

TABLA DE CONTENIDO

PRIMERA PARTE.- ANTECEDENTES Y OBJETO DE LA CONTROVERSI A.....	1
I. ANTECEDENTES	1
1. Las partes y sus Apoderados.....	1
2. El pacto arbitral.....	2
3. El Tribunal Arbitral.-Conformación y trámite preliminar.	3
4. El proceso arbitral.....	7
4.1. La competencia del Tribunal.	7
4.2 Las Pruebas decretadas y practicadas.....	7
4.3. Los Alegatos de Conclusión.	9
4.4. El Concepto del Ministerio Público.....	10
4.5. Audiencias del Tribunal.	11
4.6. Término de duración del proceso.....	11
II. OBJETO DE LA CONTROVERSI A.....	12
1. La demanda y sus Pretensiones.	12
2. Las Excepciones de Mérito.....	12
3. Los Hechos y los fundamentos de las Pretensiones.....	13
SEGUNDA PARTE.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	16
I. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE DEBE RESOLVER EL TRIBUNAL	16
II. ANÁLISIS PREVIO COMÚN A LOS DIVERSOS PROBLEMAS JURÍDICOS: El régimen jurídico aplicable al contrato de obra	16
III. ANÁLISIS SOBRE EL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: Si la demanda fue presentada oportunamente o, por el contrario, ocurrió la caducidad del medio de control de controversias contractuales	21
A. Las posiciones de las partes y del Ministerio Público.....	21
B. Consideraciones del Tribunal.....	23
IV. ANÁLISIS SOBRE EL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: Si la demanda podía ser presentada exclusivamente por algunos miembros del Consorcio o era necesario que todos ellos fungieran como demandantes.....	28
A. Las posiciones de las partes y del Ministerio Público.....	28
B. Consideraciones del Tribunal.....	29
V. ANÁLISIS SOBRE EL TERCER PROBLEMA JURÍDICO: Si el Otrosí No. 5 fue pactado a precios unitarios o, en cambio, fue estipulado a precio global como lo fue el Contrato de Obra, dando lugar a la improcedencia de las pretensiones	31
A. Las posiciones de las partes y del Ministerio Público.....	31
B. Consideraciones del Tribunal.....	35

VI. ANÁLISIS SOBRE EL CUARTO PROBLEMA JURÍDICO: Si ocurrieron hechos imprevistos o imprevisibles que obligaron al Consorcio a ejecutar obras adicionales que deban ser pagadas por la Universidad	49
A. Las posiciones de las partes y del Ministerio Público.....	49
B. Consideraciones del Tribunal.....	52
1. Teoría de la imprevisión.....	52
1.1 Características de la teoría de la imprevisión.....	52
1.2 Aplicación de la teoría de imprevisión en el presente caso	60
1.3 El Consorcio no demostró haber utilizado el porcentaje de imprevistos que componía el A.I.U. del Contrato No. 090 de 2011	67
2. Posibilidad de que las partes modifiquen el contrato con un alcance adicional	72
2.1 Teoría de los actos propios.....	73
2.2 Aplicación de la teoría de los actos propios en el asunto en revisión	81
3. La existencia de órdenes de la Universidad sobre obras distintas o con un alcance mayor al pactado	88
4. Conclusión.....	88
VII. ANÁLISIS SOBRE EL QUINTO PROBLEMA JURÍDICO: Si hay lugar a liquidación de perjuicios y al pago de actualizaciones e intereses a cargo de la Universidad y a favor del Consorcio	89
VIII. ANÁLISIS SOBRE EL SEXTO PROBLEMA JURÍDICO: Si hay lugar al pago de costas y agencias en derecho.	89
IX. EN RELACIÓN CON EL JURAMENTO ESTIMATORIO	93
TERCERA PARTE.- DECISIONES DEL TRIBUNAL	94

LAUDO ARBITRAL
TRIBUNAL DE ARBITRAJE
CONSTRUCTORA CANNAN S.A. (En proceso de reorganización)
CONTEIN S.A.S.
AMP MENDEZ & ASOCIADOS S.A.S.
Contra
UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSE DE CALDAS.

Bogotá Distrito Capital, a los diecisiete (17) días del mes de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Cumplido el trámite del proceso de la referencia dentro del término previsto por la ley, procede el Tribunal de Arbitraje integrado por **Felipe de Vivero Arciniegas**, Presidente, **Maria Claudia Rojas Lasso** y **Libardo Rodríguez Rodríguez**, con la Secretaría de **Edith C. Cediell Charris**, a dictar el laudo arbitral que pone fin a este trámite y que resuelve las diferencias contractuales surgidas entre **CONSTRUCTORA CANNAN S.A.** (En proceso de reorganización), **CONTEIN S.A.S** y **AMP MENDEZ & ASOCIADOS S.A.S**, parte demandante, y **UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSE DE CALDAS**, parte demandada.

El presente laudo se profiere en derecho, dentro de la oportunidad conferida por la ley y con el voto unánime de los árbitros integrantes del Tribunal.

PRIMERA PARTE.- ANTECEDENTES Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA.

I. ANTECEDENTES

1. Las partes y sus Apoderados.

1.1 La **demandante** se encuentra integrada por:

- **CONSTRUCTORA CANNÁN S.A.** en proceso de reorganización, en adelante **CANNÁN S.A.**, sociedad anónima constituida mediante Escritura Pública No. 1408, otorgada en la Notaría 32 de Bogotá, del 28 de mayo de 1987, inscrita el 5 de junio de 1987 bajo el No 212.601 del Libro IX, cuyo nombre y denominación fue modificado por el actual, mediante Escritura Pública No. 3514 del 28 de diciembre de 2001 de la Notaría 58 de Bogotá, inscrita el 28 de diciembre de 2001 bajo el No 808785 del libro IX, domiciliada en Bogotá D.C, con NIT 80007477-2, representada en este proceso por su gerente, señor **HECTOR ALDABER**

ORDOÑEZ ORTIZ, quien en tal calidad confirió el poder para la actuación judicial al abogado **JOSÉ MANUEL PÁJARO MARTÍNEZ** (folio 24 del Cuaderno Principal No.1).

- **CONSTRUCCIONES TÉCNICAS DE INGENIERÍA CONTEIN S.A.S.**, en adelante **CONTEIN S.A.S.**, sociedad por acciones simplificada constituida mediante Escritura Pública No. 10, otorgada en la Notaría 25 de Bogotá del 12 de enero de 1983, inscrita el 15 de febrero de 1983 bajo el No. 128715 del Libro IX, cuyo nombre y denominación fue modificado por el actual, mediante Escritura Pública No. 1855 del 28 de septiembre de 2012 de la Notaría 75 de Bogotá, inscrita el 9 de octubre de 2012 bajo el No 01672658 del libro IX, domiciliada en Bogotá D.C, con NIT 860090819-1, representada en este proceso por su gerente, señor **CARLOS ALBERTO MORENO NEIVA**, quien en tal calidad confirió el poder para la actuación judicial al abogado **JOSÉ MANUEL PÁJARO MARTÍNEZ** (folio 25 del Cuaderno Principal No.1).
- **AMP MENDEZ & ASOCIADOS PROYECTOS DE INGENIERÍA S.A.S.**, en adelante **AMP MENDEZ & ASOCIADOS S.A.S.**, sociedad anónima simplificada constituida mediante Escritura Pública No. 1003, otorgada en la Notaría 9 de Bogotá del 6 de junio de 2000, inscrita el 23 de junio de 2000 bajo el No. 00734369 del Libro IX, cuyo nombre y denominación fue modificado por el actual, mediante Acta No 138 de la Junta de socios de 4 de abril de 2017, inscrita el 2 de mayo de 2017, bajo el No 02220508 del libro IX, domiciliada en Bogotá D.C, con NIT830072982-7, representada en este proceso por su gerente, señora **LILIA GABRIELA MÉNDEZ FLÓREZ**, quien en tal calidad confirió el poder para la actuación judicial al abogado **JOSÉ MANUEL PÁJARO MARTÍNEZ** (folio 291 del Cuaderno Principal No.1).

Con los certificados expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá el 24 de enero de 2008, 7 de febrero de 2008 y 12 de febrero de 2019 respectivamente, se acreditaron la existencia y representación de las sociedades que integran la parte demandante (folios 26 a 36, 291 a 294 del Cuaderno Principal No.1).

1.2 La Demandada, es la **UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSE DE CALDAS** entidad pública del orden distrital, Institución de Educación Superior Oficial, creada mediante Acuerdo No. 10 del 2 de mayo de 1948 del Consejo de Bogotá, domiciliada en Bogotá y representada legalmente por su Rector, señor **RICARDO GARCIA DUARTE** quien en tal calidad confirió el poder para la actuación judicial al abogado **JUAN CARLOS MONCADA ZAPATA** (folios 242 a 253 del Cuaderno Principal No.1).

2. El pacto arbitral.

El presente proceso se originó en la demanda presentada el 23 de febrero de 2018, por las sociedades **CONSTRUCTORA CANNÁN S.A.** en proceso de reorganización y **CONTEIN S.A.S.**

y, posteriormente, **AMP MENDEZ & ASOCIADOS PROYECTOS DE INGENIERÍA S.A.S.**, sociedad que el 12 de febrero de 2019, coadyuvó la demanda en aras de integrar el Litis consorcio por activa (en lo sucesivo la demandante), contra **UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSE DE CALDAS**, (en lo sucesivo la demandada).

El trámite aplicado al proceso tuvo su origen en el pacto arbitral acordado entre las partes bajo la modalidad de cláusula compromisoria contenida en la cláusula 26 del Contrato de Obra No. 090 de 2011, suscrito entre las partes en septiembre de 2011, y cuyo objeto es “*el reforzamiento estructural, redes, remodelación arquitectónica y construcción de las obras para el proyecto de adecuación en la Sede A de la Macarena, perteneciente a la Universidad Francisco José de Caldas*”, cláusula que textualmente dispone (folios 70 y 71 del Cuaderno de pruebas No. 1):

“CLAUSULA COMPROMISORIA.- Toda controversia o diferencia derivada de la suscripción, ejecución, terminación o liquidación del presente Contrato, que no pueda dirimirse amistosa y directamente por las partes o con la intervención del Amigable Componedor por su origen, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, el cual estará compuesto por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes. En caso de no existir acuerdo entre las partes, la designación la realizará el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de la ciudad de Bogotá. Los honorarios y costas del arbitramento serán asumidos por montos iguales por las partes y se sujetarán a las tarifas que para tal fin consagre el Reglamento de la Cámara de Comercio de la ciudad de Bogotá o en su defecto la ley. El laudo que se profiera será en derecho, su trámite será el legal y su sede será en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de la ciudad de Bogotá”.

3. El Tribunal Arbitral.-Conformación y trámite preliminar.

3.1 El 23 de febrero de 2018, la parte demandante, por conducto de apoderado y mediante la presentación de la Demanda respectiva, solicitó la convocatoria del Tribunal de Arbitraje ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (folios 1 a 38 del Cuaderno Principal No. 1).

3.2 El 11 de abril de 2018, las partes nombraron de común acuerdo a dos (2) de los árbitros principales y suplentes que integrarían el Tribunal de Arbitraje que habrá de dirimir las diferencias surgidas entre las partes con ocasión del Contrato de Obra No. 90 de 2011. Fueron designados como árbitros principales los abogados María Carolina Rodríguez Ruiz y Martha Clemencia Cediél de Peña y, como suplentes personales, la doctora María Claudia Rojas Lasso y el doctor Felipe de Vivero Arciniegas, respectivamente (folios 75 y 76 del Cuaderno Principal No. 1). El tercer árbitro fue elegido mediante sorteo público realizado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de la lista presentada por las partes. La designación le correspondió al doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.

3.3 Notificadas las designaciones, mediante comunicaciones escritas visibles a folios 80 a 87 del Cuaderno Principal No. 1., fueron aceptadas por la doctora María Carolina Rodríguez Ruiz y el doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, dentro del término previsto en la ley, quienes dieron cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 14 y 15 de la Ley 1563 de 2012 (folios 88 a 91 del Cuaderno Principal). La doctora Cediél de Peña declinó tal designación, razón por la que el Centro procedió, el 25 de mayo de 2018, a notificar la designación al árbitro suplente, doctor Felipe de Vivero Arciniegas, quien aceptó la misma dentro del término legalmente previsto y ejerció el deber de información de que trata el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012 (folios 92 a 95 del Cuaderno Principal No. 1).

3.4 Designados los árbitros, en audiencia que consta en el Acta No. 1 celebrada el 9 de agosto de 2018, el Tribunal, mediante Auto No.1, lo declaró instalado, nombró como secretario al doctor Carlos Humberto Mayorca Escobar, fijó como lugar de funcionamiento y sede de la secretaría, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y reconoció personería a quienes actuaron como apoderados de las partes. En la misma fecha, el Tribunal profirió el Auto No. 2 en el que resolvió inadmitir la demanda arbitral, ordenando a la demandante subsanar la misma. (folios 120 a 124 del Cuaderno Principal No. 1).

3.5 El 10 de agosto de 2018, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, notificó la designación como secretario al Dr. Carlos H. Mayorca Escobar, quien la aceptó oportunamente, cumplió con el deber de información dispuesto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012 y tomó posesión del cargo ante el Tribunal (folios 134 y 135 del Cuaderno Principal No. 1).

3.6 El 16 de agosto de 2018, el apoderado de la parte demandante presentó dentro del término de ley, el correspondiente escrito de subsanación de la demanda (folios 137 y 138 del Cuaderno Principal No 1).

3.7 El 4 de septiembre de 2018, mediante Auto No 3, el Tribunal admitió la demanda, ordenando notificar a la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en los términos dispuestos en el artículo 612 del C.G.P., y correr traslado de la Demanda por el término legal (folios 139 a 141 del Cuaderno Principal No. 1).

3.8 El 12 de septiembre de 2018, se notificó personalmente a la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, parte demandada, el auto admisorio de la demanda, haciéndole entrega de la demanda y copia del referido Auto. En la misma fecha, se notificó personalmente a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público (folios 142 a 160 del Cuaderno Principal No. 1).

3.9 El 24 de octubre de 2018, el doctor Mayorca Escobar presentó renuncia al cargo de secretario (folios 161 y 162 del Cuaderno Principal No. 1).

3.10 El 19 de noviembre de 2018, dentro del término legal, la entidad demandada contestó la Demanda, en la que aceptó unos hechos y negó otro, se opuso a las Pretensiones, formuló Excepciones y aportó y solicitó la práctica de pruebas. No objetó el juramento estimatorio (folios 165 a 253 del Cuaderno Principal No. 1).

3.11 El 28 de noviembre de 2018, el Tribunal procedió al reemplazo del secretario y designó a la doctora Edith Constanza Cediell Charris, quien aceptó el 4 de diciembre de 2018, dio cumplimiento al deber de información de que trata la Ley 1563 de 2012 y se posesionó el 12 de diciembre de 2018 (folios 256 a 262 del Cuaderno Principal).

3.12 El 13 de diciembre de 2018, la secretaria en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 110 del Código General del Proceso, fijó la lista a fin de correr el traslado a la parte demandante de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda arbitral. Dentro de la oportunidad legal (20 de diciembre de 2018) el apoderado de la parte demandante presentó escrito recorriendo el traslado correspondiente, oponiéndose a las excepciones propuestas y aportando y solicitando la práctica de pruebas (folios 266 a 270 del Cuaderno Principal No. 1). Los documentos entregados fueron incorporados a folios 401 a 408 del Cuaderno de Pruebas No. 5.

3.13 El 26 de diciembre de 2018, la secretaria recibió correo electrónico del Procurador 147 judicial II Administrativo de Bogotá en el que informó sobre la asignación de este proceso a ese despacho (folios 271 y 272 del Cuerno Principal No. 1).

3.14 Mediante Auto No. 5 contenido en el Acta No 4 de 22 de enero de 2019, el Tribunal fijó para el 12 de febrero de 2019, la Audiencia de Conciliación, providencia notificada a las partes mediante correo electrónico del 23 de enero de 2019 (folios 273 a 276 del Cuaderno Principal No.1).

3.15 El 12 de febrero de 2019, antes de dar inicio de la Audiencia de Conciliación, el Tribunal recibió memorial suscrito por la representante de la sociedad AMP MENDEZ y Asociados Proyectos de Ingeniería S.A.S. en el que manifestó su interés en coadyuvar la presente demanda arbitral, para efectos de *“integrar el litis consorcio por activa”*. En virtud de lo anterior, Tribunal resolvió admitir la solicitud de integrar el Litis consorcio por activa, mediante Auto No. 6 del 12 de febrero de 2019, disponiendo que, como consecuencia de lo resuelto, la parte demandante quedaría integrada por las tres sociedades miembros del consorcio CANNAN-CONTENIN-AMP, a saber: i) CONSTRUCTORA CANNÁN S.A., ii) CONSTRUCCIONES TECNICAS DE INGENIERÍA CONTEIN S.A.S. y iii) AMP MENDEZ Y

ASOCIADOS PROYECTOS DE INGENIERIA LTDA., hoy, AMP MENDEZ ASOCIADOS PROYECTOS DE INGENIERIA S.A.S. (Auto No.6, folios 278 a 280 del Cuaderno Principal No. 1)

A continuación, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, la que se declaró fracasada y terminada mediante Auto No. 7 del 12 de febrero de 2019, razón por la que el Tribunal procedió inmediatamente a decretar, mediante Auto No. 8, los honorarios de los árbitros y de la secretaria, así como la partida para gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje y la relativa a expensas de este proceso. En la misma oportunidad profirió Auto No. 9 en el que, atendiendo la solicitud conjunta de las partes, ordenó la suspensión del proceso entre el 13 de febrero de 2019 y el 12 de abril de 2019, ambas fechas incluidas (folios 280 a 290 del Cuaderno Principal No. 1).

3.16 El 28 de marzo de 2019, el Tribunal tuvo conocimiento del fallecimiento de la Dra. María Carolina Rodríguez Ruiz, y en tal virtud solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, proceder a su reemplazo de acuerdo con lo dispuesto por las partes en el acta de designación de árbitros. El Centro notificó a la doctora María Claudia Rojas Lasso, quien aceptó y cumplió con el deber de información, el 4 de abril de 2019 (folios 302 a 338 del Cuaderno Principal No. 1).

3.17 Por razón de lo anterior y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, el proceso continuó suspendido hasta el 29 de abril de 2019. Se reanudó al día siguiente (30 de abril de 2019), una vez quedó en firme el nombramiento y aceptación de la doctora Rojas Lasso. La anterior situación fue puesta en conocimiento de las partes mediante informe secretarial de fecha 30 de abril de 2019, remitido por correo electrónico a las partes e incorporado al expediente a folios 339 y 340 del Cuaderno Principal No 1.

3.18. Dentro de la oportunidad legal, las partes entregaron al Presidente del Tribunal Las sumas decretadas en las proporciones de ley (folios 341 a 346 del Cuaderno Principal No. 1), tal y como consta y fue informado en el Acta No 6 que da cuenta de la audiencia celebrada el 16 de mayo de 2019.

3.19 Como consecuencia de lo anterior, y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, el Tribunal, mediante Auto No. 10 del 16 de mayo de 2019, convocó a las partes para el 24 de mayo de 2019 a la Primera Audiencia de Trámite, providencia que se notificó por correo electrónico en esa misma fecha. (Folios 347 a 351 del Cuaderno Principal No. 1).

Lo expuesto evidencia que el Tribunal se constituyó conforme a los preceptos legales y los árbitros fueron habilitados por las partes para decidir las controversias surgidas entre ellas.

4. El proceso arbitral.

4.1. La competencia del Tribunal.

El 24 de mayo de 2019, tuvo lugar la Primera Audiencia de Trámite, oportunidad en la que el Tribunal, mediante Auto No. 11, se declaró competente para conocer las diferencias existentes entre las partes y decidir las pretensiones contenidas en la demanda (Acta No. 7, folios 356 a 372 del Cuaderno Principal No. 1)

4.2 Las Pruebas decretadas y practicadas.

En la Primera Audiencia de Trámite, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, las que se practicaron en su totalidad, como se relaciona a continuación.

a) Prueba documental.

Mediante Auto No. 13 del 24 de mayo de 2019, el Tribunal ordenó tener como pruebas de la demandante, los documentos aportados y relacionados en el capítulo V de pruebas de la Demanda, incorporados en los Cuadernos de Pruebas Nos. 1 a 3, así como los entregados con el memorial presentado al descorrer el traslado de las Excepciones, incorporados a folios 401 a 408 del Cuaderno de Pruebas No 5. De igual forma, ordenó tener como pruebas, las documentales relacionadas en el capítulo VIII anexos de la Contestación de la demanda, incorporados en los Cuadernos de Prueba Nos 4 (folios 1 al 514) y 5 (folios 1 a 400)

b) Declaraciones de Terceros.

En este proceso rindieron testimonio las siguientes personas, a saber: Jorge Armando Rodríguez Almonacid, Roberto Vergara Portela, Jairo Libardo Fernández Amaya, José Joaquín Casas Sarmiento, Frankly Castaño Herrera, María Teresa Molina Cifuentes, Oscar Andrés Moyano, Nelson Leonardo Mora Fonseca (Actas Nos. 8, 9, 10, 16).

Las transcripciones de las declaraciones y los audios (CD) que las contienen se incorporaron al expediente mediante Autos Nos 28 del 13 de agosto de y 29 del 9 de septiembre de 2019 (Actas Nos 17 y 19, folios 583 a 585 y 587 a 594 del Cuaderno Principal No. 1, respectivamente), y obran a folios 1 a 26, 28 a 73 del Cuaderno de Pruebas No.11.

No se practicaron, los testimonios de los señores Rafel Aranzalez, Eduardo Traslateur, Irma Yolanda Martínez, Inocencio Bahamón, José Joaquín Puerto, Miguel Antonio Sánchez, Néstor Álvarez y Daniel Gutiérrez Díaz, en tanto la parte solicitante de la prueba desistió de la misma, tal y como consta en los Autos Nos. 21 del 11 de julio de 2019, 22 del 17 de julio de

2019 y 27 del 6 de agosto de 2019 (Actas 11 y 12, folios 499 a 503; 520 a 523 y 567 a 575 del Cuaderno Principal No 1, respectivamente).

c) Dictamen pericial técnico

El Tribunal decretó la práctica de un dictamen pericial. Para estos efectos se designó como perito, al ingeniero Luis Orlando Muñoz Muñoz (Acta No 7 de 24 de mayo de 2019), quien en audiencia realizada el 13 de junio de 2019 (Acta No 9) tomó posesión del cargo, en los términos de ley. Mediante Auto No. 17 del 13 de junio de 2019, el Tribunal le precisó los aspectos sobre los que versa al dictamen, experticia que fue rendida el 8 de agosto de 2019 (folios 452 a 454 del Cuaderno Principal No. 1)

El Tribunal mediante Auto No. 28 del 13 de agosto de 2019, notificado por estado el 14 de agosto del mismo año, ordenó correr traslado a las partes de esa experticia (folios 583 a 586 del Cuaderno Principal No. 1). Ninguna de las partes solicitó aclaraciones y complementaciones al dictamen rendido.

El Tribunal, mediante Auto No 29 del 9 de septiembre de 2009 ordenó de oficio citar a interrogatorio al perito, diligencia que se llevó a cabo el 19 de septiembre de 2019 (Acta No. 20, folios 613 a 617 del Cuaderno principal No 1).

El dictamen pericial y la grabación del interrogatorio obran en el Cuaderno de Pruebas No. 11 a folios 75 a 128 y en el folio 645 del Cuaderno Principal No 1, respectivamente.

d) Dictamen pericial financiero - contable

El Tribunal decretó la práctica de un dictamen pericial. Para estos efectos se designó como perito al a la firma Valora Consultoría S.A.S (Acta No 7 de 24 de mayo de 2019), quien en audiencia realizada el 13 de junio de 2019 (Acta No 9) tomó posesión del cargo, en los términos de ley (folios 455 y 456 del Cuaderno Principal No. 1).

Mediante Auto No 18 del 13 de junio de 2019, el Tribunal le precisó los aspectos sobre los que versa al dictamen, experticia que fue rendida el 8 de agosto de 2019.

El Tribunal, mediante Auto No. 28 del 13 de agosto de 2019, notificado por estado el 14 de agosto del mismo año, ordenó correr traslado a las partes de esa experticia (folios 583 a 586 del Cuaderno Principal No. 1). Ninguna de las partes solicitó aclaraciones y complementaciones al dictamen rendido

Mediante Auto No 29 del 9 de septiembre de 2009, el Tribunal ordenó de oficio citar a interrogatorio al perito, diligencia que se llevó a cabo el 1º de octubre de 2019 (Acta No. 21, folios 618 a 621).

El dictamen pericial y la grabación del interrogatorio obran en el Cuaderno de Pruebas No. 11 folios 128 a 162 y en el folio 645 del Cuaderno Principal No. 1, respectivamente.

e) Exhibición de documentos.

El Tribunal, con fundamento en lo previsto en el artículo 236 del C.G.P, se abstuvo de decretar la inspección judicial con exhibición de documentos solicitada por la demandada y, en su lugar, dispuso y decretó, mediante Auto No. 13 del 24 de mayo de 2019, la exhibición de documentos relativos a la propuesta presentada por el Consorcio Contratista en el proceso de selección realizado; las facturas y documentos comerciales mediante los cuales se ejecutaron las mayores obras pactadas en el Otrosí No. 5 del Contrato de Obra No 090 de 2011

La citada audiencia inició y concluyó el 6 de agosto de 2019 y como resultado de la misma se recabaron los documentos que se listan en el Acta No. 16, cuya incorporación se realizó mediante Auto No 26 del 6 de agosto de 2019 (folios 567 a 576 del Cuaderno Principal No 1). Los referidos documentos obran a folios 1 a 578 del Cuaderno de Pruebas Nos. 6; folios 1 a 708 del Cuaderno de Pruebas No. 7; folios 1 a 551 del Cuaderno de Pruebas No 8; folios 1 a 576 del Cuaderno de Pruebas No 9 y, folios 1 a 488 del Cuaderno de Pruebas No 10.

Al cerrarse la instrucción, los apoderados de las partes manifestaron, expresamente, que todas las pruebas decretadas habían sido practicadas de conformidad con sus peticiones y que no se encontraba pendiente de práctica ninguna prueba.

4.3. Los Alegatos de Conclusión.

Una vez concluido el período probatorio y practicadas todas las pruebas solicitadas por las partes y decretadas por el Tribunal, el 29 de octubre de 2019, se surtió audiencia en la que ambas partes presentaron en forma oral sus alegaciones finales (Acta 22 folios 1 a 6 del Cuaderno Principal No 2). La demandada presentó además el escrito que obra a folios 7 a 23 del Cuaderno Principal No 2.

4.4. El Concepto del Ministerio Público.

En audiencia realizada el 29 de octubre de 2019 (Acta No. 22), el señor Agente del Ministerio Público presentó su concepto, entregando el respectivo escrito que obra a Folios 24 a 47 del Cuaderno Principal No. 2.

En dicho concepto el señor Agente del Ministerio Público hace un recuento de los antecedentes del contrato, de las pretensiones de la demanda y de los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y su contestación, y plantea el problema jurídico que el Tribunal debe resolver y que concreta en *“establecer si se presentó una ruptura del equilibrio económico del contrato de obra pública No 090 del 30 de septiembre de 2011 y su otrosí No 05 del 6 de diciembre de 2013 por hechos no atribuibles al contratista, sin que se adoptaran las medidas necesarias para su restablecimiento y como consecuencia de este análisis, si surge para la entidad demandada el deber de reparar los daños que el demandante afirma se le causaron por la ejecución de obras adicionales”*.

A partir de lo anterior, procede a referirse al contrato de obra pública y su regulación legal, a efectuar un análisis fáctico y probatorio de las pruebas practicadas en el proceso, para posteriormente emitir su concepto respecto del caso concreto, en el que concluye que *“No se presentó una ruptura del equilibrio económico del contrato de obra pública 090 del 30 de septiembre de 2011 y su otrosí No. 05 del 6 de diciembre de 2013, no generándose para la entidad pública demandada la obligación de reparar los daños que el demandante afirma se le causaron por la ejecución de obras adicionales”*. Lo anterior si se tiene en cuenta que los hechos alegados como causantes del desequilibrio económico relacionados con la ejecución de mayores cantidades de obra:

- i) Son atribuibles a la culpa, negligencia e impericia del consorcio Contratista, quien debe asumir la carga económica en virtud del principio de *“autorresponsabilidad”*.
- ii) Eran previsibles al momento de la estructuración y elaboración de los diseños de obra, con base en los cuales se ejecutaría el contrato de obra pública No. 090 de 2011 y contrato de obra adicional No. 05 de 2013.
- iii) El consorcio contratista asumió voluntaria, unívoca y expresamente los riesgos asociados a la idoneidad de los diseños, no solo porque participó en su elaboración, aclaración, corrección y complementación, sino porque en la etapa de preconstrucción se *“apropió”* de los mismos.

iv) El haberse pactado el contrato bajo la modalidad de “precio global fijo sin fórmula de reajuste” implica que el contratista asume de manera voluntaria, univoca y expresa los riesgos financieros asociados a la ejecución del objeto del contrato.

En consideración a lo anteriormente expuesto, solicitó al Tribunal declarar “la prosperidad de las excepciones de mérito propuestas por la entidad pública demandada en la contestación de la demanda arbitral, a excepción de la que tiene que ver con la caducidad, así como que se desestimen las pretensiones declarativas y de condena de la demanda arbitral”.

4.5. Audiencias del Tribunal.

El proceso se desarrolló en veintitrés (23) audiencias incluidas la de instalación y la de fallo.

4.6. Término de duración del proceso.

Teniendo en cuenta que las partes no señalaron un término para la duración del trámite arbitral, éste fue de seis (6) meses contados a partir de la terminación de la Primera Audiencia de Trámite, que tuvo lugar el 24 de mayo de 2019 (folios 356 a 390 del Cuaderno Principal No 1). Sin embargo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 10 de la ley 1563 de 2012, a dicho término deben adicionarse los días calendario durante los cuales el proceso estuvo suspendido en seis (6) oportunidades por solicitud conjunta de las partes, así:

Providencia	Término de suspensión	Días HÁBILES
Auto No. 15 del 24/05/2019 (Acta No. 7)	Entre el 25/5/2019 al 11/06/19 ambas fechas inclusive	11
Auto No. 19 del 13/06/2019 (Acta No. 9)	Entre 28/06/2019 al 10/07/2019, ambas fechas incluidas	8
Auto 23 del 23/07/2019 (Acta No. 13)	Entre el 19/07/2019 y el 28/07/2019, ambas fechas incluidas.	6
Auto 31 del 19/09/2019 (Acta No. 20)	Entre el 20/09/2019 y el 30/09/2019, ambas fechas incluidas.	7
Auto No. 34 del 1/10/2019 (Acta No. 21)	Entre el 7/10/2019 al 27/10/2019, ambas fechas incluidas.	14
Auto No. 36 del 29/10/2019 (Acta No. 21)	Entre el 30/10/2019 al 16/12/2019, ambas fechas incluidas	36
Total Días calendario que estuvo suspendido		82 días hábiles

Visto lo anterior, al sumarle al término de seis (6) meses los ochenta y dos (82) días hábiles durante los cuales el proceso ha estado suspendido, el término vencería el diecinueve (19) de

marzo de 2020. Por lo anterior, la expedición del presente laudo arbitral se hace dentro de la oportunidad legal.

II. OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. La demanda y sus Pretensiones.

La demandante formuló tres pretensiones. La primera de contenido declarativo dirigida a que el Tribunal declare que la Universidad, es “*responsable por la falta de pago de las obras adicionales*” que el contratista ejecutó y que eran necesarias para el cumplimiento del Contrato No. 090 de 2011 del 30 de septiembre de 2011 y su otrosí No. 5 del 6 de diciembre de 2013.

La segunda y tercera son pretensiones consecuenciales, y se encaminan a que se condene a la demandada a pagar al Consorcio Contratista la suma de \$941.632.334 correspondiente al valor de las obras adicionales ejecutadas por el mismo, monto que solicita le sea indexado y actualizado conforme a lo dispuesto en la ley, así como que se reconozcan los intereses de mora calculados a la tasa máxima legal, de acuerdo con lo que dispone al respecto el artículo 884 del Código de Comercio, calculados a partir del 7 de enero de 2016, fecha en la que cual se efectuó el cobro correspondiente.

2. Las Excepciones de Mérito

El 19 de noviembre de 2018, la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, contestó la demanda en la que se opuso a todas las Pretensiones de la misma, se pronunció sobre los Hechos, aceptando unos y negando otros, y propuso las siguientes cinco (5) Excepciones de Mérito, que rotuló así:

- 2.1 “*Solicitud de declaratoria de la Caducidad del medio de Control. Pronunciamiento sobre la Subsanación de la demanda*”.
- 2.2. “*Falta de legitimación por Activa por Indevida integración del Listisconsorcio necesario*”.
- 2.3 “*El Régimen contractual que propone el Demandante a los entes Autónomos Universitarios les aplica Régimen contractual privado*”.
- 2.4 “*Improcedencia de Pretensiones que violan el contrato, sus modificaciones y la matriz de riesgos acordada*”.
- 2.5 “*Inexistencia de circunstancias imprevistas*”

3. Los Hechos y los fundamentos de las Pretensiones

Los hechos de la demanda arbitral obran en las páginas 2 a 11 y se organizan en 31 hechos, que el Tribunal resumen a continuación:

Hechos 1 a 17 de la demanda (págs. 2 a 8), relativos a la suscripción del Contrato y el Otrosí No 5.

3.1. La demandante se refiere al Contrato de Obra No 090 de 2011 suscrito entre las partes el 30 de septiembre de 2011, cuyo objeto consistía en la realización del reforzamiento estructural y mejoramiento integral de la sede A de la Macarena de propiedad de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas. El alcance del contrato, según afirma, de acuerdo con lo dispuesto en el mismo, en el Apéndice Técnico, en los términos de referencia de la Convocatoria Pública y en la propuesta presentada por el Concesionario, comprendía *“la ejecución, revisión, análisis y complementación, ajuste y adopción de los estudios y diseños referenciales puestos a disposición por parte de la Universidad”*.

3.2. La demandante señala que durante la ejecución del contrato y en las reuniones del Comité de Obra en las que estuvo presente la interventoría, la Universidad solicitó al Consorcio contratista el desarrollo de obras anexas o adicionales que no se encontraban inicialmente previstas y que rotuló *“requerimientos adicionales”*, las que se agruparon en 4 componentes, identificados, así:

- Componente 1 *“obra adicional en requerimiento del Plan Integral de Gestión, Captación, Almacenamiento y reutilización de Aguas LLuvias (PIGA)”*
- Componente 2 *“Obra adicional en instalaciones eléctricas y de comunicaciones”*.
- Componente 3 *“Obra adicional en actividades complementarias en edificio y obras exteriores.*
- Componente 4. *“Auditorio”*.

3.3. Para los fines anteriores la Universidad solicitó al Consorcio Contratista la presentación de un estudio de costos y presupuesto en el que se detallaran los precios unitarios por obras adicionales a realizar, cuyo valor ascendía a la suma de \$4.650.000.000, el que fue presentado por el Consorcio en Comité de Obra, aprobado por la interventoría, tal y como consta en Acta No. 106 del 27 de noviembre de 2013 y avalado por la Universidad mediante Resolución No. 40 del 19 de septiembre de 2013, expedida por la Comisión de la Planta Física del Consejo Superior Universitario. Como resultado de lo anterior, las partes procedieron, el 5 de diciembre de 2013, a suscribir el Otrosí No. 5.

3.4. Al iniciar las labores relativas al Otrosí No.5, el Contratista enfrentó algunas circunstancias que no fueron previstas, así como el cambio en las especificaciones iniciales y variaciones del lugar, que requirieron la realización de labores preparatorias y actividades adicionales, que no estaban presupuestadas inicialmente.

3.5. Las actividades y/o obras adicionales que fue necesario realizar son las siguientes:

- Respecto del componente No. 1:
 - i) Módulo de reciclaje para el manejo de residuos sólidos.
 - ii) Construcción del tanque de drenado y carro de bombas.
 - iii) Modificación a las redes de recolección y suministro para aprovechamiento de aguas lluvias.
 - iv) Cimentación especial para tanque- Caissons

- Respecto del Componente No. 2: Aumento de carga en equipos proyectados a la red regulada y variación de dimensionamiento de acometidas, a raíz del cambio de uso de aulas normales en aulas de sistemas.

- En relación con el componente No. 3:
 - i) Pozos para redes sanitarias.
 - ii) Escaleras en concreto, puente de conexión y estabilización y empedramiento de senderos peatonales.
 - iii) Modificaciones arquitectónicas por requerimiento de espacios en cafetería y cambio de especificaciones.
 - iv) Modificaciones de especificaciones técnicas de acometidas para subestación existente, aumento de canalizaciones por cambio de rutas y trámite de maniobra ante CODENSA.
 - v) Infraestructura necesaria para alumbrado público diseñado (cajas y canalizaciones).
 - vi) Cimentación de cafetería exterior.
 - vii) Requerimiento de equipos adicionales por actualización CODENSA.

- En relación con el componente No. 4: mayor alcance de las obras complementarias, dada la ampliación del área destinada a la reconstrucción de la cafetería exterior, mayor área de cubiertas, mayor área derivada de las variaciones en el diseño arquitectónico y acústico del auditorio principal.

- En relación con el Componente No. 5: Obras adicionales para adecuación del tercer nivel ala norte, cambio necesario para la nueva distribución del mobiliario y reubicación del personal administrativo.

Hechos 18 a 30 (págs. 8 a 10), relativos al origen de la Controversia.

- 3.6. El Consorcio contratista ejecutó y entregó a satisfacción todas y cada una de las obras adicionales y solicitó a la universidad (11 de noviembre de 2014) aprobar el reconocimiento de \$1.284.386.286.30, solicitud que fue presentada igualmente a la interventoría del contrato, precisando los motivos por lo que tales obras eran imprescindibles, así como, el alcance y los fundamentos técnicos de las mismas.
- 3.7. El 15 de julio de 2015, la interventoría consideró viable el reconocimiento de algunas de las obras, esto es, las indicadas en los numerales i), iii) y iv) el Componente No. 1; las del Componente No 2, las de los numerales ii) a vii) y las del componente 5. Por razón de lo anterior, el Consorcio solicitó a la interventoría revisar nuevamente el presupuesto de reconocimiento de las obras adicionales teniendo en cuenta el presupuesto preliminar, las memorias de cantidades de obra y el análisis de precios unitarios.
- 3.8. El 24 de noviembre de 2015, las partes suscribieron el Acta de entrega y recibo final de obra, documento en el que la interventoría manifestó haber recibido a satisfacción las obras ejecutadas.
- 3.9. El 7 de enero de 2016, el Consorcio Contratista nuevamente solicitó a la entidad demandada el pago de las obras adicionales por valor total de \$1.600.000.000. Dicha solicitud fue revisada por la interventoría quien verificó la existencia de las obras adicionales e indicó cuales de ellas debían ser pagadas, concluyendo que el monto a pagar para remunerar las obras adicionales ascendía a \$941.632.334.
- 3.10. El 25 de agosto de 2016, el Consorcio Contratista insistió en la solicitud de pago ante la rectoría de la Universidad, entidad que manifestó que, antes de adoptar una decisión definitiva, debía conocer el concepto de la interventoría.
- 3.11. El 17 de noviembre de 2016 las partes suscribieron el Acta de liquidación final y de mutuo acuerdo del contrato No. 090 de 2011, documento en el que el Consorcio dejó constancia de las reclamaciones a fin de adelantar las acciones jurisdiccionales pertinentes.
- 3.12. El 27 de diciembre de 2016, mediante oficio OJ- 0276 la Universidad respondió las solicitudes del Consorcio contratista, indicando que no procedería con el pago de las obras adicionales solicitadas, en razón a que están hacían parte del precio global fijo pactado inicialmente en el contrato.

SEGUNDA PARTE.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

I. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE DEBE RESOLVER EL TRIBUNAL

Del análisis de las pretensiones planteadas en la demanda y de las excepciones de mérito propuestas en la contestación a la demanda, el Tribunal deduce que la controversia plantea los siguientes problemas jurídicos:

1. Si la demanda fue presentada oportunamente o, por el contrario, ocurrió la caducidad del medio de control de controversias contractuales (Excepción 1).
2. Si la demanda podía ser presentada exclusivamente por algunos miembros del Consorcio o era necesario que todos ellos fungieran como demandantes (Excepción 2).
3. Si el Otrosí No. 5 fue pactado a precios unitarios o, en cambio, fue estipulado a precio global como lo fue el Contrato de Obra, dando lugar a la improcedencia de las pretensiones (Excepciones 3 y 4).
4. Si ocurrieron hechos imprevistos o imprevisibles que obligaron al Consorcio a ejecutar obras adicionales que deban ser pagadas por la Universidad (Pretensión Primera y Excepción 5).
5. Si hay lugar a condena de perjuicios y al pago de actualizaciones e intereses a cargo de la Universidad y a favor del Consorcio. (Pretensiones Segunda y Tercera).
6. Si hay lugar al pago de costas y agencias en derecho.

II. ANÁLISIS PREVIO COMÚN A LOS DIVERSOS PROBLEMAS JURÍDICOS: El régimen jurídico aplicable al contrato de obra

1.- Previo al estudio de fondo de los problemas jurídicos planteados, el Tribunal considera necesario determinar el régimen sustancial aplicable al Contrato de Obra No. 090 de 30 de septiembre de 2011. Para el efecto, el Tribunal, en primer lugar, debe analizar la naturaleza jurídica de las partes, pues, en buena medida, el régimen jurídico aplicable a dicho negocio jurídico depende y resulta de ese aspecto.

2.- En ese sentido, de una parte, la Universidad Distrital, como está señalado en su Estatuto General¹, es un “ente universitario autónomo” de los previstos en los artículos 69 de la Constitución Política y 57 de la Ley 30 de 1992. En efecto, el artículo 2° del citado Estatuto General de la Universidad establece lo siguiente:

“La Universidad Distrital Francisco José de Caldas, creada mediante Acuerdo N° 10 de 1948 por el Concejo de Bogotá es un ente universitario autónomo de carácter estatal del orden Distrital de Santa Fe de Bogotá D.C., con Personería Jurídica, gobierno, rentas y patrimonio propio e independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes o por el producto de impuestos, tasas o contribuciones y venta de servicios”.

Frente a esa naturaleza jurídica de la Universidad, es preciso hacer notar que el artículo 69 de la Carta Magna consagra la autonomía universitaria como un derecho constitucional. Según la misma norma, en virtud de esta autonomía, las universidades tienen el derecho a darse sus propias directivas y regirse por sus estatutos, todo dentro de los estrictos límites fijados por la ley. Además, la norma mencionada dispone que el legislador debe fijar un régimen jurídico especial para las universidades públicas, que será coherente con la autonomía universitaria constitucionalmente garantizada, régimen que se encuentra actualmente en la Ley 30 de 1992.

En particular, el artículo 57 de la citada Ley 30 de 1992 desarrolló el régimen jurídico aplicable a las universidades públicas en virtud de su propia autonomía y señaló que, en materia de contratación, estas se regirían por un régimen especial distinto al de las entidades estatales, el cual es el fijado en la misma ley. Así, en concordancia con la norma transcrita, los artículos 93 y 94 de la misma Ley 30 de 1992 establecieron el régimen de contratación especial aplicable a las universidades públicas, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 93. Salvo las excepciones consagradas en la presente ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos.

PARÁGRAFO. Se exceptúan de lo anterior los contratos de empréstito, los cuales se someterán a las reglas previstas para ellos por el Decreto 222 de 1983 y demás disposiciones que lo modifiquen, complementen o sustituyan.

ARTÍCULO 94. Para su validez, los contratos que celebren las universidades estatales u oficiales, además del cumplimiento de los requisitos propios de la contratación entre particulares, estarán sujetos a los requisitos de aprobación y registro presupuestal, a la sujeción de los pagos según la suficiencia de las respectivas apropiaciones, publicación en el Diario Oficial y pago del impuesto de timbre nacional cuando a este haya lugar”.

De conformidad con las normas transcritas, la actividad contractual de las universidades públicas -como lo es la Universidad Distrital- se rige, por regla general, por el derecho privado. Así, la celebración, ejecución y liquidación de los contratos suscritos por las universidades

¹ Este documento puede ser consultado en la siguiente dirección electrónica: https://sgral.udistrital.edu.co/xdata/csu/acu_1997-003.pdf

públicas se encuentran sometidas al derecho privado, salvo algunas excepciones consagradas en las mismas normas.

Ahora bien, en relación con las normas de la Ley 30 de 1992 citadas, la Corte Constitucional, al estudiar su constitucionalidad, manifestó que como consecuencia de la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política, el régimen especial de contratación para la universidades públicas establecido en los artículos 57, 93 y 94 de la Ley 30 de 1992 permanecía vigente con posterioridad a la expedición de la Ley 80 de 1993 y constituía una excepción a la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En otras palabras, la Corte Constitucional concluyó que a pesar de que se haya establecido un régimen general de contratación que, en principio, cubre a las Universidades Públicas, dada la especialísima situación constitucional de ellas, el régimen especial de contratación permanece vigente².

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ratificó la conclusión de la Corte Constitucional en el sentido de que en la actualidad y con posterioridad a la expedición del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el régimen aplicable a la contratación de las universidades públicas es el derecho privado como regla general, en los siguientes términos:

“Con fundamento en el principio consistente en que la "Constitución es norma de normas", se impone analizar en primer lugar, los alcances de la Autonomía Universitaria prevista por el artículo 69 de la Carta. En desarrollo de tal principio las universidades están facultadas para regirse por sus propios estatutos, conforme a la ley. También la misma norma constitucional defiere a la Ley establecer un régimen especial para las universidades del Estado. Todo lo cual significa que la actividad propia que demande la dirección, la administración y la gestión de las universidades del Estado u oficiales tiene un fundamento constitucional prevaleciente.

[...]

En este orden de ideas, la Ley 30 de 1992 expidió el régimen especial ordenado por la Constitución para las universidades del Estado. Como parte de tal régimen se regula un sistema particular de contratación en el que por regla general son aplicables las normas de derecho privado. Pero expresamente se exceptúa de dicho régimen, los contratos de empréstitos, a los cuales se ordena aplicar las normas generales de contratación –Decreto - Ley 222 de 1983 (hoy Ley 80 de 1993). Además, los contratos que celebren las universidades estatales u oficiales fuera de los requisitos propios de la contratación entre particulares, se deben someter a la apropiación y al registro presupuestal, publicarse en el periódico o gaceta oficial correspondiente y a pagar el impuesto de timbre, cuando sea del caso.

Se tiene entonces que la Ley 80 de 1993 contiene el estatuto general de contratación para la Administración Pública; y, aunque cronológicamente es posterior a la Ley 30 de 1992, la Sala considera que esta normatividad es aplicable a los casos de contratación de las universidades estatales por cuanto se trata de un estatuto especial para tales entidades cuya expedición

² Véase Corte Constitucional, sentencia C-547 de 1999.

tuvo como fundamento un claro principio constitucional cual es el de la autonomía universitaria.”³.

Esta posición ha sido pacífica en el Consejo de Estado⁴, por lo tanto, al Contrato de Obra objeto de la controversia que se resuelve en este proceso, se aplica la legislación civil y comercial, no siendo aplicable, entonces, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, Decreto-Ley 19 de 2012 y Ley 1882 de 2018).

3.- Además, el Tribunal debe destacar que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 dispone que a los contratos que se celebren por parte de entidades estatales que no se encuentran sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como es el caso de los contratos de las universidades públicas, le son aplicables los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

En consecuencia, al Contrato de Obra, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, además de las reglas civiles y comerciales, también le son aplicables los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política (igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad, publicidad y economía), y los principios de la gestión fiscal consagrados en el artículo 267 de la misma Constitución (eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales).

4.- En concordancia con lo expuesto, la Universidad Distrital, mediante el Acuerdo 008 de 2003 -vigente al momento de celebración del Contrato de Obra-, adoptó su Estatuto de Contratación (folios 2 a 11 del Cuaderno de Pruebas No. 4). Este documento debe entenderse igualmente aplicable a dicho Contrato de Obra.

5.- De otra parte, el Consorcio se encuentra conformado por tres sociedades comerciales dedicadas a la ejecución de obra civil, cuya actividad, de acuerdo con los artículos 1º, 2º, 10, 20, 22 y 100 del Código de Comercio, se encuentra sometida a la legislación mercantil de forma principal y, supletivamente, a la legislación civil.

En efecto, de acuerdo con el artículo 1º del Código de Comercio, “los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial”, respecto de lo cual es preciso hacer notar que el artículo 10 ibídem señala que son comerciantes “las personas que

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 25 de mayo de 1994, radicación 609.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de agosto 20 de 1998, Exp. 14.202, C.P. Juan de Dios Montes. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de abril de 2005, Exp. 14519, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 2008, Exp. 14169, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles”, dentro de los cuales se encuentran las sociedades comerciales.

Corroborar lo anterior el hecho de que el artículo 100 del mismo Código dispone que *“cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil”*, lo cual ratifica que las reglas aplicables a los contratos celebrados por las sociedades que conforman el consorcio están en la legislación mercantil de forma principal.

Igualmente, respecto de esa conclusión, debe tenerse en cuenta que, dentro de los actos mercantiles, de acuerdo con el artículo 20-15 del citado Código de Comercio se encuentran, entre otros, *“las empresas de obras o construcciones”* -que corresponde a la actividad a la que se refiere el objeto del Contrato de Obra-, de tal manera que, de cara al artículo 22 ibídem, debe aplicarse la legislación mercantil, en la medida en que dicha norma dispone que *“si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial”*.

Finalmente, es preciso hacer notar que, según el artículo 2º del pluricitado Código, *“en las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil”*, lo cual implica que, además de la legislación mercantil que se aplica de manera principal, supletivamente debe aplicarse el Código Civil, aspecto que resulta de particular importancia, pues lo cierto es que en la legislación mercantil no hay reglas legales aplicables a los contratos de confección de obras materiales, como sí las hay en el Código Civil.

6.- No obstante, es preciso hacer notar que la conclusión de que el Contrato de Obra está gobernado por las normas civiles y comerciales pertinentes, así como por los principios constitucionales de la función administrativa y de la gestión fiscal, se extiende únicamente al régimen sustantivo, pero no al régimen procesal o de solución de controversias.

En efecto, además de que las partes han pactado una cláusula compromisoria, lo cual abre paso a la aplicación de las normas propias del arbitraje contenidas en el Estatuto Arbitral (Ley 1563 de 2012), es preciso hacer notar que una de las partes del Contrato de Obra es una entidad estatal, lo cual implica que, para efectos de la solución de la controversia, deben tenerse en cuenta también las reglas previstas en la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- que resulten supletivas respecto del Estatuto Arbitral, incluyendo, entre otras, las reglas sobre la oportunidad para presentar la demanda, esto es, las reglas sobre la caducidad del medio de control de controversias contractuales.

7.- En ese orden de ideas, en cuanto al régimen jurídico aplicable al Contrato de Obra, concluye el Tribunal lo siguiente:

- a.- De conformidad con los artículos 57, 93 y 94 de la Ley 30 de 1992, al Contrato de Obra que constituye el origen de esta controversia, no le es aplicable, por regla general, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
- b.- En consecuencia, dicho Contrato de Obra se rige por el derecho privado, más concretamente por las reglas del Código Civil que rigen el contrato de confección de una obra material, contenidas en los artículos 2053 y siguientes del Código Civil, así como las reglas generales aplicables a las obligaciones derivadas de relaciones contractuales contenidas en el Código Civil y el Código de Comercio.
- c.- Además de las anteriores normas, es igualmente aplicable el Manual de Contratación de la Universidad Distrital, el cual incluye, entre otras, las reglas aplicables a la selección del contratista y a la celebración y ejecución del contrato.
- d.- Igualmente, el mencionado contrato está sometido a los principios consagrados en el artículo 209 (igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad, publicidad y economía) y en el artículo 267 (eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales) de la Constitución Política.
- e.- Finalmente, desde el punto de vista del régimen de solución de controversias, al haberse pactado una cláusula compromisoria y estar presente una entidad estatal como parte del Contrato de Obra, se aplican las normas propias del arbitraje contenidas en el Estatuto Arbitral (Ley 1563 de 2012), así como también las reglas previstas en el CPACA que resulten supletivas respecto del Estatuto Arbitral.

8.- Como consecuencia de lo anterior, con las precisiones indicadas, prospera la excepción denominada *“Excepción sobre el régimen contractual que propone el demandante. A los entes universitarios autónomos les aplica el régimen contractual privado”* (excepción 3).

III. ANÁLISIS SOBRE EL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: Si la demanda fue presentada oportunamente o, por el contrario, ocurrió la caducidad del medio de control de controversias contractuales

A. Las posiciones de las partes y del Ministerio Público

Al formular la excepción correspondiente, la parte demandada sostiene:

1. De acuerdo con lo pactado en el Otrosí No. 8, el contrato terminó su plazo de ejecución el 20 de junio de 2014, razón por la que ha de entenderse que todas las actuaciones del consorcio realizadas con posterioridad a esa fecha o en etapa de posventa, se ejecutaron fuera del plazo contractual. Sumado a lo anterior, informa que las partes suscribieron el acta de recibo a satisfacción, el 24 de noviembre de 2015.
2. El Acuerdo No 008 de 2003 establece que las partes deben liquidar el contrato dentro del término máximo de 90 días, contados a partir de la fecha de terminación del mismo.
3. En el presente caso, las partes no procedieron a liquidar el contrato dentro del plazo de 90 días, contados desde la terminación del plazo estipulado, ni tampoco desde la fecha en que suscribieron el acta de recibo a satisfacción de las partes.
4. El cómputo del plazo de dos años previsto en el literal j) del artículo 164 del CPACA para demandar, debe contabilizarse a partir del 24 de noviembre de 2015, fecha en la que las partes suscribieron el acta de recibo a satisfacción, cuestión que impone concluir que el término de dos años que el Consorcio tenía para demandar venció el 24 de noviembre de 2017.
5. La demanda fue presentada el 23 de febrero de 2018, es decir, transcurridos dos años y tres meses desde la suscripción del acta de recibo de obras, lo que impone concluir que operó el fenómeno de la caducidad.
6. Finalmente, la parte demandada utiliza la frase “pronunciamiento sobre la subsanación de la demanda”, en el título de la excepción, pero en su exposición no hace ningún desarrollo específico diferente a resaltar que en la subsanación de la demanda, la demandante afirma que el contrato terminó efectivamente el 24 de noviembre de 2015.

La parte demandante se opuso en el escrito con el que describió las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

1. Los dos años previstos en el CPACA para demandar se computan a partir del vencimiento del término de dos meses, contados a partir de la fecha en que las partes han debido liquidar el contrato de común acuerdo, esto es, vencidos los 90 días previstos en la cláusula 24 del contrato.
2. El término de 90 días que tenían las partes para liquidar de común acuerdo venció el 24 de febrero de 2016, en tanto éstos corrían a partir de la fecha de suscripción del acta de recibo final de obras que se firmó el 24 de noviembre de 2015. Esto es concordante con el escrito presentado para subsanar la demanda que obra a folio 137 del Cuaderno Principal.

3. A partir de esa fecha corre el plazo de los dos meses de que trata el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, los que finalizaron el 24 de abril de 2016.
4. El plazo de los dos años para demandar se inició el 24 de abril de 2016 y venció el 24 de abril de 2018, lo que permite afirmar que la acción no estaba caducada al momento de la presentación de la demanda, en tanto esta fue interpuesta el 23 de febrero de 2018.

Finalmente, el señor agente del Ministerio Público, en su concepto, guardó silencio sobre este problema jurídico, se limitó a indicar que esta excepción era la única cuya prosperidad el Tribunal no debía declarar.

B. Consideraciones del Tribunal

En la primera audiencia de trámite, como obra en el Acta No. 7 del 24 de mayo de 2018, el Tribunal profirió el Auto No. 11 en torno a su competencia en el presente proceso. En dicha oportunidad avocó competencia, sin perjuicio de lo que debiera manifestar en el laudo sobre la excepción de caducidad, luego de estudiados todos los documentos aportados al proceso.

En este orden de ideas, para resolver sobre la excepción presentada por la Universidad, el Tribunal considera lo siguiente:

1.- Dado el régimen especial de contratación aplicable a la Universidad Distrital, la forma de contar el plazo de dos años de caducidad del medio de control de controversias contractuales depende de si se pactó o no un plazo de liquidación. Así lo ha expresado el Consejo de Estado:

“Bajo ese panorama, se advierte que el contrato objeto de estudio, en principio, no requiere de liquidación, dado que se rige por las reglas del derecho privado, no obstante, las partes contratantes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pactaron, en su cláusula segunda, la posibilidad de liquidarlo de mutuo acuerdo.

Así pues, en virtud de que las partes acordaron la liquidación de mutuo acuerdo del aludido contrato, se destaca que, pese a que al referido negocio no le aplican las disposiciones de la Ley 80 de 1993, lo cierto es que sí requería del trámite de liquidación bilateral, porque así se pactó contractualmente.

Ahora bien, con el propósito de computar la caducidad, la Sala advierte que el CPACA establece unas reglas especiales cuando la demanda tiene origen en un contrato. Entre ellas se encuentra una que hace relación a los contratos que requieren del trámite de liquidación - bien sea por disposición legal o bien sea por la voluntad de las partes-, acto contractual que viene a ser el punto de referencia para contar el término máximo para ejercer el derecho de acción -artículo 164, numeral 2, literal j), apartado iii), del CPACA-.

La norma en mención dispone:

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

“En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así (...) iii En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta (...)”

Descendiendo al caso concreto, se tiene el que el contrato objeto de estudio fue liquidado de mutuo acuerdo el 28 de agosto de 2013, de tal manera que las pretensiones incoadas caducaban el 29 de agosto de 2015”⁵.

En el mismo sentido, en oportunidad anterior expresó el mismo Consejo de Estado:

“El a quo consideró que el contrato era liquidable, en forma bilateral, dentro de los cuatro meses siguientes a la terminación del mismo. Como no se hizo, la entidad debía proceder a liquidarlo, en forma unilateral, dentro de los dos meses siguientes, plazo que venció el 28 de febrero de 2005. Como la demanda se presentó el 17 de septiembre de 2009, entonces había caducado. La Sala considera que, efectivamente, el tribunal tiene razón, pero es necesario hacer una precisión sobre la fecha en que aconteció.

Por oposición al criterio del a quo, esta Sala considera que el contrato sub iudice no requería liquidación, porque su régimen sustantivo era el derecho privado, y no la ley 80 de 1993, que exige que los contratos de tracto sucesivo se liquiden, bien de manera bilateral o unilateralmente. De modo que si el contrato de agencia comercial sub iudice lo celebró una entidad que no se rige por la ley 80, mal puede pedirse que cumpla con exigencias propias de la ley 80 de 1993 –arts. 60 y 61.

Además, no sobra indicar que las partes tampoco pactaron esta posibilidad, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, luego no existe razón para exigir la liquidación bilateral de un contrato que no requiere de este trámite. Y con mayor razón se debe reprochar que el tribunal exija, inclusive, la liquidación unilateral, a falta de la bilateral, pues este poder extraordinario no lo contempla la ley civil ni comercial, luego no podría asumirlo la entidad estatal sin autorización legal. Por lo menos, deducirlo de la ley 80 o de la ley 1.150 de 2007 sería inadecuado.

En este orden de ideas, la norma de caducidad aplicable al caso concreto es el artículo 136.10, lit. b) del CCA., teniendo en cuenta que este contrato no requiere liquidación, porque la ley no la impuso, ni las partes la pactaron”⁶.

De acuerdo con la anterior jurisprudencia, el plazo de dos años para contabilizar la caducidad del medio de control de controversias contractuales en los contratos estatales sometidos al derecho privado debe contarse, en principio, a partir de la terminación del mismo. No obstante, si existió pacto de liquidación de común acuerdo, el mencionado plazo de los dos años debe contarse desde el vencimiento del plazo pactado de liquidación bilateral. En todo

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto de 22 de junio de 2017, expediente 54001-23-33-000-2016-00024-01(57.816).

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 6 de diciembre de 2010, expediente 25000-23-26-000-2009-00762-01(38344).

caso, si el contrato fue objeto de liquidación, la caducidad debe contarse desde la fecha de la liquidación.

2.- En el caso concreto, destaca el Tribunal que, de acuerdo con la demanda y con la contestación de la demanda, la liquidación bilateral se suscribió el 17 de noviembre de 2016 (folios 419 a 435 del Cuaderno de Pruebas No. 3). En ese sentido, en aplicación del numeral j) del artículo 164-2 del CPACA el plazo para presentar la demanda vencería el 17 de noviembre de 2018, de tal manera que como la demanda se presentó el 23 de febrero de 2018, no ocurrió la caducidad.

3.- Frente a la anterior conclusión, es preciso hacer notar que en jurisprudencia posterior del Consejo de Estado se ha expresado que, para determinar la ocurrencia de la caducidad de la acción, cuando aun existiendo liquidación de común acuerdo, esta se realizó con posterioridad al plazo legal, el plazo de los dos años debe contarse desde el vencimiento de la oportunidad de liquidación del contrato⁷. Al respecto, para dar aplicación a esa posición jurisprudencial, deben tenerse en cuenta los siguientes puntos:

a.- En múltiples documentos⁸, las partes interpretaron que la terminación del Contrato se configuró el 24 de junio de 2014. Si se parte de este supuesto, debe estudiarse el Acuerdo 008 de 2003, en el cual se estableció lo siguiente:

“CAPÍTULO XIV LIQUIDACION DE LOS CONTRATOS

ARTÍCULO 35°.: OCURRENCIA Y CONTENIDO. *Salvo lo dispuesto en las órdenes de prestación de servicios, los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución se prolonga en el tiempo, o los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará, a más tardar, dentro de los noventa (90) días siguientes a su terminación.*

(...)

Si el contratista no se presenta a la liquidación o no se llega a un acuerdo sobre el contenido de la misma, la liquidación se hará unilateralmente por el ordenador del gasto para lo cual dejará constancia en un acta.

PARÁGRAFO: *Tratándose de ordenes de prestación de servicios, el último pago con la correspondiente certificación de cumplimiento expedido por el supervisor del contrato hará las veces de acta de liquidación y se entenderá que las partes quedan a paz y salvo y manifiestan que se cumplió el objeto del contrato” (Resaltado fuera del texto).*

⁷ Al respecto, puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 25 de abril de 2018, expediente 05001-23-31-000-2010-00463-01 (58890).

⁸ Ver, entre otros, las Actas de Recibo Final de Obras y Terminación del Contrato del 24 de noviembre de 2015, así como el Acta de liquidación bilateral que se suscribió el 17 de noviembre de 2016.

De acuerdo con lo anterior, las partes contaban con un término de noventa (90) días, contados desde la terminación del Contrato, para llevar a cabo la liquidación. Dicho término, de acuerdo con la cláusula 24 del Contrato, en concordancia con el artículo 829-2 del Código de Comercio, debe contarse en días calendario. Conforme a esta lectura, el plazo para adelantar la liquidación de mutuo acuerdo habría fenecido el 18 de septiembre de 2014.

No obstante, el Acuerdo 008 de 2003 indicó que existía la posibilidad de realizar la liquidación *“unilateralmente por el ordenador del gasto para lo cual dejará constancia en un acta”*. En ese sentido, el término para realizar dicha liquidación unilateral debe entenderse que es de dos (2) meses, teniendo en cuenta el numeral v) del literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, que es la norma aplicable a la presente controversia.

Vale decir que esta potestad se entiende pactada en el marco del derecho privado⁹, como el ejercicio de una cláusula unilateral de parte, por lo cual no puede realizarse por medio de acto administrativo por cuanto la Universidad Distrital, en materia del régimen aplicable al contrato, no tiene competencia para emitir actos administrativos. Es por esto que el inciso cuarto del artículo 35 del Acuerdo establece que de la liquidación unilateral se debe dejar *“constancia en un acta”*.

Aplicando el inciso séptimo del artículo 118 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso (en adelante *“CGP”*), el término para llevar a cabo la liquidación unilateral por parte del contratante venció el 18 de noviembre de 2014. Desde el día siguiente, es decir el 19 de noviembre de 2014, se deben contar los términos de dos (2) años de caducidad del medio de control de controversias contractuales, los cuales fenecían el 19 de noviembre de 2016, nuevamente, en aplicación del inciso séptimo del artículo 118 del CGP

En ese sentido, teniendo en cuenta que la liquidación de mutuo acuerdo se suscribió el 17 de noviembre de 2016, el Tribunal considera que esta fue firmada dentro del plazo legal, por lo cual puede producir los efectos previstos en las normas como punto de partida para contar el plazo de caducidad del medio de control.

b.- Ahora bien, en gracia de discusión, también se debe tener en cuenta que, en el presente caso, en la cláusula 23 del Contrato, se pactó frente a la terminación, lo siguiente: *“En condiciones normales, el presente Contrato finalizará con la suscripción del Acta de Recibo Final de Obras y Terminación del Contrato. Adicionalmente el Contrato terminará de forma anticipada por las causas que se señalen en la presente cláusula, con la firma de un acta de terminación del Contrato, que no contemplará el recibo de las obras si a ello no hubiere lugar”*.

⁹ Como se explicará posteriormente, la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado profirió providencia de unificación sobre la caducidad. En este auto se analizó un contrato regido por derecho privado y, para efectos de la caducidad, se contabilizaron los dos (2) meses para adelantar la liquidación unilateral.

c.- El Acta de Recibo Final de Obras y Terminación del Contrato al que hace referencia la citada estipulación, según se afirma tanto en la demanda (Hecho 23, folio 9 del Cuaderno principal No.1) como en la contestación de la demanda (pág. 46, folio 210 del Cuaderno principal No.1), fue suscrita el 24 de noviembre de 2015 (folios 196 a 199 del Cuaderno de Pruebas No. 2). No obstante, obra en el expediente documento según el cual tal acta fue suscrita el 6 de octubre de 2016 (folios 402 a 407 del Cuaderno de Pruebas No. 5¹⁰).

d.- A su vez, en relación con la liquidación, en la cláusula 24 del Contrato se pactó: *“El contrato se liquidará en un término máximo de (90) Días Calendario contados a partir de la **Fecha Efectiva** de Terminación del Contrato, en los términos del artículo 35 del Estatuto de Contratación de la Universidad”* (Resaltado fuera del texto). Así las cosas, para efectos de la liquidación y, por ende, respecto de la caducidad, el plazo comenzó a contar el día de suscripción del Acta de Recibo Final de Obras y Terminación del Contrato.

e.- En ese marco, en aplicación del criterio jurisprudencial expuesto, si se tiene el 24 de noviembre de 2015 como fecha del Acta de Recibo Final de Obras y Terminación del Contrato, la fecha máxima de liquidación sería el 24 de febrero de 2016 y la caducidad ocurriría el 24 de febrero de 2018. En cambio, si se tiene como fecha de la citada Acta el 6 de octubre de 2016, la fecha máxima de liquidación sería el 6 de enero de 2017 y el plazo de caducidad habría acaecido el 6 de enero de 2019.

f.- En consecuencia, dado que la demanda fue presentada el 23 de febrero de 2018, esto es, tanto antes del 24 de febrero de 2018 como antes del 6 de enero de 2019, se concluye que la demanda fue presentada en tiempo. Esto porque la cláusula referente a la liquidación hace referencia al término de *“Fecha Efectiva”*.

En conclusión, no se configuró la caducidad del medio de control en el presente caso, independientemente de que, para efectos del análisis de la presente excepción, se considere que la fecha de terminación del contrato fue el 20 de junio de 2014, el 24 de noviembre de 2015 o el 6 de octubre de 2016.

4.- No obstante, en relación con la posición anterior, el Tribunal destaca que, en reciente auto de unificación, el Consejo de Estado expresó lo siguiente:

2.4.5.7.- Por lo anterior, considerando las pautas de interpretación restrictiva de los términos de caducidad, y de favorabilidad bajo los principios pro homine, pro actione y pro damato, la Sala recoge parcialmente su jurisprudencia para establecer una forma unificada que: en el evento en que la liquidación bilateral del contrato se haya practicado luego de vencido el término pactado o supletorio (de 4 meses) para su adopción por mutuo acuerdo y del período (de 2 meses) en que la administración es habilitada para proferirla unilateralmente, pero dentro de los dos (2) años posteriores al vencimiento del plazo para la liquidación

¹⁰ Excluyendo sus anexos.

unilateral, el conteo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales debe iniciar a partir del día siguiente al de la firma del acta de liquidación de mutuo acuerdo del contrato, conforme al ap. iii del literal j.

[...]

En los términos indicados en la parte motiva de esta providencia, UNIFÍCASE la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales de contratos que han sido liquidados después de haber vencido el término convencional y/o legalmente dispuesto para su liquidación, pero dentro de los dos años posteriores al vencimiento de este último.

La Sala unifica el criterio que ha de ser observado para el conteo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales en tales casos, para indicar que éste debe iniciar a partir del día siguiente al de la firma del acta o de la ejecutoria del acta de liquidación del contrato, conforme al ap. iii del literal j. del numeral 2 del artículo 164 del CPACA; y de precisar que, en consecuencia, el apartado v) del literal j del mismo numeral solo se deberá aplicar cuando al momento de interponerse la demanda, el operador judicial encuentre que no hubo liquidación contractual alguna".

Como puede verse, de acuerdo con este criterio jurisprudencial, el plazo de los dos años de caducidad no se debe contar desde la oportunidad legal para llevar a cabo la liquidación, sino desde que la liquidación efectivamente se produjo.

Así las cosas, en aplicación de este último criterio jurisprudencial, se ratifica el análisis inicialmente hecho por el Tribunal en el sentido de que los dos años de caducidad deben contarse desde la fecha de liquidación bilateral (17 de noviembre de 2016), por lo cual se extienden hasta el 17 de noviembre de 2018, de tal forma que habiéndose presentado la demanda el 23 de febrero de 2018, es claro que la misma fue presentada en tiempo y que, por lo mismo, no prospera la excepción de caducidad propuesta por la Universidad Distrital (excepción 1).

IV. ANÁLISIS SOBRE EL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: Si la demanda podía ser presentada exclusivamente por algunos miembros del Consorcio o era necesario que todos ellos fungieran como demandantes.

A. Las posiciones de las partes y del Ministerio Público

Al formular la excepción correspondiente, la parte demandada argumenta lo siguiente:

1. La jurisprudencia del Consejo de Estado sostiene que en los procesos donde el objeto del litigio debe ser ejecutado por una parte plural, como ocurre en el caso de un consorcio,

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, auto de 1º de agosto de 2019, expediente 05001-23-33-000-2018-00342-01 (62009).

las partes deben comparecer al proceso sea mediante el representante de la estructura plural o mediante la participación individual de todos los miembros que la integran.

2. En el caso concreto, el Consorcio Canaán- Contein- AMP está compuesto por tres sociedades, de tal manera que era necesario, o bien que compareciera a través del representante del Consorcio o bien por medio de las tres sociedades como demandantes.
3. No obstante, la demanda arbitral solo fue presentada por dos de las tres sociedades, generando con ello la indebida conformación del litisconsorcio necesario que existe en la parte demandante.

La parte demandante se opuso en el escrito con el que describió las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

1. Entre los consorciados existe solidaridad activa, de tal manera que cualquiera de ellos puede presentar la demanda por la totalidad de la obligación -como se hizo en el caso concreto-, por lo cual no es cierto que exista un litisconsorcio necesario por activa.
2. Sin perjuicio de lo anterior, indica los datos donde puede convocarse a la sociedad AMP Méndez y Asociados, que es la sociedad que no presentó la demanda a pesar de formar parte del Consorcio.

Finalmente, el señor agente del Ministerio Público, en su concepto, guardó silencio sobre este problema jurídico.

B. Consideraciones del Tribunal

Para resolver el problema jurídico planteado, se tiene lo siguiente:

- 1.- Como acertadamente se afirma en la excepción propuesta por la Universidad Distrital, cuando el contrato estatal ha sido celebrado por un consorcio o unión temporal, para efectos de que esté correctamente integrada la parte demandante, la demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales puede ser presentada o bien por el respectivo consorcio o unión temporal, a través de su representante o apoderado, o bien por la totalidad de las personas naturales o jurídicas que integran el correspondiente consorcio o unión temporal.

En ese sentido, en sentencia de unificación, el Consejo de Estado expresó:

“En consecuencia, a partir del presente proveído se concluye que tanto los consorcios como las uniones temporales sí se encuentran legalmente facultados para concurrir, por conducto de su representante, a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución de los contratos estatales en relación con los cuales tengan algún interés, cuestión que de ninguna manera excluye la opción, que naturalmente continúa vigente, de que los integrantes de tales consorcios o uniones temporales también puedan, si así lo deciden y siempre que para ello satisfagan los requisitos y presupuestos exigidos en las normas vigentes para el efecto, comparecer a los procesos judiciales –bien como demandantes, bien como demandados, bien como terceros legitimados o incluso en la condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda–, opción que de ser ejercida deberá consultar, como resulta apenas natural, las exigencias relacionadas con la debida integración del contradictorio, por manera que, en aquellos eventos en que varios o uno solo de los integrantes de un consorcio o de una unión temporal concurren a un proceso judicial, en su condición individual e independiente, deberán satisfacerse las reglas que deban aplicarse, según las particularidades de cada caso específico, para que los demás integrantes del correspondiente consorcio o unión temporal deban o puedan ser vinculados en condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda”¹².

2.- En el caso concreto, la aplicación de la anterior jurisprudencia implica que, para conformar adecuadamente la parte demandante, era necesario que se produjera una de las dos situaciones siguientes: (a) que la demanda fuera presentada directamente por el Consorcio Canaán- Contein- AMP, o (b) que la demanda fuera presentada conjuntamente por las sociedades Constructora Canaán S.A., Contein S.A.S. y AMP Méndez & Asociados S.A.S.

En el anterior marco, tendría razón la Universidad Distrital en el sentido de que, en la medida en que la demanda solo fue presentada por las sociedades Constructora Canaán S.A. y Contein S.A.S., pero no por la sociedad AMP Méndez & Asociados S.A.S. ni por el Consorcio Canaán- Contein- AMP, la parte demandante estaría indebidamente conformada.

3.- No obstante, es preciso destacar que con fecha 12 de febrero de 2019, antes de dar inicio a la Audiencia de Conciliación, el Tribunal recibió memorial suscrito por la representante de la sociedad AMP Méndez & Asociados S.A.S., en el que manifestó su interés en coadyuvar la demanda arbitral, para efectos de “integrar el litisconsorcio por activa” (folio 291 del Cuaderno Principal No 1).

En virtud de lo anterior, mediante Auto No. 6 de 12 de febrero de 2019 (folios 278 a 280 del Cuaderno Principal No.1), el Tribunal resolvió admitir la solicitud de integrar el litisconsorcio por activa, disponiendo que, como consecuencia de lo resuelto, la parte demandante quedaría integrada por las tres sociedades miembros del Consorcio Canaán-Contein-AMP, a saber: (i) Constructora Cannán S.A., (ii) Contein S.A.S., y (iii) AMP Méndez & Asociados S.A.S.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 25 de septiembre de 2013, expediente 25000-23-26-000-1997-03930-01(19933).

De esta manera, una vez aceptada la coadyuvancia presentada por AMP Méndez & Asociados S.A.S., la parte demandante quedó conformada por las tres sociedades que conforman el Consorcio Canaán- Contein- AMP, lo cual cumple con lo exigido por la jurisprudencia administrativa transcrita con anterioridad.

En el mismo sentido, se dio total cumplimiento del artículo 61 de Código General de Proceso, que regula lo concerniente al litisconsorcio necesario y a la debida integración del contradictorio. Lo anterior porque en este proceso arbitral la integración del contradictorio se realizó legalmente, por estar conformada la parte pasiva por la totalidad de los integrantes del Consorcio Canaán-Contein-AMP, en forma individual.

En consecuencia, se negará la excepción de indebida integración del litisconsorcio necesario propuesta por la Universidad Distrital (excepción 2).

V. ANÁLISIS SOBRE EL TERCER PROBLEMA JURÍDICO: Si el Otrosí No. 5 fue pactado a precios unitarios o, en cambio, fue estipulado a precio global como lo fue el Contrato de Obra, dando lugar a la improcedencia de las pretensiones

A. Las posiciones de las partes y del Ministerio Público

1. Lo argumentado por la parte Demandante.

La demandante señala en los Hechos de su demanda, que el Consorcio Contratista, atendiendo una solicitud de la Universidad, elaboró un presupuesto o estudio de costos en el que detalló los precios unitarios de las “Obras adicionales” o los “requerimientos adicionales”¹³, cuyo valor se estimó en la suma de \$4.650.000.000¹⁴, presupuesto con base en el cual, las partes suscribieron el 5 de diciembre de 2013, el Otrosí No. 5, previa aprobación por la interventoría.

Adicionalmente sostiene que al iniciar la ejecución de las “obras adicionales” el contratista se enfrentó a algunas circunstancias que lo obligaron a ejecutar “Actividades no previstas” en el presupuesto, cuyo costo total ascendió a la suma de \$1.600.000 000, monto que se soportó en las cantidades de obra ejecutada y en los ítems y costos unitarios previstos en el presupuesto inicialmente presentado, y cuyo reconocimiento y pago fue solicitado a la

¹³ Las obras o requerimientos adicionales se agruparon en 4 componentes así (Págs. 4 a 8 de la demanda):

- Componente 1 “obra adicional en requerimiento del Plan Integral de Gestión, Captación, Almacenamiento y reutilización de Aguas LLuvias (PIGA)”
- Componente 2 “Obra adicional en instalaciones eléctricas y de comunicaciones”.
- Componente 3 “Obra adicional en actividades complementarias en edificio y obras exteriores.
- Componente 4. “Auditorio”.

¹⁴ Lo anterior afirma, consta en Acta No. 106 del 27 de noviembre de 2013 y fue avalado por la Universidad mediante Resolución No. 40 del 19 de septiembre de 2013, expedida por la Comisión de la Planta Física del Consejo Superior Universitario.

Universidad el 11 de noviembre de 2014 y a la interventoría el 30 de junio de 2015, firma esta última que según afirma, verificó la ejecución, existencia, necesidad y complementariedad de las obras adicionales no previstas para el cumplimiento del objeto del contrato, y autorizó únicamente el pago de algunas de esas actividades, por la suma de \$ 941.623.334.

La demandante funda la solicitud de reconocimiento y pago del costo de las “Actividades no previstas” en las siguientes razones:

- i) La Universidad le ordenó al Contratista, durante los comités de obra, la realización de “*labores adicionales*”, lo que demuestra que éste se encontraba obligado a acatar las órdenes del Contratante y así lo hizo, las ejecutó y entregó a satisfacción.
- ii) La modalidad de precio global, no impide “*ajustar el equilibrio económico del contrato, como consecuencia de desajustes originados en causas sobrevinientes*”, no imputables al contratista, como sucede en el presente caso.
- iii) Las obras adicionales ordenadas por el contratante y ejecutadas por el contratista deben ser cubiertas y pagadas, no obstante, la modalidad de pago estipulada, porque son consecuencia de la ejecución de instrucciones impartidas por la entidad contratante y además, porque las mismas respondieron a la necesidad de mitigar los efectos de factores imprevistos, no imputables al contratista.
- iv). El haberse convenido como modalidad de pago el precio global “*no faculta a la Administración para enriquecerse a costa del contratista imponiéndole asumir los desequilibrios económicos originados en causas sobrevinientes no atribuibles a su conducta contractual*”, si se tiene en cuenta que es deber de la administración mantener el equilibrio económico del contrato. Sustenta lo anterior en lo precisado por el Consejo de Estado en sentencias de fechas 29/08/2007. Ponente Mauricio Fajardo Gómez, Exp: 14854 y del 26/02/2012. Ponente: Olga valle de la Hoz Exp: 20456.

2. La oposición de la Demandada.

La parte demandada en su escrito de contestación se opuso a algunos hechos y a las pretensiones de la demandante y señaló al respecto, lo siguiente:

- i) Las partes al momento de celebrar el contrato No. 090, acordaron que el contratista asumiría los riesgos derivados de las deficiencias de los Estudios o errores de los diseños y estudios entregados por la universidad, al obligarse a analizarlos y apropiarlos como suyos, los relativos a la gestión ambiental y los relativos a la calidad de las obras. Asimismo, pactaron que la remuneración del contratista sería bajo modalidad de precio global fijo sin fórmula de reajuste (clausula 1.40)

- ii) Los anteriores acuerdos (matriz de riesgo y modalidad de pago a precio global fijo) no fueron modificados por las partes al momento de suscribir el Otrosí No. 5, suscrito el 6 de diciembre de 2013, mediante el cual se adicionó al objeto del contrato la realización de las siguientes obras complementarias al edificio: “PIGA, eléctricas y comunicaciones, obras complementarias a zonas exteriores, obras complementarias, auditorio”.
- iii) Los hallazgos incidentales que advierte el contratista eran “previsibles” por cuanto desde la etapa de pre-construcción, el contratista tenía conocimiento de las características de las obras, las condiciones topográficas, subterráneas hidráulicas, eléctricas del lugar en el que debían realizarse las obras, y las condiciones de infraestructura requeridas para la acometida de las obras. El contratista conocía el proyecto y realizó la estimación presupuestal necesaria para ejecutar las obras.
- iv) Las obras se llevaron a cabo, de conformidad con las condiciones establecidas en el contrato inicial y sus anexos técnicos.
- v) La Universidad, de buena fe, aceptó contratar y pagar las obras complementarias propuestas por el consorcio definidas en el otrosí No 5. Lo anterior significa que todas las modificaciones fueron sufragadas de conformidad con los estudios y análisis realizados por el contratista y, de igual manera, que las modificaciones que debió efectuar el contratista, si es que existieron, deben ser asumidas por su cuenta y riesgo, de acuerdo con lo acordado en el referido Otrosí y en su anexo técnico.
- vi) El contratista durante la ejecución del contrato no reclamó, ni manifestó la existencia de ningún tipo de sobrecostos que pudiera afectar el presupuesto pactado por las partes mediante Otrosí No 5. La primera solicitud de reconocimiento de obras adicionales supuestamente no pactadas fue presentada después de la terminación del objeto contractual y de la acometida de la obra.
- vii) Adicionalmente señaló, que la solicitud de reconocimiento de supuestas mayores cantidades de obra ejecutada resulta improcedente, si se tiene en cuenta que:
- El contrato es ley para las partes, y en tal medida están obligadas a respetar los acuerdos que logren en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad. Lo anterior significa que las partes deben interpretar el contrato y las modificaciones acordadas conjuntamente para conjurar, superar y subsanar las situaciones que se presentaron durante la ejecución del contrato, conforme con este mandato y el referido principio.
 - El consorcio ha actuado transgrediendo el principio *venire contra factum proprium* y ha actuado en forma incoherente, premeditada, desconociendo el principio de la buena fe y diligencia, con el propósito de obtener un provecho económico distinto y adicional derivado por su naturaleza del contrato mismo

- El contratista pretende imponer una forma diferente de pago a la pactada en el contrato que fue precio global o de alzada, modalidad de pago en la que es el contratista quien asume el riesgo total de la ejecución del contrato y el contratante por su parte, no adquiere responsabilidad distinta de la de pagar una suma global. Adicionalmente pretende desconocer que las partes no modificaron los pactos contractuales y que las modificaciones solamente pueden llevarse a cabo una vez se han efectuado el procedimiento contractual interno de la Universidad.

3. El concepto del Ministerio Público.

El señor Agente del Ministerio Público, en relación con la modalidad de precio pactado señaló:

3.1. Revisado el Contrato No. 090 de 2011 suscrito entre las partes, se evidencia que:

- i) Se trata de un contrato de obra a precio global, sin fórmula de reajuste, precio que *“remunera todos los costos y gastos –directos e indirectos-, de los materiales y trabajos necesarios para cumplir con el objeto del contrato, incluyendo todos los estudios, diseños y ensayos que se considere necesario realizar para cumplir adecuadamente con el objeto del contrato, los riesgos asumidos por el contratista y todas las obligaciones y actividades que emanan del mismo, así como los gastos financieros, administrativos, las utilidades del contratista y los impuestos, tasas y contribuciones que resulten aplicables; además de los riesgos en cabeza del contratista determinados en el contrato”*.
- ii) El contratista se obligó bajo este contrato a realizar, bajo su cuenta y riesgo, una revisión, actualización y ajuste de los diseños y hacerlos propios, acordando igualmente que las adecuaciones, ajustes y/o modificaciones que hiciera de los diseños durante la etapa de construcción serían a su costo y bajo su responsabilidad.

3.2. Examinado el Contrato Adicional No. 05 de 2013, se constata que las partes en este contrato acordaron:

- i) Modificar únicamente el objeto, el plazo, el valor y su forma de pago, y mantener vigente las *“cláusulas y condiciones no modificadas en el Otrosí No 5”*.
- ii) Mantener vigente la modalidad de remuneración pactada a precio global fijo sin fórmula de reajuste, estipulación que impone al contratista su compromiso de ejecutar unas obras o actividades precisas y detalladas, por su cuenta y riesgo, asumiendo el riesgo financiero del contrato.
- iii) Mantener en los mismos términos las cláusulas contractuales relacionadas con las obligaciones del contratista relacionadas con la elaboración, actualización, ajuste y/o modificación de los diseños, por lo que es claro que el contratista asumió la elaboración y

responsabilidad de los diseños de las obras adicionales, en los términos establecidos en el contrato de obra original, así como las establecidas, en cuanto a su alcance, en el apéndice técnico.

3.3. Las anteriores estipulaciones permiten afirmar que no resulta viable acceder a la pretensión de reconocimiento de mayores valores por sobrecostos en que habría incurrido el contratista en la ejecución del contrato adicional de obra, en razón a que:

- i) El contratista asumió, además del riesgo financiero, el denominado “riesgo de diseño”.
- ii) El contratista debió prever, desde el inicio con un alto grado de certeza, las adecuaciones, ajustes y/o modificaciones que durante la etapa de construcción debían “realizarse a los estudios y diseños constructivos, con las consecuencias financieras que de ello se derivarían y bajo su responsabilidad”.
- iii) Las variaciones en la especificaciones de los materiales en que tuvo que incurrir el contratista durante la ejecución del contrato de obra, o los mayores costos que haya tenido que sufragar por supuestas obras adicionales o complementarias, derivadas de situaciones que debieron ser previstas durante la elaboración, revisión y ajuste de los diseños, deben ser asumidos por éste, “en virtud del principio de “autoresponsabilidad”, sin que le sea legítimo que la entidad pública contratante lo compense o le indemnice los daños que alega se le causaron por los sobrecostos en que incurrió en la ejecución de las obras el contratista asumió el riesgo de diseño”.

B. Consideraciones del Tribunal

Para analizar el problema jurídico planteado, se tiene lo siguiente:

1.- En materia civil, la realización de una obra sobre bienes inmuebles por un único precio se encuentra regulada por el artículo 2060 del Código Civil, en los siguientes términos:

“ARTICULO 2060. CONSTRUCCION DE EDIFICIOS POR PRECIO UNICO. Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

1. El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones.

2. Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehusa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda”. (Resaltado fuera de texto)

El primer numeral de ese artículo establece que, una vez se determine el precio del contrato, este no podrá ser modificado. Es decir, el precio del que trata el citado artículo es equivalente al precio global del que trataba el artículo 18 del Decreto 222 de 1983.

Sobre el artículo 2060 del Código Civil, el reconocido doctrinante José Alejandro Bonivento Fernández ha considerado lo siguiente:

“Ciertamente que el contrato de construcción no es otra cosa que el de confección de obra material referida a la labor de construcción de edificios por un precio único prefijado. Así lo tiene entendido el inciso primero del artículo 2060 del Código Civil. Sin embargo, el precio puede variar de contenido cuando las partes (quien encarga la obra y el empresario o artífice) convienen en una contraprestación en relación directa con la obra. Claro está, que si el empresario se limita a la construcción de un edificio con dineros de quien encarga la obra, también se puede hablar de contrato de construcción que no se acopla a la preceptiva del artículo 2060 sino a las generales del contrato de obra”¹⁵. (Resaltado fuera del texto)

Como se puede ver, para el autor, el contrato de construcción del artículo 2060 del Código Civil solo corresponde con aquellos pactados bajo la modalidad de precio único prefijado (precio global).

Sobre los principales elementos de este contrato, el doctor Bonivento Fernández indica lo siguiente:

“Dentro del concepto del artículo 2060, parte primera, se distinguen dos aspectos: 1) La obra encargada debe ser por la totalidad, y 2) El precio debe ser único, prefijado por los contratantes, bien en sentido general de la obra, ora de acuerdo con las unidades de medida de la obra.

324. Inalterabilidad del precio

Al celebrarse un contrato de construcción, en las condiciones anotadas, el precio resulta inmodificable por alzas en los materiales o haber encarecido los jornales, o por haberse hecho agregaciones o alteraciones al plan primitivo, salvo que se hubiese pactado en el contrato un precio particular por las agregaciones o alteraciones, como también si se dejare una cláusula de reajuste de precio por concepto de encarecimiento de los materiales o de los jornales. Para que sea viable, por tanto, una modificación en los precios del contrato, se requiere que las partes dejen abierta una especie de cláusula de previsión y revisión, en razón tanto por el cambio de los planes originales de la construcción como por fenómenos permanentes de alzas en los precios de los materiales o de valores salariales para los trabajadores que se empleen en la obra.

Entonces, si en el contrato de construcción no se dice nada sobre las posibilidades de modificación del precio, éste resulta inalterable, aun cuando las circunstancias posteriores sean desfavorables o favorables para el empresario o artífice”¹⁶. (Resaltado fuera del texto).

¹⁵ BONIVENTO FERNÁNDEZ, José A. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, t. I. 17 ed. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2008, p. 585.

¹⁶ Ibídem, pp. 585-586.

Así las cosas, el precio de un contrato de los que comprende el artículo 2060 del Código Civil resulta inmodificable salvo que en el mismo contrato obre una cláusula que permita la modificación de este por alteraciones o agregaciones al plan original de construcción, o aumento en el valor de los materiales o de los jornales, sin importar a qué parte contractual le sean favorables o desfavorables estas situaciones.

En similar sentido, el autor Del Castillo Martínez, al referirse al precio global en el contrato de construcción, consideró:

“3. Contrato a precio global

Siguiendo al autor Germán Puyana García, ob. cit. Decimos que es el

‘Sistema de contrato de construcción por el cual un contratista se compromete por su cuenta y riesgo a ejecutar una obra por un precio total único y fijo...

*‘La invariabilidad del precio global convenido cuya revisión no pueden efectuar unilateralmente el contratante ni el contratista, es la característica principal de este sistema, en el cual, sin embargo, pueden distinguirse en la práctica dos modalidades: **el absoluto, cuando el precio y el volumen total de la obra son inmodificables**, y el relativo, cuando se establece la posibilidad de incrementar o rebajar el precio globalmente fijado, según se aumenten o disminuyan las cantidades de obras por ejecutar.*

‘En cuanto a los aspectos analizados... las condiciones a precio global fijo o alzado, son:

‘a. Remuneración

‘Como honorarios y/o utilidades, la retribución indiscriminada del constructor consiste, en suma, en el saldo que quede a su favor al restar el valor total de los abonos recibidos del contratante [y] el de los gastos realizados para la completa ejecución de la obra.

(...)

‘d. Costos y riesgos

‘El contratista asume la plena responsabilidad por el precio pactado, que debe mantener fijo, corriendo por tanto los riesgos propios de tal estipulación y asumiendo a sus expensas los eventuales incrementos de los costos que se presentaren durante el desarrollo de los trabajos.

‘Tales variaciones de los precios comerciales no pueden en modo alguno considerarse como causales de revisión del precio convenido, ni configurar situaciones de fuerza mayor para justificar el incumplimiento del contrato.

(...)

f. Modificaciones

‘No admite por su misma índole cambios en los planos o las especificaciones, salvo en los casos de sustituciones que de común acuerdo se aceptan como equivalentes.’¹⁷ (Resaltado fuera del texto).

De acuerdo con lo expresado, por regla general la remuneración en los contratos de obra por un precio global o a precio alzado no acepta modificaciones. No obstante, existen excepciones legales que permiten que deba modificarse el precio inicialmente convenido.

2.- Sobre este punto, la justicia arbitral ha manifestado lo siguiente, en un tribunal en el que se analizó un contrato de obra regido por derecho privado:

“Aún en los contratos a precio único o global fijo, la ley contempla la posibilidad de reajustar ese precio, inclusive contra la voluntad de la parte que tiene que pagarlo. Este es un principio de vieja data, consagrado hace siglo y medio en el Código Civil, precisamente en el único de sus artículos que se refiere a la construcción de edificios.

El artículo 2060 sienta en su primer inciso la regla general:

(...)

Lo anterior significa que el aumento de costos no es causal válida para pedir aumento de precio del contrato, pero sí lo es el aumento o cambio de obra, con tal que el contratista no agregue o cambie la obra por decisión propia sino previo acuerdo con el contratante.

El mismo artículo 2060 contempla, sin embargo, una clara excepción al principio general de la no revisión de precios en los contratos a precio fijo:

“2. Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si este rehúsa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda”.

Se trata, ni más ni menos, de **una anticipación premonitoria a la teoría de la imprevisión, figura esta que el artículo 868 del Código de Comercio** vino a consagrar, siglo y cuarto después, como norma general imperativa, aplicable a todos los contratos mercantiles de tracto sucesivo, como este.

“ART. 868-- Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la presentación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá esta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

¹⁷ DEL CASTILLO MARTÍNEZ, Luis D. *Manual del Contrato de Obra Privada*. Bogotá: Jurídica Radar Ediciones, 2000, pp. 19-21.

*En el caso actual, se trae a cuento la figura de la imprevisión porque hay un ítem que merece analizarse a la luz de la misma: el alza en los precios del concreto punto que se analizará en numeral posterior de este laudo*¹⁸. (Énfasis fuera del texto original).

Igualmente, debe tenerse en cuenta lo manifestado por el Consejo de Estado en el sentido de que nada impide que en los contratos que cuentan con una remuneración de precio global se pueda reclamar el pago de los mayores costos en los que se haya incurrido en cumplimiento de lo ordenado por la entidad, así:

“No es dable tampoco considerar que por tratarse de un contrato de obra pública a 'precio global' el contratista estaba impedido para reclamar y obtener el reconocimiento y pago de las mayores cantidades de obra que ejecutó en cumplimiento de lo ordenado por la entidad contratante.

La tendencia doctrinal y jurisprudencial contemporánea considera al contratista como un COLABORADOR de la administración, no sometido de manera exclusiva a los riesgos del alea de pérdida o ganancia en desarrollo del contrato estatal. Ni siquiera en los contratos pactados a 'precio global'.

'Los contratos a precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija, en la cual están incluidos sus honorarios, y es el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de los subcontratos, y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos'.

En aplicación del principio general de la equidad, no puede atribuirse de manera exclusiva al contratista los efectos que produce la presencia de áleas en un contrato estatal, entendidas estas como los riesgos que pueden alterar la economía original de los contratos. El derecho moderno reconoce y protege los intereses legales y justos que movieron al particular a suscribir el contrato con la administración.

*Por otra parte, cabe afirmar que la modalidad de 'precio global' lo que pone de presente son los elementos o aspectos que él envuelve o comprende, pero nunca podrá entenderse como la rigidez inmutable que impida llevar a cabo los desajustes de contenido económico, originados en causas sobrevinientes, eso sí, no imputables al contratista.*¹⁹

De acuerdo con lo anterior, la remuneración convenida en los contratos a precio global sólo puede variarse en tres casos: **(a)** si existe una circunstancia desconocida al momento de celebrar el contrato que le implica al constructor una excesiva onerosidad para cumplir con lo pactado (teoría de la imprevisión); **(b)** si las partes pactan una modificación del alcance de la obra, y **(c)** si la entidad estatal ha dado la orden de realizar obras distintas o con un alcance mayor al pactado.

¹⁸ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Laudo del 15 de marzo de 2001. Convocante: Constructora Mazal Ltda. Convocada: Inversiones GBS Ltda. Árbitros: Juan Caro Nieto (presidente), Diego Muñoz Tamayo y Aurelio Tobón Mejía.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2004, expediente: 25000-23-26-000-1991-0739-01 (14043).

Las dos primeras excepciones son igualmente compartidas en la doctrina. El profesor Bohórquez Orduz analiza las siguientes reglas especiales para el caso de la construcción:

“Regla Primera: El empresario o artífice, no tiene derecho de exigir un aumento al precio fijado ab initio, bajo pretexto de alzas en los materiales o en la mano de obra, o por modificaciones al plan primitivo. Para que pueda haber tal exigencia es preciso que se haya pactado la eventualidad. En otras palabras, el reajuste por alzas debe ser previsto expresamente en el contrato, de lo contrario será de cargo del artífice. La regla sin embargo, no ha de tomarse con el excesivo rigor que su texto sugiere, pues el artículo 868 del Código de Comercio nos ofrece una regla complementaria para resolver un problema similar, pero más grave que éste: el de la imprevisión contractual. Cuando las circunstancias nuevas sobrevinientes son graves y tornan excesivamente oneroso el cumplimiento del contrato para el contratista. En tal evento, unas nuevas condiciones sí podrían ser fijadas por el juez, incluido un nuevo precio, distinto al pactado por los contratantes.

Regla Segunda: Si sobrevinieren circunstancias desconocidas (como un vicio de suelo, ejemplifica la norma), de las cuales se derivasen costos imprevistos, el artífice debe dar aviso al dueño de la obra, para que le autorice los gastos extraordinarios. Si el ordenador rehusare hacerlo, podrá el empresario acudir al juez para que resuelva si tales sobre costos eran previsibles (con criterios de razonabilidad, apuntamos nosotros) y determine si debe haber reajuste y, en caso de haberlo, su monto. Esta regla es una particular aplicación de la teoría de la imprevisión prevista en la norma del siglo XIX, precursora de la que luego consagrarse el Código de Comercio de 1971”²⁰.

En el mismo sentido, el doctrinante Arce Rojas ha considerado lo siguiente en torno a la posibilidad de modificar contratos:

*“De la lectura de la norma citada se concluye que el contrato de confección de obra material, o contrato de arrendamiento de obra, se puede conformar con diferentes formas de precio, como son el precio único, alzado, inmodificable (suma global fija), estimado, unitario o gasto reembolsable. **Que el precio único es inmodificable (numeral 1º) salvo que así lo pacten las partes por las agregaciones, o modificaciones al plan primitivo, o por el que el contrato lo autorice. Asimismo la norma establece la aplicación de la teoría de la imprevisión para los contratos de arrendamiento de obra.***

(...)

*“Líneas adelante la misma jurisprudencia nos dice: ‘... puede suceder que en la ejecución del plano aparezca la necesidad urgente de modificarlo o revisarlo, a fin de hacerle una agregación importante para dar mayores seguridades a la construcción, ya porque así lo requieran los reglamentos municipales, ya por simples motivos de orden estético o de comodidad. **La ley, en tratándose de contratos de construcción en donde se ajustó un precio único por toda la obra, no prohíbe en forma absoluta una modificación del convenio inicialmente. Sino que para su validez, exige una condición especial: una autorización expresa del comitente y acuerdo sobre el valor de la agregación o modificación**’ (sentencia de la Corte Suprema de justicia de febrero 26 de 1953, LXXIV, 78).*

Esta modificación se presenta como consecuencia del juego de la buena fe y de la condena del enriquecimiento injusto dentro del contrato de obra. Existe buena fe del contratista si modifica la obra en virtud de órdenes, aunque sean verbales, de quien tiene competencia para darlas y si actos posteriores del comitente crean también en el contratista la confianza

²⁰ BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio. De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano. V. III. Bogotá: Doctrina y Ley, 2005, p. 511.

de que las alteraciones introducidas en el proyecto son válidas. Así lo viene entendiendo la jurisprudencia, que también se vale de criterios objetivos para valorar si la modificación de la obra era necesaria técnicamente para la ejecución global del proyecto. En consecuencia, el comitente no puede negar el pago de la mayor cantidad o calidad de obra, pues se enriquecería injustamente a costa del contratista”²¹. (Resaltado fuera de texto)

En conclusión, de la lectura del artículo 2060 del Código Civil, se encuentra que en la construcción de edificios por precio único prefijado: (i) el precio y el alcance de las obras en principio son inmodificables, no obstante las partes pueden ajustar un precio por agregaciones o modificaciones de común acuerdo; y (ii) el contratista constructor asume los riesgos y expensas de los eventuales incrementos de costos que se presenten durante la ejecución del contrato, de forma tal que mantenga fijo el precio prefijado al momento de la celebración del contrato salvo la configuración de los supuestos de la teoría de la imprevisión.

3.- En el presente caso, se debe estudiar si el Otrosí No. 5 del Contrato fue pactado, como global fijo o por precios unitarios. Para ello, deben estudiarse inicialmente las previsiones del Contrato 090 de 2011.

Según lo indicado en la Cláusula 2, referente al objeto contractual (folios 20 y 21 del Cuaderno de Pruebas No. 4), se pactó como un contrato llave en mano, a precio global sin fórmula de reajuste. En efecto, en la citada cláusula se pactó:

“CLÁUSULA 2. OBJETO

(...)

*El presente Contrato se ejecuta bajo la modalidad llave en mano y las partes acuerdan que su **Remuneración** se realizará a precio global fijo sin fórmula de reajuste en los términos de la cláusula 12 ANTICIPO Y FORMA DE PAGO sin perjuicio de lo dispuesto en el CAPITULO 6: MECANISMOS PARA GARANTIZAR LA CONTINUIDAD DEL SERVICIO de este Contrato.”*

La definición de Precio Global fue incluida en la cláusula primera de dicho Contrato, en los siguientes términos:

“1.40. ‘Precio Global’

*Los contratos a precio global son aquellos en los que el **Contratista**, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija, en la cual están incluidos todos y cada uno de los costos y gastos necesarios para la total y cabal ejecución del la (sic) obra contratada, es el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de los subcontratos, y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que (la) **Universidad** adquiera responsabilidad alguna por dichos actos.*

²¹ ARCE ROJAS, David. El contrato de obra, razones de las órdenes de cambio o reclamaciones de los contratistas, en Revista VNIVERSITAS Universidad Pontificia Javeriana. 2003. Vniversitas, 52(105), 281-295. Recuperado a partir de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14849>.

Así, en el **Contrato** por precio global, el valor establecido en la cláusula de valor es vinculante y genera, por lo mismo, obligaciones mutuas pues señala la contraprestación a que tiene derecho el **Contratista** por su trabajo pero, a su vez, señala para él la obligación de ejecutar la totalidad de la obra por ese precio. Es por lo mismo, una cláusula que señala el verdadero valor total del contrato, pues el contrato se celebró a precio determinado.”

En el mismo sentido, en las definiciones del Contrato, se incorporó la definición de “Remuneración Única” (folio 19 del Cuaderno de Pruebas No. 4):

“1.43 ‘Remuneración Única’ o ‘Remuneración’

Será el valor que remunera enteramente al **Contratista** por la ejecución de todas las obligaciones emanadas del presente **Contrato**, en los términos, condiciones y plazos contenidos en el mismo y en su **Apéndice**, así como por la asunción de los riesgos que, de acuerdo con las estipulaciones del **Contrato** y con la naturaleza de sus obligaciones le corresponde soportar.

El valor de esta remuneración y el mecanismo para hacerla efectiva, será el que se describe en la cláusula 12 del Contrato.”

Concordante con lo anterior, la Cláusula 12, que consagra lo referente a la forma de pago, determina que no habrá reconocimiento por aspectos tales como “condiciones geológicas del suelo”, así (folio 31 del Cuaderno de Pruebas No. 4):

“CLAUSULA 12. ANTICIPO Y FORMA DE PAGO

La aplicación estricta del contenido de la presente Cláusula remunera completamente las actividades a cargo del **Contratista**. Por lo tanto las partes aceptan que no harán reconocimientos ni reclamaciones de ninguna naturaleza, si aún aplicando la fórmula de remuneración contenida en esta Cláusula, cualquier proyección de las partes, conocida o no por su contraparte, sobre las cantidades de obra necesarias para cumplir con los resultados previstos en el **Contrato** en cuanto a las obligaciones contenidas en la **Etapas de Preconstrucción, Construcción y Obras para Redes**, los precios del mercado para acometer las obras, el valor de la **Gestión Ambiental**, los **Componentes de Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos**, el cumplimiento de las obligaciones fijadas por la autoridad competente en las licencias otorgadas para la ejecución del presente **Contrato**, la variación en los precios, costos y gastos administrativos, los costos financieros régimen tributario, regulatorio, el estado físico de los predios y los inmuebles donde se ejecutarán las **Obras de Construcción**, las condiciones geológicas del suelo, las condiciones pluviométricas, de orden público, fuentes de materiales, las utilidades a obtener, las proyecciones macroeconómicas, o cualquier otro aspecto que directa o indirectamente afecte los resultados económicos de la **Universidad** o del **Contratista**, no se cumplen, total o parcialmente.

Es entendido por las **Partes** que la forma de pago establecida en el presente **Contrato** constituye el mecanismo para liquidar los valores correspondientes al flujo de desembolsos que efectuará la **Universidad** al **Contratista** durante la vigencia del presente **Contrato**, y por lo mismo remunera en su totalidad todas las actividades y riesgos que asume el **Contratista** con la suscripción del presente **Contrato**.”

Más adelante, en el numeral 12.2 FORMA DE PAGO (folio 32 del Cuaderno de Pruebas No. 4), la cláusula 12 prevé pagos contra hitos específicos, así:

- * Actividades de Etapa de Preconstrucción (1)
- * Actividades de Etapa de Preconstrucción (2)
- * Terminación Sub Hito 1
- * Terminación Sub Hito 2
- * Terminación Sub Hito 3
- * Desplazamiento
- * Terminación Sub Hito 4
- * Terminación Sub Hito 5
- * Terminación Sub Hito 6
- * Desplazamiento
- * Terminación Sub Hito 7
- * Terminación Sub Hito 8
- * Terminación Sub Hito 9

Ahora bien, para que hubiera lugar a estos pagos, debía presentarse el “Acta de Verificación” correspondiente a cada etapa. Dichas actas, conforme a la definición incluida en la cláusula 1 del Contrato 090, constituían el “*mecanismo de control de la ejecución de las **Obras de Construcción** y las demás actividades a cargo del Contratista*”, y con base en ella se concluía sobre el cumplimiento de los hitos.

En este sentido, todas las cláusulas contractuales son consistentes, pues en ellas se evidencia que las partes tenían claridad sobre la modalidad bajo la cual se pactó la remuneración del Contrato de Obra No. 090 de 2011. En efecto, se trató de un contrato a precio global fijo.

4.- Ahora es necesario analizar si, al momento de la suscripción del Otrosí No. 5 al Contrato de Obra No. 90 de 2011, dicha modalidad se mantuvo, o si, por el contrario, fue modificada, pues esto es determinante para analizar la procedencia de la reclamación realizada.

En el Otrosí No. 5 (folios 2 a 7 del Cuaderno de Pruebas No. 2 y folios 182 a 184 del Cuaderno de Pruebas No. 4) se acordó modificar lo siguiente:

- * Prorrogar el plazo total del contrato (Cláusula primera)
- * Modificar el cronograma de obras (Cláusula segunda)
- * Modificar la forma de pago (Cláusula tercera)
- * Adicionar el valor del contrato (Cláusula cuarta)
- * Pactar un anticipo sobre el valor adicionado (Cláusula quinta)
- * Modificar el Anexo Técnico (Cláusula sexta)

Finalmente, en la cláusula séptima se indicó que las cláusulas y condiciones del Contrato de Obra 090 de 2011 no modificadas, se mantendrían vigentes.

Con base en el análisis del Otrosí No. 05 al Contrato de Obra No. 090 de 2011, se encuentra que en ninguno de los pactos incorporados se realizó una modificación a la modalidad pactada en las cláusulas originales de dicho contrato.

Por el contrario, se observa que la modalidad se mantuvo, al incluir hitos adicionales en la forma de pago, que se tramitarían bajo las mismas Actas de Verificación pactadas inicialmente. No se observa en ninguno de los acuerdos contenidos en el Otrosí No. 05 al Contrato de Obra No. 090 de 2011 un pacto en virtud del cual las partes hubieran acordado realizar pagos por cantidades de obras por precios unitarios pactados.

Todo lo contrario, del tenor literal del Otrosí No. 5, se aprecia que las partes decidieron expresamente no modificar las demás cláusulas que hacían parte del Contrato.

5.- Adicionalmente, el trámite modificatorio permite apreciar cómo se estructuró el Otrosí No. 5. Sin perjuicio de lo que se estudiará posteriormente acerca de las tratativas que mantuvieron las partes desde inicios del año 2013, conforme se aprecia desde el Acta del Comité de Obra No. 65 (folios 249 a 254 del Cuaderno de Pruebas No. 5), es necesario estudiar la estructuración del valor adicionado en el Otrosí No. 5.

En efecto, con ocasión de la posibilidad de modificar el Contrato, se le requirió a la parte demandante estructurar el valor que se adicionaría. Al respecto, en la solicitud de prórroga de plazo y forma de pago (folios 147 a 158 del Cuaderno de Pruebas No. 4), se indicó lo siguiente:

“EL CONSORCIO CANNAN-CONTEIN-AMP, a través de la comunicación radicada en la Interventoría y en la Universidad Distrital bajo el No. CCCA-UD-706-13 del día 15 de Noviembre de 2013 solicita una adición para la terminación del contrato de obra por Cuatro Mil Seiscientos Cincuenta Millones de pesos (\$4.650.000.000), argumentando que el valor de la adición es el resultado de un estudio realizado de manera conjunta con la interventoría, la supervisión y el contratista del proyecto (...)”²².

Sobre la tipología involucrada en la adición, se aprecia que la parte demandante en la Comunicación CCCA-UD-706-13 del 15 de noviembre de 2013 (folios 159 y 160 del Cuaderno de Pruebas No. 4), solicitó una adición conservando la tipología del Contrato. Al respecto, expresamente indicó lo siguiente:

“1. Adición. Se solicita una adición por valor de CUATRO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS MCTE. (\$4.650.000.000,00). Como es de su conocimiento, el contrato que estamos desarrollando es por precio global, sin embargo, para poder terminar de

²² Reverso folio 148 del Cuaderno de Pruebas No. 4.

manera óptima el objeto y las obligaciones del contrato se requiere realizar obras adicionales a las previstas inicialmente.

El valor solicitado es el resultado de un estudio realizado de manera conjunta con la interventoría, la supervisión y el contratista del proyecto. (...)

En concordancia con lo anterior, la misma comunicación indicó que la forma de pago se relacionó en el Anexo 2 de dicho documento. En ese anexo se prevén unos montos fijos de remuneración dependiendo la terminación que se fuera realizando de cada Sub hito.

Esto es tan claro que en la Comunicación 189-GDP-CC01-243 de la Interventoría (folio 161 del Cuaderno de Pruebas No. 4), documento aprobatorio de la adición, se indicó que “El valor global de la adición al contrato es de \$4.650.000.000.00, el cual está soportando en cantidades y precios presentados por el Consorcio y avalados por la Interventoría”. En ese sentido, el mismo documento consagra que “Debe dejarse en claro al Constructor que el mayor tiempo no causará sobrecostos al proyecto en la parte administrativa ni podrá solicitar reconocimiento de mayores costos al contrato por ningún otro concepto”.

Ahora bien, para determinar el valor de la adición las partes construyeron un presupuesto. Tanto en el presupuesto detallado como en el resumido (folios 169 a 180 del Cuaderno de Pruebas No. 4)²³, se desagregaron los precios unitarios y las cantidades estimadas que implicaría adelantar la obra que sería el Otrosí No. 5. En estos presupuestos se estimó un valor de costos directos, multiplicando precios unitarios por cantidades estimadas. Luego de este ejercicio, se calculó un porcentaje por concepto de costos indirectos (Administración, Imprevistos y Utilidad) -como se expondrá posteriormente- equivalente al veintinueve punto seis por ciento (29,6%). De la suma de los costos directos e indirectos se llega al valor que sería adicionado al Contrato.

Para el Tribunal, es evidente que ese presupuesto es simplemente el mecanismo objetivo que utilizaron las partes para establecer el valor cierto a adicionar, esto es, es el mecanismo de planeación del precio del Otrosí No. 5. Sin embargo, el hecho de que se hubiera utilizado dicha metodología para la construcción del precio global por las actividades adicionales no puede significar que se hubiera cambiado la naturaleza del Contrato, pues, se insiste, la determinación de precios unitarios, de cantidades estimadas y de un AIU simplemente tuvo como función establecer objetivamente el monto global a adicionar.

Vale la pena decir que, en medio de la construcción del presupuesto, se aprecia que la misma demandante le dio la denominación de precio global. En efecto, en el Acta de Comité de Obra No. 92 (folios 24 a 39 del Cuaderno de Pruebas No. 5) se verifica que el “Consorcio explica que

²³ En el mismo sentido, se aprecia el Presupuesto Preliminar de Obras Complementarias adjunto al Acta del Comité de Obras No. 106 (folio 29 a 47 del Cuaderno de Pruebas No. 2).

debido a que la **modalidad del contrato es a precio global, no se tiene actividades contractuales desagregadas**, por lo tanto, se mostrará en el cuadro la diferencia entre la propuesta de diseño y las necesidades actuales de la red de datos” (Resaltado fuera del texto).

Esta forma de construcción del precio, en nada, desnaturaliza la modalidad de contrato pactado. En efecto, una cosa es cómo se haya determinado el valor global que sería adicionado y otra muy diferente es que se haya modificado la modalidad del contrato. En ese sentido, dichos presupuestos se trataban de trabajos realizados para explicar a las instancias que debía aprobar la adición cómo se había determinado el valor que se incluiría. No obstante, como se expresó previamente, de las comunicaciones mencionadas se deduce que las partes claramente entendían que el contrato continuaría siendo de precio global fijo. En efecto, las partes jamás modificaron la forma de pago del contrato pasando de precio global fijo a precios unitarios. El cálculo del valor a adicionar partió de una verificación individual de precios, pero eso no implicó el cambio de la forma de pago del contrato. Para que eso ocurriera, las partes debieron decirlo expresamente, porque suponía una modificación del contrato, incluyendo la asunción de riesgos respecto de la nueva modalidad de pago.

6.- Al respecto, se aprecia que este entendimiento fue generalizado en desarrollo del contrato. Para iniciar, en el testimonio de Jairo Libardo Fernández Amaya, realizado el 13 de junio de 2019, se manifestó lo siguiente:

“DR. DE VIVERO: En tanto que ellos desarrollaban el diseño ya una vez con posterioridad porque no había diseños para el otrosí número 5 existía alguna posibilidad de que el presupuesto se viera modificado como consecuencia ya de unos diseños fase 2, pasarlos a fase 3 ingeniería de detalle una cosa así, había alguna posibilidad de reconsiderar esos precios o se habló en algún momento de eso?

*SR. FERNÁNDEZ: No, de hablar de reconsiderar valores no se podía porque toda vez que nosotros habíamos sustentado por parte de la interventoría un trabajo minucioso de más de 8 meses de trabajo donde se había realizado **una figura, toda vez que es un precio global fijo y la universidad necesitaba “cuantificar” cuánto podría ser esa posible adición.***

***Se hizo un ejercicio interno entre el contratista y la interventoría, donde ellos sacaron unas cantidades, sacaron unos precios unitarios como trabajo interno** y se lo manifestaron a la interventoría como tal y de ahí fue donde se llegó un precio global fijo a la institución, toda vez que nosotros no dijimos que el tanque... vale 300 millones fue directamente actividad como tal porque nosotros no podíamos variar el concepto de lo que era el contrato de precio global.*

(...)

DRA. ROJAS: Gracias presidente, el otrosí número 5 se hizo a precios globales o a precio unitario?

SR. FERNÁNDEZ: Precio global.

DRA. ROJAS: Explique por favor?

SR. FERNÁNDEZ: Una cosa es que ellos hicieron un ejercicio independiente interno con el fin de llegar a cuantificar porque tenemos que buscar alguna metodología se puede decir algo porque no podemos llegar y decir que me van a dar una cita sin tener un respaldo como tal por parte de la interventoría se hizo un ejercicio interno, para nosotros como universidad se hizo, es decir, mediante un consejo superior el valor de estas obras complementarias tienen un valor de tacto es un tema.

(...)

DR. RODRÍGUEZ: Dicho eso en cuál cree usted como experto en manejo de contratos o practica en el manejo de contratos de la universidad, en cuál cree usted que sería la explicación por la cual frente a la ejecución del contrato principal según usted lo ha afirmado no hubo en ningún momento controversia sobre precios mientras que en relación con el otrosí número 5 si aparece la controversia, cómo usted tiene alguna explicación sobre eso?

SR. FERNÁNDEZ: Pues inicialmente la parte precontractual que no participe salieron en la parte de una licitación pública a precio global fijo, ellos sabían cuando se presentaron a la licitación cuál era el alcance del contrato y hasta dónde iba, en esa parte donde hubo contrato de un valor que hasta ahí ellos ya sabían su alcance del contrato.

Y en la parte de las obras complementarias, esa sobras complementarias inicialmente no hubo ninguna controversia, toda vez que ellos mismos fueron los que evaluaron y sacaron las cantidades y dijeron exactamente cuánto iba a ser el valor que se le iba a solicitar a la misma universidad, podría ser el valor que nos dio u otro valor, pero la responsabilidad estaba en si del mismo consorcio porque ellos fueron los que sacaron las cantidades, verificaron, analizaron, tomaron todo su tiempo para verificar su solicitud o su aprobación, como pudo haber sido ese valor como de pronto haber dicho oiga por qué no puede ser este valor.

En la controversia digamos que nosotros no podríamos entrar a controvertir algo que era precio global fijo, en formula de reajuste porque no era ítem exclusivamente por precio unitario." (Resaltado fuera de texto).

En el mismo sentido, en el testimonio de José Joaquín Casas Sarmiento, interventor de la obra, recibido el 13 de junio de 2019, se indicó lo siguiente:

"DR. DE VIVERO: Usted recuerda la modalidad de contratación de estas obras, de este proyecto?

SR. CASAS: Ese proyecto estaba a precio fijo, pero no.

DR. DE VIVERO: Precio global?

SR. CASAS: Precio global.

DR. DE VIVERO: Incluso tanto el otrosí número 5?

SR. CASAS: Sí incluso ese se presentó al consejo superior de la universidad y ese fue aprobado allá.

DR. DE VIVERO: Cuándo se presentó ese presupuesto entendemos que lo elabora inicialmente el contratista, se lo presenta la interventoría eso es correcto?

SR. CASAS: *Sí ellos van presentando las cantidades proyectan cantidades se revisan, se estudia con la universidad, se ajustan y ya finalmente se aprueban y se presenta ya para aprobación a la entidad”.*

Este testimonio es concordante con lo indicado por la señora María Teresa Molina, así:

“DR. DE VIVERO: Era un presupuesto detallado a precios unitarios o algo así, recuerda que tipo de presupuesto?

*SRA. MOLINA: Lo que pasa es que como el contrato era precio global se tuvo como un esquema bien particular el contrato al ser al precio global el original digamos que obligaba a **que el nuevo contrato fue también a precios globales**, como están en unas actividades que no habían sido ofertadas con ellos, lo que se definió en el comité era que ellos iban a cuantificar las actividades, la metodología como si hubiera sido a precio unitario.*

Lo que hicieron ellos fue se les dijo cuál era la actividad, ellos valoraron las cantidades determinaron los costos presentaban cotizaciones precio normal como si fuera precio unitario, la interventoría los variaba y después ya decía por decir algo la cafetería exterior no recuerdo los valores, pero voy a poner un ejemplo la cafetería exterior tiene 50 actividades y cada una tiene un valor.

*La suma de esas actividades es lo que ellos llegaron y pasaron en su presupuesto porque el presupuesto **se incluye dentro del otrosí nuevamente es a precio global**, lo que dice es todo lo que yo voy a hacer vale ex precio y ya no viene discriminado o asociado porque no se podía porque realmente lo que la universidad estaba contratando en ese momento su producto, el reforzamiento lo que yo tengo que hacer para hacer el reforzamiento, tengo que hacer una cafetería, como llego usted al precio digamos que no es que se podía presentar por la naturaleza de ese contrato” (Resaltado fuera del texto).*

En conclusión, se tiene que tanto el Contrato 090 de 2011, como su Otrosí No. 5, tenían una modalidad de precio global fijo. Esto se aprecia tanto en la documentación contractual, como en el entendimiento que tuvieron las partes del acuerdo celebrado y de su modificatorio. La intención de las partes no era modificar la modalidad de pago del contrato, sino partir del presupuesto elaborado por el Contratista, teniendo en cuenta precios unitarios y cantidades de obra, para señalar cuál era el valor de las obras adicionales que se incorporarían al contrato de acuerdo con su estructura original de pago.

7.- En ese sentido, la respuesta al problema jurídico analizado por el Tribunal consiste en que el Otrosí No. 5 no fue pactado a precios unitarios, sino que, en cambio, fue estipulado a precio global como lo fue el Contrato de Obra, lo cual bastaría, por sí mismo, para desestimar las pretensiones de la demanda. No obstante, dado que, como se explicó, puede haber lugar al pago de valores adicionales cuando quiera que ellos resulten de situaciones imprevistas e imprevisibles, procede el estudio del cuarto problema jurídico.

VI. ANÁLISIS SOBRE EL CUARTO PROBLEMA JURÍDICO: Si ocurrieron hechos imprevistos o imprevisibles que obligaron al Consorcio a ejecutar obras adicionales que deban ser pagadas por la Universidad

A. Las posiciones de las partes y del Ministerio Público

1. Lo argumentado por la parte Demandante.

La Demandante, como ya se indicó, sostiene que al iniciar la ejecución de las obras adicionales contratadas mediante el Otrosí No 5, el contratista se enfrentó a algunas circunstancias que lo obligaron a ejecutar "*Actividades no previstas*" en el presupuesto, dado que: i) la ejecución de las obras requerían "*la realización de labores preparatorias, que no fueron estimadas en el presupuesto, como consecuencia de hallazgos incidentales posteriores*"; ii) La Universidad "*varió el sitio inicial en el cual debían ser ejecutadas algunas obras*" y iii) La Universidad modificó "*algunas de las especificaciones Iniciales*".

Afirma en tal sentido que algunos de los hallazgos incidentales o de las razones que obligaron a realizar esas Actividades no Previstas derivan de la existencia de redes subterráneas que no habían sido informadas por la Universidad, de ciertas características topográficas del suelo donde debían ser construidas y que imponían cambio en las rutas contempladas en el trazado inicial o que exigían variar las estrategias de cimentación inicialmente presupuestada, o implicaban la necesidad de efectuar otras actividades u obras no previstas o la realización de mayores cantidades de obra a las presupuestadas.

Adicionalmente sostuvo que tales obras adicionales fueron ordenadas por la Universidad y que las actividades no previstas, eran técnicamente necesarias y complementarias para cumplir el objeto contractual y que su ejecución generó mayores costos que deben ser reconocidos y pagados por la Universidad.

2. La oposición de la parte Demandada.

La demandada respecto de este punto señaló:

2.1. Los contratos de derecho privado se rigen por el principio según el cual el contrato es ley para las partes, principio que impone a las partes cumplir y sujetarse a lo pactado y a las condiciones y circunstancias existentes al momento de contratar, en aras de mantener el equilibrio económico en las relaciones particulares. La única excepción, a este principio se funda en la teoría de la imprevisión, cuya aplicación impone el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 886 del código de comercio,

2.2. En el caso que nos ocupa no se cumplen los requisitos exigidos en la ley para que opere la teoría de la imprevisión por cuanto:

- i) No se presentaron circunstancias extraordinarias. Las circunstancias que aduce el consorcio constituyen aspectos propios de la obra complementaria, que debían ser de pleno conocimiento del contratista, quien para la época de presentación del presupuesto tenía más de dos años de ejecución del proyecto.
- ii) No se presentaron circunstancias imprevistas o imprevisibles. Los hechos que pretende el consorcio que sean reconocido, se encontraban desde antes de la suscripción del otrosí No 5, razón por la cual no se constituye el requisito de ocurrencia posterior a la celebración del mismo. El contratista podía prever tales situaciones desde la estimación y análisis del presupuesto del otrosí No 5.
- iii) El contrato tiene un presupuesto final aproximado de 19 mil millones, de manera que no se percibe la consecuencia de excesiva onerosidad.

2.3. El consorcio contratista estructuró, diseño y determinó el alcance de las obras requeridas del Otrosí No 5 y tenía conocimiento respecto de las características de las obras y los requerimientos necesarios para su culminación. Asimismo, al momento de realizar los análisis para la realización de las obras adicionales debió considerar que tanto el contrato inicial como el otrosí No.5, se pactaron bajo la modalidad de precio global con fórmula de reajuste.

2.4. Los hallazgos que aduce el contratista eran previsibles. El consorcio desde la etapa de pre-construcción, tenía pleno conocimiento de las características de la obra, las condiciones topográficas, subterráneas, hidráulica, eléctricas y de infra estructura requeridas para la acometida de las obras

2.5. El contratista únicamente elevó la reclamación por mayores costos por actividades complementarias, ejecutadas y no pactados, después de la terminación del objeto del contrato y de acometida las obras.

2.6. La conducta desplegada por el contratista llevó a convencer a la universidad y a la interventoría, que las modificaciones establecidas por el contratista se encontraban comprendidas dentro de la ejecución del Otrosí No 5

2.7. No resulta de recibo las afirmaciones sobre falta de planeación y desconocer la matriz de riesgos con posterioridad a la terminación del contrato, si se considera que el consorcio: i) Conocía el procedimiento interno establecido por la Universidad para la contratación y ii) Efectuó, un año antes a la terminación del contrato, un presupuesto para la adición del contrato, que fue producto de un análisis exhaustivo de las actividades a realizar.

2.8. El consorcio no probó que usó y agotó el componente de imprevistos del AIU durante la ejecución del contrato. En otras palabras, el contratista no probó que Los imprevistos alegados superaran el porcentaje de imprevistos calculados en el contrato, porcentaje con el que el contratista debe garantizar lo que acaecerían durante el desarrollo del contrato.

2.9. El contratista no presentó a la Universidad, durante la ejecución del contrato, las salvedades a la estructuración presupuestal; tampoco manifestó sus inconformidades y no presentó sus reclamaciones al momento de suscribir las prórrogas u otrosíes que fueron suscritos. Solamente presentó su reclamo, tres meses después de terminado el contrato, desconociendo la jurisprudencia del Consejo de Estado que impone tal deber al contratista, así como expresar de manera clara sus inconformidades en el acta de liquidación.

3. El concepto del Ministerio Público.

El señor Agente del Ministerio Público en lo que se refiere a la pretensión de desequilibrio económico del contrato estatal con fundamento en la teoría de la imprevisión manifestó:

3.1. La responsabilidad por la idoneidad y completitud de los estudios y diseños en el contrato de obra pública No. 090 y de su adicional No. 5, es del contratista, si se tiene en cuenta que asumió de manera voluntaria, unívoca y expresa los riesgos asociados a la idoneidad de los diseños, no solo porque participó en su elaboración, aclaración, corrección y complementación, sino porque en la etapa de pre-construcción se “apropió” de los mismos. En tal sentido, desde la elaboración de los diseños, debió prever las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que debían ejecutarse las obras y los riesgos normales que se pudieran presentar durante su ejecución, así como aquellas circunstancias que podrían generar mayores costos, y proyectar financieramente todos estos riesgos, dentro del precio global fijo sin fórmula de reajuste.

3.2. El contratista no fue lo suficientemente diligente y prudente en el momento de la planeación y elaboración de los diseños. Los hechos que aduce el contratista, relacionados con la ejecución de mayores cantidades de obra, eran previsibles ordinariamente al momento de una debida diligencia en la estructuración y elaboración de los diseños.

3.3. Los hechos que aduce el contratista para reclamar los sobrecostos no son extraordinarios o imprevistos, por el contrario, son circunstancias atribuibles a culpa negligencia e impericia del contratista diseñador, por lo que en virtud del “principio de autorresponsabilidad” debe asumir la carga económica que de ello se deriva.

3.4. Las obras “adicionales” causantes del desequilibrio económico debieron implementarse mediante la celebración de un contrato adicional, con los procedimientos, formas y solemnidades que para los mismos exigen el Manual de Contratación de la Universidad y el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – Ley 80 de 1993-.

3.5. Se trató en este caso, de inconsistencias de carácter técnico respecto de los diseños constructivos y de una deficiente valoración o cálculo de las cantidades de obra requeridas para construir el objeto del contrato adicional No. 05; cuestión que debe asumir el contratista con las consecuencias patrimoniales que de ello se deriven en su contra.

En definitiva, sostiene que en el presente asunto no se presentó una ruptura del equilibrio económico. En tal virtud no se generó para la entidad pública demandada la obligación de reparar los daños que la parte demandante reclama.

B. Consideraciones del Tribunal

De acuerdo con lo expuesto en el acápite anterior, el Otrosí No. 5 del Contrato fue pactado bajo la modalidad de precio global fijo. Como se indicó previamente, la remuneración convenida en dicho Otrosí sólo podría variarse en tres casos: **(a)** si existe una circunstancia desconocida al momento de celebrar el contrato que le implica al constructor una excesiva onerosidad para cumplir con lo pactado (teoría de la imprevisión); **(b)** si las partes pactan una modificación del alcance de la obra, y **(c)** si la entidad estatal ha dado la orden de realizar obras distintas o con un alcance mayor al pactado.

En consecuencia, el Tribunal estudiará separadamente cada uno de esos tres casos:

1. Teoría de la imprevisión

En relación con la teoría de la imprevisión, se deben analizar las principales características de esta institución (1.1), para posteriormente estudiar si es aplicable en el presente caso (1.2). En concordancia con este análisis de la aplicación de la teoría de la imprevisión, se estudiará la posible utilización del AIU (1.3).

1.1 Características de la teoría de la imprevisión

1.- La teoría de la imprevisión ha tenido un amplio debate y discusión en las altas cortes nacionales en cuanto a su origen, aplicación, características y demás elementos representativos. Aun así, el legislador optó por incluirla en el derecho positivo colombiano como expresamente se consagra en el artículo 868 del Código de Comercio, el cual establece:

Artículo 868. Cuando circunstancias, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.

Esta teoría tuvo su origen en el derecho administrativo, pero luego se extendió su aplicación al derecho privado, lo que conllevó a su positivización en el Código de Comercio²⁴. El objetivo principal es el restablecimiento del equilibrio o simetría prestacional del negocio jurídico²⁵.

2.- Aunque se haya consagrado en norma expresa, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que la teoría de la imprevisión es un principio general del derecho, el cual requiere de varios eventos para que proceda su reclamación²⁶.

Como principio general del derecho se ha entendido como aquel mecanismo que le permite a una parte, dentro de una relación contractual, solicitar la revisión judicial del contrato, buscando la terminación, resolución, suspensión o modificación, debido a la excesiva onerosidad en la ejecución de una obligación futura como consecuencia de la ocurrencia de un hecho sobreviniente, imprevisto e imprevisible no imputable a la parte²⁷.

Conforme lo anterior, se ha entendido que la teoría de la imprevisión regula las situaciones no previstas por las partes dentro del vínculo contractual que las relaciona, o aquellas que están por fuera de los riesgos inherentes al negocio²⁸.

²⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de julio de 2014. Radicación No.: 68001 31 03 005 2003 00366 01. Magistrada ponente: Margarita Cabello Blanco: “3.1 Debe precisarse que, contrario a lo dicho por el recurrente, en lo que ha sido la línea consolidada de esta Colegiatura, la Corte acogió la imprevisión en materia privada, pese a la orfandad de disposición jurídica expresa, aunque solía verse en los artículos 2060 y 1932 sustantivos civiles, aplicaciones concretas de la misma como principio general del derecho que es”.

²⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de julio de 2014. Radicación No.: 68001 31 03 005 2003 00366 01. Magistrada ponente: Margarita Cabello Blanco: “(...) el objetivo primordial de la imprevisión contractual es buscar, precisamente, el restablecimiento del equilibrio y la simetría prestacional nacidos del negocio jurídico”.

²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de julio de 2014. Radicación No.: 68001 31 03 005 2003 00366 01. Magistrada ponente: Margarita Cabello Blanco: “3.2 Incluso, la consistencia en la jurisprudencia civil patria, da cuenta de la línea que esta Corte ha fijado hace ya casi una centuria sobre la teoría de la imprevisión como principio general del derecho, al margen de la consagración normativa que trajo ulteriormente el Código de Comercio, y ha explicado también, a propósito del asunto que por la Sala transita, que en torno a sus exigencias requiere la existencia y validez del convenio al momento de ser reclamada su aplicación, no siendo posible cuando el acto jurídico ya no existiese, por ejemplo por encontrarse concluido”.

²⁷ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo del 21 de octubre de 2004. Empresa de Energía de Boyacá vs. Compañía Eléctrica de Sochagota: “(...) la doctrina ha definido la imprevisión como un instituto jurídico autónomo, aplicable como principio general de derecho, fundado en la equidad, la buena fe y la función social de los derechos subjetivos, cuyo ejercicio permite a la parte para la cual la ejecución de una obligación de futuro cumplimiento se ha convertido en excesivamente onerosa, por el acaecimiento de hechos sobrevinientes, imprevistos e imprevisibles, no imputables a quien lo alega, ni acaecidos durante su mora, solicitar la revisión judicial, buscando su terminación, resolución, suspensión o modificación”.

²⁸ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo del 21 de octubre de 2004. Empresa de Energía de Boyacá vs. Compañía Eléctrica de Sochagota: “De acuerdo con lo expuesto, se puede inferir que la teoría de la imprevisión se fundamenta en principios generales, tales como la equidad, la buena fe y la función social de los derechos, que impide el ejercicio abusivo de los mismos. Por tanto, en la celebración y en la ejecución de los distintos negocios se deben respetar los principios anteriormente mencionados, ya que resultaría contrario a la equidad y a la buena fe que se le exigiera a una de las partes el cumplimiento de una obligación, a pesar de que circunstancias imprevistas

Así las cosas, esta teoría busca guiar a las partes y al juez sobre circunstancias sobrevinientes, imprevisibles e imprevistas dentro del contrato y acaecidas posteriormente a su celebración y perfeccionamiento.

3.- De acuerdo con lo anterior, es necesario aclarar que en la teoría de la imprevisión que aplica a los negocios jurídicos regidos por el derecho privado no se hace uso de la teoría del equilibrio económico del contrato, la cual se encuentra regulada en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Al respecto, la doctrina nacional se ha pronunciado de la siguiente manera:

*“A diferencia de lo que ocurre en materia de contratación administrativa, cuando ésta se encuentra sometida por entero a las disposiciones de la ley 80 de 1993, en la que el contratista tiene derecho a que se le restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato, hasta llevarlo a un punto de no pérdida, por la ocurrencia de situaciones imprevistas no imputables (arts. 5 num. 1º y 27 de la Ley 80), **cuando el contrato se rige por las disposiciones del Código Civil o del Código de Comercio**, cual es el caso en el que ahora ocupa al Tribunal, en realidad, si se dan las circunstancias que permiten alegar la imprevisión, **conforme al supuesto de hecho del artículo 868 del C. de Co., no hay, propiamente hablando, un restablecimiento de la ecuación económica, es decir, no se revisan, ni se modifican, las prestaciones ya cumplidas al tenor del acuerdo celebrado. Simplemente se pueden revisar las de futuro cumplimiento. Dicho con otras palabras, las obligaciones ya ejecutadas no son susceptibles de revisión o reajuste.** La figura opera sólo hacia el futuro, y exige, por consiguiente, que cuando sea invocada por la parte afectada, haya obligaciones pendientes de cumplimiento, pues las ya cumplidas son absolutamente intangibles.”*²⁹ (Resaltado fuera del texto).

Sin perjuicio de lo anterior, se debe mencionar que mediante providencia del 8 de mayo de 2019 de la Sección Tercera del Consejo de Estado³⁰, se afirmó que la teoría del equilibrio económico del contrato, como principio rector de las relaciones bilaterales, aplica tanto a los contratos que se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como aquellos que tienen un régimen especial. No obstante, frente al anterior pronunciamiento, debe señalarse que este Tribunal Arbitral no lo comparte, teniendo en cuenta que justamente, en materia civil y comercial, existe una norma especial aplicable, tal como se ha estudiado previamente, a la vez que en las normas sobre contratación estatal existen reglas especiales aplicables a los eventos de imprevisión, las cuales no son aplicables a los contratos sometidos al derecho privado.

e imprevisibles, posteriores a la celebración de dicho negocio, conviertan el cumplimiento de tal obligación en excesivamente oneroso”.

²⁹ BOHÓRQUEZ, Antonio. De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano. V. III; Bogotá D.C.: Doctrina y Ley, 2005. P. 511.

³⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 8 de mayo de 2019. Radicación número: 05001-23-31-000-2006-00318-01(58895). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

4.- Con base en lo anterior, para la aplicación de la teoría de la imprevisión se han establecido y desarrollado varias características esenciales para que se configure y pueda ser reclamada por una parte contratante.

El primer elemento esencial en la teoría de la imprevisión es el momento de la solicitud o notificación del acaecimiento de un hecho imprevisible, imprevisto y sobreviniente. En efecto, es necesario que la solicitud se realice durante la vigencia del contrato y no después de su terminación, por cuanto se requiere para acreditar los demás elementos de la misma³¹.

Pero no únicamente se deberá solicitar durante la vigencia del contrato, también se deberá acreditar que la obligación se encuentre pendiente de cumplimiento o ejecución. De esta manera, como elemento para garantizar la seguridad jurídica la revisión del contrato con fundamento en la teoría se deberá realizar durante la vigencia del contrato y respecto a una obligación pendiente de ejecución³². Precisamente por eso el artículo 868 del Código de Comercio señala que las circunstancias perturbadoras deben recaer sobre *“la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes”*.

Por su parte, los demás elementos de la teoría han sido establecidos y desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia los cuales se entienden como³³:

³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de julio de 2014. Radicación No.: 68001 31 03 005 2003 00366 01. Magistrada ponente: Margarita Cabello Blanco: *“(…) para acreditar los elementos constitutivos de la teoría de la imprevisión previstos en el artículo 868 del Código de Comercio, porque entre otras consideraciones, la previsibilidad o no a que alude ese instituto, debe repararse durante la ejecución, en el interregno de vigencia del negocio jurídico, no cuando éste se halla (sic) concluido”*.

³² CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo del 21 de octubre de 2004. Empresa de Energía de Boyacá vs. Compañía Eléctrica de Sochagota: *“En este orden de ideas se precisa que la parte de la relación obligatoria susceptible de revisión es aquella que se encuentre pendiente de ejecución, de manera que para que proceda la aplicación de la teoría de la imprevisión, es menester que la obligación cuyo cumplimiento, a raíz del acaecimiento de circunstancias extraordinarias e inesperadas, se hubiere convertido en excesivamente oneroso no sea exigible aún, ni haya sido cumplida por el deudor. En otras palabras, la prestación en cuestión debe estar pendiente de ejecución, por encontrarse aún dentro de los términos de su cumplimiento. Con esto se busca mantener la seguridad jurídica, toda vez que en el supuesto en que se pudiera alegar la imprevisión después de haber sido cumplida la obligación, se produciría inevitablemente un clima de inseguridad al conservarse el vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor con posterioridad a la extinción de la obligación. La teoría de la imprevisión pretende evitar exorbitantes cargas para las partes en obligaciones no cumplidas y no la revisión de obligaciones ya ejecutadas buscando su reparación”*.

³³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de julio de 2014. Radicación No.: 68001 31 03 005 2003 00366 01. Magistrada ponente: Margarita Cabello Blanco: *“(…) los elementos constitutivos de la teoría de la imprevisión consistentes en: (i) que sea aplicable a los contratos de ejecución sucesiva o diferida; (ii) que se presenten circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles y (iii) la excesiva onerosidad, luego de lo cual, analizados uno a uno, desestimó la aplicabilidad al caso controvertido, de los supuestos de hecho contenidos en el artículo 868 del Código de Comercio. Nótese que frente al primero, abundó sobre su significación y lo soportó en precedentes jurisdiccionales y en doctrina nacional; sobre el hecho de que las circunstancias alegadas fueran realmente extraordinarias, destacó que el contratista “conocía exactamente las condiciones bajo las cuales estaba acordando” y luego de precisar los riesgos que se asumían por derivar directamente de la convención, avanzó en la declaración del testigo RAFAEL ARTURO FRANCO GALLEGÓ, Asesor Técnico de la División Comercial de DISICO S.A, para concluir, que la actora debió tener como cosa suya el planteamiento hipotético de la variación de los precios de la divisa, en condiciones distintas al histórico. En lo atañedor a la onerosidad in extremis*

- Solo puede aplicarse a contratos de ejecución sucesiva o diferida;
- Es necesario que se presenten eventos sobrevinientes, extraordinarios, imprevistos e imprevisibles;
- Es necesario que se genere una situación de excesiva onerosidad en la ejecución de la obligación o del contrato, y
- Debe ser un hecho ajeno a la parte que lo alega. No puede haber dolo o culpa.

En efecto, la doctrina nacional al analizar la teoría de la imprevisión en el caso de los contratos de obra señaló sobre sus requisitos, lo siguiente:

“De conformidad con el artículo 868 del Código de Comercio colombiano, son cuatro los requisitos para que la teoría que nos ocupa se aplique, a saber:

*a. **Se le aplica a los contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida** (no se aplica a contratos de ejecución instantánea o aleatorios). **El contrato de construcción o de obra es un contrato de ejecución sucesiva.***

*b. **Circunstancias extraordinarias imprevistas o imprevisibles.** Se trata de hechos **anormales**, lejos de toda previsión al momento de contratar. Estos hechos **no pudieron haber sido previstos por los contratantes, deben ser completamente ajenos a la voluntad de las partes** y deben guardar una estrecha relación de causa efecto con la excesiva onerosidad que significaría para el contratista el cumplimiento del contrato.*

*Como efecto de las circunstancias, **debe resultar excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación para una de las partes. No se trata de imposibilidad en el cumplimiento sino de dificultad**, carencia de equilibrio, lo cual hará más gravosa la obligación del contratista, aumentando su sacrificio económico, reportando en forma correlativa un beneficio inesperado para el contratante. Hay ruptura del equilibrio prestacional entre los contratantes, que era la base misma del contrato.*

*No se trata de fuerza mayor; la fuerza mayor implica una imposibilidad absoluta de cumplir la obligación a consecuencia de un acontecimiento insuperable, de un hecho que hace material y absolutamente imposible el cumplimiento de la obligación. **Se trata en la imprevisión, en cambio, de una imposibilidad relativa, de un hecho que sin hacer imposible el cumplimiento de la obligación, la dificulta de tal manera que representará su cumplimiento para el contratista un perjuicio grave y apreciable.***

*c. **La excesiva onerosidad.** Se presenta la excesiva onerosidad cuando a consecuencia de las circunstancias extraordinarias, **el cumplimiento de la obligación ocasiona grave perjuicio al contratista.** Debe experimentar el contratista una desproporción contundente y manifiestamente evidente, con la finalidad económica pretendida por el contrato.*

*d. **El acaecimiento de los hechos deber ser ajeno a la voluntad de las partes.** La imprevisión es precisamente la falta de conocimiento de lo futuro, pero es necesario, además, que el acontecimiento no haya sido resultado de acciones de las partes.”³⁴ (Resaltado fuera del texto).*

de las prestaciones, refirió a que si la parte ya cumplió, no tiene derecho a alegar el incremento patrimonial en el costo de su prestación”

³⁴ ARCE ROJAS, David. El contrato de obra, razones de las órdenes de cambio o reclamaciones de los contratistas. Revista Universitas. Pontificia Universidad Javeriana. Vol. 52, Núm. 105 (2003); pp. 280-295. Cita pp. 290-291.

Bajo este entendido, es posible evidenciar que el primer elemento se encuentra claramente consignado en el artículo 868 del Código de Comercio, los demás se han desarrollado por la doctrina, y adoptado por la jurisprudencia, para explicar mejor cómo funciona³⁵.

Así las cosas, el hecho sobreviniente, imprevisto e imprevisible se entiende como aquel que no pudo ser anticipado con razonable diligencia conforme a la experiencia e idoneidad de la parte, sin que se haya incurrido en dolo o culpa. Además, este hecho debe ocasionar una excesiva onerosidad en la ejecución de la obligación futura. Cabe precisar que no es cualquier aumento de valor en la prestación, tiene que ser excesivo, es decir de una magnitud suficiente que no pueda ser evitable para el obligado y genere una situación cercana a la imposibilidad de cumplimiento de la misma.

5.- En cuanto al elemento del hecho sobreviniente, imprevisto e imprevisible la jurisprudencia ha hecho mención de su conexión inherente con la distribución de riesgos en la elaboración de los contratos. De esta forma, dependerá de la distribución de los riesgos si se configura un hecho imprevisto e imprevisible.

En este sentido, la distribución de riesgos está sujeta a la libre autonomía de las partes. Cada relación o vínculo contractual tendrá diferentes asignaciones y mecanismos de mitigación para administrar los riesgos del respectivo contrato. Así las cosas, la teoría de la imprevisión aplicará en aquellos casos en que las partes no hayan tipificado, evaluado y asignado un riesgo determinado. De esta forma, la imprevisión dependerá de cada contrato y su distribución propia de los riesgos³⁶.

³⁵ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo del 21 de octubre de 2004. Empresa de Energía de Boyacá vs. Compañía Eléctrica de Sochagota: “Del texto del artículo 868 del Código de Comercio, el cual, como se indicó, consagra expresamente la teoría de la imprevisión en el derecho privado colombiano, la doctrina ha deducido los elementos necesarios para la aplicación de la mencionada teoría, a saber: ha de tratarse de hechos extraordinarios, imprevistos o imprevisibles, pero en el entendido que el deudor no debe haber incurrido en culpa al no haber previsto aquello que por su experiencia e idoneidad estaba en capacidad de haber anticipado con razonable diligencia. El hecho debe ser ajeno al deudor, de manera que ni este ni sus dependientes o subordinados han debido tener participación en su ocurrencia. Como consecuencia del acaecimiento del hecho, el cumplimiento de la obligación ha de hacerse excesivamente oneroso para el deudor y dicha mayor onerosidad ha de ser inevitable para el obligado”.

³⁶ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo del 21 de octubre de 2004. Empresa de Energía de Boyacá vs. Compañía Eléctrica de Sochagota: “En primer lugar, para resolver esos interrogantes dentro del marco del derecho privado, ha de acudirse a lo previsto en el artículo 1732 del Código Civil, según el cual si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observará lo pactado. **Esta norma pone en evidencia que, en materia de distribución de riesgos, el principio de la autonomía de la voluntad privada tiene un total y absoluto respaldo del legislador**, toda vez que de la disposición en comento se desprende la licitud del acuerdo que en este campo sería el más radical, esto es, aquel por el cual el deudor asume el riesgo de uno, algunos o de todos los eventos de fuerza mayor que hagan imposible el cumplimiento de la obligación. En esta última hipótesis, es decir, en la de la asunción de todos los riesgos, el deudor en el fondo le otorga al acreedor una garantía incondicional, o una especie de seguro, en el sentido de que de no poder cumplir la obligación le reparará los perjuicios, sin exoneración ni defensa alguna, pues el obligado se ha hecho responsable por todo acontecimiento imprevisible e irresistible. **Así las cosas, la teoría de la imprevisión solo cabe frente a ocurrencias extraordinarias**”.

En este entendido, la distribución de riesgos genera una garantía o seguro para los contratantes respecto de los riesgos que hayan sido tipificados y asignados. Igualmente, se encuentra que todo negocio jurídico trae inherente una distribución de riesgos, lo cual determina la configuración o no de la teoría de la imprevisión. Así pues, en caso de generarse un hecho que se encuentre en la órbita del contrato, este evento no podrá ser sujeto de revisión en tanto no es un hecho imprevisto o imprevisible³⁷.

En efecto, la doctrina nacional ha resaltado la importancia de que las partes, antes de celebrar un negocio jurídico, determinen la naturaleza y extensión de sus derechos y obligaciones, a través de disposiciones claras, completas y precisas. Motivo por el cual, las partes "(...) deben poder identificar los riesgos inherentes al proyecto contemplado y prever reglas para su distribución y manejo pacífico, de manera que se mantenga un clima de cooperación y la ejecución del contrato no se entorpezca por debates entre ellas cuando surgen las primeras dificultades. Entre nosotros, la falta de precisión en las obligaciones y en la

respecto de las cuales las partes no hayan hecho estipulaciones, al momento de contratar, respecto de quien habría de asumir las consecuencias de su acaecimiento. En caso contrario, esto es, si los contratantes pactaron, dentro de la distribución de riesgos acordada, que por tal ocurrencia y por sus secuelas habría de responder una ellas, en este supuesto la parte afectada por el advenimiento del evento riesgoso en cuestión, no puede invocar la teoría de la imprevisión para así dejar de asumir las consecuencias de la contingencia por la que se comprometió a responder. 'las partes pueden redactar un contrato completo si tienen toda la información de lo que va a ocurrir, o incompleto sí, como sucede habitualmente, el futuro les resulta imprevisible. Estos hechos sobre los que no se tiene información no son regulados por el plan de prestación, pero pueden redactarse cláusulas que dispongan quien los soporta. Si las partes no dispusieron quien soporta el hecho futuro imprevisible, actúa la imprevisión'. Para ilustrar esta posición, los comentaristas traen a colación una jurisprudencia argentina en la que se determinó que no era procedente aplicar la teoría de la imprevisión cuando se ha pactado la cláusula de precio fijo e inamovible, ya que se entiende que su incorporación supone que el vendedor ha asumido el riesgo inflacionario creando una expectativa sobre ello y seguramente justipreciando ese riesgo en el precio. Se admite en cambio la aplicación de la mencionada teoría ante circunstancias anormales que no entran dentro de esa alea asumida. Con todo, se admite que, en algunos casos puntuales y en virtud de disposiciones especiales, es posible invocar la excesiva onerosidad sobreviniente, no obstante haberse establecido el carácter fijo e inamovible del precio pactado" (Resaltado fuera del texto).

³⁷ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo del 21 de octubre de 2004. Empresa de Energía de Boyacá vs. Compañía Eléctrica de Sochagota: "Con todo, de los antecedentes judiciales y arbitrales reseñados, no puede deducirse que mediante la teoría de la imprevisión puedan dejarse de lado los pactos válidamente celebrados en torno a la distribución de riesgos entre los contratantes. Por el contrario, los riesgos asumidos dentro del ámbito permitido por el ordenamiento constituyen un factor que hace parte de la ecuación económica del negocio y que, dentro de la órbita de lo estipulado, no es susceptible de revisión por el acaecimiento de circunstancias sobrevinientes. (...) No debe perderse de vista, sin embargo, que todo contrato conlleva una distribución de riesgos entre las partes, las cuales suelen preverlos de conformidad con lo que es usual y ordinario y según su particular experiencia en el negocio de que se trate. Esos riesgos los asumen los contratantes dentro del ámbito de libre estipulación que les ofrece el postulado de la autonomía de la voluntad. Por tanto, esos riesgos calculados, o que al menos han debido serlo, entran a formar parte de la ecuación financiera del contrato, esto es, de la ponderación que se hace, al momento de formarse el negocio jurídico, entre derechos, obligaciones y riesgos de cada uno de los contratantes. Esto significa que el contratista siempre tendrá a su cargo esos riesgos asumidos, de manera que el principio que aquí analizamos, de preservación del equilibrio financiero del contrato, no puede relevarlo o exonerarlo de las consecuencias derivadas de la cristalización de esos riesgos aceptados, pues de otra manera la ecuación se rompería en detrimento de la entidad pública. Por ende, el principio aludido no ha de interpretarse en el sentido de que el contratista no asume riesgo alguno por la variación de las circunstancias imperantes al momento de la celebración del contrato" (Resaltado fuera del texto).

asignación de riesgos y responsabilidades entre quienes son parte en los diferentes contratos de un proyecto de obra es causa frecuente de litigio”³⁸.

Al respecto, es necesario hacer referencia a una sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la cual se analizó la asignación de riesgos que se había dado en un contrato celebrado por una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, y por lo tanto regida por el derecho privado. En esa oportunidad, la Corte Suprema consideró lo siguiente:

“En efecto, ciertos riesgos están atribuidos por la ley o por el contrato, dependiendo de su estructura y disciplina normativa. Otros, son negociados en particular por las partes, quienes como titulares de la autonomía de la voluntad, pueden modificar para atenuar o agravar el régimen de la responsabilidad ordinaria, y en consecuencia, podrán descartar unos o asumir otros adicionales, en cuyo caso, soportan sus efectos y no pueden desconocerlos.”

Como lo ha dicho la Corte: *“Exactamente, el suceso determinante de la alteración ha de ser ajeno a la esfera o círculo de la parte afectada, y del riesgo asumido por la ley o el contrato. Los riesgos del contrato confluyen a integrar el equilibrio prestacional, lo conforman y excluyen la extraneidad para efectos de la imprevisión. Por supuesto, ausente disposición legal o negocial, ningún contratante debe soportar aleas anormales y ajenas al contrato, salvo las asumidas sensatamente en armonía con el tipo contractual y su disciplina legal, o las imputables. (Cas. Civ. Sentencia de 21 de febrero de 2012 Rad: 2006-00537-01).”³⁹*
(Resaltado fuera del texto)

La sentencia anterior deja claro que cuando la asignación de riesgo no responde a causas legales, sino que, por el contrario, surge de la voluntad de los extremos contratantes, estos no pueden desconocer los riesgos que cada uno asumió brindando su consentimiento.

En ese mismo orden, la sentencia concluye que la asignación de riesgos sobre la que los extremos contratantes brindaron su consentimiento hace parte del equilibrio prestacional del negocio jurídico. Ahora bien, este equilibrio prestacional a partir de la asignación de riesgos no incluye riesgos anormales, salvo que sean asumidos por alguna de las partes y que ello sea acorde con las normas que rigen dicho contrato. En dado caso, aunque sean riesgos anormales, la parte que los asumió no puede desconocerlos, so pretexto de alegar que configuran teoría de la imprevisión.

6.- De acuerdo con lo expresado, es posible afirmar que si en un contrato de obra regido por el derecho privado, se incluyó una matriz de riesgos, las partes contratantes deben respetar lo plasmado en ésta, debido a que hace parte del contrato, y el contrato es ley para las partes, según lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil. Por consiguiente, si durante la ejecución de un contrato de obra privada ocurre un riesgo asignado al contratista en la matriz

³⁸ VALLEJO, Felipe. Responsabilidad profesional en la construcción de obras. *Revista Derecho del Estado*. Universidad Externado. Núm. 20 (2007): julio – diciembre, pp. 97 – 120. Cita p. 105.

³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de julio de 2014. Magistrada Ponente Margarita Cabello Blanco. Referencia: Rad. No. 68001 31 03 005 2003 00366 01.

de riesgos, éste lo debe asumir, no siéndole posible alegar teoría de la imprevisión ni que debe ser el contratante quien debe responsabilizarse de su ocurrencia, salvo que la materialización del riesgo sea de tal magnitud que rebase lo asumido contractualmente.

En consonancia con lo anterior, el riesgo deberá ser asumido por la parte a la cual se le ha asignado la administración del mismo, siempre que la distribución se haya realizado garantizando la autonomía de la voluntad y la libre estipulación de dicha contingencia, o debido a la naturaleza del contrato.

1.2 Aplicación de la teoría de imprevisión en el presente caso

7.- En la Cláusula 11 del Contrato No. 090 de 2011 se estableció sobre el valor efectivo del mismo, lo siguiente:

“El Valor efectivo del Contrato, corresponderá a las sumas de dinero efectivamente pagadas al Contratista como consecuencia de la aplicación de la CLÁUSULA 12 ANTICIPO Y FORMA DE PAGO del Contrato, este remunera todos los costos y gastos –directos e indirectos- de los materiales y de los trabajos necesarios para cumplir con el objeto del Contrato incluyendo todos los estudios, diseños y ensayos que se considere necesario realizar para cumplir adecuadamente con el objeto del Contrato, los riesgos asumidos por el Contratista y todas las obligaciones y actividades que emanan del mismo, así como los gastos financieros, administrativos, las utilidades del Contratista, y los impuestos, todas y contribuciones que resulten aplicables; además de los riesgos en cabeza del Contratista determinados en el presente Contrato.”

Así mismo, se entiende que el valor efectivo remunera todas las labores complementarias necesarias para el cumplimiento total del objeto contractual, sea que aparezcan o no de manera expresa en este Contrato o en los documentos que lo integran como obligaciones a cargo del Contratista, aun cuando estas labores no estén relacionadas de manera directa con las Obras de Construcción, la Gestión Ambiental, los Componentes de Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos y las obligaciones fijadas en las licencias otorgadas por la autoridad competente para la ejecución del presente Contrato.

En tal sentido, las partes declaran que no habrá lugar al restablecimiento del equilibrio económico del Contrato, adicional a la aplicación de los mecanismos que para tal efecto se prevén de manera expresa en este Contrato, cuando quiera que se presenten circunstancias que hayan sido previstas o que sean previsibles durante la ejecución del Contrato o cuando se trate de riesgos que hayan sido asumidos por las partes, en virtud del Contrato o de la ley (áreas normales).” (Resaltado fuera del texto).

En este sentido, en la cláusula 12 del Contrato No. 090 de 2011 se estableció sobre la remuneración que se realizaría a favor del Consorcio, lo siguiente:

“La aplicación estricta del contenido de la presente Cláusula remunera completamente las obligaciones y actividades a cargo del Contratista. Por lo tanto, las partes aceptan que no harán reconocimiento ni reclamaciones de ninguna naturaleza si, aun aplicando la fórmula de remuneración contenida en esta Cláusula, cualquier proyección de las partes, conocida o no por su contraparte, sobre las cantidades de obra necesarias para cumplir con los resultados previstos en el Contrato en cuanto a las obligaciones contenidas en la Etapa de Preconstrucción, Obras de Construcción y Obras para Redes, los precios del mercado para”

acometer las obras, el valor de la Gestión Ambiental, los Componentes de Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos, el cumplimiento de las obligaciones fijadas por la autoridad competente en las licencias otorgadas para la ejecución del presente Contrato, la variación en los precios, costos y gastos administrativos, los costos financieros, régimen tributario, regulatorio, el estado físico de los predios y los inmuebles donde se ejecutarán las Obras de Construcción, **las condiciones geológicas del suelo, las condiciones pluviométricas, de orden público, fuentes de materiales, las utilidades a obtener, las proyecciones macroeconómicas, o cualquier otro aspecto que directa o indirectamente afecte los resultados económicos de la Universidad o del Contratista, no se cumplen, total o parcialmente.**

Es entendido por las Partes que la forma de pago establecida en el presente Contrato constituye el mecanismo para liquidar los valores correspondientes al flujo de desembolsos que efectuará la Universidad al Contratista durante la vigencia del presente Contrato, y por lo mismo **remunera en su totalidad todas las actividades y riesgos que asumen el Contratista con la suscripción del presente Contrato**". (Resaltado fuera del texto).

Bajo este entendido, se puede evidenciar que desde la celebración del Contrato, las partes tenían conocimiento de que el valor efectivo del contrato incluía todos los costos y gastos, tanto directos como indirectos, de los materiales y trabajos necesarios para cumplir con el objeto del negocio jurídico, y que éstas no reconocerían ni reclamarían las cantidades de obras necesarias para cumplir con las obligaciones de las etapas de la obra, por condiciones geológicas del suelo, "(...) o cualquier otro aspecto que directa o indirectamente afecte los resultados económicos de la Universidad o del Contratista (...)", cuando cualquier proyección de las partes no se cumpliera total o parcialmente.

8.- En otras palabras, la Universidad Distrital y el Consorcio acordaron que el valor del Contrato 090 de 2011 incluiría todos los costos y gastos que se generaran en ejecución del negocio jurídico, así como los riesgos previsibles asumidos por éstas. Motivo por el cual, pactaron que no se le reconocería al Contratista los sobrecostos que se produjeran como consecuencia de la materialización de los riesgos que aquel asumió con la celebración del Contrato.

Dentro de los riesgos asumidos por el Consorcio, como lo señala la Cláusula 12 del Contrato No. 090 de 2011, se encuentran, entre otros, las condiciones geológicas, las cuales fueron utilizadas por el Contratista como contingencias imprevisibles para justificar el reconocimiento de los sobrecostos que, según aquel, soporto al ejecutar las actividades no previstas, ya que eran indispensables para cumplir con lo acordado en el Otrosí No. 5.

En efecto, los componentes 1 y 3 que integran las "Actividades no Previstas" que reclama la parte demandante en el hecho 17 de su escrito de demanda, se encuentran justificados por condiciones geológicas, en los siguientes términos:

"17. Las "Actividades no Previstas" que fueron ejecutadas por el consorcio, y las razones por las cuales se hicieron indispensables; se sintetizan así:

17.1. COMPONENTE 1. Obra adicional en requerimiento del Plan Integral de Gestión, Captación, Almacenamiento y Reutilización de Aguas Lluvias. (PIGA)

a. Módulo de reciclaje para manejo de residuos sólidos.

Una vez definida por la Universidad la mejor ubicación de la construcción modular, se dio inicio a las obras; empero, **durante su ejecución se encontraron condiciones imprevisibles, tales como, el alto nivel freático de la zona, circunstancia que obligó a la realización de obras de mitigación para manejo de aguas, así como de mejoramiento al entorno**, en procura de garantizar la estabilidad, seguridad y accesibilidad la construcción.

b. Construcción de tanque de drenado y cuarto de bombas.

Una vez iniciada la construcción **se identificaron condiciones de suelo imprevisibles que impusieron realizar obras de mitigación para el manejo de aguas subterráneas adyacentes a la zona intervenida**.

(...)

Adicionalmente, **como consecuencia de las características topográficas del terreno, fue necesario variar la forma de llegar al tanque concebida inicialmente**; lo cual implicó la construcción de cámaras de caída en concreto reforzado, la protección de la tubería mediante cárcamo en concreto y la inclusión de filtros perimetrales a la estructura del tanque, para garantizar la estabilidad de la estructura.

c. Modificación a las redes de recolección y suministro para aprovechamiento de aguas lluvias.

Al iniciar la construcción de las redes de recolección y suministro para el aprovechamiento de aguas lluvias se evidenció la existencia de redes subterráneas no informadas por la Universidad y **ciertas condiciones topográficas que imponían el cambio de rutas, consigo, modificaciones en el dimensionamiento de tuberías** (aumento de diámetros y longitudes), lo cual exigió desde el punto de vista hidráulico, la construcción de cámaras de caída, mayor número de cajas de inspección y pozos no contemplados, para complementar la capacidad de recolección de las redes.

(...)

d. Cimentación especial para tanque – Caissons.

Como consecuencia de características topográficas del suelo donde debería ser construido el tanque de recolección de aguas lluvias, fue necesario varias las estrategias de cimentación inicialmente presupuestadas. En este sentido, se intentó proceder con la cimentación mediante pilotes y posteriormente como consecuencia de su inviabilidad se determinó la instalación de Caissons.

(...)

17.3. COMPONENTE 3. Obra adicional en actividades complementarias en edificio y obras exteriores.

a. Pozos para redes sanitarias.

Para el mejoramiento y actualización del funcionamiento del sistema sanitario complementario a la red de cajas existentes, **se identificó un estado de deterioro grave a nivel subterráneo, debido a la topografía del terreno y el deterioro de las redes de**

interconexión; razón por la cual , fue necesario remplazar varios tramos de las tuberías, actualizando sus especificaciones de acuerdo con la normatividad vigente (Gres a Novafort) y a su vez se hizo indispensable construir cámaras de caída con el objetivo de prevenir velocidades mayores a las máximas permisibles.

(...)" (Resaltado fuera del texto).

9.- De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta que el Contratista con la suscripción del Contrato No. 090 de 2011 asumió los riesgos que podrían presentarse como consecuencia de condiciones geológicas, éste se equivoca al afirmar que dichas contingencias eran imprevisibles, pues al prever su posible acaecimiento en la Cláusula 12 los incorporó al alea del negocio. Lo anterior permite concluir que las actividades de los Componentes 1 y 3, citadas previamente, no se encuentran justificadas por eventos sobrevinientes, extraordinarios, imprevistos e imprevisibles, sino que por el contrario, hacen parte de las contingencias normales del Contrato, motivo por el cual, los sobrecostos generados por su ocurrencia no deben ser reconocidos por la Universidad Distrital.

10.- Ahora bien, en el Informe Pericial elaborado por el Ingeniero Luis Orlando Muñoz Muñoz se señaló sobre los cuatro (4) componentes de las obras reclamadas como adicionales por la parte demandante, lo siguiente:

"El suscrito Perito hace las siguientes consideraciones para emitir su concepto:

COMPONENTE 1: MAYOR EJECUCION EN REQUERIMIENTO PIGA

a) Manejo de residuos sólidos para reciclaje.

El alto nivel freático aducido en la solicitud debió ser un factor conocido por el Consorcio, pues habían transcurrido casi dos años del inicio de las obras y el profesional que realizó el diseño correspondiente, debió prever las obras de mitigación para el manejo de aguas, como fue el filtro francés ejecutado. Los pedestales para soporte de cerramiento de la malla eslabonada y el recebo utilizado en la rampa debió estar prevista en la estimación contenida en el presupuesto.

b) Construcciones en concreto: Tanque desarenador y cuarto de bombas
El filtro perimetral, la instalación para el desagüe del cuarto de bombas, el cárcamo de protección a la tubería, las instalaciones eléctricas para interconexión de equipos, el bypass de línea de agua potable y la reubicación de la acometida principal del agua potable, **eran elementos que hacían parte integral del sistema de aprovechamiento y reutilización de las aguas lluvias.**

c) Redes de recolección y suministro para aprovechamiento de agua lluvia.
El diseño del trazado de una línea de tuberías en un terreno con la topografía como la de la sede La Macarena debió contemplar el diseño y construcción de las cámaras de caída, **circunstancia esta que fue señalada por la Interventoría en Comité de Obra oportunamente.**

c) La cimentación del tanque, no tuvo nada que ver con "las características topográficas del suelo donde debía ser construido el tanque de recolección de aguas lluvias", como equivocadamente expresa la demanda. **La cimentación con caissons se hizo porque la**

calidad del suelo lo exigía. A pesar de haberse reconocido y pagado el diseño estructural al Consorcio Constructor, este no efectuó oportunamente el estudio geotécnico, lo cual derivó posteriormente en la decisión de cimentar con caissons, para garantizar la estabilidad del tanque. Presumió que la losa del tanque sería suficiente estructura de cimentación y la falta de planeación del Consorcio Constructor conllevó a esa modificación.

COMPONENTE 2: MAYOR EJECUCION EN INSTALACIONES ELECTRICAS Y DE COMUNICACIONES

b) Aumento de carga en equipos proyectados para la red regulada.

En el mes de Agosto de 2.013 en Comité de Obra la Universidad le pidió al diseñador eléctrico una reserva a futuro del 30 %. El cambio de uso de aulas normales a aulas de sistemas fue advertido desde esta época. Adicionalmente por norma técnica CODENSA solicitó atemperar la capacidad de la subestación. Dada el tipo de contrato (a precio fijo global), el consorcio Constructor debió responder por la modificación.

COMPONENTE 3: MAYOR EJECUCION EN ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS EN EL EDIFICIO Y OBRAS EXTERIORES.

a) Escaleras en concreto, puente de conexión y estabilización y emperadización senderos peatonales.

Aunque las modificaciones en estos conceptos efectivamente se presentaron, el acortamiento del sendero original debió compensar en gran parte el costo de las obras finalmente ejecutadas. Adicionalmente la construcción de escaleras en concreto para continuidad del nuevo circuito, la demolición y reconstrucción de un puente existente, **hacen parte del conjunto del sendero peatonal.**

d) Modificaciones arquitectónicas por requerimientos de espacios.

Durante las sesiones de comité de obra se solicitó contemplar actividades que complementaban el alcance de las especificaciones técnicas para mejorar la concepción, arquitectónica, eléctrica e hidráulica de conformidad con la necesidad final a satisfacer para el uso de este espacio.

e) Modificación de especificaciones técnicas de acometidas, requerimiento de equipos adicionales, protocolos y trámite de maniobra.

El entorno al sitio de intervención incluyendo el sendero peatonal próximo al aula modular y a la plazoleta América Latina, **permite actualmente bajar la cafetería al nivel proyectado inicialmente,** con la construcción de la placa aérea. Los muros de contención y escaleras que garantizan la accesibilidad a este espacio de acuerdo a las circulaciones existentes dentro de la **sede complementan esta conceptualización que fue prevista en sesiones de comité de obras y hace parte de lo concebido en el otrosí N° 5.**

COMPONENTE 4: MAYOR EJECUCION EN AUDITORIO.

b) Mayor cantidad en piso de madera tarima, alfombra y paneles manejo acústica.

La mayor cantidad de madera, alfombra y paneles acústicos instalados en el Auditorio se presentó por una inadecuada planeación de la obra, pues este hito hace parte del conjunto de obras del contrato suscrito a precios global fijo.

Adicionalmente la Interventoría en su comunicación 189-GDP-CC01-309 del 16 de Diciembre de 2.014, muchas (SIC) veces citada en la demanda y documentos del Consorcio Constructor, expresó: "El otrosí N° 5 aprueba un valor global para las obras complementarias por \$4.650.000. Las cantidades y precios unitarios fueron de referencia para estimar el valor global."

5. CONCLUSIÓN

*Conforme con el estudio, análisis y valoraciones desarrollados en el presente informe, **conceptúo que la falta de una adecuada planeación en un contrato a precio global fijo que le otorgó la obligación de efectuar los estudios y diseños de las obras y posteriormente su construcción, produjo unos imprevistos que ahora se reclaman como obras adicionales a las establecidas en el Otrosí N° 5. Estas obras adicionales hacen parte de las obras contempladas en el Otrosí N° 5.*** (Resaltado fuera del texto)

A partir de la cita anterior, se encuentra que, en consideración del perito, la cual es aceptada por el Tribunal por estar debidamente soportada y por no existir elementos de prueba que permitan llegar a una conclusión diferente, la inadecuada planeación del proyecto por parte del Contratista fue la causa de los imprevistos que se reclaman ahora como obras adicionales a las establecidas en el Otrosí No. 5. Por consiguiente, el perito estimó que las obras adicionales mencionadas en el aparte citado necesariamente hacen parte de las obras que se contemplaron como razón de la suscripción del mencionado Otrosí.

11.- Así pues, las obras que detalla el perito en su informe hacen parte de lo que comprendía el Otrosí No. 5 y, por lo tanto, no pueden considerarse adicionales al mismo. En ese orden, los eventos que señala el Consorcio como imprevisibles no cumplen con los requisitos de la teoría de la imprevisión, pues su ocurrencia no se deriva de una situación ajena a la parte demandante, ya que, según el Informe Pericial, su acaecimiento es resultado de la inadecuada planeación por parte del Contratista.

No obstante, es necesario hacer referencia a la respuesta que dio la Interventoría a la solicitud de reconocimiento de obras adicionales No. CCCAUD-01154-15 presentada por el Consorcio, mediante comunicación No. 189-GDP-0001-319 del 22 de junio de 2016, donde ésta concluyó que aquel había ejecutado obras adicionales necesarias para cumplir con el objeto del Contrato No. 090 de 2011:

*“Es importante hacer la aclaración que **el Consorcio Canaán-Contein- AMP, cumplió con el objeto del contrato 090 y sus otrosíes; para ello llevó a cabo actividades adicionales a las establecidas en el Otrosí No. 5.***

Tales actividades adicionales o complementarias corresponden al normal desarrollo constructivo, a la situación encontrada tanto en la Sede como en el terreno, revistiendo el carácter de imprescindibles y/o necesarias para la ejecución completa del objeto contractual.

*En conclusión, **ésta Interventoría considera que el Consorcio Canaán-Contein- AMP, ejecutó actividades adicionales y/o complementarias necesarias para cumplir a cabalidad con el objeto del contrato 090 y sus otrosíes,** cuya pretensión por parte del Consorcio Canaán-Contein-AMP es de \$1.600.000.000 y luego de revisadas las justificaciones y cuantificaciones las actividades por parte de Gutiérrez Díaz y Cía, arrojaron un valor a favor del Consorcio por valor \$941.632.334,87, que ponemos a consideración de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas para el reconocimiento y pago, el cual podría efectuarse en la etapa de liquidación, en razón a que tal potestad se encuentra establecida, en la normatividad que rige esta etapa*

contractual, donde las partes establecen los acuerdos respecto a las cuentas que se derivan de la ejecución del proyecto.” (Resaltado fuera del texto).

Sin embargo, en la diligencia de testimonio del perito Luis Orlando Muñoz Muñoz, que se llevó a cabo el 19 de septiembre de 2019, éste afirmó lo siguiente sobre la recomendación que hizo la Interventoría a la Universidad de reconocer las obras adicionales:

“Para esa fecha del noviembre de 2014 el contrato ya había terminado, estaban solamente haciendo pendientes, entonces cuando yo originalmente recibí mis documentos me llamó la atención que existía una carta y luego otra adicional complementaria del interventor en donde recomendaba reconocer esos novecientos y pico de millones como obras adicionales, sin embargo desde la terminación del contrato hacia atrás no hay pronunciamientos del contratista particular, perdón del interventor sobre particular, solamente aparece eso allá al final después de que el contrato se había terminado.

La interventoría en mi concepto cuando hace las afirmaciones que hace en sus comunicación, en una está cargada de elementos jurídicos, la otra tiene una serie de información técnica que también la detalle para poder tener argumentos y poder saber si sí o sí no esas obras debían ser adicionales, pero no, en mi concepto la carta que el contratista entregó en junio del 2016 en la cual conceptúa que recomendaba que se reconociera en los 941 millones de pesos de los 1.000 y pico que contratista originalmente había calculado como obras adicionales, carece de la validez técnica que se requiere y del análisis para poder demostrar que sí existieron unas cantidades adicionales.

En conclusión por eso mi dictamen al final dice, las obras adicionales que son la pretensión del contratista hacían parte del contrato del otrosí que se suscribió en su momento.” (Resaltado fuera del texto).

Lo anterior debilita la argumentación expuesta por la Interventoría al recomendar a la Universidad Distrital reconocerle al Contratista las actividades adicionales y/o complementarias necesarias e imprescindibles “(...) para cumplir a cabalidad con el objeto del contrato 090 y sus otrosíes”.

Pero, además, no puede perderse de vista que la función de la Interventoría es verificar el adecuado cumplimiento del contrato, esto es, la debida ejecución de las obligaciones contractuales, sin que ello la habilite para imponer obligaciones más allá de lo pactado y, de la misma manera, para reconocer obligaciones a cargo de la entidad por fuera de lo pactado. En consecuencia, lo expresado por la Interventoría debe tenerse como una simple opinión, la cual fue refutada técnicamente mediante el dictamen pericial practicado en el marco de este arbitraje, dictamen al cual el Tribunal le reconoce pleno valor y acoge sus conclusiones.

12.- Por último, cabe señalar que los hechos, con los que fundamenta la parte demandante su reclamación de sobrecostos por ejecución de obras adicionales, no cumplen con el requisito de la teoría de la imprevisión sobre la notificación del acaecimiento de un hecho imprevisible, imprevisto y sobreviniente. En este caso, el Consorcio presentó la primera solicitud de reconocimiento de obras adicionales a la Universidad Distrital el 11 de noviembre

de 2014, a través de la comunicación No. CCCA-UD-01101-14, cuatro (4) meses después de que se hubiera terminado el Contrato.

De tal forma, se evidencia que la notificación de la ocurrencia de los presuntos hechos imprevisibles se realizó después de la terminación del Contrato No. 090 de 2011, cuando este ya no se encontraba vigente. Bajo este entendido, no se cumplió con el requisito del momento de la solicitud del acaecimiento de un evento imprevisible, pues no es posible revisar ni reajustar las obras ya desarrolladas. Motivo por el cual, los sobrecostos generados por la ocurrencia de los hechos señalados por la parte demandante no deben ser reconocidos por la Universidad Distrital.

1.3 El Consorcio no demostró haber utilizado el porcentaje de imprevistos que componía el A.I.U. del Contrato No. 090 de 2011

13.- El concepto de Administración, Imprevistos y Utilidad – A.I.U. – que se aplica al valor total de las ofertas que presentan los proponentes en los procesos de selección, y que es utilizado generalmente en los contratos de tracto sucesivo y ejecución periódica, como en el contrato de obra, no se encuentra definido en la legislación colombiana⁴⁰.

Sin embargo, en el Laudo del 5 de octubre de 2017, que resolvió una controversia entre Acciona Construcción Colombia y OINCI contra Empresa de Acueducto de Alcantarillado y Aseo de Bogotá, se realizaron consideraciones relevantes respecto al A.I.U. en contratos regidos por el derecho privado, tomando como insumo los pronunciamientos del Consejo de Estado sobre este tema:

*“Entonces, en cuanto se refiere al contrato de obra, es concepto ya generalizado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que **con la estimación del AIU se busca reconocer los costos o gastos de ejecución indirectos de un proyecto (administración), hacer las reservas necesarias para cubrir los posibles imprevistos que genere el desarrollo o ejecución del mismo con el fin de cubrir los riesgos inherentes a la obra y que se determinan según la naturaleza de ella o del proyecto a ejecutar (Imprevistos) y estimar el beneficio que se obtendría por su realización (Utilidad)**. En otros términos, la Administración hace referencia a los costos indirectos necesarios para el desarrollo del proyecto, tales como honorarios, impuestos, costos de personal, arrendamientos, costos de oficina, dotación en general, etc.; los **Imprevistos, son un rubro predispuesto para cubrir los eventuales sobrecostos en que pueda incurrir el contratista durante la ejecución de la obra en cumplimiento de sus obligaciones, los cuales hacen parte del álea normal del contrato y son diferentes de los fenómenos conocidos como imprevisión**; y, la Utilidad, es el lucro o beneficio perseguido por el contratista y que éste espera recibir tras la ejecución de sus obligaciones contractuales.*

*En suma, **dicho rubro tiene por finalidad hacer las reservas necesarias para cubrir los posibles imprevistos que genere el desarrollo o ejecución del proyecto con el fin de cubrir el riesgo empresarial del negocio o del proyecto**, teniendo en cuenta que los flujos en*

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia 14 de octubre de 2011. Radicación No.: 05001-23-26-000-1997-01032-01(20811). C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

efectivo de la empresa o del proyecto sean insuficientes para cubrir los gastos de operación, esto es, los que la empresa –en este caso el contratista- utiliza al realizar sus operaciones normales tales como los salarios, los impuestos, las reparaciones, los alquileres, los gastos administrativos y los gastos generales

(...)

En suma, debe distinguirse entre la partida de imprevistos que con suficiente antelación - como expresión del principio de planeación financiera del contrato-, se pacta como parte del precio con el fin de cubrir los áleas normales que surjan ordinariamente durante la ejecución del contrato, motivo por la cual no requieren su demostración y la “imprevisión” que es causa de ruptura de la ecuación financiera del contrato con motivo de circunstancias totalmente imprevisibles, que por lo tanto son el resultado de aleas anormales y para cuyo restablecimiento sí se requiere de la demostración o prueba de su ocurrencia, con la finalidad de determinar el quantum del restablecimiento de dicha ecuación.⁴¹ (Resaltado fuera del texto).

De manera que, en los contratos de obra, ya sea con sistema de precio global o precios unitarios, el A.I.U. corresponde a los costos indirectos que hacen parte de la remuneración del contratista, el cual se compone de tres elementos, a saber:

- (i) la administración (A): que son los costos de operación del contrato;
- (ii) los imprevistos (I): que son los costos que se generan por la ocurrencia de eventos en los cuales se presenta el alea del negocio, es decir, los riesgos normales u ordinarios del contrato;
- (iii) y, la utilidad (U): que es el beneficio económico que persigue el contratista por la ejecución del contrato.

14.- Concretamente, en relación con los imprevistos, es necesario aclarar que este porcentaje que compone el A.I.U. y, por lo tanto, los costos indirectos del contrato, corresponde al pago por la asunción de los riesgos previsibles⁴², es decir, aquellos que se pueden estimar al momento de elaboración de la propuesta, y no al alea anormal y extraordinario que puede ocurrir durante la ejecución del contrato. En efecto, sería imposible calcular los riesgos imprevisibles con ocasión de la ejecución de un contrato y que ellos fueran imputados a ese rubro como límite.

⁴¹ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal de Arbitramento Acciona Construcción Colombia y OINCO Vs. Empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo de Bogotá. Laudo Arbitral del 5 de octubre de 2017, p 17-18.

⁴² “(...) los “riesgos previsibles”, son todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales”. (...) Dicha previsibilidad va ligada a la posibilidad de la identificación y cuantificación del riesgo en condiciones normales, teniendo en cuenta que entre mayor probabilidad del evento mayor previsibilidad del mismo (...)”. Documento CONPES 3714 del 1 de diciembre de 2011.

Así, el rubro de imprevistos se compone de los riesgos propios de la actividad que se desarrollará en el contrato y que pueden ser estimados por los proponentes, pues al ser concedores y especialistas de la actividad que se pretende desplegar, tienen la experiencia y el conocimiento suficientes para estimar los posibles costos que generarían los riesgos previsibles que se podrían presentar en la ejecución del contrato.

En este sentido, es claro que el concepto de imprevistos “I” que compone el A.I.U. y que hace referencia al alea normal del contrato no puede confundirse con el alea anormal y extraordinario de la teoría de la imprevisión, pues el primero puede identificarse y cuantificarse en condiciones normales del contrato, mientras que el segundo por su naturaleza extraordinaria e inusual no puede ser previsto ni estimado por los oferentes.

15.- De esta manera, si el Contratista al elaborar su propuesta se equivoca en la estimación y cuantificación de los imprevistos del A.I.U. y el porcentaje establecido es insuficiente para cubrir los mismos, deberá asumir los mayores costos que dicho error le genere. Diferente será si acaece un hecho imprevisible e irresistible que enmarque el supuesto en la Teoría de la Imprevisión.

Ahora bien, para que se puedan reconocer los sobrecostos que se generen como consecuencia de la materialización de un riesgo anormal y extraordinario durante la ejecución de un contrato, es necesario que el contratista demuestre que el componente de imprevistos del A.I.U. no fue suficiente para cubrir los mismos.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante providencia del 11 de diciembre de 2003, afirmó que el contratista tiene la carga de demostrar que el porcentaje de imprevistos resultó insuficiente para cubrir el perjuicio económico que reclama y, por lo tanto, éste debe ser reconocido:

*“En el presente caso, no se pretende afirmar que con la partida destinada a imprevistos y obras complementarias **la contratista** pudo cubrir el nuevo impuesto que afectó los pagos que se le hicieron por concepto de los contratos adicionales, **sino que correspondía a ésta demostrar que la partida de gastos imprevistos resultó insuficiente para cubrir el perjuicio económico o disminución de la utilidad que dijo haber sufrido por el pago de la contribución.**”*

*La Sala considera que **en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje para imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contar con esa partida, ésta resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato.***

Debe, pues, el contratista soportar un alea normal y si éste es anormal habrá de demostrarlo⁴³; no basta simplemente afirmarlo y para ello tiene la carga de la prueba

⁴³ MARIENHOFF señala que “álea “extraordinaria o “anormal” es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato. Las variaciones de

consistente, fundamentalmente, en acreditar los riesgos que se hicieron efectivos y los sobrecostos asumidos y cuantificarlos frente al valor del contrato, incluidas las sumas que haya presupuestado en el factor imprevistos; es decir, demostrar la realidad económica del contrato que permita reclamar a la entidad pública contratante el restablecimiento del equilibrio financiero del mismo.”⁴⁴ (Resaltado fuera del texto).

Cabe mencionar, que dicho pronunciamiento fue reiterado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencias del 31 de agosto de 2011⁴⁵ y del 13 de noviembre de 2018⁴⁶, al afirmarse que en “los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato”.

16.- En consonancia con lo anterior, se puede evidenciar que cuando un contratista reclama un sobrecosto en la ejecución de un contrato que incluye en su valor el concepto de A.I.U., aquel tiene el deber de probar: (i) el riesgo anormal y extraordinario que se materializó; (ii) y, el correspondiente sobrecosto que asumió, el cual tiene que ser cuantificado teniendo en cuenta el valor del contrato, así como el porcentaje que se haya determinado como imprevistos. Motivo por el cual, para que se le pueda reconocer el sobrecosto al contratista, aquel tiene la obligación de demostrar que utilizó la partida de imprevistos del A.I.U., pero esta resultó insuficiente para cubrir dicho sobrecosto.

17.- Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, es necesario determinar si el Consorcio utilizó el componente de imprevistos establecido en el Contrato No. 090 de 2011 y, si en dado caso, aquel resultó insuficiente para cubrir los sobrecostos generados por las supuestas obras adicionales que se ejecutaron como consecuencia de la celebración del Otrosí No. 5.

En este orden de ideas, de las diligencias de testimonio que se adelantaron en el proceso de la referencia no se pudo concluir que el Consorcio utilizó el porcentaje de imprevistos

precios que provengan de fluctuaciones económicas corrientes, constituyen áleas ordinarias; en cambio, pueden constituir anormales o extraordinarias cuando provengan de acontecimientos anormales, excepcionales y que, por tanto, no pudieron entrar en las previsiones de las partes en el momento de contratar. Como ejemplo de estos últimos pueden mencionarse las guerras, las depreciaciones monetarias, las crisis económicas, etc.” *Ob. cit.* p. 524.

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre de 2003. Radicación No.: 76001-23-31-000-1996-01012-01(16433). C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Radicación No.: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2018. Radicación No.: 25000232600020060084501(36862). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

dispuesto en el valor del Contrato No. 090 de 2011, para cubrir los sobrecostos que presuntamente se presentaron por concepto de obras adicionales.

En efecto, el señor Jorge Armando Rodríguez Almonacid, quien fue residente técnico y administrativo de la obra y trabajó para el Consorcio, afirmó que desconocía si se había justificado el monto que el Contratista usó por concepto de imprevistos:

“DR. BOYACA: Ingeniero para una precisión, su papel dentro de la estructuración del adicional 5 cuál fue exactamente?”

SR. RODRÍGUEZ: Yo estuve recopilando la información del grupo de trabajo que el Consorcio realizó para efectos de la visión, entonces teníamos un grupo para el tema de los análisis de precios unitarios y un grupo para el tema de cuantificación, de realizar memorias o sacar cantidades de obras mejor dicho.

DR. BOYACA: Ingeniero en ese sentido usted de casualidad conoce los valores que se pactaron para el AIU, para la administración, el imprevisto y las utilidades?

SR. RODRÍGUEZ: El AIU que tiene el Consorcio era del 29% me parece.

DR. BOYACA: En ese sentido el Consorcio justificó ante la Universidad el monto que gastó para la I (Imprevistos)?

SR. RODRÍGUEZ: Lo desconozco, no señor, la I de ese 29% era creo que el 3% o el 2%, pero no sabría si se justificó o no.” (Resaltado fuera del texto).

Igualmente, en el testimonio del señor José Joaquín Casas Sarmiento, quien fue director de la interventoría, se afirmó que no sabía si el Consorcio había justificado si los costos de las obras adicionales sobrepasaron el componente de imprevistos del A.I.U.:

“DR. BOYACA: El contratista le justificó a la interventoría si sobrepaso el ítem de imprevistos de su... para esas obras adicionales?”

SR. CASAS: No lo sé.”

Así mismo, en el testimonio de la señora María Teresa Molina Cifuentes, quien trabaja en la Universidad Distrital y realizó apoyo técnico al Contrato No. 090 de 2011, se afirmó que no sabía si durante la ejecución del mismo el Contratista justificó algún sobrecosto que hubiera superado el porcentaje de imprevistos del A.I.U.:

“DR. BOYACA: Usted en su relato inicial mencionó que se pactó un AIU alto en ese contrato, usted conoce si el consorcio justificó si en algún momento sobrepaso el ítem de la I de ese AIU?”

SRA. MOLINA: No incluso la interventoría por la naturaleza del contrato suprime la parte o bueno las dos, pero digamos que es la previa cuando explicaba que era como una ... migrada y hubiera habido más inconveniente de saber el valor que el otrosí y ellos valoraban cuando se presentaba como actividades que ello supongo no las tenían en cuenta de la interventoría

para eso están los imprevistos de los imprevistos tienen que entregar los imprevistos como modelo o esquema se trasladó al tema del otrosí y en el otrosí la manifestación de la interventoría no era solamente de los impuestos porque decían no están los impuestos, igual nunca consideraron los imprevistos ni la interventoría porque en ese momento no era X recurso de imprevistos y tengo que mostrar ... que los hubieran cubierto.” (Resaltado fuera del texto).

De acuerdo con el análisis de los testimonios rendidos en el proceso arbitral, se puede evidenciar que el Consorcio no probó que hubiera utilizado el componente de imprevistos establecido en el Contrato No. 090 de 2011 ni que aquel hubiera sido insuficiente para cubrir los sobrecostos generados por las supuestas obras adicionales que se ejecutaron como consecuencia de la celebración del Otrosí No. 5.

Vale la pena mencionar que a esta misma conclusión se llega luego de analizar los documentos aportados en el presente proceso, ya que no obra prueba documental que acredite que el Consorcio utilizó el componente de imprevistos o que este componente hubiera sido insuficiente para cubrir los supuestos sobrecostos.

18.- En este sentido, no se demuestra que los eventos alegados como imprevisibles por la parte demandante hayan generado una situación de excesiva onerosidad en la ejecución del Contrato de Obra No. 090 de 2011. Es decir, que el Contratista no logra probar en el proceso de la referencia que los sobrecostos que, según aquel tuvo que asumir, no fueron de una magnitud suficiente que hubieran generado una situación cercana a la imposibilidad de cumplimiento del negocio jurídico.

2. Posibilidad de que las partes modifiquen el contrato con un alcance adicional

19.- Como se pudo constatar previamente, en el presente caso no se acreditaron los supuestos necesarios para que se pudiera dar aplicación a la teoría de la imprevisión. En ese sentido, se pudo apreciar que los ítems reclamados por la demandante no eran imprevisibles al momento de celebrar el Otrosí No. 5.

En ese sentido, aparece la inquietud de si es posible aplicar la segunda razón que permite la modificación de la remuneración de los contratos de obra pactados a precio global, esto es, si las partes pactan una modificación del alcance de la obra. Al respecto, observa el Tribunal que el Otrosí No. 5 jamás fue objeto de modificación por las partes, razón que precisamente dio lugar a que se iniciara y se tramitara el presente proceso arbitral, circunstancia que resulta suficiente para señalar que no hay lugar a reconocer valor alguno a cargo de la Universidad por las actividades reclamadas en la demanda.

El Tribunal destaca que, si bien efectivamente existieron actividades adicionales frente a las acordadas por las partes en el alcance inicial del Contrato de Obra, dichas actividades

adicionales fueron pactadas por ellas mismas en el Otrosí No. 5 y, por lo mismo, fueron pagadas por la Universidad Distrital en cumplimiento de lo pactado en dicho Otrosí.

Ahora bien, en gracia de discusión, podría estudiarse si las partes modificaron el alcance contractual. Para estudiar esto, resulta particularmente relevante la teoría de los actos propios.

Vale la pena mencionar que esta institución fue alegada como una excepción. No obstante, frente a dos (2) elementos:

Primero, que la demandante había realizado la estructuración y el presupuesto del Otrosí No. 5. Este aspecto, sin embargo, no resulta relevante para el presente caso, teniendo en cuenta el análisis adelantado en relación con la teoría de la imprevisión.

Segundo, que durante la ejecución del contrato no manifestó las presuntas inconformidades que se presentaron en desarrollo del mencionado Otrosí. Este aspecto cobra importancia, si se pretende analizar si las partes modificaron el alcance de lo pactado.

Para analizar lo anterior, se debe estudiar el alcance de la teoría de los actos propios (2.1), para luego analizar la conducta de la parte demandante (2.2).

2.1 Teoría de los actos propios

20.- La teoría de los actos propios tiene como fundamento, en nuestro ordenamiento jurídico, la buena fe contractual. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que el artículo 83 de la Constitución Política determina lo siguiente:

*“ARTICULO 83. Las **actuaciones de los particulares** y de las autoridades públicas **deberán ceñirse a los postulados de la buena fe**, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”* (Resaltado fuera del texto).

En el mismo sentido, el artículo 1603 del Código Civil establece lo siguiente:

*“ARTICULO 1603. **Los contratos deben ejecutarse de buena fe**, y por consiguiente 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”* (Resaltado fuera del texto).

En concordancia con lo anterior, el artículo 871 del Código de Comercio dispone lo siguiente:

*“ARTÍCULO 871. Los **contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe** y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”* (Resaltado fuera del texto).

Vale decir que, en el presente caso, el Acuerdo No 08 de 2003 de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, también estableció la relevancia de la buena fe en materia contractual en el numeral 4 del artículo 4º, así:

“4. Buena fe: Los contratos que celebre la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, en todas las gestiones y actuaciones de los particulares y de los servidores públicos durante las etapas precontractual, contractual y post-contractual

El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

En los casos en que la ley prevea un estado de buena fe, de conocimiento o de ignorancia de determinados hechos, deberá tenerse en cuenta la persona del representante, salvo que se trate de circunstancias atinentes al representado.

En ningún caso el representado de mala fe podrá ampararse en la buena fe o en la ignorancia del representante.

Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo.

Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.

Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural” (Resaltado fuera del texto).

21.- En este sentido, cualquier acción que adelanten los particulares y las autoridades públicas deberán circunscribirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que los primeros lleven a cabo ante las segundas.

En efecto, con la constitucionalización del principio de la buena fe, la Corte Constitucional ha señalado que éste “(...) ha pasado de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional (...)”⁴⁷, razón por la cual, “(...) su aplicación y proyección ha adquirido nuevas implicaciones, en cuanto a su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado”⁴⁸.

De tal forma, el Alto Tribunal Constitucional ha definido el principio de buena fe de la siguiente manera:

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 1194 del 3 de diciembre de 2008. Referencia: expediente D-7379. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 1194 del 3 de diciembre de 2008. Referencia: expediente D-7379. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

“En este orden de ideas la jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir. bonus)” [6]. En este contexto, la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada” [7]””⁴⁹. (Resaltado fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, es posible evidenciar que la buena fe demanda de los particulares y autoridades públicas, que sus relaciones se caractericen por el desarrollo de conductas honestas, leales y acordes con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta⁵⁰. En otras palabras, la buena fe hace referencia principalmente “(...) a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”⁵¹, motivo por el cual, los administrados y la Administración deben acoger un comportamiento leal durante el perfeccionamiento, ejecución y extinción de sus relaciones jurídicas.

Como se señaló previamente, la buena fe se presume en las gestiones que adelanten los particulares ante las autoridades públicas, por lo que constituye una directriz y parámetro de actuación indispensable para estas últimas. Sin embargo, la presunción de buena fe no implica que dicho principio tenga una naturaleza absoluta, pues se presentan situaciones contrarias a la misma que admiten prueba en contrario⁵².

Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia también ha resaltado la importancia del principio de la buena fe⁵³ en el tráfico de las relaciones jurídicas, refiriéndose a éste como “*principio vertebral de la convivencia social*” de la siguiente manera:

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 1194 del 3 de diciembre de 2008. Referencia: expediente D-7379. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 475 del 29 de julio de 1992. Referencia: expediente T-1917. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 475 del 29 de julio de 1992. Referencia: expediente T-1917. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-071 del 3 de febrero de 2004. Referencia: expediente D-4692. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis: “Además, teniendo en cuenta los términos mismos del artículo constitucional cabe señalar que la presunción de buena fe que allí se establece respecto de las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades es simplemente legal y por ende susceptible de prueba en contrario.”

⁵³ A propósito de la buena fe se trata de uno de los principios generales del derecho y gobierna las relaciones entre la administración pública y los ciudadanos, así lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-131 de 2004: “En tal sentido, el mencionado principio es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. En pocas palabras, la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que

“Sobre la aplicación y desarrollo de tal principio, la Corporación, en tiempo cercano, sostuvo:

En cuanto a esa regla de oro como es la buena fe, no solo se erige en pilar de toda negociación sino que, además, de su percepción dimanan otros derechos o deberes, precisamente, por descollar como un referente inamovible de un debido comportamiento contractual. La buena fe contribuye a que en la proyección, celebración, desarrollo y terminación de uno cualquiera de los negocios que los interesados puedan llegar a celebrar, concurren valores que lleven a uno u otro a comportarse a tono con lo previsto y ajustado.

La Corte Suprema, en multitud de eventos, ha expuesto lo que sigue:

En efecto, **principio vertebral de la convivencia social, como de cualquier sistema jurídico, en general, lo constituye la buena fe**, con sujeción a la cual deben actuar las personas -sin distinción alguno- en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan, bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación.

Este adamantino axioma, insuflado al ordenamiento jurídico -constitucional y legal- y, en concreto, engastado en un apreciable número de instituciones, grosso modo, **presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces**. Identifícase entonces, en sentido muy lato, **la bona fides con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo ‘fe’, puesto que ‘fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará’** ⁽⁵⁴⁾.. ⁵⁵ (Resaltado fuera del texto).

Conforme con lo citado, la buena fe es exigible tanto a las autoridades, como a los particulares en sus relaciones sociales y, en particular, en sus relaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior, tanto la jurisprudencia como la doctrina han manifestado que las partes de una relación contractual deben respetar las actuaciones previas que hayan desarrollado. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado:

“La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo “Venire contra pactum proprium nellí conceditur” y, su fundamento radica en la confianza despertada **en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada**. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.

ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico”.

⁵⁴ E. Danz. “La interpretación de los negocios jurídicos”. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, pág. 191. En sentido similar, Luigi Mosco. “Principi Sulla Interpretazione Dei Negozi Giuridici”. Nápoles, Dott, 1952, págs. 67 y ss.

⁵⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia SC18476-2017 del 15 de noviembre de 2017. Radicación n.º 68001-31-03-001-1998-00181-02. Magistrado ponente Álvaro Fernando García Restrepo.

El tratadista y Magistrado del Tribunal Constitucional Español Luis Díaz Picazo⁵⁶ enseña que la prohibición no impone la obligación de no hacer sino, más bien, impone un deber de no poder hacer; por ello es que se dice “no se puede ir contra los actos propios”.

Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.

El respeto del acto propio requiere entonces de tres condiciones para que pueda ser aplicado:

a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz

Se debe entender como conducta, el acto o la serie de actos que revelan una determinada actitud de una persona, respecto de unos intereses vitales. Primera o anterior conducta que debe ser jurídicamente relevante, por lo tanto debe ser ejecutada dentro una relación jurídica; es decir, que repercuten en ella, suscite la confianza de un tercero o que revele una actitud, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a dicha relación jurídica.

La conducta vinculante o primera conducta, debe ser jurídicamente eficaz; es el comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que afecta a una esfera de intereses y en donde el sujeto emisor de la conducta, como el que la percibe son los mismos. Pero además, hay una conducta posterior, temporalmente hablando, por lo tanto, el sujeto emite dos conductas: una primera o anterior y otra posterior, que es la contradictoria con aquella.

b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción –atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas.

La expresión pretensión contradictoria encierra distintos matices: por un lado, es la emisión de una nueva conducta o un nuevo acto, por otro lado, esta conducta importa ejercer una pretensión que en otro contexto es lícita, pero resulta inadmisibile por ser contradictoria con la primera. Pretensión, que es aquella conducta realizada con posterioridad a otra anterior y que está dirigida a tener de otro sujeto un comportamiento determinado. Lo fundamental de la primera conducta es la confianza que suscita en los demás, en tanto que lo esencial de la pretensión contradictoria, es el objeto perseguido.

c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

Es necesario entonces que las personas o centros de interés que intervienen en ambas conductas -como emisor o como receptor- sean los mismos. Esto es que tratándose de sujetos físicamente distintos, ha de imputarse a un mismo centro de interés el acto precedente y la pretensión ulterior⁵⁷.

Por su parte, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha interpretado la relevancia de la buena fe y del actuar de las partes, incluso en un contrato regido por derecho privado. En ese sentido, en reciente providencia manifestó lo siguiente:

⁵⁶ La Doctrina del Acto Propio, un Estudio Crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo –Bosch Casa Editorial Barcelona. 1963.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-295 de 1999. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

“Siguiendo ese esquema, es cierto que durante la relación negocial las partes pueden afrontar dificultades relativas a la definición de los alcances y contenido de las prestaciones contraídas con ocasión del negocio jurídico, inconvenientes que bien pueden solventarse a través de acercamientos de los extremos co-contratantes encauzados a redefinir el acuerdo y ajustarlo a la realidad imperante al tiempo de su ejecución y **que se materializan a través de contratos adicionales, prórrogas, modificaciones o acuerdos que convengan su suspensión.**

Es por eso que estos instrumentos deben contener tanto el acuerdo relativo a las modificaciones que habrá de sufrir el alcance y dimensión del objeto contractual como al precio o medida dispuestos para cubrir esas alteraciones, dado que **resultaría alejado del principio de buena fe contractual⁵⁸ que se transara la renegociación en unos términos y luego, al final de la ejecución, se sorprendiera a la contraparte con reclamaciones que se entendían zanjadas.**

Se suma a lo anterior que las circunstancias anotadas no se alteran por el hecho **de que el contrato bajo examen se hubiera regido por normas de derecho privado, pues lo dicho no es nada distinto a la forma en que debe materializarse y honrarse el principio de la buena fe contractual,** el cual ha de estar presente en todas las relaciones negociales con independencia del conjunto normativo que las fundamenten.

Ante el panorama expuesto y regresando al caso concreto es preciso puntualizar que el arreglo incorporado en los documentos de adición del precio y extensión de plazo **fue producto del consenso de las partes, en un primer momento, para agotar el valor del contrato y, luego, para adicionarlo presupuestalmente en procura del cabal cumplimiento de su objeto y para lograr la ejecución de obras extras, las cuales, dicho sea de paso, no se especificaron en su contenido.**

Se recuerda, además, que en las tres modificaciones en referencia, las partes convinieron que las demás cláusulas del contrato quedarían incólumes, circunstancia que conducía a que los precios de los ítems contractuales inicialmente acordados, entre ellos, las visitas no exitosas y todos aquellos que se reputan afectados, según dijo el censor, por cuenta de su repetición, conservaran su primigenia estimación cuantitativa, no obstante que para entonces es evidente que ya habían surgido los hechos alegados como origen de los sobrecostos en su ejecución.

Siendo ello así y no habiéndose cuestionado la legalidad de los acuerdos en comento, debe concluirse que gozan de validez y las estipulaciones allí contenidas están llamadas a producir plenos efectos. En ese orden, no resulta ajustado a nuestro ordenamiento jurídico que en

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B, 31 de agosto de 2011, exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. “No solo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violentan los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de las reclamaciones 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 negocia 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 remitir la realización de los efectos finales buscados en el contrato”.

sede judicial se desconozca el libre consentimiento que en dicho acuerdo se depositó frente a la imposibilidad de hacer reclamaciones posteriores⁵⁹”⁶⁰ (Resaltado fuera del texto).

22.- La doctrina también ha analizado los alcances de la teoría del acto propio, a partir de los postulados de buena fe contractual. El texto clásico de Franz Wiacker⁶¹ manifiesta lo siguiente:

“a) Venire contra factum proprium

Esta máxima expresa de forma tan inmediata la esencia de la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe que a partir de ella se alumbra la totalidad del principio. La inadmisión de la contradicción con una propia conducta previa se basa en la misma exigencia de fides que fundamentalmente impone el mantenimiento de la palabra, el pacta sunt servanda, y la restricción del deber de prestación inicua a través del principio de buena fe (...) El principio venire contra factum proprium está profundamente arraigado en la justicia personal, a cuyo elemento interno pertenece la veracidad.

Sin embargo, este principio no es idéntico con el deber ético de veracidad (...) No presupone necesariamente el que, de mala fe o negligencia culpable, se cree una expectativa en la otra. La exigencia de confianza no es obligación. De veracidad subjetiva, sino –como la moderna

⁵⁹ Sobre el particular ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2012, exp. 21.429, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

“Por manera que la ahora demandante, en ejercicio de su autonomía privada y sin contrariar las normas imperativas, renunció a cualquier reconocimiento con ocasión de la extensión del plazo hasta el 20 de julio de 1990, acto dispositivo que resulta congruente con el artículo 15 del Código Civil, (...)

“58. Es decir, conjuntamente y de mutuo acuerdo Ecopetrol y Ley co Co. Ltda. hicieron los arreglos y tomaron las medidas que permitieron conjurar, superar y subsanar los hechos ajenos a ellas e imponderables que implicaron el retardo de la obra, sin que al realizar las respectivas prórrogas al contrato, la contratista hubiese reclamado en ellas los conceptos que ahora demanda como causantes de sobrecostos y de un desequilibrio económico del contrato. Esa es la intención común de las partes que se desprende de los acuerdos que sin reparos ni salvedades suscribieron para sobrellevar las dificultades acaecidas en el desarrollo de la relación comercial, de manera que no resultan procedentes reclamaciones posteriores para obtener reconocimientos de prestaciones emanadas del contrato, cuando no aparecen o no se hicieron en dichos actos.

“(...)”.

“61. Y en sentencia de 31 de agosto de 2011, indicó:

(...)

“62. De acuerdo con el criterio jurisprudencial expuesto, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por hechos previos conocidos a la fecha de suscripción de un contrato modificatorio, adicional o un acta de suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente esos hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea ‘venire contra factum proprium non valet’, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.

“63. Por lo tanto, respecto a los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia en obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, la ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en negocios jurídicos adicionales que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato, máxime cuando en los mismos hizo expresa renuncia de reclamaciones por los hechos que dieron lugar a su celebración”.

⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. Sentencia del 8 de mayo de 2019. Radicación número: 05001-23-31-000-2006-00318-01(58895). C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

⁶¹ Que cuenta con traducción de José Luis Carro y prólogo del profesor Luis Díez-Picazo.

teoría de la validez de la declaración de voluntad- el que no separarse del valor de significación a la propia conducta puede serle atribuido por la otra parte. (...)"⁶².

En el mismo sentido, el profesor Gustavo Ordoqui reconoce los alcances en materia de derecho colombiano de la teoría de los actos propios, así:

"CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO ("La doctrina de los actos propios y su proyección en la esfera del derecho de los contratos, en la obra Estudios de derecho privado, tomo 1, Colombia 2009, p. 276 y sig.) entiende, y con razón, que la denominada teoría de los actos propios es un postulado del principio de buena fe que en la práctica se extiende cada vez más. Sostener que nadie puede ir en contra sus propios actos o de la confianza que suscitó por ellos es acorde al adagio popular "No se puede borrar con el codo lo que se escribió con la mano". Debemos tener el derecho de poder confiar en los demás pues en ello depende la paz social.

(...)

En este ámbito la buena fe viene conquistando palmo a palmo todo el derecho y, como principio general, domina todo el panorama del derecho operando como la verdadera alma del contrato"⁶³.

23.- En materia arbitral, se ha manifestado lo siguiente en torno a la teoría de los actos propios:

"Así, si bien se trata una doctrina que no encuentra regulación expresa en una norma específica, pero como hemos dicho, ha sido desarrollada en múltiples decisiones judiciales, y **por derivarse directamente del sometimiento al principio de buena fe, resulta aplicable a todas las relaciones jurídicas cobijadas bajo el ordenamiento colombiano.**

Ahora bien, el **fundamento de esta doctrina radica en que las partes de cualquier relación jurídica asumen comportamientos durante el desarrollo de esas relaciones, que posteriormente ellos mismos no pueden contradecir.** A partir de la máxima "venire contra factum proprium", se ha establecido que nadie puede ir en contra de sus propios actos, pues esto se constituye en una vulneración a la buena fe contractual.

(...)

A partir de lo anterior, la jurisprudencia nacional ha determinado que se requieren tres condiciones para que haya lugar a la aplicación de la teoría de los actos propios:

- a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz.
- b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción -atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas.
- c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas"⁶⁴.

⁶² WIACKER, Franz. El principio general de la buena fe. Madrid: Civitas, 1982, pp. 60 y 61.

⁶³ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Buena fe contractual. Bogotá: Pontificia Universidad JAVERIANA, Universidad Católica Damaso A. Larrañaga y Editorial Ibáñez, 2012, p. 603.

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-295/1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Expediente T190164.

A manera de conclusión, puede afirmarse que la teoría o doctrina de los actos propios impone el deber a las partes (derivado de la buena fe contractual), de no desplegar conductas contradictorias con sus comportamientos previos que hayan generado en su co-contratante; expectativas de una determinada pauta de acción.

Es decir, se genera el deber de observar en el futuro una conducta consistente con otra inicialmente asumida, respetando así el acto propio de "cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento, la credibilidad de las partes y el efecto vinculante de los actos"⁶⁵⁶⁶.

24.- De conformidad con lo anterior, se concluye que la teoría de los actos propios es una derivación del principio de buena fe, el cual es aplicable independientemente del régimen del contrato. Según lo expuesto, una persona actúa en contra de sus propios actos cuando:

- Ejerce una conducta previa y relevante;
- La misma persona ejerce, de manera posterior, una conducta lícita, opuesta a la desplegada inicialmente, y
- Existe identidad en el sujeto que lleva a cabo las conductas que se contrarían.

En materia contractual, tal como se apreció previamente, se ha manifestado que uno de los casos en que se configura dicha conducta es cuando se modifica el contrato con base en unas causas y, luego, se solicita reconocimiento de asuntos no discutidos en las modificaciones. Igualmente, se presentaría cuando en las modificaciones hay renunciaciones expresas pactadas por las partes y, con posterioridad, se reclaman asuntos que serían cobijados por las modificaciones.

2.2 Aplicación de la teoría de los actos propios en el asunto en revisión

25.- En el presente caso, se debe entonces analizar si, en el supuesto en que se trate de un alcance adicional, solicitar su reconocimiento implicaría un desconocimiento a la teoría de los actos propios. Para ello, se debe tener en cuenta los tres (3) supuestos de la teoría de la imprevisión.

26.- En primer lugar, en este caso la conducta fue realizada por el mismo sujeto, tal como se expondrá posteriormente. El sujeto contractual en este caso es el Consorcio Canaan – Contein – AMP.

⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-793/2004. M.P. Jaime Araujo Rentería. Expediente T-816848.

⁶⁶ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo del 4 de julio de 2018. Convocante: PACIFIC PROCESS SYSTEMS ENGINEERING Y COMPAÑÍA DE INGENIERÍA METALMECÁNICA S.A. -COMDISTRAL-. Convocado: META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA. Árbitros: Gabriela Monroy Torres (presidente), Jorge Cubides Camacho y Carlos Useche Ponce De León.

27.- En segundo lugar, se debe estudiar si hubo una conducta previa relevante por parte del Consorcio en materia de modificaciones contractuales. Al respecto, se debe tener en cuenta que, en el desarrollo del Contrato, se tramitaron varias modificaciones. Una de ellas fue el mismo Otrosí No. 5, el cual constó de un largo trámite para poder ser aprobado.

En efecto, como obra en el Acta del Comité de Obra No. 65 (folios 249 a 254 del Cuaderno de Pruebas No. 5), del 30 de enero de 2013, en referencia con obras adicionales, se indicó lo siguiente:

“La Universidad solicita nuevamente a Consorcio valorar a la mayor brevedad para presentarlas al Consejo Superior en busca de la adición que permita ejecutarlas dentro de (sic) objeto del Contrato.

(...) La Interventoría indica que aunque esta actividad es solicitada por el PIGA, aún no ha sido aprobada por la Universidad y por lo tanto no hay presupuesto para su ejecución y se está corriendo un riesgo en caso de no aprobarse por el Consejo Superior (...).”

El 13 de febrero de 2013, como consta en el Acta del Comité de Obra No. 66 (folios 439 a 444 del Cuaderno de Pruebas No. 4), en torno a las obras adicionales que resultarían en la celebración del Otrosí No. 5, la Universidad solicitó al “Consorcio ir preparando la presentación en power point para presentarla ante el Consejo Superior”.

Conforme obra en el Acta del Comité de Obra No. 69 (folio 459 al 464 del Cuaderno de Pruebas No. 4), el 27 de febrero de 2013, la Interventoría indicó que “es necesario finalizar la revisión de las obras adicionales para preparar la presentación inicial al Rector y Vice Rector (sic)”.

El 4 de abril de 2013, el Consorcio manifestó que “de acuerdo a (sic) la reunión sostenida con la Interventoría, esta semana se estarán entregando los APUS que complementan los entregados previamente (...)”.

En el Acta del Comité de Obra No. 91 (folios 1 a 23 del Cuaderno de Pruebas No. 5), del 8 de agosto de 2013, se indicó, frente a la entrega del presupuesto de obras complementarias que resultaría siendo el Otrosí No. 5, que se requería su entrega “ya que el día miércoles 14 de Agosto/13 se celebrará la reunión con la Comisión de Planta Física del Consejo Superior de la Universidad para la solicitud de aprobación presupuestal de las obras complementarias”.

En el Acta de Comité de Obra No. 92 (folios 24 a 39 del Cuaderno de Pruebas No. 5), del 18 de agosto de 2013, se aprecia que el “Consorcio explica que debido a que la modalidad del contrato es a precio global, no se tiene actividades contractuales desagregadas, por lo tanto,

se mostrará en el cuadro la diferencia entre la propuesta de diseño y las necesidades actuales de la red de datos” (Resaltado fuera del texto).

En el Acta del Comité de Obra No. 96 (folios 114 a 130 del Cuaderno de Pruebas No. 5), del 11 de septiembre de 2013, se observa que hubo una discusión sobre la inclusión de algunas actividades en el presupuesto de obras adicionales. Al respecto, se planteó la posibilidad de “realizar una reunión con el vicerrector, el Consorcio y la Interventoría para cerrar las actividades que no se han podido cerrar”.

La propuesta anterior fue reiterada en el Acta del Comité de Obra No. 96 (folios 114 a 130 del Cuaderno de Pruebas No. 5), del 25 de septiembre de 2013. Incluso se acordó una fecha exacta (“viernes 27 de septiembre de 2013 a las 4 pm”), para llevar a cabo la reunión.

Incluso, en desarrollo de la ejecución contractual, con ocasión de la programación de una reprogramación de una actividad, la Universidad inquirió al contratista acerca de llevar a cabo esa conducta “si aún no se tiene el Otrosí firmado”, conforme se aprecia en el Acta del Comité de Obra No. 107 del 4 de diciembre de 2013.

De lo expresado, es claro que las partes del contrato conocían el proceso que debía adelantarse para modificar los contratos. De acuerdo con lo expuesto, ese trámite suponía necesariamente tener con aprobación del Consejo Superior, así como de Rectoría y de Vicerrectoría.

Esto es tan claro que, en el Acta del Comité de Obra No. 70 (folios 465 a 471 del Cuaderno de Pruebas No. 4), del 6 de marzo de 2013, la demandante planteó lo siguiente:

*“El Consorcio pregunta el **procedimiento para las obras adicionales prioritarias** con el fin de evitar reprocesos de obra una vez se apruebe la adición. La Universidad aclara que en caso de presentarse obras prioritarias estas deben **ser autorizadas previamente por la Interventoría con cargo al ala Norte**. La interventoría aclara que hasta el momento la única obra adicional autorizada es el cable categoría 6A” (Resaltado fuera del texto).*

En el presente caso, la demandante era consciente de que el trámite de obras adicionales implicaba agotar unas instancias internas de la Universidad. Por esto, la demandante preguntó por el procedimiento necesario para la autorización de obras adicionales prioritarias. Vale decir que no se ha alegado que las obras, cuyo reconocimiento se pretende, eran “prioritarias”. Tampoco se ha acreditado si esas obras podían ser autorizadas con cargo “al ala Norte”.

Finalmente, se debe indicar que, conforme al Acta del Comité de Obra No. 70 el contratista adelantó varias labores para solicitar modificaciones contractuales. De hecho,

concretamente para solicitar la inclusión de obras adicionales adelantó los trámites que llevaron a la suscripción del Otrosí No. 5 (folios 147 a 158 del Cuaderno de Pruebas No. 4).

Estos trámites incluyeron:

- Suscripción conjunta de solicitud adición y/o prórroga (folios 147 a 158 del Cuaderno de Pruebas No. 4).
- Solicitud de modificación del Consorcio, mediante Comunicación CCCA-UD-706-13 del 15 de noviembre de 2013 (folios 159 y 160 del Cuaderno de Pruebas No. 4).
- Aporte de declaración juramentada de paz y salvo de aportes parafiscales (folio 162 del Cuaderno de Pruebas No. 4).
- Suscripción del respectivo Otrosí.

Es importante mencionar que tanto la solicitud de modificación, como la solicitud de adición y/o prórroga fueron realizadas frente a otras modificaciones contractuales. En efecto, esto ocurrió para el Otrosí No. 6, en el cual se suscribió la solicitud de adición y/o prórroga (folios 193 a 195 del Cuaderno de Pruebas No. 4) y se presentó solicitud de modificación por medio de la Comunicación CCCA-UD-901-14 del 9 de abril de 2014 (folio 197 del Cuaderno de Pruebas No. 4). En el mismo sentido, ocurrió para el Otrosí No. 7, en el cual se encuentra la solicitud de adición y/o prórroga (folios 215 a 217 del Cuaderno de Pruebas No. 4) y la solicitud del contratista (folios 219 a 2210 del Cuaderno de Pruebas No. 4).

Así las cosas, es claro que la demandante había desplegado una conducta cuando requería adelantar modificaciones contractuales. Igualmente, de lo descrito es claro que conocía el procedimiento que debía adelantarse ante la Universidad.

28.- En tercer lugar, se debe analizar si hay una conducta posterior opuesta a la adelantada inicialmente. Sobre este punto, es claro que el consorcio no llevó a cabo el trámite previsto para la modificación contractual, en el supuesto no probado de que se tratara de obras adicionales a las inicialmente previstas.

Sobre este punto, hay dos (2) versiones de lo ocurrido, ambas que implican conductas diferentes a la que había desplegado previamente para poder adelantar las modificaciones contractuales:

Por un lado, se manifiesta que, durante la ejecución del Otrosí No. 5, no hubo solicitud radicada ante las instancias universitarias. Esto, como se mencionó previamente al analizar

el problema jurídico anterior, está acreditado en el presente proceso, de acuerdo con el acervo documental.

Además, debe tenerse en cuenta el testimonio del señor Jorge Armando Rodríguez Almonacid, solicitado por la parte demandante, y quien conforme a la demanda (folio 19), era el residente técnico y administrativo de la obra. En la práctica de la prueba llevada a cabo en la audiencia del 12 de junio de 2019, el testigo indicó lo siguiente:

“DR. BOYACA: Preguntado por mi colega sobre si la Universidad se opuso o la interventoría por las obras adicionales que usted nos comenta, esas obras adicionales fueron aprobadas previamente por la Universidad?”

SR. RODRÍGUEZ: Pero aprobación en qué, algo por escrito, algo así no sé, no sé si exista algo que diga por escrito que sí haga eso, la verdad no lo sé.

DR. BOYACA: El Consorcio manifestó a la Universidad o la interventoría algún tipo de intención de paralizar la ejecución de la obra debido a la ocurrencia de esas supuestas obras adicionales?”

SR. RODRÍGUEZ: Ahí tampoco sabría decirle porque decía también al incidió estaba el director de proyectos, el coordinador y todos esos temas, digamos que todas esas posibles parte de obra o algo así pues como en otro nivel.

(...)

“DR. DE VIVERO: Y el control se advirtió en algún momento que eso iba a implicar unos mayores valores, recuerda usted?”

*SR. RODRÍGUEZ: Sí claro, el director y coordinador del proyecto del Consorcio creo que en su momento realizó las respectivas informaciones **en los comités** y tanto a la interventoría como a la Universidad” (Resaltado fuera del texto).*

Ese testigo, incluso, indica que no era necesario desplegar la conducta que previamente había realizado el mismo sujeto. En efecto, manifestó que bastaba acudir a los Comités de Obra, a pesar de que el Consorcio, en otras oportunidades, había adelantado otras conductas:

“DR. L. RODRÍGUEZ: Sí, una la precisión que dan con eso, pero a usted le consta si esas modificaciones que surgían en el camino, había algún mecanismo de acordarlas con la Universidad o era el contratista quien decidía la necesidad de hacer esas modificaciones y las hacía?”

SR. RODRÍGUEZ: No, todo eso siempre, allá siempre por metodología tenían un comité de obra semanal y en esos comités desarrollaban cada uno de esos temas que se iban presentado de una semana a otra”.

En concordancia con este testimonio, se encuentra el rendido por Roberto Vergara, quien manifestó lo siguiente:

“DR. BOYACA: La Universidad esperaba o se vio sorprendida con esa solicitud de reconocimiento por mayor cantidad de obra?”

SR. VERGARA: Indudablemente, uno como representante legal de cualquier entidad cuando le dicen que hay mayores cantidades de obra se sorprende, entonces la tendencia es decir por qué se hicieron y buscar un responsable frente a quién autorizó y quién hizo eso.

DR. BOYACA: Ingeniero usted conoce o nos podría ilustrar si lo sabe el procedimiento, un paso a paso para la aprobación de obras adicionales en la Universidad?

SR. VERGARA: El primer paso es el comité de obra, es decir, hay un supervisor que nombra al Universidad que acompaña paralelamente a la interventoría, tanto ese supervisor como la interventoría tienen que llevar la propuesta al comité de obra, comité de obra determinará si es viable o no es viable, o sea, autoriza en ese proceso, ahora, en ese momento debió haber sucedido esa parte”.

Por el otro lado, existe un grupo de testigos que indica que no se presentó solicitud al respecto. En primer lugar, el testimonio del Óscar Andrés Moncayo adelantado el 6 de agosto de 2019 señaló lo siguiente:

“DR. BOYACA: Dentro de los trámites que usted realizó después para el otrosí No. 5, en específico, la interventoría en algún momento presentó alguna solicitud o el contratista de adición del contrato, modificación de imprevistos?”

SR. MOYANO: Hasta donde yo me acuerdo no”.

En el mismo sentido, María Teresa Molina, en audiencia del 13 de junio de 2019, indicó lo siguiente:

“DR. BOYACA: Ingeniera durante la ejecución del otrosí número 5, la interventoría o el consorcio de conformidad con el procedimiento de la universidad para solicitar obras adicionales solicitaron horas adicionales o mayor cantidad de obra?”

SRA. MOLINA: No señor.

DR. BOYACA: El consorcio en algún momento manifestó su intención de paralizar la obra debido al surgimiento de mayores costos u obras adicionales durante la ejecución del otrosí número 5?”

SRA. MOLINA: No”.

Libardo Fernández, por su parte, en la audiencia del 13 de junio de 2019, señaló lo siguiente:

“DR. DE VIVERO: Hubo alguna solicitud de aprobación de obras adicionales o algo en esos comités de obra?”

SR. FERNÁNDEZ: No, lo único fue que ellos sí dejaron una anotación en el acta de liquidación al final porque yo creo que ya después de haber evaluado todo su proceso de liquidación, revisaron y dejaron la anotación que es la que creo que nos conlleva hoy también, una de esas notas la dejaron estipulada en el acta de liquidación

(...)

DR. PÁJARO: Sabe usted cuál era la diferencia de criterio entre el comité y la interventoría porque al parecer la interventoría entiende que hay obras adicionales y según usted lo refiere la universidad no lo entiende así?

SR. FERNÁNDEZ: Nunca, porque no quedo manifestado dentro de la ejecución del contrato y vuelvo y repito nunca quedo estipulado que se estuvieran haciendo obras adicionales porque así mismo hubiéramos colocado un freno o haber determinado alguna circunstancia que se nos sale de las manos, toda vez que nosotros no contamos con algunos recursos para poder ejecutar dichas obras, si hubiera sido así la misma interventoría nos hubiera dicho en el tiempo de ejecución del contrato, nos hubiera dado a la alerta, señores tenemos que parar la obra, tenemos que hacer esto, tenemos que tomar alguna determinación.

Pero como tal ellos tenían la potestad administrativa, jurídica, financiera y demás técnica, para tomar alguna determinación y alguna recomendación referente a unas obras adicionales como tal, por eso vuelvo y repito se nos hace el tema después de un tiempo de haber acabado el contrato que la interventoría incluso hace eso”.

En concordancia con lo expuesto, el señor José Joaquín Casas Sarmiento indicó lo siguiente:

“DR. BOYACA: En ese sentido de acuerdo a la respuesta de interventoría las comunicaciones que ha hecho mención mi colega donde me aprueban unas cantidades de obra que son meses posteriores a la terminación del contrato, usted mencionó que ustedes verificaron que eso efectivamente sucedió, mi pregunta es la siguiente la interventoría se dio cuenta de esas cantidades de obra, después de terminado el contrato y no durante la ejecución del otro número 5?

SR. CASAS: No, durante la ejecución ya se sabía que estaba cambiando y se habían hecho las advertencias.

DR. BOYACA: En ese sentido por qué no tramitaron a través del procedimiento arreglado en la universidad la solicitud de adición?

SR. CASAS: **Esa si ya es una del contratista en presentar las cantidades para revisar.**

DR. BOYACA: Es decir que la interventoría permitió la ejecución de obras adicionales sin tener la aprobación de la universidad?

SR. CASAS: **Pues fue por decisión del contratista**, porque si no no cumplía con su contrato eran necesarias, si no hacia las obras era como si no hubiera hecho completo el otro sí.

DR. BOYACA: Ingeniero usted recuerda si el contratista como se acabó ya en aclarar el tema del procedimiento solicito en algún momento la parálisis del contrato para la aprobación de esas adicionales?

SR. CASAS: **No, nunca presentó eso no me acuerdo que haya presentado**” (Resaltado fuera del texto).

29.- De acuerdo con lo anterior, es claro que, cualesquiera sean las hipótesis que se hayan presentado en este caso (bien sea que sólo se manifestó el asunto en Comité de Obra o que no se presentó solicitud alguna), ambas conductas serían lícitas. No obstante, es claro que son contrarias a otra conducta adelantada por el mismo sujeto en ejecución del contrato, como se vio previamente.

Así las cosas, aun si se partiera del supuesto de que lo reclamado corresponde a un alcance no pactado, lo cual no fue acreditado en el proceso, la actuación surtida por el Contratista desconocería la teoría de los actos propios. En efecto: primero, el Consorcio fue el sujeto que adelantó dos conductas; segundo, adelantó la conducta de agotar todas las instancias internas para solicitar la modificación del contrato; tercero, desplegó una conducta contraria a ésta: o no agotó ninguna instancia o sólo presentó la solicitud ante el Comité de Obra.

3. La existencia de órdenes de la Universidad sobre obras distintas o con un alcance mayor al pactado

30.- Una vez descartadas la aplicación de la teoría de la imprevisión y de la modificación de común acuerdo del Otrosí No. 5, debe recordarse que la tercera razón para la modificación de la remuneración en los contratos de obra o a precio global corresponde a que la entidad estatal hubiera dado la orden de realizar obras distintas o con un alcance mayor al pactado.

Al respecto, el Tribunal observa que en la demanda no se hizo referencia a que las actividades cuyo pago se reclama, que están debidamente identificadas en el hecho 17, hubieran sido el resultado de una exigencia impuesta por la Universidad Distrital, sino que, por el contrario, son el producto de situaciones exógenas a las partes del contrato.

Además, dada la naturaleza del Otrosí No. 5, que fue pactado a precio global, debe entenderse que dichas actividades adicionales forman parte de lo estipulado en ese Otrosí y, por lo mismo, fueron pagadas por la Universidad Distrital dentro del valor pactado en el mencionado Otrosí No. 5.

En consecuencia, tampoco procede un reconocimiento a cargo de la Universidad por los conceptos analizados en este subtítulo.

4. Conclusión

31.- Con fundamento en los anteriores análisis, de cara al problema jurídico planteado, debe concluirse que no hay lugar a declarar responsable a la Universidad Distrital por la falta de pago de las obras adicionales reclamadas en la demanda, por lo cual el Tribunal negará la primera pretensión. Por lo mismo, el Tribunal declarará que prosperan las excepciones relacionadas con la “improcedencia de pretensiones que violan el contrato, sus modificaciones y la matriz de riesgos acordada” (excepción 4) y con la “inexistencia de circunstancias imprevistas” (excepción 5).

VII. ANÁLISIS SOBRE EL QUINTO PROBLEMA JURÍDICO: Si hay lugar a liquidación de perjuicios y al pago de actualizaciones e intereses a cargo de la Universidad y a favor del Consorcio

Como ha quedado establecido en los puntos V y VI de estas consideraciones, la pretensión primera planteada por las demandantes, relativa a la declaración de responsabilidad de la Universidad Distrital, será rechazada.

En consecuencia, la pretensión segunda, en cuanto busca que se condene a la Universidad Distrital al pago de los valores de las obras adicionales ejecutadas por el Consorcio, debe ser rechazada en la medida en que la pretensión de declaratoria de responsabilidad fue negada.

Por lo mismo, al no existir condena, por sustracción de materia, no puede haber lugar a la liquidación de actualización e intereses a cargo de la Universidad y a favor del Consorcio, por lo cual la pretensión tercera también debe ser negada.

VIII. ANÁLISIS SOBRE EL SEXTO PROBLEMA JURÍDICO: Si hay lugar al pago de costas y agencias en derecho.

1.- El artículo 188 del CPACA dispone que:

“Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Por su parte, el Código General del Proceso en el artículo 365 dispone:

“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:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de los dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella

(...).

Con la expedición del CGP., la condena en costas no tiene ninguna consideración subjetiva acerca de la conducta de las partes, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho correspondan a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra⁶⁷.

Por su parte, en relación con las costas, ha dicho el Consejo de Estado:

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc. Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3° y 4° del artículo 366 del CGP, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.° de la ley 1123 de 2007.

(...)

Sin embargo, en esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Las razones son las siguientes:

- a- El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público Asimismo, que la liquidación y ejecución se rigen por lo dispuesto en el Código de procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, artículo 365.*
- b- De la lectura del artículo 365 en comentario, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad como lo refiere la postura anteriormente adoptada y que aquí se substituye.*

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-157 de 2013.

c- En efecto, la evolución normativa de este concepto en nuestra legislación, específicamente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, permite resaltar tres etapas bien definidas y diferenciadas: Una primera etapa de prohibición, la segunda de regulación con criterio subjetivo, y la última de regulación con criterio objetivo...

(...)

d- Por su parte, el artículo 365 del CGP que fue objeto de análisis por la Corte Constitucional en sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, ratificó el criterio objetivo valorativo de la norma...

e- En virtud de lo anterior y conforme la evolución normativa del tema, puede concluirse que el legislador cambió su posición al respecto, para regular la condena en costas a ambas partes en la jurisdicción de lo contencioso administrativo con un criterio netamente objetivo, excepto en cuanto corresponda a los procesos en los que se ventile un interés público, en los cuales está legalmente prohibida la condena en costas.

(...)

El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.
- b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes⁶⁸.

En aplicación del anterior marco legal y jurisprudencial, el Tribunal procederá a la condena en costas sin consideración a la conducta de las partes, teniendo en cuenta que se negarán todas las pretensiones de la demanda, por lo cual se condenará a las sociedades demandantes al pago del valor total de las costas que se encuentran acreditadas dentro del expediente, valor que corresponde a los gastos y honorarios del Tribunal que fueron sufragados por la Universidad Distrital y que ascienden a la suma de **SESENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS CATORCE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$67.514.984)**, que corresponde al cincuenta por ciento (50%) de los honorarios y gastos del trámite, conforme a la siguiente liquidación:

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de abril de 2016, expediente 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014).

HONORARIOS Y GASTOS DEL TRÁMITE ARBITRAL

Honorarios de los 3 Árbitros	\$ 49.435.695.00
IVA 19%	\$ 9.392.782.00
Honorarios de la Secretaria	\$ 8.239.282.00
IVA 19%	\$ 1.565.464.00
Gastos de Funcionamiento y Administración Cámara de Comercio de Bogotá	\$ 8.239.282.00
IVA 19%	\$ 1.565.464.00
Partida de gastos y otras expensas	\$ 1.000.000,00
Perito Financiero	\$ 20.000.000,00
IVA 19%	\$ 3.800.000,00
Gastos peritaje	\$ 6.706.000,00
Perito Técnico	\$ 20.000.00,00
IVA 19%	\$ 3.800.000,00
Gastos peritaje	\$ 1.286.000,00
TOTAL	\$ 135.029.968.21

2.- Por su parte, en relación con las agencias en derecho, el numeral 4 del artículo 366 del mismo Código General del Proceso señala:

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

Atendiendo los criterios establecidos en la norma transcrita para la fijación de las agencias en derecho, en concordancia con lo previsto por el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, y teniendo en cuenta que para los asuntos contencioso administrativos de única instancia con cuantía se tiene como límite entre el 5% y el 15% del valor de lo pedido, el Tribunal fija por tal concepto, el 5% sobre el valor de la pretensión segunda negada (\$941.632.334) sin incluir indexación ni intereses, que asciende a la suma de **CUARENTA Y SIETE MILLONES OCHENTA Y UN MIL SEISCIENTOS DIECISIETE PESOS (\$47.081.617)**, teniendo en cuenta la ausencia de complejidad tanto de la controversia como de la etapa probatoria, así como la conducta de las partes, suma que deberán pagar las sociedades demandantes a la Universidad Distrital, por partes iguales.

3.- De conformidad con lo anterior, el Tribunal condenará a las sociedades demandantes a pagar a la Universidad Distrital, por partes iguales, la suma de **CIENTO CATORCE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS UN PESOS (\$114.596.601)**, por concepto de costas y agencias en derecho.

IX. EN RELACIÓN CON EL JURAMENTO ESTIMATORIO

El inciso cuarto del artículo 206 del Código General del Proceso (modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014), establece lo siguiente en relación con el juramento estimatorio:

“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”

A su vez, el párrafo del mismo artículo 206, igualmente modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, señala:

“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 los apartes normativos transcritos, hay lugar a la imposición de una condena por concepto de la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, en los siguientes dos supuestos: **(a)** cuando la suma estimada bajo juramento exceda del cincuenta por ciento (50%) de la suma probada a la que resulte condenada la demandada, y **(b)** cuando se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios.

En el caso presente, no se configura el supuesto indicado en el literal (a). En relación con el literal (b), en criterio del Tribunal, la sanción prevista en la norma citada solo es procedente cuando se niegan las pretensiones por falta de prueba del perjuicio, de tal manera que en eventos en que la razón de negar las pretensiones sea diferente, como ocurre en el presente proceso, no hay lugar a la imposición de la sanción. En efecto, en el caso concreto la razón de negar las pretensiones de condena se basa en que la pretensión declarativa fue negada y no por falta de prueba del perjuicio que pudiera ser imputable al actuar negligente o temerario de la parte demandante, por lo cual no es procedente la imposición de la sanción prevista en la norma.

TERCERA PARTE.- DECISIONES DEL TRIBUNAL

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral integrado para resolver las diferencias surgidas entre las sociedades **CONSTRUCTORA CANNAN S.A.** (en proceso de reorganización), **CONTEIN S.A.S.** y **AMP MENDEZ & ASOCIADOS S.A.S.**, parte demandante y la Universidad Distrital Francisco José de Caldas –parte demandada- administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y habilitación de las partes

RESUELVE:

Primero.- Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, que carecen de fundamento y, en consecuencia, no prosperan las Excepciones interpuestas por la **UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSE DE CALDAS**, que textualmente se denominan i) “*Declaratoria de la Caducidad del medio de Control Pronunciamiento sobre la Subsanación de la demanda*” y, ii) “*Falta de legitimación por Activa por Indebida integración del Listisconsorcio necesario*”.

Segundo.- Por las razones expuestas en la parte motiva y con el alcance señalado, reconocer fundamento a las Excepciones propuestas por la **UNIVERSIDAD FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS** denominadas: i) “*El Régimen contractual que propone el Demandante a los entes Autónomos Universitarios les aplica Régimen contractual privado*”; ii) “*Improcedencia de Pretensiones que violan el contrato, sus modificaciones y la matriz de riesgos acordada*” y, iii) “*Inexistencia de circunstancias imprevistas*”.

Tercero.- Como consecuencia de lo anterior, declarar no probada la Pretensión Primera declarativa por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, declarar que la **UNIVERSIDAD FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**, no es responsable del pago de las obras adicionales solicitadas derivadas del contrato de Obra No. 90 de 30 de septiembre de 2011 y su otrosí No. 5 del 6 de diciembre de 2013.

Cuarto.- Declarar que no prosperan las demás Pretensiones de la Demanda, consecuenciales de la Primera Principal que no prosperó, incoadas por las sociedades **CONSTRUCTORA CANNAN S.A.** (En proceso de reorganización), **CONTEIN S.A.S.** y **AMP MENDEZ & ASOCIADOS S.A.S.**

Quinto.- Condenar en costas y agencias en derecho a las sociedades **CONSTRUCTORA CANNAN S.A.** (En proceso de reorganización), **CONTEIN S.A.S.** y **AMP MENDEZ & ASOCIADOS S.A.S.**, en favor de la **UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**. En consecuencia, las primeras pagarán a la segunda, por partes iguales, la cantidad de

CIENTO CATORCE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS UN MIL PESOS (\$114.596.601), de acuerdo con la liquidación que obra en las consideraciones de este laudo arbitral, suma que pagarán a la ejecutoria de este laudo arbitral y que devengará intereses moratorios a la tasa más alta legalmente posible, a partir de la fecha de ejecutoria y hasta su pago efectivo.

Sexto.- Por las razones expuestas en la parte motiva, declarar que no hay lugar a la imposición de la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso.

Séptimo.- Declarar causado el cincuenta (50%) restante de los Honorarios establecidos y el IVA correspondiente de los árbitros y de la secretaria, por lo que se ordena el pago del saldo en poder del presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal y devolverá a las partes, el saldo resultante, si lo hubiere. Las partes entregarán a los árbitros y a la secretaria los certificados de retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos en relación con el pago de este 50% de honorarios.

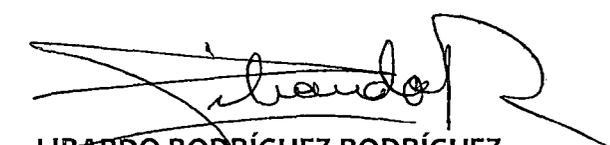
Octavo.- Disponer que por secretaría, una vez ejecutoriada esta decisión, se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia quedo notificada en Audiencia


FELIPE DE VIVERO ARCINIEGAS
Árbitro Presidente


MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
Árbitro


LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Árbitro


EDITH C. CEDIEL CHARRIS
Secretaria