



## PROCURADURÍA 10ª JUDICIAL II ADMINISTRATIVA

Doctor

**JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ**

Presidente

**Referencia:** Tribunal de Arbitramento del CONSORCIO  
CONLINEA 3 contra el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS  
– INVÍAS.

En mi condición de Procurador 10 Judicial II Administrativo, Agente del Ministerio Público en el trámite de la referencia según la asignación efectuada por el Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, me permito poner a consideración del H. Presidente y por su conducto de los demás miembros del H. Tribunal de Arbitramento mi concepto frente a las pretensiones de la demanda.

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1. La demanda arbitral principal**

##### **1.1. Las pretensiones**

El Consorcio CONLINEA 3, integrado por las sociedades CONCRETO S.A.S., CSS CONSTRUCCIONES S.A., y ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A., mediante demanda arbitral exigió los siguientes pronunciamientos:

#### **“III. PRETENSIONES**

Respetuosamente solicito se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

### **3.1. DECLARATIVAS.**

**PRIMERA:** Que se declare que el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS**, incumplió el Contrato de obra Pública No. 1883 de 2014, suscrito con el **CONSORCIO CONLINEA 3**, el 23 de diciembre de 2014, y cuyo objeto consiste en la *'TERMINACIÓN DEL TÚNEL PILOTO "CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL"'*.

**PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL.-** Que se declare que en la ejecución del Contrato de Obra Pública 1883 de 2014, suscrito con el **CONSORCIO CONLINEA 3**, el 23 de diciembre de 2014, y cuyo objeto consiste en la *'TERMINACIÓN DEL TÚNEL PILOTO "CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL"'*, ocurrieron hechos imprevistos que rompieron la ecuación económica del contrato en contra del contratista **CONSORCIO CONLINEA 3**.

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

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

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

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

### **4.2. PRETENSIONES DE CONDENA.**

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

proceso, particularmente, pero sin limitarse a ello, los sobrecostos y perjuicios derivados de los siguientes conceptos:

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

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

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

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

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

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

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

**PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CUARTA.-** Que se condene al **INVIAS** a que en caso de que se interponga recurso de anulación contra el eventual laudo arbitral favorable a las pretensiones de esta demanda, y se asuma que el término de ejecutoria del laudo sólo se produce con la ejecutoria de

la eventual sentencia de anulación de la Sección Tercera del Consejo de Estado que desestime el recurso interpuesto, se disponga que el Consorcio CONLINEA 3 tiene derecho al pago de intereses comerciales a partir del día siguiente al previsto en el Artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, y hasta el día anterior la ejecutoria de dicha sentencia, e intereses moratorios a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia que desestime el recurso de anulación.

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

## **1.2. Los fundamentos fácticos**

### GENERALES

Entre el consorcio demandante y el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, previo un proceso de selección adelantado a instancia de la resolución No. 6536 de 23 de octubre de 2014, se celebró el contrato 1883 de 23 de diciembre de 2014(1, 3 y 4).

Según el pliego de condiciones se contrataba el módulo 1 *‘TERMINACIÓN DEL TÚNEL PILOTO “CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL”*’, en un pazo de 12 meses, conforme 3 turnos de trabajo de 8 horas diarias, los 7 días a la semana por valor de \$106.500’000.000,oo., en los departamentos de Quindío y Tolima (2).

El contrato se caracterizó por a) su objeto: *‘TERMINACIÓN DEL TÚNEL PILOTO “CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL”*’, b) su valor \$104.653’843.165,oo., d) su modalidad: precios unitarios con ajustes, e) su AIU 33%, discriminados así: administración 23%, imprevistos 5% y utilidad: 5% y f) su plazo de 12 meses (5).

El 14 de enero de 2015 se impartió orden de inicio, por lo que el plazo corría entre el 15 de enero de 2015 y el 15 de enero de 2016.

Luego el 30 de diciembre de 2014 se celebró la aclaración y modificación 1, en el sentido de precisar que el precio incluía: ajustes, obras complementarias, ambientales de licencias y permisos, así como la cláusula relativa a apropiación presupuestal

y así mismo la 2 de 30 de diciembre de 2014, sobre apropiación presupuestal (8).

Así mismo el 15 de abril de 2015 se celebró el modificadorio 3 sobre plazo de la etapa pre construcción que pasó de 2 a 3 meses empero no se afectó el plazo total (9).

El 15 de enero de 2016 se suscribió el adicional 1 a través del cual se amplió el plazo en 11 meses, es decir, hasta el 15 de diciembre de 2016.

Y luego el 9 de diciembre de 2016 se suscribió el adicional 2 y el modificadorio 4, a saber: de ampliación del plazo en 9 meses, hasta el 15 de septiembre de 2017, por lo que se amplió por 20 meses, es decir, en un tiempo superior al 166% del inicial, y aumentar el valor en \$9.250'000.000,00., así como el monto del anticipo a 37,93% y finalmente a incorporar una cláusula compromisoria sobre controversias que se llegaran a presentar por costos fijos de administración por aumento en el plazo de ejecución del contrato, ingreso de concreto lanzado desde los portales y repaleo de rezaga dentro de las galerías ( 11 y 13).

Y finalmente el 12 de abril de 2017 se suscribió el modificadorio 5 en que se precisó que los remanentes del anticipo entregado por razón del adicional 2 modificadorio 4, se usarían para el pago de actas parciales de obra ejecutadas y aprobadas por la interventoría (12).

## PARTICULARES

### DE INCUMPLIMIENTO

El pliego de condiciones, en el aparte 3.8.2., sobre vías de acceso y otras obras provisionales, precisó: que el proponente dispondría de las zonas previstas para ejecutar la obra y la obtención de los

lotes o zonas necesarias para construir sus instalaciones, las cuales estarían bajo su responsabilidad (1).

Así mismo el apéndice G) del pliego de condiciones, matriz de riesgo, estableció que el contratista tenía disponible acceso por frente Tolima y Quindío, y debía coordinar eventual acceso por las galerías según disponibilidad en el túnel principal, igualmente se debe permitir acceso al túnel principal, de ser necesario (2).

En la oportunidad se plantearon observaciones que fueron resueltas así: (i) sobre entrega del túnel piloto en cuanto venía siendo usado por el contratista del principal para el ingreso de materiales por lo que debía precisarse si se entregaría y cuándo o si debía compartirse el espacio de trabajo, a lo cual se contestó que debía considerarse que en el principal existía otro contratista que se hallaba trabajando y que debía permitírsele acceso por el auxiliar, (ii) también que se precisara de dónde salían los 12 meses del plazo si se tenía en cuenta que 3 de ellos eran de pre construcción por lo que sólo 9 serían de construcción, a lo que se precisó que se había considerado la opinión del diseñador, que la obra debía acometerse por varios frentes de trabajo y que si bien se consideraba una fase de pre construcción de 3 meses, en la medida en que el proyecto contaba con licencias ambientales y se hallaba en fase III, se esperaba que la etapa de construcción se pudiera empezar antes (iii) así mismo que se indicara la metodología para establecer el plazo en la medida que aun cuando se trabajara en turnos 7x24 el tiempo parecía corto, frente a lo que se reiteró que se habían considerado las recomendaciones del diseñador y que debían abrirse varios frentes de trabajo.

En la segunda ronda de respuestas a observaciones de los proponente sobre interrogantes acerca del plazo insuficiente si se tenía en cuenta que de los 12 meses 3 se ocuparían en la etapa de pre construcción, así mismo porque la escaza sección del túnel iba a dificultar movimiento de maquinaria y trabajos conjuntos y porque el acceso por las galerías no estaba garantizado, se

contestó que se tenían planeados varios frentes de obra y ello no permitía la ampliación del plazo salvo circunstancias que lo ameritaran que se revisarían cuando se presentaran (4).

La obra se consideró a partir de por lo menos 4 frentes de trabajo y accesos por Quindío y Tolima y las galerías que comunicaban el túnel principal con el auxiliar, que debía garantizar la entidad contratante (5).

E 15 de enero de 2015, el consorcio demandante remitió su plan de trabajo que consideraba 6 frentes de trabajo que a su vez tuvo en cuenta el acceso continuo por el túnel principal y sus galerías.

El plan además planteaba el desarrollo de los trabajos bajo la secuencia lineal, como se usa en esta clase de obras y demanda varios frentes de trabajo, a saber: excavación subterránea (reperfilación, excavación y soporte) de cada frente, construcción del sistema hidráulico y de los rellenos (manejo de aguas definitivo, concreto lanzado y geomembrana impermeabilizante), construcción de sub base, base, pavimento y revestimiento.

Desde el inicio del plazo se presentaron problemas para el acceso al proyecto no sólo por la negativa del contratista del túnel principal (Unión Temporal Segundo Centenario) sino por la no entrega del túnel piloto y por la falta de disponibilidad de área de los portales Galicia y Bermellón, donde el consorcio tenía ubicadas sus instalaciones, tal como se preció en el oficio CC3 INT-007-15 15 de 9 de febrero de 2015 puntos 1, 2 y 3. (8).

Por lo que mediante comunicaciones CC3 INT-006-15 de 11 de febrero de 2015 y CC3-INT-050-15 de 8 de abril de 2015 el consorcio pidió al INVÍAS y a la interventoría que gestionaran el acceso por el túnel principal, empero eso no fue posible (9 y 10).

Así se pidió al consorcio que presentara un nuevo plan de trabajo que tomara en cuenta 2 frentes.

Y en tal virtud el consorcio mediante comunicación CC3-INT-048-15 de 7 de abril de 2015, remitió uno que consideraba 2 frentes de obra.

El citado plan de trabajo también se vio afectado por cuanto no se garantizó el acceso a la zona de obras, como se precisó en el oficio CC3-INT-062-15 de 23 de abril de 2015 que daba cuenta de que contratista del túnel principal, impedía el acceso a los portales Galicia y Bermellón con el argumento de que la vía sólo estaba dispuesta para el túnel principal (12).

Ante el inconveniente, que INVIAS se comprometió a resolver, el consorcio, mediante comunicación CCE-INT-105-15 de 15 de mayo de 2015, planteó una solución: construir una vía que permitiera el acceso por Bermellón la que fue precisada con la interventoría (comunicaciones INT-CCL3-065-2015, CC3-INT-086-15, INT-CCL3-067-15, CC3-INT-126-15 y CC3-INT-177-15).

Tal solución fue aceptada por la Interventoría que mediante comunicación INT-CCL3-075 de 11 de julio de 2015, aceptó considerarla para efecto del pago como obra adicional (14).

El 2 de septiembre de 2015, se volvió a poner de presente que la entidad contratante no venía coordinado el acceso al que se comprometió con el contratista del túnel principal, por lo que debió gestionar el acceso con el contratista de las obras adicionales, para el caso, el Consocio Conlinea 2, no obstante que este acceso implicaba inconvenientes pues era más largo y debía compartirse con quien adelantaba el otro proyecto, lo que quedó evidenciado en el oficio CC3-INT-2013-15 (15).

Las anteriores circunstancias, el no acceso al túnel piloto por el principal y la falta de disponibilidad de los accesos por Galicia y Bermellón, impidieron que se cumpliera el plan de trabajo diseñado (16).

## INCUMPLIMIENTO POR NO ENTREGA DE DISEÑOS

El 25 de enero de 2015 se entregó el diseño geométrico del túnel piloto. (1).

De la revisión del mismo se hallaron inconsistencias que fueron puesta de presente a través de las comunicaciones CC3-INT-017-15, CC3-INT-022-15, CC3-INT-031-15, CC3-INT-039-15 y CC3-INT-053-15), por ejemplo, en la CC3-INT-31-15 precisó (i) que el proyecto no se hallaba amarrado, topográficamente, al sistema IGAC sino al MAGNA – SIGAS. (ii) que el amarre topográfico de la obra no correspondía con el amarre topográfico del proyecto lo que demandaba rediseños y (iii) que los permisos, licencias y modificaciones estaban amarrados al sistema local de coordenadas y a ellos se atendería frente a las autoridades ambientales y (iv) que los planos AS – BUIL quedarían atados al sistema que se considera al hacer el rediseño (3).

Tales circunstancias obligaron a la entidad a hacer un ajuste geométrico integral (4).

El 20 de mayo de 2015, mediante comunicación reiteró al interventor que no contaba con diseños definitivos revisados (5).

Sólo el 28 de mayo de 2015, superada la etapa de pre construcción el INVÍS entregó diseños que fueron sometidos a revisión y solicitudes de ajuste adicionales como los exigidos mediante comunicaciones CC3-INT-115-15 de 9 de junio y CC3-INT-184-15 de 4 de septiembre de 2015 (6 y 7).

La interventoría remitió, el 13 de octubre de 2015, mediante comunicación INT-CCL3-128-2015, planos aprobados en planta perfil y las secciones entre el K 0+000 y el K-1+170, luego el 23 de octubre de 2015, mediante comunicación INT-CCL3-147-2015, mandó planos aprobados en planta perfil y las secciones entre el K

1+000 y el 6+500, es decir poco más de 3 meses del vencimiento del plazo final (8, 9 y 10).

De manera que entregó diseños que adolecían de errores que advertidos, implicaron, por su gravedad, rediseños, lo que afectó el plazo, con lo que generó una mayor permanencia en obra.

## REQUERIMIENTO DE AJUSTES DEL PLAN DE MANEJO AMBIENTAL

El Consorcio recibió comunicación DT-QUI 20546 de 24 de abril de 2015, emanada de la Dirección Territorial del INVIAS del Quindío, a través de la cual requirió un documento de ajuste al plan de mejoramiento ambiental en orden a allegarlo, como titular de la licencia ambiental otorgada al proyecto “*Construcción Nueva Vía Ibagué – Armenia - Túnel de la Línea*” a través de la Resolución 780 de 24 de agosto de 2001, a la autoridad ambiental que hacía el seguimiento al cumplimiento de las obligaciones emanadas de esa licencia (1).

La actualización del plan de manejo ambiental era requisito para que la autoridad ambiental autorizara el inicio de las obras de construcción (2).

Empero demandaba diseños actualizados y, entre otros, un adecuado amarre topográfico que sólo se recibió hasta el 28 de mayo de 2015 por lo que sólo pudo cumplir con esa obligación hasta el 13 de julio de 2015, en cuanto si bien entregó el plan de mejoramiento en junio de 2015 hubo de hacer ajustes ordenados por la interventoría

## DEL ADICIONAL 1.

Dados los acontecimientos anteriores: imposibilidad de implementar varios frentes de obra por los problemas de acceso, no sólo desde el túnel principal sino desde los portales Galicia y

Bermellón, imposibilidad de iniciar obras por ausencia de diseños e imposibilidad de iniciar obras por la imposibilidad de elaborar el plan de manejo ambiental por la inexistencia de diseños, mediante comunicación CC3-INT-230-15 de 22 de octubre de 2015, envió una versión ajustada del programa de obra, advirtiendo el desfase de las condiciones del proyecto y el plazo contractual (1).

Al efecto la interventoría emitió la comunicación INT-CCL3 -151 de 2015, de 28 de octubre de 2015, en la que aprobó el nuevo cronograma y sugirió la presentación de una solicitud de prórroga del plazo (2).

Mediante comunicación CC3 INT 236-15 de 28 de octubre de 2015 pidió que se aprobara el nuevo cronograma a fin de tramitar una ampliación del plazo y hasta el 31 de diciembre de 2016 y el reconocimiento de los mayores costos asociados, que ascendían a 8.010'568.829 por mayor permanencia en obra y cambios en la ejecución el contrato, precisando que el nuevo plazo no sería suficiente para terminar (3).

A lo anterior mediante comunicación INT-CCL3-155-2015, la interventoría precisó que debía presentar los formatos respectivos frente a la ampliación del plazo y que la adición no era el mecanismo para obtener el reconocimiento económico que pretendía (4)

A través de comunicación CC3-INT-249-15 de 10 de octubre de 2015, presentó los documentos para la prórroga y la interventoría, mediante comunicación INT-ICC3-169-2015, manifestó observaciones frente a ellos por lo que mediante comunicación CC3-INT-273 de 3 de diciembre de 2015, se entregaron los documentos requeridos (5, 6 y 7).

En el formato de adición a la adicional MSE-FR-19 de 11 de diciembre de 2015 se precisó la causa de la petición por parte de la interventoría, a saber: 1. Dificultad de acceso al proyecto, 2.

Ajustes a planos geométricos y requerimientos ambientales, de las que también daba cuenta un estudio *denominado “ESTUDIO DE SOLICITUD DE PRÓRROGA No 1, ETAPA DE CONSTRUCCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA NO. 1883 DE 2014”* (8 y 9).

Por razón de lo anterior se suscribió el Adicional 1, que tuvo como fundamento la petición, el aval de la interventoría de 11 de diciembre de 2015, el aval de la Territorial Quindío y el aval de Comité de Adiciones y Prorrogas (10).

El objeto de la Adicional 1, según la cláusula 1, fue prorrogar el plazo desde el 15 de enero de 2016 hasta el 15 de diciembre de 2016, conforme con el párrafo primero, se concedió a petición del contratista, no implicaba adición en el valor por lo que el consorcio debía efectuar la reprogramación con los recursos existentes del contrato, y según el párrafo segundo, se pactaba sin perjuicio de las acciones que la entidad tenía por el incumplimiento y con estricto respeto de los derechos de las partes (11).

Por manera que el plazo debió prorrogarse en 11 meses, es decir, en un 91,6%, porque no fue posible cumplir el programa de trabajos por circunstancias ajenas al consorcio (12).

#### LA RECLAMACIÓN DE PERJUICIOS

Por razón de la respuesta de la interventoría contenida en la comunicación INT-CCL3-155-2015, que refería que la adición no era el mecanismo para obtener el reconocimiento económico que pretendía, radicó el oficio CC3-INT-007-16 en el que, además, se ocupó de la precisión del párrafo 2 de la cláusula primera de la Adicional 1, en el sentido de indicar que hacía referencia a que no renunciaba a su derechos a reclamar (1).

Luego mediante comunicación CC3-INT-587-16, presentó reclamación por razón de la Adición 1, empero la entidad convocada no accedió a su petición (2 y 3).

#### RELACIONADOS CON LOS SOBRECOSTOS POR LA MODIFICACIÓN DEL MÉTODO CONSTRUCTIVO.

En las condiciones iniciales del contrato la aplicación del concreto se realizaría con la entrada del camión mezclador hasta el sitio en el que sería lanzado (1).

Las limitaciones en el acceso implicaron que ya no pudiera hacerse de la forma inicialmente prevista en cuanto el camión sólo podía ingresar hasta donde se encontraba armado e instalado el acero y armadas las formaletas (2).

Tal circunstancia implicó una nueva actividad que se denominó *“Ingreso del Concreto Lanzado desde los Portales”* que implicaba el uso de bombas estacionarias para trasportar el concreto a través de tuberías por los sitios en los que no era posible pasar el vehículo, para luego cargarlo en una minimixer, lo que se prolongó hasta el 16 de agosto de 2016, cuando tuvo acceso por el túnel principal y sus galerías, tiempo durante el cual ejecutó 4.448, 13 m<sup>3</sup>. (3 y 4).

La anterior actividad no hubiera sido necesaria si se hubiera garantizado el acceso en la forma establecida en el pliego de condiciones (5)

El valor de esa actividad no fue reconocido (6).

#### REPALEO DE REZAGA DENTRO DE LAS GALERÍAS DEL TÚNEL

En las condiciones del pliego, la extracción del material que se producía en la excavación se iba a cumplir en la medida en que se produjera; sin embargo, en cuanto sólo se pudo contar con 2

accesos, no fue posible evacuarlo de la manera en que estaba previsto, por lo que se acopia en las galerías de conexión con el túnel principal, lo que impuso el repaleo de ese material que no era nada distinto a cargarlo 2 veces, lo que se prolongó hasta el 16 de agosto de 2016 hasta cuando ejecutó un total de 9.409.44 m<sup>3</sup> (1, 2, 3, 4 y 5).

El repaleo no hubiera sido necesario si se hubiera garantizado las condiciones de acceso ofrecidas (7).

El valor de la anterior actividad no fue reconocido ni pagado (8).

#### MAYOR PERMANENCIA EN OBRA

El contrato definió un porcentaje de administración del 23% del costo directo. Rubro que se consideró para cubrir costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratistas, esto es "A"(2).

Ese 23% cubría costos que dependen de la duración del contrato como nómina, instalaciones, costos financieros y operacionales, entre otros (2)

El valor correspondiente a costos asociados a la duración del contrato era del 39,5% mientras que los que no se determinaban por el tiempo eran de 60,5% (3).

La etapa pre contractual de 3 meses se amplió a 4 sin que se modificara el plazo de 12 meses por lo que la de construcción pasó de 9 a 8 meses (4).

La etapa de construcción fue ampliada a 19 meses, a través del Adicional 1, por causas imputables a la entidad contratante (5).

Tal circunstancia implicó mayores costos asociados al tiempo. (6)

El adicional no aplicó aumento al valor (7)

Por lo que al haber aumentado los plazos en un 92% de 12 a 23 meses, se causaron perjuicios para el contratista.

### **1.3. Los fundamentos jurídicos**

En este particular el convocante citó como fundamento de su demanda los artículos 1602 a 1609 y 1618 a 1628 del Código Civil, 27, 28, 32, 50 y 68 de la Ley 80 de 1993 y el mismo contrato 1883 de 2014.

## **2. La contestación a la demanda**

El Instituto Nacional de Vías – INVÍAS - contestó la demanda.

Frente a los hechos dijo:

### **GENERALES**

Frente al que refería la apertura del proceso de selección y la información general (1 y 2), dijo que eran ciertos, pero aclaró, respecto del primero, que el objeto del procedimiento era contratar la terminación del túnel piloto o de rescate y en cuanto al segundo, que la información era: número de módulo: 1, objeto del proyecto. Terminación del túnel piloto – túnel de rescate del proyecto “Cruce Central de la Cordillera Central, plazo del contrato 12 meses, valor del presupuesto: 106.500.000.000,00, ubicación: departamentos de Quindío y Tolima.

En cuanto a los relacionados con la presentación de la propuesta y la adjudicación del contrato (3 y 4), precisó que eran ciertos, pero aclaró las razones de la adjudicación: terminara el túnel piloto.

Respecto al que refería la celebración del contrato y las condiciones del mismo (5), sostuvo que era cierto en cuanto a la suscripción empero no en cuanto a las condiciones respecto de las cuales dijo que se atenía a lo que aparecía en los documentos contractuales.

Frente al que aludía a la iniciación (6), dijo que era parcialmente cierto en cuanto a través del oficio DO1463 no sólo se dio la orden de iniciación sino que se precisó quién era el interventor (6).

Respecto de que refería la adición y modificación 1 (7), sostuvo que era cierto pero aclaró que por error mecanográfico había diferencia en los valores previstos en el encabezado y en el clausulado, así mismo que el certificado presupuestal era el CAF – 5842 en la vigencia 2014, y que consideraba la posibilidad de otorgar anticipo hasta por el 20% del valor del contrato en la vigencia 2014.

A propósito del que refería la modificación 2 de 31 de diciembre de 2014 (8), dijo que era cierto pero aclaró que esa modificación tuvo como propósito aclarar cuál era el soporte presupuestal.

Respecto del que precisaba la modificación 3 de 15 de abril de 2015, sobre la etapa de pre construcción (9), dijo que era cierto pero aclaró que se dispuso a petición del concesionario y que se soportó en el informe MSE-FR-19 suscrito por el contratista, la interventoría, el gestor técnico del contrato y el gestor técnico del proyecto, que la etapa de pre construcción sólo comprendía la realización de actividades previas, permisos licencias e instalaciones que fue aprobada por el Comité de Adiciones y Prórrogas de la entidad conforme con el Acta 2 de 15 de abril de 2015, que la referida modificación no afectó el plazo total de contrato y que en ella se advirtió que no representaba aumento en el precio.

En cuanto al que refiere a la suscripción del Adicional 1 de 15 de enero de 2016, por el cual se amplió el plazo contractual en 11 meses (10), dijo que era parcialmente cierto y aclaró que fue

suscrita a petición de contratista, sus razones quedaron en el anexo 1 a la comunicación a través de la cual se pidió, CC3-INT-273-15 de 3 de diciembre de 2015, no implicaba adición en el valor y se decidía con respeto de los derechos de las partes.

En cuanto al que se refiere a la adicional 2 de 9 de diciembre de 2016, sobre plazo - hasta el 15 de septiembre de 2017, - y precio adicionándolo en \$ 9.250'000.000,00 – (11), dijo que era parcialmente cierto en cuanto aclaró que las razones de esa adicional estaban en la petición del concesionario contenidas en la comunicación CC3-INT-702-16 de 9 de diciembre de 2016 que refería la necesidad de unos nuevos trabajos en la falla la soledad y la necesidad de incluir una cláusula compromisoria.

Frente al que refiere el modificadorio 5 de 12 de abril de 2017, sobre aplicación de saldo de anticipo a actas parciales (12), precisó que era parcialmente cierto en cuanto la decisión obedeció a la petición del contratista.

Respecto al que refería que, finalmente el contrato, en cuanto a plazo, se adicionó en 20 meses para un término de 32, lo que superaba en un 166% el inicial (13), dijo que era cierto y aclaró que se suscribieron por petición del contratista y no implicaban adiciones en cuanto al valor.

## PARTICULARES

### GARANTÍA DE ACCESOS

Frente al que se refiere al contenido de aparte 3.8.2 del pliego de condiciones (1), dijo que era parcialmente en cuanto se transcribía en forma parcial en tanto ese aparte asignaba la responsabilidad de las vías de acceso y otras obras adicionales al contratista, de donde resultaba aclaro que era su deber considerar las condiciones generales del contrato, en especial la planeación y las acciones requeridas, entre otras, para el acceso de los materiales, la

iluminación y la seguridad de las obras, así mismo que conforme con la matriz de riesgo el contratista tenía libre acceso por los frentes Tolima y Quindío y debía coordinar eventual acceso por las galerías según disponibilidad en el túnel principal.

Respecto del que refería al apéndice G, sobre accesos por los frentes Tolima y Quindío y a la necesidad de coordinar un eventual acceso por el principal (2), sostuvo que era cierto en cuanto a la existencia de citado apéndice, pero aclaró que el hecho se afinca en la lectura sesgada en cuanto la entidad no garantizó los accesos eventuales.

Frente al que refiere a las observaciones y sus respuestas (3), precisó que era parcialmente cierto en cuanto la primera se refería a la entrega del túnel piloto del que se valía el contratista del principal por manera que se requería saber si se iba a compartir, frente a la cual se precisó que se iba a compartir, de donde se precisaba que el acceso por galerías no estaba garantizado, así mismo que frente a la observación de FERROVIAL que hacía referencia a los estudios de los que surgió el plazo de 12 meses, se precisó que se había fijado considerando las recomendaciones de diseñador y en el entendido de que debían abrirse varios frentes de trabajo, también que frente a la efectuada por JORGE ALEJANDRO GARCÍA PÉREZ, que refería el estudio que arrojaba 12 meses a razón de 3 turnos diarios de horas durante 7 días a la semana 7x24, a la que se dijo que se consideraba la recomendación de diseñador y en el entendido de que se abrieran varios frentes de trabajo, empero esa circunstancia no permitía inferir que se garantizó el acceso.

Respecto del que daba cuenta de las respuestas a la segunda ronda de observaciones (4), afirmó que era parcialmente cierto en cuanto de la respuesta a la observación hecha por SAN JOSÉ CONSTRUCTORA, que refería *“El INVIAS ha contemplado la ejecución en múltiples frentes de trabajo de forma continua por lo que no considera ampliar el plazo, excepto para el caso en que las*

*condiciones de ejecución de la obra así lo exijan lo cual será evaluado en su oportunidad....”*, quedaba claro que los proponentes tenían claro que no se hallaba garantizado el acceso.

Frente al que daba cuenta de que se consideró el trabajo desde por lo menos 4 frentes (5), indicó que no era cierto en cuanto en verdad no era un hecho sino conclusiones y apreciaciones subjetiva de los demandantes, pues el acceso no estaba garantizado.

Respecto al que da cuenta del envío del plan de trabajo, que consideraba 6 frentes de trabajo, a partir del acceso continuo a través del túnel principal y sus galería (6), precisó que no era cierto en la medida en que el citado plan de trabajo no refería que consideró 6 frentes a partir del acceso continuo a través del túnel principal.

En cuanto al que refería a la metodología que se consideró en el citado plan *“bajo secuencia lineal”* (7), dijo que era parcialmente cierto en cuanto si bien se presentó un programa que consideraba la citada metodología de construcción, en él no se tomó en cuenta un eventual fracaso de las gestiones que debía adelantar para obtener el acceso por el túnel principal.

Frente al que da cuenta de los inconvenientes presentados desde inicio respecto de accesos, puestos de presente a través del oficio CC3-INT-007-115 de 9 de febrero de 2015 (8), sostuvo que no era cierto en la medida en que se refería a (i) la necesidad de contar con espacio en los sectores Galicia y Bermellón, ii) la necesidad de que se entregara el túnel piloto ocupado por el contratista del principal y iii) y la necesidad de obtener autorización para entrar por el túnel principal y, en todo caso, la última no era plausible conforme los documentos contractuales en la medida en que el acceso por el túnel principal era eventual.

Respecto del que refiere que mediante comunicaciones CC3-INT-006-15 de 11 de febrero de 2015 y CC3-INT-050-15 de 8 de abril

de 2015, se pidió a la Interventoría que requiriera a la entidad para que asegurara el ingreso vía túnel principal (9), aseveró que no era cierto, en cuanto la comunicación 006 se radicó el 10 de febrero y se refería al envío del anexo de personal y equipo, así mismo que la 50 fue remitida al Interventor y se refería a la necesidad de trasladar la fecha de inicio de la fase de construcción en 2 meses ante la evidencia de que se había precisado la imposibilidad de ingreso por sitios diferentes a Galicia y Bermellón.

Frente al que da cuenta de que ante la imposibilidad de lograr el acceso por el túnel principal se requirió la presentación de un nuevo programa de obra (10), indicó que no era cierto en cuanto conforme con los documentos precontractuales no era su obligación garantizar accesos.

Respecto del que refiere la remisión del programa de obra antes descrito conforme instrucciones del Director de la entidad (11), precisó que era parcialmente cierto en cuanto el Director nunca dio orden alguna sino que ante la evidencia de que previa visita había encontrado que el concesionario había fracasado en su gestión para obtener el acceso, instó al contratista para que se adecuara a esa realidad.

En lo que corresponde al que daba cuenta de que a pesar del nuevo programa, éste sufrió inconvenientes en su ejecución por la imposibilidad de acceder a Galicia y Bermellón (12), dijo que no era cierto en la medida en que obtener el acceso a esos lugares era del contratista.

Respecto al que precisa que debió buscar alternativas y propuso una construcción de vía de acceso a Bermellón (13), sostuvo que no era cierto en cuanto no se comprometió a solucionar nada.

En cuanto al que refería que la Interventoría, mediante comunicación INT-CCL3-075-15 de 11 de julio de 2015, aceptó la solución y pagarla como adicional (14), aseveró que no era cierto,

en cuanto no se reconoció como adicional sino como ítems pues hacía parte del contrato.

Frente al que daba cuenta de que al 22 de septiembre de 2015 persistían los problemas de coordinación de la entidad contratante con el contratista del túnel principal por lo que hubo que gestionar con el contratista de las obras adicionales a éste, Conlinea 2, el acceso por el frente Quindío pese a las mayores distancia (15), indicó que era parcialmente cierto en cuanto la comunicación existía pero su contenido no era el aludido en la medida en que el acceso por la vía del consorcio Conlinea 2, era más fácil.

Respecto al que refiere que los inconvenientes de acceso afectaron el programa de trabajo (16), precisó que no eran cierto en cuanto cumplió con su deber de permitir el acceso por Galicia y Bermellón.

#### INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA DE DISEÑOS

Respecto del que precisa que el 27 de enero de 2015, mediante comunicación DG-GTL-3585, entregó el diseño geométrico del túnel auxiliar (1), dijo que era cierto, empero que desde antes se hallaban a disposición en el cuarto de datos.

Frente al que da cuenta de que respecto de los diseños se hallaron deficiencias las que se pusieron de presente a través de los oficios 17, 22, 31, 39 y 53 (2), sostuvo que era cierto pero aclaró que la revisión era deber del contratista.

Respecto al que daba cuenta de la comunicación CC3-INT-031-15 de 16 de marzo de 2015 (3), aseveró que era parcialmente cierto, pues la comunicación existía, empero que su contenido debía considerarse en el contexto de que era deber del contratista revisar diseños.

En lo que corresponde al que refiere que INVÍAS debió hacer un ajuste geométrico integral (4), indicó que no era cierto pues lo que

hizo fue solicitar a los consultores la revisión de amarres topográficos conforme con a los sistemas de coordenadas según se ve en el oficio DT-QUI 17448 de 9 de abril de 2015, pero jamás hizo un ajuste geométrico integral.

Respeto del que da cuenta de que el 20 de mayo mediante comunicación CC3-INT- 103 -15 reiteró que no tenía diseños (5), precisó que no era parcialmente cierto en cuanto la comunicación existía cierto empero que su contenido no era el aludido pues los únicos diseños que demandaban revisión eran los geométricos, menos si se considera que la obra estaba en Fase III.

En lo que corresponde al que refiere la entrega de diseños definitivos a través del oficio DG-GTL 27224 (6), dijo que era parcialmente cierto en cuanto la comunicación existía pero su contenido no era el que se alegaba en la medida en que lo que se remitió fueron los oficios 98-0157-4944 y 998-0157-4953 por los que el interventor le envió información digital correspondiente a eje, topografía y secciones, cantidades y chequeo de la tubería para el proyecto.

Respecto al que se ocupaba de precisar que mediante oficio CC3-INT-115-15, advirtió necesidad de ajustes (7), sostuvo que era cierto en cuanto a la existencia de la comunicación empero que correspondía a un deber del contratista según el aparte III del pliego de condiciones.

Frente al que refiere que el 13 de octubre de 2015 se remitió planos para secciones K 0+000 y K 1+170 (8), aseveró que era cierto en lo que correspondía a la existencia de la comunicación INT-CCL3-128-2015 105 empero ésta se refería la comunicación CC3-INT 2018-15 por la que el contratista remitió planos en planta perfil y secciones K 0 +000 y K 1 + 170.

Frente al que da cuenta de la entrega, el 23 de octubre de 2015, de los diseños para las secciones K 1 + 000 y K 6 + 500 (9), indicó que

era cierto en cuanto a la comunicación pero hizo la misma aclaración que en el anterior.

Frente al que dice que los planos fueron entregados cerca de 3 meses antes de que expirara el plazo contractual (10), precisó que no era cierto y aclaró que los diseños Fase III se entregaron desde el 27 de enero de 2015.

Respecto del que da cuenta de que los diseños entregados adolecían de defectos (11), dijo que no era cierto y aclaró que los diseños Fase III que entregó no demandaron ajustes integrales.

#### PLAN DE MEJORAMIENTO AMBIENTAL

Frente al que da cuenta de que mediante comunicación DT-QUI-20526 fue requerido para que entregara un plan de mejoramiento ambiental (1), dijo que era cierto en cuanto a la comunicación pero que a través de ella requirió a la interventoría y no al consorcio.

Respecto del que precisa que la actualización el plan de manejo ambiental permitía iniciar las obras (2), dijo sostuvo que no le constaban las responsabilidades ambientales del contratista pues según el apéndice A, el proyecto tenía licencia ambiental.

En cuanto al que refería que la elaboración del plan de mejoramiento ambiental requería diseños completos, especialmente en materia de amarre topográfico (3), sostuvo que no era cierto en cuanto los ajustes sugeridos no afectaban el plan.

Respecto del que precisa que los ajustes al plan de manejo ambiental fueron entregados en junio de 2015 y sus ajustes en julio de ese año (5), aseveró que era parcialmente cierto en cuanto lo entregado estaba subordinado a la revisión y en el caso hubo necesidad de ajustes, así mismo que el riesgo por trámites que dependían de otras entidades como el de la aprobación del plan de mejoramiento ambiental, salvo los ambientales, eran de él.

DEL ADICIONAL No 1.

Frente al que refiere que mediante comunicación CC3-INT- 230-15 se informó a la interventoría sobre el desfase del programa de obra (1), dijo que era parcialmente cierto en cuanto fue respuesta a una observación de la interventoría.

Respecto de que refiere que mediante comunicación INT-CCL3-115 de 28 de octubre de 2018, se aprobó el cronograma anterior (2), sostuvo que era cierto en cuanto a la existencia de la comunicación.

Frente al que se refiere a que mediante comunicación CC3-INT-236-15 de 28 de octubre de 2015 solicitó aprobación del cronograma para gestionar prórroga y pago de obras adicionales por \$8.010.568.829,00. (3), aseveró que era cierto en cuanto a la existencia de la comunicación pero no en respecto al contenido pues se refería a la versión del contratista de lo acontecido.

Respecto al que da cuenta de que el interventoría mediante comunicación INT-CCL-3-155 -15 de 30 de octubre de 2015 precisó la necesidad de presentar la solicitud de prórroga a través de los formatos diseñado para el efecto y que la reclamación económica no era propia de una adición (4), indicó que era cierto.

Frente a los que dan noticia de que entregó los documentos como se requirió interventoría, que ésta los comentó y que ulteriormente los entregó a la entidad contratante para que les diera curso (5, 6 y 7), precisó que eran ciertos.

En cuanto a los que refieren que a través del informe MSE-FR -19 la interventoría justificó la prórroga por dificultad de accesos, ajustes de diseños y requerimientos ambientales, mismas a las que se refería el estudio denominado *“ESTUDIO DE SOLICITUD DE PRORROGA NO. 1 ETAPA CONTRUCCIÓN DEL CONTRATO*

1883...” (8 y 9), dijo que eran ciertos en cuanto a la existencia de los documentos.

Frente a los que dan cuenta que finalmente se suscribió el Adicional 1 de 15 de diciembre de 2016, sus motivaciones y sus particularidades (10 y 11), sostuvo que eran parcialmente ciertos en cuanto el motivo fue la solicitud del contratista y en todo caso sin perjuicios de los derechos de la entidad.

Respecto de que precia que el contrato se adicionó porque no se pudo cumplir por hechos imputables a la entidad (12), aseveró que no era cierto en la medida en que fue por circunstancias atribuibles al consorcio conforme se explicó antes.

#### RECLAMACIÓN DE PERJUICIOS

Frente al que precisa que la interventoría no aceptó el pago de sumas con la Adición 1 y, por lo mismo, reclamó (1), indicó que era parcialmente cierto y citó el contenido de la nota.

En cuanto al que refiere que el 24 de octubre de 2015, reclamó (2), precisó que era cierto en cuanto a la existencia de documento.

Respecto del que precisa que su petición fue denegada (3), dijo que cierto en cuanto a la negativa.

#### RELACIONADOS CON SOBRECOSTOS POR MODIFICACIÓN DE PROCESOS CONSTRUCTIVOS.

Aquí en lo fundamental dijo que era cierto que se habían cumplido las actividades de las que daba cuenta la demanda, pero que éstas se impusieron por la falta de previsión del contratista que planeó su trabajo con base en un acceso eventual por las galerías del túnel principal.

En cuanto a las pretensiones manifestó oposición y al efecto alegó:

LA AUSENCIA DE SALVEDADES JURÍDICAMENTE VÁLIDAS EN LOS DOCUMENTOS MODIFICATORIOS RESPECTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE SE ALEGARON COMO CONSTITUTIVAS DE SOBRECOSTOS O AFECTACIONES ECONÓMICAS- AUSENCIA DE MAYOR PERMANENCIA DE OBRA (NUMERALES 4.3 Y 4.7 DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA).

Aquí dijo que en conforme con el principio de la autonomía que implicaba, de una parte, que las personas pudieran celebrar los contratos que de acuerdo con sus intereses consideraran beneficiosos y que no fueran obligados a contratar aquellos que no les interesaran y, de otra, que una vez celebraban contrato, en cuanto lo acordado era ley para las partes, quedaban atadas a éstos.

Así mismo que según la jurisprudencia contencioso administrativa el escenario para hacer reservas en lo que se pacta y eventualmente someterlas al juez, era el contrato y sus modificatorios.

Para concluir que en la medida en que en el adicional 1 de 15 de enero de 2016 no se precisó salvedad alguna sino que por el contrario se dejó claro que la prórroga, en 11 meses, del plazo contractual, no implicaba adición en cuanto al precio y que el contratista debía adecuar sus actividades a esa realidad, no era plausible traer al juez el asunto que se sometía a consideración del tribunal.

Dijo, bajo el título “*A.1 Ausencia de vicios de consentimiento*”, que en el caso, lo pactado en el ADICIONAL 1, no podía desconocerse con el argumento de que adolecía de vicios que afectaban su validez, en la medida en que quien alega una circunstancia de esta naturaleza debe precisar por qué se presentó el referido vicio lo que no ocurrió en el caso.

## TRANSGRECIÓN DE PARTE DEL CONSORCIO DEL PRINCIPIO PACTA SUN SERVANDA Y DE AQUÉL QUE PREDICA QUE NO ES POSIBLE OBRAR CONTRA ACTO PROPIO.

Al efecto precisó, de un lado, que conforme los principios de la *pacta sun servanda* y el que impide obrar en contra de actos propios, las partes contractuales debían cumplir de manera efectiva las cargas que emanaban del respectivo acuerdo de voluntades, y de otro lado, que el consorcio con el argumento del incumplimiento de la entidad contratante quería excusar el incumplimiento de las obligaciones a su cargo relacionadas con dispensarse las condiciones de acceso al proyecto.

Preció además, que su conducta era contraria al principio de la buena fe contractual.

## INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO

La que precisó con el argumento de que en el caso no se hallaban acreditados los elementos de esa fuente de derecho, a saber: la alteración, que debe darse por acontecimientos que no se pueden imputar a la parte que reclama el restablecimiento, la alteración debe darse por acontecimientos posteriores a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato, la alteración debe ser causada por un alea anormal y la alteración debe afectar la economía del contrato de forma grave y anormal a lo que refieren al alea anormal, en cuanto lo que se presentó fue el desconocimiento del contratista de las condiciones contractuales.

## II. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Pues bien, una vez precisada la posición de las partes y, de cara a la decisión que debe asumir el H. Tribunal, esta Agencia del Ministerio Público considera necesario precisar, a manera de marco general, unas premisas:

- a) Que el contrato 1883 de 2014, 23 de diciembre de 2014, es un contrato estatal habida cuenta que fue celebrado por una entidad pública, a saber: el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS y para el cumplimiento de los fines a los que aluden los artículos 2 y 366 de la Carta<sup>1</sup>.
- b) Que como contrato estatal, en cuanto la entidad que lo celebró en la materia no está excluida de las reglas de la Ley 80 de 1993, se halla sometido a aquellas, junto con sus modificaciones, y a las que la complementan (Código Civil y Código de Comercio y Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), así como a las interpretaciones, de las reglas sustantivas y procesales, que ha hecho su juez natural, el contencioso administrativo.
- c) Que cuando un tribunal de arbitramento cumple funciones de juez contencioso administrativo, como cuando dirime un conflicto que al interior de la jurisdicción estatal sería de conocimiento del juez contencioso administrativo, debe obrar con la misma metodología del juez contencioso, tal como lo ha dicho el H. Consejo de Estado, entre otras en la sentencia de 18 de febrero de 2010, dicta en el proceso 11001-03-26-000-2009-00058-00 (37.004), recurso de anulación contra el laudo emitido en el trámite arbitral del Hospital El Tunal E.S.E., contra Fresenius Medical Care, en la que precisó:

“En segundo lugar, y según se desprende de lo analizado, en los contratos estatales -como el del caso concreto- si la justicia arbitral reemplaza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debe entenderse que las reglas aplicables a aquélla son las que rigen en ésta, sencillamente porque opera un reemplazo de la jurisdicción, es decir, se trata de un verdadero equivalente jurisdiccional, toda vez que la justicia arbitral funge de juez de la administración, con la misma pretensión correctora y protectora del ordenamiento jurídico y del comportamiento de las partes del contrato....”

Por manera que cuando actúa como juez de un conflicto contractual debe atender el precedente de esa jurisdicción.

---

<sup>1</sup> Ley 80 de 1993, “Artículo 13. [...] **LOS CONTRATOS ESTATALES.** [son] **Los contratos que celebr[an] las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto** [...] Artículo 3. [(...) para] el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ella en la consecución de aquellos fines...”

d) Que conforme con la jurisprudencia del H. Consejo del Estado, el escenario natural para resolver inconvenientes contractuales es el mismo contrato, por manera que es allá en donde debe procurarse el reconocimiento de los derechos que eventualmente asisten al contratista, de ahí que cuando existen reclamaciones deben proponerse en el escenario de las prórrogas, las modificaciones y las adiciones o con las salvedades en la liquidación, en efecto, el H. Consejo de Estado ha sostenido<sup>2</sup> :

“en efecto, en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo ‘los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y formas de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...’

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

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

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

Esta postura es de vieja data en la Sección Tercera del Consejo de Estado y baste para confirmar lo dicho, traer a cuento el siguiente aparte de la sentencia proferida el 23 de junio de 1992, Exp. 6032, que señala:

‘La anterior manifestación, sin embargo, no encuentra pleno respaldo en el proceso, porque lo cierto es que sí hubo suspensiones de las obras, atrasos, demoras, que en últimas condujeron a la prolongación del término contractual inicialmente señalado, no todo obedeció a la voluntad exclusiva de la entidad contratante, sino que hubo acuerdo entre las partes para hacerlo, como se desprende de las actas de suspensión de obra visibles a folios 63 y 64 del Anexo No. 1 suscrito por los interventores, Auditor general y contratista; o bien de las

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 1 de junio de 2015, dictada en el proceso 33.507, Consejero Ponente doctor Jaime orlando Santofimio Gamboa.

obras adicionales contratadas, las cuales fueron consignadas en los documentos "otro sí" que reposan en los folios 50 a 60 del Anexo No. 1, suscritos también por el contratista; así mismo, obran en autos las solicitudes de prórroga del actor y los plazos concedidos no sólo en atención a esas peticiones, sino para que entregaran la obra contratada en estado de correcta utilización.

No encuentra la Sala razonable que el contratista después de finalizado el contrato, por entrega total de la obra, pretenda censurar a la administración por prolongaciones en el plazo convenido, cuando estuvo de acuerdo con las mismas y en parte fue causante de aquellas. En ningún momento el contratista impugnó tales prórrogas y si lo hizo de ello no hay demostración, alguna en el proceso. En cabio, sí se infiere que con las prórrogas y ampliaciones as partes procuraron superar las dificultades que se presentaron, todo con el ánimo de obtener la ejecución del objeto contractual y cumplir a cabalidad las obligaciones contractuales adquiridas. De estas apreciaciones concluye la Sala que no hay lugar a acepta el incumplimiento respeto del término del contrato planteado por el actor..." (Destacado del texto).

Criterio que venía expresado en otras providencias como la sentencia de 23 de junio de 1992, dictada en el expediente 6032, o de 22 de noviembre de 2011, emitida en el expediente 13.358 o de 22 de junio de 2011, dictada en el expediente 18.836 o de 31 de agosto de 2011, o de 31 de agosto de 2011, emitida en el expediente 18.080.

De la última se destaca:

"Es menester puntualizar los efectos jurídicos que en relación con las reclamaciones pendientes tienen los negocios jurídicos bilaterales de modificación, adición, prórroga y suspensión suscritos por las partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad para adaptar el contrato a las exigencias que sobrevengan o sobre el reconocimiento debido de las prestaciones cumplidas, en el sentido de que no proceden reclamaciones posteriores para obtener reconocimiento de prestaciones emanadas del contrato, cuando no aparecen o no se hicieron en dichos actos

[...]

La omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efectos el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible deducir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios del consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus actos, o sea '*venire contra factum proprium non valet*', que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas..."

- e) Que el incumplimiento y restablecimiento de condiciones económicas, son, conforme la jurisprudencia contencioso administrativa, 2 fuentes de derecho diferentes.

El primero, o sea el incumplimiento, implica un comportamiento antijurídico de la parte contratante que genera daños a la contratista, susceptibles de ser reparados; en estos casos la reparación es aplicación del principio conforme con el cual el que causa un daño debe repararlo.

El segundo, es decir, el del rompimiento del equilibrio económico, implica una circunstancia posterior a la celebración del contrato, imposible de prever por las partes, que rompe la conmutabilidad del negocio jurídico (por una actuación de la contratante, por una decisión normativa o por la imprevisión) y halla fundamento en el principio del no enriquecimiento sin causa.

Sobre esta distinción el Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento, dijo<sup>3</sup>:

**“VII.- La fractura del equilibrio económico-financiero del contrato.-**

[...]

La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina “*hecho del príncipe*”, y “*potestas ius variandi*” (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “*teoría de la imprevisión*” y paralelamente en la “*teoría de la previsibilidad*”. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de marzo de 2013, expediente 20.524, Consejo doctor Ponente Carlo Alberto Zambrano Barrera.

ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.

El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.

[...]

Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, en esencia las dos figuras se diferencian, no sólo por el origen de los fenómenos, tal como quedó explicado en precedencia, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno y otro caso.

En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso, mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos, a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos supuestos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo disponen el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998.

Ahora bien, la Sala no puede dejar de llamar la atención respecto de la afirmación, del Tribunal de primera instancia, atinente a que el contratista convalidó el incumplimiento de su co-contratante, al suscribir el acta de inicio de las obras después de lo previsto y al recibir el anticipo 9 meses después de iniciada la vigencia del contrato.

En opinión de esta Sala, no consulta los postulados de justicia efectuar un juicio de reproche al contratista cumplido, señalando que con su obrar correcto y ajustado a derecho convalidó el comportamiento antijurídico de la entidad contratante, constitutivo de incumplimiento de obligaciones a su cargo, para concluir que aquél debió haber recibido el anticipo pactado, abstenerse de ejecutar las obras y demandar el incumplimiento del contrato. Tal recriminación se aleja de los principios fundamentales de los contratos y desconoce la buena fe y la confianza que deben regentar la celebración, la ejecución y la interpretación de tales actos jurídicos, según lo dispuesto por los artículos 1603 (en armonía con el 1618) del Código Civil, 871 del Código de Comercio y 23 y 28 de la Ley 80 de 1993.

Por las razones expuestas, la Sala encuentra acreditado que la entidad demandada incumplió algunas de las obligaciones contractuales a su cargo, razón por la cual debe responder por los perjuicios causados al

demandante, en la medida en que se encuentren probados en el proceso y tengan origen en los hechos constitutivos de incumplimiento.

El demandante reclama la indemnización de los perjuicios causados por el retraso en la iniciación de las obras, representados en los mayores costos administrativos y en el mayor costo de materiales y equipos”.

Y resulta pertinente dada la confusión que, como se precisa en el aparte transcrito, la redacción desafortunada de la parte final del número 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, que precia *“Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.”*, ha generado en cuanto permite que se identifiquen los 2 eventos, el incumplimiento y la alteración de las condiciones económicas en las que se contrata.

- f) Que cuando se demanda con base en varios títulos de imputación o fuentes de derecho, el juez está facultado para interpretar la demanda y decidir con base en el que, conforme los hechos, correspondería, tal como lo ha hecho el contencioso administrativo, a saber:

“El demandante considera que el equilibrio económico - financiero del contrato se quebrantó, porque las obras se iniciaron el 20 de junio de 1995, es decir, 14 meses después de lo previsto, por hechos no imputables a él y ello generó sobrecostos que tuvo que asumir en los gastos administrativos y en los materiales, en la mano de obra y en los equipos (hechos 18, 19, 26 y 27 de la demanda).

Para la Sala, los supuestos de hecho alegados no son constitutivos de ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato, sino de incumplimiento contractual...”<sup>4</sup>

- Con esas premisas esta Agencia del Ministerio Público es del criterio de que en el caso no es posible entrar a resolver, en sede judicial arbitral, lo que debió resolverse en sede contractual.

---

<sup>4</sup> Ib., supra 3.

Aquí estima que las pretensiones económicas a las que se refiere la demanda debieron procurarse al momento de celebrar el adicional 1 de 15 de enero de 2016, en el entendido que se celebró por razón de los presuntos incumplimientos de la entidad demandada y para conjurar sus efectos nocivos, no sólo en cuanto a los relacionados con el agotamiento del plazo inicialmente pactado de los 12 meses, sino con los costos que implicó por la mayor permanencia en obra y las actividades adicionales, y el contratista no provocó la solución, por el contrario aceptó que no se le reconocieran derechos económicos por tal virtud.

Tal circunstancia impondría declarar probada la excepción de ausencia de causa para reclamar que alegó la entidad demandada.

Sin que sea viable aseverar que el citado acuerdo adolece de vicios que lo hacen inane, ya por error o por desviación de poder en cuanto, de un lado, fue propuesto por la parte convocante y, de otro, no implicó violación de derechos del contratista, a lo sumo renuencia a ellos.

Con todo si en gracia de discusión se considera posible el estudio de las pretensiones no obstante el precedente y su vinculación, éste debería cumplirse al amparo de la teoría del incumplimiento en cuanto las súplicas se edificaron en el hecho de que el contrato - que junto con los documentos de la etapa previa a su celebración, especialmente con el pliego de condiciones y las aclaraciones que por razón de las observaciones presentadas por los interesados hizo la entidad contratante en las 2 rondas cumplidas con ese propósito en la fase precontractual hacen unidad – impuso a la entidad el deber de garantizar el acceso al proyecto por los portales Galicia (departamento de Quindío) y Berbellón (departamento de Tolima), así como por las galerías que unían el túnel principal, que se hallaba en construcción a cargo del Consorcio Nuevo Centenario, con el auxiliar, a su cargo, y no cumplió en forma cabal con esa carga sino hasta el 16 de agosto de 2016, todo lo cual generó un mayor tiempo en obra y actividades no previstas, a saber: el transporte de concreto desde los portales y el repaleo del material que se producía por efectos de la excavación, así como en el hecho de que debía dispensar los diseños para acometer la construcción y se sustrajo a ese deber en cuanto los que

entregó, además de extemporáneos, presentaban inconsistencias relacionadas con el amarre topográfico del proyecto y el diseño geométrico lo que generó mayor permanencia en obra.

Y en forma consecuente se pidió que se reconocieran los costos que implicó la mayor permanencia en obra, los costos de las 2 nuevas actividades, a saber: el traslado del concreto desde los portales y el repaleo del material de rezaga, así como el reconocimiento de los costos financieros que esas tres circunstancias implicaron.

La entidad convocada por su parte alegó que la obligación cuyo incumplimiento se echó de menos no existía en cuanto el acceso por galerías era eventual y debía ser coordinado por el contratista con el del proyecto del túnel principal y así mismo que los diseños que entregó eran construibles no obstante que demandaron adecuaciones. También que conforme con el párrafo 2 de la cláusula primera del Adicional 1 de 15 de enero de 2016, el contratista aceptó que el plazo del contrato se extendiera desde el 15 de enero hasta el 15 de diciembre de 2016 sin que se modificara el precio.

Pues bien, para resolver las pretensiones debe considerarse que conforme con la cláusula de plazo y los documentos precontractuales, los 12 meses a los que se refería la citada regla como tiempo para ejecutar la obra fueron previstos en el entendido de que ésta podía acometerse desde varios frentes de trabajo, es decir, desde varios puntos, sin que existiera relación uno a uno entre frentes o puntos de trabajo e ingresos en la medida en que ingreso y frente o punto de trabajo no tenían relación.

La cláusula cuarta precisó:

“CLÁUSULA CUARTA: PLAZO.- El plazo para la ejecución del presente contrato será de doce (12) meses a partir de la orden de iniciación que impartirá el Jefe de la Unidad Ejecutora del Instituto previo el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento, legalización y ejecución del mismo y aprobación de los documento de información para el control de la ejecución de la Obra previstos en el Pliego de Condiciones. El plazo pactado será cumplido con sujeción al pliego de condiciones...”

Y el apéndice g) del pliego de condiciones informó:

“El contratista tiene disponible acceso frente Tolima y Quindío, y debe coordinar eventual acceso por las galería según disponibilidad en el túnel principal, ...”

Por manera que las entradas eran las de los portales de Galicia y Berbellón, no las del túnel principal en cuanto el acceso por ellas dependía de lo que lograra acordar el contratista del túnel piloto, consorcio Conlinea 3 con el contratistas del principal, Consorcio Nuevo Centenario, por lo que siempre se les dio el carácter de “eventuales”.

De ahí que las respuestas a las observaciones fueran consistentes en precisar que el plazo se fijó considerando el criterio del diseñador que tuvo en cuenta la posibilidad de que existieran varios frentes de trabajo, más de 2, en turno 24 x 7, los que serían posibles, en términos de las pruebas aducidas al proceso, independiente de que el acceso al túnel piloto, que ya existía por lo menos en cuanto excavación, se cumpliera por los 2 accesos: Galicia (Quindío) y Bermellón (Tolima).

Aquí téngase en cuenta que contrario a lo aseverado en la demanda, los documentos antes referidos no consideraban como sinónimos frentes de trabajo y accesos.

Frentes de trabajo corresponden a sitios en los que se ubica personal y equipos de cara a las actividades a realizar, mientras que ingresos hace relación a puntos por los que se puede entrar.

Y en gracia de discusión si se hubieran considerado frentes de trabajo como sinónimo de accesos, en el caso se hubieran resuelto las observaciones tomando en cuenta más de 4 o 6 frentes en cuanto la regla técnica imponía que hubieran galerías entre el túnel principal y el piloto cada 500 metros, por lo que dada la extensión de éstos de más de 8 kilómetros, debían haber más de 16 galerías, exactamente 17, que junto con las entradas de los portales Galicia y Bermellón hubieran determinado 19 frentes de trabajo.

Entonces la obligación de garantizar accesos no existía.

Y no es plausible aseverar que en cuanto se elaboraron planes o cronogramas de trabajo considerando varios frentes de obra que a su vez tuvieron en cuenta varios accesos, por los portales Galicia y Bermellón y por las galerías que unían el túnel principal con el auxiliar y éstos fueron aceptados por la interventoría, la entidad se obligó a garantizar el acceso vía túnel principal en cuanto dejaría de ser eventual y de demandar la coordinación entre contratistas, no entre entidad contratante y contratista del túnel principal.

Corolario las pretensiones de la demanda en este particular no están llamadas a prosperar.

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

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

Aquí repárese por ejemplo en que el mismo demandante acepta tal circunstancia, a manera de confesión, cuando dice, por un lado, que los

diseños adolecían de defectos de tal entidad que no permitían, entre otras cosas, elaborar el plan de mejoramiento al de manejo ambiental, empero luego precisa que elaboró el mismo antes de que le fueran entregados los diseños corregidos.

Así mismo que conforme las declaraciones vertidas al proceso, como por ejemplo la del ingeniero Orlando Ortiz, los diseños entregados eran construibles (Ver respuesta al pregunta elevada por el Arbitro doctor Mauricio Fajardo Gómez), o como la del ingeniero Alfonso Mesa Patiño, las incorrecciones eran menores y *“fácilmente corregibles”* o como las del perito Oliverio Martínez Merchán quien dijo que a pesar de las incorrecciones se pudieron hacer obras, no solo preliminares como drenajes y alistamiento de trabajo, sino incluso de construcción, pese que al final se trabajó con un diseño diferente al inicial, el corregido, que estuvo listo en octubre de 2015.

Si en gracia de discusión se aceptara que los diseños no eran construibles en el caso no sería posible acceder a las pretensiones de codena en la medida en que la fuente de los daños, en la racionalidad de la demanda, fue el incumplimiento a la obligación que según consideró surgía del aparte 3.8.2., de los pliegos de condiciones, relacionado con los vías de acceso, no con accesos, más que la relacionada con diseños por lo que no habría una relación causa efecto entre los defectos de los diseños y los daños cuya reparación se demanda.

De otro lado y no obstante lo dicho antes respecto de la posibilidad de interpretar la demanda y resolver el pleito que se plantea, en el caso el del incumplimiento, en caso de que el H. Tribunal decidiera considerar las pretensiones subsidiarias habrá de tener en cuenta que están edificadas sobre el título de la alteración de las condiciones económicas con el argumento de que ocurrieron hechos imprevisibles e irresistibles no imputables al consorcio que afectaron la economía contractual.

Empero, tales circunstancias no se hallan probadas en cuanto conforme el enfoque dado a la demanda la imposibilidad de acceder por las galerías del túnel principal no era imprevisible ni irresistible en cuanto desde el comienzo se consideró como eventual, así mismo las deficiencias de

diseños en tanto los que se entregaron estuvieron al alcance del contratista desde la etapa previa en el cuarto de datos y, en todo caso, el demandante era un actor cualificado, experto, que conocía, de un lado, que trabajar junto a otro contratista implicaba inconvenientes y que frente a ellos el del túnel principal iba a hacer valer su posición y, de otro, que los estudios, a pesar de estar en Fase III admitían correcciones.

La conclusión.

A guisa de conclusión el Ministerio Público es del criterio de que el judicial arbitral no es el escenario para lograr el reconocimiento económico que debió acordarse al momento de, conforme la autonomía de la voluntad, negociar el Adicional 1 de 15 de enero de 2016, por lo que la excepción de ausencia de causa para pedir, debe prosperar, en su defecto las pretensiones de la demanda en cuanto al incumplimiento contractual relacionado con: a) no permitir el acceso por el túnel principal y b) la mora en la entrega de diseños topográficos y geométricos deben denegarse en cuanto no se probó la obligación de garantizar los accesos por el túnel principal y no se demostró el incumplimiento del deber de entregar los estudios, se itera, éstos se hallaban en Fase III y si bien fueron objeto de glosas, éstas no eran de tal entidad que permitieran aseverar la falta de entrega, por el contrario eran de aquellas que, conforme con las obligaciones contractuales, podían presentarse y habilitaban el derecho - deber del contratista de ponerlas de presente a efecto de que se corrigieran en orden a que el objeto del contrato se cumpliera, por lo que las excepciones *pacta sun servanda* y respeto del acto propio deberían prosperar.

Y en la medida en que se considere que las subsidiarias tienen un sustento fáctico, que no lo tienen en tanto los fundamentos de hecho de la demanda refieren el incumplimiento, que se nieguen en cuanto las condiciones de acceso al túnel auxiliar por el principal eran conocidas desde antes de que se suscribiera el contrato y así mismo el estado en que se hallaban los insumos – estudios geodésicos y geométricos -, en cuanto reposaban en el cuarto de datos.

Con la mayor consideración,

**DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO**

**Procurador 10º Judicial II en Asuntos Administrativos.**