3-INT-176-16⁶⁶ del 27 de abril de 2016:*

"...7. En lo que se refiere a la programación de las actividades, es bien sabido que la excavación y revestimiento a lo largo de la Falla La Soledad, puede convertirse en una actividad crítica para la obra, por lo que consideramos que en el diseño debe quedar definido un tiempo aproximado para que el soporte instalado ceda y soporte los esfuerzos iniciales posteriores a la excavación ...".

Mediante estos comunicados se aprecia la solicitud reiterada y advertencia de potenciales retrasos del cronograma como consecuencia de la mora en la entrega de los diseños para el tratamiento de esta falla.

En el mes de agosto de 2016, mediante la comunicación INT-CCL3-522-2016⁶⁷, la Interventoría finalmente remitió los diseños para el tratamiento de la falla La Soledad con tratamientos especiales que motivaron una redefinición de precios y de plazos que llevaron a acuerdos que por ser posteriores a la Ampliación No. 1 no se describen en detalle.

Se concluye en relación con el diseño, que la entrega inicial del mismo en Fase III por parte del INVÍAS no cumplía los

⁶⁵ Comunicación CC3-INT-166-16.

⁶⁶ Comunicación CC3-INT-176-16.

⁶⁷ Comunicación INT-CCL3-522-2016.

requerimientos necesarios para poder adelantar la obra, lo que no permitió que ni en abril de 2015, que estaba previsto inicialmente como fecha máxima de terminación de la etapa preoperativa, ni en mayo de 2015 a la que se amplió luego de acuerdo con la Modificación No. 3, se pudiera dar inicio a los trabajos.

Adicionalmente y como se explicó anteriormente, durante el proceso licitatorio y por causa del corto plazo que se disponía para ejecutar las obras, el INVÍAS le planteó a los Oferentes durante dicho proceso que era factible que los trabajos se pudieran iniciar antes de terminarse la etapa preoperativa, como ya se transcribió en la respuesta No. 12 dada por el INVÍAS referida en el documento del 31 de octubre de 2014 y que se reitera por su importancia:

"... 2. El plazo se fijó teniendo en cuenta las recomendaciones del diseñador y en el entendido que deben abrirse varios frentes de trabajo, la etapa de preconstrucción es un máximo de 3 meses, pero dado que el proyecto cuenta con licencia ambiental y diseños a fase III, se espera que el Contratista pueda iniciar con anticipación ..."

"....."

"La posibilidad planteada de iniciar anticipadamente los trabajos durante la etapa preoperativa no solo no se cumplió sino que el diseño inicial básico solo se obtuvo una vez terminada la etapa preoperativa, lo que retrasó significativamente el inicio de los mismos. Pero además, después de iniciada las obra, las redefiniciones en los diseños continuaron afectando la marcha de la misma, como en el caso del tratamiento de la falla de La Soledad, sitio crítico del Proyecto por su magnitud (cerca de 500 metros de longitud de Túnel), donde solo se vino a contar con el diseño de la solución en el mes de agosto de 2016, es decir 19 meses después del inicio del Contrato, es decir, 7 meses posteriores al plazo inicial acordado en el mismo.

Es claro entonces que la obtención del diseño en Fase III cuya obligación estaba a cargo del INVÍAS, no solo demoró el inicio de

los trabajos sino que afectó posteriormente los rendimientos de ejecución de las obras”⁶⁸.

En la experticia que rindió el Ingeniero **Eduardo Oliverio Martínez Merchán**, designado para ello por la **Sociedad Colombiana de Ingenieros -SCI-**, se refirió así a los Estudios y Diseños Fase III:

"10.1.3. Estudios y diseños Fase III

"El INVIAS el 27 de enero de 2015 entrega al CCL3 los estudios y diseños (Planos) en medio físico y digital consistentes en Topografía, Diseño Geométrico, Geología y Geotecnia, Hidráulico, Plan de Manejo Ambiental, Impermeabilización, Revestimiento y Drenaje, Diseño de pavimento, con copia a la interventoría ejercida por el Consorcio Integral 2014. Esta actuación tiene como función que el CCL3 cumpla su obligación de revisión y comentarios sobre los estudios y diseños que le entrega el INVIAS, y de ser el caso, proponer alternativas para mejorar la calidad de la obra”⁶⁹.

".....

"a) Estudios y diseños: *Examinados los documentos que los conforman, el detalle de su contenido, las apreciaciones de quienes participaron en la licitación, y las observaciones realizadas por el equipo de profesionales del Consorcio Conlínea 3, se puede verificar que los estudios y diseños corresponden a la denominada Fase III, y tienen los detalles necesarios para ejecutar la construcción de las obras.*

Esta situación se determina no solo por el examen efectuado a los documentos de la consultoría, sino a partir de la evidencia que dan

⁶⁸ Cuaderno INFORME PERICIAL TÉCNICO DE PARTE. PERITO FEDERICO RESTREPO POSADA, folios 33 y ss.

⁶⁹ Cuaderno Dictamen “DESARROLLO DEL CONTRATO No. 1883 DE 2014 PARA TERMINACIÓN DEL TÚNEL PILOTO – TÚNEL DE RESCATE DEL PROYECTO “CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL” EN LOS DEPARTAMENTOS DE QUINDÍO Y TOLIMA” aportado por INVÍAS, folio 38.

las observaciones de los interesados en el proceso licitatorio. De hecho, la revisión de las observaciones presentadas al prepliego, y al pliego de condiciones definitivo, que estaban acompañados de esta información técnica disponible en el Grupo Túnel de la Línea (5 piso de INVÍAS), como se transcribe en el numeral 9.1.2, no muestran objeciones que desvirtúen el nivel de los diseños.

Ahora bien, las observaciones sobre el amarre de coordenadas, no generaba una imposibilidad de desarrollar la obra, y la necesidad de ajuste del eje es una contingencia que se pudo presentar por movimientos del terreno entre la construcción y la iniciación del contrato nuevo, imprevisible para el INVÍAS.

El Consorcio Conlínea 3 tuvo a su disposición para examen los documentos técnicos desde octubre de 2014 cuando inicio el proceso licitatorio, y con mayor razón después de resultar adjudicatario del contrato. La entrega efectuada por el INVÍAS en enero 27 de 2015 corresponde al cumplimiento de una formalidad.

El contratista para cumplir los plazos a que se obliga desde la presentación de la oferta y más después de la suscripción del contrato debe actuar con diligencia, como lo establece el Numeral 7.25 del pliego de condiciones y de su iniciativa depende buena parte el resultado del contrato. Las observaciones presentadas por el Consorcio Conlínea 3 ocurren entre el 3 y el 24 de marzo como se registra en el numeral 10.2.5, es decir más de un mes después de haber recibido formalmente los documentos técnicos, dando lugar a que el INVÍAS no dispusiera del tiempo suficiente para los ajustes dentro de la etapa prevista para estos asuntos.

Las observaciones del Consorcio se centraron en los amarres de la topografía y la desviación del eje del diseño geométrico. En los demás estudios se expresaron apreciaciones que no resultaban relevantes para demorar la ejecución de las obras. La planeación del proyecto no se afecta por los cambios en los amarres o el diseño puesto que los ítems de obra no varían y este ajuste no incide en el alistamiento de pre construcción que debía disponer con anticipación.

Los ajustes realizados por el diseñador del INVÍAS, se entregaron formalmente el 28 de mayo de 2015, al iniciar la etapa de

construcción, con los cuales se pudo haber desarrollado la obra. Sin embargo, de acuerdo con las obligaciones como contratista el Consorcio propuso una optimización del diseño ajustado para disminuir las cantidades de obra y se tomó un extenso período de mayo a octubre para la optimización del diseño, tiempo y costo a su cargo de acuerdo a estipulaciones del pliego de condiciones numeral 7.25”⁷⁰.

Tal como se puede apreciar, las exposiciones de esos expertos, según se deja transcrito, resultan completamente opuestas entre sí.

Mientras el Ingeniero **Restrepo Posada** sostiene que “*sólo fue hasta octubre de 2015 que se dispuso de los diseños que corregían las falencias de los diseños Fase III entregados inicialmente por el INVÍAS*”, a lo cual agrega un importante listado de deficiencias adicionales que el Contratista siguió reportando al **INVÍAS**, referidas al tratamiento de algunas fallas como la denominada Falla La Soledad, lo cual lo lleva a indicar, con apoyo en la documentación que obra en el expediente, que fue en fechas posteriores cuando finalmente se logró disponer de y/o terminar de manera definitiva todos los estudios y diseños requeridos para la totalidad de las obras contratadas, lo cual habría causado de manera inexorable el retraso en la ejecución del Contrato de Obra No. 1883 de 2014, el Ingeniero **Martínez Merchán** indica que “*Los ajustes realizados por el diseñador del INVÍAS, se entregaron formalmente el 28 de mayo de 2015, al iniciar la etapa de construcción, con los cuales se pudo haber desarrollado la obra*”, a lo cual agrega que el Contratista en desarrollo de sus obligaciones “*propuso una optimización del diseño ajustado para disminuir las cantidades de obra y se tomó un extenso período de mayo a octubre para la optimización del diseño ...*”.

⁷⁰ *Ibíd.* folios 49 y 50.

La imposibilidad de armonizar y/o compatibilizar las apreciaciones y las conclusiones de los Dictámenes Periciales Técnicos en punto de la incidencia real y efectiva que en el plazo de ejecución del Contrato de Obra No. 1883 de 2014 tuvo la elaboración y entrega de los Diseños Fase III, bien podría obedecer a la diferencia que existe entre los análisis que acerca de esta específica situación adelantaron los referidos Peritos.

Ciertamente, el Ingeniero **Eduardo Oliverio Martínez Merchán** centró sus esfuerzos en determinar si los Diseños entregados por el **INVÍAS** desde enero de 2015 pertenecían, o no, a la clasificación de Diseños Fase III, y a partir de su conclusión positiva al respecto, después de restarle importancia a las deficiencias anotadas en cada caso por el Contratista y sin hacer mención alguna a los diseños relacionados con el tratamiento de las fallas detectadas en el Túnel Piloto, no vaciló en sostener que dichos diseños siempre estuvieron en condiciones de ser ejecutados mediante la construcción de las respectivas obras, al paso que el Ingeniero **Federico Restrepo Posada** se enfocó en destacar cada una de las observaciones, falencias y/o solicitudes de ajustes que ante la Entidad Contratante elevó en diversas oportunidades el Contratista para efectos de concluir, con una perspectiva de integralidad e indivisibilidad respecto de totalidad de las obras del Contrato, que sólo con la entrega definitiva del último de los diseños ajustados se habría podido disponer entonces de los diseños requeridos para la ejecución de las obras contratadas.

Si bien los razonamientos y las conclusiones que sobre este punto expone cada uno de los aludidos dictámenes periciales resultan sugestivos y bien formulados desde una perspectiva puramente argumentativa, a pesar de la disparidad existente entre los mismos, el Tribunal echa de menos en cada uno de tales estudios los fundamentos de carácter netamente técnico o científico, provenientes del área propia de la Ingeniería Civil y/o de la Ingeniería de Consulta, que permitieran evidenciar y/o sustentar la certeza técnica o científica de sus respectivas conclusiones, a lo cual se agrega que los análisis y las conclusiones de cada dictamen fueron realizados y

obtenidas -según lo explica cada una de dichas experticias-, a partir únicamente del examen cronológico del cruce de correspondencia surtido entre las Partes del Contrato alrededor del tema en discusión, pero sin que alguno de ellos hubiere adelantado un examen concreto técnico y comparativo, por ejemplo, entre los Diseños Fase III entregados por el **INVÍAS** en enero de 2015 y los diseños ajustados que se entregaron posteriormente en los meses de mayo de 2015 o de octubre de ese mismo año, para destacar las diferencias existentes entre unos y otros, o para mostrar técnicamente si los ajustes introducidos efectivamente eran indispensables para la construcción de la obra o si, por el contrario, apenas se trataba de algunos retoques puramente accesorios e insustanciales.

A ello se agrega, como parte del análisis crítico de esta prueba, que en relación con cada una de dichas experticias resulta perfectamente posible apreciar una sutil pero evidente tendencia o inclinación a efectuar una adjudicación de responsabilidades, tarea que no sólo corresponde al resorte exclusivo del juez de la causa, sino que pertenece por completo al campo jurídico y por ello resulta ajena a la ciencia de la Ingeniería en la cual son expertos quienes rindieron los dictámenes en mención.

En efecto, el dictamen del Ingeniero **Martínez Merchán**, por ejemplo, sin referencia a análisis técnico o soporte científico alguno califica el tiempo que el Contratista tomó para proponer "*una optimización del diseño ajustado para disminuir las cantidades de obra*" como **extenso** y enseguida le adjudica tales "*tiempo y costo a su cargo [se refiere al Contratista] de acuerdo a estipulaciones del pliego de condiciones numeral 7.25*".

De manera similar, en el dictamen del Ingeniero **Restrepo Posada**, después de relacionar y transcribir parcialmente diversas comunicaciones emanadas del Consorcio Contratista durante los meses de febrero, marzo y abril de 2016, contentivas de observaciones o inquietudes acerca de los diseños requeridos para el tratamiento de la Falla La Soledad, efectúa la

siguiente anotación que para el Tribunal reviste un carácter puramente jurídico o que, al menos, se compone de elementos de esa naturaleza:

"Mediante estos comunicados se aprecia la solicitud reiterada y advertencia de potenciales retrasos del cronograma como consecuencia de la mora en la entrega de los diseños para el tratamiento de esta falla".

Por las razones que se dejan señaladas, para la definición de este punto el Tribunal dejará de lado los dictámenes periciales aludidos y se apoyará en los otros elementos de acreditación que fueron oportuna y regularmente copiados en el proceso.

En este sentido, independientemente de que los Diseños Fase III hubiesen estado a disposición de los interesados u oferentes durante la etapa previa a la celebración del Contrato, mientras se surtía el correspondiente procedimiento de Licitación, el Tribunal encuentra plausible precisar que las obligaciones contractuales u originadas en el Contrato -como la de entregar tales Diseños, a cargo del **INVÍAS**, o la de revisarlos, a cargo del Contratista-, únicamente pueden predicarse y exigirse, como resulta apenas elemental, a partir del y/o con posterioridad al perfeccionamiento del respectivo Contrato, lo cual tuvo lugar en el presente caso el día 23 de diciembre de 2014.

De esta manera se encuentra debidamente acreditado que a través de la comunicación DG-GTL-3585 de enero 27 de 2015⁷¹, el **INVÍAS** hizo entrega efectiva al hoy Convocante, de los Diseños Fase III; por su parte la Convocante formuló sus observaciones o anotaciones en relación con los referidos Diseños Fase III, a través de sus comunicaciones CC3-INT-017-

⁷¹ Archivo "60_DG-GTL 3585" del CD del folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

15⁷², CC3-INT-022-15⁷³, CC3-INT-031-15⁷⁴, CC3-INT-039-15⁷⁵ y CC3-INT-053-15⁷⁶.

También se encuentra establecido en el expediente que mediante la comunicación DG-GTL 27224⁷⁷ de mayo 28 de 2015, la Entidad Contratante hizo entrega al Contratista de los Diseños Fase III ajustados, fecha para la cual resulta objetivamente claro que ya se había vencido la etapa -de tres (3) meses inicialmente e incluso la de cuatro (4) meses, según la modificación tres (3) al Contrato-, convenida contractualmente para las labores de PRE-CONSTRUCCIÓN.

También obran en el expediente los oficios CC3-INT-115-15 de junio 9 de 2015 y CC3-INT-184-15 de septiembre 4 de 2015⁷⁸, en virtud de los cuales el Consorcio Contratista puso en conocimiento de su Co-Contratante la necesidad de introducir otros ajustes al diseño geométrico.

En la primera de las mencionadas comunicaciones (CC3-INT-115-15 de junio 9 de 2015) el Consorcio expresó:

"De acuerdo a lo expuesto anteriormente consideramos que los ajustes realizados a los diseños no son suficientes para la construcción de las obras. Si bien pueden adelantarse los trabajos de estabilización en las zonas que presentan algún grado de inestabilidad, éstas pueden ser susceptibles de reprocesos o tratamiento adicional cuando se defina el alineamiento final. Debido a lo expuesto en el numeral 2. de la presente consideramos

⁷² Archivo "61_CC3-INT-017-15" del CD del folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁷³ Archivo "62_CC3-INT-022-15" del CD del folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁷⁴ Archivo "63_CC3-INT-031-15" del CD del folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁷⁵ Archivo "64_CC3-INT-039-15" del CD del folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁷⁶ Archivo "65_CC3-INT-053-15" del CD del folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁷⁷ Archivo "69_DG-GTL-27224" del CD del folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁷⁸ Archivos "71_CC3-INT-115-15" y "72_CC3-INT-184-2015" del CD del folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

que las cantidades de obra calculadas pueden presentar incertidumbre.

"Para lograr un ajuste adecuado a los diseños y sin interferir con algunas labores de construcción que pueden adelantarse de manera simultánea, adjunto enviamos una propuesta para el cronograma de ajuste a los diseños mencionados en la presente comunicación.

"Sin embargo manifestamos nuestro interés en contar con su autorización para ajustar los diseños a condiciones constructivas ya que los demás asuntos preliminares se han surtido".

En la segunda de las comunicaciones citadas (CC3-INT-184-15 de septiembre 4 de 2015), se lee:

"Como debe procederse y con el objetivo [de] darle una secuencia lógica al desarrollo de las obras y para establecer las cantidades a ejecutar para la adecuación del Túnel Piloto como Túnel de Rescate se convino hacer una labor conjunta entre el Consorcio Conlinea3 y el Consorcio Interventor Integral para la relocalización y el replanteo de las condiciones actuales del Túnel Piloto, lo cual tiene como objetivo final ajustar las condiciones geométricas óptimas a la función que tendrá la cavidad como Túnel de Rescate. Dicho ajuste al diseño geométrico entregado por el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, INVÍAS obedece a los cambios topográficos sufridos por la sección del Túnel Piloto desde la terminación de la excavación y soporte de la misma hasta la fecha. Esta labor que se ha venido desarrollando durante los últimos meses nos permite hoy concluir que los cambios sufridos por la sección transversal son sustanciales y que se requiere redefinir el proyecto dejando a un lado la palabra adecuación, y usando un concepto más amplio, como lo es el de rehabilitación. El mencionado cambio concibe bajo nuestro conocimiento en la implementación de procedimientos de tratamiento y soporte que deben aplicarse de manera más intensiva a lo largo del alineamiento para mantener las condiciones geométricas inicialmente establecidas, lo que desde nuestra perspectiva se traduce en un cambio substancial de las condiciones consideradas para la obtención del presupuesto y la definición del plazo de la obra".

De la misma manera se encuentran las comunicaciones INT-CCL3-128-2015 de octubre 13 de 2015 e INT-CCL3-147-2015 de octubre 23 de 2015⁷⁹, mediante las cuales la Interventoría del Contrato de Obra 1883 de 2014 avisa recibo de unos planos que en cada una de esas oportunidades le fueron remitidos por el Contratista y a la vez expresa su aprobación a los planos correspondientes.

En efecto, a través de la primera comunicación, la Interventoría avisa recibo de los planos que le fueron enviados y manifiesta su "aceptación para construcción" respecto de los mismos:

*"Asunto: Su comunicación CC3-INT-208-15
Remisión de Planos en Planta Perfil y Secciones K 0 + 000
al K + 170*

".....

"Acusamos el recibido de su comunicación del asunto, con la cual hace entrega de los planos en planta perfil y secciones desde el K 0 + 000 al K 1 + 170, producto de la relocalización y replanteo de eje del Túnel Piloto, realizada por el Contratista, teniendo en cuenta, modificar la sección original, cerrando los hastiales 0.15m en ambos lados.

"A este respecto, nos permitimos comunicarle que son de nuestra aceptación para construcción. Sin embargo, le solicitamos hacernos llegar el resumen de los volúmenes correspondientes".

Y mediante la segunda de las comunicaciones mencionadas, la misma Interventoría señaló:

⁷⁹ Archivos "73_INT-CCL3-128-2015" y "78_INT-CCL3-147-2015" del CD del folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

*"Asunto: Su comunicación CC3-INT-225-15
Remisión de Planos en Planta Perfil y Secciones K 1 + 000 al K
6 + 500*

".....

"Acusamos el recibido de su comunicación del asunto, con la cual hace entrega de los planos en planta perfil y secciones desde el K 1 + 000 al K 6+ 500, producto de la relocalización y replanteo de eje del Túnel Piloto, realizada por el Contratista, teniendo en cuenta, modificar la sección original, cerrando los hastiales 0.15m en ambos lados.

"A este respecto, nos permitimos comunicarle que son de nuestra aceptación para construcción. Sin embargo, le solicitamos hacernos llegar el resumen de los volúmenes correspondientes, resaltando los calculados en el Bypass".

La constatación de esos hechos con apoyo en las pruebas documentales que se dejan relacionadas y que obran en el expediente, le permite al Tribunal concluir que evidentemente la entrega de los Diseños Fase III debidamente ajustados, para que en realidad pudiera procederse a la construcción efectiva de las obras correspondientes con base en los mismos, generó un retraso significativo en el inicio de la ejecución de dichas obras y en la ejecución del plan de trabajo respectivo.

Para el Tribunal resulta muy significativa la circunstancia de que las observaciones y falencias que en diversos casos anotó y observó el Consorcio Contratista respecto de los Diseños Fase III, siempre dieron lugar a que la Entidad Estatal Contratante, en su condición de rectora y responsable en todo el país de *"la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura no concesionada de la Red Vial Nacional de carreteras primaria y terciaria (...) de acuerdo con los*

*lineamientos dados por el Ministerio de Transporte*⁸⁰, apoyada por el concurso también experto de su interventoría y de su otro Contratista Consultor con el cual convino la elaboración de los Diseños Fase III-, procedió a tramitar, a exigir y a elaborar los ajustes y las correcciones correspondientes, y sólo después de efectuados volvió a entregarle dichos Diseños al Consorcio Contratista.

Nótese entonces que si la Entidad Estatal Contratante y/o su Interventoría y/o el Contratista Consultor que elaboró directamente los Diseños Fase III hubiesen encontrado irracionales, innecesarias, intrascendentes o técnicamente improcedentes o inadecuadas las observaciones y las falencias que en su momento detectó y comunicó el Consorcio Convocante, no habría tenido sentido que hubieran procedido -como finalmente procedieron- a ejecutarlas e incorporarlas mediante la realización de los ajustes y/o correcciones que fueron introducidas a los respectivos Diseños Fase III.

A lo anterior el Tribunal agrega que la fijación del plazo de nueve (9) meses para la ejecución o construcción efectiva de las obras contratadas fue adoptada y definida por la propia Entidad Estatal Contratante en su Pliego de Condiciones, determinación que aquella se negó reiterativamente a modificar a pesar de que durante la etapa precontractual varios interesados lo consideran insuficiente y expresamente pidieron su revisión o ampliación.

⁸⁰ Así lo determina con exactitud el artículo 1º del Decreto 2056 de 2003, *“por el cual se modifica la estructura del Instituto Nacional de Vías, Invías, y se dictan otras disposiciones”*, a cuyo tenor:

“Artículo 1º. Objeto del Instituto Nacional de Vías. El Instituto Nacional de Vías, Invías, tendrá como objeto la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura no concesionada de la Red Vial Nacional de carreteras primaria y terciaria, férrea, fluvial y de la infraestructura marítima, de acuerdo con los lineamientos dados por el Ministerio de Transporte”.

Ciertamente, en el documento de "RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES AL PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES"⁸¹, la "OBSERVACIÓN 12" consistió, entre otras, en lo siguiente:

"2. Sobre el plazo del contrato. Se solicita a la Entidad publique el estudio realizado para definir el proyecto en 12 meses, pues consideramos que dicho plazo es muy ajustado, y más aún teniendo en cuenta que se consideran 3 meses de preconstrucción, dejando únicamente 9 meses para construcción".

Observación frente a la cual el **INVÍAS** respondió:

"El plazo se fijó teniendo en cuenta las recomendaciones del diseñador y en el entendido que deben abrirse varios frentes de trabajo, la etapa de preconstrucción es un máximo de 3 meses, pero dado que el proyecto cuenta con licencia ambiental y diseños a fase III, se espera que el contratista pueda iniciar con anticipación".

En el mismo documento, la "OBSERVACIÓN 13" incluyó lo siguiente:

"Numeral 1.1 Nota 3: Plazo de Contrato: Petición Solicito a la entidad indique el estudio o metodología utilizada para justificar el plazo del mismo, en la medida que incluso utilizando los 3 turnos de trabajo (7x24), el plazo de 12 meses parece un plazo muy ajustado".

Y frente a esa solicitud, el **INVÍAS** señaló

"El plazo se fijó teniendo en cuenta las recomendaciones del diseñador y en el entendido que deben abrirse varios frentes de trabajo".

⁸¹ Archivo "07_RESPUESTAS OBSERVACIONES 1" del CD del folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

Por otro lado, en el documento de "RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES AL PLIEGO DE CONDICIONES" del 31 de octubre de 2014⁸², mediante la "OBSERVACIÓN 3" se hizo la siguiente manifestación, entre otras cuestiones:

*"2. El plazo de 12 meses asignado para la ejecución del contrato, nos parece claramente insuficiente, especialmente teniendo en cuenta que 3 de los 12 meses estarán dedicados a labores de preconstrucción. (...) **Solicitud formal** (...) 2. La ampliación del plazo establecido para la ejecución del contrato, en al menos 10 meses más, hasta un total de 22 meses".*

Petición a la cual la Entidad Contratante brindó la siguiente respuesta:

"El INVÍAS ha contemplado la ejecución en múltiples frentes de trabajo de forma continua por lo que no considera ampliar el plazo, excepto para el caso en que las condiciones de ejecución de la obra así lo exijan, lo cual será evaluado en su oportunidad".

Mediante la "OBSERVACIÓN 7" se dijo:

*"1. **Plazo de ejecución:** Solicitamos publicar el cronograma, incluyendo rendimientos estimados por la Entidad para definir el plazo en 12 meses".*

La respuesta del **INVÍAS** fue la siguiente:

"El INVÍAS ha expresado que se ha planteado un cronograma de 12 meses de acuerdo a lo calculado por el diseñador con 4 frentes de obra como mínimo, no obstante en el desarrollo de la obra se

⁸² Archivo "08_RESPUESTAS OBSERVACIONES 2" del CD del folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

realizará evaluación del avance conforme a la multiplicidad de frentes que la practica permita”.

A través de la “OBSERVACIÓN 10” se formuló la siguiente inquietud:

“Con base en la información técnica y la visita al proyecto, solicitamos a la entidad aclarar las premisas para establecer el plazo de ejecución de la obra. Esta inquietud surge debido a que el plazo para la ejecución de las obras no permitiría acometer el alcance total del mismo”.

Y en esta oportunidad la Entidad Convocada contestó una vez más:

“El INVÍAS ha expresado que se ha planteado un cronograma de 12 meses de acuerdo a lo calculado por el diseñador con 4 frentes de obra como mínimo, no obstante en el desarrollo de la obra se realizará evaluación del avance conforme a la multiplicidad de frentes que la practica permita”.

Tal como lo tiene suficientemente averiguado y establecido la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, tanto las determinaciones, previsiones y decisiones que forman parte del respectivo Pliego de Condiciones, como las aclaraciones y respuestas que se brinden a las preguntas, inquietudes o solicitudes que formulen o eleven los interesados durante la etapa pre-contractual, tienen efectos vinculantes y obligatorios para las Partes del respectivo Contrato Estatal.

Los fundamentos legales y jurisprudenciales que sirven de soporte al anterior aserto, a cuyo contenido el Tribunal se remite en este punto, serán expuestos y detallados más adelante, cuando se hace referencia específica a la aplicación directa que para los Contratos Estales tiene el artículo 1602 del Código Civil, según el cual *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*, disposición legal cuyos

alcances, en consecuencia, se extienden también a las estipulaciones de los aludidos Pliegos de Condiciones y a las aclaraciones o respuestas que se brinden a las preguntas o solicitudes de los interesados.

Las anteriores anotaciones y consecuencias, como resulta apenas natural, comprenden integralmente tanto la definición que el **INVÍAS** adoptó en su Pliego de Condiciones al determinar que el plazo para la ejecución de la totalidad del Contrato sería de doce (12) meses, de los cuales los tres (3) primeros se destinarían a la realización de las labores y actividades propias de la etapa de pre-construcción y los nueve (9) meses restantes estarían destinados a la construcción efectiva de las obras contratadas, como las respuestas que esa misma Entidad brindó a las preguntas y a las solicitudes de ampliación del plazo que repetidamente formularon y/o elevaron los interesados durante la etapa pre-contractual, según se ha dejado reseñado y transcrito.

Así las cosas, dado que para el caso concreto que aquí se estudia, el Pliego de Condiciones definió de manera absolutamente precisa en doce (12) meses el plazo máximo para la ejecución total del Contrato, a lo cual se agregan las reiteradas respuestas con las cuales la Entidad Contratante reafirmó la extensión de ese término y se negó a considerar su ampliación, resulta fuera de cualquier duda que ese y únicamente ese plazo fue el único que los oferentes -incluida la hoy Convocante-, tuvieron la opción de considerar para ajustar rigurosamente a dicho plazo tanto la planificación de sus trabajos, como la estimación de sus costos.

Agréguese a lo dicho que la definición exacta y reiterada del mencionado plazo para la ejecución total del Contrato, también generó e impuso a la Entidad Estatal unas obligaciones de especial y excepcional diligencia, ello en atención a la necesidad de **i)** asegurar y lograr que en ese específico término efectivamente se cumpliera la ejecución de todas las obras contratadas; **ii)** garantizar, tanto al Contratista como a los oferentes que no fueron seleccionados pero que hicieron el esfuerzo de ajustar sus ofertas a

ese plazo, su Derecho Fundamental a la Igualdad; **iii)** ejercer con extraordinario cuidado la facultad-deber que le atribuye el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 de dirigir y controlar la ejecución del Contrato, evitando entonces que el plazo establecido pudiera desbordarse injustificadamente y menos por causa suya; **iv)** evitar que se pudiera sorprender al Contratista con una inobservancia inesperada y menos injustificada respecto del plazo total establecido y reafirmado desde un inicio para la ejecución de la totalidad del Contrato; **v)** dar cumplimiento real y efectivo a los Principios Constitucionales de igualdad, moralidad, eficacia, economía y celeridad, con arreglo a los cuales debe ejercerse toda actuación administrativa, de conformidad con los dictados del artículo 209 de la Carta Política; **vi)** asegurar el respeto que merece la palabra empeñada, más cuando la misma proviene del Estado y da lugar al perfeccionamiento de una relación contractual, **vii)** asegurar el adecuado y eficiente cumplimiento al Principio de Planeación en desarrollo del cual la Entidad Estatal Contratante fijó y definió el señalado plazo máximo para la ejecución de la totalidad de las obras del Contrato; **viii)** garantizar la seriedad y la responsabilidad con que procedió al generar en el Contratista la Confianza Legítima de que las obras contratadas se podrían ejecutar y se ejecutarían totalmente en el indicado plazo máximo de doce (12) meses, y **ix)** para garantizar el cumplimiento efectivo de los mandatos consagrados en el artículo 83 de la Constitución Política, según los cuales las autoridades públicas deben ceñir sus actuaciones a los postulados de la buena fe.

Dado que no se encuentra en el expediente prueba alguna que pudiese acreditar la ocurrencia de algún hecho ajeno por completo a la Entidad Estatal que hubiere podido relevarla de su responsabilidad de elaborar y entregar los Diseños Fase III en condiciones que permitieran el inicio efectivo de la construcción de las obras contratadas para que la ejecución de las mismas pudiera desarrollarse real y efectivamente dentro del señalado plazo máximo de (9) meses previsto para la etapa de construcción del Contrato, el Tribunal concluye que dicha Parte Convocada no logró justificar entonces la entrega tardía que hizo al Contratista de los Diseños

Fase III debidamente ajustados, comoquiera que tal entrega la realizó cuando ya se había vencido el plazo convenido para la etapa de pre-construcción y cuando ya, por tanto, había empezado a correr el plazo que la misma Entidad Estatal estableció -y las Partes acordaron- para la etapa de construcción.

Con apoyo en el panorama probatorio antes descrito, el Tribunal no comparte las apreciaciones expuestas tanto en el Concepto del Ministerio Público, como a lo largo de la defensa de la Parte Convocada, las cuales se dirigen a sostener que no se habría presentado incumplimiento alguno por parte de la Entidad Contratante en relación con la obligación de hacerle entrega al contratista de los Diseños Fase III porque, de un lado, sostienen que dichos Diseños Fase III fueron puestos a disposición del Consorcio Convocante desde la propia etapa pre-contractual, durante el procedimiento administrativo de Licitación Pública que se surtió para la selección del respectivo Contratista.

También apoyan esa conclusión, de otro lado, en la circunstancia de que los Diseños Fase III sí fueron formalmente entregados por la Entidad Estatal Contratante, tal como consta en la ya referida comunicación DG-GTL-3585 de enero 27 de 2015, cuando apenas iniciaba la ejecución del Contrato de Obra No. 1883 de 2014.

En este punto el Tribunal señala que si bien se encuentra acreditado en el proceso que los mencionados Diseños Fase III fueron puestos a disposición de los interesados en participar en la referida Licitación Pública desde antes de la adjudicación y consiguiente celebración del respectivo Contrato, además de que también fueron formalmente entregados por la Entidad Estatal Contratante en enero 27 de 2015, no es menos cierto que también se tiene establecido en el expediente, según las piezas procesales que se dejaron destacadas, que dichos Diseños Fase III en realidad no se encontraban -como lo determina el parcialmente transcrito artículo 12 de la Ley 1508-, con *"todos sus componentes de tal manera que se pud[er]a dar*

inicio a su construcción” o -según lo anunció el Pliego de Condiciones- que con base en tales Diseños Fase III se “puede iniciar las obras”.

Tal como lo refleja el material probatorio que aquí se ha relacionado y estudiado, los Diseños Fase III que entregó la hoy Convocada al Contratista adolecían de algunos aspectos que fue necesario que la propia Entidad Estatal Contratante debiera ajustar y/o corregir, por manera que -bueno es reiterarlo- los Diseños Fase III ajustados sólo le fueron entregados al Consorcio Contratista con *“todos sus componentes de tal manera que se pud[er]a dar inicio a su construcción”* cuando ya había vencido el plazo establecido para la etapa de pre-construcción y cuando ya estaba corriendo el plazo convenido para de la etapa de construcción, por manera que no resulta posible sostener que no hubo incumplimiento alguno en relación con la obligación de hacer entrega de esos Diseños Fase III en las condiciones que tanto se han señalado.

En este sentido, la entrega que realizó la Entidad Estatal Contratante de los Diseños Fase III ajustados en mayo 28 de 2015, según consta en la aludida comunicación DG-GTL 27224⁸³, esto es -en los términos del artículo 12 de la Ley 1508 expedida en 2012- con *“todos sus componentes de tal manera que se pud[er]a dar inicio a su construcción”* pero después de que se había vencido en mayo 15 de 2015 el plazo ampliado a cuatro (4) meses que las Partes acordaron para la etapa de pre-construcción según la modificación tres (3) al Contrato No. 1883 de 2014 y después de que había empezado a correr el plazo -para ese momento reducido a ocho (8) meses- para la etapa de construcción, a sabiendas de que contar y disponer de manera efectiva de los Diseños Fase III ajustados constituye un requisito indispensable e insustituible para que se *pudiera dar inicio a su construcción*, a juicio del Tribunal encuadra en una de las hipótesis que taxativamente establece la

⁸³ Archivo “69_DG-GTL-27224” del CD del folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

ley para la configuración de la mora, cual es la contenida en el numeral 2 del artículo 1608 del Código Civil, en cuya virtud:

"ARTICULO 1608. *El deudor está en mora:*

".....

"2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla".

La comunicación DG-GTL 27224 del 28 de mayo de 2015, enviada por Orlando Ortiz Gómez de INVÍAS a Luz Helena Ariza, directora de obra del Consorcio, adjunta los oficios "998-0157-4944 y 998-0157-4953 remitido por la interventoría de los diseños del túnel piloto y un DVD con la información correspondiente al eje, topografía y secciones, cantidades y chequeo de la tubería para el proyecto. (...) Con lo anterior le solicitamos realizar la revisión del eje de forma conjunta con la interventoría para el revestimiento, igualmente se debe revisar el tema de la tubería conforme a la propuesta hecha por CONLINEA 3 en la mesa ambiental". El primer oficio mencionado (998-0157-4944), enviado por el Consorcio DIS S.A. – EDL Ltda. a INVÍAS, fechado el 25 de mayo de 2015, expresa: *"Una vez revisada la información remitida por la Fundación Universidad del Valle con su escrito IN-3303-371, que corresponde al ajuste de la topografía, el eje para construcción, el cálculo de las cantidades de obra y el presupuesto de las obras civiles requeridas para la adecuación del túnel piloto y presentadas en el documento denominado "ESTUDIOS Y DISEÑOS DEFINITIVOS A FASE III DE LAS OBRAS CIVILES DEL TÚNEL PILOTO DE LA LÍNEA PARA SU ADECUACIÓN COMO TÚNEL DE RESCATE", alternativa No. 1 TRATAMIENTOS – DRENAJE – REVESTIMIENTO EN CONCRETO*

CONVENCIONAL – y sus respectivos APU. (...) Revisadas aleatoriamente las secciones transversales enviadas, en cuanto al cálculo de cantidades con relación al eje ajustado y la sección típica definida, se consideran correctas. El Cálculo del presupuesto también corresponde a las cantidades y precios unitarios definidos, y a su vez no excede el presupuesto del contrato. (...) Por lo tanto, consideramos corregidas las observaciones realizadas al documento por lo cual su contenido es aceptable”. El segundo oficio (998-0157-4953) enviado por el Consorcio DIS S.A. – EDL Ltda. a INVÍAS, fechado el 28 de mayo de 2015, dice: “Dando alcance a nuestra comunicación No. 998-0157-4944 del 25 de mayo de 2015, nos permitimos manifestarle que el Túnel Piloto, en la actualización de los diseños electromecánicos, está integrado al sistema de ventilación del Túnel Principal. En razón de ello, y para que el sistema funcione en forma óptima, se requiere que el Túnel Piloto se revista con concreto hidráulico en su totalidad, tal y como está definido en el contrato actual. (...) Por lo anterior, no se tienen en cuenta los revestimientos parciales que presentó el diseñador, ya que desde el punto de vista de la operación del sistema integrado de equipos electromecánicos para el Túnel Principal y para el Túnel Piloto -que son indispensables para garantizar la seguridad de los usuarios en cuanto a rescate y ventilación-no es viable la consideración del diseñador debido a que el revestimiento en concreto hidráulico del Túnel Piloto hace que el flujo de aire tenga menor resistencia. Con ello, se generarían menores costos de operación al Estado, lo cual considerando la vida útil del túnel representa un ahorro considerable. (...) Finalmente, es pertinente recordarle que con los ajustes al diseño presentados por la Fundación Universidad del Valle -FUV, no se presenta incremento en el costo de los trabajos de construcción”.

Añádese a lo dicho y acreditado en el expediente, que la aprobación que la Interventoría impartió a los planos en planta perfil y las secciones que se detallan en las ya mencionadas comunicaciones INT-CCL3-128-2015 e INT-CCL3-147-2015 de octubre 13 de 2015 y octubre 23 de 2015, respectivamente⁸⁴, los cuales también forman parte de los Diseños Fase III, tuvieron ocurrencia casi cinco (5) meses después de la entrega efectuada en mayo 28 de 2015, cuando ya había transcurrido más de la mitad del plazo convenido para ese momento en ocho (8) meses para la etapa de construcción, esto es cuando restaban menos de tres (3) meses para la finalización del plazo total convenido para la ejecución del Contrato cuyo vencimiento se previó para el día 15 de enero de 2016 de conformidad con la CLÁUSULA CUARTA del Contrato de Obra No. 1883 de 2014 y cuya prórroga pactada mediante la CLÁUSULA PRIMERA del ADICIONAL UNO (1) al Contrato, cuyo perfeccionamiento tuvo lugar el día mismo 15 de enero de 2016, tuvo lugar, entre otras causas determinantes, por razón de los anotados desplazamientos en el tiempo que se registraron respecto de la entrega total de los Diseños Fase III al Contratista, por parte de la Entidad Estatal Contratante.

Naturalmente en este punto el Tribunal estima pertinente resaltar que de conformidad con las regulaciones consagradas en los artículos 1627 y 1649 del Código Civil, el pago de cualquier obligación contractual -como lo es la que en este caso asumió el **INVÍAS**, consistente en entregar los Diseños Fase III, la cual obviamente debió cumplirse, según se ha reiterado, en los términos del artículo 12 de la Ley 1508, esto es con "*todos sus componentes de tal manera que se pud[er]a dar inicio a su construcción*"-, debió darse "*bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación*", y debió

⁸⁴ Previamente transcritas. Archivos "73_INT-CCL3-128-2015" y "78_INT-CCL3-147-2015" del CD del folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

cumplirse de manera íntegra puesto que el acreedor no está obligado a recibir el pago de manera parcial o fraccionado, a menos que así lo hubieren convenido de manera previa y expresa los contratantes, cuestión que no se convino en el caso del Contrato de Obra No. 1883 de 2014.

Así rezan los referidos artículos 1627 y 1649 del Código Civil:

"ARTICULO 1627. *El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes.*

"El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida".

"ARTICULO 1649. *El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.*

"El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban".

De otra parte se debe señalar que el incumplimiento de una obligación no sólo puede configurarse por la no ejecución de la prestación que constituye su objeto, sino también por su cumplimiento tardío o por su cumplimiento defectuoso.

Al respecto ha sido abundante y reiterada la jurisprudencia que han sentado las Altas Corporaciones de Administración de Justicia en el país, tal como lo refleja la Sentencia fechada en noviembre 23 de 2016, radicación No. 25000-23-26-000-2012-00233-01, expediente No. 52161, emanada de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, en la cual se puntualizó:

"Contrario sensu, el incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la

celebración del acuerdo negocial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato.

Cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico.

Así mismo, tiene ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce el catálogo de principios que orientan la contratación estatal y que igualmente se entienden incorporados en la relación jurídica bilateral⁸⁵.

Como se aprecia, el incumplimiento se origina en una conducta alejada de la juridicidad de uno de los extremos co-contratantes que, de manera injustificada, se sustrae de la satisfacción de las prestaciones a su cargo en el tiempo y en la forma estipulados. Su ocurrencia invade la órbita de la responsabilidad contractual y, desde esa perspectiva, la parte cumplida podrá acudir a la jurisdicción en procura de obtener la resolución del vínculo obligación, el cumplimiento del compromiso insatisfecho y la indemnización de los perjuicios causados."⁸⁶

A su vez la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, mediante la Sentencia de junio 9 de 2015, radicación No. 11001-31-03-034-2003-00515-01, expediente No. 7220-2015, señaló:

⁸⁵ Sobre el particular consultar sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 22 de agosto de 2013, dentro del expediente No. 22.947.

⁸⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia fechada en noviembre 23 de 2016. Radicación No. 25000-23-26-000-2012-00233-01; expediente No. 52161. Magistrada Ponente, doctora Martha Nubia Velásquez Rico.

"2. En ese contexto, cabe precisar que la «responsabilidad civil contractual» encuentra su fundamento en el «título 12 del libro cuarto» del Código Civil, que regula lo atinente al «efecto de las obligaciones», perfilándose así una institución distinta a la denominada «responsabilidad civil por los delitos y las culpas» a la que se refiere el «título 34 del libro cuarto» del citado ordenamiento; tesis acogida por esta Corporación desde hace aproximadamente un siglo, siguiendo el criterio de la doctrina y jurisprudencia francesa, a partir del cual se define aquella, en sentido amplio, como la obligación de resarcir el daño sufrido por el «acreedor» debido al incumplimiento del «deudor» de obligaciones con origen en el «contrato».

"Así mismo, existe consenso que ante el «incumplimiento contractual», el «acreedor» en procura de la protección del derecho lesionado, está facultado para pedir el «cumplimiento de la obligación», o la «resolución del convenio», además de manera directa o consecuencial, el resarcimiento del daño irrogado por la insatisfacción total o parcial de la «obligación», o por su defectuoso cumplimiento.

"Sobre la aludida temática, la Corte en sentencia CSJ SC 9 mar. 2001, rad. 5659, sostuvo lo siguiente:

(...) Trátase aquí, según puede establecerse, de un proceso de responsabilidad civil contractual, razón por la cual el acogimiento de la acción depende de la demostración, en primer término, de la celebración por las partes del contrato a que se refiere la misma y, en segundo lugar, de los elementos que son propios a aquella, a saber: el incumplimiento de la convención por la persona a quien se demanda; la producción para el actor de un daño cierto y real; y, finalmente, que entre uno y otro de tales elementos medie un nexo de causalidad, es decir, que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado.

(...)

Si los contratos legalmente celebrados 'son una ley para los contratantes' (art. 1602 C.C.) y, por consiguiente,

'deben ejecutarse de buena fe' y 'obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella' (art. 1603 ib.), lógico resulta que su incumplimiento injustificado esté sancionado por la ley misma y que tal comportamiento, por ende, habilite al contratante inocente para solicitar, por una parte, se ordene su cumplimiento forzado o se disponga su resolución y, por otra, cuando la infracción le ha ocasionado un daño, que se le indemnice, reparación que puede reclamar en forma accesoria a la petición de cumplimiento o resolución o en forma directa, si lo anterior no es posible, (...).

"Sobre el particular tiene dicho esta Sala de la Corte: 'El contrato legalmente celebrado vincula a las partes y las obliga a ejecutar las prestaciones convenidas, de modo que si una de ellas incumple las obligaciones que se impuso, faculta a la otra para demandar bien que se le cumpla, que se le resuelva el contrato o el pago de los perjuicios que se le hayan causado por el incumplimiento, pretendiendo éstos últimos ya de manera principal (arts. 1610 y 1612 del C.C.) o ya de manera accesoria o consecuencial (arts. 1546 y 1818 del C.C.), los que se encaminan a proporcionar a la parte cumplida una satisfacción pecuniaria de los daños ocasionados'. (Sent. de 14 de marzo de 1996, Exp. No. 4738, G.J. CCXL, pág. 407) (se subrayó).

"3. En razón a que la acusación planteada guarda relación con el tema a probar, se torna pertinente precisar, que constituyen requisitos para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria de origen contractual, la demostración de la existencia de un contrato bilateral válido celebrado entre quienes concurren al proceso en calidad de parte; actuación de la actora conforme a lo estipulado o haberse allanado a satisfacer las prestaciones a su cargo; incumplimiento del deudor demandado de las obligaciones derivadas de ese vínculo, o su tardía o defectuosa ejecución; daño irrogado al derecho del acreedor, y que el mismo sea consecuencia directa de alguna de aquellas conductas del obligado.

"Acerca de la señalada temática, en la sentencia CSJ 18 ene. 2007, rad. 1999-00173-01, esta Corporación memoró:

"(...) hay que recordar que 'cuando se pretende judicialmente el pago de perjuicios, al actor le corresponde demostrar, salvo los casos de presunción de daño, como ocurre con la cláusula penal y el caso del numeral 2º del artículo 1617 del Código Civil, la lesión o menoscabo en su patrimonio, bien por una pérdida real y efectiva, ora de una ventaja o ganancia, ocasionado por la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones del deudor. Significa esto que el daño susceptible de reparación debe ser 'directo y cierto' y no meramente 'eventual o hipotético', esto es, que se presente como consecuencia de la 'culpa' y que aparezca 'real y efectivamente causado' (...; Cas. Civ. sentencia de 27 de marzo de 2003).

"Al respecto, cabe precisar que 'el daño objeto de reparación debe ser cierto, pero no necesariamente debe ser actual, porque el daño cierto y futuro, como igualmente se ha sostenido, también es indemnizable' (Cas. Civ. sentencia de 9 de agosto de 1999), supuesto en el cual el elemento de certidumbre que lo caracteriza, adquiere especial importancia, pues permite diferenciar este tipo de perjuicio -futuro- del meramente eventual o hipotético.

"Así mismo, en el fallo CSJ SC, 10 jul. 1995, rad. 4540, se expuso:

"(...).- En materia de responsabilidad civil contractual, la indemnización de perjuicios supone, necesariamente, el incumplimiento de las obligaciones, o el cumplimiento imperfecto de ellas o su ejecución tardía, de lo cual se derive un perjuicio para el acreedor. Ello significa que tratándose de obligaciones positivas, tal indemnización se deberá 'desde que el deudor se ha constituido en mora', en tanto que si la obligación es negativa, ella se debe 'desde el momento de la contravención' (Art. 1615 del Código Civil).

(...).- Dado que en la celebración de los contratos se persigue por cada uno de los contratantes la obtención de

una prestación que le reporte alguna utilidad, cuando se infringe el contrato por la otra parte, es decir, cuando la conducta del otro contratante es contraria al vínculo obligacional nacido de ese acto jurídico, es evidente que se causan perjuicios al acreedor, los cuales dan origen a una indemnización compensatoria o moratoria, según el caso.

(...)- Si se trata de obligaciones de pagar sumas de dinero, a las cuales no se haya dado cumplimiento por el deudor o hayan sido ejecutadas tardíamente, la propia naturaleza de ellas impone que se excluya la indemnización compensatoria, como quiera que ésta esencialmente consiste en sustituir el objeto inicial de la obligación por una suma de dinero, lo que implica que si desde un comienzo la obligación es dineraria no puede ser sustituida luego por dinero, o sea que en este caso solo es posible la indemnización de perjuicios moratoria.

(...)- De la misma manera, el legislador, conforme a lo establecido por el artículo 1617 del Código Civil, establece que en las obligaciones de dinero, una vez constituido en mora el deudor, el acreedor se encuentra exonerado de probar la existencia de perjuicios (numeral 2o.), y en cuanto a su monto, la propia ley (numeral 1o.), lo determina al disponer que, en tal caso, se deben intereses convencionales si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a causarse los intereses legales en caso contrario.”⁸⁷

Con apoyo en todo lo aquí expuesto, el Tribunal encuentra que dentro del presente proceso arbitral se encuentra debidamente acreditado, con base en los elementos de prueba que se han dejado reseñados, que la Entidad Estatal Convocada incumplió su obligación de entregar de manera completa y debidamente ajustados, en la oportunidad requerida para ello, los Diseños

⁸⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia fechada en 9 de junio de 2015. Radicación No. 11001-31-03-034-2003-00515-01; expediente No. 7220-2015. Magistrado Ponente, doctor Álvaro Fernando García Restrepo.

Fase III para la construcción de las obras materia del Contrato No. 1883 de 2014 y así lo declarará en la parte resolutive del presente Laudo, en congruencia con la primera pretensión principal de la Demanda.

4.1.2. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR EL ACCESO AL TÚNEL PILOTO POR LOS PORTALES GALICIA Y BERMELLÓN, ASÍ COMO POR LAS GALERÍAS DE CONEXIÓN ENTRE EL TÚNEL PILOTO Y EL TÚNEL PRINCIPAL

Según el Consorcio Convocante, las obligaciones contractuales a cargo de la Entidad Contratante para efectos de permitirle y garantizarle al Contratista el acceso al Túnel Piloto para la realización de las obras contratadas eran diversas, así:

De un lado se encontraba la obligación de permitir y garantizar el acceso al Túnel Piloto por medio de los dos (2) portales que correspondían a sus dos extremos, uno ubicado en el Departamento del Tolima, denominado Portal Bermellón, y otro ubicado en el Departamento del Quindío, conocido como Portal Galicia; al respecto indica que dicha obligación del **INVÍAS** no la cumplió cabalmente, comoquiera que el Contratista del Túnel Principal determinaba caprichosamente la posibilidad de que el Consorcio Convocante pudiese ingresar al Túnel Piloto y por ello su acceso no era continuo sino intermitente, amén de que la entrega misma del Túnel Piloto no se habría efectuado de manera oportuna.

Señala que para tratar de solucionar las graves dificultades que impedían el acceso permanente al Túnel Piloto por el Portal Bermellón, fue necesario que el propio Contratista le propusiera al **INVÍAS** la construcción de una vía nueva cuya ejecución fue aceptada por la Interventoría del Contrato y encargada al propio Consorcio Contratista a quien le fue reconocida y pagada como obra adicional, previa estipulación de sus respectivos precios unitarios, con la anotación de que la construcción de dicha vía únicamente

culminó en septiembre de 2015, cuando faltaban cuatro (4) meses para la finalización del plazo inicial de ejecución del Contrato 1883 de 2014.

También alega la existencia de múltiples obstáculos para acceder al Túnel Piloto por el Portal Galicia, dada la negativa del Contratista del Túnel Principal para compartir la correspondiente vía de acceso, a tal punto que fue necesario gestionar con el CONSORCIO CONLINEA 2 el permiso necesario para acceder por su respectivo frente de obra hasta el Portal Galicia, lo cual le representó recorrer una mayor distancia que afectó directamente los rendimientos de todas sus actividades.

De otro lado la Convocante invoca la obligación que habría contraído la Entidad Contratante a través de su Pliego de Condiciones; a través de las respuestas y aclaraciones que brindó a las inquietudes y solicitudes elevadas en esa etapa precontractual por los interesados, y a través de la matriz de riesgos, en el sentido de adelantar las actividades de coordinación con otros contratistas para permitir los accesos a los frentes de obra por las galerías que conectan al Túnel Principal con el Túnel Piloto, tomando como base para ello los planes de trabajo presentados por el Contratista Convocante.

A su turno, la Entidad Estatal Convocada sostiene que el **INVÍAS** jamás se obligó contractualmente a garantizarle al Contratista el acceso a los frentes de trabajo en el Túnel Piloto por medio de las galerías que conectan con el Túnel Principal, puesto que en el Pliego de Condiciones se señaló con toda claridad que a dicho Contratista le correspondía *"coordinar el eventual acceso por las galerías según disponibilidad en el túnel principal"*, a lo cual agrega que según la matriz de riesgos *"el acceso por las galerías era una posibilidad sujeta a una condición que dependía enteramente de la gestión del propio Consorcio contratista, que por tanto podía o no materializarse"*.

Como parte de los planteamientos expuestos en virtud de la excepción que tituló *"AUSENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO Y DE MAYOR PERMANENCIA EN OBRA – IMPROCEDENCIA DE LOS PRESUNTOS*

PERJUICIOS RECLAMADOS POR EL CONSORCIO CONLINEA 3 (numeral 4.4 de los hechos de la demanda)”, después de hacer amplia alusión a los desarrollos jurisprudenciales que se han efectuado acerca de esa figura, sus características y los elementos que se requieren para su configuración, con específica referencia al tema relacionado con los accesos al Túnel Piloto por parte del Consorcio Contratista, la Entidad Convocada reafirmó lo que ya había señalado sobre esta materia en los siguientes términos:

“De esta manera, se aclara que de ninguna manera se satisfacen en la demanda las condiciones jurídicas que reflejen el acaecimiento de un desequilibrio en el Contrato de Obra Pública No. 1883 que represente perjuicios para el CONSORCIO CONLINEA 3, toda vez que ha quedado en evidencia a lo largo de la presente contestación que:

“=====→ Era responsabilidad del INVÍAS poner a disposición del contratista los accesos al túnel de rescate por los departamentos de Tolima y Quindío, y era responsabilidad del CONSORCIO CONLINEA 3 la coordinación con el contratista del túnel principal de eventuales accesos al túnel de rescate por las galerías del túnel principal, sin que existiera garantía alguna en el Pliego de Condiciones de la materialización de dicha opción de acceso.

“=====→ Independientemente del número de accesos que fueran logrados por el contratista (adicionales a los dos puestos a disposición por INVÍAS), el Pliego de Condiciones previó el desarrollo de la obra a través de al menos 4 frentes de trabajo, entendiendo por ‘frente de trabajo’ el sector donde se desarrollan actividades, que puede o no compartir acceso con otras”.

En su concepto, el Ministerio Público al referirse a las pretensiones de la Demanda encaminadas a que se declare que la Entidad Estatal Contratante incumplió su obligación de garantizarle al Contratista el acceso al Túnel Piloto por las galerías que lo conectan con el Túnel Principal, manifestó:

“Pues bien, para resolver las pretensiones debe considerarse que conforme con la cláusula de plazo y los documentos

precontractuales, los 12 meses a los que se refería la citada regla como tiempo para ejecutar la obra fueron previstos en el entendido de que ésta podía acometerse desde varios frentes de trabajo, es decir, desde varios puntos, sin que existiera relación uno a uno entre frentes o puntos de trabajo e ingresos en la medida en que ingreso y frente o punto de trabajo no tenían relación.

"La cláusula cuarta precisó:

"CLÁUSULA CUARTA: PLAZO.- El plazo para la ejecución del presente contrato será de doce (12) meses a partir de la orden de iniciación que impartirá el Jefe de la Unidad Ejecutora del Instituto previo el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento, legalización y ejecución del mismo y aprobación de los documento de información para el control de la ejecución de la Obra previstos en el Pliego de Condiciones. El plazo pactado será cumplido con sujeción al pliego de condiciones ..."

"Y el apéndice g) del pliego de condiciones informó:

"El contratista tiene disponible acceso frente Tolima y Quindío, y debe coordinar eventual acceso por las galería según disponibilidad en el túnel principal, ..."

"Por manera que las entradas eran las de los portales de Galicia y Berbellón, no las del túnel principal en cuanto el acceso por ellas dependía de lo que lograra acordar el contratista del túnel piloto, consorcio Conlinea 3 con el contratistas del principal, Consorcio Nuevo Centenario, por lo que siempre se les dio el carácter de "eventuales".

"De ahí que las respuestas a las observaciones fueran consistentes en precisar que el plazo se fijó considerando el criterio del diseñador que tuvo en cuenta la posibilidad de que existieran varios frentes de trabajo, más de 2, en turno 24 x 7, los que serían posibles, en términos de las pruebas aducidas al proceso, independiente de que el acceso al túnel piloto, que ya existía por lo menos en cuanto excavación, se cumpliera por los 2 accesos: Galicia (Quindío) y Bermellón (Tolima).

"Aquí téngase en cuenta que contrario a lo aseverado en la demanda, los documentos antes referidos no consideraban como sinónimos frentes de trabajo y accesos.

"Frentes de trabajo corresponden a sitios en los que se ubica personal y equipos de cara a las actividades a realizar, mientras que ingresos hace relación a puntos por los que se puede entrar.

"Y en gracia de discusión si se hubieran considerado frentes de trabajo como sinónimo de accesos, en el caso se hubieran resuelto las observaciones tomando en cuenta más de 4 o 6 frentes en cuanto la regla técnica imponía que hubieran galerías entre el túnel principal y el piloto cada 500 metros, por lo que dada la extensión de éstos de más de 8 kilómetros, debían haber más de 16 galerías, exactamente 17, que junto con las entradas de los portales Galicia y Bermellón hubieran determinado 19 frentes de trabajo.

"Entonces la obligación de garantizar accesos no existía.

"Y no es plausible aseverar que en cuanto se elaboraron planes o cronogramas de trabajo considerando varios frentes de obra que a su vez tuvieron en cuenta varios accesos, por los portales Galicia y Bermellón y por las galerías que unían el túnel principal con el auxiliar y éstos fueron aceptados por la interventoría, la entidad se obligó a garantizar el acceso vía túnel principal en cuanto dejaría de ser eventual y de demandar la coordinación entre contratistas, no entre entidad contratante y contratista del túnel principal.

"Corolario las pretensiones de la demanda en este particular no están llamadas a prosperar".

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Tal como lo han mencionado las propias Convocante y Convocada en el presente proceso a través de sus diversas intervenciones, asunto sobre el cual no existe controversia ni discusión que deba ser zanjada o que requiera

decisión alguna de parte del Tribunal, la fuerza vinculante de los Contratos Estatales encuentra fundamento positivo, entre otros soportes y mandatos normativos, en los dictados del artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor:

"Artículo 1602. *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".*

Así mismo cabe mencionar que la norma legal transcrita resulta directamente aplicable a los Contratos Estatales de Obra, como lo es el que en este caso se distingue con el No. 1883 de 2014, por virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80 expedida en el año de 1993, disposición según la cual los mandatos que contenga ese Estatuto Contractual están llamados a aplicarse de manera preferente a los Contratos Estatales, a lo cual se añade que en todo aquello que no se encuentre regulado en forma especial en ese cuerpo normativo se regirá por lo dispuesto sobre las materias correspondientes en los Códigos de Comercio y Civil, respectivamente.

Así reza el inciso primero del citado artículo 13 de la Ley 80:

"ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. *Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley".*

No sobra recordar que la regulación relativa a los efectos de las obligaciones y de los contratos tampoco se encuentra desarrollada de manera general en el Código de Comercio, cuerpo normativo al cual se incorporan las disposiciones que sobre esas materias contiene el Código Civil de conformidad con los dictados del artículo 822 del Estatuto Mercantil, que a la letra reza:

"ARTÍCULO 822. *Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.*

"La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley".

También cabe señalar que los efectos vinculantes, o lo que es lo mismo la obligatoriedad, que para las Partes de los Contratos Estatales se desprenden directamente del alcance del citado artículo 1602 del Código Civil, se predicán por igual respecto de las previsiones y las determinaciones contractuales que las Entidades Estatales consagran en los Pliegos de Condiciones que ellas mismas definen y adoptan para que rijan en los procedimientos de selección contractual que esas mismas Entidades estructuran y ponen en marcha, tales como licitaciones o concursos, asunto que tampoco ha sido objeto de controversia en el presente caso.

El carácter obligatorio que para las Partes de los Contratos Estatales comportan las determinaciones y/o previsiones contractuales contenidas en los Pliegos de Condiciones ha sido explicado y desarrollado por la Jurisprudencia del Consejo de Estado desde diversas concepciones, bien por haber considerado que la naturaleza de los Pliegos de Condiciones era eminentemente reglamentaria⁸⁸; bien por haber estimado que los referidos Pliegos de condiciones participaban de la naturaleza propia de los actos administrativos generales⁸⁹, o bien, según la tesis jurisprudencial que ha

⁸⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de mayo 3 de 1999. Rad. 12.344 y de junio 19 de 1996, expediente No. 9868.

⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de agosto 1° de 1991. Exp. 6802. M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

imperando durante la última década, que los Pliegos de Condiciones tienen una naturaleza mixta, de conformidad con lo que al respecto se expuso en la Sentencia de noviembre 30 de 2006, radicación No. 11001-03-26-000-2000-00020-01, expediente No. 18059, en la cual se dijo puntualmente sobre ese asunto:

"5.2.1.1 Naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones o términos de referencia.

"

Resta, pues, considerar el pliego de condiciones como "acto administrativo", naturaleza que, a juicio de la Sala, ostenta parcialmente el pliego. Sin embargo, el pliego conserva su carácter de acto administrativo hasta antes de la celebración del contrato; se trata de un acto administrativo de singulares características, pues, siendo de carácter general⁹⁰, puede ser, sin embargo, de trámite o definitivo, según sus destinatarios⁹¹; pero igualmente tiene vocación para convertirse en "cláusula contractual", caso en el cual deja de ser un acto administrativo general, para mudar su naturaleza.

En este sentido, se podría decir que el pliego ostenta una "naturaleza mixta", en tanto su contenido es mutable, pues nace como un acto administrativo general —naturaleza que conserva hasta el momento de la adjudicación del proceso de selección—, pero a partir de la celebración del contrato cambia, al menos en muchas de sus estipulaciones, esa naturaleza y se convierte en "cláusula contractual", porque no pocas de las condiciones del mismo se integran al negocio jurídico, como verdaderas cláusulas de éste, mientras que otras han perecido, a medida que avanza el proceso de selección.

⁹⁰ Porque tiene la capacidad de aplicarse a un número indeterminado de personas.

⁹¹ Porque no culmina el procedimiento contractual, sino que forma parte de las actuaciones necesarias para impulsarlo.

Así, por ejemplo, la aplicación sucesiva de las condiciones previstas en el pliego, es decir, en la medida en que avanza el procedimiento de licitación o de contratación directa, desaparecen, por agotamiento, las condiciones de participación, de evaluación, de desempate, las causales de rechazo de las ofertas, los plazos internos que rigen el proceso de licitación —apertura y cierre, presentación de ofertas, evaluación, adjudicación—, entre otras condiciones. Estos aspectos hacen parte del pliego de condiciones en tanto "acto administrativo".

En cambio, las exigencias técnicas de los bienes o servicios que se pretende adquirir, la estipulación sobre las garantías del contrato, los intereses a pagar en caso de mora, las condiciones de pago, la entrega del anticipo, la forma como se debe ejecutar el contrato, etc., se integran al contrato como "cláusulas" del mismo —teniendo efectos, en adelante, sólo entre la administración y el contratista. Más aún, este tipo de condiciones, de usual inclusión en los pliegos, podrían no reproducirse en el instrumento que contiene el clausulado y que, de ordinario, suscriben las partes, no obstante lo cual harán parte del mismo porque están previstas en el pliego; de allí que la doctrina y la jurisprudencia sostengan que "el pliego de condiciones es la ley del contrato", pues a él se acude, en adelante, para resolver conflictos sobre su contenido e interpretación.

Las anteriores ideas reflejan que si bien el pliego, en su origen, es un típico acto administrativo, en el camino que recorre el proceso de selección y posterior ejecución contractual cambia su naturaleza, para convertir una buena parte de su contenido en cláusula contractual, pues múltiples condiciones perviven y se incrustan en el contrato mismo, rigiendo exclusivamente la relación administración-contratista"⁹².

⁹² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia fechada en noviembre 30 de 2006. Radicación No. 11001-03-26-000-2000-00020-01; expediente No. 18059. Magistrado Ponente, doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez.

La línea jurisprudencial que se acaba de exponer ha sido complementada por la Jurisprudencia del mismo Consejo de Estado, en cuanto ha señalado con claridad y de manera reiterada que para las Partes de los Contratos Estatales resultan igualmente vinculantes las respuestas o las aclaraciones que las Entidades Estatales Contratantes brinden a las inquietudes, a las solicitudes o a las preguntas que formulen o eleven, acerca de los respectivos Pliegos de Condiciones, aquellos interesados en participar dentro de los correspondientes procedimientos de selección contractual, de tal manera que dichas respuestas deberán tenerse como parte del propio Contrato Estatal que posteriormente se celebre en virtud de la adjudicación que se realice en desarrollo del respectivo procedimiento de selección del Contratista Particular.

Así aparece reiterado en la providencia dictada en junio 25 de 2014, mediante la cual se reafirmó la jurisprudencia que adoptó en esta materia esa Alta Corporación:

"Al respecto la Sala estima la necesidad de reiterar las consideraciones que en pasada oportunidad expuso esta Subsección en relación con la fuerza vinculante de que están revestidas las respuestas a las aclaraciones a los pliegos de condiciones, con independencia de que las mismas se encuentren o no vertidas en un documento identificado con el rótulo de adenda:

"5.2. De la fuerza vinculante de las respuestas a las solicitudes de aclaraciones en relación con los términos de referencia.

"(...).

"Ahora bien, cuando la Administración no cumple a cabalidad las cargas de claridad y precisión que deben informar la elaboración de los pliegos de condiciones o los términos de referencia, al punto que una vez publicados susciten entre los respectivos interesados en participar en el procedimiento de selección, dudas o

inquietudes fundadas y reiterativas respecto de determinados ítems o elementos integrantes del mismo, la Administración está en la obligación de absolverlas con absoluta nitidez, del tal modo que zanje cualquier dualidad interpretativa que frente al mismo hubiere lugar. En tal virtud ante cualquier respuesta a una inquietud surgida del pliego de condiciones o términos de referencia que le confiera un significado definitivo y trascendente que antes de resolver el interrogante y de cara a su imprecisión no tenía, a juicio de la Sala, la Administración no puede quedar relevada de su estricta observancia pretextando que la susodicha aclaración no tiene fuerza vinculante por no estar contenida en un adendo.

"A propósito de la formalidad del adendo a la que alude la parte demandada apelante, sea esta la oportunidad para precisar que si bien normativamente se ha establecido que cualquier modificación al pliego de condiciones o términos de referencia está llamada a implementarse a través de adendos⁹³, lo cierto es que la norma no estableció algún tipo de exigencia formal para su expedición.

⁹³ Art.7 del Decreto 2474 de 2008. Derogado por el art.9.2 del Decreto 734 de 2012.

Artículo 7°. Modificación del pliego de condiciones. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 2025 de 2009. La modificación del pliego de condiciones se realizará a través de adendas. La entidad señalará en el pliego de condiciones el plazo máximo dentro del cual puedan expedirse adendas, o, a falta de tal previsión, señalará al adoptarlas la extensión del término de cierre que resulte necesaria, en uno y en otro caso, para que los proponentes cuenten con el tiempo suficiente que les permita ajustar sus propuestas a las modificaciones realizadas. En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello. Los efectos del texto subrayado fueron suspendidos provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto fechado 1 de abril de 2009, Rad. 2009-00024-00(36476), confirmado mediante providencia de mayo 27 de 2009.

"Una vez consultado el significado literal de la palabra adendo se encuentra que corresponde a un "Conjunto de textos que se añaden a una obra escrita ya terminada o a una de sus partes para completarla y actualizarla."⁹⁴ De ahí que constituirá un adendo, todo lo que adicione, agregue o complete el texto inicial, es decir que contenga una previsión que el documento original no tenía.

"Siguiendo el lineamiento expuesto, en criterio de la Sala, independientemente de que el contenido de la modificación se encuentre comprendido en un documento que no tenga el rótulo de "adendo", la ausencia de tal formalismo en nada varía la intención que se pretendió depositar en el respectivo escrito y en tal virtud si lo que se persiguió a través de su suscripción por parte de la entidad pública era añadir, adicionar, reemplazar o cambiar una condición inicial que al mutarla derive en un supuesto distinto, así habrá de ser entendido por sus destinatarios y mucho más por la entidad de la que emana, de tal forma que lo allí se consigne será vinculante tanto para la Administración contratante como para los oferentes.

"En ese orden de ideas, sea que se llame adendo, oficio, resolución, acto administrativo, circular, comunicación, dejando de lado el formalismo de la denominación, cuya solemnidad, como se anotó, no está definida por el ordenamiento, si de su contenido esencial se extrae con precisión y claridad la finalidad de variar o complementar alguna previsión del pliego de condiciones o de los términos de referencia y a ello se suma que se trata de un documento institucional que emana de la entidad pública directora del procedimiento precontractual y que es dado a conocer a todos los interesados, entonces no

⁹⁴ Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. © 2007 Larousse Editorial, S.L.

queda más que concluir que su fuerza obligatoria se irradia a todas las partes del proceso precontractual quienes deberán acatarlo con el mismo vigor que se observa respecto de las previsiones del pliego de condiciones.”⁹⁵

“Con apoyo en el pronunciamiento jurisprudencial al que se ha hecho referencia, resulta propio en esta oportunidad advertir que la fuerza vinculante de las respuestas a las aclaraciones a los pliegos de condiciones cobija no sólo a la Administración por ser ella, que en su calidad de configuradora de los pliegos de condiciones y directora del procedimiento contractual, debe cumplir la carga de claridad de las reglas del procedimiento de selección, sino también a los oferentes quienes, a su turno, deben cumplir con varias cargas que les impone el orden legal por el hecho de aspirar a convertirse en colaboradores de la Administración, camino que deben recorrer con arreglo a las disposiciones que el ordenamiento jurídico contempla sobre la materia y con sujeción a los lineamientos que para ese fin haya previsto válidamente el pliego de condiciones. Dentro de esas cargas precisamente se encuentra la de acatar las aclaraciones que sobre las cláusulas de los pliegos de condiciones haya precisado, de manera oportuna y con la publicidad requerida, la entidad estatal contratante, a riesgo que de no observarlas se obtenga un resultado desfavorable en el procedimiento licitatorio.”⁹⁶

Así pues, con base en el marco normativo y jurisprudencial que se ha reseñado, el Tribunal procede a examinar los elementos de prueba que en relación con esta específica controversia obran en el expediente arbitral.

⁹⁵ Cita original de la providencia transcrita: “Subsección A, Sección Tercera, 16 de septiembre de 2013, expediente No. 30.571, C.P. Mauricio Fajardo Gómez”.

⁹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia fechada en junio 25 de 2014. Radicación No. 25000-23-36-000-2001-00702-02; expediente No. 33319. Magistrado Ponente, doctor Hernán Andrade Rincón.

Lo primero que se trae a colación en este punto es la definición que recoge el Pliego de Condiciones de la referida Licitación Pública No. LP-DO-GTL-070-2014 que dio origen al Contrato de Obra No. 1883 de 2014, en cuyo numeral 3.8.2, acerca de las vías de acceso se señaló lo siguiente:

"3.8.2. VÍAS DE ACCESO Y OTRAS OBRAS PROVISIONALES

"Durante su permanencia en la obra serán a cargo del constructor, la construcción, mejoramiento y conservación de las obras provisionales o temporales que no forman parte integrante del proyecto, tales como: vías provisionales, vías de acceso y vías internas de explotación a las fuentes de materiales así como las obras necesarias para la recuperación morfológica cuando se haya explotado por el constructor a través de las autorizaciones temporales; y las demás que considere necesarias para el buen desarrollo de los trabajos, cercas, oficinas, bodegas, talleres y demás edificaciones provisionales con sus respectivas instalaciones, depósitos de combustibles, lubricantes y explosivos, de propiedades y bienes del Instituto o de terceros que puedan ser afectados por razón de los trabajos durante la ejecución de los mismos, y en general toda obra provisional relacionada con los trabajos.

El proponente dispondrá de las zonas previstas para ejecutar la obra y la obtención de lotes o zonas necesarias para construir sus instalaciones, las cuales estarán bajo su responsabilidad.

El proponente deberá prever el mantenimiento y conservación de las vías industriales que le permitan desarrollar su proyecto.

Adicionalmente, correrán por su cuenta los trabajos necesarios para no interrumpir el servicio en las vías públicas usadas por él o en las vías de acceso cuyo uso comparta con otros contratistas.

El proponente deberá tener en cuenta el costo correspondiente a los permisos y a las estructuras provisionales que se requieran cuando, de conformidad con el proyecto cruce o interfiera corrientes de agua, canales de desagüe, redes de servicios públicos, etc. En el caso de interferir redes de servicios públicos,

estos costos serán reconocidos mediante aprobación de precios no previstos, incluidos en las correspondientes Actas de Obra aprobadas por el Interventor. Para lo anterior deberá tramitar la correspondiente aprobación de los precios no previstos del proyecto ante el ordenador, y en los casos que se requiera el permiso correspondiente ante la autoridad competente.

Durante la ejecución del contrato deberá observar las leyes y los reglamentos del Ministerio de Protección Social, relativos a Salud Ocupacional y Seguridad Industrial y tomar todas aquellas precauciones necesarias para evitar que se produzcan en las zonas de sus campamentos de trabajo, accidentes o condiciones insalubres; así como dotar a su personal y asegurar el uso adecuado de los elementos de protección personal (EPP).

A menos que se hubieran efectuado otros acuerdos, el proponente favorecido con la adjudicación del contrato deberá retirar todas las obras provisionales a la terminación de los trabajos y dejar las zonas en el mismo estado de limpieza y orden en que las encontró. Así mismo, será responsable de la desocupación de todas las zonas que le fueron suministradas por el Instituto para las obras provisionales y permanentes⁹⁷.

La Parte Convocante al hacer referencia a la previsión del Pliego de Condiciones que ha quedado transcrita, hace particular énfasis en el aparte que señala que *"... El proponente dispondrá de las zonas previstas para ejecutar la obra y la obtención de lotes o zonas necesarias para construir sus instalaciones, las cuales estarán bajo su responsabilidad ..."*, asunto que la Entidad Convocada cuestiona en cuanto estima que dicha presentación resulta *"parcial y sesgada"* comoquiera que con ello se dejaría de lado el aspecto que a su juicio es sustancial en esa estipulación contenido en el aparte que procede a destacar en forma especial, según el cual *"... Durante su permanencia en la obra **serán a cargo del constructor**, la construcción, mejoramiento y conservación de las obras provisionales o temporales que*

⁹⁷ Folio 42 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

no forman parte integrante del proyecto, tales como: vías provisionales, vías de acceso y vías internas de explotación a las fuentes de materiales ...”.

Similar controversia se suscita en torno al alcance que corresponde a la Matriz de Riesgos que fue incorporada al Pliego de Condiciones en cuanto se ocupó de la distribución de este específico punto, puesto que el Consorcio Convocante resalta la manifestación según la cual **“... El contratista tiene disponible acceso por frente Tolima y Quindío y debe coordinar eventual acceso por galerías según disponibilidad en el túnel principal, igualmente se debe permitir el acceso al túnel principal de ser necesario ...”**, mientras que la Convocada considera que esa presentación corresponde a *“una lectura sesgada e interpretación errónea de las condiciones contractuales”*, en virtud de la cual se dejaría de lado la importancia que reviste la advertencia de que el acceso por las galerías sería **“eventual”**, amén de que allí mismo se encuentra establecido que al Contratista le correspondía **“... coordinar eventual acceso por galerías según disponibilidad en el túnel principal ...”**.

Las diferencias que en este tema existen entre las Partes y la necesidad de avanzar en la interpretación más adecuada, ajustada a Derecho y que consulte de la mejor manera la intención de las Partes inmersa en las estipulaciones contractuales que se ocupan de esta materia, siguiendo para ello las directrices consagradas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, los cuales contienen las reglas que integran el título *“DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS”*, imponen la necesidad de efectuar un examen completo o integral acerca de las cláusulas que fueron convenidas sobre este particular junto con las respuestas brindadas en su oportunidad, las cuales además de tener fuerza vinculante entre las Partes -según ya se ha explicado y sustentado con apoyo en la jurisprudencia existente al respecto-, permiten ilustrar el sentido de las manifestaciones en estudio.

En esa dirección corresponde acudir también a la revisión del Apéndice G del Pliego de Condiciones, contentivo de la correspondiente "MATRIZ DE RIESGOS – LICITACIÓN PÚBLICA"⁹⁸, dentro de la cual se encuentran, a través de un cuadro elaborado en formato 'Excel', las determinaciones aplicables al punto concreto que se viene revisando, así:

"MATRIZ DE RIESGOS – LICITACIÓN PÚBLICA

"TERMINACIÓN DEL TÚNEL PILOTO – TÚNEL DE RESCATE DEL PROYECTO "CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL

"TIPO

"ACCESO A LOS FRENTES DE OBRA

"CLASE

"E"⁹⁹

"TIPIFICACIÓN DEL RIESGO

"DESCRIPCIÓN

"El contratista tiene disponible acceso por frente Tolima y Quindío y debe coordinar eventual acceso por galerías según disponibilidad en el túnel principal, igualmente se debe permitir el acceso al túnel principal de ser necesario.

"OBSERVACIONES

"El contratista debe considerar en su propuesta que en el túnel principal existe un contratista desarrollando obra y que el acceso por todas las galerías depende de las condiciones de ejecución y disponibilidad. Además que debe permitir el acceso para la terminación del túnel en caso que se requiera y sea justificado técnicamente, por ejemplo para actividades del cale final si no se ha dado al inicial construcción".

⁹⁸ Archivo "04_MATRIZ DE RIESGOS" del CD del folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁹⁹ La clasificación "E" para este riesgo significa que es "Específico" y no G, es decir Genérico.

**"CATEGORÍA DEL RIESGO
"RIESGO MEDIO"**

Y la asignación de dicho riesgo fue definida así:

"ASIGNACIÓN DEL RIESGO

INVÍAS	PROPONENTE Y/O CONTRATISTA
100%"	

Por lo que corresponde a las RESPUESTAS que la Entidad Estatal Contratante brindó a las preguntas, observaciones y/o solicitudes que en su momento formularon o elevaron, acerca del alcance del Pliego de Condiciones, aquellos interesados en participar en el referido procedimiento administrativo de licitación pública, destacan las siguientes:

En el documento de "RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES AL PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES"¹⁰⁰, la "OBSERVACIÓN 9" contiene la siguiente anotación:

"3. Dado que el túnel Piloto en este momento se usa para el paso de equipos e insumos usados en la construcción del túnel principal; solicitamos a INVÍAS indicar cuando hará entrega de este, o si tiene previsto que interactúen el contratista seleccionado bajo el presente proceso y el que actualmente se encuentra construyendo el túnel principal, toda vez que es un aspecto determinante para la planeación de la obra, pues el tamaño del túnel piloto restringe el tránsito de equipos para actividades simultaneas.

¹⁰⁰ Archivo "07_RESPUESTAS OBSERVACIONES 1" del CD del folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

(...)

INVÍAS RESPONDE:

(...)

La matriz de riesgos establece que el contratista debe considerar en su propuesta que en el túnel principal existe un contratista desarrollando obras y que el acceso por todas las galerías depende de las condiciones de ejecución y disponibilidad. Además que debe permitir el acceso para la terminación del túnel en caso que se requiera y sea justificado técnicamente, por ejemplo para actividades del cale final si no se ha dado al iniciar la construcción”.

En el documento de "RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES AL PLIEGO DE CONDICIONES"¹⁰¹, constan las siguientes respuestas de **INVÍAS** a solicitudes de aclaración:

"OBSERVACIÓN 3

(...)

2. El plazo de 12 meses asignado para la ejecución del contrato, nos parece claramente insuficiente, especialmente teniendo en cuenta que 3 de los 12 meses estarán dedicados a labores de preconstrucción.

Por otro lado, la escasa sección del túnel piloto dificulta los movimientos de la maquinaria y no permite la realización de actividades simultáneas y el acceso por las galerías no está garantizado, debido a las interferencias con el contratista del túnel principal, al que incluso es preciso permitirle el acceso al túnel piloto cuando lo requiera.

Solicitud formal

¹⁰¹ Archivo "08_RESPUESTAS OBSERVACIONES 2" del CD del folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

(...)

2. *La ampliación del plazo establecido para la ejecución del contrato, en al menos 10 meses más, hasta un total de 22 meses.*

(...)

INVÍAS RESPONDE:

(...)

2. *El INVÍAS ha contemplado la ejecución en múltiples frentes de trabajo de forma continua por lo que no considera ampliar el plazo, excepto para el caso en que las condiciones de ejecución de la obra así lo exijan, lo cual será evaluado en su oportunidad.*

(...)

OBSERVACIÓN 4

(...)

Para lograr la ejecución de la obra en el plazo propuesto, consideramos que se debe implementar una cantidad superior a 6 frentes de trabajo simultáneos, en turnos "7x24" los 30 días del mes. Para ello se debe contar con múltiples accesos por ambos portales y por las galerías existentes de comunicación con el túnel principal. De manera respetuosa deseamos preguntar si INVÍAS garantiza que se pueda contar con dichos accesos continuamente, teniendo en cuenta que muy posiblemente se contará con la presencia de otros contratistas, tanto para la terminación de la excavación del túnel principal, como para su respectivo revestimiento.

(...)

INVÍAS RESPONDE:

(...)

5. Los accesos a los frentes de obra se revisarán según los planes de trabajo presentados por el futuro contratista y la entidad realizará las actividades de coordinación con otros contratistas, y se evaluará cada actividad al momento de su desarrollo en obra.

(...)

OBSERVACIÓN 7

(...)

3. Tránsito de Obra – Recorridos: Respecto del acceso a la obra mediante Túnel Principal ¿Cómo se va a manejar este tema? ¿Qué disponibilidad se tiene con respecto al tránsito por el túnel principal?

(...)

INVÍAS RESPONDE:

(...)

3. Los accesos a los frentes de obra se revisarán según los planes de trabajo presentados por el futuro contratista y la entidad realizará las actividades de coordinación con otros contratistas, y se evaluará cada actividad al momento de su desarrollo en obra.

(...)

OBSERVACIÓN 10

(...)

3. Entendemos que es posible abrir tantos frentes de trabajo como sean requeridos para poder dar cumplimiento al plazo, sin que exista restricción de acceso por el túnel principal. Le solicitamos a la entidad confirmar nuestro entendimiento.

(...)

INVÍAS RESPONDE:

(...)

3. Los accesos a los frentes de obra se revisarán según los planes de trabajo presentados por el futuro contratista y la entidad realizará las actividades de coordinación con otros contratistas, y se evaluará cada actividad al momento de su desarrollo en obra”.

Las determinaciones transcritas del Pliego de Condiciones, de la Matriz de Riesgos y de las respuestas brindadas por la Entidad Estatal Contratante a los interesados que formularon observaciones o elevaron solicitudes acerca del aludido Pliego de Condiciones, de conformidad con la línea jurisprudencial del Consejo de Estado que se ha dejado expuesta según la cual la naturaleza de los Pliegos de Condiciones es mixta y habida consideración de que el correspondiente procedimiento administrativo de Licitación Pública LP-DO-GTL-070-2014 culminó con su adjudicación y ello dio lugar a la celebración del Contrato de Obra No. 1883 de 2014, son determinaciones que se tienen entonces como incorporadas al mencionado Contrato Estatal y, por tanto, las mismas serán consideradas como estipulaciones contractuales.

Empieza el Tribunal por manifestar que acoge la clara diferenciación a la que reiteradamente hace referencia la Entidad Convocada en sus actuaciones procesales, en el sentido de distinguir entre el concepto de ACCESOS y el concepto de FRENTES DE OBRA, en el entendido de que -tal como lo explica el dictamen pericial de Parte rendido por el Ingeniero **Eduardo Oliverio Martínez Merchán-**, el primero de dichos conceptos "*se refiere a puntos de entrada al sitio de la obra*", al paso que el segundo comprende "*Grupos de Trabajo para desarrollo de actividades*".

No obstante lo anterior y sobre la base de admitir la diferenciación señalada, para el Tribunal también resulta claro que dentro del específico contexto de la ejecución del Contrato de Obra que se viene examinando y dada la compleja logística requerida para la construcción de las obras

correspondientes, no resulta posible desligar o desvincular por completo los conceptos referidos, comoquiera que la disponibilidad o no de los ACCESOS o la cantidad de los mismos naturalmente está llamada a incidir en el mayor o menor número de FRENTE DE TRABAJO que podían ingresar al Túnel Piloto a desarrollar simultáneamente sus diversas actividades, al igual que surge una estrecha e inescindible relación entre dichos conceptos y el mayor o menor PLAZO requerido para la ejecución de la totalidad de las obras contratadas.

Al respecto se añade que el Tribunal no desconoce que a partir de la diferenciación expuesta resulta perfectamente posible entender que a través de un solo y único ACCESO pueden ingresar al Túnel varios FRENTE DE TRABAJO con destino a diversos puntos del sitio de las obras, para que cada uno de ellos realice sus respectivas labores dando lugar a una ejecución simultánea entre tales FRENTE DE TRABAJO; sin embargo también se impone señalar que esa presentación teórica no consulta adecuadamente la realidad que caracterizó la ejecución del Contrato de Obra en estudio, comoquiera que por tratarse de un 'Túnel de Rescate', tal como fue concebido el denominado Túnel Piloto según lo reflejan las precisiones que al respecto obran en el expediente, con una sección o diámetro total de cuatro (4) metros, resultan limitados de manera notoria y ostensible el tránsito y la movilidad de personas, de materiales, de maquinaria y de equipos a lo largo del mismo, aspecto que explica y justifica para este caso tanto la importancia como la necesidad de contar con un mayor número de ACCESOS efectivamente disponibles para que a través de los mismos pudieran ingresar o salir los respectivos FRENTE DE TRABAJO sin que por esas actividades resultaren afectadas las labores que podían estar cumpliendo otros FRENTE DE TRABAJO dentro de la misma obra.

El dictamen pericial técnico aportado por INVÍAS¹⁰² da cuenta de la escasa sección del túnel piloto, que permitía el tránsito tan solo de vehículos pequeños:

"Como parte de los estudios técnicos previos a la contratación, e inicio de la construcción del Túnel Principal, se decidió la construcción de un túnel piloto exploratorio, sin acabados, ni revestimiento, con el fin de conocer datos físicos de la cordillera en la zona de travesía de esta obra, necesarios para el diseño del túnel principal. Este túnel se construyó entre el 2005 y el 2008 y consistió en un túnel de diámetro de 4 metros, que una vez finalizado por el constructor quedó para mantenimiento a cargo del INVÍAS. Dicho túnel por ser de exploración no fue revestido y se convirtió en un acceso a la obra una vez se inició la ejecución del túnel principal en 2009.

El túnel piloto fue concluido en Agosto de 2008, mediante el método convencional de perforación y voladura, en el sector comprendido entre Bermellón (Tolima) y Galicia (Quindío), con un área de excavación cercana a los 20 m², sección interna en forma de herradura modificada con diámetro de 4 m y una cobertura máxima de 850 m; localizado a una altura promedio sobre el nivel del mar de 2.500 m con una pendiente de 0,96% descendiendo hacia el Quindío"¹⁰³.

El mismo perito describió la visita técnica a la obra realizada por él en compañía de ingenieros de INVÍAS y la interventoría el 23 de agosto de 2018, de la cual anotó:

¹⁰² Cuaderno Dictamen "DESARROLLO DEL CONTRATO No. 1883 DE 2014 PARA TERMINACIÓN DEL TÚNEL PILOTO – TÚNEL DE RESCATE DEL PROYECTO "CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL" EN LOS DEPARTAMENTOS DE QUINDÍO Y TOLIMA" aportado por INVÍAS, folio 10.

¹⁰³ *Estudios y diseños definitivos a Fase III de las obras civiles del túnel piloto de la línea, para su adecuación como túnel de rescate – Fundación Universidad del Valle.*

"Se observa el Portal Galicia, acceso desde el Quindío y se efectúa un recorrido a pie por el Túnel de Rescate hasta la primera Galería para observar el alcance físico de la obra. Se anota que además de la circulación a pie podrían circular vehículos pequeños. Esta pavimentado en rígido y recubierto con concreto, por este túnel se colocaran las instalaciones electromecánicas, para este efecto se espera concluir las adecuaciones de las galerías para que puedan circular los equipos a instalar"¹⁰⁴.

Las fotografías que hicieron parte de la declaración del testigo Juan Pablo Buriticá Palacio¹⁰⁵ evidencian la estrechez del túnel para permitir la movilidad de maquinaria, especialmente cuando se usaba la formaleta. Así lo dijo en audiencia del 3 de octubre de 2018¹⁰⁶:

"DR. BENAVIDES: En ese tema también del concreto lanzado, aquí ya vino el director regional de INVÍAS y le dio una explicación al Tribunal sobre el famoso tema de las formaletas, las hechizas, entre comillas, y unas formaletas definitivas, desde la óptica del contratista usted le puede explicar al Tribunal qué fue lo que pasó frente a ese tema con las formaletas?"

SR. BURITICÁ: Lo que pasa es que las formaletas es un equipo que cuando uno lo mete dentro de un túnel y para aquellos que han ido a un túnel en construcción, tiene una connotación muy especial una formaleta y es que cuando uno ensambla la formaleta dentro del túnel ésta viene apoyada sobre unos carros, eso viene sobre un carrito aquí esta es la formaleta y el propósito de este carrito es trasladar la formaleta dentro del túnel.

En un túnel grande estas formaletas permiten el tránsito de un carro aquí adentro, pero en un túnel del tamaño del túnel piloto el problema de esas formaletas o no el problema, es que el espacio no lo permite, el túnel es tan estrecho que cuando se instala la formaleta y aquí tiene

¹⁰⁴ Cuaderno Dictamen "DESARROLLO DEL CONTRATO No. 1883 DE 2014 PARA TERMINACIÓN DEL TÚNEL PILOTO – TÚNEL DE RESCATE DEL PROYECTO "CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL" EN LOS DEPARTAMENTOS DE QUINDÍO Y TOLIMA" aportado por INVÍAS, folio 20.

¹⁰⁵ Folios 519 y ss. del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹⁰⁶ Archivo "Conlínea 3 de octubre RR" del CD del folio 593 del Cuaderno de Pruebas No. 1, página 81.

todo su sistemas y aquí tiene el carrito y todo eso, aquí no pasa nada, o sea no hay forma de transitar.

Entonces una formaleta dentro de un túnel pequeño es de por sí ya una restricción total de acceso hacia una zona más adelante, lo que el INVÍAS pretendía era que nosotros después de que nosotros metiéramos la formaleta acá ellos nos decían y usted por qué no abre un...

DR. RODRÍGUEZ: Perdón. Cuando señala, por favor puede decir...

SR. BURITICÁ: Cuando nosotros ingresamos las dos formaletas una por acá por el Quindío y otra por el Tolima, el INVÍAS lo que pretendía era que nosotros abriéramos frentes internos y nosotros lo que le explicábamos al INVÍAS era, y que al final después se comprobó, se verificó era que después de que yo instalo la formaleta y la comience a mover y la tenga instalada ya no hay acceso dentro del túnel, ya queda completamente restringido el acceso, entonces ese es el tema con la formaleta”.

El mismo testigo declaró en audiencia del 7 de noviembre de 2018¹⁰⁷:

“DR. ESTRADA: Pero digamos la pregunta concreta es esa ingeniero, con dos accesos Tolima y Quindío era posible generar más de dos frentes de trabajo?

SR. BURITICÁ: Pero no completos, porque el problema y se lo explico con estas fotografías, cuando uno ingresa la formaleta para hacer el revestimiento, esta es la formaleta, es imposible después de que usted ya tiene instalada la formaleta transitar hacia adentro en el túnel, ni llevar otra formaleta más adentro, entonces lo que uno sí puede hacer es instalar pernos, hacer algunas excavaciones con otros equipos que puede tener más adentro dentro del túnel, pero no puede tener más juegos de esta formaleta, entonces la actividad crítica que es el revestimiento no la puede hacer.

DR. ESTRADA: Y si se hubiera arrancado del centro del túnel hacia los extremos, hacia las salidas?

¹⁰⁷ Archivo “Conlínea 7 de nov RR” del CD del folio 593 del Cuaderno de Pruebas No. 1, páginas 20 y 21.

SR. BURITICÁ: Si se hubiera arrancado del centro del túnel hacia afuera...

DR. ESTRADA: Porque el túnel ya estaba construido, ya estaba terminado el túnel.

SR. BURITICÁ: La excavación, sí, pero hacía falta todo el tratamiento de las fallas, que el tratamiento de las fallas es esta situación, es el túnel medio cerrado y lo teníamos que reperfilear, reperfilear, volverle a poner todos los arcos y esa es una operación que de acuerdo al diseño que se definió con el INVÍAS era un procedimiento completamente lento”.

El trabajo fue previsto desde los extremos del túnel hacia el centro, aunque se solicitó al contratista continuar tratamientos en las zonas de falla, según se anotó en el Acta de Comité de Obra No. 23 del 23 de septiembre de 2015¹⁰⁸: “El INVÍAS y la interventoría solicita (sic) al Contratista que a pesar que se estén (sic) previsto los trabajos del extremo hacia el centro, continúen los tratamientos en las zonas de falla del túnel”. El testigo Alfonso Mesa Patiño¹⁰⁹ declaró en este mismo sentido:

“SR. MEZA: Pues eso lo que en su momento en los comités y en los comités que se desarrollaron en Bogotá, en la planta central presentado por el contratista para poder digamos acelerar el tema de la utilización de las formaletas y poder generar más facturación por el tema del concreto, en su momento se autorizó eso, pero valga la anotación, nuevamente, sin descuidar la zona central del túnel, si yo voy a trabajar en las dos puntas, pues claro, tengo que trabajar también en el centro con algunos equipos y con algún personal.

DR. ESTRADA: O sea, se les permitió trabajar de afuera hacia adentro pero siempre y cuando cumplieran con los frentes de obra?

SR. MEZA: Claro, trabajando el centro también”.

¹⁰⁸ Archivo “73. Acta de Comité de Obra 23” de la carpeta Anexos Peritaje Técnico del CD del folio 63 del Cuaderno “INFORME PERICIAL TÉCNICO DE PARTE” rendido por Federico Restrepo Posada.

¹⁰⁹ Archivo “Conlínea 3 de octubre RR” del CD del folio 593 del Cuaderno de Pruebas No. 1, página 16.

Desde las sesiones de aclaraciones al pliego, los candidatos manifestaron, dentro de sus observaciones, las dificultades de movilidad que ofrecía el tamaño del túnel. Dice la OBSERVACIÓN 3 al pliego de condiciones, citada previamente:

“OBSERVACIÓN 3

(...)

Por otro lado, la escasa sección del túnel piloto dificulta los movimientos de la maquinaria y no permite la realización de actividades simultáneas y el acceso por las galerías no está garantizado, debido a las interferencias con el contratista del túnel principal, al que incluso es preciso permitirle el acceso al túnel piloto cuando lo requiera”.

Las observaciones de los candidatos también son indicadores de la estrecha relación entre la disponibilidad de accesos y la posibilidad de abrir frentes de trabajo, cuestión que no contradicen las respuestas dadas en su momento por INVÍAS. Se lee en algunas de las observaciones, también ya citadas:

“OBSERVACIÓN 4

(...)

Para lograr la ejecución de la obra en el plazo propuesto, consideramos que se debe implementar una cantidad superior a 6 frentes de trabajo simultáneos, en turnos “7x24” los 30 días del mes. Para ello se debe contar con múltiples accesos por ambos portales y por las galerías existentes de comunicación con el túnel principal. (...).”

INVÍAS RESPONDE:

(...)

5. Los accesos a los frentes de obra se revisarán según los planes de trabajo presentados por el futuro contratista y la entidad realizará las actividades de coordinación con otros contratistas, y se evaluará cada actividad al momento de su desarrollo en obra.

(...)

OBSERVACIÓN 10

(...)

3. Entendemos que es posible abrir tantos frentes de trabajo como sean requeridos para poder dar cumplimiento al plazo, sin que exista restricción de acceso por el túnel principal. Le solicitamos a la entidad confirmar nuestro entendimiento.

(...)

INVÍAS RESPONDE:

(...)

3. Los accesos a los frentes de obra se revisarán según los planes de trabajo presentados por el futuro contratista y la entidad realizará las actividades de coordinación con otros contratistas, y se evaluará cada actividad al momento de su desarrollo en obra”.

Lo anterior coincide con el concepto dado en el dictamen técnico aportado por la Convocante, según el cual:

“La no utilización del Túnel Principal impedía acceder al Túnel Piloto por las galerías que se tenían previstas en el programa de obra, lo que sólo permitiría desarrollar 2 frentes de trabajo a través de sendos portales del Túnel Piloto.

Este aspecto fue trascendental en la marcha de la obra, pues el acceso por cada portal permite trabajar en un único frente de obra, toda vez que la limitada dimensión de un túnel de 4 m de diámetro impide llevar a cabo trabajos de distinta naturaleza a la vez, pues sólo pueden

*transitar y/o ocupar el espacio del túnel recursos de una sola actividad en el tiempo productivo*¹¹⁰.

Según consta en la comunicación CC3-INT-048 del 7 de abril de 2015¹¹¹, enviada por la directora de obra del Consorcio Conlínea 3 al director de interventoría, el no contar con accesos por las galerías del túnel principal implicó modificar el programa de trabajo, teniendo en cuenta que se podrían abrir solo dos frentes de obra:

"Atendiendo la instrucción dada por el Director General del INVÍAS, Dr. Carlos García, con relación a la ejecución de las obras de terminación del Túnel Piloto accediendo al túnel únicamente por los dos portales y sin hacer uso del Túnel Principal; el Consorcio Conlínea 3, remite de manera oficial el programa de obra ajustado para su revisión. El documento adjunto se ha elaborado bajo la premisa de la ejecución de las obras únicamente con dos frentes de trabajo simultáneos y no seis como se había planteado en la propuesta presentada al INVÍAS en la etapa de licitación".

El Tribunal observa que, contrario a lo anterior, en el dictamen técnico presentado por INVÍAS el perito afirmó *"En una obra lineal ya construida, se puede trabajar de manera secuencial estableciendo varios frentes de actividad, utilizando los procedimientos, equipos, materiales y personal, que se adecuen a este compromiso de acción para cumplir un plazo (...) El trabajo en secuencia lineal no necesariamente requiere de múltiples accesos menos en un túnel ya construido. (...) Un cronograma con solo dos accesos en esta clase de obra no implica trabajar en solo dos frentes de trabajo, se pueden establecer secuencialmente varios con los mismos dos accesos"*¹¹².

¹¹⁰ Folio 42 del Cuaderno "INFORME PERICIAL TÉCNICO DE PARTE" rendido por Federico Restrepo Posada.

¹¹¹ Archivo "26. CC3-INT-048-15" de la carpeta Anexos Peritaje Técnico del CD del folio 63 del Cuaderno "INFORME PERICIAL TÉCNICO DE PARTE" rendido por Federico Restrepo Posada.

¹¹² Cuaderno Dictamen "DESARROLLO DEL CONTRATO No. 1883 DE 2014 PARA TERMINACIÓN DEL TÚNEL PILOTO – TÚNEL DE RESCATE DEL PROYECTO "CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL" EN LOS DEPARTAMENTOS DE QUINDÍO Y TOLIMA" aportado por INVÍAS, folios 52 y 53.

Sin embargo, el Tribunal encuentra carente de sustentación la afirmación del perito, como quiera que simplemente afirma que se pueden crear varios frentes sin ofrecer respaldo a su dicho con elementos propios de la ciencia en la cual es experto, exigidos en este caso, especialmente cuando los demás elementos de prueba citados antes conducen a la conclusión contraria.

Ahora bien, una vez efectuado el estudio integrado y sistemático de las estipulaciones contractuales ya mencionadas que en el presente caso se han ocupado de regular entre las Partes el controversial asunto de los Accesos al sitio de las obras, el Tribunal arriba a la conclusión de que era responsabilidad del **INVÍAS** coordinar y, más claro todavía, facilitar el acceso del Contratista al Túnel Piloto -sitio donde debían ejecutarse las obras contratadas-, tanto por los portales del mismo -ubicados uno en Tolima y otro en Quindío-, como por las galerías que lo comunican con el Túnel Principal.

Múltiples son las razones que sirven de sustento y apoyo a la conclusión que se acaba de exponer, tal como pasa a desarrollarse:

- **En primer lugar**, para el Tribunal resulta perfectamente claro que mediante la respuesta que el **INVÍAS** brindó a las ya transcritas "OBSERVACIÓN No. 4" y "OBSERVACIÓN No. 10", la Entidad Estatal Contratante despejó toda duda que hubiera podido existir acerca de la obligación contractual que asumió en el sentido de realizar directamente la "*coordinación con otros contratistas*", en el entendido de que los accesos a los frentes de obra serían revisados según los planes de trabajo que presentare el Contratista.

La trascendencia que para el presente asunto revisten tanto las preguntas u observaciones que fueron formuladas, como las respuestas concretas que les brindó la Entidad Estatal Contratante aconsejan volver a efectuar su transcripción:

"OBSERVACIÓN 10

(...)

3. Entendemos que es posible abrir tantos frentes de trabajo como sean requeridos para poder dar cumplimiento al plazo, **sin que exista restricción de acceso por el túnel principal**. Le solicitamos a la entidad confirmar nuestro entendimiento.

(...)

INVÍAS RESPONDE:

(...)

3. Los accesos a los frentes de obra se revisarán según los planes de trabajo presentados por el futuro contratista y **la entidad realizará las actividades de coordinación con otros contratistas**, y se evaluará cada actividad al momento de su desarrollo en obra".

OBSERVACIÓN 4

(...)

Para lograr la ejecución de la obra en el plazo propuesto, consideramos que se debe implementar una cantidad superior a 6 frentes de trabajo simultáneos, en turnos "7x24" los 30 días del mes. **Para ello se debe contar con múltiples accesos por ambos portales y por las galerías existentes de comunicación con el túnel principal. De manera respetuosa deseamos preguntar si INVÍAS garantiza que se pueda contar con dichos accesos continuamente, teniendo en cuenta que muy posiblemente se contará con la presencia de otros contratistas**, tanto para la

terminación de la excavación del túnel principal, como para su respectivo revestimiento.

(...)

INVÍAS RESPONDE:

(...)

*5. Los accesos a los frentes de obra se revisarán según los planes de trabajo presentados por el futuro contratista y **la entidad realizará las actividades de coordinación con otros contratistas**, y se evaluará cada actividad al momento de su desarrollo en obra.*

Tal como se desprende de los textos anteriores, después de que los interesados hicieron referencia a la necesidad de contar con diversos frentes de trabajo activos para poder ejecutar la totalidad de las obras contratadas dentro del plazo disponible y definido para su ejecución, también es claro que en relación con ese marco y en directa alusión a los accesos a los sitios de las obras, se preguntó concretamente si era correcto entender que tales frentes de trabajo podrían hacer su ingreso **"... sin que exista restricción de acceso por el túnel principal ..."** y **"... si INVÍAS garantiza que se pueda contar con dichos accesos continuamente ..."**, interrogantes acerca de los cuales la hoy Convocada respondió de manera reiterada, uniforme y asertiva, que **"... la entidad realizará las actividades de coordinación con otros contratistas ..."**, respuesta que a juicio del Tribunal y examinada en el contexto que se deja transcrito, transmitió sin ambages una postura claramente positiva o favorable de la Entidad a las dudas que le fueron planteadas.

Dicho de otra manera, el examen de los específicos elementos de prueba que se dejan mencionados permite tener por establecido que la Entidad Estatal brindó una misma respuesta para absolver **i)** la pregunta que se

le formuló para saber si era correcto el entendimiento que se tenía y/o que se planteaba en el sentido de que no existiría "restricción de acceso por el túnel principal", y **ii)** la pregunta que, en clara referencia a los "accesos por ambos portales y por las galerías existentes de comunicación con el túnel principal", se le formuló para establecer "si INVÍAS garantiza que se pueda contar con dichos accesos continuamente", preguntas frente a las cuales, como se ha indicado, la hoy Convocada respondió que "**la entidad realizará las actividades de coordinación con otros contratistas**", respuesta que para el Tribunal resulta clara y de cuyos contenido y sentido se desprende sin dificultad que la propia Entidad Contratante asumió la obligación de garantizar, sin restricciones y de manera continua, los accesos al Túnel Piloto tanto por sus dos (2) portales, como por las galerías existentes que lo comunican con el Túnel Principal.

- **En segundo lugar,** porque en criterio del Tribunal las respuestas que se dejan transcritas en nada coliden con el texto del ya referido numeral "3.8.2. VÍAS DE ACCESO Y OTRAS OBRAS PROVISIONALES" del mismo Pliego de Condiciones, en cuyo contenido si bien es cierto que se encuentran definidas algunas obligaciones que desde ese entonces se estableció que "**serán a cargo del constructor**", como las de construcción, mejoramiento y conservación de las obras provisionales o temporales que no forman parte integrante del proyecto, tales como: vías provisionales, vías de acceso y vías internas de explotación a las fuentes de materiales así como las obras necesarias para la recuperación morfológica cuando se haya explotado por el constructor a través de las autorizaciones temporales", no es menos cierto que tal estipulación contractual no incluyó obligación o prestación alguna "a cargo del constructor" relacionada con la gestión, coordinación o posibilidad de ingresar al sitio de las obras en el Túnel Piloto, bien por sus portales Tolima y Quindío, o bien por las galerías que lo comunican con el Túnel Principal.

Desde esa perspectiva resulta claro que las destacadas y anteriormente transcritas respuestas que el **INVÍAS** brindó a las observaciones 4 y 10 permiten ilustrar y/o complementar lo dispuesto en el citado numeral 3.8.2 del Pliego de Condiciones, de tal manera que resulta posible entender de manera armónica, sistemática y razonable ambas previsiones del Pliego de Condiciones, en el sentido de que sin perjuicio de aquello que se convino acerca de la ejecución de ciertas obras y obligaciones que **"serán a cargo del constructor"** en materia de "VÍAS DE ACCESO Y OBRAS PROVISIONALES", también se estableció contractualmente que en relación con los ACCESOS al Túnel Piloto tanto por los Portales como por las galerías que lo comunican con el Túnel Principal **"... la entidad realizará las actividades de coordinación con otros contratistas ..."**.

A lo anterior se impone agregar que la cabal y correcta comprensión del propio numeral "3.8.2. VÍAS DE ACCESO Y OBRAS PROVISIONALES" del Pliego de Condiciones enseña que no resulta acertado afirmar que a través de su contenido se hubiere pactado que todas las actividades y las obligaciones que se mencionan, se enuncian y/o se regulan a lo largo del mismo **"serán a cargo del constructor"**, porque dentro de ese mismo numeral se hace clara y directa alusión a obligaciones que serían asumidas directamente por la Entidad Contratante, y no por el "constructor", como por ejemplo cuando se determina que *"En el caso de interferir redes de servicios públicos, estos costos serán reconocidos mediante aprobación de precios no previstos, incluidos en las correspondientes Actas de Obra aprobadas por el Interventor"*.

Así mismo, del texto en examen se desprende como obligación a cargo de la Entidad Contratante la de brindarle, permitirle y entregarle al Contratista las zonas previstas para la ejecución de las obras, en cuanto se dispone:

"El proponente dispondrá de las zonas previstas para ejecutar la obra y la obtención de lotes o zonas necesarias para construir sus instalaciones, las cuales estarán bajo su responsabilidad".

En ese misma dirección se impone destacar que si en realidad acerca de todas las obligaciones correspondientes a "VÍAS DE ACCESO Y OTRAS OBRAS PROVISIONALES" se hubiere definido que "**serán a cargo del constructor**", habría carecido de significado y de efectos jurídicos el párrafo final de dicho numeral 3.8.2 del Pliego de Condiciones, segmento convencional mediante el cual se determinó que era obligación del Contratista "... dejar las zonas en el mismo estado de limpieza y orden en que las encontró ...", lo cual conlleva, de suyo, que esas zonas no eran entonces de propiedad de dicho Contratista y que, además, la obligación de reintegrarlas en el estado en que las encontró alude directamente al estado en el que le fueron entregadas o en el estado en el que se le autorizó, se le permitió o se le facilitó su ingreso a las mismas, y comoquiera que acerca de la entrega, la autorización o la facilidad que debía recibir el "constructor" para hacer uso de esas zonas nada se dijo acerca del sujeto que debía impartirlas, naturalmente debe entenderse que ello debería provenir de su respectivo co-contratante quien por ello mismo se erige en el acreedor de esa obligación, todo en atención al principio de relatividad de los Contratos.

- **En tercer lugar,** porque la Matriz de Riesgos incluida de manera expresa en el Apéndice G del Pliego de Condiciones, al describir y tipificar el riesgo relacionado con "ACCESO A LOS FRENTES DE OBRA", de una parte dispuso que "*El contratista tiene disponible acceso por frente Tolima y Quindío*", con lo cual precisó que esos accesos estarían a disposición del Contratista.

De otra parte, porque la misma estipulación de la Matriz de Riesgos y en relación específica con los accesos por las galerías que comunican al

Túnel Piloto con el Túnel Principal, definió que el Contratista "... *debe coordinar eventual acceso por galerías según disponibilidad en el túnel principal ...*", sin embargo nada precisó acerca de su alcance para efectos de establecer ante quién y/o con quién debía hacer el Contratista esa coordinación, lo cual permite inferir que tal "coordinación" debía cumplirla ante la propia Entidad Contratante, la cual, a su vez y como ya se destacó, dejó claramente establecido que **"la entidad realizará las actividades de coordinación con otros contratistas"**.

En cualquier caso, ante la hipótesis de que se pudiese advertir alguna contradicción y/o incompatibilidad -que para el Tribunal no existe- entre la definición genérica que hizo inicialmente el Pliego de Condiciones al determinar que el Contratista "... *debe coordinar eventual acceso por galerías según disponibilidad en el túnel principal ...*", y las respuestas específicas que brindó la Convocada a las preguntas y/o solicitudes de aclaración formuladas por algunos interesados, respuestas que por igual forman parte del mismo Pliego de Condiciones, a propósito de las cuales señaló que **"la entidad realizará las actividades de coordinación con otros contratistas"**, para el Tribunal resulta claro que esta última, por su carácter especial, está llamada a prevalecer sobre aquella.

- **En cuarto lugar**, porque el comentado riesgo de "ACCESO A LOS FRENTES DE OBRA", tipificado y descrito dentro de la Matriz de Riesgos según los términos yaseñalados, fue asignado por la propia Entidad Estatal Contratante en su CIENTO POR CIENTO (100%) al propio **INVIAS**, por manera que no tiene cabida poner en duda que era a esa misma Entidad a la que le correspondía principalmente adelantar las labores y cumplir las prestaciones necesarias para evitar su configuración o mitigar sus efectos, puesto que de llegar a presentarse el siniestro -tal como finalmente se presentó en este caso concreto-, la llamada a responder por dicho riesgo es la mencionada Entidad Estatal a la que le fue asignada la totalidad del mismo.

En este punto se estima pertinente comentar a título puramente ilustrativo, que la asignación del riesgo de "ACCESO A LOS FRENTES DE OBRA" que en este caso concreto hizo el **INVÍAS** a través de su Matriz de Riesgos resulta perfectamente razonable y lógica porque esa distribución consulta la regla general que rige la mejor forma de asignar los riesgos, consistente en hacer la atribución de cada uno "a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlo", directriz que fue elevada a norma positiva en el ordenamiento colombiano mediante la consagración del inciso tercero (3º) del artículo 4 de la Ley 1508 dictada en el año 2012 cuyo contenido, bueno es advertirlo, no es directamente aplicable al presente litigio comoquiera que la misma corresponde a la norma "Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones".

En todo caso y al margen por completo de la aplicación del aludido artículo 4 de la Ley 1508 al presente caso, resulta evidente que el **INVÍAS** (además de que era la Parte del Contrato de Obra 1883 de 2014 que estaba en mejor condición de administrar el riesgo relativo al "ACCESO A LOS FRENTES DE OBRA"), es la 'propietaria' y, por tanto, la Contratante tanto de las obras contratadas en relación con el Túnel Piloto, como de las obras de construcción y revestimiento del Túnel Principal, lo cual pone de manifiesto que frente a los Contratos Estatales de Obra celebrados en cada caso, al **INVÍAS** le correspondía ejercer las importantes facultades, que a la vez le comportan muy significativos deberes y responsabilidades, consagrados en el numeral 1 del artículo 14 de la Ley 80 expedida en el año de 1993, según el cual "Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato".

Acerca del referido Contrato de Obra del Túnel Principal de la Línea, la propia Entidad Estatal Contratante hizo referencia en diversas ocasiones tanto en su Contestación a la Demanda dentro del presente proceso arbitral, como a través de varias de las respuestas que brindó a las preguntas o solicitudes formuladas frente al Pliego de Condiciones que dio lugar a la formación del Contrato de Obra No. 1883 de 2014. Además dicho Contrato de Obra del Túnel Principal se encuentra publicado formal y oficialmente en el Sistema Electrónico de Contratación Pública II - SECOP II-, junto con todas las actuaciones que le sirven de soporte y que lo integran, sistema de información que es de pública consulta.

- **En quinto lugar**, porque la construcción de las obras relativas al Túnel Principal de la Línea, al igual que todas las actividades relacionadas con las mismas, de ninguna manera podrían considerarse ajenas a la Entidad Estatal Convocada y mal podía ella desentenderse de sus responsabilidades o pretender la exoneración de su cumplimiento tratando de hacer aparecer al Contratista de ese otro Contrato del Túnel Principal como si frente a dicha Entidad Estatal fuese un tercero (3º) de cuya única voluntad podía depender que autorizara, o no, el acceso al Túnel Piloto, tanto por las vías que pudieren ser compartidas o comunes para acceder a los portales del Túnel Piloto, como por las galerías que lo comunican o conectan con el Túnel Principal.

En este punto se impone reiterar que el mismo **INVÍAS** es el propietario tanto de las obras del Túnel Piloto como de las obras del Túnel Principal y en esa condición también ocupa la posición de Entidad Estatal Contratante respecto de las obras correspondientes a ambos Túneles, de lo cual se sigue que ambos Contratistas se encuentran en situación de subordinación jurídica ante esa misma y única Entidad Estatal, en los términos definidos por la ley, cada uno de ellos obviamente en el marco de sus respectivas obligaciones pero igual cada uno obligado a acatar y a respetar las facultades de DIRECCIÓN GENERAL, CONTROL y VIGILANCIA que el citado artículo 14-1 de la Ley 80 le atribuye a esa

Entidad Contratante respecto de cada uno de tales Contratos Estatales de Obra.

Amén de que en el presente caso ambos Contratistas se encontraban directamente vinculados y subordinados contractualmente con la misma y única Entidad Estatal y, por tanto, en cuanto a ella le correspondía la facultad-deber de ejercer la Dirección General, así como el Control y la Vigilancia de cada uno de dichos Contratos Estatales, resulta evidente, de una parte, que la "coordinación" entre dichos Contratistas para que pudiesen colaborar de manera mutua y recíproca en la ejecución y la construcción de las obras asignadas a cada uno de ellos, no requería más que de las precisas y claras instrucciones que la referida Entidad Estatal estaba en la capacidad y en el deber de impartirle a cada uno de ellos acerca de la forma en que debía adelantar la ejecución de su respectivo Contrato, instrucciones que obviamente cada Contratista estaba en el deber de atender.

Téngase presente, a título puramente ilustrativo, que incluso si por razón de las actuaciones u omisiones de uno de los Contratistas de la Entidad Estatal eventualmente se pudieren ocasionar daños y perjuicios a otro Contratista de la misma Entidad Estatal, ésta no podría exonerarse de su responsabilidad alegando que el causante de tales hechos u omisiones habría sido un tercero (3º), porque en la medida en que ese otro Contratista lo es también de la misma Entidad Estatal, será esta la llamada a responder por las actuaciones o las omisiones causantes de los daños respectivos, comoquiera que la responsabilidad de la Entidad Estatal no puede desligarse de los daños ocasionados por las actuaciones u omisiones de alguno de sus Contratistas, independientemente de que aquella pudiere imponer sanciones a su Contratista y/o repetirle el pago de tales daños, según corresponda en cada caso.

Al respecto resulta pertinente traer a colación los pronunciamientos que ha realizado el Honorable Consejo de Estado, los cuales si bien debe

advertirse que han tenido origen en asuntos propios de responsabilidad extracontractual y en ello difieren por completo de las controversias contractuales que aquí se debaten, analizan y deciden, lo cierto es que sirven para ilustrar la manera en que la Jurisprudencia ha destacado cómo la responsabilidad patrimonial de las Entidades Estatales Contratantes se ve directamente comprometida por las actuaciones de sus respectivos Contratistas, sin que a aquellas les resulte admisible desligarse de la misma.

Así lo refleja la Sentencia de junio 7 de 2007, radicación No. 76001-23-31-000-1995-02796-01, expediente No. 16089, cuyo contenido resulta coincidente con una gran cantidad de pronunciamientos jurisprudenciales sobre esa materia, de entre los cuales bien pueden consultarse, entre otros, el Auto del 25 de junio de 1997, expediente No. 10.504; la Sentencia fechada en noviembre 28 de 2002, radicación No. 17001-23-31-000-1993-09051-01, expediente No. 14397; el fallo de febrero 24 de 2016, radicación No. 05001-23-31-000-1996-02059-01, expediente No. 24537.

“2.2.2. La incidencia, en cuanto al régimen jurídico aplicable, de la realización de la actividad cuestionada por un contratista de la Administración.

“De tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala ha venido reiterando la posibilidad de imputar a las entidades estatales el daño causado por el hecho de sus contratistas, en el entendido de que la actividad realizada por éstos en ejecución de convenio celebrado con una entidad pública, debe ser analizada como si hubiere sido desplegada directamente por ésta a efectos de establecer si debe deducirse responsabilidad extracontractual al Estado.”

"En tal sentido, ya desde la sentencia proferida el 9 de octubre de 1985¹¹³, esta Corporación expresó:

".....

"Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, la más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del cocontratante de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular partícipe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario sino como un órgano más de la gestión estatal.

"En otros términos: El contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa. Hay aquí una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse que la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un

¹¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; sentencia de octubre nueve (9) de mil novecientos ochenta y cinco (1985); Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo; Referencia: Expediente N°. 4556; Actora: Gladys Mamby de Delgado.

funcionario o empleado público. No puede olvidarse que no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un servidor público, en principio, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta, a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de una persona vinculada a la administración, la que no es propiamente un mandatario o representante del Estado, sino órgano suyo, integrante en esta calidad de la estructura misma del ente estatal. Por tal motivo la conducta o actuación de dicha persona es la conducta o actuación del Estado mismo. (...)"¹¹⁴. "¹¹⁵.

Así pues, haciendo la transposición al presente caso concreto de naturaleza contractual, de aquellos pronunciamientos jurisprudenciales proferidos en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, según la jurisprudencia reiterada que se deja reseñada, cabe sostener entonces que para el CONSORCIO CONLINEA 3 las actividades que pudiere desplegar y/o que dejare de atender el Contratista encargado de las obras de construcción del Túnel Principal de la Línea, no era atribuibles a un tercero (3º) distinto de la "dueña de la obra" sino que todas esas actuaciones u omisiones debían tenerse como directamente ejecutadas y desarrolladas por la Entidad Estatal Contratante **INVÍAS**:
- "El contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa. Hay aquí

¹¹⁴ En similar dirección puede verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de trece (13) de febrero de dos mil tres (2003); Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 66001-23-31-000-1994-2605-01(12654); Actor: María Luciola Montenegro Calle y otros; Demandado: Municipio de Pereira.

¹¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia fechada en junio 7 de 2007. Radicación No. 76001-23-31-000-1995-02796-01; expediente No. 16089. Demandante: Diana Lucia Piedrahita y Otros; Demandado: Municipio de Santiago de Cali.

una ficción de orden legal”-, y ocurre que esa Entidad Estatal que directamente actuaba o dejaba de hacerlo en la ejecución de las obras del Túnel Principal era simultáneamente, a la vez, la misma Entidad Estatal Contratante que lo contrató a dicho Consorcio para que ejecutara las obras del Túnel Piloto.

Las pruebas recaudadas dan cuenta de las dificultades del Consorcio Conlínea 3 para tener acceso al túnel piloto, empezando por la necesidad de construir una vía de acceso en el portal Bermellón, en los términos acordados entre la Entidad Estatal Contratante y el Contratista que hoy funge como Convocante, vía cuyo costo le fue reconocido como obra adicional mediante la definición de los correspondientes precios, lo cual reafirma la evidencia de que efectivamente la Entidad Estatal Contratante no le cumplió al Consorcio Contratista la obligación de garantizarle el acceso, por ese portal, al Túnel Piloto. Lo anterior está acreditado con las siguientes pruebas:

- A través de carta del 26 de mayo de 2015¹¹⁶ el Consorcio entregó a la interventoría la “Propuesta Acceso Túnel Piloto Portal Bermellón”. El documento adjunto titulado “JUSTIFICACIÓN TÉCNICA PRECIOS NO PREVISTOS ACCESO VIAL PORTAL BERMELLÓN”¹¹⁷ menciona, en el capítulo “JUSTIFICACIÓN TÉCNICA ACCESO VIAL PORTAL BERMELLÓN”, lo siguiente:

“La construcción del acceso vial al túnel piloto en el portal Bermellón es una obra extra de orden prioritario en la ejecución de las actividades concernientes al contrato de obra No. 183 del año 2014 que tiene por objeto ‘TERMINACIÓN DEL TÚNEL PILOTO – TÚNEL DE RESCATE DEL PROYECTO CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL”, dado

¹¹⁶ Folios 249 y ss. del Cuaderno Principal 1.

¹¹⁷ Folio 251 y ss. del Cuaderno Principal 1.

que el mismo no tiene un acceso vehicular propio por el portal mencionado.

En la actualidad el acceso al túnel piloto, lo compone una variante del acceso vehicular al túnel principal II Centenario, dicha variante tiene entre otras las siguientes limitaciones:

i. Tiene dos curvas, cuyos radios generan inconvenientes para el desarrollo de la marcha de un vehículo.

ii. Es una variante del acceso vehicular del túnel II Centenario, proyecto actualmente (sic) construcción que tiene su propia programación, en la cual no se contempla el retraso que se pueda generar por el constante flujo vehicular desde y hacia el túnel piloto.

iii. El trazado actual no obedece a un diseño geométrico, en tal sentido no es una opción viable para quedar como trazado definitivo”.

- Consta en comunicación del 11 de julio de 2015 enviada por la interventoría al Consorcio Conlínea 3¹¹⁸ que la interventoría consideró procedente la solicitud del Contratista de construir una vía de acceso al túnel piloto por el portal Bermellón, pues no estaba siendo garantizado por INVÍAS de acuerdo con lo previsto en la matriz de riesgos. Dice la comunicación:

“Registramos el recibo de la comunicación del asunto, mediante la cual el Consorcio Conlínea 3 reitera la solicitud de la aprobación del APU para la construcción del acceso al Túnel Piloto por el portal Bermellón, sector del Tolima. Soporta dicha solicitud lo manifestado por el INVÍAS en el PLIEGO DE CONDICIONES, Capítulo 1, Numeral 1.11 – Riesgos Asociados al Contrato, que en la MATRIZ de RIESGOS, establece lo siguiente:

¹¹⁸ Archivo “37. INT-CCL3-075-2015” de la carpeta Anexos Peritaje Técnico del CD del folio 63 del Cuaderno “INFORME PERICIAL TÉCNICO DE PARTE” rendido por Federico Restrepo Posada.

'El Contratista tiene disponible acceso por frente Tolima y Quindío y debe coordinar eventual acceso por galerías según disponibilidad en el Túnel Principal, igualmente se debe permitir acceso al Túnel Principal de ser necesario'

Dado lo anterior y teniendo en cuenta que la MATRIZ DE RIESGOS hace parte integral del PLIEGO DE CONDICIONES del proceso de Licitación LP-DG-GTL-070-2014, consideramos que es procedente la solicitud de reconocimiento presentada por el Contratista para la ejecución de dicho acceso".

- En el Acta de Comité de Obra No. 23 del 23 de septiembre de 2015¹¹⁹ se registró que el contratista informó: *"El martes 29 de septiembre/2015 el Contratista eléctrico entregará el cable y se tendrá acceso por la vía industrial construida por CCL3 por el Portal Bermellón"*.
- El dictamen técnico presentado por INVÍAS registró, coincidiendo en la fecha de terminación de la vía de acceso el 29 de septiembre de 2015, que *"Los trabajos de acceso a Portal Bermellón se inician el 11 de septiembre de 2015, y termina el 29 de septiembre, solucionando el ingreso por este portal"*, si bien restó importancia a la necesidad de construir la vía de acceso por el portal Bermellón como causa de la demora en las obras y conceptuó -introduciendo en su dictamen un componente jurídico que no es propio de la labor pericial según se anotó previamente-, que ello era obligación del Consorcio Conlínea 3 y debió haberlo hecho *"con mayor oportunidad y mejor gestión de las acciones previas"*¹²⁰.

¹¹⁹ Archivo "73. Acta de Comité de Obra 23" de la carpeta Anexos Peritaje Técnico del CD del folio 63 del Cuaderno "INFORME PERICIAL TÉCNICO DE PARTE" rendido por Federico Restrepo Posada.

¹²⁰ Cuaderno Dictamen "DESARROLLO DEL CONTRATO No. 1883 DE 2014 PARA TERMINACIÓN DEL TÚNEL PILOTO – TÚNEL DE RESCATE DEL PROYECTO "CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL" EN LOS DEPARTAMENTOS DE QUINDÍO Y TOLIMA" aportado por INVÍAS, folios 44 y 52

- El testigo Alfonso Meza Patiño, director territorial del Quindío de INVÍAS declaró¹²¹: *"el compromiso del INVÍAS era acceder al túnel piloto por los portales del Quindío y del Tolima y eso obviamente se vio desde un principio, lo único es que por el Tolima con el contratista hubo una dificultad para acceder a la zona que hay digamos antes el lleno que hay ahí con un acceso general para túnel principal, túnel piloto en Bermellón que se llama eso allí en el Tolima, entonces se le autorizó al contratista para que hiciera rápidamente un acceso independiente que eso lo hicieron en dos semanas, eso no se demoró más, un movimiento de tierra pequeño que se autorizó y se le pagó para que tuviera su acceso independiente y su portal independiente al del contratista de la Unión Temporal Segundo Centenario"*.

También dan muestra de las dificultades en la coordinación con el contratista del túnel principal, y especialmente para tener acceso por las galerías del mismo, las siguientes pruebas:

- En el "ACTA DE COMITÉ DE OBRA No. 3"¹²² del 25 de marzo de 2015, se registró la imposibilidad de usar el túnel principal para el desarrollo de las obras del túnel piloto, según informó el director de INVÍAS:

"IV. VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE COMPROMISOS PACTADOS SEGÚN ACTA ANTERIOR

1. Reunión entre el CCL3 y el Director Nacional del INVÍAS en Bogotá, para definir la utilización o no del túnel Principal para las obras del túnel piloto.

La reunión en Bogotá no se realizó. Se aprovechó visita del Director el día sábado 21 de marzo/15 y en breve conversación el Director informó

¹²¹ Archivo "Conlínea 3 de octubre RR" del CD del folio 593 del Cuaderno de Pruebas No. 1, página 12.

¹²² Archivo "68. Acta de Comité de Obra 3" de la carpeta Anexos Peritaje Técnico del CD del folio 63 del Cuaderno "INFORME PERICIAL TÉCNICO DE PARTE" rendido por Federico Restrepo Posada.

al CCL3 que no se podrá utilizar el Túnel Principal para el desarrollo de las obras objeto del Túnel Piloto; en consecuencia solicitó que se le presentara el programa de obra...”

- De acuerdo con el dictamen técnico presentado por la Convocante¹²³, *“La situación de falta de acceso por las galerías de conexión entre el Túnel Principal y el Túnel Piloto sólo vino a resolverse parcialmente en el mes de agosto de 2016, 17 meses después del inicio de las obras, al permitirse el acceso a las galerías Nos. 5 y 10 a través del Túnel Principal. Este permiso se formalizó mediante el Acta de Seguimiento de Accesos por las Galerías Túnel Principal suscrita entre el INVÍAS y la UTSC el cual fue informado al Contratista mediante la comunicación INT-CCL3-552-2016¹²⁴ del 25 de agosto de 2016”.*
- La comunicación INT-CCL3-552 del 25 de agosto de 2016¹²⁵ dirigida por la interventoría al Consorcio Conlínea 3, adjunta el “ACTA DE REUNIÓN CONTRATO DE OBRA PÚBLICA No. 3460 DE 2008 – UNIÓN TEMPORAL SEGUNDO CENTENARIO”, acta en la que consta que representantes del INVÍAS y de la UTSC

*“se reunieron el día diecisiete (17) de agosto de 2016 con la finalidad de efectuar el seguimiento a la obligación del contratista establecida en la **CLÁUSULA 32: RELACIONES CON OTROS CONTRATISTAS** que indica: ‘(...) EL CONTRATISTA se obliga a coordinar las diferentes etapas de sus trabajos con los otros contratistas cuyos trabajos se ejecuten simultáneamente en el sitio de las obras; deberá cooperar con ellos para (sic) interferirse mutuamente ni perjudicar las obras terminadas o en construcción (...)’.*

*Aunado a lo anterior, una vez revisado por las partes los asuntos atinentes al cumplimiento por parte de la **UNIÓN TEMPORAL***

¹²³ Cuaderno INFORME PERICIAL TÉCNICO DE PARTE. PERITO FEDERICO RESTREPO POSADA, folio 42.

¹²⁴ Comunicación INT-CCL3-552-2016.

¹²⁵ Archivo “57. INT-CCL3-552-16” de la carpeta Anexos Peritaje Técnico del CD del folio 63 del Cuaderno “INFORME PERICIAL TÉCNICO DE PARTE” rendido por Federico Restrepo Posada.

SEGUNDO CENTENARIO -UTSC- de la precitada obligación, se concluyó en el marco de la referida reunión lo siguiente:

Teniendo en cuenta lo estipulado en la **CLÁUSULA 32** del Contrato No. 3460 de 2008 que hace alusión a '**RELACIONES CON OTROS CONTRATISTAS**', la **UNIÓN TEMPORAL SEGUNDO CENTENARIO - UTSC-** se compromete a facilitar en condiciones óptimas al contratista que ejecuta las obras en el túnel piloto, el respectivo acceso de materiales, concretos, equipos y retiro de material de excavación por las galerías que sean requeridas, especialmente las números 5 y 10, en concordancia con lo establecido en el numeral 7.36 de la **CLÁUSULA 7: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA** que señala: '(...) Permitir (sic) a la zona del proyecto al INVÍAS, la interventoría y la instalación en la zona del proyecto del contratista del Túnel Piloto (...)'

Por las consideraciones expuestas, las partes manifiestan que el referido acceso por las precitadas galerías se efectuará bajo la supervisión del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS -.

(...)"

- Antes de la suscripción del Adicional No. 1 al Contrato No. 1883 de 2014, que prorrogó el plazo del mismo hasta el 15 de diciembre de 2016, la interventoría conceptuó a favor de la necesidad de la prórroga solicitada por el contratista, mediante oficio No. 222976 del 11 de diciembre de 2015¹²⁶, entre otras razones, por reconocer la dificultad de acceso al proyecto por los inconvenientes en la coordinación con el contratista del túnel principal. En este oficio, la interventoría expresó:

"Hecha la evaluación de la Solicitud de Prórroga para la **TERMINACIÓN DEL TÚNEL PILOTO — TÚNEL DE RESCATE DEL PROYECTO 'CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL'** Contrato No. 1883-2014 presentada por el Contratista, consideramos que los argumentos que la soportan se apegan a circunstancias reales de ejecución y por tanto recomendamos al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS su aprobación.

¹²⁶ Archivo "24. COMUNICACIÓN 222976" del CD del folio 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

Los argumentos referidos son los siguientes:

1. Dificultad en los accesos al proyecto

Durante la ejecución de las actividades de la obra se han presentado inconvenientes en la coordinación con el contratista del Túnel Principal, que han disminuido los rendimientos y el libre acceso para la ejecución de los trabajos según lo previsto.

(...)

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, la Interventoría conceptúa Favorablemente sobre la Solicitud de Prórroga presentada por Consorcio Conlínea 3 para la etapa de construcción del Contrato No. 1883 de 2014, por un plazo máximo de 11.57 meses, contados a partir del 15 de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016, para un plazo total de 23.57 meses”.

- Según comunicación CC3-INT-711-16 del 13 de diciembre de 2016¹²⁷ enviada por el Consorcio Conlínea 3 a la interventoría, el 30 de noviembre de 2016 INVÍAS dio por terminado el contrato con la UTSC. Sin embargo *“desde el pasado 12 de diciembre de 2016, se vienen realizando manifestaciones por parte del personal de la Unión Temporal Segundo Centenario en el acceso por portal Tolima o Bermellón...”*.
- Finalmente, mediante comunicación INT-CCL3-681-2017 del 26 de enero de 2017¹²⁸ dirigida por la interventoría al Consorcio Conlínea 3, se expresó que *“Como es de conocimiento de todos, en el último periodo se presentaron cambios relacionados con la ejecución de las obras dentro del túnel principal. A raíz de estos, el Consorcio Conlínea 3 dispone de suficientes accesos para acometer libremente, con la celeridad*

¹²⁷ Archivo “54. CC3-INT-711-16” de la carpeta Anexos Peritaje Técnico del CD del folio 63 del Cuaderno “INFORME PERICIAL TÉCNICO DE PARTE” rendido por Federico Restrepo Posada.

¹²⁸ Archivo “62. INT-CCL3-681-2017” de la carpeta Anexos Peritaje Técnico del CD del folio 63 del Cuaderno “INFORME PERICIAL TÉCNICO DE PARTE” rendido por Federico Restrepo Posada.

necesaria, las obras objeto del Contrato No. 1883-2014 Terminación del Túnel Piloto – Proyecto 'Cruce de la Cordillera Central', pues cuenta con las condiciones ideales para circular entre los dos túneles, y en cada uno de estos (...)".

- El testigo Alfonso Meza Patiño¹²⁹ declaró acerca de la intermitencia en el acceso por las galerías hasta agosto de 2016:

"DR. ESTRADA: Con ese contexto lo que le pregunto es, recuerda usted porque usted ha dicho que la obligación del INVÍAS según el contrato era garantizar por los dos extremos del túnel para decirlo de manera gráfica en esta audiencia, yo le pregunto, por esas galerías durante qué períodos de tiempo tuvo acceso el contratista o cómo, qué le consta a usted si el contratista coordinó esa gestión con el contratista del otro túnel, que recuerda de esa situación particular y sobre todo si pudiera precisarlo usted dice que el contrato empezó en 2015 y culmina en marzo de 2017, nos puede precisar tuvo o no tuvo, tuvo acceso un mes por galerías, no tuvo nunca acceso por galerías, si lo recuerda desde luego.

SR. MEZA: Sí, tuvo acceso por las galerías con el consenso que tuvo con el contratista de la Unión Temporal Segundo Centenario en los momentos puntuales, no en forma permanente, no estoy diciendo en forma permanente, en que llegaron a un acuerdo con él, me imagino que era a través de favores, no sé, alguna contraprestación ahí se haría, pero él les facilitó en algunos momentos el acceso cuando ellos requerían de pronto entrar una mixer que es la máquina que lleva concreto para hacer un concreto lanzado o para hacer una fundición de algún módulo de revestimiento cuando ellos ya tenían o iban avanzando con su formaleta nueva porque ya estoy hablando del 2016, ellos ya comenzaron en ese momento a utilizar la formaleta nueva.

Ahora el tema fue así y en la mesa ambiental de mayo del 2016 el director de obra manifestó que estaban teniendo un acuerdo con el contratista y que los estaba dejando acceder por alguna o algunas galerías al túnel piloto y a partir de agosto 26, creo que es, ya hay un

¹²⁹ Archivo "Conlínea 3 de octubre RR" del CD del folio 593 del Cuaderno de Pruebas No. 1, página 13.

acuerdo en donde el INVÍAS colaborando siempre para la realización del contrato que es lo que hizo durante todo este tiempo el INVÍAS, el director general y toda la gente que ha estado a cargo acá, el director operativo y todos, el director general logró un acuerdo con el contratista la Unión Temporal Segundo Centenario inscrito en donde se le dio el permiso ya oficial para acceder por dos galerías, en su momento fueron la 5 y la 10 o la 5 y la 11, fueron dos galerías pero que de acuerdo a la coordinación que se hiciera entre ellos podía hacerlo por cualquier otra de las galerías, obviamente en la medida en que se necesitara.

Por qué necesitaba él en ese momento estas galerías 5 y 10? Porque estaba trabajando esas zonas de falla en ese momento, estamos hablando de agosto de 2016, entonces ya a partir de ese momento pudo acceder en forma permanente por esas dos galerías, ahí incluso se colocó vigilancia, un vigilante que lo reconocía el INVÍAS al contratista, 2 vigilantes, uno en cada galería para supervisar obviamente que entrara la gente que podía entrar y que debía entrar y ellos presentaban un informe sobre esos accesos.

DR. ESTRADA: O sea que durante casi un año tuvieron acceso a la galería?

SR. MEZA: A partir de agosto de 2016 para acá se tuvo acceso permanente por lo menos por las dos galerías, ya después de que el contratista de la Unión Temporal se fue, el contrato se terminó en noviembre 30 del 2016, a partir de ese momento cuando logramos que ya desocuparan los trabajadores el túnel que no fue fácil, en diciembre 22 más o menos, unos 20 días después de que se terminó el contrato ya se retiraron del túnel, ya ellos pudieron disponer de todas las galerías porque quedaron en disposición del túnel durante todo este resto de tiempo”.

(...)

“DRA. MIER: No conoce. Usted sabe por qué el contratista Unión Temporal Segundo Centenario impidió el acceso al túnel principal por parte de este contratista, le fue manifestado a INVÍAS, usted tuvo conocimiento de las expresiones del doctor Collins representante legal de Unión Temporal Segundo Centenario?

SR. MEZA: No conozco ese tema de la Unión Temporal Segundo Centenario, usted sabe que... usted conoce muy bien ese tema con el contratista.

DRA. MIER: Usted es el director regional, le estoy preguntando en su condición de director regional y me consta su participación en esos procesos y su conocimiento de ese contrato, por eso le pregunto si conoció los argumentos aducidos por la Unión Temporal Segundo Centenario para impedir el acceso al túnel principal por parte del Consorcio.

SR. MEZA: Pero le aseguro que no conozco los argumentos de la Unión Temporal, no los conozco”¹³⁰.

- El representante legal del Consorcio Conlínea 3 reconoció en la declaración rendida en el proceso, que antes de agosto de 2016 el acceso por las galerías fue intermitente, lo cual no contradice las anteriores conclusiones. Dijo así en su declaración:

"DR. ESTRADA: Pregunta No.13 ¿Diga cómo es cierto, sí o no, que el Consorcio tuvo acceso intermitente al túnel piloto por las galerías del túnel principal con anterioridad al mes de agosto de 2016?

SR. GONZÁLEZ: Sí es cierto, no obstante, lo contextualizo igualmente, digamos en algunos momentos fruto de los esfuerzo que hicimos nosotros y los esfuerzos que nosotros valoramos hizo también el Invías para tratar en su momento de poder lograr articulaciones y algunos temas de coordinación, en algunos momentos sí se permitió por parte del contratista unos accesos pero muy esporádicos, yo diría que por eso lo planteamos de esa forma, nunca tuvimos la oportunidad de desarrollar, pues nosotros todas las obras se planean, normalmente obedecen a una planeación y la planeación tiene mucho que ver por ejemplo con el tema del suministro del concreto para, concreto lanzado por ejemplo, el suministro del concreto lanzado nosotros trabajábamos con Argos, con ellos tenemos una logística montada, una planta, unas mezcladoras determinadas y todo ese tipo de cosas y el número de

¹³⁰ Archivo “Conlínea 3 de octubre RR” del CD del folio 593 del Cuaderno de Pruebas No. 1, página 39.

mezcladoras y la logística que se monta, se monta para unos consumos de concretos determinados para un mes específico.

Esa planeación hay que hacerla desde el principio y por ejemplo para Argos y para nosotros pues per se es supremamente costoso plantear que por ejemplo vamos a tener la proyección de que vamos a colocar 3 mil metros cúbicos por ejemplo en un mes y eso es sobre la base de que digamos vamos a tener 4 frentes activos, pero si entonces, y si nosotros hacemos la planeación sobre esa base nos devolvemos y Argos hace todo su esquema, plantea que va a disponer no sé cuántas mezcladoras y todo ese tema, si a la larga nosotros no llegamos a tener 4 mil metros cúbicos sino 2 mil metros cúbicos lo que hubiéramos generado es una situación todavía más compleja porque seguramente hubiéramos tenido unos costos, unos costos de stand by muchísimo más complicados y digamos lo que sí debo decir es que sobre esos accesos que tuvimos que fueron intermitentes no teníamos ninguna claridad de que iban a permanecer en el tiempo y más bien lo que tendía a ocurrir era lo contrario; nosotros en un momento dado creíamos a raíz de una reunión que teníamos con este contratista y con el Invías que ya íbamos a tener acceso, teníamos de pronto acceso durante un día, dos días y de pronto por razones que se escapan a nuestro control entonces el contratista decidía que no permitía más el acceso de nuestros equipos por el túnel principal, entonces el nivel de incertidumbre era gigantesco.

Y ese fue durante mucho tiempo la dinámica que pues nosotros tuvimos una dinámica muy complicada y frente a ese tema nosotros no tenemos nada que decir sobre la gestión que adelantaba el Invías y todo ese tipo de cosas simplemente lo que nosotros planteamos en nuestra demanda que, de hecho, se lo habíamos planteado y se lo planteamos en innumerables oportunidades previamente al Invías a través de cartas y que fue lo que dio lugar a que se incorporara la cláusula compromisoria y que nos pusiéramos de acuerdo con el Invías en traer este tema a un Tribunal Arbitral, era precisamente que eso genera unos perjuicios, genera unos perjuicios y un desequilibrio económico que es el que en su momento estamos pretendiendo que se reconozca”¹³¹.

¹³¹ Archivo “Conlínea Vs Invías del 4 oct 2018 P1 RR” en CD del folio 593 del Cuaderno de Pruebas No. 1, página 9.

El estudio y desarrollo de la controversia relacionada con los ACCESOS al Túnel Piloto, tanto por sus dos (2) portales como por las galerías que lo comunican con el Túnel Principal, llevan al Tribunal a concluir que también se probó en debida forma, durante el curso del presente proceso arbitral, que la Entidad Estatal Convocada incumplió su obligación de facilitarle o permitirle al Contratista el acceso continuo e ininterrumpido al Túnel Piloto para la ejecución de las obras contratadas y consiguientemente, como es natural, no le garantizó de manera efectiva dichos ACCESOS, por lo cual así se declarará en la parte resolutive del presente Laudo, en congruencia con la primera pretensión principal de la Demanda.

Por lo demás, en cuanto corresponde al tema que aquí se define, el Tribunal considera pertinente dejar expuesto que en relación con este punto también resolvió prescindir del apoyo que pudieran haberle brindado los Dictámenes Periciales Técnicos de Parte que fueron allegados al proceso, porque el examen de los mismos evidencia que además de que el desarrollo de tales experticias acerca del tema en mención no involucra elementos técnicos o científicos que permitan explicar sus conclusiones desde la ciencia en la que son versados los Peritos, sino que se limitan a presentar una argumentación eminentemente retórica, a través de dichos dictámenes se formulan juicios de valor encaminados a adjudicar o determinar la responsabilidad de alguno de los Contratantes, tarea que naturalmente dista mucho de lo que corresponde a esos auxiliares de la Justicia.

En efecto, dentro del Dictamen Pericial Técnico de Parte presentado por la Convocante y elaborado por el Ingeniero **Federico Restrepo Posada**, la presentación del tema en referencia se realizó de la siguiente manera:

"5.2.5 El Acceso al Túnel Principal

"El acceso a la obra a través de los portales del Túnel Principal cuya autorización debía ser gestionada por el INVÍAS con la USTC

(Contratista del Túnel Principal), y que permitiría implementar 4 frentes de obra por allí y 2 más por los portales del Túnel Piloto tal como estaba previsto, no fue posible sino hasta el mes de agosto de 2016, aclarando que el acceso que se le autorizó al CC3 por las galerías No. 5 y 10, permitió restablecer parcialmente las condiciones con las que se planificó inicialmente el proyecto. Además, durante los meses de noviembre y diciembre del 2016, se presentaron suspensiones de actividades al interior del túnel piloto debido a las interferencias y manifestaciones realizadas por el personal de la UTSC60.

"Esto ocasionó ineficiencias y retrasos en la ejecución de la obra, pues los rendimientos de avance de las actividades del CC3 se vieron afectados negativamente de forma significativa.

"Estas ineficiencias y retrasos, ocasionaron en consecuencia, mayores costos en la Administración de la Obra y en las actividades de revestimiento de concreto y repaleo y sobreacarreo de materiales de rezaga.

"Al respecto se pudieron identificar los siguientes hechos principales:

- Con la carta CC3-INT-009-1561 del 10 de febrero de 2015 el CC3 presentó una versión corregida del programa de trabajo atendiendo unos ajustes solicitados por la Interventoría. Ese programa utilizaba como acceso al Túnel Piloto los dos portales de Tolima y Quindío, y el acceso por las galerías de conexión entre el Túnel Principal y el Túnel Piloto lo que permitiría mantener 6 frentes de obra continuos.*
- Desde el momento en que inició el contrato, se presentaron situaciones con la UTSC relacionadas con la accesibilidad al túnel piloto, por lo que el CC3 solicitó al INVIAS, coordinar con ese contratista la solución de dichos problemas.*
- En relación con el ingreso por el Portal Quindío, sólo se pudo utilizar para la ejecución de los trabajos a partir de la solución de los temas relacionados con el diseño y la gestión ambiental ya referidos, aunque con algunas interferencias creadas por la UTSC en la utilización de la vía de conexión*

entre el portal y la carretera de acceso desde el Municipio de Cajamarca por la vía de La Línea. Este aspecto quedó referenciado en diversas comunicaciones del CC3, como la CC3-INT- 203-1563 del 23 de septiembre de 2015.

- El ingreso por el Portal Tolima no fue posible, debido a la negativa de la UTSC de permitir el paso por sus instalaciones, según lo informó CC3 a la Interventoría mediante el oficio CC3-INT-062-1564 del 23 de abril de 2015.

Ello obligó la construcción de una nueva vía de acceso a ese portal, sobre lo que el CC3 presentaría propuesta técnica-económica del acceso y autorizada por la Interventoría en la comunicación INT-CCL3-075-2015¹³² del 11 de julio de 2015. El trámite de las autorizaciones y del diseño y construcción de la vía, solo permitió su utilización a partir de finales del mes de septiembre de 2015. **Es de anotar que el acceso al Túnel Piloto por los dos portales se ofreció por el INVÍAS desde el comienzo de las obras, como se indicó en la Matriz de Riesgos del Contrato. Es por ello, que la demora en acceder al Portal Quindío durante más de 8 meses obedeció a un evidente incumplimiento del INVÍAS**". (El Tribunal destaca y subraya).

- Respecto del acceso por las galerías desde el Túnel Principal y de acuerdo con lo consignado en el Acta de Comité de Obra No. 368 del 25 de marzo de 2015, el Director General del INVÍAS dejó constancia que no se podría utilizar el Túnel Principal para el desarrollo de las obras objeto del Túnel Piloto y en consecuencia, solicitó se presentara el programa de obra que respondiera a esta situación.

La no utilización del Túnel Principal impedía acceder al Túnel Piloto por las galerías que se tenían previstas en el programa de obra, lo que sólo permitiría desarrollar 2 frentes de trabajo a través de sendos portales del Túnel Piloto.

¹³² Comunicación INT-CCL3-075-2015.

Este aspecto fue trascendental en la marcha de la obra, pues el acceso por cada portal permite trabajar en un único frente de obra, toda vez que la limitada dimensión de un túnel de 4 m de diámetro impide llevar a cabo trabajos de distinta naturaleza a la vez, pues sólo pueden transitar y/o ocupar el espacio del túnel recursos de una sola actividad en el tiempo productivo.

Por lo tanto, el Contratista mediante la comunicación CC3-INT-048-15 del 07 de abril de 2015 remite a la Interventoría un programa de obra elaborado con la premisa de la ejecución de las obras con únicamente 2 frentes de trabajo y no con los 6 que se habían previsto inicialmente. Ello desplazaba la fecha de terminación de ejecución de las obras al 07 de febrero de 2017, es decir 13 meses después de la fecha contractual.

Posteriormente, a través de la comunicación CC3-INT-207-157 del 24 de septiembre de 2015, el Contratista remite un nuevo programa de obra con 16 meses de adición, con fecha de terminación el mes de mayo de 2017. En esa comunicación advierte que a partir de las instrucciones recibidas del INVÍAS, condensa la terminación de actividades en diciembre de 2016 únicamente por razones presupuestales.

Al respecto, la Interventoría, aprueba la nueva versión de programa presentada por el Contratista mediante carta INT-CCL3-151-20157 del 28 de octubre de 2015.

La situación de falta de acceso por las galerías de conexión entre el Túnel Principal y el Túnel Piloto sólo vino a resolverse parcialmente en el mes de agosto de 2016, 17 meses después del inicio de las obras, al permitirse el acceso a las galerías Nos. 5 y 10 a través del Túnel Principal. Este permiso se formalizó mediante el Acta de Seguimiento de Accesos por las Galerías Túnel Principal suscrita entre el INVÍAS y la UTSC el cual fue informado al Contratista mediante la comunicación INT-CCL3-552-2016 del 25 de agosto de 2016.

Además de lo anterior y relacionado con la accesibilidad al proyecto, durante los meses de noviembre y diciembre del 2016, se presentaron suspensiones de actividades al interior del túnel piloto debido a las interferencias y manifestaciones realizadas por el personal de la UTSC que impidieron la ejecución de las obras.

Al respecto de esta nueva condición de permitir el acceso al Túnel Piloto desde el Túnel Principal mediante dos galerías gestionada por el INVIAS, se le solicitó al CC3 la actualización y remisión del programa de obra, el cual presentó como fecha de finalización de la obra el 30 de noviembre de 2017 condicionado al cumplimiento de algunas condiciones.

En conclusión, por todos los problemas descritos, el plazo de ejecución tuvo que ser ampliado varias veces al no contar oportunamente, bien de forma tardía o definitiva, con los frentes de trabajo que el programa de trabajo requería. Este plazo se desplazaba hasta el año 2017 pero que por efectos presupuestales se amplió inicialmente hasta el mes de diciembre de 2016 con el Adicional No. 1 del 15 de enero de 2016, que es al que se refiere el presente Análisis Pericial”.

Y en lo que corresponde al Dictamen Pericial Técnico de Parte que aportó la Convocada, elaborado por el Ingeniero **Eduardo Oliverio Martínez Merchán**, el siguiente es el contenido de su análisis del asunto en discusión:

"e) Frentes de Trabajo y accesos

*"Los accesos disponibles y garantizados por el INVIAS, de acuerdo con la matriz de riesgo, el pliego de condiciones eran los portales de los lados de Tolima y Quindío. **El acceso por el túnel principal y Galerías era contingente o eventual, es decir un hecho condicionado a las circunstancias existentes en la obra vecina, y no una obligación de fin sino de medio.** En la matriz de riesgos se lee: "El contratista tiene disponible acceso por frente Tolima y Quindío y debe coordinar eventual acceso por galerías según disponibilidad en el túnel principal, igualmente se debe permitir el acceso al túnel principal de ser necesario." Por esta razón es preciso que los únicos accesos garantizados*

expresamente en el pliego de condiciones son los portales. En el caso de las galerías solo es una eventualidad con la cual no se debe contar al preparar una propuesta porque se está tomando el riesgo propio de quien elabora una propuesta libremente, considerando sus insumos, sus propios procedimientos de construcción, y el entorno de la obra a realizar". (El Tribunal ha subrayado y destacado).

"Se aprecia confusión cuando se identifican los accesos al túnel con frentes de trabajo. El concepto de accesos y de frentes de trabajo es diferente, el primero se refiere a puntos de entrada al sitio de la obra y el segundo Grupos de Trabajo para desarrollo de actividades., En una obra lineal ya construida, se puede trabajar de manera secuencial estableciendo varios frentes de actividad, utilizando los procedimientos, equipos, materiales y personal, que se adecuen a este compromiso de acción para cumplir un plazo.

"Los frentes de trabajo estimados por el INVÍAS fueron como mínimo 4, y más cantidad de ser viable en el curso de la obra. Una situación contingente como la disponibilidad de accesos debe ser tomada por un proponente de manera conservadora al elaborar su propuesta y de no poder cumplir el plazo requerido por la entidad debe abstenerse de presentar oferta.

"Por otra parte, la documentación presentada por el contratista en la oferta no determina que la oferta se haya estructurado considerando seis frentes de trabajo. De hecho la programación conocida muestra tres frentes de trabajo en diferentes abscisas del túnel, que podrían ser adelantadas de manera secuencial dado que estaban en localizaciones diferentes, no se puede de acuerdo al programa establecer que sean seis frentes de trabajo sino tres, y no están correlacionadas con acceso diferentes a los garantizados en el pliego de condiciones.

"El Plan de Trabajo con accesos múltiples debió ser elaborado previa seguridad de poder tenerlos. Este no es un documento que forme parte de la propuesta, por lo tanto, no hay certeza que esa haya sido la consideración de trabajo al hacer la oferta. El trabajo en secuencia lineal no necesariamente requiere de múltiples accesos menos en un túnel ya construido.

"Un cronograma con solo dos accesos en esta clase de obra no implica trabajar en solo dos frentes de trabajo, se pueden establecer secuencialmente varios con los mismos dos accesos".

4.1.3. AJUSTES AL PLAN DE MANEJO AMBIENTAL

La Parte Convocante explica que las demoras en la definición de los diseños por parte de la Convocada generaron retrasos en los ajustes al Plan de Manejo Ambiental -PMA-, puesto que en su sentir *"hasta no contar con los diseños definitivos del proyecto, no era posible que le Consorcio Conlínea 3 determinara con claridad las afectaciones ambientales del proyecto y mucho menos, las acciones que debía plasmar en el PMA para prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos y efectos ambientales negativos que se causaran por el desarrollo del proyecto"*.

La Entidad Convocada sostiene que de conformidad con las precisiones que constan en el apéndice A del Pliego de Condiciones, el Consorcio Contratista se obligó a cumplir *"las obligaciones contenidas en el Estudio de Impacto Ambiental y Plan de Manejo Ambiental que hacía parte integral de la Licencia Ambiental Ordinaria Otorgada al INVÍAS", "a acoger el plan de manejo ambiental actualizado para la terminación del túnel piloto y continuar los trámites necesarios para su presentación ante la Autoridad Ambiental"*, por lo cual se impone concluir que todas esas actividades forman parte de sus responsabilidades contractuales y que, por ende, se encuentran cubiertas por la remuneración pactada por la ejecución del contrato.

A ello agrega que el Contratista aceptó de forma voluntaria *"asumir directamente todos los costos directos e indirectos, así como cualquier sobrecosto, que se derivara del cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la gestión ambiental del proyecto, incluyendo las eventuales modificaciones del plan de manejo ambiental que fueran requeridas, aceptando expresamente el consorcio contratista con la firma del contrato que no se generaría compensación, indemnización y/o*

reclamación alguna a cargo del INVÍAS, y que ello no sería admitido como causal eximente del cumplimiento de cualquiera de las obligaciones que integran el contenido contractual”.

Para la Convocada, desde la etapa pre-contractual el Consorcio Contratista conoció y asumió de manera libre y voluntaria las obligaciones relativas a la gestión ambiental, de lo cual se desprende lo siguiente:

- *Se informó de forma suficiente por parte del INVÍAS de la situación vigente de la licencia ambiental del proyecto previa a la adjudicación del Contrato, determinándose expresamente que en el caso que el Plan de Manejo Ambiental debiera ser ajustado conforme al alcance del proyecto y del contrato, el contratista estaría obligado a adelantar los estudios y/o documentos técnicos que se necesiten conforme a los requerimientos de la autoridad ambiental competente para obtener las correspondientes modificaciones, con estricta observancia de las normas legales y reglamentarias vigentes sobre la materia.*
- *Es responsabilidad del Consorcio contratista la elaboración de los estudios, diseños y/o asesorías ambientales, de acuerdo con los términos de referencia que para tal efecto establezca la Autoridad Ambiental, necesarios para obtener la modificación de la Licencia Ambiental No.0780 de 2001, modificada con la Resolución 2068 de 2007, si ello llegaba a ser requerido.*
- *Es responsabilidad del Consorcio contratista ejecutar las medidas ambientales requeridas en la licencia y/o plan de manejo y/o legislación vigente en forma simultánea a la ejecución de las obras.*
- *Se informó con suficiencia por parte del INVÍAS durante la etapa precontractual que la licencia ambiental del proyecto tenía la condición de ordinaria, razón por la cual es responsabilidad de los proponentes identificar con precisión por alcance y localización del proyecto, todos los permisos de carácter ambiental del mismo, de tal manera que se constituyó*

en responsabilidad del adjudicatario (en este caso el CONSORCIO CONLINEA 3) realizar las modificaciones y obtener los permisos correspondientes en términos establecidos en el Pliego de Condiciones.

- *Es de absoluta responsabilidad del contratista la gestión ambiental, manejo ambiental de las obras y el cumplimiento de la normatividad vigente, de la licencia ambiental y el plan de manejo hasta la entrega del contrato al INVIAS.*
- *El cumplimiento por parte del Consorcio contratista de las obligaciones relacionadas con la gestión ambiental del proyecto, incluyendo las eventuales modificaciones del plan de manejo ambiental que fueran requeridas, no generará compensación, indemnización y/o reclamación alguna a cargo del INVIAS, ni será admitido como causal eximente del cumplimiento de cualquiera de las obligaciones que adquirió el CONSORCIO CONLINEA 3 al firmar el Contrato.*

Alega la Entidad Convocada que los ajustes que debieron hacerse en los Diseños no afectan necesariamente la estructura del Plan de Manejo Ambiental -PMA-, puesto que cualquier cambio que se hubiere requerido en punto al alineamiento *"están delimitados de manera clara por el túnel ya existente, siendo en rigor iguales los impactos ambientales que pudieran producirse con uno o con otro alineamiento"*, de lo cual concluye *"que no existe relación necesaria de causalidad entre los ajustes a la topografía entregada por el INVIAS, y el presunto efecto del trámite de ajuste al Plan de Manejo Ambiental del proyecto en el inicio tardío de las obras, pues se reitera que dicho retraso no tiene origen en la espera de los ajustes al PMA, ligados por el contratista al ajuste de los diseños, sino en la obligación impuesta por la Mesa Ambiental y acogida por la ANLA de incluir la optimización de la PTARI en ese PMA"*.

El concepto del Ministerio Público no se refirió de manera específica a este punto.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los Dictámenes Periciales de Parte que fueron aportados al presente proceso arbitral tanto por la Convocante, como por la Convocada, se refieren al tema en estudio de la manera en que pasa a indicarse:

En el Dictamen del Ingeniero **Federico Restrepo Posada**, bajo el acápite titulado **"Los Problemas Ambientales"**, se unifica la referencia tanto al tema relacionado con el ajuste al Plan de Manejo Ambiental –PMA–, como el que corresponde al *"tratamiento de las aguas de infiltración de los dos túneles – Piloto y Principal –"*, razón por la cual enseguida se transcriben únicamente los pronunciamientos que hace acerca del primero de los asuntos mencionados, porque el segundo será materia de examen más adelante:

"5.2.4 Los Problemas Ambientales

"El Contratista recibió la comunicación DT-QUI 20526 del 24 de abril de 2015 proveniente de la Dirección Territorial Quindío del INVÍAS, mediante la cual se solicitaba la entrega de un ajuste al Plan de Manejo Ambiental (PMA), que solo pudo ser corregido por el Contratista una vez la entidad Contratante realizó la primera entrega de los diseños el 28 de mayo del 2015.

Sin embargo, y como consta en la carta CC3-INT-031-15 del 16 de marzo de 2015 ya transcrita, el amarre topográfico del eje del Túnel requería disponer de un sistema local de coordenadas adecuado para adelantar los trámites ante las autoridades ambientales.

".....

"De otra parte, con los insumos de diseño en proceso de corrección de acuerdo con lo descrito en el numeral 5.2.3 anterior, el Contratista sólo pudo desarrollar y entregar los ajustes al PMA a la Interventoría hasta el 13 de julio de 2015 mediante la comunicación CC3-INT-135-1559, tardando solamente alrededor

de 1.5 meses en su desarrollo, mostrando gestión y celeridad en su ejecución.

"Se concluye entonces, que el trámite ambiental también indujo retrasos en el inicio de los trabajos, no solo por su demora, sino por el traslado al CC3 de la obligación de manejo de la planta de tratamiento de aguas residuales industriales, que como ya se mencionó, no estaba contemplada en los plazos y costos iniciales del contrato".

A su turno el Dictamen Pericial Técnico aportado por la Convocada, rendido por el Ingeniero **Eduardo Oliverio Martínez Merchán**, se refirió así al tema en estudio:

"b) Plan de Manejo Ambiental:

"El conocimiento de normas ambientales es una de los invaluable conocimientos que debe aportar un contratista experimentado como el que se selecciona en un proceso licitatorio como el desarrollado para adjudicar este contrato.

"La iniciativa y la experiencia son elementos que nos determinan que el cumplimiento de las normas ambientales es indispensable para tener certeza de la iniciación de una construcción, más tratándose de un proyecto de la dimensión del objeto de este contrato.

"En este caso, la gestión ambiental está cubierta por una Licencia general, y como soporte para la ejecución el INVÍAS por medio de su consultor de diseños estructuró un Plan de Manejo Ambiental, que suministro al Consorcio Conlínea 3, el 27 de enero de 2015, para facilitar la gestión de este durante la etapa de preconstrucción; documento que el Consorcio debía conocer desde el proceso licitatorio.

"El Consorcio inicio el ajuste del PMA solo después de recibir el ajuste de diseños el 28 de mayo de 2015 concluyendo el 13 de julio de 2015, con la entrega los ajustes finales, incluyendo fichas para la demanda del componente edáfico; sitios de disposición;

materiales de construcción; e infraestructura de apoyo a la obra; descripción de residuos sólidos especiales; Manejo para la operación del campamento y áreas de apoyo logístico. Manejo de material sobrante. Manejo del drenaje; y programa de manejo de concesión de aguas.

"Se causó una demora adicional para la iniciación de obras. Al respecto es evidente que las actividades de obra a ejecutar no cambiaron por el proceso de ajuste, y así las cosas, el Consorcio pudo iniciar el ajuste de las Fichas Ambientales desde el inicio del contrato y durante la etapa de preconstrucción, para concluir las de manera simultánea con la conclusión de los ajustes a los diseños que ejecutó el INVÍAS.

"Las estipulaciones del pliego de condiciones — Apéndice A, determinan que el ajuste del PMA y su aceptación, es uno de las obligaciones ambientales a cumplir por el Consorcio y está a su cargo la gestión.

"El Consorcio argumentó que las fichas solicitadas por la ANLA no se podían ajustar según la normativa por falta de las coordenadas del amarre topográfico, sin embargo, se anota que se aceptó por la ANLA el PMA, y después el diseño fue modificado por el Consorcio, desvirtuando la necesidad imperiosa de las coordenadas definitivas para gestionar el ajuste del PMA".

De la lectura de los pronunciamientos que realizaron los expertos en el área de la Ingeniería acerca de los aspectos que se debaten en relación con las dificultades que surgieron en punto de los ajustes al Plan de Manejo Ambiental -PMA- durante la ejecución del Contrato de Obra No. 1883 de 2014, además de la reiterada oposición que existe entre tales dictámenes -cuya existencia parecería tener origen en lo que también parecería ser el propósito de justificar, validar o defender la postura que en el proceso ocupa cada una de las Partes que les encomendó la elaboración de su respectivo estudio-, no se encuentra análisis o examen sobre la materia que tenga fundamento o soporte de carácter científico o técnico, por lo cual desafortunadamente dichos peritazgos tampoco resultan de utilidad en este punto para la decisión que le corresponde adoptar al Tribunal.

En cuanto corresponde a la Matriz de Riesgos se encuentra que las "OBLIGACIONES AMBIENTALES" fueron descritas y tipificadas de dos (2) maneras, así: **i)** "Incumplimiento de los requisitos de Calidad del vertimiento establecidos por la autoridad"; y **ii)** Daños ambientales por inadecuadas prácticas en procesos constructivos utilizados por el Contratista", para las cuales se anotó de manera uniforme que "Hace referencia a Riesgo AMBIENTAL. Riesgo que asume el PROPONENTE Y/O CONTRATISTA (Adjudicatario)".

No obstante que las anteriores descripciones corresponden de manera precisa a las "OBLIGACIONES AMBIENTALES", su descripción permite advertir que no son esos los riesgos previsibles que guardan relación con los ajustes que debieron tramitarse y realizarse en relación con el Plan de Manejo Ambiental -PMA-.

En otro de los apartes de la misma Matriz de Riesgos se encuentra otra tipificación que podría ajustarse de mejor manera al tema que aquí se revisa, el de "**ESTUDIOS Y DISEÑOS Y/O TÉCNICOS Y/O OPERATIVOS Y/O DE EJECUCIÓN**", cuya descripción se precisó como "Riesgo de no inicio de las obras y/o parálisis de las mismas, por demoras en el trámite de los permisos y/o licencias por causas imputables al PROPONENTE Y/O CONTRATISTA (Adjudicatario)", acerca del cual se anotó: "Riesgo que asume el PROPONENTE Y/O CONTRATISTA (Adjudicatario)"; su asignación se hizo en el CIENTO POR CIENTO (100%) al "PROPONENTE Y/O CONTRATISTA" y fue calificado como "RIESGO ALTO".

Al respecto cabe anotar que en cuanto la tipificación misma de dicho riesgo incluye como elemento basilar de la misma las demoras en el trámite de permisos o de licencias "por causas imputables al PROPONENTE Y/O ADJUDICATARIO", va de suyo que primero debe establecerse la responsabilidad de dicho "PROPONENTE Y/O ADJUDICATARIO" para después poder concluir acerca de la configuración del riesgo en cuestión.

Así las cosas, más que de la distribución de un riesgo previsible, de lo que se ocupa ese aparte del Apéndice G del Pliego de Condiciones es de reafirmar un asunto de responsabilidad contractual cuya regulación se encuentra en las normas legales (artículos 50, 52, 56, 59 y concordantes de la Ley 80 expedida en 1993, así como artículos 1602 a 1617 Código Civil), razón por lo cual tanto su tipificación como su asignación a través de la Matriz de Riesgos en el fondo resultan inanes.

En el Pliego de Condiciones, a través de su Apéndice A, se hicieron las precisiones, se brindaron informaciones y se impusieron las obligaciones que, en cuanto guardan relación directa con el Plan de Manejo Ambiental -PMA-, se transcriben a continuación:

"APÉNDICE A - GESTIÓN AMBIENTAL Y SOCIAL INTRODUCCIÓN

"El Ministerio de Medio Ambiente otorgó Licencia Ambiental Ordinaria para el proyecto denominado Construcción de la Vía Ibagué - Armenia en jurisdicción de los departamentos de Tolima y Quindío, que incluye la construcción del túnel de La Línea, túnel piloto, túneles menores, puentes, viaductos y vía a cielo abierto, de conformidad con lo dispuesto por la Resolución No. 780 del 24 de agosto de 2001.

"El CONTRATISTA está sujeto al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Estudio de Impacto Ambiental y Plan de Manejo Ambiental que hacen parte integral de la Licencia Ambiental Ordinaria otorgada al INVÍAS mediante Resolución No. 780 del 24 de agosto de 2001, modificada por Resolución No. 2068 del 27 de noviembre de 2007, por medio de la cual se incluyen las obras de infraestructura del nuevo acceso al portal Quindío.

"El contratista deberá acoger el Plan de manejo ambiental que se ha actualizado para la terminación del túnel piloto y continuar los trámites necesarios para su presentación ante la Autoridad Ambiental.

"La modificación de la Licencia Ambiental Ordinaria mediante Resolución No. 2068 de 2007, sujeta al CONTRATISTA, al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el "ajuste del estudio de impacto ambiental y actualización del plan de manejo ambiental nuevo acceso al portal Quindío (Sector K11+590 - K14+419.97) Vía Armenia - Ibagué".

"REQUISITOS ESPECIALES DEL PRESENTE PROCESO

"El CONTRATISTA debe solicitar y obtener previamente a su utilización ante CRQ los permisos, concesiones y/o autorizaciones para el aprovechamiento y uso de recursos naturales necesarios para el proyecto, considerando que la Licencia Ambiental Ordinaria no los incluye. El CONTRATISTA se obliga a recibir en cesión los permisos obtenidos previamente por INVÍAS si es del caso.

".....

"1. LICENCIA AMBIENTAL

"Al Instituto Nacional de Vías se le otorgó Licencia Ambiental Ordinaria para el proyecto Construcción de la nueva Vía Ibagué-Armenia en jurisdicción de los departamentos del Tolima y del Quindío, según Resolución No. 0780 del 24 de Agosto de 2001, por la cual se sustrae una reserva forestal, se otorga una licencia ambiental ordinaria y se toman otras determinaciones, modificada con la Resolución 2068 del 27 de noviembre de 2007.

"1.1. ESTADO ACTUAL DE LA LICENCIA AMBIENTAL

"El Instituto Nacional de Vías ha utilizado parcialmente la Resolución No. 0780 del 24 de Agosto de 2001, modificada con la resolución 2068 de 2007, con la ejecución de algunas obras contempladas en la misma, entre las que se detallan:

- Viaductos Cajones, Cerrajosa, Pericos y Salada*
- Túnel Piloto o de rescate*
- Viaducto El Tigre*
- La Vía de Acceso al Portal Quindío*
- Segunda Calzada Calarcá - Cajamarca*
- Túnel de la Línea*

"Conforme al Alcance del Proyecto establecido en el presente pliego, y a las obras ya ejecutadas por INVÍAS, las actividades de gestión ambiental que le competen al contratista están orientadas a dar cumplimiento estricto a las medidas de manejo y mitigación establecidas en la Resolución No. 0780 del 24 de Agosto de 2001, modificada con la Resolución 2068 de 2007 y a la normatividad ambiental relacionada con el desarrollo del objeto de la presente Licitación Pública.

"La licencia ambiental existente es ordinaria, es decir que no incluye los permisos, concesiones y autorizaciones para el aprovechamiento y uso de los recursos naturales requeridos para el proyecto, los cuales deben ser gestionados y obtenidos ante las autoridades ambientales del área de jurisdicción del mismo, previo al inicio del uso o afectación del recurso natural, con lo que eso implica en cuanto a estudios y diseños previos para cada intervención y sus medidas de mitigación y/o compensación según el caso, además los costos de evaluación y seguimiento, así como el pago de tasas y/o regalías por uso.

"En el caso que la Licencia Ambiental y/o Plan de Manejo Ambiental, deban ser ajustados conforme al alcance del proyecto y del contrato, el contratista estará obligado a adelantar los estudios y/o documentos técnicos que se necesiten conforme a los requerimientos de la autoridad ambiental competente para obtener las correspondientes modificaciones, con estricta observancia de las normas legales y reglamentarias vigentes sobre la materia. Tales modificaciones –en caso de existir– serán evaluadas y aprobadas previamente por la Interventoría y la Subdirección de Medio Ambiente del INSTITUTO.

"Será responsabilidad del contratista la elaboración de los estudios, diseños y/o asesorías ambientales, de acuerdo con los términos de referencia que para tal efecto establezca la Autoridad Ambiental, necesarios para obtener la modificación de la Licencia Ambiental No.0780 de 2001, modificada con la Resolución 2068 de 2007, si se requiere.

"Dentro de los diseños para la terminación del túnel piloto se realizó por los consultores una actualización a las fichas de manejo

ambiental las cuales se entregan como insumo de trabajo para el contratista.

"1.2. RESPONSABILIDADES DEL CONTRATISTA

"El Contratista se obliga al cumplimiento de las normas ambientales vigentes, al desarrollo de buenas prácticas de ingeniería para la ejecución de las obras, bajo criterios de respeto al entorno natural y social del área de influencia en el cual se desarrollan. Es su responsabilidad dar estricto cumplimiento a la Licencia Ambiental y a las medidas ambientales establecidas en el Plan de Manejo que se convierten en el soporte contractual para el seguimiento y control ambiental por parte de la Interventoría y del INVÍAS.

"El contratista deberá ejecutar las medidas ambientales requeridas en la licencia y/o plan de manejo y/o legislación vigente en forma simultánea a la ejecución de las obras.

"Puesto que se trata de una licencia ambiental ordinaria, el proponente identificará con precisión por alcance y localización del proyecto, todos los permisos de carácter ambiental del mismo, de tal manera que, en el evento de resultar adjudicatario, le permita obtenerlos en los términos establecidos en el presente pliego de condiciones.

"El valor de la ejecución de las medidas de manejo ambiental, entendido como la gestión ambiental para todas las etapas del contrato, incluidos los costos de obtención de permisos y/o licenciamiento adicionales, servicios de evaluación, costos de visitas y seguimiento por parte de la autoridad ambiental, recuperación y preservación de manejo del medio, deberá ser previamente evaluado y revisado por la interventoría y aprobado por la Subdirección de Medio Ambiente.

"Es de absoluta responsabilidad del contratista la gestión ambiental, manejo ambiental de las obras y el cumplimiento de la normatividad vigente, de la licencia ambiental y el plan de manejo hasta la entrega del contrato al INVÍAS. El incumplimiento de estas obligaciones generara la aplicación de las sanciones establecidas en el contrato.

Realizar los informes de Cumplimiento Ambiental solicitados por la interventoría y/o la Subdirección de Medio Ambiente y Gestión Social.

Responder por cualquier deterioro y/o daño ambiental causado por negligencia del contratista durante la ejecución del contrato y ejecutar a su costa las actividades necesarias para corregir y/o mitigar los efectos causados.

El cumplimiento de estas obligaciones por parte del contratista no generará compensación, indemnización y/o reclamación alguna a cargo del INVÍAS, ni será admitido como causal eximente del cumplimiento de cualquiera de las obligaciones que adquiere el contratista al firmar el Contrato. Dentro de las actividades a que se refiere este numeral se incluyen, sin limitarse, las siguientes:

- Explotación de Fuentes de materiales de peña o aluviales, propios o de terceros.*
- Disposición de material sobrante de las excavaciones*
- Explotación de zonas de préstamo y de disposición de materiales sobrantes.*
- Explotación de fuentes de agua bien sea superficial o subterránea*
- Ocupación temporal o definitiva de cauces.*
- Vertimientos sólidos y líquidos*
- Emisiones gaseosas y emisiones de ruido.*
- Instalación y operación de campamentos*
- Ocupación de zonas para obras o almacenamientos provisionales.*
- Instalación y operación de plantas de asfalto, triturados y otros materiales.*
- Aprovechamiento forestal*
- Transporte de materiales*
- Instalación y operación de centros de control y áreas de servicio.*
- Uso de infraestructura de cualquier tipo.*

"El contratista será responsable por su cuenta y riesgo de los pasivos originados en la inadecuada ejecución de las obras, Licencia Ambiental y del plan de manejo ambiental o cualquier

otro documento y/o requisito exigido por la normatividad ambiental vigente.

"El contratista deberá implementar un Sistema de Gestión Ambiental basado en la norma ISO 14001, para realizar el seguimiento y control a la gestión ambiental, asegurando tanto el cumplimiento de las normas vigentes como los requerimientos de información de la autoridad ambiental y de INVÍAS".

La transcripción anterior permite tener por cierto que fue clara, completa y abundante la información que la Entidad Estatal les brindó a los interesados -incluido entre ellos el hoy Consorcio Convocante-, desde los propios Pliegos de Condiciones, acerca del estado en que se encontraba la Licencia Ambiental ordinaria con que contaba para la ejecución de las obras; los aspectos que dicha Licencia no comprendía y cuya elaboración, tramitación y obtención tendría que asumir el Contratista respectivo; los permisos, autorizaciones y licencias que el Contratista tenía que obtener para el aprovechamiento de recursos naturales durante el desarrollo del Contrato y/o como consecuencia de su ejecución; las obligaciones que debía cumplir en asuntos ambientales; el alcance de tales obligaciones y sus responsabilidades; las consecuencias derivadas de la desatención de tales obligaciones, etc.

Concretamente se determinó que

"En el caso que la Licencia Ambiental y/o Plan de Manejo Ambiental, deban ser ajustados conforme al alcance del proyecto y del contrato, el contratista estará obligado a adelantar los estudios y/o documentos técnicos que se necesiten conforme a los requerimientos de la autoridad ambiental competente para obtener las correspondientes modificaciones, con estricta observancia de las normas legales y reglamentarias vigentes sobre la materia. Tales modificaciones –en caso de existir– serán evaluadas y aprobadas previamente por la Interventoría y la Subdirección de Medio Ambiente del INSTITUTO".

Visto lo anterior y dada la claridad con la cual la Entidad Estatal estableció en el Pliego de Condiciones el alcance de las obligaciones del Contratista en punto a la necesidad de tramitar, gestionar y obtener los ajustes que fueren requeridos en relación con el Plan de Manejo Ambiental -PMA-, requisito que debía satisfacerse a plenitud antes de dar inicio a la ejecución de las obras objeto del Contrato No. 1883 de 2014, resulta claro que al Consorcio Convocante le correspondía probar la relación de causalidad que habría existido entre los ajustes que fue necesario realizar y elaborar respecto de los Diseños Fase III y el retraso que afectó y/o padeció el ajuste del Plan de Manejo Ambiental -PMA-, tal como lo planteó en la relación de hechos de su Demanda (hecho 4.2.3.3, 4.2.3.4 y 4.2.3.5), asunto que por carecer de elementos probatorios en el expediente arbitral necesariamente deberá ser desestimado por el Tribunal, pues no es suficiente para este propósito enunciar comunicaciones emitidas por el Consorcio Conlínea 3 en las que se manifiesta la presunta dependencia entre los ajustes a diseños y el PMA (CC3-INT-031-15 del 16 de marzo de 2015), en lo cual se basó la prueba pericial aportada por la Convocante, sin ofrecer elementos técnicos que conduzcan al convencimiento del Tribunal en tal sentido.

4.1.4. EL MANEJO DE AGUAS DEL TÚNEL PRINCIPAL, ACTIVIDAD NO PREVISTA INICIALMENTE EN LA ESTRUCTURA Y CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

A través de sus Alegatos de Conclusión la Convocante se detiene de manera particular en relación con el tema que ha quedado enunciado y destaca que en los términos del Apéndice A del Pliego de Condiciones, referido a "*GESTIÓN AMBIENTAL Y SOCIAL*", al Consorcio Conlínea 3 únicamente le correspondía cumplir las obligaciones relativas al diseño y manejo del vertimiento de las aguas provenientes del Túnel Piloto, sin que dentro de su carga obligacional se encontrase incluida la operación de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales del Túnel Principal.

Agrega que a pesar de lo anterior y ante las advertencias formuladas tanto por la Defensoría del Pueblo como por la Procuraduría General de la Nación en el sentido de que no podía aumentarse el nivel de sólidos suspendidos, el cual se vería afectado por el inicio de las obras del Túnel Piloto y con la finalidad de evitar mayores retrasos en la ejecución del Contrato de Obra 1883 de 2014, se llegó conjuntamente a la conclusión de que el Consorcio Conlínea 3 debía asumir entonces el manejo de las aguas tanto del Túnel Piloto como del Túnel Principal, lo cual supuso y exigió recibir del Contratista del Túnel Principal su respectivo sistema de tratamiento de aguas residuales, todo lo cual dio lugar a mayores retrasos en la ejecución de las obras a su cargo.

Enfatiza la Convocante que el **INVÍAS** le impartió instrucciones precisas para que no iniciara actividades en el Túnel Piloto mientras no hubiere recibido la planta de tratamiento de aguas residuales del Túnel Principal.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En relación con este punto el Tribunal debe señalar que dentro de los HECHOS de la Demanda, que son los que constituyen la *causa petendi* de la misma, no se encuentran referencias concretas a los aspectos fácticos que con tanto detalle desarrolla la Parte Convocante en sus Alegatos Finales acerca del tema específicamente relacionado con la carga que finalmente debió asumir respecto del manejo de las aguas del Túnel Principal, lo cual parece explicar el silencio que sobre esa materia guardaron en sus alegaciones la Convocante y el Ministerio Público.

Al respecto en su numeral **4.3.8**, la Demanda registra el siguiente hecho:

"4.3.8 *El Formato de adición del Adicional, denominado "MSE-FR-19", suscrito el 11 de diciembre de 2015, contiene el concepto de la Interventoría sobre las causas que justifican la prórroga en los siguientes términos:*

"1. Dificultad en los accesos del proyecto.

2. Ajustes al Diseño Geométrico. Con el replanteo del eje del túnel piloto se verificó la presencia de desplazamientos en el área de servicio del túnel, razón por la cual fue necesario efectuar el ajuste geométrico del eje de todo el proyecto y el levantamiento de secciones transversales para establecer los volúmenes reales de obra. Dichas actividades requirieron de tiempos adicionales durante la etapa de construcción.

3. Requerimientos Ambientales

Con el objeto de poder iniciar la ejecución de las obras del Túnel Piloto, el contratista debió ejecutar de manera previa varias actividades para dar cumplimiento a los requerimientos ambientales solicitados por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA, Corporación Autónoma Regional del Quindío CRQ y compromisos establecidos en las Mesas Ambientales que se llevan a cabo periódicamente con la Defensoría del Pueblo.

Igualmente, el contratista no pudo adelantar actividades al interior del Túnel Piloto, hasta tanto no fueron presentados a la ANLA, lo siguientes: El ajuste al Plan de Manejo Ambiental, la estructuración del Plan de Gestión del Riesgo del Vertimiento de Aguas Industriales y una evaluación ambiental del vertimiento de aguas industriales, requerimientos ordenados por la ANLA en las Mesas Ambientales. (...)"."

Tal como se puede apreciar, la parte principal del hecho transcrito hace referencia al *"Formato de adición del Adicional, denominado "MSE-FR-19", suscrito el 11 de diciembre de 2015"* y sobre él se indica que *"contiene el concepto de la Interventoría sobre las causas que justifican la prórroga"*, a propósito del cual se realiza la transcripción correspondiente.

Así pues, la referencia que se hace a los temas que fueron debatidos y/o a las decisiones que se adoptaron en las *"Mesas Ambientales"*, además de resultar bastante genérica, es claro que se formula de manera indirecta, comoquiera que los que se registraron como acontecimientos principales en ese hecho fueron la existencia del *"Formato de adición del Adicional"* y *"el concepto de la Interventoría sobre las causas que justifican la prórroga"*.

Así pues, nada se dijo acerca de los hechos que habrían tenido ocurrencia en el seno mismo de las denominadas "Mesas Ambientales"; quiénes participaron en las mismas; cuáles fueron las decisiones que allí se adoptaron; cuáles fueron las razones que determinaron la adopción de esas decisiones; en qué medida tales decisiones afectaron al Contratista para el cumplimiento de sus obligaciones; cuál fue la participación de la Convocada en el desarrollo, impulso y definición de tales "Mesas Ambientales".

En fin, dentro de la Demanda no se registraron hechos directamente relacionados con la carga que debió asumir el contratista respecto del manejo de las aguas del Túnel Principal, lo cual impide que el Tribunal pueda hacer pronunciamientos de fondo sobre esa materia.

Téngase presente que al momento de expedir su Laudo, el Tribunal de Arbitramento necesariamente debe atenerse, entre otros aspectos de importancia, a los HECHOS aducidos en la Demanda, so pena de desconocer el principio de congruencia.

Así lo determina de manera imperativa el artículo 281 del Código General del Proceso, a cuyo tenor:

"ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

"No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

"Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

"En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio". (Se deja destacado y subrayado).

La razón que justifica la exigencia legal transcrita radica en el imperativo insustituible e inexcusable de garantizar en forma real y efectiva los Derechos Fundamentales a la Defensa y a la Contradicción que a su vez forman sustancial del Derecho Fundamental al Debido Proceso que naturalmente debe serle respetado a la Parte Convocada.

Si el Juez de la Causa admitiera pronunciarse acerca de hechos que no hubieren sido expresamente relacionados o incorporados en la *causa petendi* de la demanda y acerca de los cuales, por elemental sustracción de materia, la Parte Convocada nada pudo contestar, argumentar, contradecir y menos probar, naturalmente estaría sorprendiéndola, lo cual resultaría atentatorio contra su Derecho Fundamental al Debido Proceso, así como resultaría igualmente violatorio del Principio Constitucional de Buena Fe con arreglo al cual deben proceder todas las autoridades públicas en el cumplimiento de sus funciones, de conformidad con los mandatos del artículo 83 de la Carta Política.

Acerca de la imposibilidad que le asiste al juez para modificar la *causa petendi* de la demanda ha sido prolífica la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, tal como lo evidencia el pronunciamiento que contiene la Sentencia proferida en julio 12 de 2016, expediente No. 56.806, oportunidad en la cual puntualizó:

"Ahora bien, de los hechos esgrimidos en la demanda se puede inferir lo que la parte actora pretende, esto es, la declaratoria de responsabilidad de la Superintendencia Financiera en relación con la omisión de sus funciones

respecto de una "comisionista de valores" en la que compró acciones; por el contrario, no puede por vía de inferencia concretar a cuál de las sociedades que integraban el grupo Interbolsa se refería.

"En este punto cabe resaltar, que a pesar de que el juez de instancia en ejercicio de la aplicación de la justicia material sobre la formal, debe realizar una interpretación integral y armónica de la demanda¹³³; no puede, gracias a esa atribución, modificar la causa petendi" (Se deja destacado).

En punto a la imposibilidad de desconocer y/o de variar los términos en que ha quedado fijada la *causa petendi*, la Jurisprudencia del Consejo de Estado a través de su Sentencia de julio 24 de 2013, radicación No. 25000-23-26-000-1999-02553-01, expediente No. 28866, ha reiterado la imposibilidad de variarla después de que se vence la oportunidad para reformar la demanda, por manera que no puede ser alterada mediante el recurso de apelación, cuestión que el Tribunal encuentra idénticamente aplicable a la etapa de los Alegatos de Conclusión.

Si bien los pronunciamientos que sobre esta materia ha realizado el Honorable Consejo de Estado parten de casos en los que se ha ejercido la acción de reparación directa, lo dicho acerca de la imposibilidad de variar la *causa petendi* de la demanda por fuera de la oportunidad procesal para reformarla también es aplicable de idéntica manera para los litigios relativos a controversias contractuales -tal como el que ahora se examina y se resuelve-, amén de que en aquellos y en estos también rige a plenitud del denominado Principio *iura novit curia -dame los hechos y yo os daré el derecho-*, por lo cual el Tribunal encuentra perfectamente válido y pertinente traer a colación, como apoyo de sus conclusiones en este punto,

¹³³ Sobre la aplicación de la justicia material, véase, sentencia SU – 768 del 2014, Corte Constitucional, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

las providencias judiciales que se transcriben en lo pertinente a continuación.

"Variación de la causa petendi

"A este respecto, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, "Los hechos son la causa petendi de la demanda, en cuanto configuran la causa jurídica en que se fundamenta el derecho objeto de las pretensiones y por eso, desde el punto de vista procesal, su afirmación constituye un acto jurídico que tiene la trascendencia y alcance de definir los términos de la controversia y por lo tanto el alcance de la sentencia, y deben ser objeto del debate durante el proceso, para que si al final se encuentran debidamente probados puedan prosperar las peticiones de la demanda, ya que respecto de ellos debe pronunciarse el juzgador, en perfecta congruencia"¹³⁴.

"De acuerdo con el contenido del artículo 208 del C.C.A., subrogado por el artículo 47 del decreto 2304 de 1989, la demanda podrá aclararse o corregirse hasta el último día de la fijación en lista, oportunidad que en el sub lite no fue aprovechada por el actor, quien por fuera de tiempo, en la sustentación del recurso de apelación, pretendió variar los hechos en los que fundó todo el sumario, expresando que las lesiones sufridas fueron producidas por el desequilibrio de las cargas públicas, y ya no por el actuar negligente del cuerpo médico del Hospital Militar como lo había sostenido en el texto de la demanda"¹³⁵.

¹³⁴ Consejo de Estado; Sala Plena; Sentencia del 14 de febrero de 1995; Exp. S - 123

¹³⁵ Se advierte que "la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en las actuaciones que conoce carece por completo de facultades para variar la causa petendi que se narra en la demanda, es decir, que en procesos de esta naturaleza la sentencia está irremediablemente abocada a resolver sobre si hay o no lugar a declarar la responsabilidad de la administración con base en los antecedentes fácticos descritos en la demanda y a los medios de convicción regular y oportunamente agregados al plenario. (...) Cualquier variación o modificación del marco fáctico implicaría un desconocimiento flagrante del principio relativo al debido proceso, ya que, por una parte, sorprendería a la entidad pública demandada

"Efectivamente, esta Subsección no puede pronunciarse sobre hechos distintos a aquellos en los que el actor basó sus pretensiones, pues, se insiste, no es el recurso de apelación la oportunidad procesal prevista por el ordenamiento jurídico para modificar la causa petendi de la demanda, ni siquiera con base en la aplicación del principio iura novit curia, por cuanto,

"la Sala precisa que sí es posible en materia de juicios de responsabilidad extracontractual del Estado, la aplicación del principio iura novit curia, pero siempre teniendo en cuenta que a través de él no se puede llegar a la modificación de los fundamentos fácticos de la pretensión, expuesto en el libelo, los cuales constituyen su causa petendi y son precisados por el actor, y no otros. Así en esta materia, lo importante es la realidad y naturaleza de los hechos y no la calificación jurídica que les puede dar el demandante, todo lo cual coincide con lo dispuesto por nuestra legislación positiva, concretamente por el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, según el cual, la sentencia debe analizar "Los hechos en que se funda la controversia". (...) Si se aceptare que el juez puede al final del proceso, en la sentencia cambiar los hechos alegados en la demanda se estaría desconociendo el derecho de defensa y contradicción del proceso que tiene la parte demandada, la cual contestará la demanda en frente de los hechos alegados por el demandante y enfocará su actividad probatoria para desvirtuar esos hechos que se conocen desde un comienzo. Pero si al

cuya defensa y medios exceptivos estarían enfocados a rebatir los hechos presentados en la demanda y, por otra parte, en atención a que ésta jamás tendría opción de ejercer en ese caso el legítimo derecho de controvertir y de aportar pruebas tendientes a rebatir los elementos de juicio eventual base de la declaración de responsabilidad y consecuencial condena al pago de los perjuicios". Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 19 de junio de 1996; Rad. 8422

*final del proceso se cambia ya no podría cuestionarlos*¹³⁶
*(subrayado fuera de texto).*¹³⁷

En la misma línea comentada, el Honorable Consejo de Estado mediante su recientísima Sentencia de junio 14 de 2018, radicación No. 05001-23-31-000-2006-02589-01, expediente No. 37646, sostuvo:

"Por otro lado, en la sustentación del recurso de apelación, el demandante amplió la causa petendi de la demanda. Al respecto, solicitó indemnización de perjuicios, habida consideración que ingresó al Ejército Nacional a prestar el servicio militar obligatorio entre el 14 de noviembre de 2005 y el 22 de septiembre de 2006, sin que le fueran practicados los exámenes necesarios para ver si era apto o no para ejercer la conscripción y, por lo tanto, dicha circunstancia generó la agravación de su enfermedad mental.

"Conviene precisar que el recurso de apelación no puede ser utilizado con el objeto de efectuar modificaciones u adiciones a las circunstancias fácticas planteadas en la demanda (... ..) de lo contrario, se estaría vulnerando el principio de congruencia.

".....

"Lo anterior implica que cuando se efectúen pronunciamientos sobre eventos futuros que no fueron planteados en líbello introductorio habrá extralimitación en las facultades de la autoridad judicial porque no está dentro de su órbita funcional motivar su decisión sobre un objeto diferente al originariamente invocado.

¹³⁶ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 14 de febrero de 1995; Rad. S-123

¹³⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia fechada en 24 de julio de 2013. Radicación No. 25000-23-26-000-1999-02553-01; expediente No. 28866. Magistrada Ponente, doctora Olga Mélida Valle de la Hoz.

"La incongruencia supone una actuación arbitraria, habida consideración que al alterar de manera sustancial los términos de referencia que sirvieron al desarrollo del proceso, vulnera el principio de contradicción y el derecho de defensa de la contraparte, quien ha dirigido su actuación a controvertir los argumentos y hechos expuestos en la demanda. Esto implica que no haya garantía de un espacio procesal en el que se pueda debatir y controvertir los nuevos planteamientos efectuados.

"El juez es el llamado a proteger los derechos que eventualmente se llegaren a quebrantar durante el desarrollo de un proceso y, en consecuencia, le es vetado pronunciarse sobre eventos no solicitados en la oportunidad fijada por la ley.

"Así las cosas, el principio de congruencia es un elemento del debido proceso en la medida que procura la protección del derecho de defensa y el amparo a obtener una decisión judicial con base en los hechos, pretensiones y fundamentos normativos de la demanda incoada. En relación con este aspecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"(...) El principio de congruencia de la sentencia exige que ésta debe estar acorde con los hechos y las pretensiones esgrimidas en la demanda.

"(...) El principio de congruencia de la sentencia, además se traduce en una garantía del debido proceso para las partes, puesto que garantiza que el juez sólo se pronunciará respecto de lo discutido y no fallará ni extra petita, ni ultra petita, porque en todo caso, la decisión se tomará de acuerdo a las pretensiones y excepciones probadas a lo largo del desarrollo del proceso. Esto, además, garantiza el derecho a la defensa de las partes, puesto durante el debate podrán ejercer los mecanismos que la ley ha establecido para ello en los términos adecuados.

"La jurisprudencia de esta Corporación ha definido el principio de congruencia "como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política,

"en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó". Además ha establecido que siempre que exista falta de congruencia en un fallo se configurara un defecto y, por tanto, será procedente la tutela contra providencia judicial con el fin de tutelar el derecho constitucional fundamental al debido proceso.

"La Sala Cuarta de Revisión de esta Corporación, profirió en el 2008 la sentencia 1274 de ese año, en la que estableció lo siguiente:

"... la incongruencia tiene la entidad suficiente para configurar una vía de hecho, ya que la incongruencia que es capaz de tornar en vía de hecho la acción del juez "es sólo aquella que subvierte completamente los términos de referencia que sirvieron al desarrollo del proceso, generando una alteración sustancial, dentro de la respectiva jurisdicción, que quiebra irremediablemente el principio de contradicción y el derecho de defensa", a tal grado que "la disparidad entre lo pedido, lo debatido y lo probado sea protuberante", esto es, "carente de justificación objetiva y relativa a materias medulares objeto del proceso". De lo contrario, "el grado y el tipo de desajuste entre la sentencia y lo pedido, lo debatido y lo probado en el proceso, sería insuficiente para que se configure una vía de hecho judicial, así pueda existir una irregularidad dentro del proceso".

"De lo expuesto hasta el momento, se puede concluir que el juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso. Por lo tanto, no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo pedido (ultra petita), pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento. El principio de congruencia

de la sentencia, además garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por parte de las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para ello¹³⁸.

"En el mismo sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

"(...) el campo de la controversia jurídica y de la decisión del juez, encuentra su límite en las pretensiones y hechos aducidos en la demanda y en los exceptivos alegados por el demandado; por tanto no le es dable ni al juez ni a las partes modificar la causa petendi a través del señalamiento extemporáneo de nuevos hechos, o a través de una sutil modificación de las pretensiones en una oportunidad diferente a la legalmente prevista para la modificación, adición o corrección de la demanda, respectivamente, so pena de incurrir en la violación al principio de congruencia . El actor sólo cuenta con dos oportunidades para precisar la extensión, contenido y alcance de la controversia que propone, es decir para presentar el relato histórico de los hechos que originan la reclamación y para formular las pretensiones correspondientes: la demanda y la corrección o adición de la misma, de acuerdo con dispuesto en los artículos 137, 143, 170 y 208 del Código Contencioso Administrativo.

"Sobre los anteriores lineamientos se asienta el principio procesal de "la congruencia de las sentencias", reglado por el Código de procedimiento, el cual atañe con la consonancia que debe existir entre la sentencia y los hechos y pretensiones aducidos en la demanda (art. 305), que garantiza el derecho constitucional de defensa del demandado, quien debe conocer el terreno claro de las imputaciones que se le formulan en contra. El juez,

¹³⁸ Sentencia T-455 de 2016.

salvo los casos de habilitación ex lege, en virtud de los cuales se le faculta para adoptar determinadas decisiones de manera oficiosa, no puede modificar o alterar los hechos ni las pretensiones oportunamente formulados, so pena de generar una decisión incongruente^{139.} ^{140.}

En esas condiciones y siguiendo las orientaciones trazadas por la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado que se invoca y se cita como apoyo de las conclusiones a las que en este punto arriba el Tribunal, resulta evidente que no es posible hacer pronunciamiento de fondo alguno y menos de carácter estimatorio acerca de hechos que se presentan, se invocan o se identifican como fundamento de las pretensiones formuladas en la Demanda, pero que únicamente aparecen invocados en las Alegaciones Finales en cuanto no fueron incluidos como tales en el libelo introductorio del proceso.

Nótese que la única referencia que a lo largo de los HECHOS de la Demanda arbitral se hizo acerca del tema relacionado con "*compromisos establecidos en las Mesas Ambientales que se llevan a cabo periódicamente con la Defensoría del Pueblo*", no se presentó de manera autónoma como una circunstancia fáctica generadora de la responsabilidad contractual que se le endilga a la Parte Convocada, sino que a ello se aludió de manera indirecta como parte de una comunicación que la Interventoría del Contrato produjo al momento del trámite correspondiente al "*ADICIONAL 1*" y a la cual se alude en el numeral 4.3.8 de la referida Demanda.

¹³⁹ Sentencia del 1 de marzo de 2006, Exp. 15.898, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia fechada en 14 de junio de 2018. Radicación No. 05001-23-31-000-2006-02589-01; expediente No. 37646. Magistrado Ponente, doctor Ramiro Pazos Guerrero.

4.1.5. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE RETIRAR ELEMENTOS Y EQUIPOS DEL CONTRATISTA DEL TÚNEL PRINCIPAL, QUE SE ENCONTRABAN EN EL TÚNEL PILOTO Y RETRASARON EL INICIO DE SUS OBRAS

En sus Alegatos de Conclusión la Parte Convocante puntualiza que la presencia de elementos, de materiales y de equipos dejados por el Contratista del Túnel Principal en las áreas del Túnel Piloto dilataron el inicio de la ejecución de sus propias obligaciones contractuales, situación fáctica que constituyó el incumplimiento del **INVÍAS** al compromiso que asumió durante el procedimiento de Licitación en cuanto "*definió con claridad que antes del inicio de las obras serían retirados del Túnel Piloto los elementos y maquinaria del Contratista del Túnel Principal*".

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Al igual que se señaló al abordar el examen del punto anterior, referido al "*Manejo de aguas del túnel principal*", el Tribunal se ve en la obligación de poner de presente que dentro de la *causa petendi* de la Demanda, integrada por los HECHOS que se relacionan como fundamento de la misma no se encuentran referencias concretas a los aspectos fácticos que detalla la Parte Convocante en sus Alegatos Finales acerca del 'incumplimiento en que habría incurrido la Entidad Estatal Contratante en torno a su obligación de retirar los elementos y equipos del contratista del Túnel Principal, los cuales indica que se encontraban en las áreas propias del Túnel Piloto y que retrasaron el inicio de sus obras'.

El estudio de los HECHOS de la Demanda arbitral únicamente permite advertir que a la altura del numeral **4.2.1.4**, en clara y directa referencia a las respuestas que el **INVÍAS** brindó durante la segunda ronda y a propósito de "*los accesos*", en la observación 5 se transcriben las preguntas pertinentes, así:

"(...)

"3. De acuerdo a lo observado en la visita de obra, a lo largo del túnel se pudo observar una gran cantidad de redes instaladas, redes eléctricas y tuberías, las cuales interferirían con el trabajo a realizar. ¿Todas estas redes serán retiradas antes de iniciar los trabajos? De ser responsabilidad del contratista, ¿cuál sería el ítem para el cobro de estos trabajos?"

"(...)".

De la misma manera se transcribió su respectiva contestación:

"(...)"

"3. Se solicitará al contratista actual el retiro de las redes que está utilizando antes del inicio de las obras del futuro contrato."

"(...)".

Sin embargo nada más se señaló en la Demanda al respecto; nada se registró en dicha Demanda acerca del incumplimiento o el cumplimiento -tardío o defectuoso- que hubiese tenido lugar por parte de la Convocada en relación con la presencia o el retiro de tales obstáculos en el área del Túnel Piloto; nada se dijo en la Demanda acerca de las mayores o menores dificultades que para el cumplimiento de las obligaciones del Contratista hubiere podido representar la presencia de tales materiales y equipos en el sitio de las obras; así pues, sobre esos aspectos, aparte de no poder ser establecidos por el Tribunal por ausencia de formulación en los hechos, la Convocada nunca tuvo ocasión de ejercer su Derecho de Defensa, de exponer su propia versión o de aportar pruebas para desvirtuar las imputaciones que se pudieran derivar en su contra de la relación fáctica en cuestión.

Dado que la interpretación que el Juez de la Causa debe realizar en relación con la Demanda no le permite, en modo alguno, modificar o variar la

respectiva *causa petendi*, en este caso se impone concluir que mal podría el Tribunal realizar consideraciones o pronunciamientos de fondo acerca del tema que se deja mencionado.

De esa manera, con base en la misma disposición procesal que regula el Principio de Congruencia, contenida en el ya transcrito artículo 281 del Código General del Proceso -C.G.P.-, por el respeto que ameritan las garantías constitucionales consagradas en el artículo 29 de la Carta Política en punto de los Derechos Fundamentales al Debido Proceso, a la Defensa y a la Contradicción cuya integridad le corresponde garantizar de manera efectiva, así como con apoyo en las razones y los pronunciamientos jurisprudenciales que igualmente se han citado en apoyo de la decisión que aquí se adopta y a los cuales se hace remisión expresa en este punto, el Tribunal de Arbitramento concluye que tampoco le es dado hacer pronunciamientos de fondo y menos de carácter estimatorio acerca de los hechos que en los alegatos Finales de la Convocante se presentan y se desarrollan como fundamento de las pretensiones de su Demanda en torno al incumplimiento de la obligación de retirar los elementos y equipos del contratista del Túnel Principal que se encontraban en las áreas propias del Túnel Piloto y que retrasaron el inicio de sus obras, pero que no fueron incluidos, detallados ni incorporados en la respectiva Demanda arbitral.

4.1.6. LOS PERJUICIOS RECLAMADOS Y CAUSADOS POR LOS ESTABLECIDOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES DE LA PARTE CONVOCADA

El alcance de la responsabilidad contractual de las Entidades Estatales lo establece con claridad el artículo 50 de la Ley 80 expedida en el año de 1993, norma cuya declaratoria de constitucionalidad pronunció la Honorable Corte Constitucional mediante su Sentencia C-333-96, fechada en agosto 1º de 1996, "*... en el entendido de que ella debe ser interpretada en consonancia con el artículo 90 de la Constitución, puesto que esa norma*

constitucional se aplica también en relación con la responsabilidad contractual del Estado”.

La referida disposición legal reza así:

"ARTÍCULO 50. DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES ESTATALES. *Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”.*

Entendida entonces en la forma en que lo determinó la Honorable Corte Constitucional, esto es en consonancia con los dictados del artículo 90¹⁴¹ de la Carta Política y en especial en consonancia con el contenido del inciso primero (1º) de dicho canon superior, la norma legal transcrita que de manera absolutamente clara y directa radica en cabeza de las Entidades Estatales la responsabilidad por los ‘daños antijurídicos’¹⁴² que a ellas les sean imputables en asuntos contractuales -y no únicamente por sus ‘actuaciones, abstenciones, omisiones o hechos antijurídicos’-, además de constituir el fundamento positivo de dicha responsabilidad, también fija sus alcances de manera absolutamente amplia y comprensiva al establecer que

¹⁴¹ El siguiente es el tenor del citado artículo 90 de la Constitución Política:

“ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

¹⁴² El concepto de ‘daño antijurídico’ en el ordenamiento colombiano ha sido entendido de manera general -con apoyo básicamente en los desarrollos que al respecto ha realizado la doctrina española-, como aquel daño ocasionado a un sujeto que no está en el deber jurídico de soportarlo, independientemente de que el mismo llegare a tener origen en actuaciones u omisiones jurídicas o antijurídicas.

en esos casos las indemnizaciones a que haya lugar deben abarcar *"la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista"*.

Pues bien, en el presente caso y de conformidad con los análisis que se han dejado expuestos a lo largo del presente Laudo, se tiene suficientemente establecido que la Entidad Estatal Convocada incumplió algunas de las obligaciones que le correspondía atender en relación con la ejecución y/o el desarrollo del Contrato de Obra No. 1883 de 2014, básicamente en cuanto corresponde a la entrega completa y oportuna de los Diseños Fase III y los accesos al Túnel Piloto dentro del cual el Consorcio Contratista debía ejecutar las obras contratadas.

Le corresponde al Tribunal examinar entonces los efectos o las consecuencias de esos incumplimientos desde la perspectiva de los perjuicios y/o las indemnizaciones que reclama la Parte Convocante y acerca de los cuales se cuenta con habilitación de las Partes para adoptar decisiones en sede arbitral de conformidad con los precisos términos del aludido *PARÁGRAFO* del Pacto Arbitral contenido en la *CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA* del Contrato de Obra No. 1883 de 2014, la cual fue adicionada de conformidad con la *CLÁUSULA QUINTA* del Adicional No. 2 fechado en diciembre 9 de 2016.

El Tribunal considera de la mayor relevancia señalar que, independientemente del monto que finalmente se establezca en relación con las sumas que la Entidad Estatal Convocada deba reconocer a favor de la Convocante, en el presente caso y de conformidad con lo dispuesto en el inciso quinto (5º) del artículo 206 del Código general del Proceso -C.G.P.-, no está llamada a aplicar la limitación máxima que respecto de tales sumas podrían configurar los valores que fueron consignados en el Juramento Estimatorio que contiene la Demanda, porque dicho Juramento Estimatorio fue objetado por la Parte Convocada, objeción que deberá ser desestimada, tal como se explica en el aparte en el cual se realiza su estudio.

COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Tal como se encuentra definido y anunciado el tema acerca del cual se habilitó expresamente al Tribunal de Arbitramento para adoptar las decisiones que en derecho correspondan, se impone esclarecer cuál es el alcance o el sentido que, al menos para este caso concreto y según la intención que tuvieron las Partes al momento de convenir su pacto arbitral, le corresponde al concepto de "**COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN**".

Al respecto se destaca que no encuentra el Tribunal de Arbitramento, en el ordenamiento jurídico colombiano vigente, una definición legal que delimite o concrete el alcance de los "**COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN**", como tampoco una definición que las Partes del Contrato hubieren convenido para determinar específicamente la forma de entenderlo.

De allí la importancia de desentrañar la intención de las Partes en cuanto a la celebración del referido pacto arbitral, para efectos de establecer el sentido o alcance con el cual fue incorporado en ese texto en el PARÁGRAFO de la referida CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA del Contrato de Obra No. 1883 de 2014.

Tal como se ha reseñado reiteradamente a lo largo del presente Laudo, la mencionada CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA del Contrato de Obra No. 1883 de 2014 fue incorporada al mismo en virtud de lo decidido en la CLÁUSULA QUINTA del "*ADICIONAL NÚMERO DOS (2) Y MODIFICACIÓN NÚMERO CUATRO (4) AL CONTRATO No. 1883 DE 2014*", en cuyas "*CONSIDERACIONES*" se hizo la siguiente referencia:

"CONSIDERACIONES (... ..) 2) *Que en igual sentido, el contratista solicitó "mediante comunicación con radicado INVÍAS No. 97693 del 24 de octubre de 2016, la inclusión de una cláusula*

compromisoria en el contrato No. 1883 de 2014, con la finalidad que las controversias suscitadas en el marco del referido contrato, sean dirimidas por un tribunal de arbitramento (...)”.

Y al revisar la señalada comunicación del Contratista, fechada en octubre 24 de 2016, distinguida con la numeración CC3-INT-587-16 y radicación del INVÍAS 97693, la cual sirvió de antecedente inmediato para que las Partes hubiesen celebrado el pacto arbitral que aquí se ha mencionado, a lo largo de su contenido se encuentra que ante esa Entidad Estatal Contratante fueron elevadas conjuntamente dos (2) solicitudes, una encaminada a obtener *“una fórmula que restablezca el equilibrio contractual roto en perjuicio del Consorcio”* y la otra para convenir *“la inclusión de una cláusula compromisoria en el contrato, como mecanismo alternativo y eficaz de solución de controversias que la referida fórmula no sea capaz de resolver”*, así:

“El Consorcio Conlínea 3, contratista en el contrato de la Referencia, respetuosamente se dirige a usted para presentar, a través de este escrito, la solicitud del asunto, en procura de una fórmula que restablezca el equilibrio contractual roto en perjuicio del Consorcio, por la imposibilidad de ejecutar el contrato con el rendimiento previsto en los Pliegos de Condiciones y en la Propuesta, sino con uno sustancialmente inferior que le ha traído mayores costos, por una parte, y, por otra, para solicitar del señor Director la inclusión de una cláusula compromisoria en el contrato, como mecanismo alternativo y eficaz de solución de controversias que la referida fórmula no sea capaz de resolver, en los siguientes términos (... ..)”.

Como parte fundamental del análisis y la sustentación que ante el **INVÍAS** realizó el Consorcio Contratista en su aludida comunicación de octubre 24 de 2016, con la finalidad de evidenciar el desequilibrio contractual que habría operado en su contra por razón de la ejecución del Contrato de Obra No. 1883 de 2014, de manera concreta y reiterativa se refirió así a los **“COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN”**:

"4. VALORACIÓN DE LOS IMPACTOS OCURRIDOS EN LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS

"4.1. COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO HASTA EL MES DE DICIEMBRE DE 2016, DE ACUERDO AL ADICIONAL UNO (1) SUSCRITO EL DÍA 23 DE ENERO DE 2016.

"El Valor Total del Contrato incluye los Costos Directos de ejecución de las actividades de obra y los Costos Indirectos previstos por el Consorcio para el desarrollo de las obras; estos últimos se presentan como un porcentaje de los Costos Directos y se denomina AIU (Administración, Imprevistos y Utilidad).

"El AIU ofertado por el Consorcio Conlínea 3 equivale al 33% del Costo Directo y su descomposición es la siguiente:

- Administración (23%)
- Imprevistos (5%)
- Utilidad (5%)

"Así, el Valor del Contrato se descompone en los siguientes rubros:

$$\begin{aligned}\text{Valor Total del Contrato} &= \text{Costo Directo} + \text{Costo Indirecto} \\ \text{Valor Total del Contrato} &= \text{Costo Directo} + (\text{Costo Directo} * \text{AIU}) \\ \text{Valor Total del Contrato} &= \text{Costo Directo} * (1 + \text{AIU})\end{aligned}$$

Luego:

$$\begin{aligned}\text{Costo Directo} &= \text{Valor Total del Contrato sin IVA} / (1 + \text{AIU}) \\ \text{Costo Directo} &= \$104.028'110.171 / (1 + 33\%)\end{aligned}$$

Costo Directo = \$78.216'624.189

Luego:

$$\begin{aligned}\text{Costo Indirecto} &= \text{Costo Directo} * \text{AIU} \\ \text{Costo Indirecto} &= \$78.216'624.189 * 33\% \quad \text{Costo Indirecto} = \\ &\quad \mathbf{\$25.811'485.982}\end{aligned}$$

Donde:

$$\begin{aligned}\text{Administración (A)} &= \text{Costo Directo} * 23\% \\ \text{Administración (A)} &= \$78.216'624.189 * 23\% \\ \text{Administración (A)} &= \mathbf{\$17.989'1323.563}\end{aligned}$$

*Imprevisto (I) = Costo Directo * 5%*
*Imprevisto (I) = \$78.216'624.189 * 5%*
Imprevisto (I) = \$3.9101331.209

*Utilidad (U) = Costo Directo * 5%*
*Utilidad (U) = \$78.216'624.189 * 5%*
Utilidad (U) = \$3.9101331.209

Así:

AIU=A+I+U

AIU = \$17.989'823.563 + \$3.910'831.209 + \$3.910'831.209 AIU = \$25.811'485.982

AIU = Costo Indirecto

"Este esquema de Costos consideró el plazo de ejecución del Proyecto y la forma con la cual el Consorcio, con base en la información recibida del INVIAS, inicialmente contempló realizar los trabajos.

"Las condiciones actuales de ejecución del contrato previstas en el Programa de Inversión No.05 entregado con la comunicación CC3-INT-552-16 el pasado 29 de septiembre, presentan que el valor de la inversión en obra alcanzará el Valor Total del Contrato, es decir, la suma de \$104.653'843.165 pesos, IVA incluido, al 15 de diciembre de 2016, pero reiteradamente el Consorcio ha expresado que la inversión total es imposible a esa fecha y que la programación vigente obedece únicamente a la instrucción recibida del INVIAS con ocasión de la limitación en las vigencias, de modo que las correspondientes al año 2016 condensan el Programa, que presenta una ejecución de \$33.001'522.892 pesos durante el mes de diciembre, lo cual es físicamente imposible vista la ejecución a la fecha, reprogramación que obedece únicamente, como ya se dijo, a un requisito formal impuesto por la entidad contratante, pero que contrasta con la previsión real de ejecución, según la cual, a diciembre de 2016, será de \$5.380'918.387 pesos en obra, con lo cual la inversión acumulada ascenderá a la suma de \$76.407'505.666 y representará el 73% del valor total contratado.

"La diferencia sustancial entre las condiciones de la obra anunciadas en los Pliegos, consideradas por el Consorcio Conlínea 3 para elaborar su propuesta, y las realmente encontradas en el terreno para ejecutarla, llevaron a que el rendimiento mínimo previsto en ambos documentos no se pudiera alcanzar sino uno muy inferior, que elevó los costos del contratista hasta llevarlo a un punto de pérdida, que desconoce el derecho del contratista al mantenimiento de la ecuación económica del contrato.

"Ello sucede cuando el ritmo de ejecución real (inversión en obra) es menor que el previsto inicialmente y se da cuando hay una prórroga en el plazo original del contrato que no contemple una adición en valor que guarde una proporción de incremento similar, de tal manera que el valor de la ejecución no alcanza a cubrir el incremento en los costos.

"Combinado con lo anterior, debido a que las condiciones actuales no han permitido desde el inicio de las obras su normal desarrollo en el plazo original del Contrato, los recursos administrativos que dispuso el Consorcio para la ejecutar las obras, estuvieron todos en un estado de improductividad o de inferior productividad a la esperada, dado que las obras no alcanzaban el ritmo de inversión previsto inicialmente en la Oferta, con lo cual y durante dicho plazo comprendido entre enero de 2015 y enero de 2016, la estructura administrativa del Consorcio generó un perjuicio al causar Costos por Improductividad.

"El rendimiento ineficiente genera incremento en los costos de Administración del contratista, al requerir durante más tiempo recursos para su desarrollo.

"Estos recursos de Administración se componen fundamentalmente del apoyo Directivo, de Ingeniería y Administrativo requerido para la ejecución de las obras, así como de los elementos auxiliares para llevar a cabo esas tareas, tales como oficinas, dotaciones, servicios, papelería, vehículos y demás, junto con las pólizas, oficinas matrices, impuestos, costos financieros y todos aquellos operacionales y de mantenimiento atados al tiempo de ejecución del contrato.

*"Los costos anteriores, se clasifican en dos categorías principales, la primera de las cuales abarca los denominados **"Costos Fijos"**, clasificación que se da en función del tiempo, es decir, reúne costos que se causan de manera permanente en el plazo de ejecución de las obras, y por lo tanto son dependientes de la duración del trabajo". (Subraya el Tribunal).*

*"La segunda categoría consolida los denominados **"Costos Variables"**, reúne costos que no dependen de la duración del trabajo y que, por el contrario, están asociados al valor de la obra que se ejecuta, como es el caso de los impuestos; también reúne aquellos que se causan una única vez, como es el caso de la movilización y desmovilización de recursos a la obra". (Subraya el Tribunal).*

"El Consorcio ha tratado este asunto de manera acorde y consecuente con las disposiciones normativas, doctrinales y jurisprudenciales al respecto, solicitando siempre y de manera reiterada el restablecimiento del valor del contrato, para garantizar en todo momento durante la ejecución del mismo, el mantenimiento de las prestaciones establecidas, acordadas en favor del contratista en el contrato suscrito, consecuente con ello debe la Entidad obligarse a efectuar o reconocer los valores del contrato, conforme a los términos expresamente previstos en él o, en su defecto, según las normas generales de que dispone el ordenamiento jurídico colombiano.

"Las ofertas económicas se elaboran y presentan con base en los precios del mercado al momento de su estructuración y se prevé su mantenimiento durante todo el término de ejecución, no con base en condiciones posteriores al momento de la adjudicación del contrato, por cuanto no resulta factible que los precios ofertados sean estimados con índices de precios futuros que, para ese momento, todavía no son de público conocimiento.

"Así mismo, al momento de suscribir el contrato, las partes prevén el provecho que les reportará su ejecución, sobre la base de una equivalencia de prestaciones. Por tanto es en ese momento en el que se regula la economía del contrato en forma simétrica, constituyéndose una ecuación financiera que deberá preservarse durante toda su ejecución. En consecuencia, la preservación de la ecuación financiera existente a la fecha en que surge el contrato es un propósito sine qua non en la contratación pública y obedece a razones de equilibrio y equidad.

"Por consiguiente, el precio total del contrato debe ser el que resulte de multiplicar las cantidades de obra por el precio de los ítems correspondientes, más los reajustes. En tal sentido, el numeral 13 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispone:

"Artículo 25°.- Del Principio de Economía. Reglamentado por el Decreto Nacional 287 de 1996. En virtud de este principio:

"13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios".

"Se refleja así el principio de mantenimiento del equilibrio económico del contrato, propio de los contratos conmutativos onerosos (artículos 1496 a 1498 del C.C.).

"Las partes no pueden renunciar, antes de que se presente el supuesto de ruptura, a que se restablezca el equilibrio económico-financiero del contrato. Nadie puede renunciar a lo que desconoce; por ende, como los contratantes no saben cuándo, cuántas veces y por qué período se producirá la variación de los precios, no es válido, como parece entenderlo la Interventoría, renunciar a los reajustes de precios a través de un acuerdo convencional o contrato, esto implica que toda cláusula de renuncia a los reajustes de precios se torne ineficaz al momento de solicitar la revisión de los precios del contrato.

"Se entiende que mantener las condiciones iniciales del negocio jurídico implica necesariamente que los precios unitarios que fueron aprobados con la presentación de su oferta por parte del hoy contratista el 07 de noviembre de 2014, deben ser ajustados desde esa fecha hasta la fecha en que se ejecute efectivamente la obra, con lo cual se reconoce el incremento de costos desde la firma del contrato hasta el mes de ejecución de la obra, para restablecer la validez de los precios unitarios y el equilibrio económico del contrato.

"Se procede entonces a determinar los mayores Costos Fijos de Administración que ocurren por causa del incremento del tiempo de ejecución de la obra durante la Fase de Construcción, incremento que no se compensa en el Mayor Plazo, dado que, como se explicó anteriormente, al no haber una adición del valor al contrato, la provisión para los costos fijos de administración es exactamente la misma, para un tiempo mayor al previsto.

"Debido a que El Consorcio tendría que mantener las condiciones y recursos definidos contractualmente ,para la correcta ejecución de la obra por el mismo valor presupuestado para ese rubro, se convierte en una condición insostenible, pues en la Oferta presentada sólo se previeron los costos correspondientes al plazo contractual original especificado en la licitación.

"El aumento en los costos fijos de Administración del Contrato, crea cargas adicionales y que deben ser compensados al Consorcio con cargo al Proyecto, pues la extensión de Plazo no se ha visto nivelada con posibles aumentos en el valor de las obras que deba éste realizar, extensión causada por hechos y omisiones imputables al Instituto Nacional de Vías, como quedó demostrado en los numerales anteriores, y que, por consiguiente, comprometen su responsabilidad contractual

patrimonial, a la luz de los artículos 90 de la Constitución Política y 26 de la ley 80 de 1993.

A continuación determino los mayores costos fijos de Administración por causa del simple incremento del tiempo de ejecución de la obra". (Estas subrayas pertenecen al texto original).

A continuación, dentro del mismo oficio CC3-INT-587-16, radicación INVÍAS 97693, fechado en octubre 24 de 2016, el Consorcio Contratista procedió a explicar lo que en su entendimiento había ocurrido desde el punto de vista financiero a lo largo de la ejecución del Contrato de Obra No. 1883 de 2014, para cuyo efecto se ocupó de desarrollar los siguientes acápite: **"4.2 ESTRUCTURA ORIGINAL DE LOS COSTOS INDIRECTOS DEL CONTRATO"; "4.3. ESTRUCTURA ACTUAL DE COSTOS INDIRECTOS DEL CONTRATO (CAUSADOS) Y SU PROYECCIÓN EN EL MAYOR PLAZO"; "4.4. EL MAYOR COSTO EN QUE HA INCURRIDO EL CONTRATISTA"; "4.5. EN LOS COSTOS DIRECTOS"**, entre otros, para finalizar pero en relación con *"lo expresado en el presente escrito"*, con la anunciada petición que se transcribe enseguida:

"6. SOLICITUD DE ESTIPULACIÓN DE CLÁUSULA COMPROMISORIA.

"En consideración de lo expresado en el presente escrito, el Consorcio Conlínea 3 respetuosamente solicita al INVÍAS, en aras de precaver conflictos futuros entre Las Partes que guarden relación los asuntos planteados, establecer mecanismos de arreglo directo entre las mismas Partes, los cuales, considerando el momento de ejecución contractual deben ser instalados y decidir en un plazo no superior a treinta (30) días calendario, contados a partir del recibo de la presente.

"Una vez agotada la etapa de arreglo directo entre Las Partes, referido en el párrafo anterior, sin llegar a una acuerdo en relación con todas las desavenencias expresadas, solicitamos con fundamento en lo establecido en la ley 1563 de 2012, la inserción de una cláusula compromisoria en el contrato, para que las

referidas diferencias sean resueltas por un Tribunal de Arbitramento presentado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el cual estará sujeto a sus reglamentos y al procedimiento allí contemplado, para el cual sugerimos las siguientes reglas:

"- El Tribunal estará integrado por: tres árbitros designados por las partes de común acuerdo. En caso de que no fuere posible, los árbitros serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud de cualquiera de las partes.

"- Los árbitros designados deberán tener experiencia en litigios de infraestructura.

"- El Tribunal decidirá en derecho y la ley sustancial será la de la República de Colombia.

"- El Tribunal de Arbitramento tendrá su sede en la ciudad de Bogotá, en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

"- La secretaría del Tribunal estará integrada por un miembro de la lista oficial de secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

"- El arbitraje se someterá a las tarifas previstas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, conforme a lo dispuesto por el artículo 25 de la ley 1563 de 2012.

"Lo anterior, sobra manifestarlo, sin perjuicio de la facultad permanente que tienen las Partes de suscribir compromisos para resolver sus diferencias mediante otros mecanismos alternativos de solución de controversias.

"Estamos convencidos de que, con los mecanismos descritos, se logrará una solución especializada, rápida y objetiva a las controversias planteadas, las cuales, sin duda, son de alta complejidad y ameritan un tratamiento idóneo".

La mencionada expresión de los **"costos fijos de administración"**, a que hace detallada referencia la transcrita comunicación de octubre 24 de 2016, la cual dio lugar a la celebración del correspondiente pacto arbitral, ya había sido reiteradamente utilizada por el propio Consorcio Contratista en su comunicación de octubre 27 de 2015, distinguida con el número CC3-INT-236-15, cuando en ese entonces presentó una reclamación encaminada a obtener el reconocimiento de mayores costos, así como la ampliación del plazo para la ejecución de las obras del Contrato, todo por considerar que las circunstancias fácticas relacionadas en dicha comunicación -coincidentes en su mayoría con aquellas situaciones que fueron repetitivamente puestas de presente ante la Entidad Contratante y que finalmente se reflejan en buena medida dentro de la *causa petendi* de la Demanda arbitral que ahora se resuelve-, habrían afectado, precisamente, **"los costos fijos del Contratista"** y le habrían generado, por tanto, **"mayores costos fijos de Administración"**.

Así se lee en la aludida comunicación CC3-INT-236-15 de octubre 27 de 2015:

"Impacto en los costos y los Plazos del Contrato"

"Vistas las razones por las cuales el contrato requiere de mayor plazo y recursos adicionales para su ejecución, es necesario también acordar las soluciones requeridas para su correcta ejecución, de manera que todos estos temas sean resueltos en la adición a suscribir, tal y como se exige a las partes del contrato por parte de la jurisprudencia actual del Consejo de Estado.

"Se presentan a continuación las descripciones de las afectaciones que a la fecha han sido medidas y que deberán ser conjuradas en la modificación contractual a suscribir o en su defecto se consignarán las salvedades que correspondan a la misma, tendientes a permitir su discusión en un momento diferente.

"1. Mayor Permanencia en obra"

"La mayor permanencia de recursos del Contratista en el Proyecto se asocia con una mayor duración de las obras respecto a la prevista originalmente en el Contrato. Al incrementarse esa permanencia, el costo de los recursos aumenta en similar proporción, de manera que el Contrato debe proveer los mecanismos para cubrir esos mayores costos.

"Una manera de hacerlo, es cuando la mayor duración está acompañada de un aumento en el valor del Contrato, de manera que con la mayor facturación se logre recuperar, parcial o totalmente esos mayores costos. El mayor plazo resultante de 11,57 meses — entre el 14 de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2016 — viene acompañado de un incremento de costos asociados a esa mayor duración, los que se determinan a continuación. Es de anotar que este mayor plazo, que de todas maneras es parcial como ya se ha explicado, representa un incremento del 97% con relación al plazo original, incremento sustancial y decisivo en los costos de ejecución del Contrato, de ahí que tenga este aspecto que ser resuelto, en consonancia con el mayor plazo.

*Es así como **los costos fijos del Contratista**, dependientes del plazo se incrementan acorde a la variación registrada en el mismo, principalmente los relacionados con los recursos que hacen parte de la Administración de las obras por parte del Contratista.*

Este rubro cubre, como es bien conocido, los trabajos que tienen que ver con el apoyo Directivo, de Ingeniería y Administrativo requeridos para la ejecución de las obras, y los elementos auxiliares para llevar a cabo esas tareas, tales como oficinas, dotaciones, servicios, papelería, vehículos y demás, junto con las pólizas, oficinas matrices, impuestos y costos financieros.

*La mayor parte de estos **costos son fijos en el tiempo**, es decir, se causan de manera permanente en el plazo de ejecución de las obras, y por lo tanto son dependientes de la duración del trabajo. Existen a su vez otros costos que están más asociados al valor de la obra que se ejecuta, como es el caso de los impuestos, y finalmente algunos que no se causan*

sino una sola vez, como es el caso de la movilización y desmovilización de recursos a la obra.

*Se determinan a continuación los **mayores costos fijos de Administración** por causa del incremento del tiempo de ejecución del Contrato:*

"a. Con base en los costos indirectos del contrato

"El aumento de Plazo en el Contrato, que no se prevé esté acompañado de aumento en el valor de las obras, ocasiona que la totalidad del incremento en los costos fijos de Administración del Contrato tengan que ser valorados y reconocidos por el Contratante al Contratista. Ello ocurre a causa de la duración del mayor plazo que como ya se dijo es de 11,57 meses.

"De otra parte, el valor de la obra, está compuesto de Costos Directos e Indirectos (Administración, Imprevistos y Utilidad). En la oferta presentada por El Consorcio se establece que el porcentaje de AIU (Costos Indirectos) a tomar en cuenta para el Contrato, equivale al 33% de los Costos Directos .

"De este factor de AIU determinado sobre los Costos Directos, un 10% está compuesto de Indirectos y Utilidad, de manera que el restante 23% de los Costos Directos corresponde al valor del costo de la Administración para la duración original del Contrato.

Durante la Fase de Construcción y con base en el desglose de costos del rubro de Administración, un 70% de ellos son costos fijos en el plazo, mientras que el restante 30% no depende de la duración del Contrato. Son esos costos fijos dependientes del plazo los que se relacionan con los siguientes conceptos:

- Gastos de Personal y Honorarios.*
- Pólizas y Seguros.*
- Equipamiento y Operación de las Oficinas.*
- Servicios Públicos.*
- Gastos de Transporte y Equipos.*

"Con base en los parámetros anteriores se determinan los mayores costos presentados durante la ejecución del contrato:

<i>Valor del Contrato:</i>	<i>\$104.653'843.165</i>
<i>Costo Directo Proyecto (AIU 33%)</i>	<i>\$78.687'100.124</i>
<i>Valor Administración (23%):</i>	<i>\$18.098'033.029</i>
<i>Costo Fijo Administración (70%):</i>	<i>\$12.668'623.120</i>
<i>Administración Fija en 12 meses de Contrato:</i>	<i>\$1.055'718.593</i>
<i>Mayor costo en 11,57 meses mayor plazo:</i>	<i>\$ 12.214'664.121"</i>

"Valor éste, que al ser homogéneo con los de la oferta, se encuentra a origen de Contrato".

Los antecedentes descritos, los cuales guardan relación directa con uno de los aspectos del desarrollo que hubo entre las Partes durante la ejecución del Contrato de Obra No. 1883 de 2014, para el Tribunal resultan suficientemente dicentes en torno al origen del pacto arbitral que celebraron esas mismas Partes y permiten explicar el sentido de la expresión utilizada en su PARÁGRAFO cuando en su texto se incluyó expresamente el tema que corresponde a los **"COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN"**, los cuales, por tanto, no solo no resultan extraños, diferentes o incompatibles con el concepto de *COSTOS INDIRECTOS DE ADMINISTRACIÓN* sino que los comprenden.

De ahí que en el Dictamen Pericial Contable de Parte, aportado por la Convocante, se le haya solicitado expresamente al Perito que explicara, desde la técnica contable, **"cuál es la definición de los gastos y costos indirectos o de administración para la actividad de construcción"**, pregunta que absolvió apoyándose para ello en un pronunciamiento jurisprudencial del Honorable Consejo de Estado, en las precisiones que en esa materia ha realizado la Cámara Colombiana de la Infraestructura -CCI-, y en uno de los Manuales del propio **INVIAS**, todos ellos referidos, tal

como le fue preguntado, a la noción de "costos indirectos", la cual, aplicada al tema concreto de la "administración para la actividad de construcción", resulta suficientemente clara y esclarecedora para la tarea que le fue asignada por las Partes al Tribunal.

Así se lee en el punto pertinente dentro del mencionado Dictamen Pericial Contable de Parte:

"iii. Informará el Perito desde la técnica contable, cuál es la definición de los gastos y costos indirectos o de administración para la actividad de construcción."

"El Perito, atendiendo a la solicitud define los gastos o costos indirectos, como todas aquellas erogaciones necesarias para poner en marcha, conservar y mantener, la estructura administrativa necesaria durante la ejecución de una obra o proyecto, como lo son los trabajadores o empleados necesarios para labores de administración, arrendamientos, servicios públicos, equipos, y contratistas requeridos para las labores de planeación, ejecución, supervisión y control; así como todos aquellos gastos inherentes a la obra, sin los cuales no podría ejecutarse, ya sea por disposiciones contractuales o legales, que si bien no están incorporadas materialmente al proyecto, no sería posible su desarrollo, tales como: pólizas de seguro, impuestos, tasas y contribuciones, gastos financieros, entre otros; dichas erogaciones constituyen la denominada (A), del componente (AIU), por ello hacen parte de los costos indirectos los riesgos (imprevistos) y los beneficios (utilidad) del constructor o contratista.

"El Consejo de Estado

"... los costos indirectos que corresponden a los rubros que no están directamente relacionados con la construcción, pero en los cuales se requiere incurrir para poder ejecutar el proyecto (arriendo y gastos administrativos de la oficina, honorarios del director de la obra, del contador, del residente de obra y, en general, del personal especializado). Parte de esos costos

indirectos está representada por el componente denominado "AIU", que corresponde a un porcentaje de los costos directos estimados, donde "A" significa administración y comprende los costos indirectos propiamente dichos, destinados a cubrir los gastos a los que se ha hecho alusión, la "I" significa imprevistos y corresponde a un porcentaje destinado a cubrir contingencias menores que se puedan presentar en el curso del contrato

"En esta misma línea, la Cámara Colombiana de la Infraestructura ha expresado que:

"los costos indirectos hacen referencia a tres aspectos: 1. La estructura administrativa necesaria para la ejecución del proyecto, imprevistos, seguros, financiación, etc. 2. Los riesgos ordinarios, normales, previsibles que asume el proponente adjudicatorio y 3. La utilidad que espera percibir el mismo por la ejecución de la obra. Estas últimos, los costos indirectos, se expresan como porcentaje de los precios directos y tradicionalmente se ha llamado porcentaje de A.I.U. (% Administración, % Imprevistos y % Utilidad).

"Por su parte, el Invías, en su documento: "Manual de Servicios de Consultoría para Estudios y Diseños, Interventoría de Estudios y Diseños y Gerencia de Proyectos en Invías", define:

"Los costos Indirectos comprenden los gastos y costos de operación de la firma que deben atenderse en todo momento, para prestar los servicios ofrecidos de manera adecuada. Estos son gastos que no se originan ni se atribuyen directamente al proyecto. Estos costos se clasifican en dos temas:

- Gastos generales (costos directos de la organización no reembolsables)*
- Costos de personal no facturable (salarios y prestaciones no reembolsables)*

Los costos que generalmente se incluyen como gastos generales son, entre otros:

- *Alquiler de oficina*
- *Alquiler de equipos de oficina*
- *Servicios públicos*
- *Costos generales de comunicación e internet*
- *Papelería y útiles de oficina*
- *Fotocopias*
- *Gastos legales y bancarios*
- *Mantenimiento de oficina e instalaciones generales*
- *Seguro de incendio y robo*
- *Afiliación a asociaciones profesionales*
- *Alquiler y mantenimiento de vehículos de administración*
- *Revistas y publicaciones*
- *Documentación técnica*
- *Capacitación de personal (cursos, congresos y seminarios)*
- *Vigilancia y aseo*
- *Gestión comercial (preparación y edición de propuestas, pólizas de seriedad, visitas, promoción y otros)*
- *Gastos de viaje*
- *Depreciación instalaciones y equipos de oficina*
- *Costos de personal no facturable (administrativo y técnico no facturable)*
- *Costos de perfeccionamiento de contratos*
- *Otros impuestos como el ICA, el CREE y las estampillas departamentales*
- *Actualización tecnológica*

Los costos que se incluyen en los costos de personal no facturable son, entre otros:

- *Personal no facturable de los proyectos*
- *Prestaciones del personal anterior*
- *Organización para la administración de los proyectos"*

"Por su parte, como lo ha expresado este Perito en sus textos sobre dictámenes periciales, refiriéndose a aspectos económicos y contables: "son costos indirectos la mano de obra indirecta, los materiales indirectos, los costos indirectos de fabricación o prestación del servicio; así, erogaciones tales como: el pago a los supervisores, la energía o los combustibles que muevan las máquinas que procesan el producto, las amortizaciones o depreciaciones de los bienes necesarios para la producción o prestación del servicio, los arrendamientos, el almacenaje, entre muchos otros que no se pueden identificar directamente en el producto o servicio, son costos indirectos."

"Para el Consorcio Conlínea 3, el costo indirecto por administración (A) se encuentra compuesto por conceptos tales como: arrendamiento de inmuebles, empleados de administración, transporte de personal, servicio de vigilancia, servicios de topografía, administración material explosivo, pólizas, impuestos, tasas, contribuciones, gastos financieros, equipos de oficina, instalaciones provisionales, servicios públicos, depreciaciones y servicios profesionales, entre otros; erogaciones que sin duda encajan en las definiciones dadas por la Cámara Colombiana de la Infraestructura, el Invías, el Consejo de Estado y este Perito".

Una vez estudiados los elementos y soportes a los cuales acudió el Perito Contable para rendir su Dictamen de Parte, así como la sustentación de sus respuestas, la explicación detallada de las mismas, la coherencia entre ellas y el carácter imparcial que reflejan, le permiten al Tribunal darle crédito a este medio de prueba.

En cuanto a los demás Dictámenes Periciales que obran en el proceso, es decir el Técnico a cargo del Ingeniero **Federico Restrepo Posada**, el Técnico que elaboró el Ingeniero **Eduardo Oliverio Martínez Merchán** y el Contable Financiero rendido por **CAPITALCORP** y por el Administrador de Empresas **Alonso Castellanos Rueda**, el Tribunal pone de presente que no se ocuparon de realizar revisiones, análisis o exposiciones acerca de la definición, el concepto o la noción a la cual se viene haciendo alusión.

Ahora bien, en el mencionado Dictamen Pericial Técnico aportado por la Convocante se incluyó un acápite encaminado a cuantificar los **"Sobrecostos de Administración por Mayor Permanencia"**, a lo largo del cual se dijo:

"5.3.2 Sobrecostos de Administración por Mayor Permanencia"

"Teniendo en cuenta que una mayor permanencia genera costos de Administración que dependen fundamentalmente de la duración del contrato y no necesariamente del valor del mismo, el Perito Técnico desarrolló el siguiente procedimiento para estimar esos mayores costos al mes de diciembre de 2016, que fue lo que se le solicitó.

"Se parte en primer lugar, de los costos administrativos obtenidos de la contabilidad del CC3 desde el inicio de las obras hasta el mes de diciembre de 2016, los cuales se encuentran en un Informe Pericial Contable que le fue suministrado al Perito Técnico, y que dan cuenta de los Costos reales de Administración incurridos por el Contratista durante el período reclamado.

"A la vez se dispone de los valores facturados por el Contratista al INVÍAS en las actas mensuales de obra desde el inicio (la No. 5) hasta diciembre de 2016 (la No. 23). Estos valores constituyen el ingreso por todo concepto por el Consorcio, y a partir de ese ingreso total se obtienen las sumas que recibió el CC3 por recuperación de costos de Administración.

"La diferencia entre los costos de administración y el ingreso recibido por el Contratista por ese concepto, arroja como resultado el mayor costo que se origina por el mayor plazo de ejecución del Proyecto, hasta diciembre de 2016.

"En relación con los ingresos, el Informe Pericial Contable establece como valores facturados por CC3 para este período la suma de \$81.309.001.479 (Página 114 del Informe).

"El Perito Técnico procedió, a partir de ese Informe Pericial Contable y de las actas mensuales de obra que tuvo en su poder, a reclasificar los valores facturados por actas mensuales, agrupándolos por mes de obra y no por factura como figura en el Informe Pericial Contable, y establecer de esta forma, el Valor Facturado (**VF**) por mes de ejecución más ajustes, pero manteniendo inmodificable el valor del ingreso.

"Ese Valor Facturado se compone de Costos Directos e Indirectos de acuerdo con la siguiente fórmula:

Valor de la Factura = Costo Directo + AIU * Costo Directo

"El Contrato 1883 establece en su Cláusula Segunda, Parágrafo Primero un AIU del 33% sobre el Costo Directo del Contrato que aplica por igual al valor de las actas mensuales correspondientes.

"De este **AIU**, el 23% corresponde a los gastos de Administración, el 5% a Imprevistos y el restante 5% a Utilidades. El Perito Técnico los denominará para efectos del informe, como **VF** para el Valor de la Factura, **CD** para los Costos Directos Facturados, **A** como el Costo de Administración (23% de **CD**) e IU como los Imprevistos y la Utilidad (10% de **CD**).

"Estos conceptos y los valores facturados así descritos se presentan en el Cuadro No.4 a continuación:

".....

Los ingresos Totales recibidos por concepto de Administración ascienden a la suma de \$14.060.955.143.

En relación con los costos de Administración, estos figuran en dos partidas que determinó el Perito Contable en su informe.

- Una primera, que contiene los **Costos Totales de Administración** en que incurrió el Contratista agrupados por concepto de costo y por mes que figura en el dictamen del Perito Contable, (literal c. "Conclusión") y que establece en **\$23.263.860.882** el valor total de dichos costos, en

respuesta a la "pregunta i" (Páginas 112 y 113 del Informe Pericial Contable).

- *Una segunda partida, que responde a la "pregunta iv" en la que se le pide determinar el valor o **Costo de Administración de la Oficina Central** de los consorciados y que establece en la suma de **\$3.866.255.981** (Página 127 del Informe Pericial Contable).*

"El Perito Técnico considera que el Costo Total de la Administración del Consorcio en el proyecto comprende tanto los Costos Contables de Administración que el Perito Contable describe como tales en su dictamen (páginas 119 a 122), como el costo de las Oficinas Matrices que constituyen el también denominado "overhead" de las Sociedades que razonablemente debe ser imputado a los proyectos que estas ejecutan para el mantenimiento de la administración central de las Empresas.

"Por lo tanto, en el Cuadro No. 5 que se presenta a continuación se presentan los costos obtenidos en el Informe Pericial Contable:

".....

*"En ese Cuadro, los costos de Oficinas matrices se han considerado al final de cada ejercicio, por lo que el costo total de la Administración del Consorcio en el período en análisis es **\$27.130'116.863.***

*"Con base en los costos causados ilustrados en Cuadro No. 5 y con los valores facturados ilustrados en el Cuadro No. 4 y de acuerdo con el procedimiento adoptado por el Perito Técnico se establece como costo de Administración por mayor permanencia en obra, la suma de **\$13.069'161.720.** El Cuadro No. 6 ilustra la variación mensual de estos costos".*

"En la Figura No. 9, se ilustra el desarrollo en el tiempo de los costos de Administración y la forma como se fueron recuperando (...)".

Al efectuar la valoración probatoria de este Dictamen Pericial Técnico de Parte, el Tribunal pone de presente que si bien es cierto que el Perito al momento de realizar sus cálculos partió de tomar dos (2) elementos constatados y soportados en la realidad, esto es **i)** por un lado la determinación de los costos administrativos obtenidos de la contabilidad del Consorcio Contratista, según la tarea que con base en los soportes correspondientes adelantó el Perito Contable de Parte, y **ii)** por otra parte los valores facturados por el Contratista al INVÍAS en las actas mensuales de obra desde el inicio (la No. 5) hasta diciembre de 2016 (la No. 23), en el entendido de que *Estos valores constituyen el ingreso por todo concepto por el Consorcio*, no es menos cierto que la diferencia que pretende establecer entre aquellos (los costos administrativos contables) y los costos administrativos que habría recuperado el Contratista en virtud de los ingresos percibidos por todo concepto, para concluir que dicha diferencia es la que correspondería con exactitud a los reclamados **"Sobrecostos de Administración por Mayor Permanencia"**, no le ofrece al Tribunal la certeza que se requiere para sustentar en dichos cálculos una decisión judicial o arbitral, en primer lugar porque la última parte de la operación expuesta es el resultado de una deducción puramente teórica -sin soporte concreto, efectivo y tangible en la realidad-, y en segundo lugar porque para establecer esa diferencia se tomó como minuendo, de manera cierta y absoluta, el resultado que estableció el Dictamen Pericial Contable que aportó la Parte Convocante respecto de los costos administrativos obtenidos de la contabilidad del Consorcio Contratista, a lo cual se procedió sin hacerle el menor cuestionamiento, resultado total que, como se verá más adelante, incluye algunos aspectos que el Tribunal no puede aceptar y que lo obligan a excluirlos para depurar así el concepto que permite definir el verdadero monto de dichos costos administrativos.

Por lo que acaba de señalarse, el Tribunal no apoyará entonces sus decisiones en el mencionado Dictamen Pericial Técnico aportado por la Parte Convocante y, en consecuencia, procede a identificar los conceptos y montos que corresponden a **COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL**

AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO a partir de los otros elementos de prueba y de acreditación que obran en el expediente.

Al emprender este análisis, el Tribunal pone de presente que desde una óptica eminentemente objetiva resulta claro y fuera de cualquier discusión que el plazo total para la ejecución del Contrato, inicialmente convenido en doce (12) meses según su *CLÁUSULA CUARTA*, término que empezó a correr el día 15 de enero de 2015 y cuyo vencimiento, por ende, se previó para esa misma fecha del año 2016, en la realidad se extendió en más del doble de ese lapso.

Sin embargo la referida ampliación del plazo del Contrato no significa, *per se*, que deba efectuarse el reconocimiento de todos los *COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN* que se hubieren causado durante ese mayor plazo.

No sobra señalar en este punto, tal como en reiteradas oportunidades lo ha puesto de presente la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, que no resulta suficiente acreditar la mayor extensión del plazo de un contrato, con lo cual se resaltar la importancia que en todo proceso judicial o arbitral reviste la necesidad de que se prueben en debida forma el monto y la causa de los mayores costos cuyo reconocimiento se demanda:

"Adicionalmente subraya la Sala que, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección Tercera, el solo transcurso del tiempo por sí mismo no genera ruptura del equilibrio económico del contrato, por cuanto se requiere acreditar los mayores costos en los cuales incurrió, producto de la mayor permanencia (...)"¹⁴³.

¹⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia fechada en abril 13 de 2016; radicación No. 25000 23 26 000 2010 00128 01; expediente No. 46.297. Magistrada Ponente, doctora Marta Nubia Velásquez Rico.

Igual se indica que para la decisión que ha de adoptarse en punto de la definición del demandado reconocimiento de los *COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO*, se considera de la mayor importancia tener presentes las pautas jurisprudenciales que trazó la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado en su Sentencia de agosto 29 de 2007, radicación No. 25000 23 26 000 9854 01, expediente No. 14.854, oportunidad en la cual hizo los pronunciamientos que pasan a transcribirse *in extenso* en razón de la utilidad que a los mismos el Tribunal les reconoce y atribuye para la solución del presente caso, dada la aplicación que están llamados a tener en el presente caso por razón de los aspectos conceptuales y fácticos que aproximan el asunto decidido en esa ocasión y el que ahora se ventila en este proceso arbitral:

"2.6. La mayor permanencia en la obra y los perjuicios sufridos por el contratista.

"Se encuentra probado en el sub lite que el contrato 051 de 1991, celebrado entre el IDU y el Ingeniero Hernán Duarte Esguerra, fue objeto de cuatro prórrogas sucesivas que extendieron el plazo inicialmente pactado en 4½ meses, a 10 meses y 5 días, todas ellas, imputables fundamentalmente a la conducta de la Administración por no haber hecho entrega oportuna de los predios requeridos para la construcción de la obra; por no disponer de los recursos económicos necesarios para adquirir tales inmuebles; por no haber adelantado las gestiones necesarias para que la zona en donde se ejecutarían las obras se encontrara libre de perturbaciones y por no haber pactado un plazo adicional para ejecutar las obras nuevas que fueron contratadas, circunstancias que obligaron al contratista a permanecer en la obra por lapso de 5 meses y 20 días adicionales al plazo que fue inicialmente previsto en el contrato.

"El demandante considera que la extensión del plazo contractual le causó perjuicios consistentes en los costos adicionales que debió asumir por la mayor permanencia en la obra, los cuales concreta en los siguientes rubros: i) sobrecostos por concepto de administración y demás costos indirectos causados entre el 26 de

noviembre de 1991 y el 31 de mayo de 1992; ii) sobrecostos por concepto de maquinaria y mano de obra causados entre el 26 de noviembre de 1991 y el 31 de mayo de 1992.

"Se observa que el plazo del contrato terminó el 15 de mayo de 1992, fecha que determinó la finalización del vínculo comercial entre las partes; en consecuencia, las reclamaciones formuladas por el contratista, respecto de los sobrecostos causados durante la ejecución del contrato no pueden exceder este límite. Se hace esta precisión por cuanto las pretensiones de la demanda están encaminadas a obtener reconocimientos económicos hasta el 31 de mayo de 1992, (fls. 2 y 3 cd. ppal), fecha que no tiene ningún significado para el contrato toda vez que, según la última prórroga contenida en el contrato adicional No. 5 de 30 de abril de 1992 (fl. 1, cd. 7), el plazo pactado en la cláusula octava del contrato principal se prorrogó hasta el 15 de mayo de 1992.

"Como ya se indicó, el demandante sostuvo que el hecho de permanecer más tiempo en la obra, como consecuencia de las sucesivas prórrogas del plazo contractual, le ocasionó perjuicios consistentes en asumir mayores costos directos e indirectos durante el lapso adicional. De los costos directos reclama concretamente los correspondientes a la maquinaria utilizada y el personal destinado a la ejecución de la obra y de los costos indirectos, los del rubro de administración.

"Es cierto que el Estatuto Contractual aplicable para el momento en que se celebró el contrato¹⁴⁴ consagró que cuando la Administración ordenara la modificación del contrato y por tal hecho el contratista debiera permanecer por un tiempo adicional en la obra, tendría derecho a reclamar los perjuicios que este hecho le generara, pero no es menos cierto que para que el contratista pueda hacer efectivo su derecho está en el deber de demostrar que realmente sufrió los perjuicios alegados.

¹⁴⁴ Los principios generales desarrollados en el Título IV del Decreto-ley 222 de 1983, se aplicaban a los contratos celebrados por los Departamentos, Municipios y los Distritos, según lo dispuesto por su artículo 1º.

"Acerca de este tema, resulta oportuno traer a colación el pronunciamiento que hizo la Sección Tercera en el siguiente sentido:

"Si el valor del contrato es pagado tardíamente, el contratista tendrá derecho al pago de los intereses que constituyen la rentabilidad que la ley presume produce el dinero y a la actualización de la suma debida, que responde al principio del pago integral de la obligación. **Pero si el contratista pretende obtener perjuicios por conceptos distintos, como el de la permanencia de equipos y personal en la obra durante los períodos de suspensión de la obra, estos perjuicios deberán ser acreditados.** Ellos efectivamente serían de linaje contractual pues se originaron en el desarrollo del contrato, pero no son prestaciones pactadas en el contrato; su ocurrencia y su monto no han sido previstos en él y por ende al actor le corresponde demostrarlos cuando pretenda ser indemnizado por dichos conceptos." (Negrilla y subrayado de la Sala)¹⁴⁵

"Bajo este contexto, resulta claro que aunque en el sub lite se encuentre plenamente demostrado que la mayor extensión del plazo contractual, ocurrió por las sucesivas prórrogas de que fue objeto el contrato de obra pública No. 051 de 1991 y que, además, se encuentra probado que las mismas fueron imputables, al incumplimiento de la entidad pública contratante, tales circunstancias determinarían, en principio, la viabilidad de efectuar el reconocimiento de perjuicios a favor del contratista, quien por causas ajenas a su voluntad se vio obligado a permanecer en la obra por mayor tiempo del previsto en el contrato original, ocurre que, tal evidencia no resulta suficiente para proceder al reconocimiento de los perjuicios que dice haber sufrido, sino que además se requiere que el demandante haya demostrado, de una parte **que sufrió efectivamente los perjuicios** a que alude en los hechos y pretensiones de su demanda y, de otra, **que determine el quantum**, toda vez que

¹⁴⁵ Sentencia de 28 de Octubre de de 1994, Exp. 8092, criterio reiterado por la Sala en Sentencia de 29 de enero de 2004, Exp. 10779, MP. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

a él le corresponde la carga de la prueba, según los mandatos del artículo 177 del C. de P.C.

"La prueba aportada para demostrar los costos directos (maquinaria y personal) e indirectos (costos de administración) durante el plazo de extensión del contrato.

"Para probar los perjuicios sufridos como consecuencia de la extensión del plazo contractual, el demandante solicitó la práctica de un peritazgo (fl. 5, cd. ppal), prueba que fue ordenada por el Tribunal mediante auto de 11 de noviembre de 1994 (fl 27, cd. ppal). Los peritos rindieron su dictamen el 24 de noviembre de 1995, dando respuesta, entre otras, a las preguntas contenidas en las letras a), b), c), d y e) del cuestionario contenido en la demanda (fl.5 cd. ppal) y que en el auto de pruebas corresponde a las letras a) y c). (fl. 27, cd. ppal.)

"En el auto de pruebas se solicitó a los peritos dictaminar sobre:

"a) el valor de los sobrecostos por concepto de administración y demás costos indirectos, maquinaria y personal derivados de la mayor permanencia en la obra entre el 26 de noviembre y el 31 de mayo de 1992."

"c) Diferencia entre los costos de administración para un período de 10 meses cinco días y un período de 4.5 meses y si esta diferencia constituye un sobrecosto en el que incurrió el contratista."

"Referido a esta misma materia, en el cuestionario formulado por el demandante para que fuera absuelto por los peritos, se solicitó:

"a) Con fundamento en la propuesta del CONTRATISTA y en el tipo de obra objeto del contrato 051 de 1991, deduzcan los señores peritos el costo de administración y demás costos indirectos del proyecto objeto de dicho contrato para un período de 4.5 meses, plazo inicial del contrato."

"Esta pregunta se repite, en idénticos términos, en las letras b) y c) del cuestionario, respecto de: "el costo de personal del proyecto" y "el costo de maquinaria del proyecto"

"De otra parte, en la letra d) del cuestionario se preguntó:

"d) Si para un período de 4.5 meses los señores peritos han encontrado o deducido unos costos o valores correspondientes a costos indirectos, costos de personal y costos de maquinaria, sírvanse indicar cuáles serían los costos por los mismos conceptos para un período de diez (10) meses cinco (5) días".

"Y en la letra e), la pregunta es del siguiente tenor:

"e) Una vez hecha la operación anterior, sírvase indicar cuál es la diferencia entre los costos para un período de diez (10) meses y cinco (5) días y un período de 4.5 meses y si esta diferencia constituye un sobre costo en el que incurrió el contratista por su culpa o sin su culpa"

"Los peritos respondieron a estas preguntas de la siguiente manera:

*"Tomaron los valores correspondientes a los costos indirectos A.I.U., por los 4.5 meses del plazo original del contrato, contenidos en la propuesta presentada por el contratista, los cuales ascendieron a la suma de **\$100'701.934,23**, discriminados de la siguiente manera (fl. 111, cd. 2):*

*"Administración: \$ 48'253.010,17, porcentaje 11,5%
"Imprevistos: \$ 21'734.834,14, porcentaje 5,18%
"Utilidad: \$ 30'714.089,95 porcentajes 7,32%*

"Estos porcentajes se encuentran calculados sobre el costo directo que, según la propuesta, es del monto de \$ 520'293.327.

"Igualmente, manifestaron los peritos que, con base en la propuesta presentada por el contratista para el período inicial del contrato 051 de 1991, es decir 4,5 meses, calcularon los costos

directos correspondientes a los rubros mano de obra y maquinaria, estableciendo los siguientes montos:

Mano de obra: **\$ 88'311.997,01**
Maquinaria: **\$ 111'147.138,93,**

"Seguidamente los peritos, tomando en cuenta los valores antes indicados, obtenidos de la propuesta presentada por el contratista para la adjudicación del contrato 051 de 1991, procedieron a efectuar el cálculo para el período total de 10 meses y 5 días que corresponden al plazo final del contrato, incluidas las prórrogas que fueron acordadas. De este ejercicio matemático obtuvieron las siguientes cifras para un período de 10 meses y 5 días:

*"Costos indirectos: **\$ 227'586.371,43***
*"Costos de personal: **\$ 199'585.113,20***
*"Costos de maquinaria y equipo: **\$ 251'192.533,90***

"Luego procedieron a establecer la diferencia entre las cifras que resultaban del contrato ejecutado en un plazo de 10 meses y 5 días (plazo final) y aquellas que correspondían al contrato original, cuyo plazo fue pactado en 4.5 meses, obteniendo el siguiente resultado:

"Costos indirectos: \$ 227'586.371,43 - \$100'701.934,23 = \$
126'884.437,17
Costos de personal: \$ 199'585.113,20 - \$ 88'311.997,01= \$
111'273.116,19
Costos de maquinaria:\$ 251'192.533,90 - 111'147.138,93 = \$
140'045.394,97

Valor total de la diferencia: \$ 378'202.948,97

"Como puede observarse, los peritos se limitaron a repetir en el dictamen, las cifras de costos directos e indirectos consignados en la oferta presentada por el contratista para la adjudicación del contrato de obra No. 051 de 1991, cuyo plazo se convino en 4 ½ meses y a partir de dichas cifras procedieron a efectuar un cálculo proporcional en razón del tiempo total que duró la obra, esto es, 10 meses y 5 días, para finalmente establecer la diferencia entre estas dos cifras, pero sin aportar ningún juicio de valor

encaminado a establecer si los costos reclamados por el demandante realmente se efectuaron, esto último, entre otras razones, porque el examen de esos no les fue encargado ni formaban parte de la tarea que debían cumplir.

"Costos directos (personal y mano de obra, maquinaria y equipos).

"Se observa que para determinar los costos de personal, los peritos en ningún momento indagaron si existían documentos en el archivo del contratista que les permitieran establecer los valores de la nómina de los trabajadores que fueron contratados entre el 26 de noviembre de 1991 y el 15 de mayo de 1992, o los montos que efectivamente fueron girados para hacer los pagos de salarios y prestaciones en su favor, o las consignaciones efectuadas en bancos a favor de dichos trabajadores, o los documentos de afiliación al sistema de seguridad social.

"Tampoco los peritos se detuvieron a analizar si la maquinaria y equipos que fueron ofrecidos en la propuesta estuvieron permanentemente en la obra, pues bien puede suceder que algunos de ellos no se necesitaran en determinados tiempos debido a la reprogramación de obra impuesta por las distintas prórrogas, como es normal en la construcción y, siendo así, es bastante probable que los equipos y maquinaria ofrecidos, por no requerirse en la obra, en los tiempos inicialmente previstos, pudieran ser utilizados en otras obras o simplemente no fueron tomados en alquiler sino hasta el momento que en realidad se necesitaran, lo cual corresponde a un proceder diligente del contratista que tiene experiencia en la construcción de obras de infraestructura y, por lo tanto, resulta perfectamente válido y factible que el contratista no incurriera en la totalidad de los costos calculados por los peritos, que por demás, en el presente caso, no fueron cuantificados en la demanda.

"Todo ello debió establecerse a partir de diversos elementos de prueba (testimonios, inspecciones, exhibiciones, etc.) como por ejemplo los documentos que deben hacer parte del archivo del contratista para establecer si hubo pagos o consignaciones por concepto de maquinaria y equipos, contratos de alquiler u otro documento que permitiera probar las erogaciones hechas por estos conceptos.

*"Lo cierto es que del dictamen pericial no puede deducirse que realmente el contratista incurrió en mayores costos originados en el empleo de maquinaria y mano de obra durante la extensión del plazo contractual; en consecuencia, la prueba así obtenida no resulta suficiente, ni ofrece la certeza necesaria para comprobar que el contratista se vio afectado patrimonialmente con el pago de salarios y prestaciones sociales a sus trabajadores y costos de equipos o maquinaria como consecuencia de las cuatro prórrogas que tuvo el contrato, sencillamente porque no se hizo ningún tipo de análisis para determinar si estos costos eran reales, sino que, a partir de los costos de la propuesta, se hicieron los respectivos cálculos matemáticos, teniendo como único factor el tiempo de ejecución del contrato, sin tomar en cuenta que la finalidad de este medio probatorio es la de obtener la opinión de profesionales expertos en la materia para que **demuestren** si los costos que reclama el demandante **efectivamente** se causaron en la proporción pretendida o si son menores o mayores a los previstos en el contrato inicial, todo ello con suficientes elementos de juicio que ofrezcan convicción y certeza.*

"A lo anterior se agrega que al examinar la propuesta presentada por el contratista, para la ejecución de obras adicionales, las cuales dieron lugar al contrato adicional al valor No. 4 (fls. 65 a 71, cd. 7), se observa que en ella se incluyeron algunos de los ítems previstos en el contrato inicial cuyos precios ya estaban determinados y otros nuevos que fueron pactados, aspecto en relación con el cual se impone destacar que en dichos precios estaba contenido el costo de la mano de obra, maquinaria y equipo, por lo tanto, no habría lugar a reclamar nuevamente este valor por lo que correspondía al tiempo de la última prórroga pactada, identificada como contrato adicional No. 5 de 30 de abril de 1992, la cual básicamente se celebró para ejecutar estas nuevas obras.

"Así las cosas, debe concluirse que el dictamen pericial no aporta elementos de juicio para que pueda tenerse como prueba que permita demostrar que el contratista incurrió en los sobrecostos allí calculados, por concepto de mano de obra, equipos y maquinaria durante el plazo de extensión del contrato y tampoco el demandante allegó al proceso otros elementos probatorios que

permitieran demostrar los perjuicios que dijo haber soportado por este concepto.

"En otras palabras, aunque se encuentra probado el hecho que dio lugar a la extensión del plazo contractual y, por ende, a la mayor permanencia en la obra, el demandante, a quien corresponde la carga de la prueba, no logró demostrar que este hecho le hubiere ocasionado perjuicios consistentes en mayores costos por concepto de maquinaria, equipos y mano de obra.

"Como consecuencia de lo anterior se denegará la pretensión encaminada a obtener el reconocimiento de sobrecostos por concepto de mano de obra, maquinaria y equipo.

"Costos indirectos (Administración).

*"En cuanto a los costos indirectos y concretamente el correspondiente al ítem **administración**,¹⁴⁶ cuyo pago se demanda, el cual también fue calculado por la pericia a partir de los valores establecidos en la propuesta y de acuerdo con el plazo total del contrato, encuentra la Sala que tales cálculos resultan admisibles, en la medida en que mientras subsista el vínculo contractual entre la entidad contratante y el contratista, los costos de administración continúan generándose en igual forma, independientemente de que la obra se encuentre diferida en el tiempo o que la construcción se realice a un ritmo menor, máxime que en el presente caso no se presentó suspensión en la ejecución del contrato, sino que la obra estuvo permanentemente en construcción y, por esta razón, el contratista debió, al menos, conservar la oficina con su mobiliario, pagar servicios, disponer de papelería, contratar secretaria, mensajero, contador y director del proyecto, pagar el importe de la ampliación de las pólizas originada en las prórrogas del contrato, tener celaduría en la obra, cerramientos provisionales y campamentos etc., durante el*

¹⁴⁶ Según la propuesta del contratista, los costos de administración están constituidos por: **Fijos:** arriendo de oficina, pago de servicios, dotación y muebles, papelería, secretaria, mensajero y contador; **Directos:** Pólizas, imprevistos timbres, descuentos Ley 33/85, retenciones, sueldo director de obra, campamentos, celaduría, cerramientos provisionales; **Indirectos:** Intereses sobre gastos e inversión inicial, imprevisto renta, otros. (Ver folio 209 del Tomo I de la propuesta, cd. 4 pruebas)

tiempo de la extensión del plazo contractual, como en realidad ocurrió, tal como se deduce de la correspondencia cruzada entre las partes, la cual obra en el expediente (cuadernos 6 y 10).

"Significa entonces que los costos de administración, correspondientes a las prórrogas pactadas en los contratos adicionales número 1 de 7 de noviembre de 1991, No. 2 de 24 de enero de 1992 y No. 3 de 25 de marzo de 1992, que como quedó demostrado en el presente proceso, tuvieron lugar por causas imputables exclusivamente a la Administración, al no tener disponible la zona en donde se ejecutarían las obras, deben ser reconocidos al contratista.

"Se destaca igualmente, que la prórroga contenida en el contrato adicional No. 5, al haber tenido como causa o justificación fundamental la ejecución de las obras adicionales pactadas en el contrato adicional al valor No. 4, de 7 de abril de 1992 -en el cual no se pactó plazo para su construcción-, la misma no generó costos administrativos adicionales a aquellos contenidos en la propuesta presentada por el contratista para estas nuevas obras (fls. 66 a 70, cd. 7) y reflejadas en el contrato adicional, por lo tanto, tales costos ya se encontraban reconocidos y al hacerlo de nuevo se generaría un doble pago.

"En efecto, se pudo establecer que en el contrato adicional al valor No. 4 referido, suscrito para adelantar la ejecución de obras no previstas en el contrato original, pero necesarias para la culminación total del proyecto, por cuantía de \$11'348.365,17, se incluyeron los costos directos e indirectos del proyecto (A.I.U.) calculados estos últimos en un porcentaje del 24% de los primeros, según la oferta presentada por el contratista para la ejecución de la obra adicional (fls. 65 a 82, cd. 7), así:

Costos directos: \$ 9'151.907,39

Costos indirectos: \$ 2'196.457,78

Total \$ 11'348.365,17

"Como los costos de administración hacen parte de los costos indirectos y estos fueron calculados en la oferta del contratista en un porcentaje del 11,50% sobre los costos directos (ver folio 209

de la propuesta), se tiene que en el contrato adicional No. 4, tal porcentaje equivale a la suma de \$ 1'052.469, 349, lo cual significa que los costos administrativos de la última prórroga del contrato 051 de 1991, comprendida entre el 1º y el 15 de mayo de 1992, se encuentran cubiertos dentro del valor referido y, en consecuencia, no puede existir un doble pago por razón o con cargo al rubro de administración para la última prórroga del contrato.

"Para calcular los costos de administración correspondientes a las tres primeras prórrogas que tuvo el contrato No. 051 de 1991, es decir, por el lapso comprendido entre el 25 de noviembre de 1991 y el 30 de abril de 1992, esto es, por 5 meses y 5 días se tomará como punto de partida el valor calculado en la propuesta del contratista como costos de administración para los 4½ meses (135 días) de ejecución del contrato, cuyo monto es de \$ 48'253.010 y a través de una simple regla de tres se establecerá a cuánto ascienden los costos de administración por el tiempo de extensión del contrato 5 meses y 5 días (155 días), así:

$$\begin{array}{r} \$ 48'253.010 \times 155 \text{ días} \\ \hline \text{-----} = \mathbf{\$ 55'401.604} \\ 135 \text{ días} \end{array}$$

"Se tiene entonces que los costos de administración causados entre el 25 de noviembre de 1991 (fecha original prevista para la terminación de las obras) y el 30 de abril de 1992 (fecha hasta la cual se extendía la prórroga contenida en el contrato adicional No. 3), que deberán reconocerse al contratista, ascienden a la suma de **\$ 55'401.604.**

"Indexación del monto adeudado

"El valor histórico a reconocer al contratista es de **\$ 55'401.604**, (precios de marzo de 1993), teniendo en cuenta que la liquidación del contrato se efectuó el 31 de marzo de 1993, documento en el cual el contratista presentó las salvedades que dieron lugar al juicio que es materia de decisión. Esta suma será actualizada con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, para lo cual se aplicará la siguiente fórmula:

$$Vp = \frac{Vh \times \text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$$

Vp: *Corresponde al valor presente*

Vh: *Es el valor histórico o inicial (\$ 55'401.604)*

Indice Final: *Es el IPC vigente a la fecha de este fallo (julio 2007) (176,34)*

Indice inicial: *Es el IPC vigente utilizado para calcular los valores previstos en el acta de liquidación final del contrato (marzo de 1993)*

"....."

"El valor total de los costos administrativos, mas indexación que deberá ser reconocidos al contratista, calculado con el IPC al mes de julio de 2007, asciende a la suma de (... ..)"¹⁴⁷. (Las negrillas y las subrayas pertenecen al texto original).

Pues bien, en el caso que ahora se examina se encuentra debidamente establecido que la ampliación del plazo inicialmente convenido en doce (12) meses para la ejecución del Contrato de Obra No. 1883 de 2014, se concretó a partir de acuerdos debida y formalmente adoptados por las Partes.

A partir de esa realidad, importa verificar entonces cuáles de esas extensiones del plazo de ejecución del Contrato ocasionaron perjuicios antijurídicos por cuya reparación deba responder la Entidad Estatal Convocada, propósito para el cual se impone examinar cada uno de los acuerdos a través de los cuales se hubiere convenido la extensión o la modificación de los plazos inicialmente establecidos en el Contrato.

- El primero de tales acuerdos contractuales es el que corresponde a la mencionada *"MODIFICACIÓN TRES (3) AL CONTRATO No 1883 DE*

¹⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia fechada en agosto 29 de 2007; radicación No. 25000 23 26 000 9854 01, expediente No. 14.854.

2014”, en cuya virtud las Partes decidieron “*Prorrogar la **ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN** del contrato 1883 de 2014 desde el quince (15) de abril de 2015 hasta el quince (15) de mayo de 2015, sin que se modifique el plazo total del contrato*”.

Tal como queda visto, si bien a través del acuerdo contractual en mención se introdujo al Contrato el cambio de un (1) mes en cuanto a la duración de su ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN, lo cierto es que el plazo total definido inicialmente en doce (12) meses para la ejecución de todo el Contrato se mantuvo inalterado, razón por la cual resulta más que evidente que la mencionada “*MODIFICACIÓN TRES (3)*” no puede tenerse en forma alguna como causa u origen de una mayor permanencia en el sitio de las obras y, por ello mismo, cabe concluir que dicha modificación contractual en nada alteró los referidos **COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO**.

- El segundo acuerdo contractual que tuvo por objeto modificar el plazo de ejecución del Contrato se encuentra contenido en el “*ADICIONAL UNO (1) AL CONTRATO No. 1883 DE 2014*”, mediante cuya *CLÁUSULA PRIMERA* se convino “*prorrogar el plazo del Contrato No. 1883 de 2015, desde el quince (15) de enero de 2016, hasta el 15 de diciembre de 2016*”.

La no terminación del contrato en el plazo inicialmente previsto, y en cuanto la Adición No. 1 no implicó y no comportó aumento del valor del Contrato, tal como se plasmó expresamente en el *PARÁGRAFO PRIMERO* de su referida *CLÁUSULA PRIMERA*, para el Tribunal constituye una causa evidente e inocultable que explica el incremento de los **COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO** a cargo del Contratista a partir del inicio de la prórroga, pero no durante todos los once meses, pues la situación de coordinación con el contratista del túnel principal de acceso por las

galerías se solucionó en agosto de 2016 con el acuerdo logrado con la Unión Temporal Segundo Centenario fechado el 17 de agosto de 2016, y que se puso en conocimiento del Consorcio Conlínea 3 el 25 de agosto siguiente, fecha de entrega de la comunicación INT-CCL3-552-16¹⁴⁸, según ya se ha mencionado en este laudo, acuerdo según el cual la Unión Temporal Segundo Centenario se comprometió a "*facilitar en condiciones óptimas al contratista que ejecuta las obras en el túnel piloto, el respectivo acceso de materiales, concretos, equipos y retiro de material de excavación por las galerías que sean requeridas, especialmente las números 5 y 10...*". Después de esta fecha las condiciones del sitio de la obra no eran las mismas presentes al momento de firma del Adicional No. 1., y ya no existe razón para sostener que no se hubiera coordinado el acceso por los portales con el contratista del túnel principal, de manera que las condiciones eran idóneas para abrir los frentes de trabajo necesarios (inclusive los seis que dice el contratista haber programado inicialmente) y desapareció la causa que entonces generaba la mayor permanencia, por lo cual debe cesar su efecto.

Contando con los dos accesos adicionales por sendos portales del túnel principal era posible, incluso, abrir seis frentes de obra.

Sobre lo anterior, ilustra la declaración de Juan Pablo Buriticá, ingeniero de Conconcreto, integrante del Consorcio Conlínea 3¹⁴⁹:

"(...)

Es decir, si este es el túnel piloto, una galería es así y el túnel grande es así, por estas galerías caben los equipos que íbamos a utilizar para construir el túnel piloto caben por las galerías y caben y da espacio

¹⁴⁸ Archivo "57. INT-CCL3-552-16" de la carpeta Anexos Peritaje Técnico del CD del folio 63 del Cuaderno "INFORME PERICIAL TÉCNICO DE PARTE" rendido por Federico Restrepo Posada.

¹⁴⁹ Archivo "Conlínea 3 de octubre RR" del CD del folio 593 del Cuaderno de Pruebas No. 1, página 80.

de movilidad para uno abrir varios frentes, porque el propósito cuál era? En la fase de oferta, era abrir un frente aquí, 2 frentes aquí.

DR. RODRÍGUEZ: Puede describir, para la grabación.

SR. BURITICÁ: Sí. Era un frente por Galicia, otro frente por Tolima, un frente intermedio por una galería creo que era la 6 y otro frente intermedio por otra galería que era la 12 con el propósito de entrar por la galería y abrir unos subfrentes hacia arriba y hacia abajo.

Entonces por el túnel principal estábamos requiriendo 2 frentes adicionales, o sea 2 accesos nuevos o adicionales que nos permitían abrir 2 subfrentes en cada uno de los accesos, entonces en total íbamos a tener como accesos, 4 accesos, pero como frentes íbamos a tener 2, 4 y 6 frentes.

Entonces ese era el propósito de uno poder acceder por el túnel principal, desde luego todo esto se ve finalmente traducido en tiempo porque esto es hacer el mismo trabajo hacerlo por 4 accesos redúcele la mitad y lo hace por..., eh, multiplícalo por 2 y lo hace solo por sólo 2 accesos, es prácticamente duplicar el trabajo”.

La posibilidad de abrir seis frentes contando con dos accesos adicionales por dos portales del túnel principal también fue corroborada en la declaración del perito Federico Restrepo¹⁵⁰:

“Entonces, sobre esa base ellos fundamentan su presentación y su propuesta para desarrollar las actividades sobre la base de la posibilidad de acceder a través de 6 frentes de trabajo de manera simultánea, dos de ellos a través de los portales de los túneles en el lado del Tolima y en el lado del Quindío, y los otros 4 frentes de trabajo a través del ingreso por simultáneamente dos galerías de conexión de manera simultánea que se iban modificando en la medida en que el contrato se iba ejecutando”.

¹⁵⁰ Archivo “11 02 2019 CONLÍNEA Vs INVIAS (5217) RR del CD del folio 593 -reverso- del Cuaderno de Pruebas No. 1.

En consecuencia, la mayor permanencia solo puede reconocerse desde el 16 de enero de 2016 hasta el momento en que cesó su causa, que en ese momento fue el número de accesos, es decir, hasta el 25 de agosto de 2016, cuando se informó al Consorcio Conlínea 3 el acuerdo con la Unión Temporal Segundo Centenario sobre acceso por las galerías del túnel principal que, según las pruebas citadas, permitirían abrir seis frentes de obra.

Huelga mencionar que tanto al reconocimiento concreto, como a la fijación de la cuantía de los reclamados *COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO* únicamente habrá lugar en la medida en que cada uno de ellos encuentre acreditación y soporte suficientes dentro del expediente, determinación a la cual se procederá más adelante.

- El tercer acuerdo contractual que generó un cambio en el plazo de ejecución del Contrato es el *"ADICIONAL NÚMERO DOS (2) Y MODIFICACIÓN NÚMERO CUATRO (4) AL CONTRATO No. 1883 DE 2014"*, mediante el cual las Partes consintieron en *"PRORROGAR el plazo del Contrato No. 1883 de 2015 (sic) desde el quince (15) de diciembre de 2016 hasta el 15 de septiembre de 2017 y ADICIONAR su valor en la suma de NUEVE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$9.250.000.000.00) INCLUIDO IVA (...)"*.

En el juramento estimatorio se calculan los perjuicios reclamados hasta el 15 de diciembre de 2016, de manera que la interpretación de la demanda que hace el Tribunal es que las pretensiones tienen como límite máximo esa fecha, anterior a la prórroga pactada en este Adicional.

- También a través del *"ADICIONAL NUMERO TRES (3) Y MODIFICACIÓN SIETE (7) AL CONTRATO No. 1883 DE 2014"*, así como mediante el *"ADICIONAL NÚMERO CUATRO (04) AL CONTRATO 1883 DE 2014"*, las Partes definieron *"Prorrogar el plazo del Contrato No. 1883 de 2014,*

desde el 15 de septiembre de 2017, hasta el 30 de diciembre de 2017 y adicionar su valor en la suma de VEINTIOCHO MIL TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$28.300.000.000.00) MONEDA CORRIENTE incluido IVA” y “Prorrogar el plazo del Contrato No. 1883 de 2014 desde el 30 de diciembre de 2017, hasta el 28 de febrero de 2018” respectivamente, sin embargo como esos acuerdos no fueron mencionados ni relacionados en los hechos que constituyen la *causa petendi* de la Demanda, el Tribunal se abstendrá de realizar pronunciamiento alguno al respecto.

No puede olvidarse, tal como ya se indicó en otro aparte del presente Laudo, que en virtud del Principio de Congruencia que de manera precisa consagra y define el artículo 281 del Código General del Proceso -C.G.P.-, *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos ... aducidos en la demanda”*, por manera que escapa al objeto del proceso sometido a conocimiento del Tribunal la definición de asuntos o circunstancias fácticas ajenas a la litis, amén de que con ello se estarían vulnerando los Derechos Fundamentales de la Parte Convocada al Debido Proceso, de Defensa, de Contradicción y de Audiencia.

Del análisis que acaba de exponerse, el Tribunal concluye que los únicos ***COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO*** que están llamados a prosperar en este proceso, en cuanto se encuentre debidamente acreditada su causación efectiva y soportada su cuantía, son aquellos que tuvieron lugar entre el 16 de enero de 2016 y el 25 de agosto de 2016.

Cabe mencionar que, dado que el periodo a tener en cuenta va hasta el 25 de agosto de 2016, resulta irrelevante que el Consorcio hubiera otorgado vacaciones colectivas a sus trabajadores, pues se demostró que ello ocurrió con posterioridad esta fecha, tal como lo declararon Alfonso Meza Patiño y Luis Alberto García Bolívar, por lo cual no hay lugar a acoger las argumentaciones que sobre esta materia esgrimió la parte Convocada.

Dijo el testigo Alfonso Meza Patiño¹⁵¹:

"DR. ESTRADA: Usted tiene conocimiento de si en algún momento el contratista decretó para su equipo de trabajo vacaciones colectivas?"

SR. MEZA: Ese es un punto que me parece interesante, por ejemplo, ahorita les hablaba del momento en que se terminó el contrato de la Unión Temporal Segundo Centenario que fue en noviembre 30, que no sé de pronto si recuerda alguien procuramos sacar al contratista de allí, que se fuera porque ya no podía seguir trabajando, ya no tenía contrato, el contrato se terminó el 30 de noviembre y se resistió mucho a dejar allí. Obviamente tuvimos que poner vigilantes del Consorcio Conlínea 4, en su momento, yo les di la orden que tomaran posición ahí en los portales para poder tomar el control del túnel porque ya no podía tenerlo el otro ya que no era contratista ni nada, imagínese uno con personal ahí que no tiene ni contrato, ni pólizas, ni nada, entonces muy complicado, eso lo logramos el 22 que hubo un bloqueo ahí, lo logramos el 22 de diciembre que ya se desocupara y justamente ese día y hay un oficio que le mandamos a la interventoría diciéndole que no nos explicábamos cómo es que el contratista decretaba vacaciones colectivas precisamente en el momento en que estamos logrando desocupar el túnel y pueden entrar más todavía a ejecutar todas las actividades que pudieran ejecutar".

El testigo Luís Alberto García Bolívar declaró¹⁵²:

"DR. ESTRADA: Finalmente en ese tema que yo aquí en mis notas denomino maquinaria y equipo, se ha referido también que una vez se tuvo el acceso pleno el contratista tomó decisiones que el Invías juzgó como equivocadas de la buena práctica, como por ejemplo sacar a vacaciones colectivas a todo el personal que trabajaba en obra, tiene usted conocimiento de algo de eso?"

¹⁵¹ Archivo "Conlínea 3 de octubre RR" en CD del folio 593 del Cuaderno de Pruebas No. 1, página 20.

¹⁵² Archivo "23 01 2019 CONLÍNEA Vs. INVÍAS 5217 RR" del Cuaderno de Pruebas No. 1, páginas 16 y 69.

SR. GARCÍA: Sí, eso es cierto y sí me consta, por lo menos en el mes de diciembre de 2016 que era ya el tiempo en el que estábamos con acceso pleno, a partir de agosto de 2016, el contratista de una manera unilateral autónoma decidió dar vacaciones colectivas los últimos días de diciembre y algunos días de enero a su personal.

(...)

DR. FAJARDO: En otro aparte de su declaración, cuando usted se refería a las vacaciones colectivas que el contratista le dio a todo su personal, lo cual, entendí, ocurrió en diciembre de 2016 cuando ya usted estaba ahí y por eso le consta, usted señaló que hizo un requerimiento al contratista porque estaba incumpliendo sus obligaciones. Usted nos quiere precisar en qué consistió el requerimiento, qué obligaciones estaba incumpliendo el contratista, qué respuestas dio el contratista, qué medidas adoptó al respecto?

SR. GARCÍA: Se hizo el requerimiento en virtud de la obligación de pliegos de tener actividad de trabajo como se denomina de 7X24 es decir la obligación del contratista era trabajar 7 días a la semana 24 horas al día durante todo el tiempo, así que dejar absolutamente abandonado sin actividad el proyecto me parece que desconoce esa obligación y así lo requerí.

La respuesta que recibí es que él era autónomo para cumplir su obligación de darle, laboral, o, mejor dicho, él me dio a entender que lo estábamos constriñendo en relación con el cumplimiento de sus obligaciones laborales porque debía darle vacaciones al personal. Por supuesto que para mí es claro que esa obligación es inobjetable, pero no tiene que darse al mismo tiempo para todo el personal, entonces eso se dejó dicho.

De alguna manera pensé en solicitar un procedimiento de apremio a la entidad contratante, pero también se podrá entender que recabar las pruebas que significaba la obra abandonada absolutamente a oscuras todo ese período del veinte y algo de diciembre y una fecha de enero, tomaba por lo menos como ese tiempo para poderlas adquirir, y finalmente los procesos de apremio pierden su fuerza cuando la acción cesa, entonces sentí que no había opción ahí distinta a haber dejado reseñado eso.

Ahora, yo debo decir que eso finalmente se ha resaltado más es porque es un poco contradictorio que se relieve todo el tiempo que no hay accesibilidad por las galerías y que la obra no puede fluir porque no hay accesibilidad por las galerías y justo cuando hay accesibilidad por las galerías la obra se suspenda de facto. Esa es una. Incluso, porque es que ahí estaba pasando un hecho, pero esto es más de presunción que de hecho documentado o documentable, lo dejo claro, y es que durante los meses de septiembre y diciembre, justamente cuando se dieron esas vacaciones, había una discusión álgida sobre unos precios unitarios en relación con la falla de La Soledad”.

Ahora bien, en cuanto a la acreditación de la causación efectiva de los aludidos **COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN** y la cuantificación de los mismos, el Tribunal encuentra que en el Dictamen Pericial Contable de Parte, rendido por el Contador Público y Abogado **César Mauricio Ochoa Pérez**, a través del primer requerimiento que se le pidió absolver, se ocupó de determinar *“... a cuánto ascienden los costos totales de Administración (A) en los cuales incurrió el Consorcio Conlínea 3 desde el mes de enero de 2015 hasta diciembre 31 de 2016, relacionados con el Contrato para la Terminación del Túnel Piloto Cruce de la Cordillera Central”.*

Para llegar a la referida determinación de *“... los costos totales de Administración (A) en los cuales incurrió el Consorcio Conlínea 3 ...”*, además de explicar de manera clara, completa y consistente tanto los exámenes y métodos aplicados por el Perito, como los conceptos correspondientes a cada erogación con indicación detallada de su monto, su beneficiario, la fecha del documento que soporta cada gasto, el valor del IVA que se hubiere causado, la fecha efectiva de cada pago, también fueron listados de manera discriminada los documentos que constituyen la fuente de cada información y de cada dato que se encuentra consignado en ese Dictamen Pericial y fueron allegados como anexos en veintitrés (23) cuadernos.

Según indica el Perito en su Dictamen, para resolver esa primera cuestión que le fue planteada acudió al examen y verificación de los siguientes

documentos y soportes que constituyen la fuente de las informaciones y de los datos que registra a lo largo de su pericia:

"a. Pruebas, ver:

- PT-01 Contrato 1883*
- PT-02 Documento de Conformación de Consorcio*
- PT-03 Estudios y Diseños Definitivos a Fase III de las Obras Civiles del Túnel Piloto de la Línea para su adecuación como Túnel de Rescate del Túnel Principal — Obra Civil — Revestimiento en Concreto convencional*
- PT-04 Copias de las facturas elaboradas por el Consorcio Conlínea 3, actas de obra, recibos de caja y liquidaciones de impuestos SIIF Nación.*
- PT-05 Copias de documentos relacionados con contratistas y terceros (facturas, contratos, actas de obra, pólizas, entre otros)*
- PT-06 Certificaciones de costos y gastos de alimentación, transporte, líneas celulares, tiquetes aéreos y vehículos de uso administrativo*
- PT-07 Anexo 142, Anexo 143 y "Cuadro de Análisis de Administración — Plazo 12 meses — Tres Turnos"*
- PT-08 Certificación sobre los empleados de Conlínea 3, PT-09 Certificaciones del Director Financiero y Administrativo de Conlínea 2, sobre los empleados "asignados para llevar a cabo labores en Conlínea 3*
- PT-10.01 Copias de colillas de Nómina y comprobantes de pago Consorcio Conlínea 3*
- PT-10.02 Copias de colillas de Nómina y comprobantes de pago Consorcio Conlínea 2*
- PT-11 Copias de Planillas de aportes PILA y comprobantes de pago*
- PT-12 Extractos bancarios Bancolombia*
- PT-13 Listado de depreciaciones de los vehículos de uso para la administración*
- PT-14 Costos y gastos pagados y reembolsables a consorciados"*

Dadas las condiciones y características que aquí se anotan en relación con el Dictamen Pericial Contable de Parte al que se viene haciendo alusión, el Tribunal considera que el mismo es digno de crédito y por ende le reconoce mérito probatorio, sin perjuicio de puntualizar también al respecto

*i).- De una parte, que para la acreditación y el consiguiente reconocimiento de los demandados **COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO** se tomarán únicamente los valores definidos para "los costos totales de Administración (A) en los cuales incurrió el Consorcio Conlínea 3" pero sólo en el límite temporal establecido por el Tribunal, y*

ii).- De otra parte, que de esos resultados que se plasman en dicha experticia acerca de "los costos totales de Administración (A) en los cuales incurrió el Consorcio Conlínea 3" y en cuanto a ello haya lugar, serán excluidos aquellos conceptos que no son pasibles del reconocimiento que se pretende en el presente proceso, todo de conformidad con la revisión que a continuación se señala respecto de cada uno de los rubros que conforman dicho acápite, así:

A.- CONTRATISTAS Y TERCEROS

Acerca del sentido y el alcance de este rubro, el Dictamen Pericial Contable de Parte señala:

"1) Contratistas y terceros:

"Constituidos por las erogaciones relacionadas con la prestación de servicios, suministro de elementos, insumos o equipos menores necesarios para la "Administración (A)" de la obra; sustentados con contratos de prestación de servicios, cuentas de cobro, facturas de venta, entre otros documentos fuente (ver PT-05)".

De ese rubro serán excluidas las sumas que corresponden al siguiente concepto:

"... erogaciones realizadas de forma previa (noviembre y diciembre del año 2014) por el Consorcio Conlínea 3, necesarias para el inicio del proyecto, correspondientes a pagos de Pólizas de Seguros por concepto de "Póliza Todo Riesgo y Póliza de Cumplimiento" (...)"

Para el Tribunal resulta evidente que esas erogaciones realizadas en forma previa al inicio del plazo de ejecución del Contrato no guardan nexo alguno con su ampliación, amén de que no están comprendidas dentro del señalado plazo al cual han de limitarse los reconocimientos que aquí se realicen.

Adicionalmente, en el dictamen contable aportado por INVÍAS fueron identificadas facturas emitidas por INMEL S.A.S. por concepto de "Instalaciones eléctricas proyecto"¹⁵³, que según se estableció en la audiencia de interrogatorio al perito¹⁵⁴, correspondería al contrato de construcción que tuvo por objeto "los trabajos de instalación sistema eléctrico en el túnel piloto"¹⁵⁵. A juicio del Tribunal, este costo no tiene relación con la mayor permanencia que se alega en la demanda, de manera de la suma a reconocer se descontarán de las erogaciones por facturas entre el 16 de enero de 2016 y el 25 de agosto de 2016, es decir, la factura 12227 por \$95.061.619, según el valor tomados del dictamen aportado por la Convocante¹⁵⁶.

¹⁵³ Cuaderno Dictamen Financiero Contable INVÍAS, folio 28.

¹⁵⁴ Archivo "11 02 2019 CONLÍNEA Vs INVÍAS (5217) RR" del CD del folio 593 -reverso- del Cuaderno de Pruebas No. 1, página 7.

¹⁵⁵ Folio 64 del Dictamen César Ochoa Libro 2.

¹⁵⁶ Cuaderno Dictamen César Ochoa Libro 1, folio 27.

El valor calculado por el perito entre enero de 2016 y agosto de 2016 es el siguiente, según el cuadro del folio 61 del dictamen¹⁵⁷:

AÑO 2016	
MES	VALOR TOTAL CON IVA (\$)
ENERO ¹⁵⁸	312.225.256
FEBRERO	591.870.500
MARZO	297.013.748
ABRIL	394.028.491
MAYO	414.981.693
JUNIO	641.011.472
JULIO	518.081.215
AGOSTO ¹⁵⁹	458.965.878
TOTAL	3.628.178.253

El valor a reconocer por contratistas y terceros es \$3.628.178.253.

B.- COSTOS DE PERSONAL

Así explica el Perito el concepto que abarca este rubro y la forma en que se verificó la información correspondiente que se incorpora y se cuantifica en el Dictamen:

"2) Costos laborales y de seguridad social

"En estos se agrupan los pagos de nómina, prestaciones sociales, aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y parafiscales,

¹⁵⁷ Cuaderno Dictamen César Ochoa Libro 1, folio 61.

¹⁵⁸ Sumando solo las facturas comprendidas entre el 16 y el 29 de enero enlistadas por el perito, sin contar la factura 12227 del 26 de enero, expedida por Inmel Ingeniería S.A.S., según lo expresado en este laudo.

¹⁵⁹ Sumando solo las facturas comprendidas entre el 1 y el 25 de agosto enlistadas por el perito.

tales como: pensión, salud, riesgos laborales, fondos, caja de compensación familiar, Sena e ICBF.

"El Perito obtuvo las certificaciones laborales, liquidaciones o pagos de nómina y los soportes de pago.

"El proceso de auditoría para este grupo de información inicia con la verificación de las personas asignadas a la administración del proyecto, los cuales son certificados por el Director Financiero y Administrativo del Consorcio Conlínea 3, los cuales se relacionan a continuación (...)".

"....."

"Una vez identificados los empleados pertenecientes a la administración (A) de la obra por parte del Consorcio, se validaron los pagos de nómina realizados a dicho personal con relación a la información obtenida, desglosada así: nombre completo, cédula, cargo, salario, primas, vacaciones, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías.

"Se clasifica como costos laborales el devengo de sueldo, horas extras, auxilio de transporte y beneficios que obtienen los empleados, derivados de la relación laboral y contractual, tales como prima, vacaciones, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías; así mismo, se catalogan como costos de la seguridad social, el pago del aporte de salud, pensión, riesgos laborales, fondos, caja de compensación familiar, ICBF y Sena.

"Se solicitó al Consorcio Conlínea 3, los soportes de pago de nómina tales como transferencias bancarias, que permitieran constatar el pago efectivo de salarios a los empleados; además de los soportes de pago a los aportes al sistema de seguridad social, que se realizaron por medio de las Planillas Integradas de Liquidación de Aportes — PILA (ver PT-10.01).

"Para el análisis o revisión de las Planillas PILA, se obtuvieron copias de las planillas iniciales y de corrección de los años 2015 y 2016, las cuales fueron validadas por medio de cálculos y operaciones matemáticas que verificaran las sumas aportadas a

las entidades correspondientes, de acuerdo con los valores mensuales devengados por cada empleado.

"De la misma manera que con las liquidaciones de nómina, se hallaron los documentos de pago de dichos aportes, los cuales fueron verificados con relación a las contribuciones por cada uno de los sistemas de protección social.

"A continuación, se relacionan los costos y gastos laborales correspondientes al Consorcio Conlínea 3, para los años 2015 y 2016, por quincena; el detalle de los pagos se encuentra en el PT-10.01 (...)"

Para el Tribunal no hay lugar a efectuar reconocimiento alguno en relación con los **"Costos laborales y de seguridad social"** que de manera adicional y discriminada relaciona el Dictamen Pericial en punto del *"personal suministrado por el Consorcio Conlínea 2 al Consorcio Conlínea 3, que desempeñó actividades de administración (A) en el desarrollo del proyecto"*, en primer lugar porque resulta evidente que dichos costos laborales y de seguridad social corresponden al personal de otro Contratista diferente, organizado bajo un esquema empresarial que de ninguna manera puede confundirse con el del **<<Consortio Conlínea 3>>** y, en segundo lugar, porque el propio perito hizo manifiesta su imposibilidad de verificar si dicho personal del *"Consortio Conlínea 2"* efectivamente prestó sus servicios de manera directa en la ejecución de las obras del Contrato No. 1883 de 2014, falta de certeza que al Tribunal le impide por completo tomar por ciertas tales erogaciones.

Así lo señaló el Perito Contable:

"El Perito no tiene ningún mecanismo de verificación para identificar si en el momento en que se estaba desarrollando el proyecto, cada una de las personas descritas en el cuadro anterior, prestó sus servicios en dicha obra, así como no puede determinar su grado y frecuencia; sin embargo, conforme con las certificaciones, las personas que estaban

contratadas en Conlínea 2, pasaron a prestar servicios a Conlínea 3, por ello el Perito presenta de forma independiente este personal de administración (A), con sus costos y gastos correspondientes (...)". (Se deja resaltado por fuera del texto original).

De los costos a reconocer, se tienen en cuenta del mes de enero solo la segunda quincena enlistada por el perito, y la mitad de los aportes de seguridad social (es decir, entre el 16 y el 31 de enero de 2016) y también de manera proporcional por 25 días de agosto de 2016 (entre el 1 y el 25 de agosto de 2016).

Los valores, de acuerdo con la información del cuadro elaborado por el perito en los folios 73 a 86 del dictamen, son:

MES	VALOR (\$)
Enero	86.167.142,5
Febrero	158.867.867
Marzo	193.256.177
Abril	192.780.528
Mayo	202.498.145
Junio	257.577.019
Julio	223.169.299
Agosto	204.266.830
TOTAL	1.518.583.007,5

El valor a reconocer por costos de personal es \$1.518.583.007,5.

C.- COSTOS Y GASTOS CON CONSORCIADOS

Este concepto corresponde a aquellos gastos y erogaciones directamente relacionados con la ejecución del Contrato de Obra No. 1883 de 2014 que fueron realizados en algunas ocasiones directamente por las empresas que

integran el Consorcio Contratista, individualmente consideradas, y que posteriormente les fueron reembolsados con cargo al fondo común:

"3) Costos y gastos con consorciados

"Se verificaron los costos y gastos de "Administración (A)" correspondientes al Consorcio Conlínea 3, que fueron pagados a los consorciados, según las facturas o cuentas de cobro expedidas por estos.

"En la auditoría practicada se revisó la siguiente información: nombre consorciado, fecha del documento fuente, número del documento, descripción o concepto, valor total, fecha de pago y número del comprobante de egreso.

"El total de los costos causados y pagados a los Consorciados que obedecen a "Gastos reembolsables", y demás costos de administración (A), entre los cuales se encuentran: procesamiento electrónico de datos, transporte de equipos, nómina, tiquetes aéreos, pagos de línea celular, transporte de personal administrativo, alojamiento y hospedaje, entre otros, que en resumen son (ver PT-14) (...)"

Se toman los pagos desde el 16 de enero de 2016 hasta el 25 de agosto de 2016, de acuerdo con la fecha del documento, según la información extractada de los cuadros de los folios 104 a 107 del dictamen.

Constructora Conconcreto S.A.

Año 2016	Valor (\$)
Enero	7.176.007
Febrero	73.929.514
Marzo	78.477.030
Abril	87.771.030
Mayo	103.703.821
Junio	126.829.320
Julio	89.402.024

TOTAL	567.288.746
-------	-------------

Estyma Estudios y Manejos S.A.S.

Año 2016	Valor (\$)
Enero	74.912.261
Febrero	93.639.260
Marzo	59.703.692
Abril	102.868.097
Mayo	70.740.341
Junio	81.568.577
Julio	93.721.047
Agosto	105.154.847
TOTAL	682.308.122

CSS Constructores no presenta facturas en el periodo reconocido.

En resumen, se tiene:

Constructora Conconcreto S.A.	\$567.288.746
Estyma Estudios y Manejos S.A.S.	\$682.308.122
CSS Constructores S.A.	\$0
TOTAL	\$1.249.596.868

El valor a reconocer por costos y gastos con consorciados es \$1.249.596.868.

D.- DEPRECIACIONES, IMPUESTOS Y GASTOS FINANCIEROS

El Tribunal no acoge los resultados que el examinado Dictamen Pericial Contable relaciona por los conceptos indicados por las razones que se

exponen a continuación, previa indicación acerca del alcance que a cada concepto le atribuye la experticia respectiva:

"i) Depreciaciones:

"El costo de las depreciaciones que conforme con la técnica contable corresponde a la pérdida del valor de los activos (vehículos) que fueron adquiridos para uso de la administración del proyecto.

"El siguiente resumen da cuenta de los Activos y su depreciación, dicha información se encuentra registrada en la Contabilidad del Consorcio; así mismo, se verificó que cada vehículo fuera de propiedad de Conlínea 3 (ver PT-13) (...)".

Acerca de las DEPRECIACIONES el Dictamen Pericial Contable indica de manera discriminada el valor de las depreciaciones que se verificó en los meses de marzo y mayo de 2016 por las sumas de \$23.250.000 y \$26.833.333 respectivamente, a cuyo reconocimiento hay lugar.

"ii) Impuestos pagados:

"En este ítem, se incluyen los impuestos pagados por el Consorcio, gravámenes correspondientes a "Contribución contrato obra pública 5 %" y "Pro-universidad Nacional y demás universidades estatales de Colombia 2 %", descontados en el momento en que el Invías realizaba los abonos o pagos de las facturas de venta que le expidió el Consorcio Conlínea 3.

"Por considerarse contrato de obra pública se encuentra sujeto a contribuir con los "impuestos" establecidos por el Gobierno Nacional — Ministerio de Hacienda, por medio del "SIIF Nación", organismo encargado de liquidar dichos impuestos.

"Las cifras asumidas por el Consorcio como impuestos, liquidados por "SIIF Nación" descritas en el papel de trabajo (ver PT-04), fueron verificadas con la depuración de la información contenida

en las facturas de venta de Conlínea 3, tal como se ilustra a continuación (...)”.

Respecto de los *"impuestos pagados"*, el Tribunal no encuentra relación alguna entre su causación y *"EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO"*, comoquiera que tales impuestos dependen de las cuantías o valores facturados y no de la extensión del Contrato en el tiempo.

"iii) Gastos Bancarios:

Corresponde a todos aquellos gastos relacionados con el Sistema Financiero, tales como comisiones, gravamen a los movimientos financieros, cuotas de manejo, IVA, entre otros.

"A continuación, se relacionan el total de gastos financieros en los que incurrió el Consorcio Conlínea 3, conforme con los "reportes anuales de costos" emitidos por Bancolombia (...)".

El reporte del *"total de gastos financieros"* impide distinguir en forma precisa y discriminada cuáles de ellos y en qué monto se habrían causado durante el período que aquí se ha dejado establecido como el único durante el cual se podrían tomar como base de reconocimiento, lo cual determina la imposibilidad de acceder al mismo.

Finalmente el Tribunal estima pertinente dejar indicado que no habrá lugar a reconocimiento alguno por razón y/o con cargo al *"valor o costo de administración de la oficina central de cada uno de los consorciados respecto al desarrollo del Contrato 1883"*, porque dicha cuantificación no forma parte del concepto que determinó el Perito en punto a *"... los costos totales de Administración (A) en los cuales incurrió el Consorcio conlínea 3 ..."*, y además porque ese *"valor o costo de administración de la oficina central"* corresponde a un reparto interno que cada organización empresarial puede realizar según sus propias y particulares características, políticas, prioridades, necesidades y criterios, sin que esa personalísima forma de

distribución o asignación de los ingresos resultantes de los contratos celebrados pueda incidir en el valor de los mismos más allá de lo acordado con el respectivo co-contratante.

Así las cosas, el siguiente es el resultado total del reconocimiento y pago que se ordenará mediante el presente Laudo con cargo a los demandados ***COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO:***

A.- CONTRATISTAS Y TERCEROS:	\$3.628.178.253
B.- COSTOS DE PERSONAL:	\$1.518.583.007,5
C.- COSTOS Y GASTOS CON CONSORCIADOS:	\$1.249.596.868
D.- DEPRECIACIONES	\$ 50.083.333
TOTAL:	\$6.446.441.461,50

Con el único propósito de mantener actualizado el poder adquisitivo de la suma de dinero antes mencionada, se procederá a realizar la indexación correspondiente entre la fecha 25 de agosto de 2016 cuando se consolidó el resultado de los referidos *COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO* y la fecha en que se dicta el presente Laudo, para cuyo efecto se tomarán los índices de precios al consumidor -IPC-:

$\{\text{Índice final (102,44 mayo/16)} / \text{Índice inicial (92,73)}\} \times 6.446.441.461,50$
= \$7.121.465.150.

4.2. INGRESO DE CONCRETO LANZADO DESDE LOS PORTALES

Sostiene la Convocante que por razón del incumplimiento en que incurrió la Entidad Estatal Contratante en punto de su obligación de garantizarle el

acceso al Túnel Piloto por las galerías que lo comunican con el Túnel Principal, tal como inicialmente lo tenía previsto en su programa de trabajo, quedó circunscrita a la posibilidad de ingresar únicamente por sus dos (2) portales lo cual le hizo inviable lanzar el concreto directamente desde el carro mezclador puesto que dicho vehículo únicamente podía avanzar hasta el sitio en el cual se estuviera instalando el acero y armando las formaletas, circunstancia que determinó la necesidad de utilizar bombas estacionarias para transportar el concreto a través de tubería por lo sitios en los que no resultaba posible que transitara el vehículo aludido, para luego cargar dicho concreto nuevamente en otro equipo denominado minimixer.

Señala que esa situación se prolongó hasta el mes de agosto de 2016, fecha en la cual el Consorcio contratista ya pudo ingresar al Túnel Piloto por las galerías que lo conectan con el Túnel Principal. Señaló que en esas circunstancias debió ejecutar la cantidad de CUATRO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO PUNTO TRECE METROS CÚBICOS DE CONCRETO (4.448 M³).

La Entidad Convocada, por su parte, se opone a los planteamientos de la Demanda sobre la base de considerar y reiterar que en relación con las opciones de ingreso únicamente "*garantizó los accesos por los portales del túnel piloto*", razón por la cual sostiene que si el proceso constructivo que concibió y programó el Contratista partía de la base equivocada de que tendría asegurado el acceso al Túnel Piloto por las galerías que lo comunican con el Túnel Principal, esa equivocación debe serle atribuible sólo a la responsabilidad del Contratista.

Acepta que el Contratista, según el corte que recoge el acta 19, al 14 de agosto de 2016 llevaba ejecutados CUATRO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO PUNTO TRECE METROS CÚBICOS DE CONCRETO (4.448 M³) y agrega que a partir de un acuerdo suscrito con el responsable de la ejecución de las obras correspondientes en el Túnel Principal, se acordó que

éste último permitiría el acceso por las galerías del mismo, particularmente la 5 y la 10, al Contratista del Túnel Piloto.

El Ministerio Público, en su concepto, no hizo referencia a este punto concreto.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En el Dictamen Técnico de Parte que rindió el Ingeniero **Federico Restrepo Posada**, dentro del capítulo "5.3 VALORACIÓN DE LAS PRETENSIONES ECONÓMICAS", se hizo referencia al tema en examen de una manera tal que a juicio del Tribunal se limita a confirmar y/o reiterar las manifestaciones que sobre esa misma materia ha realizado la Convocante -tanto dentro como fuera del presente proceso arbitral-, razón por la cual no se aprecia algún agregado útil que pudiera servir de apoyo al Tribunal para la adopción de sus decisiones y menos con fundamento en aportes de carácter técnico o científico.

Así se hace el desarrollo de este aspecto dentro del aludido capítulo "5.3 VALORACIÓN DE LAS PRETENSIONES ECONÓMICAS", en la experticia en mención:

"5.3.2 (sic) Ingreso de Concreto Lanzado por los Portales

"La imposibilidad de acceder por los portales del Túnel Principal, que ya se ha referenciado en el numeral 5.2.5 de este documento, obligó al Contratista a desarrollar una actividad nueva no prevista en las condiciones iniciales del Contrato para poder llevar el concreto desde los portales hasta el frente de obra.

"Esta actividad, denominada "Ingreso de Concreto Lanzado desde los Portales", consistió en el uso de bombas estacionarias que permitieran sobrepasar diferentes obstáculos a través del mismo Túnel Piloto, ya que no era posible pasar con vehículo Mixer. Esto permitió bombear el concreto a través de una tubería de 250 ml,

para luego cargarlo en una minimixer que finalmente la transportara hasta el sitio donde estaba ubicada la Bomba de Lanzado P 20 (Allentown). Desde allí se disponía la mezcla de concreto a través de la formaleta de revestimiento del túnel, afectando el desarrollo de las actividades tal y como estaban planeadas en el Contrato original. El cambio de dichas condiciones provocó además la necesidad de vincular maquinaria y equipos adicionales que no estaban valorados dentro del ítem pactado en el Contrato.

"El problema causado por el impedimento al acceso por los portales del Túnel Principal y la solución planteada al mismo pero con mayores costos y menores rendimientos se describe en la página 14 del Documento CC3-INT-587-16¹⁶⁰ del 16 de octubre de 2016 en la que el CC3 solicitó el reconocimiento de los mayores costos, y en el documento "METODOLOGÍA VALORACIÓN CONCRETO LANZADO DESDE PORTALES"¹⁶¹ en la que el Contratista le informó al Perito el detalle de su solicitud:

"... El trabajo de ejecución del concreto lanzado ingresando únicamente por los portales se describe de la siguiente manera, utilizando para ello el esquema presentado por el Consorcio en las reclamaciones presentadas al INVÍAS así:

El carro mezclador de concreto proveniente de la planta ingresa por el portal, no pudiendo acceder hasta el sitio de colocación del concreto debido a que el paso se encuentra obstruido con los recursos que se utilizan para el revestimiento donde se localiza, entre otras cosas, la formaleta utilizada para la construcción del revestimiento, impidiendo con ello el paso del carro mezclador al sitio de colocación.

Por ello se hizo necesario posicionar, antes de los recursos utilizados en el revestimiento, una bomba de concreto con una longitud de 250 ml de tubería de manera que la mezcla de concreto pueda fluir donde se encuentra el obstáculo. Una

¹⁶⁰ Documento CC3-INT-587-16; Octubre 24 de 2016.

¹⁶¹ Metodología Valoración Concreto Lanzado desde los Portales.

vez bombeada la mezcla por la tubería, se deposita nuevamente en una minimixer que finalmente la transporta hasta el sitio donde se va a colocar.

Es muy importante resaltar que la actividad de colocación de concreto con el sistema así descrito, solamente podía desarrollarse durante el turno diurno, toda vez que durante el turno nocturno se requería realizar otra serie de actividades que a su vez inclusive imposibilitaban el tránsito de la minimixer, tratándose de los equipos de excavación y de rezaga al interior del túnel y de los trabajos de revestimiento que incluyen actividades como son la colocación de la geomembrana impermeabilizante contra la roca previamente lanzada, la colocación de la formaleta y del acero, y finalmente del propio concreto.

Con relación a la condición inicial, que consistía en utilizar las galerías para que todas las actividades descritas se pudieran ejecutar en forma simultánea, única manera de poder [cumplir] con los plazos previstos al inicio de las obras, ocasiona las siguientes modificaciones en el proceso constructivo:

- Se adiciona una bomba de concreto para transportar la mezcla desde el sitio de llegada del carro mezclador hasta el sitio de recepción de la minimixer y con ello poder superar los obstáculos existentes en el túnel. A su vez, esto ocasionó la utilización de 250 metros de tubería para el bombeo del concreto.*
- Se adiciona la minimixer que transporta la mezcla desde el sitio de recepción del concreto bombeado por la tubería, hasta el sitio de colocación.*
- El rendimiento de ejecución de la actividad de concreto lanzado se afecta notoriamente, tanto por el proceso mismo de lanzado que se vuelve ineficiente por las sucesivas descargas de material del carro de mezclado a la bomba concreto, luego a la minimixer y finalmente a la bomba de lanzado, como por la reducción en la utilización*

de horas efectivas para realizar la tarea al poderse ejecutar únicamente en un turno diario.

- Se anota que el carro mezclador que transporta la mezcla de concreto desde la planta hasta el túnel no figuraba en el APU inicial, razón por la cual tampoco se incluye en el APU recompuesto pues ello no obedece al cambio de condición.*
- De igual manera y en lo que tiene que ver con la utilización de los materiales para el concreto lanzado, aunque la mayor manipulación de la mezcla puede eventualmente causar un mayor consumo de estos, se trabaja con las mismas cantidades contenidas en el APU inicial, es decir, no se afectan por el cambio de condición ..."*

"Según [1]a reclamación presentada por el CC3 al INVÍAS en la citada comunicación CC3-INT-587-16¹⁶², el método de ejecución no previsto y utilizado, dio origen a un mayor valor en el APU valorado en \$366.283/m³, establecido como la diferencia entre el Precio Unitario reformulado por las nuevas condiciones de trabajo y el planteado inicialmente en las condiciones del Contrato. En consecuencia, el mayor costo surge de multiplicar la cantidad ejecutada bajo esas condiciones a diciembre 31 de 2016: 4.448,13 m³ por la diferencia entre los dos APU \$366.283/m³, lo que arroja la suma de \$1.629.274.401 a precios de origen del Contrato, noviembre de 2014.

*Mayor valor por Bombeo = metros cúbicos * costo adicional de la actividad*

*Mayor valor por Bombeo = 4,448.13 m³ * \$366.283/m³*

Mayor valor por Bombeo = \$1.629.274.401

"Al tratarse de valores básicos, se reajustan al mes en que se colocó el concreto lanzado utilizando la variación del ICCP del Grupo de Transporte de Materiales establecido por el DANE.

¹⁶² Documento CC3-INT-587-16; Octubre 24 de 2016.

"Es importante resaltar que la actividad de colocación de concreto con el sistema así descrito, solamente podía desarrollarse durante el turno diurno, toda vez que durante el turno nocturno se ejecutaban actividades de excavación, que impedían el tránsito de los equipos, además de la ejecución de otras actividades como la instalación de la geomembrana impermeabilizante contra la roca previamente lanzada, el armado de la formaleta y del acero entre otros.

"En cuanto al ítem contractual, este corresponde al "25 PT-7B Concreto Lanzado en Excavaciones Subterráneas 28 Mpa", cuyo precio unitario era de \$1'011.543/m³. Este fue el presentado por CC3 en la oferta, considerando 6 frentes de obra, que incluía, además del acceso por los portales del Túnel Piloto, otros accesos a través de los correspondientes al Túnel Principal, como única manera posible de ejecutar la obra en el plazo inicial previsto. Este precio incluía la valoración de los equipos necesarios, que ascendía \$39.758 como se ilustra en el mismo Anexo.

"Como consecuencia del impedimento al acceso desde los portales del Túnel Principal, se disminuyeron los rendimientos de colocación del concreto lanzado inicialmente previstos en el contrato de 3,45 m³/h a 1,0 m³/h y fue necesario además, adicionar nuevos equipos como una nueva Minimixer, una bomba de concreto y 250 ml de tubería, los cuales se presupuestaron en las mismas unidades y con los precios del mercado de la zona.

"En los Documentos "APU Concreto Lanzado Contractual"¹⁶³ y "APU Concreto Lanzado Actualizado"¹⁶⁴, se describe cómo el APU para la actividad pasó de \$1.011.543/m³ inicialmente contratado a \$1.385.807/m³ que a juicio del Perito Técnico se ajusta a la realidad. Esto implica un aumento en valor de \$374.264/m³ para el ítem en consideración. El Perito Técnico observa en el documento de reclamación un incremento inferior en ese APU, del

¹⁶³ Anexo 2 APU Concreto Lanzado Contractual.

¹⁶⁴ Anexo 3 APU Concreto Lanzado Actualizado.

orden de \$366.283/m³, debido a la consideración de un rendimiento mayor en la mano de obra para el APU actualizado.

"A la vez, se establecieron las cantidades de concreto lanzado colocadas entre el inicio de las obras hasta agosto de 0216 (sic), cuando se contó con acceso por las galerías del Túnel Principal contrastando las contenidas en¹⁶⁵ con las de las actas mensuales de obra auditadas. El resultado fue de un volumen total colocado fue de 4.448,10 m³ de concreto lanzado.

"Por lo expuesto anteriormente, el Perito Técnico considera que el cobro de este mayor costo es acertado, dado que la causa de no poder desarrollar la actividad de lanzado de concreto como estaba establecido en el ítem del contrato original, esto es, ingresando por las galerías conectoras entre Túnel Piloto y el Túnel Principal a través del Túnel Principal, no es imputable al Contratista. El desarrollo de la nueva actividad de lanzado de concreto desde los portales, requirió técnicamente de más recursos físicos y tuvo una disminución del rendimiento contractual de 3,45 m³/hora a de 1 m³/hora, aumentando el costo de la actividad y por ende, el tiempo de ejecución de la obra. Por todo lo anterior el Perito Técnico concluye que existen mayores costos incurridos por el Contratista en el desarrollo de las actividades de colocación del concreto para el revestimiento del Túnel Piloto.

".....

*"En resumen, para el Perito Técnico, los sobrecostos por Concreto Lanzado son de **\$1.664'762.050** a precios de origen del contrato y de **\$1.761'347.377** en pesos corrientes de acuerdo con las actas mensuales de colocación del concreto suministradas por CC3¹⁶⁶".*

Por su lado, en la Experticia Técnica de Parte que a iniciativa de la Convocada rindió el Ingeniero **Eduardo Oliverio Martínez Merchán**, mediante una presentación conjunta de los temas del "*Repaleo de Rezaga e*

¹⁶⁵ Metodología Valoración Concreto lanzado desde los Portales.

¹⁶⁶ Concreto Lanzado desde los Portales.

Ingreso de Concreto Lanzado desde los Portales”, se aprecia una vez más la conclusión que se formula en el sentido de exonerar de responsabilidad a su Contratante, la Convocada, por los aspectos registrados acerca de tales temas, pero sin aportar elementos técnicos o científicos que soporten adecuadamente tal definición.

Así se lee dentro de la experticia en referencia:

"2) Repaleo de Rezaga e Ingreso de Concreto Lanzado desde los Portales

"La formulación de un mayor valor por cambios en el proceso constructivo, es el fundamento para estos dos acápite de la reclamación, que está basado en las dificultades de acceso al túnel, y que como se trató en el literal e) se produce por una errónea interpretación del proponente, al considerar como cierto una condición contingente.

"No siendo responsabilidad del INVIAS la propuesta con el supuesto de un concepto de accesos igual a frentes de trabajo, no es de su responsabilidad. Este caso, se trata más de una errónea interpretación del Consorcio al preparar la propuesta. La solución dada para ejecutar el ítem es propia de la solución que el constructor da a las contingencias que se pres[en]tan en una obra y que desde la construcción del APU del ítem y del contrato en general se cubren con el rubro de imprevistos que forma parte del AIU, y que se constituye en una bolsa común para amparar esta clase de contingencias, en cualquiera de los ítems que se ejecutan”.

Lo que se deja expuesto acerca de la presentación que los aludidos Dictámenes Periciales Técnicos de Parte hicieron y formularon en torno al punto relacionado con la controversia que debe resolverse, lleva al Tribunal a considerar que en esas condiciones las referidas experticias no resultan de utilidad para que sobre alguno de ellos pudiera soportarse lo que ha de decidirse mediante el presente Laudo.

Ahora bien, establecido como ha quedado en el presente Laudo, que evidentemente la Entidad Estatal Contratante incumplió su obligación contractual de garantizarle al Contratista el acceso al Túnel Piloto por las galerías que lo conectan con el Túnel Principal, y probado como está también que por la carencia de dichos accesos el Consorcio contratista no pudo ingresar por los portales Tolima y Quindío con su vehículo mezclador de concreto más allá de los sitios en los cuales se estaban haciendo instalaciones de formaleta u otros elementos o equipos necesarios para la ejecución de las obras contratadas, por lo cual debió efectuar dicha actividad a través de un método constructivo diferente, se accederá entonces a acoger los planteamientos formulados por el Contratista en su Demanda, en el sentido de reconocer los daños que por razón de tal incumplimiento le hubiere ocasionado la Contratante con su señalado incumplimiento.

Acerca de la imposibilidad de que el Contratista pudiera ingresar con su vehículo mezclador de concreto a las diversas áreas del Túnel Piloto a través de los portales del mismo más allá de los sitios en los cuales se estaban haciendo instalaciones de formaleta u otros elementos o equipos necesarios para la ejecución de las obras contratadas, las pruebas ya referidas en este laudo acerca de las dificultades de tránsito de maquinaria y movilidad por el escaso tamaño de la sección del túnel, conducen a tenerla como acreditada.

De la misma manera, en el expediente se encuentran incorporados los siguientes elementos de prueba acerca de la utilización que el Contratista debió hacer de bombas estacionarias para transportar el concreto a través de tubería para luego cargarlo nuevamente en una minimixer:

➤ El testigo Juan Pablo Buriticá Palacio declaró¹⁶⁷:

"DR. BENAVIDES: Le preguntaba eso por lo siguiente, porque ese acceso al túnel, que ya nos explicó ampliamente, tuvo también una implicación

¹⁶⁷ Archivo "Conlínea 3 de octubre RR" en CD del folio 593 del Cuaderno de Pruebas No. 1, página 79.

en el tema del concreto lanzado en el portal, usted le puede explicar al Tribunal en qué consistió esa dificultad que ustedes tuvieron?

SR. BURITICÁ: Lo que sucede es que los equipos con los que se coloca el concreto lanzado son unos equipos grandes, son unos equipos que para un túnel pequeño mejor dicho si una volqueta ocupa casi todo el espacio, un equipo de lanzado un robot de lanzado ahí sí que no deja a duras penas pueden pasar las personas.

Entonces el hecho y la logística para llevar el material hasta donde está el robot implica llevar las mixer, implica digamos un trabajo logístico, complejo para llevar el material dentro del túnel, al no tener sino acceso por un solo frente eso hacía que el concreto se tenía que llevar como por pedacitos, uno lo llevaba por pedacitos y eso obligó a hacer unos reprocesos en la llevada del concreto, hasta que llegara al equipo de lanzado y se pudiera lanzar, eso hacía bastante difícil el trabajo, porque nosotros como concebimos el proyecto era estas galerías que conectan a estos dos túneles son unas galerías grandes, es decir yo ahorita hacía el dibujo comparativo entre el túnel grande y el túnel pequeño, las galerías tienen un tamaño intermedio, las galerías tienen un tamaño que no es ni el grande del túnel, ni el chiquito del piloto. (...)”.

- El testigo Luis Alberto García Bolívar, que se desempeñó como director de interventoría¹⁶⁸, declaró:

"DR. ESTRADA: Para finalizar, ingeniero, usted podría precisarle al Tribunal desde el punto de vista técnico las dos actividades que se, digamos, demandan como que generaron sobrecostos, repaleo, perdón si me, lanzamiento de concreto y repaleo, usted puede explicar técnicamente por qué es que eso resulto más costoso y si la interventoría avaló, digamos, ese procedimiento, en qué consistió eso del lanzamiento y el repaleo que se alega generó mayores costos?

SR. GARCÍA: Son dos procedimientos diferentes, pero ligados pues como a lo mismo, hacia la misma obra y al mismo problema. En el tema del concreto lo que estaba previsto o lo que tenía previsto el contratista

¹⁶⁸ Archivo "23 01 2019 CONLÍNEA Vs INVÍAS (5217) RR" del CD del folio 593 -reverso- del Cuaderno de Pruebas No. 1, página 31.

según toda la argumentación era llegar al sitio en el que se hace la operación de lanzado del concreto con las mixer, llegar hasta allá, alimentar la bomba de lanzado y hacer la operación directamente allá.

Por efecto de las otras actividades que se estaban adelantando entre el acceso al túnel y el frente de lanzado, por efecto de eso no había posibilidad de ingresar particularmente tenía que ver por ejemplo con el tema de la formaleta, si usted pone la formaleta, el carro ya no tiene acceso, entonces lo que se propuso o lo que se convino fue no llevar el carro hasta allá sino hacer un bombeo del concreto desde el vehículo hasta, desde la mixer grande en la salida del túnel, en la llegada del túnel, hasta el sitio donde hubiera una mixer pequeña o donde estuviera la bomba de lanzado para hacer el lanzado del concreto.

Esa actividad de bombeo es la que el contratista está reclamando como un costo adicional de su actividad. Hay que anotar que en el curso del contrato se pagó la actividad de suministro de la mezcla y la actividad de lanzado conforme al precio que estaba previsto, pero sin tener en cuenta eso, digamos que está extraído en la pretensión económica el costo de esa actividad sola. Es simplemente, digamos, es lo que técnicamente está reclamando hoy”.

En cuanto a la cantidad de CUATRO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO PUNTO TRECE METROS CÚBICOS DE CONCRETO (4.448 M³) que el Consorcio Contratista había ejecutado a corte de agosto 14 de 2016 no existe diferencia o controversia entre las Partes, razón por la cual el Tribunal tendrá como debidamente establecido ese hecho dentro del presente proceso arbitral.

De acuerdo con el juramento estimatorio prestado con la demanda, “el perjuicio que se le ha causado al Consorcio por el Mayor Costo por el Ingreso del Concreto Lanzado por los portales entre el 15 de enero de 2015 y 15 de diciembre de 2016 es de \$1.683.901.173”. Para llegar a esta cifra, la demandante discriminó mes por mes, desde julio de 2015 hasta agosto de 2016, la cantidad ejecutada de esta actividad (4448,13 m³ -que coincide

con la registrada en el Acta de Obra No. 19¹⁶⁹⁻), y el valor unitario (\$366.283), valores de cuya multiplicación se obtiene \$1.629.274.401 que, con la actualización al mes de colocación del concreto, arroja \$1.683.901.173. Así, se entiende hecha razonadamente la estimación del daño.

El juramento estimatorio de la cuantía del perjuicio, al tenor del artículo 206 del C.G.P. *"hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo"*, con la precisión de que *"Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación"*.

En el presente caso, la objeción al juramento estimatorio, en lo referido a la cuantía del perjuicio bajo estudio, no formuló ataque directo, sino expuso reparos generales, fundados más en la improcedencia de las pretensiones por razones diferentes a la estimación de su **cuantía**, que es lo propio tratándose de objeción al juramento estimatorio. La objeción anotó solamente, frente a la cuantía específicamente, que *"los montos de dinero establecidos frente a las pretensiones principales y subsidiarias, tienen como fundamento una información contable y financiera aportada por la convocante, sin embargo, como quedará probado en el dictamen pericial que se anuncia en esta contestación, se demostrará que esos valores no tienen sustento ni fundamento alguno"*.

Pues bien, ni en el dictamen contable aportado por la Convocada, ni el dictamen técnico -que, se recuerda, se ocupó de un análisis sobre los fundamentos de la pretensión del Consorcio desde el punto de vista de las obligaciones previstas en el contrato, más no sobre el cálculo de la cuantía del perjuicio propiamente dicha-, ni con prueba alguna practicada en el proceso, fue controvertida la cuantía estimada bajo juramento del

¹⁶⁹ Actividad de Concreto Lanzado en Excavaciones Subterráneas 28 Mpa, folio 200 -reverso- del Cuaderno Respuesta de INVÍAS a Oficio 7 de 40.

sobrecosto de la actividad de ingreso de concreto lanzado desde los portales, de manera que la objeción debe ser desestimada.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal con fundamento en lo dispuesto en el artículo 206 del Código General del Proceso -C.G.P.-, valorará como prueba el juramento estimatorio que se encuentra incorporado en la Demandada, respecto del cual no advierte la presencia de elemento alguno que permita sospechar sobre la existencia de fraude, colusión o cualquier otra situación similar, amén de que tampoco existe elemento alguno que permita considerarlo notoriamente injusto o ilegal.

Acerca de dicho juramento estimatorio debe señalarse que además de incluir una estimación suficientemente razonada en relación con el *MAYOR COSTO DEL CONCRETO LANZADO POR EL INGRESO DESDE LOS PORTALES*, mediante el presente Laudo se desestimará, según se explica en su respectivo lugar, la objeción que oportunamente formuló en su contra la Entidad Convocada.

Así pues, ante esas circunstancias el Tribunal le atribuye mérito probatorio al referido Juramento Estimatorio en este punto y, por tanto, tiene por establecido que *"el perjuicio que se le ha causado al Consorcio por el Mayor Costo por el Ingreso del Concreto Lanzado por los portales entre el 15 de enero de 2015 y 15 de diciembre de 2016 es de \$1.683.901.173"*, que cubre la actividad y se limita hasta agosto de 2016.

Dicha suma de dinero también será actualizada, para lo cual se tomarán los índices de precios al consumidor -IPC-, de agosto de 2016 (índice inicial) y de mayo de 2019 (índice final) último disponible en la actualidad:

$$(102,44/92,73) \times \$1.683.901.173 = \$1.860.226.854$$

4.3. REPALCO DE REZAGA DENTRO DE LAS GALERIAS DEL TÚNEL

Sostiene la Convocante que la imposibilidad de disponer de accesos al Túnel Piloto diferentes a sus dos portales y dado que únicamente se contaba con una vía de acceso por cada portal, limitó e impidió la posibilidad de sacar del Túnel Piloto el material que se generaba como consecuencia de las obras ejecutadas, razón por la cual fue necesario almacenarlo de manera transitoria en las galerías que conectan con el Túnel Principal y ello, a su turno, dio lugar a la ejecución de una actividad que no estaba contemplada en los precios del contrato que se ha denominado "*repaleo de la rezaga en las galerías*", lo cual equivale a tener que volver a cargar el material para finalmente poder sacarlo del Túnel.

Indicó que esta actividad debió cumplirla hasta el mes de agosto de 2016, cuando tuvo acceso al Túnel Piloto por las galerías que lo conectan con el Túnel Piloto y que en total ejecutó la cantidad de NUEVE MIL CUATROCIENTOS NUEVE PUNTO CUARENTA Y CUATRO METROS CÚBICOS DE MATERIAL (9.409,44 M³).

El Ente Estatal Convocado se opone a los planteamientos de la Demanda en cuanto sostiene que de ninguna manera pueden serle imputables aquellas situaciones que relata el Consorcio Contratante, puesto que en ningún caso ofreció y garantizó accesos al Túnel Piloto diferentes a los de sus dos (2) portales que se ubican en Tolima y Quindío, por lo cual son de responsabilidad exclusiva de la Convocante la alternativa constructiva que escogió autónomamente para la ejecución de las obras.

Confirma que el Contratista tuvo acceso al Túnel Piloto desde el Túnel Principal a partir de agosto de 2016.

Puntualiza que según lo refleja el acta de obra 19, el volumen de rezaga que se extrajo del Túnel fue de OCHO MIL CUATROCIENTOS NUEVE PUNTO

CUARENTA Y CUATRO METROS CÚBICOS (8.409,44 M³), cuyo pago se realizó con base en el precio convenido contractualmente.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En su Dictamen Pericial Técnico de Parte, como parte de su ya referido capítulo "5.3 VALORACIÓN DE LAS PRETENSIONES ECONÓMICAS", el Ingeniero **Federico Restrepo Posada** señaló acerca del tema que ahora ocupa la atención del Tribunal:

"5.3.3 Repaleo de la Rezaga dentro de las Galerías del Túnel

"Como ya se ha mencionado ampliamente en este Informe Pericial, el contrato original, consideró la ejecución de las actividades de extracción de la rezaga a través del Túnel Principal usando las galerías de conexión con el túnel Piloto. Esto permitiría poder trabajar en 6 frentes de trabajo, sin que unas actividades interfirieran con las otras, obteniendo los rendimientos previstos inicialmente en los diferentes frentes.

"En su reclamo de octubre de 2016, CC3 plantea que debido a los problemas de accesibilidad por el Túnel Principal, no se podía emplear éste para la extracción de la rezaga, debiéndose entonces acopiar el material dentro de las galerías para luego extraerlo, ocasionando una actividad extra y no prevista: El repaleo de la rezaga.

"El valor resulta de multiplicar la cantidad ejecutada de esta actividad durante el período comprendido entre el inicio de las obras hasta agosto de 2016 equivalente a 9.409,44m³ de excavación realizada al interior del Túnel, por el precio unitario informado a la Interventoría y al INVÍAS de \$33.700/m³.

*"Mayor valor por Repaleo = metros cúbicos * costo adicional de la actividad*

*"Mayor valor por Repaleo = 9.409,44m³ * \$33.700/m³*

"Mayor valor por Repaleo = \$317.098.128

"No obstante, la imposibilidad de acceder al Túnel Principal produjo un cambio en el proceso de extracción del material de rezaga resultante de las actividades de perfilación de la sección del túnel. Por lo anterior fue necesario reprogramar la extracción de la rezaga para cuando fuera factible llevarla al exterior. La extracción de la rezaga durante el período de julio de 2015 hasta agosto de 2016 debió ser dividida en 2 partes:

- Acopio de la rezaga en las galerías de conexión y repaleo de la misma cuando se permitió el acceso a los portales del Túnel Principal.*
- Repaleo y extracción de material a través del Túnel Piloto en horas nocturnas o cuando las actividades de colocación del concreto de revestimiento lo permitieran.*

"En la Figura No. 11 se ilustra el esquema de las actividades de Paleo y Repaleo, en condiciones de acceso a los Portales del Túnel Principal y de restricción a las mismas respectivamente. En ella se muestra como ante la imposibilidad de extraer el material de Rezaga por el túnel Principal, éste debe acopiarse en las galerías de conexión entre los dos túneles, generando una doble actividad de cargue y descargue, que no estaba contemplada en el Contrato original, y en consecuencia mayores costos para la actividad.

"Al analizar la valoración de esta actividad presentada en el reclamo del Contratista — página 45 de la comunicación CC3-INT-587-16 del 24 de octubre de 2016, el Perito Técnico no encuentra diferencias en los cálculos, ni en las cifras presentadas en ese documento con sus propias valoraciones, y por ello concuerda con los valores y la metodología aplicada para la estimación de los mismos, afirmando así que las pretensiones por parte del contratista en su reclamación son razonables y se deben reconocer por parte del INVÍAS.

"Estos valores son 9.409,44 m³ de material de rezaga, un costo unitario de \$33.700/m³, un valor total a precios de origen del contrato de \$317.098.128 y un valor ajustado con el Índice de Precios para Obras de Explanación establecido por el DANE de \$332.696.509".

Tal como se puede apreciar, en este caso el Perito Técnico también se limitó a confirmar y/o a reiterar lo que ha expuesto el Consorcio Contratista sobre ese mismo punto, sin aportar elementos técnicos o científicos que pudieran darle un soporte agregado o adicional, desde esa perspectiva, a lo ya alegado por la Parte Actora, razón por la cual el Tribunal estima que en esas condiciones el Dictamen en mención no ofrece utilidad para la resolución del presente proceso arbitral en cuanto a ese aspecto se refiere.

Por su lado, el Dictamen Técnico del Ingeniero **Eduardo Oliverio Martínez Merchán**, tal como ya se transcribió, se ocupó de hacer referencia conjunta al tema del "*Repaleo de la Rezaga*" junto con el ya referido "*Concreto Lanzado desde los Portales*", análisis acerca de cuyo contenido el Tribunal consideró -y así lo reitera ahora-, que no existen elementos que permitan acoger dicho peritazgo para que sirva de apoyo a las decisiones que mediante el presente Laudo deben adoptarse en relación con este aspecto concreto.

De otro lado, establecido como ha quedado en el presente Laudo, que evidentemente la Entidad Estatal Contratante incumplió su obligación contractual de garantizarle al Contratista el acceso al Túnel Piloto por las galerías que lo conectan con el Túnel Principal y que únicamente se contaba con una vía para el ingreso a cada portal, a lo cual se agrega que también está probado que por la carencia de dichos accesos el Consorcio Contratista no pudo extraer de manera continua y mediante una sola actividad de cargue los materiales o residuos de rezaga resultantes de las excavaciones y otras obras ejecutadas al interior del Túnel Piloto, sino que después de cargar por primera vez dichos materiales los tuvo que descargar para almacenarlos o acumularlos temporalmente en las áreas de las galerías y posteriormente debió volver a cargarlos y llevarlos al exterior del Túnel Piloto hasta el sitio de destino definitivo de los mismos, lo cual a no dudarlo generó una actividad nueva o diferente que no estaba contemplada en modo alguno dentro de la oferta que dio lugar tanto a la celebración del Contrato de Obra No. 1883 de 2014, como a la correspondiente determinación de sus

precios y su valor, el Tribunal accederá a acoger los planteamientos del Contratista en su Demanda, en el sentido de reconocerle ese mayor costo que tuvo que asumir por razón del tantas veces mencionado incumplimiento contractual de parte de la Entidad Contratante.

Acerca de la imposibilidad en que se vio el Contratista, con anterioridad al mes de agosto de 2016, para extraer de manera continua y mediante una sola actividad de cargue los materiales o residuos de rezaga resultantes de las excavaciones y otras obras ejecutadas al interior del Túnel Piloto, lo cual lo obligó a cumplir una actividad consistente primero en cargar dichos materiales y luego descargarlos para ser almacenados o acumulados de manera transitoria en las áreas de las galerías, para después volver a cargar, desde los sitios de descargue transitorio o bodegaje temporal, el material de rezaga y entonces llevarlo al exterior del Túnel Piloto hasta el sitio de destino definitivo de los mismos, en el expediente obran los siguientes elementos de acreditación:

- El testigo Alfonso Meza Patiño¹⁷⁰ declaró sobre la realización de la actividad de repaleo de rezaga (y la de ingreso de concreto lanzado desde los portales), si bien las adjudica a la definición del modelo constructivo por el Consorcio Conlínea 3, acerca de lo cual, según ya se anotó en este laudo, el mismo testigo declaró que ello fue autorizado al contratista:

"DRA. MIER: Quiere usted informar al Tribunal si las actividades de repaleo de rezaga dentro de las galerías del túnel y la actividad de ingreso de concreto lanzado desde los portales fueron ejecutadas por el contratista?"

SR. MEZA: El contratista las ejecutó, pero obviamente corresponde a su programa de trabajo, o sea no debería haberlo hecho así, porque debía haber accedido directamente hasta los puntos, hasta los frentes de obra,

¹⁷⁰ Archivo "Conlínea 3 de octubre RR" en CD del folio 593 del Cuaderno de Pruebas No. 1, página 39.

pero le tocó hacerlo porque manejó su sistema o su proceso constructivo diferente”.

➤ El testigo Luís Alberto García Bolívar declaró¹⁷¹:

"DR. ESTRADA: Para finalizar, ingeniero, usted podría precisarle al Tribunal desde el punto de vista técnico las dos actividades que se, digamos, demandan como que generaron sobre costos, repaleo, perdón si me, lanzamiento de concreto y repaleo, usted puede explicar técnicamente por qué es que eso resulto más costoso y si la interventoría avaló, digamos, ese procedimiento, en qué consistió eso del lanzamiento y el repaleo que se alega generó mayores costos?

SR. GARCÍA: Son dos procedimientos diferentes, pero ligados pues como a lo mismo, hacia la misma obra y al mismo problema. (...)

(...)

En cuanto al repaleo, la circunstancia es que de acuerdo con las consideraciones del contratista la excavación se hace en el frente, se pone el material en el piso y de allí con una retro se lleva una volqueta, la volqueta se va y lo pone en el sitio de disposición final. Lo que aquí ha pasado es que como no había posibilidad de circular hacia afuera y no había, de acuerdo con las condiciones que estaba exponiendo el contratista en su argumentación, posibilidad de acceder a cada sitio por una galería específica, entonces lo que ellos hicieron fue tener una maniobra de transporte fraccionada, del frente de obra llevarlo a la galería más cercana, acopiarlo y cuando hubiera posibilidad o cuando hubo posibilidad de acceder a la galería, allí tomar ese material, cargarlo en la volqueta y llevarlo al sitio de disposición final. Ese repaleo es una actividad extra a la actividad originalmente planteada en el precio unitario como lo elaboró inicialmente el contratista, es decir, aquí había un paleo, un cargue y un transporte, aquí la actividad tenía paleo, cargue, descargue, repaleo para cargar de nuevo y transportar al final. Este repaleo es el que se está solicitando”.

¹⁷¹ Archivo “23 01 2019 CONLÍNEA Vs INVÍAS (5217) RR” del CD del folio 593 -reverso- del Cuaderno de Pruebas No. 1, página 31.

En cuanto a la cantidad de material de rezaga que fue extraído del Túnel Piloto con anterioridad al mes de agosto de 2016 y respecto del cual debió surtir el procedimiento de doble cargue que ha quedado descrito, el Tribunal encuentra también diferencias puesto que la Parte Convocante sostiene que ello corresponde a la cantidad de NUEVE MIL CUATROCIENTOS NUEVE PUNTO CUARENTA Y CUATRO METROS CÚBICOS (9.409,44 M³), mientras que la Parte Convocada considera que dicho volumen asciende a OCHO MIL CUATROCIENTOS NUEVE PUNTO CUARENTA Y CUATRO METROS CÚBICOS (8.409,44 M³).

En los folios 199 y siguientes del Cuaderno de Respuesta de INVÍAS a Oficio 7 de 40 se encuentra el Acta de Obra No. 19 correspondiente al periodo entre el 15 de julio y el 14 de agosto de 2016. De acuerdo con la contestación dada por INVÍAS al hecho 4.6.5. de la demanda, según esta acta el volumen de rezaga que se extrajo del túnel fue 8.409,44 m³. Sin embargo, el Tribunal no observa ni deduce de dicha acta la cantidad expresada por INVÍAS, ni tampoco la Convocada sustentó o expuso el método para calcular la cifra que mencionó en la contestación de la demanda con base en la información que aparece en la mencionada acta de obra. Por el contrario, la suma de las cantidades acumuladas de las actividades 8 a 13 del título de "OBRAS SUBTERRANEAS" registradas en la mencionada acta, correspondientes a reperfilación y excavación, arrojan la cantidad indicada en la demanda.

La cantidad de material de rezaga extraído es uno de los componentes para calcular el valor del perjuicio reclamado por la Convocante, y fue discriminada mes a mes en su juramento estimatorio, desde julio de 2015 hasta agosto de 2016, en cifras cuya sumatoria arroja en total 9.409,44 m³. Esta cantidad, aunque, se repite, fue discutida por la Convocada, lo fue sin encontrar sus motivos sustento en el material probatorio.

El valor unitario estimado para esta actividad, de \$33.700, no fue objetado por INVÍAS.

Con estos dos elementos (cantidad de material y valor unitario) se concluye que la estimación de la cuantía del perjuicio por la actividad de repaleo de rezaga fue debidamente razonada, al paso que no lo fue la objeción de INVÍAS, por lo cual se descarta, tal como también se expondrá más adelante en este laudo al emitir pronunciamiento expreso sobre la objeción al juramento estimatorio.

Así pues, también en este punto y con fundamento en lo dispuesto en el citado artículo 206 del Código General de Proceso, dado que resultan igualmente aplicables las consideraciones que se plasmaron en el numeral anterior, el Tribunal le atribuye mérito probatorio al Juramento Estimatorio incorporado en la Demanda y, en consecuencia, tiene por establecido que *"el valor del repaleo de rezaga dentro de las galerías del túnel ejecutado entre 15 de enero de 2015 y 15 de diciembre de 2016 es de \$332.696.509"*, que abarca la actividad y se limita hasta agosto de 2016.

La referida suma de dinero también será actualizada entre agosto de 2016 y la fecha en que se dicta el presente Laudo, para lo cual se tomarán los índices de precios al consumidor -IPC-, de agosto de 2016 (índice inicial) y de mayo de 2019 (índice final) último disponible en la actualidad:

$$(102,44/92,73) \times \$332.696.509 = \$367.534.028$$

5. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Con apoyo en todo lo expuesto, el Tribunal pasa a definir la procedencia de cada una de las PRETENSIONES de la Demanda arbitral en estudio, a las cuales se hará referencia en el mismo orden en que se encuentran formuladas.

- La PRIMERA pretensión declarativa, tal como ya se transcribió al inicio del presente Laudo, se encamina a obtener "*Que se declare que el **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVÍAS**, incumplió el Contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014, suscrito con el **CONSORCIO CONLINEA 3** por los hechos, conductas y omisiones que resulten probadas en el proceso*".

Tal como ya se ha anunciado al realizar el análisis detallado y pormenorizado de los diversos aspectos de la controversia que fue planteada a través de la Demanda arbitral de la referencia, en el presente caso quedó demostrado el incumplimiento en que incurrió la Entidad Estatal Convocada respecto de algunas de sus obligaciones contractuales, por lo cual se accederá a dicha pretensión.

Ello significa también, como resulta apenas elemental, que el Tribunal no hará pronunciamiento de fondo alguno acerca de la "*PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL*", tanto por sustracción de materia como porque carecería de sentido entrar a considerar y/o a definir una PRETENSIÓN SUBSIDIARIA cuando su correspondiente PRETENSIÓN PRINCIPAL ha sido estimada y declarada próspera.

- A través de la SEGUNDA pretensión declarativa, la Parte Actora persigue que el Tribunal defina "*que el **CONSORCIO CONLINEA 3** cumplió integralmente el Contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014, suscrito con el **CONSORCIO CONLINEA 3** ...*".

Al respecto el Tribunal pone de presente la imposibilidad constitucional y legal en que se encuentra para poder formular la declaración que se le solicita, en primer lugar porque a lo largo del proceso arbitral que se adelantó en este caso no se examinaron -porque además no podían ser examinadas, en cuanto no fueron planteadas y no constituyeron objeto

de las controversias ventiladas-, todas las cuestiones y todos los aspectos relacionados con la ejecución del Contrato de Obra No. 1883 de 2014 por parte del Contratista, los cuales habrían tenido que revisarse, probarse y debatirse para que la declaratoria que se pide se hubiera podido resolver en los términos en que se encuentra solicitada, esto es que abarque el CUMPLIMIENTO INTEGRAL del Contrato de Obra No. 1883 de 2014 por parte del mencionado Consorcio Contratista.

De hecho, realizar la declaratoria sobre el CUMPLIMIENTO INTEGRAL del Contrato de Obra No. 1883 por parte del Contratista, a pesar de que los asuntos materia de litigio -propuestos en la demanda y replicados en su contestación y a través de las excepciones formuladas-, únicamente se refirieron a unos aspectos puntuales de la ejecución de dicho Contrato de Obra, naturalmente resultaría violatorio del principio de congruencia consagrado en el transcrito artículo 281 del Código General del Proceso -C.G.P.-, puesto que en tal caso se estaría expidiendo un fallo que no estaría en consonancia con las únicas cuestiones -jurídicas y fácticas- que fueron discutidas a lo largo del proceso desde la demanda, su contestación y las excepciones correspondientes, lo cual a su turno, como ya se explicó, también resultaría violatorio de los Derechos Fundamentales al Debido Proceso, de Defensa y de Contradicción que la Constitución Política consagra a favor de la Parte Convocada.

Y en segundo lugar, porque como ya se dejó desarrollado ampliamente en otro aparte del presente Laudo, al abordar el examen sobre la competencia del Tribunal, en este caso concreto resulta evidente que la habilitación que las Partes le otorgaron se limita exclusivamente al conocimiento de los tres asuntos específicos que fueron plasmados en el PARÁGRAFO del respectivo Pacto Arbitral, referentes a los siguientes: **A).- "COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO"; B).- "INGRESO DE**

CONCRETO LANZADO DESDE LOS PORTALES"; y C).- "REPALEO DE REZAGA DENTRO DE LAS GALERIAS DEL TÚNEL".

De esta manera para el Tribunal resulta evidente que no cuenta con habilitación de las Partes -requisito constitucionalmente exigido para el funcionamiento de la justicia arbitral (artículo 116 C.P.), para abordar el conocimiento relacionado con el CUMPLIMIENTO INTEGRAL DEL CONTRATO DE OBRA No. 1883 DE 2014, POR PARTE DEL CONSORCIO CONTRATISTA, razón por la cual no le es dado efectuar pronunciamiento alguno al respecto.

Con apoyo en las razones que aquí se dejan expuestas, el Tribunal se abstendrá de efectuar alguna consideración y menos definición, positiva o negativa, acerca de la referida PRETENSIÓN SEGUNDA.

Lo anterior no obsta para manifestar que no se encontraron motivos de excepción relacionados con incumplimientos de la Convocante, que enerven las pretensiones relacionadas con incumplimientos por parte de INVÍAS.

- Las pretensiones TERCERA y CUARTA declarativas las encaminó la demanda a obtener que se declare que *"el **CONSORCIO CONLINEA 3** incurrió en sobrecostos y perjuicios, sin causa o hecho que le fuera imputable, por los incumplimientos de la entidad contratante y la mayor permanencia generada como consecuencia de los mismos, según se pruebe en el presente proceso"* y a que *"se declare que **INVÍAS** deberá reconocer y pagar al **CONSORCIO CONLINEA 3**, contratista del contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014 suscrito el 23 de diciembre de 2014, la totalidad de los sobrecostos y perjuicios de toda índole en que haya incurrido en virtud del incumplimiento de INVÍAS ..."*.

A juicio del Tribunal dichas pretensiones declarativas TERCERA y CUARTA en realidad son directamente consecuenciales de la

declaratoria previa de incumplimiento de la Entidad Contratante a la cual habrá de accederse, y por ello resulta válido entenderlas como una modalidad de las PRETENSIONES DE CONDENA también formuladas a través de la demanda que aquí se resuelve, PRETENSIONES DE CONDENA PRIMERA y SEGUNDA que han de prosperar en relación con los conceptos correspondientes a "*Mayor Permanencia*", "*Ingreso de concreto lanzado desde los portales*" y "*Repaleo de rezaga dentro de las galerías del Túnel*", y con arreglo a las cuantías que para cada uno de dichos conceptos han quedado definidas como el monto a cuyo reconocimiento y pago deberá proceder la Entidad Convocada.

No sobra comentar que en cuanto hay lugar a estimar las PRETENSIONES CUARTA PRINCIPAL DECLARATIVA y SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA respecto de los conceptos correspondientes a "*Mayor Permanencia*", "*Ingreso de concreto lanzado desde los portales*" y "*Repaleo de rezaga dentro de las galerías del Túnel*", obviamente no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno de fondo acerca de sus correspondientes PRETENSIONES SUBSIDIARIAS (PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRINCIPAL DECLARATIVA y la PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN SEGUNDA DE CONDENA).

- Respecto del concepto de "*Sobrecostos Financieros*", acerca del cual la Demanda arbitral solicita una decisión de fondo a través de sus PRETENSIONES DE CONDENA PRIMERA y SEGUNDA, el Tribunal puntualiza que en cuanto se entienda ese concepto como un perjuicio autónomo, derivado de las consecuencias adversas de carácter financiero que se hubieren derivado para la Parte Convocante como resultado o consecuencia del incumplimiento contractual de la Parte Convocada, sobre dicha pretensión así entendida el Tribunal se abstendrá de realizar pronunciamiento alguno de fondo por cuanto esa específica materia excede la limitación de temas que al Tribunal de Arbitramento le fue impuesta por las Partes a través del PARÁGRAFO

del Pacto Arbitral, lo anterior -bueno es reiterarlo- en cuanto dichos "*Sobrecostos Financieros*" se entiendan como un perjuicio autónomo y no se confundan, de ninguna manera, con las reclamaciones que se elevan a través de la PRETENSIÓN TERCERA DE CONDENA encaminada a que se disponga, de un lado, la actualización o indexación de las condenas que se profieran y, de otro lado, que se reconozcan *intereses legales doblados sobre tal monto de perjuicios ya actualizado*, temas estos a los cuales se hará referencia enseguida.

- En cuanto a la PRETENSIÓN TERCERA DE CONDENA se accederá a la solicitada actualización o indexación de las sumas que deban reconocerse a favor de la Convocante con la finalidad de repararle los perjuicios que se hallaron acreditados, ello sobre la base de entender, tal como reiteradamente lo ha expuesto la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, que tales actualización o indexación en realidad no modifican el valor de las sumas de dinero que deben reconocerse a favor de la Parte Demandante sino que únicamente buscan mantener en el tiempo el poder adquisitivo de las mismas, dado el efecto inflacionario que caracteriza a la economía nacional.

"Con fundamento en la corrección monetaria, la jurisprudencia tiene determinado que la indexación, en estricto sentido, no es una sanción que suponga un componente indemnizatorio adicional, como sí ocurre con los intereses legales o por mora en el pago de las obligaciones¹⁷², ni supone pagar más de lo adeudado, pues tiene como propósito mantener el poder adquisitivo de la moneda:

¹⁷² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 1988, Rad. 30327 y de 21 de octubre de 2009, Rad. 37.243.

"Pagar una suma actualizada -lo ha dicho la jurisprudencia de esta misma Sala- no implica ni pagar más ni enriquecer indebidamente al acreedor. Los mecanismos de la devaluación mantienen la obligación en los términos reales; vale decir, conservan el poder adquisitivo del peso en tal forma que hoy se le pague al acreedor una suma con un poder equivalente a la que tenía la suma que se quiere actualizar¹⁷³ .

"Como la devaluación monetaria es un hecho independiente, que afecta de modo uniforme y general todas las relaciones jurídicas, no solo aquellas en las que ocurren daños o en las que se condenan pagos como concepto indemnizatorio o por la tardanza en el cumplimiento de las obligaciones, no es imputable al agente que causa el daño y, por ello, en sí mismo, no constituye un perjuicio indemnizable.

"Con la figura de la indexación se pretende, entonces, reajustar los montos para representar el verdadero valor adeudado, para cumplir con el requisito de la integridad del pago. En otras palabras, la indexación no constituye un mecanismo de sanción o indemnizatorio y comporta exclusivamente la observancia de criterios técnicos encaminados a mantener constante el poder adquisitivo de la moneda."¹⁷⁴

Para esos efectos, tal como ya se ha explicado, se aplicará la fórmula de actualización que tradicional y uniformemente utiliza el propio Consejo de Estado en las sentencias condenatorias que cotidianamente suele proferir, para cuya operación se tendrá como índice inicial el

¹⁷³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 1988, Rad. 4303. Esta posición fue reiterada en la sentencia de 28 de octubre de 1994, Rad. 8092, sentencia de 21 de octubre de 2009, Rad. 37.243 y sentencia de 2 de mayo de 2013, Rad. 27530.

¹⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia fechada en noviembre 15 de 2016. Radicación No. 25000-23-26-000-2004-02025-01; expediente No. 43247. Magistrado Ponente, doctor Guillermo Sánchez Luque.

Índice de Precios al Consumidor -IPC-, que corresponde a la fecha del 26 de agosto de 2016 y como índice final el Índice de Precios al Consumidor -IPC- de mayo de 2019, en cuanto es el último disponible y más reciente a la fecha de expedición del presente Laudo.

- Por lo que se refiere a la petición elevada a través de la misma PRETENSIÓN TERCERA DE CONDENA para que se disponga el reconocimiento y consiguiente liquidación de *“intereses legales doblados sobre tal monto de perjuicios ya actualizado, y para el mismo período (Ley 80 de 1.993, art. 4, num. 8)”*, la cual corresponde a la tasa que fija la ley cuando hay lugar al reconocimiento de *“intereses moratorios”* en cuanto la misma no hubiere sido acordada o convenida por las Partes, de conformidad con los dictados del inciso segundo (2º) del citado numeral 8 del artículo 4¹⁷⁵ de la Ley 80 expedida en el año de 1993, el Tribunal la denegará porque las sumas que mediante el presente Laudo -que para esos efectos es constitutivo- se establecen y se fijan como los reconocimientos que la Entidad Convocada debe pagar a la Convocante, únicamente empiezan a adeudarse a partir de la fecha de ejecutoria de la presente decisión, sin que por tanto se haya configurado mora alguna en relación con el pago de tales valores.

¹⁷⁵ Así reza el numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 expedida en el año de 1993:

“ARTÍCULO 4o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

“

“8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

“Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado”.

Al respecto ha dicho la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado:

"Se tiene así que si la condena al pago de intereses moratorios tiene por objeto sancionar el incumplimiento o la mora del DEUDOR, es lógico que cuando la Administración por sentencia en firme adquiere la calidad de DEUDOR, en el caso como el que se estudia, sólo a partir del día siguiente de dicha firmeza, si es que la Administración no satisface al acreedor, estará obligada no sólo por el capital de la condena sino también por los intereses moratorios, sin exceder el límite de usura. Por ello mismo no tiene fundamento legal imponer intereses moratorios cuando no existe obligación previa ni exigibilidad de la misma, pues la sanción al deudor con intereses moratorios requiere de la existencia y de la exigibilidad de una obligación.

"Por lo tanto la Sala modifica así las anteriores posturas y por eso concluye que la condena al pago de intereses moratorios en eventos como el presente, es decir cuando la calidad de deudor de la Administración aparece después de quedar en firme la sentencia condenatoria, y SÓLO surge a partir del día siguiente a la firmeza de esa sentencia."¹⁷⁶

Esa postura encuentra reiteración en la providencia de junio 13 de 2013:

"En ese mismo orden de ideas, no hay lugar a reconocer intereses moratorios derivados del pago de lo no debido a partir del momento en que se negó la devolución, y mucho menos de manera concurrente con los intereses legales del C.C. o corrientes del E.T., pues los intereses moratorios tienen un carácter eminentemente punitivo y resarcitorio,

¹⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia fechada en noviembre 27 de 2002. Radicación No. 76001-23-31-000-1994-0965-01; expediente No. 13792. Magistrada Ponente, María Elena Giraldo Gómez.

representan la indemnización de perjuicios por la mora, mora en la que no ha incurrido la entidad demandada pues, como se precisó, la obligación de devolución se tornará exigible sólo con la ejecutoria de esta sentencia.”¹⁷⁷

- En cuanto corresponde a la PRETENSIÓN DE CONDENA CUARTA y su respectiva SUBSIDIARIA, el Tribunal se abstendrá de efectuar pronunciamiento alguno al respecto por estimar que cualquier decisión que pueda adoptarse en relación con el trámite, la procedencia, los efectos, las condenas, etc., que se deriven de la eventual formulación del recurso extraordinario de anulación que llegue a presentarse en contra del presente Laudo y de su respectivo fallo, son materias que exceden por completo su competencia.
- Respecto de la PRETENSIÓN QUINTA DE CONDENA, mediante la cual se solicita el reconocimiento de las costas del juicio, el Tribunal se abstendrá de proferir condena con fundamento en lo dispuesto en el numeral 5¹⁷⁸ del artículo 365 del Código General del Proceso -C.G.P.-, incluidas las agencias en derecho, teniendo en consideración que las pretensiones de la demanda han prosperado de manera parcial únicamente y, por tanto, ha prosperado parcialmente también la defensa desplegada por la Entidad Estatal Convocante, amén de que la

¹⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia fechada en junio 13 de 2013. Radicación No. 25000-23-27-000-2008-00058-01; radicación No. 17973. Magistrado Ponente, doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

¹⁷⁸ El siguiente es el texto del citado numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

“

“5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”.

conducta leal y prístina que han observado las Partes a lo largo del proceso no amerita reproche alguno.

6. LA SEGUNDA EXCEPCIÓN PROPUESTA EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Como ya se ha adelantado, INVÍAS propuso como excepción la que denominó **“TRASGRESIÓN POR PARTE DEL CONSORCIO CONLINEA 3 DEL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA O LEX CONTRACTUS* Y DEL PRINCIPIO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPR1UM NON VALET— PROHIBICIÓN DE IR EN CONTRA DE LOS ACTOS PROPIOS”***.

La excepción se apoya en los argumentos de defensa de la Convocada sobre los cuales el Tribunal ya se ha ocupado a lo largo de las consideraciones de este laudo, esencialmente en la premisa de que ha sido el Consorcio quien actuó sin observar sus compromisos contractuales en cuanto a coordinación de accesos y construcción de vías provisionales, no tuvo la debida planeación de acuerdo con las conocidas condiciones de la obra, incumplió el plazo, desconoció la matriz de riesgos, desconoció sus obligaciones frente a los diseños (que se entregaron en Fase III), desconoció sus obligaciones de gestión ambiental y frente al Plan de Manejo Ambiental y demás razones respecto de las cuales el Tribunal ya se ha ocupado y lo han llevado a concluir la existencia de incumplimiento por parte de la Convocada en los términos indicados.

En consecuencia, la excepción será desestimada.

7. LA TERCERA EXCEPCIÓN PROPUESTA EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La tercera excepción, denominada **“AUSENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO Y DE MAYOR PERMANENCIA EN OBRA — IMPROCEDENCIA DE LOS PRESUNTOS PERJUICIOS RECLAMADOS**

POR EL CONSORCIO CONLINEA 3 (numeral 4.4 de los hechos de la demanda)” no requiere de pronunciamiento, según lo ya manifestado en este laudo, siendo que las pretensiones de la demanda que alegaban un presunto desequilibrio económico del contrato fueron formuladas de manera subsidiaria y las mismas no serán estudiadas.

8. OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO

En la contestación de la demanda, la Convocada objetó el juramento estimatorio de la cuantía del perjuicio hecho por la Convocante, de la siguiente forma:

"Manifestamos a los Honorables Árbitros que objetamos la estimación de la cuantía y juramento estimatorio contenidos en el acápite VIII de la demanda, pues tal y como quedó expuesto en la respuesta al capítulo de hechos, no existe obligación legal ni contractual' para que el INVÍAS efectúe reconocimiento económico alguno en favor de la convocante, como quiera que la totalidad de reclamaciones de contenido económico presentadas por el CONSORCIO CONLINEA 3 en la demanda carecen de asidero jurídico, contractual y fáctico, y parten del desconocimiento no solo del texto contractual sino de todos los antecedentes precontractuales, incluida la propuesta misma del contratista y también de las obligaciones que asumió el CONSORCIO CONLINEA 3 con la INVÍAS dentro del Contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014.

También se objeta el juramento estimatorio porque los montos de dinero establecidos frente a las pretensiones principales y subsidiarias, tienen como fundamento una información contable y financiera aportada por la convocante, sin embargo, como quedará probado en el dictamen pericial que se anuncia en esta contestación, se demostrará que esos valores no tienen sustento ni fundamento alguno.

Se reitera, conforme se ha expuesto a lo largo de la presente contestación, que no hay lugar a reconocimiento alguno por parte de INVÍAS por los conceptos descritos en la demanda como: i) sobrecosto por mayor permanencia en obra; ii) mayor costo del concreto lanzado por el ingreso desde los pórtales; iii) costo por el repaleo del material de

rezaga dentro de las galerías del túnel; por cuanto dichas reclamaciones se fundan en la interpretación errónea y carente de sustento por parte del CONSORCIO CONLINEA 3 de que el Contrato y/o el INVÍAS garantizaban el acceso al túnel piloto por las galerías del túnel principal, cuando quedó demostrado que dichos accesos tenían el carácter de eventuales, no fueron garantizados en ningún caso por el INVÍAS, y dependían única y exclusivamente de la coordinación del CONSORCIO CONLINEA 3 con el contratista del túnel principal.

Carecen de sustento las estimaciones realizadas en la demanda, como quiera que el Consorcio contratista evidentemente confunde los conceptos de 'frente de trabajo' y 'acceso al túnel piloto', derivando de ello la atribución infundada al INVÍAS del mayor tiempo requerido para la conducción de las actividades a las cuales se obligó dentro del Contrato de Obra Pública No. 1883 de 2014. Es igualmente infundado el juramento estimatorio presentado por el Consorcio contratista, en cuanto soporta las reclamaciones relacionadas con el mayor tiempo de ejecución, en el desarrollo de actividades que el propio Contrato contempla expresamente como de su exclusiva responsabilidad y resorte (revisión y ajuste a los diseños y modificación del Plan de Manejo Ambiental).

Finalmente, se objeta de forma tajante la estimación de la cuantía y juramento estimatorio contenidos en el acápite VIII de la demanda, por cuanto se ha puesto en evidencia en la presente contestación que el CONSORCIO CONLINEA 3 suscribió sendas modificaciones contractuales, en especial el Adicional No. 1 fechado 15 de enero de 2016, en el cual manifestó expresamente que 'La presente ampliación del plazo del contrato, se concede por solicitud del CONTRATISTA y no implica adición en valor para EL INSTITUTO, por lo que el CONTRATISTA efectuará la reprogramación con los recursos existentes del contrato. (...)'

No hay pues sustento para ninguna de las reclamaciones del CONSORCIO CONLINEA 3, pues expresamente se obligó a desarrollar las actividades con los recursos existentes en el Contrato sin que hubiese adición de recursos, y ahora, contrariando sus propios actos, pretende reclamar jurisdiccionalmente al INVÍAS dichos recursos''.

Como se puede notar, los motivos de la objeción radicarón en cuestiones distintas a la cuantificación del perjuicio propiamente dicha, pues se basan

en la reiteración de los argumentos expuestos en la contestación de la demanda en el sentido de que no existía obligación de reparación en cabeza de INVÍAS.

También se objetó el juramento con base en que los montos de dinero establecidos por la Convocante tienen como fundamento la información contable y financiera aportada por la Convocante, pero esos valores, afirma INVÍAS, no tienen sustento ni fundamento alguno.

El Tribunal no encuentra atendible la objeción pues, en primer lugar, traslada el debate de lo referido específicamente al cálculo de la cuantía de los perjuicios reclamados (que es el propio en el escenario de la objeción al juramento estimatorio) a los argumentos de oposición a las pretensiones por razón de la alegada inexistencia de responsabilidad a cargo de INVÍAS, sobre lo cual, además, se pronunció el Tribunal en los términos de este laudo.

En segundo lugar, frente a la alegación de la Convocada en el sentido de que los montos de dinero establecidos por la Convocante se basan en su contabilidad pero no tienen sustento ni fundamento, el Tribunal observa, por un lado, que en la objeción no se explicó la razón por la cual INVÍAS consideró que los valores no tenían sustento ni fundamento, lo cual impide analizar la cuestión por indeterminación de su contenido; y por otro lado, que la prueba pericial financiera y contable aportada por INVÍAS basó los reparos a la información contable del Consorcio Conlínea 3 en lo siguiente: i) No haber revisado la información contable del Consorcio, lo cual no le habría permitido al perito establecer con certeza si los costos y gastos aducidos en la experticia aportada por la Convocante corresponden a erogaciones realizadas en el curso normal de la ejecución del Contrato; ii) No haber podido determinar si parte de los costos fueron cubiertos con la partida de imprevistos pactada; iii) Aparente ausencia de requisitos legales de algunas facturas.

Sobre lo primero (No haber revisado la información contable del Consorcio), el Tribunal considera debidamente soportados, a lo largo de los veintitrés (23) tomos de registros contables aportados en el dictamen contable allegado por la Convocante, los hallazgos de la experticia en materia de costos -sin perjuicio de las depuraciones enunciadas por el Tribunal en este laudo-, aparte de que el perito contó con la posibilidad de hacer las revisiones que estimara necesarias, pues el plazo para la presentación del dictamen, fijado inicialmente en auto dictado el 13 de julio de 2018 (Acta No. 10, folio 371 del Cuaderno Principal No. 1) fue extendido a través de providencia del 7 de septiembre de 2018 (Acta No. 11, folio 390 del Cuaderno Principal No. 1) y mediante auto del 3 de octubre de 2018 (Acta No. 12, folio 419 del Cuaderno Principal No. 1) se concedió un plazo para hacer precisiones al dictamen, a raíz lo informado por el perito en el sentido de que no se le había permitido acceder a cierta información en determinado momento, para lo cual se conminó a la Convocante.

Sobre lo segundo (No haber podido determinar si parte de los costos fueron cubiertos con la partida de imprevistos pactada), el Tribunal observa que, ante una situación de incumplimiento contractual, no es admisible negar al contratista la reparación correspondiente so pretexto de que el valor del contrato incluye una partida de imprevistos, pues de ningún modo esa partida puede servir de excusa, eximente o tasación anticipada de los daños por la inobservancia de obligaciones de la Entidad Estatal Contratante, cual si se tratara de un salvoconducto para infringir lo pactado. Dicho de otra manera, los imprevistos que se incluyen en el valor del contrato no son los que se derivan de una situación irregular en el devenir contractual, como es el incumplimiento.

Finalmente, sobre lo tercero (Aparente ausencia de requisitos legales de algunas facturas), el Tribunal no lo acepta como razón para desvirtuar los hallazgos obtenidos en el dictamen contable allegado por la Convocante pues, en primer lugar, el propio perito designado por INVÍAS afirma que

algunas facturas "*parecen*"¹⁷⁹ no cumplir la normativa vigente, es decir que su análisis, desde su propia perspectiva, no es concluyente; y en segundo lugar, los reparos se refieren a la posible inobservancia de normas relativas al Impuesto al Valor Agregado IVA o actividades que sería "inusual" que fueran desempeñadas por el ente que las facturó, más no a la inexistencia de la erogación, por lo cual hay que concluir que como tales (como erogaciones) sí fueron realizadas, que es lo relevante cuando se trata de establecer los perjuicios por costos derivados de mayor permanencia en un trámite judicial, diferente a la acreditación de costos ante las autoridades tributarias.

En conclusión, no hay motivos para desacreditar el valor probatorio de la experticia financiera y contable aportada por la Convocante en cuanto a los gastos de administración, se repite, sin perjuicio de las depuraciones que realizó el Tribunal expresadas en este laudo.

La consecuencia de la desestimación de la objeción determina entonces que el juramento estimatorio está llamado a tener valor como prueba de los perjuicios reclamados en la extensión que ya se ha analizado en este laudo, es decir, excepto para la demostración del sobrecosto de administración por mayor permanencia, por las razones expuestas por el Tribunal al ocuparse de dicha pretensión.

Por otro lado, dispone el citado artículo 206 del C.G.P.:

"Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo

¹⁷⁹ Folio 35 del cuaderno del Dictamen Financiero Contable INVÍAS.

se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

(...)

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

(...)

PARÁGRAFO. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

De acuerdo con la norma citada, en concreto, son sancionables dos eventos, a saber:

- i).-** Aquel en el cual la cantidad señalada mediante el juramento estimatorio excede o supera en el CINCUENTA POR CIENTO (50%) la cantidad que se logra probar efectivamente en el proceso, o lo que es lo mismo, tal como lo ha dicho la Honorable Corte Constitucional, cuando entre la cantidad estimada y la cantidad probada hay una diferencia del CINCUENTA POR CIENTO (50%) respecto de la primera.

Así se desprende del análisis que con total claridad sentó la Honorable Corte Constitucional en su Sentencia C-067-16 de febrero 17 de 2016, oportunidad en la cual y a propósito del tema que aquí se revisa, puntualizó:

"6.5. *Para esta Corte, es claro que el legislador al definir la sanción por exceso en el juramento estimatorio tomó como punto de comparación la cantidad que fuera estimada en la demanda frente a la cantidad probada en el litigio, y que estableció un margen de error equivalente al (50%) de la cantidad probada.*

"6.6. *En ese sentido, la reforma introducida por la Ley 1743 de 2014 no desconoció el margen de error establecido por el legislador, por el contrario, lo hizo más preciso al señalar los dos extremos entre los cuales se calcula la sanción, esto es, la cantidad estimada y la cantidad probada"¹⁸⁰.*

Comoquiera que en el presente caso la cantidad estimada bajo juramento se fijó en la suma de QUINCE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS DOS PESOS (\$15.931'675.402,00), al paso que las condenas corresponden a la cantidad de NUEVE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS VEINTISÉIS MIL TREINTA Y DOS PESOS (\$9.349.226.032,00), resulta evidente que no existe entre dichos valores una diferencia o margen de error que supere el señalado CINCUENTA POR CIENTO (50%), puesto que la referida mitad (50%) de la cantidad estimada bajo juramento equivale a la cantidad de SIETE

¹⁸⁰ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-067-16 de febrero 17 de 2016. Magistrado Ponente, doctor Jorge Ignacio Pretel Chaljub.

MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS UN PESOS (\$ 7.965'837.701,00) y ocurre que el valor de las condenas será superior a la cantidad que acaba de señalarse.

Así las cosas, dado que la diferencia o desproporción prevista en la norma no existe en el presente caso, no habrá lugar a la sanción establecida en el artículo 206 del C.G.P.

ii).- Cuando hay falta de demostración de los perjuicios, vale decir, que, al no ser probados en juicio, bien pueden llamarse perjuicios ficticios o inexistentes, circunstancia que tampoco se configuró en el presente caso.

III. PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ABSTENERSE de efectuar pronunciamiento alguno de fondo acerca de la excepción denominada "*A.1. AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO*" por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- ABSTENERSE de efectuar pronunciamiento alguno de fondo acerca de la excepción denominada "*A. INEXISTENCIA DE*

SALVEDADES JURÍDICAMENTE VÁLIDAS EN LOS DOCUMENTOS MODIFICATORIOS CONTRACTUALES RESPECTO DE LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS QUE EN LA DEMANDA SE ALEGAN COMO GENERADORAS DE SOBRECOSTOS O AFECTACIONES ECONÓMICAS –AUSENCIA DE LA PRESUNTA MAYOR PERMANENCIA EN OBRA ADUCIDA POR EL CONSORCIO CONLINEA 3 (NUMERALES 4.3 Y 4.7 DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA), en cuanto corresponde a la "MODIFICACIÓN TRES (3) AL CONTRATO No. 1883 de 2014", todo de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO.- ABSTENERSE de efectuar pronunciamiento alguno de fondo acerca de la excepción denominada "*C. AUSENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO Y DE MAYOR PERMANENCIA EN OBRA – IMPROCEDENCIA DE LOS PRESUNTOS PERJUICIOS RECLAMADOS POR EL CONSORCIO CONLINEA 3 (numeral 4.4 de los hechos de la demanda)*", de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO.- DENEGAR la excepción denominada "*A. INEXISTENCIA DE SALVEDADES JURÍDICAMENTE VÁLIDAS EN LOS DOCUMENTOS MODIFICATORIOS CONTRACTUALES RESPECTO DE LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS QUE EN LA DEMANDA SE ALEGAN COMO GENERADORAS DE SOBRECOSTOS O AFECTACIONES ECONÓMICAS –AUSENCIA DE LA PRESUNTA MAYOR PERMANENCIA EN OBRA ADUCIDA POR EL CONSORCIO CONLINEA 3 (NUMERALES 4.3 Y 4.7 DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA)* en cuanto a los demás temas distintos a los señalados en el numeral SEGUNDO de la Parte

Resolutiva del presente Laudo, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO.- DENEGAR las excepciones denominadas "*B. TRASGRESIÓN POR PARTE DEL CONSORCIO CONLINEA 3 DEL PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA O LEX CONTRACTUS Y DEL PRINCIPIO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET- PROHIBICIÓN DE IR EN CONTRA DE LOS ACTOS PROPIOS*" y "*B.1 Los principios de responsabilidad contractual, buena fe contractual y justicia contractual*", de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEXTO.- DENEGAR la objeción al Juramento Estimatorio de la Demanda, formulada por la Parte Convocada, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SÉPTIMO.- ABSTENERSE de decidir de fondo la PRETENSIÓN SEGUNDA DECLARATIVA PRINCIPAL de la Demanda por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

OCTAVO.- ABSTENERSE de decidir de fondo las PRETENSIONES PRIMERA PRINCIPAL DE CONDENA, SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA y PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA pero únicamente en cuanto corresponde al concepto de "*Sobrecostos Financieros*" en la medida en que los mismos se entiendan como perjuicios autónomos y diferentes, por tanto, de la reclamación elevada por la indexación o actualización de las condenas y por el

pago de "*intereses legales doblados sobre tal monto de perjuicios ya actualizado, y para el mismo período (Ley 80 de 1.993, art. 4, num. 8)*", todo de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

NOVENO.- ABSTENERSE de decidir de fondo la PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA en cuanto corresponde a los conceptos de "*Mayor Permanencia*", "*Ingreso de concreto lanzado desde los portales*" y "*Sobrecostos Financieros*", de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

DÉCIMO.- ABSTENERSE de decidir de fondo sobre las PRETENSIONES CUARTA PRINCIPAL DE CONDENA y PRIMERA SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRINCIPAL DE CONDENA de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

DÉCIMO PRIMERO.- ABSTENERSE de decidir de fondo sobre las PRETENSIONES PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRIMERA PRINCIPAL DECLARATIVA y SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRINCIPAL DECLARATIVA, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

DÉCIMO SEGUNDO.- DECLARAR el incumplimiento del Contrato de Obra No. 1883 de 2014 por parte de la Entidad Estatal Contratante **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVÍAS-**, de conformidad con

las razones y por los conceptos que se exponen en la parte motiva de la presente providencia.

DÉCIMO TERCERO.- CONDENAR, como consecuencia de la declaración que antecede, a la Entidad Estatal Convocada **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVÍAS-** a pagar a favor de la Parte Convocante **CONSORCIO CONLÍNEA 3,** las sumas de dinero que se especifican a continuación por los sobrecostos y los perjuicios causados en relación exclusivamente con los conceptos de **a)** *"Mayor Permanencia"* o *COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO;* **b)** *"Ingreso de concreto lanzado desde los portales"* y **c)** *"Repaleo de rezaga dentro de las galerías del Túnel"*, de conformidad con las razones y por los conceptos que se exponen en la parte motiva de la presente providencia.

Las sumas de dinero que deberá pagar la Entidad Estatal Convocada **INVÍAS** a favor de la Parte Convocante **CONSORCIO CONLÍNEA 3** se indican a continuación de manera discriminada por cada uno de los conceptos enunciados:

a).- "Mayor Permanencia" o *COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO:*

La suma de SIETE MIL CIENTO VEINTIÚN MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL CIENTO CINCUENTA

PESOS (\$7.121.465.150), que incluye actualización a la fecha del laudo según el IPC.

b).- "Ingreso de concreto lanzado desde los portales":

La suma de MIL OCHOCIENTOS SESENTA MILLONES DOSCIENTOS VEINTISÉIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$1.860.226.854), que incluye actualización a la fecha del laudo según el IPC.

c).- "Repaleo de rezaga dentro de las galerías del Túnel":

La suma de TRESCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL VEINTIOCHO PESOS (\$367.534.028), que incluye actualización a la fecha del laudo según el IPC.

DÉCIMO CUARTO.- DENEGAR la PRETENSIÓN TERCERA DE CONDENA en cuanto se refiere al reconocimiento de "*intereses legales doblados sobre tal monto de perjuicios ya actualizado, y para el mismo período (Ley 80 de 1.993, art. 4, num. 8)*", de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

DÉCIMO QUINTO.- ABSTENERSE de condenar en costas de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia y lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso -C.G.P.-

DÉCIMO SEXTO.- ENTREGAR el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para lo de su cargo (artículo 47 de la Ley 1563 de 2012), una vez se encuentre en firme este laudo.

DÉCIMO SÉPTIMO: ORDENAR que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las Partes y al Ministerio Público.

Notificado en audiencia.

JOSE ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ

Presidente

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Árbitro

PEDRO ANTONIO LAMPREA RODRÍGUEZ

Árbitro

JAVIER RICARDO RODRÍGUEZ SUÁREZ

Secretario

Tabla de Contenido

I. ANTECEDENTES	1
1. EL COMPROMISO ARBITRAL Y COMPETENCIA	1
2. RESUMEN DEL TRÁMITE GENERAL DEL PROCESO.....	3
3. PRUEBAS RECAUDADAS.....	4
4. AUDIENCIA DE ALEGATOS	4
5. DURACIÓN DEL PROCESO	4
6. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA	6
6.1. LA DEMANDA	6
6.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA	21
7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO	31
II. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER.....	31
1. CUMPLIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.....	31
2. LA ESPECIE DE PACTO ARBITRAL CELEBRADO ENTRE LAS PARTES Y SU INCIDENCIA SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.....	34
2.1. LOS FUNDAMENTOS BÁSICOS DEL ARBITRAJE Y LAS CLASES O ESPECIES DE PACTO ARBITRAL	36
2.2. DETERMINACIÓN DEL TIPO DE PACTO ARBITRAL EN EL CASO BAJO ESTUDIO	44
2.3. EL PACTO ARBITRAL FRENTE A LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL	72
3. LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA ENTIDAD CONVOCADA	80
3.1. PRIMERA EXCEPCIÓN: <i>“INEXISTENCIA DE SALVEDADES JURÍDICAMENTE VÁLIDAS EN LOS DOCUMENTOS MODIFICATORIOS CONTRACTUALES RESPECTO DE LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS QUE EN LA DEMANDA SE ALEGAN COMO GENERADORAS DE SOBRECOSTOS O AFECTACIONES ECONÓMICAS –AUSENCIA DE LA PRESUNTA MAYOR PERMANENCIA EN OBRA ADUCIDA POR EL CONSORCIO CONLINEA 3 (NUMERALES 4.3 Y 4.7 DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA)”</i>	83
3.1.1. FUNDAMENTOS DE LA EXCEPCIÓN	83
3.1.2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ACERCA DE LA PRIMERA EXCEPCIÓN	86
3.2. LAS OTRAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA CONVOCADA	126
4. LAS MATERIAS OBJETO DE CONTROVERSIA A LAS CUALES SE LIMITÓ LA HABILITACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	128

4.1. COSTOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN POR EL AUMENTO EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO.....	129
4.1.1. INCUMPLIMIENTO POR LA ENTREGA INCOMPLETA O DEFECTUOSA DE LOS DISEÑOS FASE III.....	130
4.1.2. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR EL ACCESO AL TÚNEL PILOTO POR LOS PORTALES GALICIA Y BERMELLÓN, ASÍ COMO POR LAS GALERÍAS DE CONEXIÓN ENTRE EL TÚNEL PILOTO Y EL TÚNEL PRINCIPAL.....	177
4.1.3. AJUSTES AL PLAN DE MANEJO AMBIENTAL	237
4.1.4. EL MANEJO DE AGUAS DEL TÚNEL PRINCIPAL, ACTIVIDAD NO PREVISTA INICIALMENTE EN LA ESTRUCTURA Y CELEBRACIÓN DEL CONTRATO.....	250
4.1.5. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE RETIRAR ELEMENTOS Y EQUIPOS DEL CONTRATISTA DEL TÚNEL PRINCIPAL, QUE SE ENCONTRABAN EN EL TÚNEL PILOTO Y RETRASARON EL INICIO DE SUS OBRAS	263
4.1.6. LOS PERJUICIOS RECLAMADOS Y CAUSADOS POR LOS ESTABLECIDOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES DE LA PARTE CONVOCADA	265
4.2. INGRESO DE CONCRETO LANZADO DESDE LOS PORTALES	321
4.3. REPALEO DE REZAGA DENTRO DE LAS GALERIAS DEL TÚNEL	335
5. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA	342
6. LA SEGUNDA EXCEPCIÓN PROPUESTA EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA	352
7. LA TERCERA EXCEPCIÓN PROPUESTA EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA	352
8. OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO	353
III. PARTE RESOLUTIVA.....	360