

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

DE

AGM DESARROLLOS S.A.S. (antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.)

CONTRA

DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA.

LAUDO ARBITRAL

Cartagena, D. T. y C., veinticinco (25) de enero de dos mil diez y nueve (2019).

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en la Ley 1563 de 2012, para la debida instrucción del trámite arbitral y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de laudo, el Tribunal de Arbitramento profiere en derecho, el Laudo dentro proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre la Sociedad AGM DESARROLLOS S.A.S. (antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.) y el DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, con ocasión del contrato de Obra No. 141 de 2002, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

1. CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES

1.1. SOLICITUD DE CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO:

Mediante escrito presentado el día 2 de junio de 2016, la sociedad AGM DESARROLLOS S.A.S. (antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.), en adelante AGM o la convocante, a través de apoderada judicial formuló demanda arbitral contra el DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA¹, en adelante el Departamento o la convocada.

¹ Expediente Proceso Arbitral, Demanda arbitral, véase Folios 1 al 43.

Mediante providencia de fecha nueve (9) de febrero de dos mil dieciocho (2018), el Tribunal de arbitramento dispuso inadmitir la demanda presentada por AGM DESARROLLOS S.A.S. (antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.) contra el DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, y le otorgó el término de cinco (5) días para subsanar los defectos, en los términos del artículo 90 del Código General del Proceso, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia².

1.2. EL PACTO ARBITRAL:

La cláusula compromisoria con base en la cual se promueve el presente trámite arbitral, se encuentra contenida en la cláusula décimo séptima de la minuta del contrato del pliego de condiciones de la licitación pública 007 de 2002, la cual fue adjudicada a AGM DESARROLLOS S.A.S. (antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.)³, cuyo texto es el siguiente:

"CLAUSULA DECIMA SEPTIMA: COMPROMISORIA: Todas las diferencias que puedan surgir relativas a la celebración del contrato y a su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación serán sometidas, a transacción y/o a la decisión de árbitros, de la Cámara de Comercio de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. El tribunal de arbitramento constituido se sujetará a lo dispuesto en la Ley 23 de 1991, decreto 2279 de 1989 y 2651 de 1991, y a lo determinado en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993." (cursiva fuera de texto original).

Esta circunstancia fue advertida por el Honorable Consejo de Estado durante el trámite surtido ante la misma corporación, mediante providencia de fecha 14 de mayo de 2015⁴, donde declaró la nulidad de todo lo actuado y ordenó remitir el expediente a la Cámara de Comercio de San Andrés y Providencia, para que un Tribunal de Arbitramento convocado decidiera, siempre y cuando AGM DESARROLLOS S.A.S. (antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.), presentara la respectiva demanda arbitral dentro del término concedido para tal fin. La providencia anotada dispuso lo siguiente:

"PRIMERO: Declarar la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso de la referencia por falta de jurisdicción y de competencia de la

² Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folios (a17) al (a27).

³ Expediente Anexo N. 8 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, véase Folios 8 al 71.

⁴ Expediente del Proceso Arbitral, Tomo II, véase Folios 922 al 936.

Jurisdicción Contenciosa Administrativa para conocer el asunto, ante la existencia de cláusula compromisoria celebrada entre las partes del contrato alrededor de los cuales giran las controversias planteadas en la demanda.

SEGUNDO: por secretaría NOTIFÍQUESE a las partes, de manera personal, el presente proveído o, en su defecto, como lo dispone el artículo 320 del C. de. P.C.

TERCERO: Una vez la secretaría dé cumplimiento a lo dispuesto en el numeral anterior, ENVÍESE el expediente al centro de conciliación, arbitraje y amigable composición de la cámara de comercio de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, para los de su cargo, y señalar que, para todos los efectos se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción es decir el día 25 de agosto de 2004.

CUARTO: SEÑALAR el plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la notificación personal o, en su defecto, por aviso, a las partes de la presente decisión para que inicien el trámite de integración del correspondiente Tribunal de Arbitramento.” (cursiva fuera de texto original).

La sociedad AGM DESARROLLOS S.A.S. (antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.) presentó demanda arbitral el día 2 de junio de 2016, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena⁵, con lo cual, cumplió con lo ordenado por el Consejo de Estado en la providencia mencionada.

1.3. TRÁMITE INICIAL:

Luego de la presentación de la demanda arbitral por parte de la apoderada de AGM DESARROLLOS S.A.S. (antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.), se surtió el trámite ordenado por la ley, de la siguiente forma:

1.3.1. Nombramiento del Tribunal:

Mediante audiencia de nombramiento de árbitros, celebrada el día diez (10) de agosto de 2016, ante la inasistencia de la parte convocada, se dio cumplimiento al artículo 14 de la ley 1563 de 2012, y se delega la designación ante un Juez Civil

⁵ Expediente del Proceso Arbitral, Demanda Arbitral, véase Folios 1 al 43.

del Circuito, a solicitud de cualquiera de las partes⁶.

Por reparto, le correspondió la designación al señor Juez Quinto Civil del Circuito de Cartagena, quien mediante proveído de fecha 01 de noviembre de 2017, dispuso designar de la lista de árbitros del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena⁷, a los doctores FRANCISCO DE CASTRO VÉLEZ, OSCAR RODRÍGUEZ CORREA y NÉSTOR DAVID OSORIO MORENO, como principales, y como suplentes, respectivamente, a los doctores FABIO YESID CASTELLANOS HERRERA, DENISE DEL CARMEN MORENO SIERRA y GERMAN ALFONSO GÓMEZ BURGOS, para efectos de decidir sobre las controversias contractuales surgidas entre la sociedad AGM DESARROLLOS S.A.S. (antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.) y el DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, con ocasión de la celebración y supuesto incumplimiento del contrato de Obra Pública No. 141 de 2002⁸.

Comunicadas oportunamente las designaciones a los árbitros nombrados por el señor Juez Quinto Civil del Circuito de Cartagena, los mismos aceptaron oportunamente la designación.

1.3.2. Instalación del Tribunal, Inadmisión, subsanación -Reforma- y Traslado de la demanda Arbitral:

Mediante comunicaciones del dieciocho (18) de diciembre de 2017, la Directora de Servicio Registrales, Arbitraje y Conciliación del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, citó a los Árbitros, a las partes y apoderado de la Convocante, a la Procuraduría Judicial Administrativa y al Revisor Fiscal de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias, a la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento, a celebrarse el día martes veintiséis (26) de diciembre de 2017⁹.

Por solicitud del convocante se realiza reprogramación de la audiencia de instalación del tribunal, la cual es comunicada el veintinueve (29) de diciembre de 2017, para el día jueves dieciocho (18) de enero de 2018 a las 11 A.M.¹⁰

El día dieciocho (18) de enero de 2018, se celebró la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento, a la que asistieron, la apoderada judicial de la parte

⁶ Expediente Documentos Centro de Arbitraje y Conciliación (Previos), véase Folio 109 al 110.

⁷ Expediente Documentos Centro de Arbitraje y Conciliación (Previos), véase Folio 113.

⁸ Expediente Proceso Arbitral, Tomo I, véase Folios 46-53.

⁹ Expediente de Documentos del Centro de Arbitraje y Conciliación (Previo), véase Folios 148 al 174.

¹⁰ Expediente de Documentos del Centro de Arbitraje y Conciliación (Previo), véase Folios 175 al 206.

convocante, la representante legal de la parte convocada mediante telepresencia, el señor Agente del Ministerio Público, y se procedió a la instalación del Tribunal de Arbitramento. Se eligió como Presidente al doctor FRANCISCO DE CASTRO VÉLEZ, y como Secretario al doctor CARLOS EDUARDO PAREJA EMILIANI, quien posteriormente tomó posesión de su cargo ante el Presidente. Así mismo, en esta providencia se fijó como sede del Tribunal el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias D. T. y C., y se reconoció personería a la apoderada de la parte Convocante¹¹.

En la misma diligencia, según consta en Acta de Audiencia de Instalación del día dieciocho (18) de enero de 2018, y previamente al pronunciamiento sobre la admisibilidad de la demanda, el Tribunal de Arbitramento hizo unas solicitudes, en el sentido de requerir a la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al Tribunal Administrativo de San Andrés y Providencia y a la Cámara de Comercio de San Andrés Providencia y Santa Catalina y/o Centro de conciliación, Arbitraje y amigable composición, con el fin de allegar una información requerida por este Tribunal Arbitral¹².

El día nueve (9) de febrero de dos mil dieciocho (2018), el Tribunal decidió inadmitir la demanda presentada por AGM DESARROLLOS S.A.S. (antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.) contra el DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia¹³.

El día 23 de febrero de 2018, dentro del término legal para el efecto, la Doctora KETTY BEATRIZ ESPINOSA ESPINOSA apoderada de la sociedad AGM DESARROLLOS S.A.S. (antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.), presentó en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias, escrito de subsanación de la demanda, en cumplimiento de lo dispuesto en el Auto No. 2 del 9 de febrero de 2018¹⁴.

De acuerdo con lo anterior, el tribunal interpreto que la subsanación presentada por la parte convocante, generó una reforma de la demanda, y por ende, se analizó así y fue admitida el 20 de marzo de dos mil dieciocho (2018), y se ordenó la notificación personal del DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en los términos del artículo 162 del

¹¹ Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folios a1 al a5.

¹² Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folios a1 al a5.

¹³ Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folios (a17) al (a27)

¹⁴ Expediente Subsanación de la Demanda, véase Folio 1838 al 1898.

CPACA¹⁵, lo cual quedo consignado en el auto No 3 de esa fecha -Acta No. 3- Así mismo, se ordenó correr traslado de la demanda a la parte convocada, por el término de veinte (20) días, los cuales empezaron a contar después de los veinticinco (25) días surtidos luego de la última notificación, en los términos del artículo 612 del Código General del Proceso¹⁶.

Que el día 21 de marzo de 2.018, mediante correo electrónico dirigido a las direcciones reportadas¹⁷ en la audiencia de instalación y en la página WEB institucional de la convocada, se procedió a notificar el auto No 3 de fecha 20 de marzo de 2018, mediante el cual, se admitió la demanda presentada por la sociedad AGM DESARROLLOS S.A.S. (antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.) contra el DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA¹⁸.

El día 21 de marzo de 2.018, se notificó por correo electrónico y se le hizo entrega copia de la demanda en medio digital y sus anexos al señor agente del ministerio público.

El mismo día antes citado, se recibió certificación procedente de la Cámara de Comercio de Cartagena, por medio de la cual, se confirmaba el recibido en casillero (buzón) del correo electrónico¹⁹ de notificación por parte del DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA de fecha 21 de marzo de 2018, a las 5:23 p.m.²⁰.

Igualmente, se le comunicó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de la existencia del proceso, mediante correo electrónico del día 21 de marzo de 2.018, con constancia de recibido No 20184050495252, en la cual se adjuntó copia de la demanda y auto admisorio de la misma²¹.

¹⁵ Expediente Autos del Tribunal, véase Folios 2419 al 2426

¹⁶ Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folios 2419 al 2426.

¹⁷ Por parte de Diana Patricia Garzón, encargada oficina jurídica, quien actuó en representación del Departamento en la Audiencia de fecha enero 18 de 2018.

¹⁸ Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folios 2429-2441.

¹⁹ Al respecto, es importante precisar que la convocada fue notificada de la demanda arbitral, en los correos electrónicos entregados por la apoderada del Departamento en la audiencia de instalación llevada a cabo el día 18 de enero de 2018, (notificaciones@sanandres.gov.co.) y adicionalmente en el correo electrónico de la página WEB institucional (servicioalciudadano@sanandres.gov.co; notificacion@sanandres.gov.co), y se le hizo entrega de la copia de la demanda en medio digital a la entidad convocada, y el día 21 de marzo de 2.018, se recibió certificación procedente de la cámara de comercio de Cartagena, por medio de la cual, se confirmaba el recibido en casillero (buzón) del correo electrónico de notificación por parte del DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA de fecha 21 de marzo a las 5:23 p.m .

²⁰ Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folios 2429 al 2441

²¹ Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folios 2427 al 2428.

Que el día 23 de marzo de 2018, se remitió a través del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, el traslado en físico de la demanda y sus anexos al DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA a través del servicio postal ENVIA guía 834002481076, el cual fue recibido por la entidad, el 26 de marzo de 2018²².

1.3.3. Contestación de la Demanda y Conducta Procesal de la Parte Convocada:

El Tribunal de Arbitramento mediante AUTO N° 4 contenido en el acta N° 4 del doce (12) de junio de dos mil dieciocho (2018), tuvo por surtida en legal forma la notificación del auto que admitió la demanda y traslado respectivo y además, resolvió tener por no contestada la demanda arbitral por parte de la entidad convocada, teniendo en cuenta que el sujeto pasivo no ejerció su derecho de defensa, durante el traslado concedido en las notificaciones efectuadas por el Tribunal Arbitral ²³ para tal efecto.

En relación con la conducta procesal asumida por la parte convocada dentro del presente tramite arbitral, este tribunal la abordara mas adelante, de acuerdo con los mandatos normativos aplicables a este tipo de situaciones.

1.3.4. Audiencia de Conciliación:

Mediante Auto No. 4 del doce (12) de junio de 2018, contenido en el acta No. 4, el Tribunal de Arbitramento resolvió: (i) dar por surtida en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda; (ii) tener por no contestada la demanda arbitral por parte de la entidad convocada, y (iii) fijar el día miércoles (20) veinte de junio de 2018, a las tres de la tarde (3:00 p.m.), para celebrar la audiencia de conciliación entre las partes, en la sede del Tribunal y en caso de que ésta fracasara, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 24 y 25 de la Ley 1563 de 2012 para fijar, en la misma audiencia, el monto de los gastos y honorarios del Tribunal de Arbitramento.

Llegada la fecha y hora, según Acta N. 5 se llevó a cabo la misma, y dado que no hubo ánimo de arreglo entre las partes, el Tribunal estimó imposible llegar a una solución conciliatoria, declarando fracasada la audiencia de conciliación mediante auto, notificado en estrados²⁴.

²² Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folios 2442 al 2445.

²³ Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folios 2452 al 2457.

²⁴ Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folios 2458 al 2462.

1.3.5. Honorarios y Gastos del Tribunal:

Agotada la etapa conciliatoria, el Tribunal, mediante Auto No. 7 de 20 de junio de 2018, fijó el monto de los gastos y honorarios de conformidad con las tarifas fijadas por el Decreto 1069 del de 2015, por tratarse de un arbitraje de carácter legal como lo indica el numeral 3º del artículo 6 de la Ley 1285 de 2009, frente a lo cual las partes manifestaron su conformidad²⁵.

1.4. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE:

Fracasada la audiencia de conciliación y cancelados los honorarios y gastos decretados, el Tribunal mediante Auto No. 8 de 12 de julio de 2018, notificado por estado a las partes y al Ministerio Público el 13 de julio de 2018, citó a las partes y al Ministerio Público a la primera audiencia de trámite en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias, para el día 27 de Julio de 2018²⁶.

El día 27 de Julio de 2018 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal se pronunció sobre su competencia²⁷, teniendo en cuenta para el efecto el contenido de la cláusula compromisoria suscrita por las partes, según quedó antes transcrita, y además, los siguientes aspectos:

1.4.1. Legitimación en la Causa, las Partes y su Representación:

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que son extremos de la relación contractual en estudio.

Las partes son personas jurídicas plenamente capaces, regularmente constituidas y han acreditado en legal forma su existencia y representación, acorde a las normas pertinentes.

1.4.1.1. Parte Convocante:

Es la sociedad AGM DESARROLLOS S.A.S. (antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.), de acuerdo al cambio de nombre realizado por escritura pública No.3000 del 2 de febrero de 2010, inscrita en la Cámara de Comercio de Magangué el 9 de febrero de 2010 bajo el número 3695 del libro IX, tal como

²⁵ Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folios 2458 al 2462.

²⁶ Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folios 2475 al 2477.

²⁷ Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folios 2478 al 2506.

consta en el certificado de existencia y representación legal, con domicilio principal en el Municipio de Magangué (Bolívar), identificada con el Nit. No. 800.186.313-0, y su domicilio contractual es en el Centro Avenida Daniel Lemaitre No. 9-45 Edificio Banco del Estado Piso 5, Cartagena (Bolívar).

Se encuentra representada legalmente por el señor PAUL ANDRES DURANGO HERNANDEZ, mayor de edad, con residencia y domicilio en la ciudad de Cartagena (Bolívar), identificado con la cédula de ciudadanía No 72.243.239 y se encuentran representados judicialmente por su apoderada judicial debidamente constituida, Doctora KETTY BEATRIZ ESPINOSA ESPINOSA, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Barranquilla (Atlántico), identificada con la cédula de ciudadanía No. 22.548.763 de Barranquilla (Atlántico), abogada titulada y en ejercicio, portadora de la tarjeta profesional No. 185.753 del Consejo Superior de la Judicatura.

1.4.1.2. Parte Convocada:

La parte Convocada en este proceso arbitral es el DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, entidad territorial de orden departamental, representada legalmente por la señora Gobernadora del Departamento, SANDRA HOWARD TAYLOR (e), identificada con la cedula de ciudadanía No. 40.986.098 de San Andrés, según Decreto N° 711 de abril 23 de 2018 expedido por el Ministerio del Interior, según consta en el expediente.

El DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, a través de la señora Gobernadora del Departamento, SANDRA HOWARD TAYLOR, otorgó poder para la representación judicial para este trámite arbitral a la Doctora MARLENE DE JESÚS ROMERO SÁEZ, identificada con la cedula de ciudadanía No. 33. 133.025 y tarjeta profesional No. 18.685 del C. S. de la J., como consta en el expediente²⁸.

1.4.1.3. Intervienen en este Proceso:

La Procuraduría General de la Nación, a través del señor procurador delegado, Dr. LUIS GUILLERMO GONZALEZ ZABALETA, Procurador 130 Judicial II Administrativo de Cartagena.

²⁸ Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folios 2446-2447.

La AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, a quien, acorde a la normatividad aplicable, le fue puesto de presente la existencia de este proceso notificándole el mismo, sin que se haya manifestado frente a este procedimiento.

1.4.2. La Demanda:

La reforma de la demanda arbitral presentada contiene pretensiones declarativas y de condena, fundamentos de hecho, y de derecho, solicitud del decreto de algunas pruebas y aporte de otras.

1.4.2.1. Hechos en que se Sustenta la Reforma de la Demanda:

En la reforma de la demanda se plantearon los hechos en los que se basan las pretensiones, a los cuales se hará referencia de manera detallada en el acápite de las consideraciones del Tribunal.

1.4.2.2. Las Pretensiones:

Las pretensiones formuladas, tomadas literalmente del escrito de reforma de la demanda, son:

“5.1.- PRETENSIONES DECLARATIVAS

PRIMERA.– Que se declare el incumplimiento del Contrato de Obra No. 141 de 2002 por parte del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por no haber cumplido con la cláusula décima del contrato “obligaciones del departamento”, referente a “facilitar la información suficiente para que el contratista pueda desarrollar su trabajo, esta información consta de los planos, especificaciones, actas de reunión, cambios, etc.”.

SEGUNDA.– Que se declare el incumplimiento del Contrato de Obra No. 141 de 2002 por parte del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por no haber cumplido con la cláusula octava del contrato “Anticipo y forma de pago”, atendiendo que no pagó a Construcciones Hilsaca las últimas actas de avance de obra.

TERCERA.– Que se declare que hubo por parte del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, indebida planeación del Contrato de Obra No. 141 de 2002, suscrito con Construcciones Hilsaca Ltda. (ahora AGM DESARROLLOS S.A.S.), lo cual generó daños y perjuicios al contratista, y en consecuencia se ordene al Departamento a adoptar todas las medidas necesarias para que se cubran económicamente las situaciones que afectaron el patrimonio del contratista.

CUARTA.– Que se declare que por hechos y omisiones imputables al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, se presentó y persiste en perjuicio de AGM DESARROLLOS S.A.S. (antes Construcciones Hilsaca Ltda.), la ruptura del equilibrio económico del Contrato No. 141 de 2002, de acuerdo con los fundamentos de hecho y de derecho que se presentan en esta demanda.

QUINTA.– Que se declare que dentro de los acontecimientos imputables al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que han afectado el equilibrio económico del Contrato de Obra No. 141 de 2002 y que se erigen en causas constitutivas de la inadecuada planeación del contrato realizada por la citada entidad contratante, se encuentran los eventos descritos en los acápite de este escrito, y aquellos que se llegaren a probar dentro del proceso.

SEXTA.– Que en virtud de las pretensiones anteriores, se declare que con ocasión a la indebida planeación contractual por parte del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, se generaron diversas vicisitudes contractuales que trastocaron la normal ejecución del Contrato de Obra No. 141 de 2002, produciendo mayor permanencia en obra, déficit o pérdidas al contratista y la imposibilidad de recibir las utilidades esperadas.

SEPTIMA.– Que se liquide judicialmente el Contrato de Obra No. 141 de 2002.

OCTAVA.– Que se declare la ineficacia de pleno derecho, por abuso de cualquier cláusula limitativa o exonerativa de responsabilidad contractual que resulten abusivas y que conlleve a la renuncia de derechos para el contratista, que se hayan pactado en el contrato o sus adicionales.

5.2.- PRETENSIONES DE CONDENA:

PRIMERA.– Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a favor de AGM DESARROLLOS S.A.S., al reconocimiento y pago de la indemnización plena e integral de los daños y perjuicios materiales, en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante, consolidado y futuro, que logren probar en el proceso, tal y como sigue:

- 1.1. El valor que se logre probar, por concepto de mayores cantidades de obra ejecutadas en el desarrollo del contrato No. 141 de 2002.*
- 1.2.- El valor que se logre probar, por concepto de obras adicionales, ejecutadas en el desarrollo del contrato No. 141 de 2002.*
- 1.3.- El valor que se logre probar por concepto de las actas parciales de obra No. 5 y 6, ejecutadas en el desarrollo del contrato No. 141 de 2002, no canceladas por parte del Departamento de San Andrés.*
- 1.4.- El valor que se logre probar por concepto de cambio de tuberías, en el desarrollo del contrato No. 141 de 2002.*
- 1.5.- El valor que se logre probar por concepto de los gastos administrativos no cancelados durante la mayor permanencia en el sitio de la obra, esto es, los días adicionales al plazo inicial del contrato, o los que llegaren a probarse, así como todos los valores*

que se logren probar en el proceso devenidos con nexo adecuado de causalidad en la falta de planeación incurrida por el Departamento al interior del Contrato de Obra No. 141 de 2002.

1.6.- *El valor que se logre probar correspondiente a la retención del 5% realizada por el Departamento de San Andrés sobre los pagos realizados al contratista (Construcciones Hilsaca), de conformidad a lo señalado en la cláusula octava del contrato 141 de 2002, la cual reza: "se retendrá el 5% como reserva para la cuenta final, que iniciará trámite de pago después de aprobada y firmada el acta de liquidación final del contrato".*

1.7.- *Los valores que se logren probar en el proceso devenidos con nexo adecuado de causalidad en la falta de planeación incurrida por el Departamento al interior del contrato de obra No. 141 de 2002.*

SEGUNDA.— *Que en todo caso, se repare integralmente los perjuicios sufridos conforme lo indica el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, así como bajo los cánones que la Jurisprudencia Contencioso Administrativa de la Sección 3ª del CONSEJO DE ESTADO ha establecido para el efecto, es decir, conforme a los cálculos actuariales aplicables en el caso.*

TERCERA.— *Que el valor de las condenas aquí señaladas, sean actualizadas al ejecutoriarse la sentencia con base en la variación porcentual del I.P.C., la liquidación de los respectivos intereses moratorios y la fórmula establecida por la Jurisprudencia de la Sección 3ª del Honorable CONSEJO DE ESTADO. Lo anterior, para efectos de compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.*

CUARTA.— *Que el laudo favorable a las pretensiones de la demanda, se le dé cumplimiento en los términos del artículo 192 del CPACA.*

QUINTA.– Que se condene a la entidad demandada, al pago de las costas y agencias en derecho, de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de proferirse sentencia que ponga fin al presente proceso.(....)”(cursiva por fuera de texto original).

1.4.3. Pronunciamiento Sobre la Competencia del Tribunal Arbitral y Caducidad:

En audiencia realizada el día 27 de julio de 2018, el Tribunal se pronunció positivamente sobre su propia competencia mediante Auto No. 9²⁹, al encontrar acreditada la existencia del pacto arbitral y que las controversias planteadas están cobijadas por éste, que son de libre disposición y de transacción por las partes y autorizados por la ley, y habiéndose cumplido lo señalado en los artículo 3 y 4 de la Ley 1563 de 2012 y demás normas concordantes.

Además de lo anterior, el Tribunal tuvo en cuenta que ambas partes tienen capacidad para transigir y para someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, las diferencias surgidas con ocasión de la ejecución del Contrato de Obra Pública No. 141 de 2002³⁰ y las controversias planteadas por la parte convocante en la demanda arbitral, son de naturaleza patrimonial o económica referidas a una relación contractual determinada y de libre disposición, por lo que de conformidad con el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, es procedente su conocimiento y decisión mediante proceso arbitral.

A su turno, el Consejo de Estado en la providencia que decretó la nulidad³¹ de lo actuado, al revisar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, encontró que en la minuta del contrato que hace parte de los pliegos de condiciones, se acordó la manera como se dirimirían las controversias contractuales.

Para el Tribunal Arbitral, como se anotó en la audiencia respectiva, es coherente la interpretación efectuada por el Consejo de Estado en la referida providencia, en que la competencia para dirimir las controversias entre AGM y el Departamento es la Justicia Arbitral, en consideración a que la cláusula arbitral que se estableció en el pliego de condiciones³² hace parte integral del contrato, incluso porque en una

²⁹ Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folio 2478 al 2506.

³⁰ Expediente Proceso Arbitral, Tomo I, véase Folios 46-53.

³¹ Expediente del Proceso Arbitral, Tomo II, véase Folios 922 al 936.

³² Expediente Anexo N. 8 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, véase Folios 8 al 71.

eventual diferencia entre el pliego y el contrato, primaba aquél, según lectura inicial³³.

Lo anterior evidencia que, a pesar de que en la minuta suscrita del contrato³⁴, no se pactó expresamente la cláusula compromisoria, la misma sí fue establecida en el pliego de condiciones, el cual hace parte integral del contrato. Acorde con los lineamientos jurisprudenciales establecidos reiteradamente por la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, es necesario manifestar que en razón a la existencia de una cláusula arbitral en el contrato, la cual es válida y vigente, podemos deducir que el competente para conocer de este asunto es el Tribunal de Arbitramento actual.

El Consejo de Estado estableció las pautas para establecer la caducidad de la acción, encontrándonos en tiempo acorde a lo establecido en la providencia anotada y la fecha de presentación de la demanda arbitral.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, se da cumplimiento a la providencia proferida por la Subsección A de la Sección 3 del CONSEJO DE ESTADO de fecha 4 de mayo de 2015, que declaró la nulidad de todo lo actuado desde la presentación de la demanda e hizo el reenvío a la justicia arbitral de la demanda presentada por la sociedad CONSTRUCCIONES HILSACA, hoy AGM y aquí convocante.

Es necesario indicar que, contra dicha providencia se solicitó aclaración y complementación del fallo por parte de la demandante, resolviendo el CONSEJO DE ESTADO negar la solicitud de aclaración y complementación solicitada en providencia del 3 de marzo de 2016, la cual se notificó el 29 de marzo de 2016, por lo que los 45 días hábiles previstos en la providencia citada, empezaron a correr a partir de esta ejecutoria, presentándose el 2 de junio de 2016 la convocatoria a Tribunal de Arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena³⁵ por parte de la aquí convocante, estando dentro del término conferido para la presentación de la demanda arbitral.

³³ En providencia(s) del Consejo de Estado, entre ellas la del 13 de diciembre de 2007, la Sección Tercera, señaló: "Mediante el análisis de los precitados documentos la Sala considera que la cláusula compromisoria que obra en el pliego de condiciones está comprendida dentro del contrato estatal suscrito entre el Consorcio L & A y el IDU, porque el pliego de condiciones forma parte integral del contrato estatal y porque incluso, ante una diferencia entre el contenido literal del pliego y el del contrato, prima aquél. Así lo ha señalado la Sala en abundantes providencias: (...) (Subraya fuera de texto).

³⁴ Expediente Proceso Arbitral, Tomo I, véase Folios 46-53.

³⁵ Expediente del Proceso Arbitral, Demanda Arbitral, véase Folios 1 al 43.

Es de anotar, que el Honorable Consejo de Estado Subsección A Sección Tercera, mediante proveído del 20 de junio de 2016, resolvió enviar el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de Cartagena³⁶.

1.5. LAS PRUEBAS DEL PROCESO:

En la primera audiencia de trámite, el tribunal profirió el Auto No. 10 de 27 de julio de 2018³⁷ mediante el cual, se decretaron las pruebas del proceso y se practicaron, de la siguiente manera:

1.5.1. Documentales:

En el expediente obran las pruebas documentales aportadas por la parte Convocante junto con (i) la demanda arbitral reformada, enunciados y numerados en el acápite documentales aportadas del Anexo 1 al Anexo 33, del literal a de medio de pruebas 9.1.; (ii) Pruebas documentales de la acción contractual seguida en el Tribunal Administrativo de San Andrés y Providencia y Santa Catalina y el honorable Consejo de Estado.

Se incorporó al expediente como prueba el material fotográfico, bitácora y planos de que trata los literales D, E, y F, del numeral 9.1.

1.5.2. Dictámenes Periciales Aportados - Corregidos y Actualizados:

La parte convocante, con la presentación de la demanda y su reforma, presentó (i) **Dictamen Pericial Técnico de fecha agosto de 2016**, Rendido por el Ingeniero Civil - perito Ingeniero ERNESTO RAFAEL MERLANO³⁸, y (ii) **Dictamen Pericial Contable actualizado a corte diciembre de 2017** rendido por S&P AUDITORES ASESORÍAS PROFESIONALES S.A.S.³⁹.

1.5.3. Pruebas Decretadas de Oficio:

1.5.3.1. Inspección Judicial con Exhibición de Documentos y Recepción de Testimonios.

Por aplicación de los artículos 167 y 236 del CGP, se practicó una INSPECCIÓN JUDICIAL en las instalaciones de la Gobernación del Departamento de San

³⁶ Folio 798 a 799 Tomo I Expediente Consejo de Estado.

³⁷ Auto del Tribunal de Arbitramento, véase Folios 2478 al 2512.

³⁸ Expediente Proceso Arbitral, Tomo II, véase Folios 953 al 970.

³⁹ Expediente Proceso Arbitral, Tomo II, véase Folios 995 al 1053.

Andrés Providencia y Santa Catalina e Inspección documental a los archivos de la entidad convocada, el día dieciocho (18) de septiembre de dos mil dieciocho (2018); posteriormente tuvo lugar la Inspección Ocular al sitio de las obras desarrolladas, haciendo un recorrido a pie de aproximadamente de un (1) kilómetro, a los lugares e intercepciones donde se ejecutó la obra, se realizó un registro fotográfico, que se incorporó al expediente.

1.5.3.2. Recepción de Testimonios.

Se ordenaron y practicaron las pruebas testimoniales de los señores HERNANDO SOLANO RUEDA, MAURICIO GALLARDO, ANSELMO STEPHENS FORBES y FREDY ABELARDO COVILLA LICERO, el día 18 de septiembre de 2018, en el ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS⁴⁰, y el testimonio del señor FREDY ABELARDO COVILLA LICERO, se llevó a cabo el 19 de octubre de 2018, en la sede del Tribunal⁴¹.

1.5.3.3. Prueba de Certificación Mediante Oficio:

Adicionalmente al expediente se incorporó certificación bajo la gravedad de juramento, suscrito por la doctora AIN ZULLEMA CONNOLLY QUINN, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia Y Santa Catalina, donde certificó que el Contrato de Obra No. 141 de 2002, suscrito entre Construcciones Hilsaca Ltda. (Ahora AGM DESARROLLOS S.A.S.) y la entidad convocada DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, no fue liquidado⁴², y además, anexó 21 folios que fueron incorporados al expediente⁴³.

1.5.4. Contradicción de los Dictámenes Periciales Aportados:

De las pruebas periciales aportadas y acorde a la contradicción del dictamen, decretada de oficio, ambos peritos fueron escuchados en audiencia. El perito Ingeniero ERNESTO RAFAEL MERLANO fue escuchado en audiencia de contradicción del dictamen por el Tribunal el día diecinueve (19) de octubre de dos mil dieciocho (2.018), entre otros temas, respecto de su idoneidad y de la metodología aplicada en el dictamen, en los términos del art. 228 del C.G.P.

⁴⁰ Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folios 2541 al 2571.

⁴¹ Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folios 2577 al 2583.

⁴² "(...) me permito bajo la gravedad del juramento certificar que una vez revisados los archivos existentes en la dependencia en relación con el contrato de obra N°. 141 de 2.002, no se encontró acta de liquidación debidamente suscrito por las partes."

⁴³ Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folios 2608 al 2610.

El perito Alfonso Pérez Horta, representante de S&P AUDITORES ASESORÍAS PROFESIONALES S.A.S., fue escuchado en audiencia de contradicción del dictamen por el Tribunal, el día diecinueve (19) de octubre de dos mil dieciocho (2.018), respecto de su idoneidad y de la metodología aplicada en el dictamen, en los términos del art. 228 del C.G.P.

1.5.5. Prueba Testimonial Desistida:

La apoderada especial de la entidad convocada Departamento Archipiélago De San Andrés, Providencia y Santa Catalina, desistió de la prueba testimonial del señor LUIS EDUARDO CASTELLANOS PEÑARANDA⁴⁴.

1.6. CIERRE DE LA ETAPA INSTRUCTIVA:

En audiencia del veinticinco (25) de octubre de 2018, se profirió el Auto No. 15⁴⁵, en donde se decretó cerrar la etapa instructiva del proceso arbitral y se citó a la audiencia para alegar de conclusión.

1.7. ALEGACIONES DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

En audiencia que tuvo lugar el día catorce (14) de noviembre de 2018, la apoderada de la parte Convocante, AGM DESARROLLOS S.A.S., presentó verbalmente sus alegatos de conclusión, de los cuales entregaron un resumen escrito que fue incorporado al expediente. Por su parte el apoderado del DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, igualmente, presentó verbalmente sus alegatos de conclusión del proceso arbitral, de los cuales entregó un resumen escrito que fue incorporado al expediente⁴⁶.

Así mismo, el representante del Ministerio Público presentó su concepto el día quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), dentro del traslado especial que le fue conferido por el Tribunal para el efecto.

⁴⁴ Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folios 2541 al 2571.

⁴⁵ Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folios 2608 al 2610.

⁴⁶ Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folios 2669 al 2673.

A los argumentos contenidos en los alegatos de las partes y en el concepto del Representante del Ministerio Público, se hará referencia en el capítulo siguiente sobre las consideraciones del Tribunal.

1.8. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO:

El término de duración del presente proceso es de seis (6) meses por mandato del artículo 10 de la Ley 1563 de 2013, como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto. Su cómputo se inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir, el 27 de julio de 2018 (Acta N° 7)⁴⁷, y hasta la fecha han transcurrido ciento cuarenta y nueve días (149) días calendarios del término del proceso.

Debe recordarse que el proceso estuvo suspendido durante treinta y un días (31) días calendarios, que sumados a los del término de duración del Tribunal, llevan a concluir que la expedición del presente Laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

2. CAPITULO DOS: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

2.1. FIJACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO:

1. La parte convocante, en su respectiva demanda arbitral, lo circunscribió a lo siguiente:

“Por tanto, en esta demanda se demostrará que por hechos imputables al DEPARTAMENTO se presentó, en perjuicio de AGM DESARROLLOS S.A.S. (antes Construcciones Hilsaca Ltda.), la ruptura del equilibrio económico del Contrato de Obra No. 141 de 2002, celebrado entre las partes, ante la ocurrencia de situaciones atípicas o anormales que rompieron la ecuación financiera del mismo, surgidas al momento del nacimiento del contrato por causas atribuibles a la citada entidad territorial como contratante –tal y como lo fue su inadecuada planeación contractual– entre otras, que provocaron la ampliación y/o suspensión del plazo de ejecución del proyecto y la modificación de las especificaciones técnicas de la obra inicialmente previstas, generando así la mayor permanencia en la obra por parte del contratista, y la alteración de las cantidades inicialmente pactadas, derivando en la causación de mayores costos

⁴⁷ Expediente Autos del Tribunal de Arbitramento, véase Folios 2478 al 2506.

(directos e indirectos). Lo que deberá conllevar que en el laudo que se decida la presente controversia se declare responsable patrimonialmente al convocado, y consecuentemente, se ordene la reparación integral de la sociedad AGM DESARROLLOS S.A.S."(cursiva por fuera de texto original).

2. De este primer planteamiento, y entendiendo el ejercicio pretendido por la convocante, se concluye que las reclamaciones efectuadas, hoy sometidas a este mecanismo arbitral, a través de la demanda arbitral, tienen su causa en unos hechos imputables e imputados al Departamento de San Andrés, los cuales generaron un daño antijurídico de origen contractual y unos perjuicios de orden económico a la convocante. Son tres tipos de daños entonces los eventualmente causados y sus consecuentes perjuicios, los que se desprenden de este enunciado y atribuibles a la convocada, a saber: (a) genéricos, (b) la ruptura del equilibrio económico del contrato de obra, debido a *la ocurrencia de situaciones atípicas o anormales* que condujeron a la ruptura de la ecuación financiera del contrato que existía al momento de su nacimiento, entre ellas la presunta inadecuada planeación contractual, (c) eventos que provocaron, (c.1) la ampliación y/o suspensión del plazo de ejecución de la obra, (c.2) modificación de las especificaciones técnicas iniciales de la obra, (c.3) mayor permanencia en obra, (c.4) alteración en las cantidades de obras iniciales y (c.5) mayores costos directos e indirectos.

3. Este planteamiento realizado bajo la definición del problema jurídico convergente, tanto por la convocante como por este Tribunal, quedo plasmado en unas pretensiones y reclamaciones puntuales efectuadas en la demanda.

4. En el acápite V de la demanda encontramos las pretensiones que se dividen en dos cuerpos, unas pretensiones declarativas y otras de condena. Identificaremos cada una de ellas con el fin de desarrollarlas en el análisis de los elementos para juicio de responsabilidad que acometemos. \

5. En las declarativas, encontramos la primera que es genérica, en la que se solicita la declaración de incumplimiento del contrato, en la segunda pretensión, se alude a unos perjuicios derivados de la conducta indebida del contratante, frente a la violación del principio de planeación y la entrega pertinente y oportuna de la información y diseños para la correcta ejecución contractual, y en la tercera, al no

pago oportuno de las obras atendiendo que no pagó al contratista las últimas actas de avance de obra⁴⁸.

6. En la cuarta pretensión se plantea que estas conductas dañinas fueron perjudiciales al patrimonio del contratista, por lo que solicita que, se le ordene a la convocada adoptar las medidas necesarias para que se satisfaga económicamente los perjuicios irrogados. Las solicitudes, anteriormente descritas, están efectuadas en las tres primeras pretensiones de la demanda arbitral.

7. Solicita en la quinta presentación la declaración de la ruptura del equilibrio económico del Contrato No. 141 de 2002, de acuerdo con los fundamentos de hecho y de derecho presentadas. En la sexta se manifiesta que durante la ejecución del contrato (6) se dieron unos "acontecimientos" y "diversas vicisitudes contractuales" que, vía violación al deber de planeación imputables al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, afectaron el equilibrio económico del Contrato de Obra No. 141 de 2002 en perjuicio del contratista. En razón a ello, hubo una "*mayor permanencia en obra, déficit o pérdidas al contratista y la imposibilidad de recibir las utilidades esperadas*". Estas solicitudes, anteriormente descritas, están efectuadas en las pretensiones cuarta a sexta de la demanda arbitral.

8. Pretende la parte actora en la pretensión séptima, que se liquide el contrato y en la octava (8) que se "*declare la ineficacia de pleno derecho, por abuso de cualquier cláusula limitativa o exonerativa de responsabilidad contractual que resulten abusivas y que conlleve a la renuncia de derechos para el contratista, que se hayan pactado en el contrato o sus adicionales*".

9. En las pretensiones de condena encontramos la primera de ellas, (8) que se condene a la convocada a una indemnización plena e integral de los daños y perjuicios materiales, consistentes en siete ítems, (8.1) mayores cantidades de obra, (8.2) obras adicionales, (8.3) del pago de las actas parciales de obra, (8.4) el cambio de tubería, (8.5) gastos administrativos no cancelados durante la mayor permanencia en el sitio de la obra, esto es, los días adicionales al plazo inicial del contrato, (8.6) el pago de la retención en garantía del 5%, (8.7) los perjuicios derivados de la falta de planeación. En la segunda, tercera y cuarta pretensión de condena solicita la reparación integral de los perjuicios sufridos conforme lo indica

⁴⁸ En este punto se deberá tener en cuenta la conducta de las partes frente a las actas de avance de obra, su elaboración, consignación de avances de obra y estado financiero y la suscripción de la misma. Es claro que a pesar de haber presentado un proyecto de liquidación bilateral que contenía actas de avance parcial y un estado financiero, las partes no lograron un acuerdo sobre la misma por lo que no se suscribió la referida acta. En el folio 7 a 98 del anexo 12 del expediente que curso en el proceso contencioso administrativo que fue remitido a este Tribunal para que hiciera parte del acervo probatorio, prueba que no fue controvertida por las partes.

el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y las pautas jurisprudenciales y que la condena por los mismos sean actualizadas al ejecutoriarse la sentencia con base en la variación porcentual del I.P.C., la liquidación de los respectivos intereses moratorios y la fórmula jurisprudencial vía condena en el laudo favorable a las pretensiones de la demanda, se le dé cumplimiento en los términos del artículo 192 del CPACA. Por último, en la pretensión quinta, solicita una condena en costas y agencias en derecho.

En ese orden, este tribunal para efectos de pronunciarse sobre el fondo del asunto, fija el problema jurídico de la siguiente manera: *¿existe o no responsabilidad contractual derivada de la ejecución del presente contrato? Si ello fuere así ¿determinar los eventuales incumplimientos contractuales de la convocada, así como su calidad, cantidad y valor? Además de ello, ¿Si se configuró o no la ruptura del equilibrio económico del presente contrato, su causación y cuantificación?*

2.2. EL ORIGEN DE LA CONTROVERSIA:

11. El Departamento de conformidad con lo señalado en el Estatuto Contractual de la Administración Pública, elaboró los estudios técnicos, presupuesto y especificaciones para la construcción del alcantarillado y dio apertura al proceso de Licitación Pública No. 007 de 2002, de acuerdo con resultados obtenidos en estudios técnicos, planos y especificaciones elaborados por ésta, con el fin adjudicar a un proponente mediante un proceso de selección objetiva y teniendo como fin la construcción del alcantarillado y reposición de placas de vías del Distrito No. 4 - Sector I en la Isla de San Andrés. Una vez surtido el cierre de la convocatoria, el proceso de evaluación de los proponentes, y de conformidad al informe de evaluación de las propuestas y a la recomendación del Comité Evaluador, el Departamento, adjudicó la Licitación Pública No.007 de 2002 a la sociedad Construcciones Hilsaca Ltda., en razón a que su oferta fue la más favorable para los intereses del Departamento; así consta en el acta de la audiencia pública y adjudicación de la licitación pública No. 007 de 2002.

12. El Contrato N° 141 de 2002, derivado del numeral anterior, fue suscrito en diciembre de 2002, *-se aclara que no se logra observar el día calendario del mes de diciembre dentro del contenido del contrato-* entre el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la sociedad Construcciones Hilsaca Ltda., hoy AGM DESARROLLOS S.A.S. (Carpeta del trámite arbitral, tomo I, folio 47 y ss de pruebas documentales aportadas por la convocante)

13. Las pólizas fueron presentadas y aprobadas por la convocada, y se suscribió acta el día 11 de febrero de 2003. En ese sentido, el plazo de ejecución del contrato, de ocho meses, debía concluir el día 10 del mes de octubre de 2003, acorde al contrato suscrito que obra en el expediente.

14. El día 9 de octubre de 2003, las partes suscribieron contrato adicional No. 1 al contrato de obra No. 141 de 2002, mediante el cual se adicionó el plazo del contrato en 120 días calendarios adicionales, que obra en el expediente.

15. La convocante en los hechos narrados indicó que, la licitación pública No. 007 de 2002, se abrió sin contar con los estudios de pre-factibilidad y de diseño definitivo con sus detalles de construcción, violando así el artículo 26 de la ley 80 de 1993 devalando una inadecuada planeación contractual del Departamento, lo cual conlleva a una mayor permanencia de obra, un cambio en una tubería adquirida por un diámetro interno diferente, adquisición de 14 bombas sumergibles las cuales no aparecían dentro del listado del equipo mínimo requerido en la obra, y que los cambios y atrasos en la entrega de los diseños generaron una mayor permanencia en obra, y fueron causa de daños que tuvo que asumir el contratista, por la no preparación de las actas y el no pago de las mismas. Estas conductas según la convocante trajeron *"como consecuencia perjuicios al contratista y un desequilibrio en la ecuación contractual"*, de acuerdo con lo expuesto en el según el tercer acápite de los Hechos de la demanda.

16. En el cuarto título de los hechos, la parte demandante expuso *"(...) las mayores cantidades y las obras adicionales ejecutadas, tales como el retiro de material sobrante"*, el sistema de MANIJA que había sugerido el contratista con anticipación, el cual no estaba previsto, la tubería de 6 pulgadas que se utilizó en las domiciliarias la empresa Construcciones Hilsaca suministró 776.50 ML, unas mayores cantidades de obra y adicionales, *"Excavación en Roca de 0-2 en una cantidad de 1.380.69 M3, Relleno Común Tipo 3 una cantidad de 388.0 M3, Suministro e Instalación de Tubería PVC de 10 pulgada 36.46 MI, Localización y Replanteo 129.03 MI. Impacto Urbano que consiste en señalizaciones, acordonamiento con cinta en las áreas de trabajo; se organizó un equipo de trabajo social el cual visitó las comunidades directamente afectadas y se inventarió el estado de las viviendas, se ejecutaron las limpiezas de los canales paralelos al tramo desde el pozo 2173 hasta el 2169 y desde el pozo 2483 hasta el 2472, suministro el combustible a la motobomba de la Gobernación para bombear todas las aguas producto de las lluvias y de los niveles freáticos, fabricación cantidades de colombinas para amarrar las cintas de seguridad con el fin de proteger y evitar accidentes a las personas que transitan por el lugar de los trabajos, como también avisos de señalización. Este ítem de impacto Urbano la*

Gobernación de san Andrés Islas, Providencia y Santa Catalina, debe cancelarlo completamente porque se ha ejecutado en su totalidad, excavaciones en Material Común de 0 - 2, este volumen se obtuvo de descubrir todas las silletas instaladas acostadas que por error del interventor se descubrieron para taponarlas, la cantidad fue de 20.3 M3. Relleno Seleccionado Tipo 2, Relleno Común Tipo 3 colocado sobre las silletas que se taponaron debido al error de la interventoría en una cantidad de 12.5 M3. Relleno en Concreto Simple colocado sobre las silletas que se atracaron en concreto en total 3.9 M3. Retiro del Material Sobrante en cantidad de 476.8 M3. Ruptura y Reconstrucción de Pavimento con una longitud total de 369.6 Ml. Domiciliarias Especiales con Interferencias estas se ejecutaron con un alto nivel de concentración de tubería en total son Ocho; excavaciones en Rocas de H = + 3.00 son excavaciones en roca realizadas a profundidades mayores de Tres Metros la cantidad total es de 44.7 M3. Excavación en Material Común de H = + 2.00 son Excavaciones que pasan de dos metros de profundidad en total son 99.87 M3. Pozos de inspección de altura de más de tres metros, son 5 pozos. Mejoramiento de la Subrrasante en una cantidad de 5,392.00 M2. Reconstrucción de canal en Mampostería, Relleno en cama de Gravilla en la instalación de la tubería de 18 pulgada. Corte de Pavimento Con Cortadora de Pavimento Para Juntas en una longitud de 1900. Plantilla Para Anden, Tapas en un total de 108.40 M2".(cursiva por fuera de texto original).

17. En el quinto orden de hechos, expresa circunstancias relacionados con el contrato adicional y la Liquidación del Contrato de Obra No. 142 de 2002, exponiendo que considera que la adición en plazo de 120 días más, obedece a la inadecuada planeación contractual de la entidad pública contratante, que causó una mayor permanencia en obra, que no se pagaron las actas de avance, que no se hubiera liquidado el contrato y que este pendiente la restitución al contratista de la rete garantía del 5%.

18. La controversia que ocupa a este Tribunal de Arbitramento se origina, a criterio de la parte demandante, en una presunta indebida planeación contractual, una mayor permanencia en obra, unas obras adicionales, unas mayores cantidades de obra, el no pago de las obras realizadas, la devolución de la retenganrantia y la ausencia de liquidación del contrato, los cuales se imputan al contratante que le generaron perjuicios patrimoniales.

19. Finalmente, sostiene que él es un contratista cumplido y que la convocada incumplió diversos deberes contractuales tanto legales como convencionales. Bajo el régimen de responsabilidad contractual centra su argumentación bajo la violación genérica del contrato, el restablecimiento económico a que tenía derecho por el quebrantamiento de la ecuación contractual por hechos imputables al

Departamento, que se traducen en la inadecuada planeación contractual y para tal fin propone un debate legal partiendo de "(...) i.-) *Un análisis a la institución jurídica del equilibrio económico del contrato*; y finalmente ii.-) *Se examinarán de manera concreta las causas generadoras de un supuesto desequilibrio en el caso concreto, es decir, el concepto de la responsabilidad contractual y el incumplimiento de las obligaciones por parte del Departamento (...)*".(cursiva por fuera de texto original).

2.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO Y RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE:

2.3.1. Pliego de Condiciones y Cláusula Compromisoria:

20. En este punto resulta de importancia para la presente decisión, entender el origen mismo del contrato y los alcances legales de la relación en su inicio, no sólo para definir la competencia, sino el régimen jurídico aplicable, el negocio jurídico, su proceso de selección objetiva, y el alcance del contrato en ciernes. En el expediente reposa el Anexo N. 8 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en los Folios 8 a 71, que se encuentra en los pliegos de condiciones, que señalan:

*"DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA*

PLIEGO DE CONDICIONES

LICITACIÓN PÚBLICA No. 007 de 2002

*OBJETO: CONSTRUCCIÓN DEL ALCANTARRILLADO Y
REPOSICIÓN DE PLACAS VÍAS DEL DISTRITO No. 4 SECTOR I EN
LA ISLA DE SAN ANDRÉS*

(...)

"2.2. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE:

"El régimen jurídico aplicable al proceso de selección, será el contenido en la Ley 80 de 1993, sus decretos reglamentarios y demás disposiciones legales vigentes"

(...)

CLAUSULA TERCERA: CANTIDADES DE OBRAS Y PRECIOS UNITARIOS: *El contratista se obliga para con el Departamento a ejecutar las obras objeto del presente contrato a los precios unitarios, y en las cantidades aproximadas, según presupuesto de obra presentado por el contratista y que se establecen a continuación: (...)*

PARAGRAFO: *Las cantidades de obras consignadas en esta cláusula son aproximadas y por lo tanto el Departamento podrá a su juicio y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contrato, disponer sobre la interpretación del contrato y la realización de modificaciones a las mismas u ordenar la ejecución de las obras no previstas pero comprendidas dentro de su objeto, por el procedimiento previsto para la interpretación y modificación unilaterales de los contratos administrativos en la ley 80 de 1993, Art. 15 y 16, o suscribir contratos adicionales cuando dichas modificaciones impliquen variación al plazo o valor convenido de conformidad con lo dispuesto en la cláusula de los contratos adicionales.*

(...)

CLAUSULA CUARTA: VALOR: *(...)*

PARAGRAFO: *El Departamento no reconocerá sumas diferentes a las aquí expresadas por la ejecución de las mismas, a menos que se traté de los ajustes de precios previstos en la cláusula de ajustes de precios, originados por la revisión de estos por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales del contrato.*

CLAUSULA QUINTA: VIGENCIA Y PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA OBRA: *El plazo de ejecución, es decir el término durante el cual el contratista se compromete a ejecutar y entregar a entera satisfacción del departamento, la totalidad de la obra objeto del presente contrato, será de _____ días, contados a partir (sic) la fecha de la entrega del anticipo y la suscripción del acta de iniciación, y la vigencia del contrato será el término de tiempo determinado para evaluar por parte de el Departamento la ejecución contractual, adelantar las acciones necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto del contrato o imponer las sanciones o en el evento contrario, este término se computará a partir de la fecha de perfeccionamiento del contrato, y contendrá el plazo de ejecución y cuatro (4) meses más. (...)*

CLAUSULA SEXTA: FORMA DE PAGO: *El Departamento pagará al Contratista el valor estipulado en la cláusula cuarta en la siguiente forma: un 50% a manera de anticipo una vez perfeccionado el presente contrato, previa presentación respectiva cuenta de cobro por parte del*

contratista y el 50% restante, mediante actas parciales según avance de la obra, previa certificación de recibo por parte del Interventor.

CLAUSULA SEPTIMA: AJUSTE DE PAGOS: Cuando por circunstancias ajenas a la voluntad del CONTRATISTA se alterare la ecuación contractual, EL DEPARTAMENTO reconocerá al CONTRATISTA el monto de los sobrecostos que se hubiere generado hasta establecer el equilibrio contractual.

(...)

CLAUSULA DECIMA: MODIFICACIONES: Los cambios o modificaciones substanciales a los planos y especificaciones objeto del contrato, deberán realizarse de común acuerdo entre las partes contratantes, mediante constancia escrita que contenga todas las condiciones sobre las cuales operarán tales modificaciones fueron realizadas unilateralmente, la parte que en ellas incurra, asumirá todas las responsabilidades y perjuicios que se deriven del tal hecho”.

21. En el numeral 1.4.3. de los antecedentes de este laudo arbitral se establecieron dos hechos jurídicos de importancia, la competencia de este Tribunal Arbitral para conocer de las controversias derivadas de la ejecución y liquidación del contrato, y otro netamente procesal, cuando consideró que la demanda fue presentada en tiempo, al no haber ocurrido el fenómeno procesal de la caducidad, por lo que para este punto traemos a este pronunciamiento lo sostenido en ese numeral.

22. Es importante para el desarrollo de este numeral y su pertinencia, traer a colación este punto de derecho, ya que el origen del contrato, sus cargas y prestaciones se remonta a los pliegos de condiciones, en razón a que fue en ese conjunto de documentos precontractuales donde se estableció en primera instancia el mecanismo arbitral como herramienta de solución a las controversias que se suscitaran en desarrollo de este negocio jurídico que nos ocupa, y en consecuencia, corresponde a este Tribunal Arbitral abordar las mismas y su competencia está determinada precisamente en el pacto derivado del cuerpo contractual, ya que, si bien es cierto que en el contrato suscrito y su clausulado, no se consignó expresamente la cláusula arbitral, esta sí se encuentra en los pliegos de condiciones, al hacer parte la minuta del contrato, de los documentos que conformaron inicialmente el proceso de selección y quedaron integrando en su conjunto el contrato, lo mismo que la mencionada clausula arbitral.

23. Acorde a su naturaleza jurídica, los pliegos de condiciones se pueden definir como un acto jurídico mixto, *“que nace como un acto administrativo de contenido general, y que, con la adjudicación y suscripción del contrato estatal,*

algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico y, por consiguiente, se convierten en cláusulas vinculantes del mismo".⁴⁹ (cursiva fuera de texto original).

24. Por lo tanto, el pliego de condiciones constituye la ley, como garantía objetiva, tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar, atendiendo que se incorporaban y se expresaban previamente los elementos extremos del negocio jurídico a celebrar, una vez seleccionado el contratista. Conduce entonces, para preservar el principio objetivo y de transparencia, que el conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración en el proceso de selección, cuenta con efectos obligatorios para ésta como para los participantes de un proceso selectivo, en aras de garantizar no sólo la escogencia del mejor proponente sino también el desarrollo mismo del proceso y sus etapas garantizando la igualdad de condiciones, como ley contractual genérica en la etapa correspondiente. Así mismo, en el pliego de condiciones se dejan definidos previamente, la regulación del proceso administrativo de selección objetiva del futuro contratista y los propios del negocio jurídico a celebrar, es decir, aquellos que harán parte del texto del contrato estatal para hacer parte integral del mismo, tales como objeto, plazo, precio, formas de pago, y todas aquellas cláusulas que le den forma al contrato, tales como los mecanismos de solución de controversias o las cláusulas exorbitantes.

25. Considerando todo lo anterior, la jurisprudencia colombiana, ha establecido que el pliego rige no sólo el procedimiento de selección del contratista, sino también los elementos del contrato que ha de celebrarse, afirmando que *"es el acto sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, por lo tanto, se erige como la hoja de ruta o el plan de navegación sobre el cual se diseña, estructura y concreta el denominado proceso contractual de la administración pública; por consiguiente, todo su contenido es obligatorio para las partes, al grado tal que sus disposiciones prevalecen sobre el clausulado del contrato una vez suscrito el mismo. En otros términos, entre una discrepancia y divergencia entre el pliego de condiciones y el contrato, prevalecerá aquél sobre este último"*.⁵⁰ (Subrayas fuera del texto original).

⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, M.P. ENRIQUE GIL BOTERO. SENTENCIA DEL 24 DE JULIO DE 2013, RAD. 25642.

⁵⁰ IBIDEM. En un mismo sentido, cita contenida en la sentencia anotada: "(...). Por tanto, no es procedente modificar ilimitadamente el pliego, mediante la celebración de un contrato que contenga cláusulas ajenas a las previstas en aquél, porque ello comporta una vulneración de las facultades y derechos generados en favor de los sujetos que participan en el procedimiento de selección del contratista: oferentes y entidad. Dicho en otras palabras, la regla general es que adjudicatario y entidad se sometan a lo dispuesto en el pliego de condiciones, incluso respecto del contenido del contrato que han de celebrar, porque el mismo rige no sólo el procedimiento de selección del contratista, sino también los elementos del contrato que ha de celebrarse. Sin embargo, es posible que, con posterioridad a la adjudicación del contrato, se presenten situaciones sobrevinientes, que hagan necesaria la modificación de las cláusulas del contrato, definidas en el

26. Sucede por tanto que, si en el pliego de condiciones está contenida la cláusula compromisoria, habrá de entenderse que la misma está comprendida en el contrato estatal que se celebró, luego de cumplido el correspondiente procedimiento licitatorio.

27. Es de mayor importancia destacar que, si bien es cierto que el texto que condensa el clausulado del contrato de obra pública celebrado entre el Departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la sociedad construcciones Hilsaca Ltda. de fecha diciembre de 2002⁵¹, es un documento en cuya literalidad no está incluida una cláusula compromisoria, no es menos cierto que dicho pacto arbitral sí se encuentra expresamente contenida en el respectivo pliego de condiciones elaborado por la entidad convocada para la correspondiente licitación No. 007 de 2002, que construcciones AGM DESARROLLOS S.A.S. (antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.) aceptó de manera incondicional con la formulación de su propuesta, la cual se ve plasmada en la suscripción del contrato de obra. El tenor literal de la misma es el siguiente:

“CLAUSULA DECIMA SEPTIMA: COMPROMISORIA: Todas las diferencias que puedan surgir relativas a la celebración del contrato y su ejecución y desarrollo, terminación o liquidación serán sometidas, a transacción y/o a la decisión de árbitro, de la Cámara de Comercio de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. El Tribunal de Arbitramento constituido se sujetará a lo dispuesto en la ley 23 de 1991, decreto 2279 de 1989 y 2651 de 1991, y a lo determinado en el artículo 70 de la ley 80 de 1993”.(cursiva por fuera de texto original).

28. En consecuencia, respecto de la cláusula arbitral, las partes mencionadas concluyeron un verdadero acuerdo de voluntades, el cual, además, cumplió con la formalidad escrita que para los contratos estatales exige la ley, como quiera que la entidad estatal contratante manifestó su conformidad con esa cláusula al incluirla en el pliego de condiciones que, mediante documento escrito, ella misma elaboró, al paso que por escrito también manifestó su aceptación el interesado y posteriormente contratista, al formular su correspondiente oferta.

pliego. En estos eventos las partes podrían modificar el contenido del contrato, predeterminado en el pliego, siempre que se pruebe la existencia del hecho o acto sobreviniente, que el mismo no sea imputable a las partes y que la modificación no resulte violatoria de los principios que rigen la licitación, ni los derechos generados en favor de la entidad y el adjudicatario”. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SENTENCIA DEL 29 DE ENERO DE 2004, EXP. 10779, M.P. ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ Y CONSULTAR DE LA SECCIÓN TERCERA, SENTENCIA DEL 11 DE NOVIEMBRE DE 2009, EXP. 17366.

⁵¹ Expediente Proceso Arbitral, Tomo I, véase Folios 46-53.

29. Con fundamento en todo lo expuesto, este Tribunal concluye que los contratantes acordaron sustraer del conocimiento de los jueces contenciosos administrativos el litigio derivado de la ejecución del contrato suscrito, mediante una cláusula compromisoria existente y válida.

30. En este sentido, como quiera que en el pliego de condiciones se estableció una cláusula compromisoria con la finalidad de acudir al Tribunal de Arbitramento para dirimir las controversias que se presentaren entre las partes, en el evento en que no las pudieren solucionar a través de los mecanismos de arreglo directo, resulta evidente que el competente para conocer de este asunto es el actual Tribunal de Arbitramento.

31. De igual manera, el Consejo de Estado en la providencia de fecha 14 de mayo de 2015⁵², decretó la nulidad del proceso instaurado por la actora frente a las controversias contractuales con el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, porque consideró su falta de competencia en razón a la cláusula compromisoria, haciendo el reenvió del proceso a la jurisdicción competente en este caso, la justicia arbitral.

32. Significa lo anterior que, tal como se dijo en su momento procesal respectivo sin que las partes hubieren objetado la competencia y una vez realizado el respectivo control de legalidad, y dado el traslado correspondiente a las partes, se agotó la posibilidad de conocimiento de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en razón a la cláusula arbitral que contiene el contrato fuente de esta controversia, tal como lo definió en su momento el Consejo de Estado en la providencia anotada. Hoy sólo queda entonces la posibilidad de administrar justicia material, como derecho subjetivo de carácter fundamental, a través de este procedimiento arbitral, en razón no sólo a lo ordenado por el Consejo de Estado sino porque efectivamente se encuentra consagrado el mecanismo alternativo de solución de controversias en el contrato, quedando en manos de la justicia arbitral el conocimiento de la acción de solución de la controversia contractual planteada.

2.3.2. El contrato de Obra:

33. Para efectos de la solución de fondo de la controversia puesta a consideración del presente Tribunal, es necesario determinar varios aspectos, entre ellos, primero sobre la naturaleza y el régimen jurídico aplicable al Contrato N° 141 de 2002, suscrito en diciembre de 2002, entre las partes aquí intervinientes.

⁵² Expediente del Proceso Arbitral, Tomo II, véase Folios 922 al 936.

34. La determinación de la naturaleza jurídica del contrato celebrado resulta fundamental para la solución de fondo de la controversia, toda vez que dependiendo de la calificación jurídica que haga el Tribunal del contrato, se podrá establecer el régimen jurídico aplicable, debido a que la doctrina al respecto ha señalado: *“al mismo tiempo que a la reglas generales de las obligaciones contractuales, cada contrato está sometido a reglas que le son particulares”*⁵³. (cursiva fuera de texto).

35. De esta manera, según la calificación jurídica que otorgue el Tribunal al contrato podrán fijarse diversos aspectos de su régimen de derecho, entre ellos – y para efectos de lo que interesa al caso concreto –, la forma, el alcance de las actividades, el precio pactado, fórmulas de pago y de la responsabilidad a cargo de las partes.

36. De las pruebas documentales relevantes para el análisis propio de este proceso, encontramos inicialmente (I) los pliegos como elemento fundacional del negocio jurídico que nos ocupa, y (II) en segundo lugar, el contrato de obra pública referenciado, suscrito por una entidad de derecho público, del orden territorial, sometido al régimen de contratación pública.

37. Para efectos de lo que interesa en este punto de la controversia, el Tribunal destaca las definiciones contenidas en el objeto del contrato⁵⁴ cuyo presunto incumplimiento se estudia, en el que se expresa lo siguiente:

OBJETO: El objeto del contrato se pactó en la cláusula primera del contrato así: *“EL CONTRATISTA se obliga para con EL DEPARTAMENTO a ejecutar por la modalidad de precios unitarios fijos sin formula de reajuste y en los términos que señala este contrato, las obras de: CONSTRUCCIÓN DEL ALCANTARILLADO Y REPOSICIÓN DE PLACAS DE VIAS DEL DISTRITO 4 SECTOR I EN LA ISLA DE SAN ANDRES, de acuerdo con el contenido en el pliego de condiciones, los planos, diseños y especificaciones suministradas por EL DEPARTAMENTO y el contenido de la propuesta presentada por el contratista de 2002, recibida el día 12 de noviembre de 2002, tal como consta en el acta de apertura de urna de la licitación No. 007 de 2002” (...).* (cursiva por fuera de texto original).

⁵³ Cfr. HENRI MAZEAUD, LEÓN MAZEAUD y JEAN MAZEAUD. Lecciones de derecho civil, parte tercera – vol. III, Los principales contratos, traducción de la 1ª ed. francesa, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 1.

⁵⁴ Expediente del Proceso Arbitral, Tomo 1, Anexo 1, véase folios 46 a 53, el Contrato 141 de 2002.

38. Para dar respuesta a esa inquietud, debe tenerse en cuenta que el artículo 32° de la Ley 80 de 1993, señala que *“son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”*. Para comprender adecuadamente la anterior definición, debe tenerse en cuenta igualmente que el literal a) numeral 1 del artículo 2° de la misma Ley 80 de 1993 señala que *“(1). Se denominan entidades estatales...los departamentos...”*. Finalmente, en cuanto al campo de aplicación del citado Estatuto, no puede perderse de vista que el artículo 1° de la misma Ley 80 de 1993 señala que *“la presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”* y el inciso primero del artículo 13 dispone que *“los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley”*. (cursivas por fuera de texto).

39. Acorde al artículo 32° citado, su numeral 1° dispone que: *“Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”*. De este mandato, colegimos que estamos ante un contrato estatal de obra pública.

40. En razón al numeral anterior, podríamos afirmar válidamente acorde con lo expuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que el legislador acogió entonces el criterio restrictivo de obra pública, que se diferencia del concepto más amplio, también reconocido en la doctrina comparada, del *“trabajo público”*, y lo limitó a un trabajo material sobre bienes inmuebles, radicando en la naturaleza de este su condición tanto de obra como la categoría de pública⁵⁵. Para el Consejo de Estado, el contrato de obra tiene como finalidad la ejecución de una obra pública, considerándose dentro del alcance de la misma todo trabajo que tiene por objeto, crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles incorporándose a dicho concepto trabajos como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de los bienes inmuebles, así como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de aquellos bienes destinados a un servicio público o al uso común.

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. 5 DE SEPTIEMBRE DE 2018, C.P. EDGAR GONZALEZ LÓPEZ. EXP. 2018-124.

41. La jurisprudencia tradicionalmente considera que el contrato de obra pública se ha clasificado, según la modalidad de pago, en contratos de obra pública a precio unitario, a precio global, por administración delegada y por el sistema de reembolso de gastos. En el derecho colombiano, esta clasificación tenía una norma positiva de carácter específico en el Decreto Ley 222 de 1983. El actual estatuto contractual, en el numeral 1 del artículo 32 ya citado, guarda silencio sobre su clasificación, lo cual permite inferir la posibilidad de mantener la práctica comercial de pactar estos contratos, según la modalidad de pago, dentro de las cuales se destaca la modalidad de pago a precio unitario generalmente utilizada para los contratos de obra, y que permite concretar la obligación de pago de la entidad estatal, según las cantidades de obra efectivamente ejecutadas de conformidad con los precios unitarios pactados.⁵⁶

42. En esta modalidad, y por la misma naturaleza del contrato que impide definir con certeza su valor real, se establecen unas estimaciones de cantidades de obra, según los estudios previos y unos precios unitarios de los respectivos ítems de obra. Se trata de un valor estimado, pues el valor definitivo y que corresponde al deber de la administración de reconocerlo y pagarlo, será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra realmente pactadas por los precios unitarios consagrados en el contrato, dentro de los límites que el mismo contrato establezca. Por lo tanto, uno es el valor estimado del contrato y otro el valor real, según las mayores o menores cantidades de obra que efectivamente ejecute el contratista para cumplir el objeto pactado. Se puede afirmar que en esta modalidad la entidad estatal asume el riesgo de pagar las diferencias en cantidades de obra que realmente se ejecuten, siempre y cuando no exista modificación alguna en los ítems y prestaciones pactadas.

43. A su vez, reiteradamente la Sala de Consulta y Servicio Civil, también ha tenido oportunidad de analizar los contratos de obra bajo la modalidad de precio unitario, entre otros, en los Conceptos del 18 de julio de 2002 y 9 de septiembre de 2008⁵⁷, donde se expresó:

“Por el contrario, en los contratos a precio indeterminado pero determinable por el procedimiento establecido en el mismo contrato (precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos), la

⁵⁶ Sobre modalidad de pago a precio unitario y a precio alzado o global ver sentencias: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias de octubre de 2011, Exp. 2007 - 00409, 27 de marzo de 2014, exp. 24.845, 11 de febrero de 1988, Exp. 4254; 3 de septiembre de 1993, Exp. 8394; 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119; 23 de abril de 2008, Exp. 16491; 20 de noviembre de 2008, Exp. 17.031; 3 de marzo de 2010, Exp. 37.644; Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de septiembre de 1990, Exp. 5.727; concepto del 18 de julio de 2002, Exp. 1439 y Concepto del 9 de septiembre de 2008, Exp. 1920.

⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. 18 DE JULIO DE 2002, C.P. SUSANA MONTES DE ECHEVERRI EXP. 1439 Y CONCEPTO DEL 9 DE SEPTIEMBRE DE 2008, C.P. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA EXP. 1920.

cláusula del valor en el mismo, apenas sirve como indicativo de un monto estimado hecho por las partes, pero no tiene valor vinculante u obligacional, pues el verdadero valor del contrato se establecerá una vez se concluya su objeto. En estos eventos, tal cláusula sólo cumple la función de realizar un cálculo estimado del costo probable, esto es, ese estimativo necesario para elaborar presupuesto o para efectos fiscales; pero el valor real del contrato que genera obligaciones mutuas sólo se determinará cuando se ejecute la obra y, aplicando el procedimiento establecido, se establezca tal costo.

Así, como se ha expuesto, bien es sabido que en los contratos en donde se conviene la remuneración por el sistema de precios unitarios, lo que se acuerda por las partes es "el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije", de manera tal que el valor total del contrato no es determinado sino determinable tal como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, bajo el supuesto, igualmente, de que el contrato de obra pública es un contrato de resultados y no de medios. El valor del contrato que se señala en su texto, es apenas estimativo del costo total, pero deberá ser cambiado a medida que se establezcan las reales cantidades de obra ejecutadas en cumplimiento del objeto contractual.

La mayor cantidad de obra que resulte por encima del estimativo inicial en los contratos de obras celebrados a precios unitarios, no implica, en principio, en forma alguna cambio de objeto ni cambio en su valor, porque en este tipo de contratos sólo podrá hablarse de este último cambio, cuando la modificación se hace en alguno u alguno de los precios unitarios convenidos. Sucede en esto algo diferente a lo que se observa en los contratos a precio alzado, en los que la variación en su valor se tiene en cuenta el valor global del mismo (...).

La norma merece una reflexión adicional. Existen eventos en los que puede determinarse con una gran precisión las unidades o cantidades de obra que se van a ejecutar; pero existen otros, como sucedió en el caso sub judice, en los que el estimativo hecho de los distintos ítems apenas es aproximado y para fines más que todo fiscales, y donde es fácil que se queden ítems sin indicar y obviamente sin valorar. No puede olvidarse que la obligación del contratista es de resultado, con una finalidad comprensiva: "Las obras necesarias para la construcción de la carretera".

⁵⁸ (cursivas por fuera de texto original)

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. 18 de julio de 2002, C.P. Susana Montes de Echeverri Exp. 1439

44. En resumen, a partir de los artículos 1º, 2º, 13º y 32º de la Ley 80 de 1993 puede concluirse de manera válida que, los contratos celebrados por las *entidades estatales*, como por ejemplo los departamentos, como es el caso de la aquí convocada, se denominan "*contratos estatales de obra pública a precios unitarios*" y se someten a las reglas pactadas en los contratos, a las establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y de manera supletiva al derecho privado.

45. En el expediente, encontramos en el Tomo 1, Anexo 1, folios 46 a 53, de este proceso arbitral, el Contrato 141 de 2002, suscrito entre el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y CONSTRUCCIONES HILSACA LTDA., por valor de \$1.688.524.101, cuyo objeto corresponde a "LA CONSTRUCCIÓN DEL ALCANTARILLADO Y REPOSICIÓN DE PLACAS DE VÍAS DEL DISTRITO 4 SECTOR 1 EN LA ISLA DE SAN ANDRES", el cual contempla lo siguiente:

(...) CLÁUSULA SEGUNDA: DOCUMENTOS DEL CONTRATO: Hacen parte integrante de este contrato los siguientes documentos: Propuesta técnica y económica presentada por EL CONTRATISTA (...) b) Los planos, diseños arquitectónicos y las especificaciones técnicas suministradas por EL DEPARTAMENTO, siendo entendido que EL CONTRATISTA ha examinado los planos, diseños y las mencionadas especificaciones técnicas, conoce las condiciones locales y el sitio donde se va ejecutar la obra y acepta la situación planteada en cuanto a localización, naturaleza, conformación de terrenos y demás circunstancias locales y generales que en cualquier forma puedan influir en los costos, desarrollo y ejecución de la obra. c) Documentos y actas que se produzcan en desarrollo de este contrato. (...) CLÁUSULA CUARTA: CANTIDADES DE OBRA Y PRECIOS UNITARIOS: El contratista se obliga para con el Departamento a ejecutar las obras objeto del presente contrato a los precios unitarios, y en las cantidades aproximadas, según presupuesto de obra presentado por el contratista de 2.002, recibida el día 12 de noviembre de 2.002. PARÁGRAFO: Las cantidades de obra consignadas en esta cláusula son aproximadas y por lo tanto el Departamento podrá a su juicio y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contrato disponer sobre la interpretación del contrato y la realización de modificaciones a las mismas u ordenar la ejecución de las obras no previstas pero comprendidas dentro de su objeto, por el procedimiento previsto para la interpretación y

modificación unilaterales de los contratos administrativos en la ley 80 de .993 (sic) Art. 15 y 18 o suscribir contratos adicionales cuando dichas modificaciones impliquen variación al plazo o valor convenido de conformidad con lo dispuesto en la cláusula de los contratos adicionales. CLÁUSULA QUINTA. VALOR DEL CONTRATO: EL DEPARTAMENTO pagará a EL CONTRATISTA por la ejecución de las obras objeto de este Contrato la suma de MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS VEINTICUATRO MIL CIENTO UN PESOS (\$1.688.524.101.00) correspondientes a los precios consignados en la propuesta (...) PARÁGRAFO SEGUNDO: Para posibles mayores cantidades de obra similares a las contratadas y de las mismas especificaciones, se aplican los precios unitarios estipulados en la propuesta de EL CONTRATISTA. PARAGRAFO TERCERO: En caso de ejecución de obras adicionales no previstas, deberán someterse antes de llevar a cabo las obras al estudio y aprobación previa del DEPARTAMENTO. CLÁUSULA SEXTA: DURACIÓN Y PLAZO DE EJECUCIÓN: La duración del presente contrato será de ocho (8) meses contados a partir del cumplimiento de los requisitos de ejecución. EL CONTRATISTA se obliga a la ejecución completa de las obras dentro de los ocho (8) meses contados a partir de la fecha de pago del anticipo. En la fecha en que la obra se inicie, se levantará un acta en la que este hecho conste, suscrita por parte del DEPARTAMENTO pueda considerar la petición de suscripción de un contrato adicional, ésta deberá hacerse por EL CONTRATISTA con una antelación no menor de 15 días calendario a la fecha de vencimiento del plazo originalmente estipulado, anexando al nuevo programa de trabajo visado por el Interventor. (...) CLÁUSULA DECIMA SEGUNDA: A más tardar el último día del plazo estipulado en cláusula segunda de este contrato, EL CONTRATISTA deberá tener debidamente terminadas y aprobadas a satisfacción del Interventor, la totalidad de las obras contratadas, completamente listas para darlas al servicio, limpias de escombros, materiales sobrantes y formaletas, ect (...).(cursiva por fuera de texto original).

46. Dentro de ese marco, no cabe duda de que el contrato celebrado entre el Departamento y AGM es un típico contrato estatal, de obra pública pactado en la modalidad de precios unitarios, acorde a la licitación pública adelantada para tal fin teniendo como objeto material la *CONSTRUCCIÓN DEL ALCANTARILLADO Y REPOSICIÓN DE PLACAS DE VIAS DEL DISTRITO 4 SECTOR I EN LA ISLA DE SAN ANDRES*, sometido a las reglas del Estatuto General de Contratación de la

Administración Pública, en la medida en que la entidad contratante es un ente del orden territorial y, por lo mismo, una entidad estatal.

47. Así, para este Tribunal, el régimen jurídico que gobierna la ejecución y efectos del Contrato No. 141 de 2002, se encuentra conformado de la siguiente manera: (i) en primer lugar, por las reglas expresamente pactadas por las partes en el texto del contrato, sus adicionales o modificatorios, y de los demás documentos que formen parte del mismo, como son los pliegos de condiciones y la propuesta, así como el principio de buena fe, que se desprende del texto constitucional; (ii) en concordancia con esas reglas, por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública aplicables a los contratos de obra pública; (iii) de conformidad con los anteriores dos grupos normativos, por las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública aplicables a toda clase de contratos estatales, y (iv) en ausencia de normas explícitas aplicables en los anteriores tres grupos normativos, por las reglas pertinentes del derecho privado contenidas especialmente en los Códigos Civil y de Comercio.

2.3.3. Contrato Adicional en Plazo no. 1:

48. Dadas situaciones del desarrollo del contrato, las partes convinieron la suscripción de un contrato adicional, donde finalmente se dejan unas constancias sobre la prórroga en tiempo y se dejan unas indemnidades de suma importancia. Sobre estos antecedentes y compromisos se debe prestar atención para entender no sólo la problemática contractual, sino las pretensiones solicitadas y la solución a las mismas. Para tal fin presentaremos unos antecedentes que dieron lugar a la suscripción de ese contrato adicional.

2.3.3.1. Antecedentes al Contrato Adicional:

49. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 191 a 192, se encuentra el Oficio del Interventor de Referencia INT-001/03-D4-12 de fecha febrero 12 del 2003, que indica:

“Se quiere informarle que la tubería PVC NOVAFORM marca PAVCO, presenta en sus referencias comerciales en forma clara EL DIÁMETRO INTERIOR de la respectiva referencia y dicha medida interna es la solicitada por los planos del proyecto y que estos son parte integral del contrato.”

De acuerdo con lo anterior y en vista de que no ha llegado la tubería D=18" a ser instalada en los primeros tramos, no se autoriza por esta interventoría la rotura de placas y excavaciones correspondientes hasta tanto no se le presente a la interventoría la disponibilidad de dicha tubería en la Isla de San Andrés".

50. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 184 a 185, se encuentra el Oficio del Interventor de Referencia INT-001/03-D4-14 de fecha febrero 18 del 2003, que indica:

"Anexo a la presente copia de plano en el cual se indica la modificación final del trazado entre pozos:

(...)

La cantidad del ítem 5.4. Suministro e Instalación tubería PVC de 18", sigue siendo la misma contratada y en general todas las cantidades contratadas no sufren ninguna variación".

51. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 182 a 183, se encuentra el Oficio de Construcciones Hilsaca Ltda de fecha 18 de febrero de 2003, que indica:

De acuerdo a lo indicado en el comité de obras de esta mañana y la sugerencia por parte del Gerente del Aeropuerto Rojas Pinilla de San Andrés, en cuanto al cambio de trazado del proyecto, solicitamos se nos confirmen las cantidades de obras reales a ejecutar en cada una de las actividades contempladas en el proyecto.

Así mismo solicitamos las carteras de localización y cotas del proyecto en cada uno de los tramos a intervenir, para que nuestra comisión topográfica pueda realizar los trazos y nivelación respectiva.

También se nos informe sobre las dimensiones y contenido de la valla a utilizar en el sitio de obra, de acuerdo a los requerimientos de CORALINA.

Por todas las anotaciones anteriores, como son la suspensión de la obra el día viernes 14, el lunes 17 por variación del trazado adicional y

la confirmación del nuevo trazado frente a la sede del DAS por parte de los diseñadores HIDROPLAN LTDA. Solicitamos se suspenda el contrato hasta haber recibido toda la información anteriormente solicitada”.

52. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 178, se encuentra el Oficio de Construcciones Hilsaca Ltda de fecha 18 de febrero de 2003, que indica:

“En respuesta a su oficio INT-001/03-D4-14, de fecha febrero 18 de 2003, quiere que me confirme si el nuevo trazado señalado por usted, ya fue aprobado por los supervisores del proyecto y la firma consultora HIDROPLAN LTDA, la cual realizo los diseños del proyecto en mención.

Lo anterior para no hacer replanteos y/o cortes de pavimento, que más tarde tengan que suspenderse por la localización incorrecta del proyecto y los cuales causarían sobrecostos al proyecto”.

53. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 175 a 176, se encuentra el Oficio del Interventor de Referencia INT-001/03-D4-15 de fecha febrero 19 del 2003, que indica:

“En consideración a que la zona por donde se proyecta los tramos 2172, 2173, 2173, 2175 y 2176, por parte del diseñador HIDROPLAN LTDA, se encuentra dentro de la zona denominada en el POT de 1984 y en el POT proyectado en el actual periodo, como ZONA DE RESERVA AEROPORTUARIA, se requiere implementar un tramo nuevo el cual estará comprendido entre los pozos 2176 a 2136, que no afecta el rediseño original de HIDROPLAN LTDA, por cuanto el mismo puede ser construido si la Gobernación lo cree pertinente en el futur”.

54. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 174, se encuentra el Oficio del Departamento de fecha febrero 19 del 2003, que indica:

Por medio de la presente damos respuesta al oficio INT-001/003-D4-15 fechado 19 de febrero de 2003, donde se solicita el aval a la implementación de un nuevo tramo comprendido entre los pozos 2172 y 2136.

Esta supervisoría considera favorable tanto técnica como económicamente la implementación que usted propone. Por tal motivo se da aval a la petición por usted solicitada.

55. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 175 a 176, se encuentra el Oficio del Interventor de Referencia INT-001/03-D4-20 de fecha marzo 05 del 2003, que indica:

“Como lo indican los oficios INT-001/03-D4-08, INT-001/03-D4-11 y INT-001/03-D4-17 se le solicita nuevamente dar a conocer a esta interventoría las gestiones realizadas con lo que respecta a la apertura de la cuenta conjunta.

Si los dineros fueron consignados en cuenta personal o de la empresa Construcciones Hilsaca Ltda, se le solicita soportar las compras de material hasta el día once (11) de febrero de 2003 con las respectivas facturas de compra y el soporte de extracto bancario donde se puede observar la equivalencia de la compra Vs Cheque girado. Se aclara que desde la fecha señalada anteriormente no se ha tenido conocimiento por parte de la interventoría de la solicitud de retiro de dineros para inversión en obra”.

56. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 167 a 168, se encuentra el Oficio del Interventor de Referencia INT-001/03-D4-21 de fecha marzo 07 del 2003, que indica:

“Considerando que mediante oficios INT-001/03-D4-08, INT-001/03-D4-11, INT-001/03-D4-17 y INT-001/03-D4-18 se le ha solicitado a la firma Construcciones Hilsaca Ltda ejecutora de la obra de la referencia, dar a conocer a esta interventoría las gestiones realizadas con lo que respecta a la apertura de la cuenta conjunta y la presentación actualizada del programa de trabajo, como lo señala el pliego de condiciones y el otrosí al contrato, sin que a la fecha se haya obtenido respuesta positiva al respecto”.

57. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 165 a 166, se encuentra el Oficio de Construcciones Hilsaca Ltda de fecha Marzo 7 del 2003, que indica:

“Nuestro interés en todo momento ha sido dar comienzo a las excavaciones, al canal de aguas de lluvia y demás actividades contempladas en el contrato, pero las cuales, de acuerdo a su oficio No. INT-001/03-D4-09 de fecha 11 no podían ser intervenida. Además, se suspendieron las actividades de excavación en el tramo autorizado en este oficio de acuerdo a lo señalado por ustedes en el documento inicialmente señalado.

Por todo lo anterior es que no hemos podido entregar la programación de obras solicitada por usted, ya que no hemos tenido conocimiento de embarque por parte de nuestro transportador en la ciudad de Barranquilla, debido a la demora en el proceso de fabricación, el cual es demasiado largo por no contar con los moldes en esta ciudad sino en la planta de Bogotá. Una vez confirmado el manifiesto de embarque estaremos en condiciones de reprogramar la obra de acuerdo a los tiempos suspendidos”.

58. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 152 a 154, se encuentra el Oficio de Construcciones Hilsaca Ltda de fecha Marzo 8 del 2003, que indica:

“En lo pertinente al programa de obra me permito enviarle una programación general correspondiente a todos los meses contemplados en el plazo del contrato, porque usted debe tener claro que de acuerdo con su oficio INT-001/03-D4-05 nos entregó todos los tramos del proyecto a intervenir, sin suministrarnos las ubicaciones, los niveles y la ingeniería de detalle de los ítem 11.3, 11.4, 11.5, 11.6, 12.1, 13.1. Posteriormente en oficio INT-001/03-D4-05 nos restringió el área de trabajo “con el objeto de agilizar el desarrollo inicial de la obra” al sector comprendido entre la Av. Colon con Cr. 10ª hasta la Cr. 10 con Cllé. 8 y finalmente con oficio INT-001/03-D4-12 nos suspendido el contrato hasta tanto no suministráramos una tubería de 20” que no aparecía en los pliegos y era la requerida en el tramo antes mencionado. Por lo tanto, nos permitimos solicitarle nos entregue la ingeniería de detalle de los ítems antes mencionado y nos autorice iniciar la rotura del tramo antes expuesto, para reprogramar la obra”.

59. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 148 a 149,

se encuentra el Oficio del Interventor de Referencia INT-001/03-D4-26 de fecha marzo 11 del 2003, que indica:

“Señala el ingeniero Covilla en el su oficio: “...En conclusión el numeral 5.5 del CAPITULO V de los pliegos no comprometen la apertura de una cuenta conjunta y no es documento superior del contrato de la referencia, el cual es LEY entre las partes que lo suscribe”.

Obsérvese entonces como el instrumento llamado a regular el contenido del contrato es el pliego de condiciones, el cual, de acuerdo con la doctrina y a la jurisprudencia, tiene el contenido de una norma de carácter general y como tal prima sobre los actos individuales que se expidan durante la ejecución de las disposiciones en el contenidas, incluyendo para este caso el contrato mismo”.

60. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 148 a 149, se encuentra el Oficio del Interventor de Referencia INT-001/03-D4-28 de fecha marzo 21 del 2003, que indica:

“A pesar de que el pliego de condiciones de la licitación del contrato de la referencia, establece el requerimiento del manejo conjunto del anticipo entre el contratista y la interventoría, dicho requerimiento no quedo plasmado en ninguna cláusula del contrato, ni se siguieron los procedimientos administrativos propios para dicho manejo, como lo son la apertura de una cuenta anticipada entre las partes y posterior a ello el departamento realizar la consignación del total del anticipo en dicha cuenta. Es de anotar que si bien el contrato fue firmado en diciembre del 2002 este fue SUSCRITO en enero de 2003 (...).

Teniendo en cuenta que el contratista no ha acatado ninguna de las solicitudes anteriores recomendando a la Oficina Asesora Jurídica agotar los últimos recursos al respecto y en caso de no obtener respuesta positiva por parte del contratista, se recomienda hacer efectiva la CLAUSULA DECIMA PRIMERA: GARANTIA del contrato 141 de 2002 que en el inciso C) dice: “De buen manejo de anticipo por el cien por ciento (100%) del valor del mismo....” Y que lo ampara la póliza de Seguros del Estado No. 033600035 del nueve (09) de enero de 2003”.

61. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 152 a 154,

se encuentra el Oficio de Construcciones Hilsaca Ltda de referencia CHSAI-141/02-35 fecha marzo 24 del 2003, que indica:

“Cordialmente me dirijo a usted con el fin de manifestarle nuestra inquietud con respecto a la entrega final en el Pozo No. 2136, ya que se han hecho mediciones de las cotas del nivel de agua y nos damos cuenta que la entrega de agua se hace sumergida, lo que puede generar un represamiento en el sistema.

Por tal razón les solicitamos que realicen una revisión del diseño en este punto y nos informen a la mayor brevedad que correctivos se deben realizar o si puede operar el sistema de alcantarillado en estas condiciones”.

62. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 131 a 132 se encuentra el Oficio del Interventor de Referencia INT-001/03-D4-31 de fecha marzo 26 del 2003, que indica:

“Por medio de la presente se le solicita colocar en obra el equipo mínimo propuesto para realizar los ítems de alcantarillado, hasta la fecha se ha observado muy bajo rendimiento en obra de los equipos alquilados (dos retroexcavadoras y un compresor)”.

63. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 124 a 126 se encuentra el Oficio del Interventor de Referencia INT-001/03-D4-35 de fecha abril 03 del 2003, que indica:

“A fin de realizar un recibo de tuberías instaladas se le solicita el cumplimiento las especificaciones técnicas numeral 3.2.73.03 que dice: “Los tramos de tuberías no serán recibidos hasta cuando los pozos de inspección que los limiten, estén totalmente terminados o al menos hasta una altura de un metro por encima de la clave del tubo”.

64. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 99 a 100 se encuentra el Oficio de Construcciones Hilsaca Ltda de fecha 03 de abril de 2003, que indica:

"Por las razones antes expuestas, les estamos solicitando muy respetuosamente, que sí esta interventoría sigue empeñada en entorpecer nuestros trabajos y sin ninguna clase de colaboración para el buen transcurso de los mismos, se nos cambie la misma, por una que se consiéntase, y sin ningún tipo de interés, de la importancia del objeto del contrato de un Interventor".

65. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 97 a 98 se encuentra el Oficio del Interventor de Referencia INT-001/03-D4-36 de fecha abril 04 del 2003, que indica:

"Para el manejo conjunto de la cuenta del anticipo del contrato de la referencia el contratista Construcciones Hilsaca Ltda el día treinta y uno (31) de marzo finalmente accedió a llevar una cuenta conjunta con la interventoría y a la fecha no ha justificado la inversión de quinientos noventa y dos millones de pesos (\$592.000.000.00) que fueron invertidos sin autorización de la Gobernación ni de la interventoría".

66. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 95 a 96 se encuentra el Oficio del Interventor de Referencia INT-001/03-D4-37 de fecha abril 04 del 2003, que indica:

"En reunión de comité de obra #002 del día 02 de abril del presente, se analizó el gasto de anticipo presentado por ustedes el día 08 de marzo, sin los respectivos soportes legales y contables y se determinó en el mismo comité que no se autorizarían nuevos desembolsos del saldo de anticipo hasta tanto no se justifique y legalice la inversión previa de anticipo realizada por ustedes sin visto bueno de interventoría, Unidad Administrativa de Servicios Públicos y Secretaría de Infraestructura y Obras Publicas como se estableció en el pliego de condiciones".

67. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 84 se encuentra el Oficio del Departamento S.I.O. 189-2003 de fecha abril 22 del 2003, que indica:

"La presente es con el fin de recordarle que se debe cumplir a cabalidad con el Plan de manejo impuesto por la entidad CORALINA el cual es un ítem del contrato de la referencia; lo anterior es debido a que en

reiteradas ocasiones se les ha solicitado en los comités de obra que cumplan con lo requerido y no se han notado los frutos y la ejecución de los compromisos adquiridos.

Por lo tanto la Administración solicita formalmente lo que ya muchas veces ha solicitado: un buen desempeño del plan de manejo, la no ocupación del espacio público con materiales de desechos de la obra, la señalización pronta y oportuna en las horas diurnas y nocturnas, las normas de seguridad a trabajadores y alrededor de la obra”.

68. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 78 se encuentra el Oficio del Interventor de Referencia INT-001/03-D4-49 de fecha abril 29 del 2003, que indica:

“Muy amablemente me dirijo a usted para sugerirle tenga para el desarrollo de la obra, los resultados de excavación en roca durante el mes de abril y rendimientos netos para excavación en roca durante doce (12) días del mes de mayo.

Como puede observar es necesario según los rendimientos del mes de mayo incrementar para cumplir con el tiempo en alrededor de cuatro (4) retroexcavadoras con martillo por excavación en roca”.

69. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 78 se encuentra el Oficio del Interventor de Referencia INT-001/03-D4-50 de fecha mayo 19 del 2003, que indica:

“Así mismo el contratista por solicitud de la interventoría entrego soporte de FACTURACIÓN de valores ejecutados por parte del contratista con cargo a la obra, facturas estas que en ningún momento tuvieron aprobación previa por parte de la interventoría para su gasto, habiendo sido de total decisión por parte del contratista, lo que en alguna medida ha impedido realizar la verificación plena de dichos desembolsos de anticipo.

En razón de lo anterior, estoy poniendo en su conocimiento de que a la fecha el contratista Construcciones Hilsaca Ltda, NO HA REALIZADO MANEJO CONJUNTO DE ANTICIPO, de acuerdo con lo establecido en el Pliego de Condiciones de la Licitación, mas no ESTABLECIDO EN

EL CONTRATO suscrito entre el departamento Archipiélago de San Andrés y Construcciones Hilsaca Ltda”.

70. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 65 a 66 se encuentra el Oficio del Interventor de Referencia INT-001/03-D4-51 de fecha mayo 22 del 2003, que indica:

“La presente con el fin de manifestar la preocupación por la paralización parcial de las obras en los tramos 2172-2171-2170 a partir del día diez siete de mayo, algunos de los motivos fueron los siguientes:”

71. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 63 se encuentra el Oficio del Departamento de referencia SIO 272-2003 de fecha mayo 26 del 2003, que indica:

“Muy a pesar del cambio de ritmo de los trabajos en los últimos días del contrato de la referencia, se observa con preocupación que para un lapso de tiempo transcurrido de más del 35% del total para ejecución de la obra, solo se demuestra un máximo de 6% de Obra Ejecutada.

Es así como se requiere DE CARÁCTER URGENTE a más tardar el día 28 de mayo a las 3:00 P.M. el cronograma de obra debidamente aprobado por la Interventoría; en caso contrario será asumido para todo efecto legal, el único cronograma presentado y aprobado por la Administración durante el proceso Licitatorio y que hace parte de la oferta Ganadora. A su vez toda obra hasta la fecha ejecutada deberá coincidir con el cronograma lo cual es de estricto cumplimiento en aras de que se ejecute la totalidad de la obra en el tiempo previsto para ello”.

72. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 99 a 100 se encuentra el Oficio de Construcciones Hilsaca Ltda de referencia CHSAI-141/02-60 de fecha 28 de mayo de 2003, que indica:

“Por tal razón les solicito que primero se resuelva de carácter URGENTE por parte de la Administración los Diseños del canal de aguas lluvias, ya que este ítem representa aproximadamente el 10% del valor del contrato y se ha convertido en un cuello de botella para implementar otros frentes de trabajo que puede contribuir al atraso

de las obras y poder realizar una reprogramación seria acorde con las condiciones y recursos disponibles”.

73. Expediente Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 52 a 54 se encuentra el Oficio del Interventor de Referencia INT-001/03-D4-58 de fecha junio 3 del 2003, que indica:

“De acuerdo con visita de inspección realizada al canal final que ha estado siendo utilizado como drenaje de las aguas bombeadas del nivel freático, a través de uno de los canales de aguas lluvias del sector, quiero comunicarle que se encuentra la zona anexa al canal final en plena inundación, ya que se ha perdido o bajado la infiltración en el subsuelo y el vertimiento al mar por rebose, presentándose una acumulación de aguas que pueden estar alterando las condiciones bióticas y la proliferación de vectores que transmiten enfermedades, y por lo tanto se le solicita de inmediato”.

74. Observa el tribunal de las pruebas documentales arrimadas al plenario, el Anexo No.12 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 207 a 210, se encuentra el Oficio del Interventor dirigido al Departamento de fecha 24 de junio de 2003 de referencia INT-001/03-D4-69, que indica:

“Ante esta situación la interventoría recomienda seguir las siguientes acciones:

A – Reportar estos incumplimientos del contrato a la Compañía Aseguradora, indicándoles que si el contratista no coloca los equipos necesarios y en condiciones operativas de acuerdo con las necesidades de la obra y el plazo faltante, en un plazo de quince (15) días se declarará el incumplimiento del contrato.

B – Manifestar a la compañía de seguros la intención de hacer efectiva la póliza de buen manejo de anticipo teniendo en cuenta que el contratista realizó el manejo del anticipo, sin tener en cuenta el pliego de condiciones ni las recomendaciones de la interventoría y el Departamento, y a la fecha no ha explicado satisfactoriamente a la interventoría el destino que le dio a todos los dineros girados para la ejecución de las obras ni ha reportado los saldos existentes en la cuenta que manifestó haber abierto para tal fin.

C - En caso de que el contratista no coloque los equipos en el plazo de los quince días la interventoría recomienda la aplicación de la CLAUSULA DECIMA NOVENA: CADUCIDAD, o la CLAUSULA VIGESIMA TERCERA: DE LA MODIFICACIÓN, INTERPRETACIÓN Y TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO, debido a la capacidad financiera, administrativa y técnica para llevar a cabo el contrato en el tiempo faltante.

E – Iniciar las acciones legales necesarias para cobrar los perjuicios que los abandonos de las obras causen al Departamento.

F – La interventoría recomienda la aplicación de la CLAUSULA DECIMA CUARTA: MULTAS, por incumplimiento en la reprogramación de obra presentada”.

75. Observa el tribunal de las pruebas documentales arrimadas al plenario, el Anexo No.03 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 1 a 2, se encuentra el Oficio del Departamento dirigido a Construcciones Hilsaca Ltda de fecha DDG-1048-2003 de fecha 1 de julio de 2003, que indica:

“De otra parte y teniendo en cuenta los temas tratados en la reunión sostenida el día 12 del mes, en donde asistieron la Jefe de la Oficina Jurídica, el Secretario de Infraestructura y Obras Públicas, el interventor Ingeniero Solano y en representación de Construcciones Hilsaca Ltda, los ingenieros Carlos Bryan y Roger Turizzo Turizzo, me permito requerirlos con el fin de que se sirvan dar cumplimiento al contrato con ustedes suscrito ya que es de público conocimiento el hecho de que hasta la fecha no se ha ejecutado sino aproximadamente un 12% de las obras contratadas, sumándose al ello, el hecho de que ha sido requerida esta Gobernación, por parte de Coralina y la Procuraduría Ambiental, debido al bombeo que efectúa su empresa de las aguas freáticas en el humedal, ubicado en el sector aledaño a la Defensa Civil, al considerarse que se está produciendo un daño ambiental, en virtud de todo lo anterior se exige el CUMPLIMIENTO de la ejecución de la obra y la abstención de realizar actividades que pongan en peligro el medio ambiente más exactamente el arrojado de sustancias al mencionado humedal”. (cursiva fuera de texto original).

76. Observa el tribunal de las pruebas documentales arrimadas al plenario, el Anexo No.02 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 274 donde se encuentra el Oficio del Departamento a Construcciones Hilsaca de fecha 1 de agosto de 2003 de referencia OAJ-864-2003 que reza:

“Es oportuno recordarle que mediante oficio DDG-1048 de julio 1 de 2003, la señora Gobernadora los requirió a fin de dar cumplimiento a lo pactado y evitar usar las cláusulas de multa y penal pecuniaria, no obstante lo anterior el reporte del incumplimiento por parte de ustedes es notorio y alarmante, por lo que acogiéndonos a lo consagrado en los numerales 1 y 2 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, exigimos cumplir con lo que se comprometió hacer en forma idónea y oportuna, es decir apropiada y ajustada a las normas técnicas y usuales para cada ítems contratado, con el fin de lograr la adecuada ejecución del contrato, sin tener que llegar a tomar medidas más drásticas con las cuales se vería perjudicada su firma’. (cursiva por fuera de texto original)

77. Observa el tribunal de las pruebas documentales arrimadas al plenario, el Anexo No.02 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 228 a 229, donde se encuentra la agenda de Compromiso del Acuerdo Avance de Obras Contrato No. 141 de 2002 de la Procuraduría General de la Nación de fecha 08 de agosto de 2003, que señala:

1.- A partir del día (09) de agosto de 2003, se instalarán en la obra mínimo cinco (5) tubos diarios, realizando una revaluación semanal, que deberá arrojar un resultado de mínimo 35 tubos instalados en ese período.

2.- Se aumenta el equipo o frentes y horarios de trabajos y se implementara la maquinaria, a efectos de lograr un mayor rendimiento y avance en la ejecución de la obra.

3.- La inobservancia del presente acuerdo acarreará las consecuencias legales a que hubiera lugar.

La Procuraduría Regional realizará un seguimiento semanal a las obras a fin de verificar el avance en los trabajos y recibirá informes periódicos (mínimo una (1) vez por semana) del interventor sobre el cumplimiento del acuerdo. (cursiva por fuera de texto original)

78. Observa el tribunal de las pruebas documentales arrimadas al plenario, el Anexo No.12 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 202 a 203, donde se encuentra el Oficio del Interventor dirigido al Departamento de fecha 30 de septiembre de 2003 de referencia INT-001/03-D4-110, que indica:

“En respuesta a la solicitud de oficio de la referencia les informo que el Contrato No. 141 de 2003, de acuerdo a los rendimientos actuales de trabajo no alcanzará a ejecutar las labores pendientes que considero están cercanas a un 65% de obra y se deberán ejecutar en solo ocho (08) días, tiempo faltante para ejecutar las obras.

Con respecto a la inquietud sobre cuáles son los pasos a seguir con la relación a la anterior situación la interventoría ha revisado los oficios CHSAI-141/02-95 del 24 de septiembre, CHSAI-141/02-100 del 29 de septiembre y CHSAI-141/02-100 del 01 de octubre de 2003 y de ellos se puede concluir que:

- 1. La interventoría no encuentra justificada de ninguna manera los numerales 1, 2, 3 y 5 del oficio CHSAI-141/02-95 del 24 de septiembre de 2003, teniendo en cuenta las respuestas a la mismas inquietudes que en su momento se dieron y a lo establecido en el pliego de condiciones.*
- 2. La interventoría encuentra justificado el tercer párrafo del numeral 4 del oficio CHSAI-141/02-95 en cuanto a que el PMA no es suficientemente claro con lo que respecta el manejo de aguas lluvias y freáticas, ello dificultó y paralizó en varias oportunidades la ejecución de las obras.*
- 3. La interventoría encuentra justificado el numeral 6 del Oficio CHSAI-141/02-95 teniendo en cuenta las diferentes situaciones que en su momento se dieron y debido a la exigua red vial existente en el sector aledaño al proyecto.*
- 4. La interventoría no encuentra justificado los numerales 1, 3 y 5 del oficio CHSAI-141/02-100, después de revisar los rendimientos de equipos puestos en obra día a día durante los 231 días corrido desde la firma del acta de inicio.*
- 5. La interventoría encuentra justificados los numerales 2, 4, y 6 del oficio CHSAI-141/02-100 y considera que las razones expuesta allí son de amplio conocimiento por las partes.*
- 6. La interventoría encuentra justificados todos los numerales del oficio CHSAI-141/02-101”.* (cursiva por fuera de texto original)

79. Observa el tribunal de las pruebas documentales arrimadas al plenario, el Anexo No. 2 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en los Folios 101 a 102, donde se encuentra el Oficio del 05 de octubre de 2003 de referencia INT-001/03-D4 del Interventor de la Obra, que señala:

Por lo anterior, la interventoría recomienda a la Administración Departamental, conceder al contratista una prórroga de 120 días calendario para la entrega de las obras de la referencia a partir de la terminación del plazo contractual, para lo cual la Administración Departamental deberá plasmar como mínimo en el contrato adicional las siguientes exigencias que deberán ser de estricto cumplimiento por parte del contratista así:

- 1. El contratista presentará reprogramación de obra para los 120 días y el incumplimiento de este deberá generar multas de acuerdo a las cláusulas del contrato inicial.*
- 2. El contratista presentará cronograma detallado de recursos, equipos y personal necesarios para terminar la obra en el tiempo pactado.*
- 3. El contratista no presentará reclamaciones posteriores en lo que respecta a lo indicado en los Oficios CHSAI-141/02-95, CHSAI-141/02-100 y CHSAI-141/02-101, teniendo en cuenta que la interventoría no acepta ninguna de las razones allí expuesta.*
- 4. El contratista acepta que la mayor permanencia en obra de equipos y personal no generará mayores erogaciones para el Departamento de las establecidas en el contrato inicial.*
- 5. Que el contratista deberá gestionar ante la Ocre los permisos para el personal no residente en las Islas. (cursiva por fuera de texto original)*

80. Observa el tribunal de las pruebas documentales arrimadas al plenario, el Anexo No. 2 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folios 100, donde se encuentra el Oficio del 06 de octubre de 2003 de referencia SIOP 658/03 del Departamento, señala que:

""Teniendo en cuenta el Oficio INT-001/03-D4-112 de fecha 05 de 2003, remitido por la Interventoría del Contrato referenciado, me permito aprobar la ampliación del Plazo en Ciento Veinte (120) días calendario a partir del vencimiento el plazo del Contrato Principal, apoyado en los

numerales consignados del mismo oficio de la Interventoría, los cuales deben quedar incluidos en el Contrato Adicional.

Esta prórroga de plazo no genera aumento en el valor del Contrato principal, además es oportuno aclararles lo solicitado en el oficio OAJ 1158 de 2003 que respecto a la fecha de Inicio de ejecución de las Obras esta se efectuó teniendo en cuenta lo estipulado en el Pliego de Condiciones, tal como lo indica el numeral 5.2: o sea con la entrega del Anticipo y la suscripción del Acta de Inicio (febrero 11 de 2003), por lo anterior a partir de dicha fecha se dieron los dos requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones.” (cursiva por fuera de texto original)

81. Observa el tribunal de las pruebas documentales arrimadas al plenario, el ANEXO No. 2 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en los Folios 127 a 133, donde se encuentran el Oficio enviado por el contratista, de fecha 22 de septiembre de 2002 de referencia CHSAI-141/02-95, donde deja consignado lo siguiente:

“DIAMETRO DE LA TUEBRÍA: (...) nos encontramos con la sorpresa de la existencia de una diferencia conceptual en los diámetros de las tuberías NOVAFORT de PAVCO S.A. aducido por ustedes manifestando en su oficio INT-001/03-D4-12, ordenándose la suspensión de las labores de Excavación hasta que se definiera la situación del diámetro de la tubería 18’.

(...)

Se realizó reunión en el despacho del Secretario de Infraestructura y Obras Publicas con los funcionarios de la Gobernación con el objeto de aclarar el desacuerdo existente entre los diámetros definidos en el diseño y los pliegos, debido a la ambigüedad de estos últimos, por no existir concordancia entre los diseños y los diámetros de tubería que aparecen en los pliegos licitatorios.

(...)

Por esta situación se perdieron 30 días en el plazo contractual porque tampoco se autorizaba abrir otros frente de trabajo cuyas tuberías se encontraba en el muelle y fácilmente se podían acometer.

CAMBIO DE DISEÑO EN EL TRAZADO INICIAL: Una vez se iniciaron las labores de localización y corte del pavimento, de acuerdo a la solicitud de oficio INT-001/03-D4-09, al frente del Comando del Grupo Aéreo del Caribe, la AERONAUTICA CIVIL le manifestó al Contratista y a la Interventoría que no se podía construir el alcantarillado por donde iba el trazado inicial por estar en zona de reserva aeroportuaria, situación perfectamente clara y conocida por ustedes, que obligo a la Administración Departamental a estudiar y presentar un nuevo trazado localizado entre las oficinas del D.A.S. y el estado Wellingworth May, proceso en el cual se perdieron dos semanas como se puede deducir de las anotaciones en la Bitácora y los oficios que la sustenta.

FALTA DE DISEÑOS DEL CANAL DE LA AVENIDA JUAN XXIII: Las obras del Canal de la Av. Juan XXIII no tenía definido su Diseño, en nota de Bitácora del día 24 de marzo el Contratista solicita los planos del canal con el objeto de abrir un nuevo frente. Los diseños iniciales del canal solo se entregaron hasta el día 8 de abril, después el día 23 de abril la Interventoría informa al contratista que todo el canal será reconstruido, por lo tanto, da la orden de iniciar la demolición la cual fue acatada por el contratista, recibiendo, después de haber iniciado, una contraorden de suspender las labores y esperar a un nuevo diseño el cual después de reiteradas comunicaciones fue entregado el día 12 de junio. Lo anterior motivo además de las pérdidas económicas incurridas por los trabajos ya adelantados, retrasos sustanciales en la programación del proyecto.

PROBLEMAS CON EL SITIO DE VERTIMIENTO DE LAS AGUAS: Durante la ejecución del proyecto el bombeo de las aguas freáticas a sido uno de los problemas más difíciles de acometer debido a que ni los pliegos ni en los estudios de suelos, aparecían los volúmenes de agua a evacuar, que además de las condiciones del terreno no se puede utilizar sistemas de abatimiento del nivel freático como es el sistema de WELL POINT.

En nuestra propuesta estudiada y aprobada por ustedes con la cual resultamos favorecidos en la adjudicación y firma del respectivo contrato, no consideramos tantas bombas para abatir el nivel freático, a la fecha hemos suministrado 14 bombas entre 2" y 4", que supera ampliamente el considerado y las cuales resultan insuficientes para las labores requeridas.

El manejo de aguas pluviales y freáticas contemplado en el Plan de Manejo Ambiental, que dificultan las condiciones de vertimiento de dichas aguas critica en el sector del C.A.I. de la Cleff como le cosnta al Ing. Luis Castellanos, motivando la suspensión del bombeo de aguas freáticas. Situación que fue resuelta el día 1 de Julio construyendo una conexión directa al pozo 2136 para la evacuación de las aguas subterráneas (no contempladas contractualmente).

En conclusión, este ha sido uno de los puntos que más ha iniciado en las demoras del proyecto generando un atraso de 45 días en la excavación en roca que es el ítem más crítico del proyecto.

SATURACIÓN CANALES DE EVACUACIÓN: Las lluvias han incidido en el atraso del proyecto ya que cuando se presentan no se puede seguir laborando porque los canales previstos que se utilizan para evacuación de las aguas freáticas se saturan con las aguas lluvias que son bombeadas por parte de la Gobernación como parte de su plan de control de inundaciones, de tal forma que el bombeo del contrato debe suspenderse afectando de esta forma el proceso de colocación de la tubería.

PROBLEMAS DE ACCESO A VIAS: Como el proyecto de la referencia afecta una de las vías más importantes de la Ciudad de San Andrés Isla, se ha tenido que programar las obras para impedir el bloqueo definitivo de algunos sectores, como es el caso del tramo de la Av. Juan XXIII hasta la 20 de Julio que el día 12 de septiembre los miembros de la comunidad vecinos de la zona solicitaron que se continuara laborando en este frente hasta que no estuviera completamente terminando la Av. Cundinamarca, lo cual en reunión con el Secretario de Infraestructura y Obras Arq. Mauricio Gallardo, sus colaboradores, la Interventoría y el contratista se acordó acometer las labores de pavimentación de la zona del Aeropuerto y la Av. Cundinamarca, antes de continuar en la Av. Juan XXIII; decisión que afecto el trabajo que se venía realizando con el fin de finalizar las labores dentro del periodo contractual acorde a los compromisos realizados en reunión del día 8 de Agosto con la Procuraduría". (cursivas por fuera de texto original)

82. Expediente Anexo No. 02 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en los Folio 114 a 116, se encuentra el Oficio de Construcciones de fecha 29 de septiembre de 2003 de

Construcciones Hilsaca Ltda dirigido al Departamento y presentado el 30 de septiembre de 2003 que reza:

“No encontramos ninguna justificación a su solicitud de más retroexcavadoras con martillo, toda vez que a lo largo de la obra se ha contado con la disponibilidad y utilización de varios compresores con martillo.

Las retroexcavadoras llevadas por nosotros (John Deere, JOB), han presentado desperfectos ocasionados por la mala fé de las personas del sector. Como es conocido por Ustedes, cuando se repararon los motores de las mismas máquinas, se encontraron residuos de limadura de hierro. Actualmente en el caso de la John Deere, hemos efectuado dos reparaciones de motor y del sistema hidráulico, toda vez que no hemos podido purificar los sistemas completamente. Sin embargo es bueno anotar que a pesar de estos inconvenientes presentados hemos suplido la disposición de los equipos con elementos alquilados en la plaza, tal y como les consta a ustedes.

Los martillos de que Usted habla, no han sido requeridos toda vez que son elementos complementarios, pues los martillos de los equipos alquilados, han cumplido a cabalidad.

Como Usted mismo lo dice, en su comunicación la utilización de las motobombas ha sido desproporcionada completamente, reconoce que la cantidad ha sido muy grande (18 unidades suministradas) y solo han funcionado permanentemente seis (6) de ellas. Sin embargo, es bueno anotar que este número ha sido suficiente para el manejo de los trabajos que se han acometido. Vale la pena anotar que los fragmentos de roca que se desprenden constantemente producen el deterioro de los empujes, produciéndose la reparación de los equipos los cuales se han producido inmediatamente.

Los tres frentes de que Usted habla, no han podido ser acometidos, ya que el tránsito y la circulación peatonal de la ciudad, serían más traumáticos que en la actualidad debido a la poca cantidad de vías existentes en el sector. Además es importante anotar que por la cronología en que nos han entregado los tramos de los diferentes sectores, han ocasionado traumatismos en el cronograma de obra.

Como es conocido perfectamente por Ustedes, por problemas con la OCRE, inicialmente nos generó traumatismos para el suministro de personal, sin embargo, en la obra, siempre se ha contado con Ingenieros Director y Residente, cuyas hojas de vida han sido sometidas a consideración y aprobadas por Ustedes y el Contratante”.

83. Observa el tribunal de las pruebas documentales arrimadas al plenario, el ANEXO No. 2 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en los Folios 111 a 113, donde se encuentra comunicación del contratista mediante Oficio de fecha 22 de septiembre de 2002 de referencia CHSAI-141/02-101, en el que manifiestan:

“ATRASO POR LLUVIA: Como es conocido por todos, durante el desarrollo del proyecto, hemos encontrado días de altas precipitaciones pluviométricas, las cuales han representado atrasos por aproximadamente 30 días calendario.

INCONVENIENTES POR EL COMPONENTE SOCIAL DEL SECTOR DONDE SE ADELANTAN LAS ACTIVIDADES: Los equipos y maquinaria que han sido utilizados en el proyecto, han presentado desperfectos de grandes proporciones, por la falta de cultura ciudadana y colaboración de la comunidad, caso singular el presentado con las retroexcavadoras suministradas por nosotros, que como lo anotamos en nuestra comunicación anterior presentaron limadura de hierro en sus motores ocasionado el daño y reparación completa de las mismas. Las motobombas, han sido saboteadas por la comunidad invirtiendo la polaridad de las mismas, generando con ello desperfectos eléctricos y no mecánicos como creíamos inicialmente. Vale la pena anotar también que el caso mas reciente es el presentando el pasado 29 de septiembre, cuando al prender el martillo que tenemos en el sector conocido como EL CLIFF, se produjo un daño total del equipo debido a que por el mofle, le insertaron arena, tierra y triturado, produciendo el daño ya conocido por la Interventoría y que actualmente nos está atrasando más la obra, por la no disponibilidad (por trabajo) de equipos en la Isla que realicen dichos trabajos.

FALTA DE DISPONIBILIDAD DE OPERADORES DE MAQUINARIA: Como es conocido por Ustedes y por las exigencias de la OCCRE, en la Isla existen muy pocos operadores competentes de maquinaria y los mismos actualmente están laborando con las compañías de la Isla. Por los requerimientos para laborar nos ha sido imposible traer nuestros

propios operadores y nos hemos visto obligados a contratar algunos funcionarios que no han sido los mejores y nos han ocasionado algunos daños a los equipos, por falta de conocimiento de los mismos. Este inconveniente ha sido de los más notorios en la operación y desarrollo normal de las actividades encomendadas a nosotros, presentando en la actualidad atrasos por otros cuarenta y cinco días.

CAMBIO DE DIRECTOR Y RESIDENTE DE LA OBRA: Como ya lo informamos verbalmente a partir de la fecha el Ing. VICTOR MANUEL SUAREZ MORENO y el Ing. FREDDY COVILLA LICERO, respectivamente efectuaron las labores de DIRECTOR y RESIDENTES del proyecto. Para ello estamos haciendo llegar a Ustedes las Hojas de Vida respectivas. Son por eso a partir de la fecha, mis únicos representantes en el manejo del proyecto, para ello mucho sabría agradecer la colaboración que puedan ofrecer a mis funcionarios, con la seguridad que el compromiso de los mismos y el mío propio es el de cumplir a cabalidad con La Ciudad de San Andrés, sus autoridades y su comunidad con las labores que han sido a nuestra empresa encomendados por medio del contrato de la referencia". (cursiva por fuera de texto original)

.2.4. DICTÁMENES PERICIALES:

Para efectos de abordar los distintos puntos de controversia del presente asunto, el presente tribunal procede a valorar el contenido de los dictámenes periciales arrojados al expediente, de la siguiente manera.

2.4.1. Dictamen Pericial Técnico:

84. Expediente REFORMA DE LA DEMANDA ARBITRAL del Tribunal de Arbitramento, folios 1900 a 1942, se encuentra el dictamen pericial técnico, que concluyo:

"Por falta de planeación del proyecto en mención por parte del departamento de San Andrés, se generaron todos los inconvenientes mencionados anteriormente tales como la diferencia conceptual presentada con los niveles especificados en los planos, que por este motivo se aumentaron las cantidades a ejecutar por parte del contratista, al igual que los costos y el tiempo. El cambio de Tubería de 18' a 20' que se presentó por el desconocimiento de los catálogos de venta de la empresa PAVCO S.A., el cambio de Silla Yee a Sistemas de

Manija en las Redes domiciliarias, al igual que la cantidad de tubería adicional que se requirió para la modificación generando por materiales mal caracterizados e inexistencia de pago en las especificaciones.

La mala planeación por parte del departamento se aumenta y se hace perceptible una improvisación, cuando se realiza la entrega de unos diseños en un canal en concreto rígido el cual requería de muchos detalles constructivos y especificaciones basadas en la NSR-98, norma vigente para la fecha, lo cual no es apreciable de la existencia de los planos de diseño.

La no actualización de los estudios de suelo realizados en el año de 1997, hizo que se perdieran vigencia estos para la fecha de ejecución del proyecto en el año 2003, debido a la que norma NSR-98 Título H que refiere a Estudios Geotécnicos fue reglamentada en Colombia a la referencia de la norma y encriptado al Reglamento Técnico del Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico Ras 2000 Título G (Aspectos Complementarios); por ende el Departamento debió realizar y actualizar los diseños con base en la nueva metodología que contrasta los estudios previos realizados por el departamento de San Andrés Islas con los criterios básicos y requisitos mínimos deberían reunir los diferentes análisis geotécnicos a los sistemas de saneamiento básico que se desarrollen en el territorio Colombiano con el fin de garantizar su seguridad, durabilidad, funcionalidad, calidad, eficiencia, dentro de los niveles de complejidad del proyecto determinados por la norma, a continuación se muestra el siguiente cuadro las actividades ejecutados por el estudio geotécnico previo realizado por el departamento al año 1997, con lo estipulado por la norma que no tuvo que debió actualizarse a la metodología establecida por norma:

(...)

Igualmente se presenta desactualización y pérdida de vigencia en los estudios sanitarios realizados en el año de 1998, los cuales debieron ceñirse al Reglamento Técnico del Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico Ras 2000 Título D (Sistemas de Recolección y evacuación de aguas domésticas y pluviales), al Título E (Tratamiento de Aguas Residuales) y al Título G (Aspectos Complementarios), reglamento en Colombia por el Ministerio de Desarrollo de la Republica de Colombia en el año 2000.

Los planos de construcción para todo proyecto son de vital importancia, por lo cual para este proyecto se hizo imprescindible realizar mejoras, o se debió suministrar información, la cual reposa en los archivos de la administración después de la realización de los mismos. Como son las líneas de servicio existentes hasta la fecha del diseño, la cuales hubiesen evitado los daños generados constantemente de los mismos y evitado mayores cantidades que conllevaran al arreglo y puesta e marcha de estos.

Finalmente existió una disparidad de categorización manejadas a conveniencia en los pliegos de condiciones por el departamento de San Andrés Islas, entre el personal al contratista y los de Interventoría, vemos que mientras al contratista se solicita un director de obra, acreditando ser ingeniero civil y sanitario o ambiental, con experiencia general no menor a 5 años, contando entre la fecha de conformación de la matrícula y fecha del cierre de la licitación y con un año de experiencia específica como director de construcción de proyectos sanitarios, además vemos que dentro de ese ejercicio estar acreditado como director en empresa privada y su objeto en construcción de proyectos sanitarios, además vemos que dentro de ese ejercicio esta acreditado como director en empresa privada y su objeto en construcción de alcantarillado y dentro del ejercicio de entidades oficiales como asesor o directivo, se contrasta con la experiencia de la interventoría solo como requisito de haber ejercido como residente de obra, según consta en el cuadro de la propuesta económica que se anexa. Creemos que no existe correspondencia de criterios de manejo técnico objetivo, en lo físico financiero para manejar con equilibrio los imprevistos que se desarrollaron en la obra. Así mismo el interventor trató de resolver problemas técnicos que solo podían ser de competencia por profesionales con especiales del ramo, tal como ingenieros sanitarios, Geotecnistas y estrcturales.

Al manejo en los aspectos administrativos y financieros del contrato, el director de obra no podía manejar el mismo lenguaje dentro de la categorización con el residente de la interventoría, asignada por el departamento de San Andrés Islas.

Lo anterior conlleva a una falta de planeación por parte de la Gobernación y errores conceptuales de escala de categorización, es posible que muchas de las controversias se hubiesen subsanado dentro de las solicitudes en las obras previstas”.

85. Como se resaltó en la parte introductoria del presente laudo, dentro del mismo, fueron practicadas dos pruebas periciales, y acorde a la contradicción del dictamen, decretada de oficio, ambos peritos fueron escuchados en audiencia.

86. El perito técnico-Ingeniero ERNESTO RAFAEL MERLANO fue escuchado en audiencia de contradicción del dictamen por el Tribunal el día diecinueve (19) de octubre de dos mil dieciocho (2.018), entre otros temas, respecto de su idoneidad y de la metodología aplicada en el dictamen, en los términos del art. 228 del C.G.P. Del contenido del interrogatorio practicado, es relevante extraer los siguientes apartes:

PREGUNTADO POR ÁRBITROS: *¿Cuéntenos cómo desarrolló usted ese dictamen, que metodología utilizó?*

RESPUESTA: *Inicialmente se reunieron todas las pruebas que existían porque esto era un proceso que se había dado a nivel de Consejo de Estado. (...) y prácticamente se desarrolló sobre toda la información base, que fueron los volúmenes que reposaban en el consejo de estado, y información que se aportaron, que fueron información de campo, como fueron bitácora elementos de cartas entre interventoría y contratista, igualmente revisión del pliego de condición, igualmente se revisaron los diseños previos que sirvieron de base para el desarrollo del presente contrato, como fueron los diseños previos, que fueron diseños geotécnicos, que se dieron en el año 1997, y los estudios sanitarios que fueron desarrollados bajo la norma anterior que fue INFOPAL en el año 1998, entonces sobre esa base fue que yo me encargue de direccionar el dictamen pericial, tratando de vislumbrar todo lo que la solicitud que se daba como tal, no sé si sería posible, se dijera sobre que entorno se elaboraron los puntos.*

PREGUNTADO POR ÁRBITROS: *¿Dentro del desarrollo del dictamen visitó o miró documentación en el departamento de san Andrés?*

RESPUESTA: *No a san Andrés no fui, como era documentación del consejo de estado, (...) que ya era información que de ese proyecto fue en el 2013, y más o menos yo entro en el 2016 y ya se tenía el acopio de esa información. (...)*

PREGUNTADO POR LA APODERADA CONVOCADA: *¿Ingeniero puede usted explicar una explicación técnica porque el contratista solo aplica el diámetro externo en la tubería de 18 pulgadas y no en las demás tuberías que llegaron juntas al puerto?*

RESPUESTA: *Los pliegos establecen que las tuberías tenían que ser de PVC, pienso que ahí PAVCO cuando suministro la información no*

clarificaron exactamente que el diámetro del que ellos hablan eran externo, eso fue algo que igualmente genero una confusión dentro del contrato, porque la tubería cuando llego es que se dan cuenta que había un diámetro interno de 18 pulgadas. (...) Efectivamente se generó una confusión en la compra o suministro del material (...)

PREGUNTADO POR LA APODERADA CONVOCADA: *Usted en sus conclusiones afirma que el cambio de tubería de 18 a 20 que se presentó por el desconocimiento de los catálogos de venta de la empresa pavco, (...) usted está considerando que hubo una solicitud de cambio de tubería de 18 a 20, pero precisamente de donde concluye esto cuando ni en los pliegos ni en la oferta ni en ninguna carta del interventor se solicita tubería de 20?*

RESPUESTA: *Yo tengo un cuadro, no sé si lo tiene allá, tengo un cuadro de tiempos muertos, se realizó primera entrega de tubería en enero de 2003 (...)*

PREGUNTADO POR LA APODERADA CONVOCADA: *¿a quién le atribuye usted el tiempo muerto por la no entrega de la tubería acorde con la especifica de los tiempos?*

RESPUESTA: *yo considero al departamento, porque dentro de los pliegos no establecían muy claramente el tipo muy específico de tubería que se debía dar.(...)*

PREGUNTANDO POR LA APODERADA CONVOCADA: *Usted afirma en su dictamen que la norma en Colombia para el diseño de las tuberías, se mide o clasifica solo por el diámetro interior, ¿en qué se fundamenta usted para concluir que la exigencia de la interventora al contratista, de qué suministrara la tubería de 18 exigida en el pliego y ofertada le causa daño al contratista que deba indemnizar el departamento?. (...) ¿porqué para efectos de señalar como una falla del departamento se dice que se exigió tubería de 20, considerando el diámetro exterior de la tubería de pbc?*

RESPUESTA: *Yo considero que es una falla del departamento, porque el interventor igualmente también tiene cierto sentido de responsabilidad sobre eso, porque casualmente uno de los aspectos que integran a la interventoría es revisar y velar, que todo lo que se adquiriera lo que se ejecute dentro de la obra, se debe dar bajo el visto bueno de la interventoría, no posteriormente cuando se dio el suministro como tal, cuando llego a San Andrés. (...) Una de las situaciones que el interventor tiene que revisar es velar sobre esos aspectos. (...)*

PREGUNTANDO POR LA APODERADA DE LA CONVOCADA: *¿Ingeniero sírvase precisar que aspectos técnicos a su juicio tuvieron ocurrencia con lo que llama en su informe diferencias conceptuales?*

RESPUESTA: *Las diferencias conceptuales, fueron la escala de los profesionales que existieron en la interventoría, ahí en el informe nosotros,*

(...) vemos en la bitácora que cuando el contratista requería que el Departamento o la Interventoría le entregara información sobre el proyecto, o era muy demorada la información, o prácticamente se elaborada sobre la bitácora que considero yo, que era improvisación.

PREGUNTANDO POR LA APODERADA DE LA CONVOCADA: ¿sírvese decir si usted tuvo a su disposición los diseños del canal? (...)

RESPUESTA: Si los diseños como tal eran un esquema, no eran propiamente unos diseños, esos fueron elaborados por el Departamento, pero eso reposan dentro igualmente de la información, pero no eran, yo como perito, eran esquemáticos.

PREGUNTADO POR LA APODERADA DE LA CONVOCADA: ¿sírvese decir si los diseños eran esquemáticos, como pudo el contratista ofertar el valor de esa actividad de que compone la ejecución del canal?

RESPUESTA: Casualmente, ese es uno de los aspectos que son de ineficacia dentro del diseño, si dentro de la oferta efectivamente había unos pliegos de condiciones, y dentro del pliego de condiciones había unas especificaciones (...) que hablaban de los materiales, pero no del diseño como tal. El oferto con el cuadro de cantidades de obra, que existía dentro de los pliegos. (...)

PREGUNTADO POR LA APODERADA DE LA CONVOCADA: ¿sírvese decir con que diseño ejecuto la obra el contratista?

RESPUESTA: El diseño se ejecutó con los diseños de la firma ... no tengo la empresa, pero fueron radicados en el año 1998, sobre esa base fue que radicaron todos los componentes del proyecto, fueron dos estudios que se realizaron... fueron dos empresas diferentes las que manejaron esa parte. (...)

PREGUNTADO POR LA APODERADA DE LA CONVOCADA: ¿tiene usted conocimiento si el contratista ejecutó o no las obras del canal Juan 23?

RESPUESTA: No se ejecutaron, ese es uno de los aspectos que no se ejecutó dentro del contrato.

PREGUNTADO POR LA APODERADA DE LA CONVOCADA: ¿dentro de su estudio usted realizó alguna actividad de liquidación del contrato?

RESPUESTA: No, no, no.
(...)

PREGUNTADO POR LA APODERADA DE LA CONVOCANTE. ¿En su experiencia como ingeniero, es necesario o no, que las entidades al momento de apertura una licitación pública señalen pues toda la normatividad y sean específicos en cuanto a las obras a ejecutar y las especificaciones técnicas como tal, de cada material o de lo que se va a desarrollar?

RESPUESTA: *Dentro de la ejecución de todas las obras publicas es normal que se den obras adicionales y mayores cantidades de obra (...) son tantas cosas las que se pueden generar si se improvisa en ese aspecto.*

87. Por su parte, del perito Alfonso Pérez Horta, representante de S&P AUDITORES ASESORÍAS PROFESIONALES S.A.S., fue escuchado en audiencia de contradicción del dictamen por el Tribunal el día diecinueve (19) de octubre de dos mil dieciocho (2.018), respecto de su idoneidad y de la metodología aplicada en el dictamen, en los términos del art. 228 del C.G.P. Así mismo, de su exposición e interrogatorio, es conviene destacar lo siguiente:

PREGUNTADO POR LOS ARBITROS: *Cuenta, quien es, su experiencia e idoneidad.*

RESPUESTA: *Egresado de la Universidad Libre de Barranquilla en la carrera de contaduría pública, y especialista revisoría fiscal y auditoria externa de la Universidad Autónoma, más de 14 años de experiencia en auditoria y revisoría fiscal, más de 4 dictámenes periciales en torno a detrimento y desequilibrios económicos que pudieran tener algunas personas; ha desarrollado su experiencia en firmas de auditorías, actualmente cuenta con su propia firma de auditoria; entre otros.*

PREGUNTADO POR LOS ARBITROS: *¿Los dictámenes que ha practicado, han sido también en otros procesos arbitrales?*

RESPUESTA: *Si, también.*

PREGUNTADO POR LOS ARBITROS: *¿Ha tenido algún tipo de inconveniente en estos otros dictámenes?*

RESPUESTA: *No, ninguno.*

PREGUNTADO POR LOS ARBITROS: *¿Cómo se desarrolló el dictamen, todo lo que comprendió su desarrollo para desembocar en el presente dictamen?*

RESPUESTA: *Hice una solicitud de información inicial con la base en las pretensiones de la demanda, y se hizo el peritaje técnico - el cual acabaron de discutir - y toda la orientación financiera estuvo enfocada a determinar el valor por el cual esas diferencias técnicas se presentaron en el dictamen y que debían reconocerse económicamente, a través de auditoria pude verificar la documentación necesaria que tenía el convocante y determinar cuáles eran las deudas. - existe un equipo interdisciplinario para dar solución a los tipos de peritajes requeridos - toda la información fue solicitada y aportada a través de AGM, no hubo contacto alguno con el departamento de San Andres.*

PREGUNTADO POR LOS ARBITROS: ¿Dio cuenta usted de algún documento que se llame o denomine "liquidación del contrato"?

RESPUESTA: No; actas de obras sí, liquidación del contrato no. Las acta de obras comprenden las actividades realizadas en un tiempo determinados y les dan un valor a cada una de estas, el trabajo consistió al respecto en determinar el valor financiero de estas.

ACTA 5 Y 6: AGM dice que no hay recibos de pagos de estas actas y por tato, como no hay soporte se entienden que no se cancelaron; las actas anteriores a las 5 y 6, si fueron canceladas.

PREGUNTADO POR LOS ARBITROS: ¿En desarrollo de ese dictamen había de una retención del 5% pudo usted establecer que no hubo ningún tipo de devolución de la retención del 5% a AGM?

RESPUESTA: De igual forma, dentro de los documentos del flujo de caja de AGM para la época de ejecución de este contrato, no se evidenciaron retornos de esa retención.

PREGUNTADO POR LOS ARBITROS: ¿al momento en que usted hizo el dictamen, resto el valor que no ejecuto el contratista?

Dentro de las APU que pudieran tenerse en cuenta para el dictamen para el contrato como tal, yo no pude determinar cuáles si y cuales no se ejecutaron, ése hacía parte del anexo técnico a desarrollar por el señor Ernesto. Dentro de ese dictamen que yo fue el que analice para poderle dar cifras o parte financieras a esas falencias que el detectó, no evidencie que hubiera actividades no ejecutadas, por esto no desconté algún APU no ejecutado.

PREGUNTADO APODERADA DE LA CONVOCADA: ¿cuando se expresa sobre el cambio de tubería, para definir que se le causa una lesión al contratista, y cuantifica en que documento se apoya?

RESPUESTA: En facturas de venta por parte del proveedor de la tubería...

PREGUNTADO APODERADA DE LA CONVOCANTE: ¿sírvese informar si además de la información que recibió del perito técnico usted reviso la contabilidad del contratista?

RESPUESTA: Por supuesto, como lo manifestaba en las primeras preguntas del Tribunal, yo tuve oportunidad de hacer solicitudes de información a la contabilidad de AGM, revisar los flujos de caja, la información soporte del contrato, para poder validar las afirmaciones que se hacían en el dictamen.

88. En nuestra Jurisprudencia, el H. Consejo de Estado⁵⁹, respecto a la valoración de la prueba pericial, ha señalado:

"[D]e conformidad con el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, la peritación como medio de prueba es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. El perito debe informarle razonadamente al juez lo que de acuerdo con esos conocimientos especializados sepa de los hechos -y no cuestiones de derecho- que se sometan a su experticio, sin importarle a cuál de la partes beneficia o perjudica, de manera que su dictamen debe ser personal y contener conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad (numeral 2 del artículo 237 del C. de P. Civil.).

"Para su eficacia probatoria debe reunir ciertas condiciones de contenido como son la conducencia en relación con el hecho a probar; que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; que no se haya probado una objeción por error grave; que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; que haya surtido contradicción; que no exista retracto del mismo por parte de perito y en fin que otras pruebas no lo desvirtúen. El dictamen del perito debe ser claro, preciso y detallado, en él se deben explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones (numeral 6 del artículo 237 ejusdem).

"A su turno, el artículo 241 ibídem señala que al valorar o apreciar el juez el dictamen de los peritos tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Con esto se quiere significar que el juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que el juez no está

⁵⁹CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia de quince (15) de abril de dos mil diez (2010). Radicación número: 19001-23-31-000-1996-08007(18014) Actor: INVERSIONES AGROCOMERCIALES L.J. LTDA. Demandado: CORPORACION PARA LA RECONSTRUCCION DE LA CUENCA DEL RIO PAEZ Y ZONAS ALEDAÑAS -CORPOPAECES- Referencia: CONTRACTUAL-APEL

obligado a "...aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuese así, estos serían falladores...".

"En suma, el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho, de suerte que permita al juez otorgarle mérito a esta prueba por llegar a la convicción en relación con los hechos objeto de la misma"

89. En consonancia con lo anterior, resulta necesario traer a colación las enseñanzas del excelso y aclamado maestro Fernando Hinestroza, que en gran paz descansa, quien, sobre la prueba del daño y el objeto de la prueba pericial, manifestó lo siguiente:

"Punto de partida, primer paso ineludible, es que haya daño; si la víctima no logra acreditar el daño, acreditar el daño en sí, en sus respectos y luego en su cuantía, pues no va a tener indemnización. Si logra acreditar la presencia del daño, pues no es el daño un globo general esparcido, sino en sus rubros, aspectos concretos y con pruebas idóneas, idónea no, desde el punto de vista formal, sino de su conducencia. (...)

Si está el daño, en su realidad o en su especificidad, mas falta la cuantía, allí habrá lugar a su liquidación, pero sólo en la medida en que se haya demostrado. Y es obvio que el dictamen pericial, prueba importante en esta materia, no es prueba del daño en sí sino de su cuantía a menos que se trate de dictamen pericial contable o de dictamen pericial médico-legal, o meánico, etc., es decir, sobre la presencia misma, o la magnitud, la profundidad o la extensión del daño; v.gr. si la máquina es o no reparable, cuál la clase de la lesión. Infortunadamente con frecuencia a los peritos evaluadores se les olvida que su tarea no es la demostración del daño, que su encargo no es el de la presencia misma del daño, sino la de su cuantía; y a los demandantes se les olvida que tienen que demostrar la cuantía sí, pero antes de la cuantía, la realidad del daño, y lo que es

peor, los jueces confunden la prueba del daño con la de la cuantía de éste.”⁶⁰ (Cursivas y negrillas nuestras).

90. De tal manera, que la valoración de las pruebas periciales se realizara de conformidad con los lineamientos señalados por la doctrina y la jurisprudencia, de cara a su relevancia, pertinencia y utilidad, respecto al análisis de cada una de las pretensiones de la demanda, acorde con las consideraciones que se exponen en el presente laudo arbitral.

2.4.2. Respecto de los Testimonios:

91. Dentro del presente proceso arbitral, se practicaron los testimonios de los señores HERNANDO SOLANO RUEDA, MAURICIO GALLARDO, ANSELMO STEPHENS FORBES, el día 18 de septiembre de 2018, en el ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS y el testimonio del señor FREDY ABELARDO COVILLA LICERO.

92. Es importante precisar que, la prueba mencionada fue decretada de oficio por el presente Tribunal Arbitral, por considerarlo conveniente para la verificación de los hechos alegados y controvertidos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 213 de la ley 1437 de 2011 y los artículos 169 de 228 del Código General del Proceso.

93. Al respecto de la procedencia e importancia de las pruebas decretadas de oficio, la Honorable Corte Constitucional, ha señalado:

“En relación con las pruebas de oficio, la jurisprudencia constitucional ha respaldado su legitimidad e incluso sostenido su necesidad, partiendo de la idea de que la búsqueda de la verdad es un imperativo para el juez y un presupuesto para la obtención de decisiones justas. Tal potestad no debe entenderse como una inclinación indebida de la balanza de la justicia para con alguna de las partes, sino como “un compromiso del juez con la verdad, ergo con el derecho sustancial”. El decreto oficioso de pruebas no es una mera liberalidad del juez, es un verdadero deber legal. De acuerdo a esta Corporación, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; (ii) cuando la ley le

⁶⁰ Hineostroza, Fernando. "Escritos varios". Quinta parte. Estudios jurídicos. La responsabilidad civil, página 695 y 696. Obra de los talleres gráficos de UMAÑA TRUJILLO IMPRESORES. Año, 1983.

*marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material; (iv) cuidándose, en todo caso, de no promover con ello la negligencia o mala fe de las partes.*⁶¹ (Cursivas fuera del texto)

94. Dentro de las pruebas testimoniales practicadas, considera relevante el Tribunal, destacar las siguientes declaraciones del testigo Freddy Abelardo Covilla, quien fungió como coordinador de proyectos de la sociedad AGM Desarrollo, de profesión ingeniero civil, especializado en gerencia de proyectos, de la cual se extraen los siguientes apartes:

PREGUNTADO POR LOS ARBITROS *Participo en la planeación de la oferta para ese contrato:*

RESPONDIDO: *Posiblemente, Yo creo que sí me consultaron algo sobre las cuestiones de los estudios de suelo, que es un área donde tengo experiencia y he trabajado mucho en la ciudad de Cartagena(...)*

PREGUNTADO POR LOS ARBITROS: *En ese relato de los materiales, detengámonos específicamente en el tema de la tubería dentro de la controversia que se está suscitando hay una situación referida a los diámetros de la tubería, usted como coordinador de proyectos que recuerda de ese tema de la tubería.*

RESPUESTA: *ahí se compraron los diámetros especificados en los pliegos, porque tal como dice el contrato, los pliegos hacen parte del contrato, y había que seguirse por lo que estaba en los pliegos, y los pliegos eran claros, hablaban de tuberías de 6 pulgadas y de 18 pulgadas, las de 6 pulgadas las suministrada el Departamento de San Andrés, las de 18, 12 o 14 tenía que suministrarlas nosotros y llevarlas. (...)*

PREGUNTADO POR LOS ÁRBITROS: *¿Porque la interventoría rechazó esa tubería?*

RESPUESTA: *Lo que pasa es que hay que tener claridad, una cosa es la persona que construye y otra la que diseña. (...) lo que dicen los pliegos es lo que tiene que hacer. (...)*

PREGUNTANDO POR LOS ÁRBITROS: *(...) El diámetro es interno o externo:*

RESPUESTA: *El diámetro que colocan los proveedores siempre es el diámetro externo, si uno quiere trabajar con el diámetro interno deben*

⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia SU768-14

ser especificados. (...) tienes que dejarlo definido, las licitaciones que están bien montada, bien definidas. (...)

PREGUNTADO POR LOS ÁRBITROS: La tubería que compraron inicialmente no fue aceptada por la interventoría, y finalmente ustedes terminaron compraron otra tubería (...) que paso con esa tubería:

RESPUESTA: Esa es una tubería de PVC (...) esa tubería la última vez la vi en el muelle, yo personalmente no hice trámite para venderla ni para ganjarla.

PREGUNTADO POR LOS ÁRBITROS: Ya superada esa etapa, el desarrollo de la obra, ¿qué paso?

RESPONDIDO: Ese contrato realmente fue un contrato que yo toda mi vida he pensado y lo tengo latente y claro, que fue un contrato mal planificado, hasta el punto que cuando iba a comenzar el contrato ellos todavía no tenían autorización de la FAC para que pasara por ahí la tubería, por eso tuvo que moverla, y no solamente eso, sino también el estudio de suelo (...) lo que decía el estudio de suelo que decía que había roca coralina resulta que la roca coralina estaba era a 4 metros de profundidad, entonces lo que había era un relleno de mangle, como esos que hay en Cartagena (...) entonces cuando hacías la excavación no lograba mantenerse estable (...) Si yo hubiese sido el Director de Interventor, cuando se presentó el problema de la interventoría, hubiera dicho o suspender la obra porque no me están presentando el diámetro de tubería que yo pedí, o abrir varios frentes (...)

PREGUNTADO POR LOS ÁRBITROS: En desarrollo del mismo contrato, ¿usted sabe si este contrato se liquidó, si se generó un documento de liquidación de contrato?:

CONTESTO: No ese contrato no se liquidó (...) ellos dejaron de pagar el acta 5, 6, el acta 7 que se le presentaron, y nunca lo liquidaron.

PREGUNTADO POR LOS ÁRBITROS: ¿Sabe porque no lo liquidaron?

CONTESTO: Primero, el que podía desatar el nudo era lo que estaba diciendo el interventor (...) el que estuvo presentando todas las actas es un ingeniero que en paz descansa, como se llama... lástima porque yo muchas veces escribía oficios y firmaba (...)

PREGUNTADO POR LOS ÁRBITROS: ¿Cuándo se presenta el tema de la discusión de la tubería, que si se la recibían o no, a ustedes le iniciaron algún proceso sanción o multa por parte de la entidad, que usted recuerde?

CONTESTO: Si hubo, pero no por la tubería (...) el interventor oficio a seguros del estado, diciéndole que estaban muy atrasados (...)

PREGUNTADO POR LA ABOGADA CONVOCANTE: En ese momento le quiero mostrar al testigo, el acta del recibo final que realizo

san Andrés, que el contratista no firmó porque aquí en uno de sus anexos, señalan unas obras que dicen mal ejecutadas, la gobernación dice que hay cincuenta y cuatro millones ochocientos cincuenta y nueve mil pesos que descontaron de ese acta de recibo final, ¿de esas obras porque estaban mal ejecutadas?. En el anexo 4 (...)

RESPUESTA: (...)no sé qué obras pudieron ser esas. (...) aparecen las actas, no sé cuáles son esas obras mal ejecutadas, porque entiendo que siempre dijeron que el acueducto estaba bien y que estaba funcionando. (...) este documento no lo conocí.

PREGUNTADO POR LA ABOGADA CONVOCANTE: ¿Ingeniero manifieste porque el contratista no construyó el canal Juan 23?

RESPUESTA: Yo fui el que dije que no hagamos ya eso. (...) Trabajar con unas personas que no tenían ni la menor idea de lo que estaban haciendo, y no tenían ni bien preparado unos planos (...)

PREGUNTADO POR LA ABOGADA CONVOCADA: De conformidad con lo expuesto por el perito técnico, afirma de que en Colombia la norma hoy la RAS de la que usted hace referencia, ante la existente en Colombia, para efectos de determinar el diámetro de una tubería para acueducto o alcantarillado, si cuando se habla de diámetro se sobreentiende que se trata de diámetro anterior.(...) ¿En Colombia, de acuerdo con la norma de que el diámetro para acueducto o alcantarillado, es el diámetro interior, que cuando se habla de diámetro es diámetro interior?:

RESPUESTA: Yo quiero recordarles a ustedes que la norma es ley (...) y todos los ingenieros tenemos que cumplirlas, ya sea la RAS (...) y las normas son claras, (...) y la confusión esa entre en que es interior o es exterior, más bien el que saque la licitación es el que tiene que hacer claridad y decir, principio, aquí el principio básico de que todo lo que vamos a hablar va a ser diámetro interior (...) el que elabora los pliegos y los presenta deben ser unos pliegos bien elaborados, bien claros, bien clarificados, y si el no coloca que vamos a cumplir tal norma, se sobreentiende que tiene que cumplir, en este caso la ras 2000. Cuando se estuvo ejecutando eso, los que estaban de director de la obra, estaban muy pendiente de que tenían que cumplir la norma esa.

PREGUNTADO POR LA ABOGADA CONVOCADA: En el pliego de condiciones, el contratista debía suministrar tuberías de 8, de 20 y de 18. (...) ¿Por qué el contratista solo incurre en un análisis diferente frente a la tubería de 18, y en las otras, si tuvo en cuenta el diámetro interior para efectos de adquirirlas, y en las de 18 tiene en cuenta el diámetro exterior?.

RESPUESTA: *El contratista no tiene por qué analizar, el contratista tiene lo que tienen los pliegos. (...) El contratista no tiene por qué analizar eso (...) porque trabajó bajo las pautas comerciales en Colombia.*

PREGUNTADO POR LA ABOGADA CONVOCADA: *(...) El error fue de PAVCO cuando despacho?*

RESPUESTA: *No tampoco, porque PAVCO comercializa también, PAVCO, o sea, cualesquiera de las empresas distribuidoras venden es, ellas dicen es 18 pulgadas y uno llega y mide por fuera 18 pulgadas y ya (...) eso fue puro capricho del interventor (...)*

95. Sobre la valoración de los medios de prueba testimoniales, el Honorable Consejo de Estado, ha señalado lo siguiente:

*“Se han determinado criterios objetivos de valoración probatoria del testimonio, como lo son: la probidad de quien interviene en la prueba, en el que se tiene en cuenta las condiciones personales del testigo, la aptitud en la declaración; la ciencia, relacionados con la fuente de conocimiento del testigo; la credibilidad que es la conducencia de la declaración; y la **concordancia entendida como la coherencia guardada con los demás medios de prueba.**”⁶² (Cursivas fuera del texto).*

96. Aunado a lo anterior, es importante destacar que también los testigos han traído a colación en sus declaraciones, que sus afirmaciones y opiniones expuestas, se encuentran respaldadas en oficios y comunicaciones proferidos durante la ejecución contractual aportados, lo cual, además es propio de la naturaleza de los contratos de obra, como lo ordena el artículo 32 de la ley 80 de 1993, cuando señala con precisión:

“Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.”

97. Al tenor de las citas jurisprudenciales anteriores, es necesario advertir que la valoración que realiza el presente tribunal de las declaraciones testimoniales practicadas, en especial en las relacionadas con la ejecución contractual, se efectuó de manera acompasada con el resto de medios probatorios aportados, en

⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 13 de junio de 2013.

especial con los medios de prueba documentales allegados, que fueron minuciosamente analizados, y en consecuencia, la valoración de las mismas se encuentra vertida en las consideraciones que en el presente laudo se desarrollan.

2.4.3 DE LOS ALEGATOS DEL MINISTERIO PUBLICO

98. Mediante Concepto No. 070 de 2018, el Procurador 130 Delegado ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, expuso sus alegatos de conclusiones de la siguiente forma:

“Así las cosas, vistas las pruebas allegadas y practicadas, particularmente la declaración del testigo Hernando Solano Rueda, Interventor del contrato 141/2002, y de Mauricio Guillermo Gallardo Archbold, Secretario de Infraestructura de la convocada para la época de los hechos, solicita esta Agencia que sean denegadas parcialmente las pretensiones de la demanda arbitral, salvo las pretensiones declarativas segunda y séptima, atinentes a la declaración de incumplimiento del contrato 141 de 2002 en cuanto a la cláusula octava del contrato “anticipo y forma de pago”, y a la declaración de liquidación del contrato; así como a la pretensión de condena 1.3, referente a lo no pagado por concepto de obras ejecutadas en desarrollo del contrato, y la pretensión de condena 1.6, referente a la retención del 5% sobre pagos realizados al contratista”.

(...)

Y no encuentra esta agencia que se haya demostrado suficientemente lo que allí se exige para que se pueda impartir una decisión condenatoria en tal sentido.

(...)

Es más, a juicio de este Agente, teniendo en cuenta los elementos probatorios y dada la clase de contrato, y la consecuente forma de remuneración del mismo estaba la parte convocante en mejor capacidad de asumir el riesgo o contingencia, presentado en el ejercicio de la actividad contractual, y mitigar los efectos de su ocurrencia; pues como puede extraerse de tales pruebas, el contrato fue cumplido en un 90% sin que en desarrollo del mismo se hayan presentado observaciones por parte del contratista convocante, quien solo se refirió a fallas en los diseños con posterioridad a la finalización del contrato. Sin embargo se puede observar que la interventoría si refiere que el contratista no utilizó la maquinaria adecuada que posibilitara un desarrollo correcto del contrato dentro de los plazos previstos.

(...)

Establecido lo anterior, a juicio de esta Agencia no se encuentra probado que la entidad demandada constriñó o impuso a la sociedad contratista la ejecución de obras por fuera del contrato; tampoco aparece rastro probatorio alguno que indique que se trata de aquellos otros dos casos de excepción en los que está envuelta la protección al derecho a la salud o la urgencia manifiesta con las condiciones que citada providencia exige.

Así las cosas, en este caso no se configuró una sola de las causales que permitirían la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin justa causa, por lo que no será procedente tampoco reconocer suma alguna a la sociedad contratista por ese concepto.

(...)

Con base en lo anterior, considera esta agencia que debes ser denegadas parcialmente las pretensiones de la demanda, salvo las pretensiones declarativas segunda y séptima, atinentes a la declaración de incumplimiento del contrato 141 de 2002 en cuanto a la cláusula octava del contrato "anticipo y forma de pago", y a la declaración de liquidación del contrato; así como a la pretensión de condena 1.3, referente a lo no pagado por concepto de obras ejecutadas en desarrollo del contrato, y la pretensión de condena 1.6, referente a la retención del 5% sobre pagos realizados al contratista.

2.4.4. DE LOS ALEGATOS DE LA CONVOCANTE

99. La apoderada de **AGM DESARROLLOS S.A.S** antes **CONSTRUCCIONES HILSACA**, señalo en sus alegatos de conclusiones que:

"Los planos que entregó el Departamento de Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina dentro del Contrato de obra No. 141 de 2002, correspondían a unos planos generales que hacían parte de la Gerencia e Interventoría de los proyectos del programa de ampliación de los Sistemas de Acueductos y Alcantarillado de San Andrés y Consultoría para la Creación y Puesta en Marcha de la Nueva Empresa de Servicios Públicos, en lo concerniente a la REVISION DE LOS DISEÑOS DEL ALCANTARILLADO SANITARIO DE NORTH END de febrero de 1999, elaborados por HIDROPLAN, es decir, los planos no correspondían específicamente al proyecto que se contrato.

Lo anterior se ratifica, con el oficio aportado en el expediente, de fecha 09 de julio de 2004 HID-064-004 del Gerente de la firma HIDROPLAN

LTDA., quien manifestó al Coordinador de Proyectos de Construcciones Hilsaca Ltda. [hoy AGM DESARROLLOS S.A.S.],, que la firma HIDROPLAN LTDA., “no ejecutó los estudios, diseños y planos definitivos de detalles para ser utilizados en la CONSTRUCCIÓN DEL ALCANTARILLADO Y REPOSICIÓN DE PLACAS DE VÍAS DEL DISTRITO 4 SECTOR I, EN LA ISLA DE SAN ANDRÉS del contrato 141-2002. Asimismo, HIDROPLAN LTDA. No ha prestado a ninguna entidad pública o privada asesoría y/o consultoría relacionada con la ejecución del citado contrato”.

Por otra parte, el Departamento tampoco actualizó dichos diseños, pues estos tienen fecha de febrero de 1999 y la licitación se abrió en el año 2002.

Con lo anterior se demuestra diáfamanamente que el Departamento a través de la Interventoría, hizo entrega de los diseños y planos sin llenar los requisitos exigidos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y sus decretos reglamentarios entonces vigentes.

(...)

1.1. *Otro de los principales impases que se presentó al iniciar los trabajos programados, fue el referente a que el Departamento no contaba con el permiso necesario para iniciar la obra y por ello la oficina Regional de Aeronáutica Civil no aceptó comenzar los trabajos frente a ellos. Por tanto no se pudo iniciar en la avenida Colón en el Pozo de Inspección 2177, frente a la Fuerza Aérea de Colombia.*

Ante dicha situación, la obra tuvo que iniciar frente al estadio Wellingworth May, Pozo de inspección 2140 o 2136 al lado del DAS, cambiando así totalmente los diseños, esto también afectó muchísimo el inicio de los trabajos, produciendo un retraso de más de 20 días por circunstancias externas no atribuibles al contratista, lo que ocasionó que se afectara económicamente el proyecto por el aumento de costos de manejo administrativo.

(...)

Los estudios de suelo en su oportunidad entregados a Construcciones Hilsaca Ltda. [hoy AGM DESARROLLOS S.A.S.], no concordaban con la realidad, los estudios se encontraban incompletos, violando así el código NSR del 98, estos estudios no mostraban de forma detallada a que profundidad se encuentra la roca, el nivel freático y posibles acuíferos en los distintos tramos donde se instalaría la tubería del alcantarillado, sobretodo, en el sector más crítico comprendido entre los parqueaderos del aeropuerto y la mueblería Pérez, esquina de la avenida Cundinamarca.

El Departamento no hizo entrega de los diseños del alcantarillados detallados, únicamente la Administración entregó un plano por donde pasaría la tubería, faltando los cortes de los diferentes tramos, la profundidad de las roca, la altura del nivel freático.

Otro de los problemas más graves del proyecto era el vertimiento de las aguas freáticas, debido a que en los pliegos de condiciones y en los estudios de suelos no aparecían que caudal debía evacuarse y a donde se verterían estas aguas, mecanismos y procedimientos para sacar las aguas producto del nivel freático y acuíferos.

(...)

Del discurso planteado y debidamente probado, se evidencia una notoria configuración de los elementos estructurales de la responsabilidad contractual, debido al incumplimiento contractual por parte del DEPARTAMENTO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en la ejecución del contrato de obra No. 141 de 2002, entonces suscrito con la sociedad CONSTRUCCIONES HILSACA [actualmente AGM DESARROLLOS S.A.S.], así como por ruptura del equilibrio contractual por causas imputables al Departamento.

Entrando en la identidad de los elementos estructurales de la responsabilidad, encontramos que debe estar probados, tres (3) importantes aspectos: 1.-) La existencia de un daño o perjuicio

antijurídico irrogado a una de las partes del contrato; 2.-) Un hecho o causa generadora de ese daño imputable a una de las partes que afecta de manera antijurídica a la otra; y 3.-) La presencia de un nexo de causalidad entre los elementos antes indicados.

En el presente trámite arbitral está probado que el daño o perjuicio irrogado al CONSTRUCCIONES HILSACA [actualmente AGM DESARROLLOS S.A.S.], fue acreditado en el informe pericial contable, donde se presenta el grado de afectación económica causado a la convocante, así:

(...)

La causa dañosa –sin lugar a dudas– tiene su origen en el incumplimiento de las cargas obligaciones a cargo del DEPARTAMENTO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA y SANTA CATALINA y por la Indebida Planeación Contractual, al no contar con diseños y estudios de suelos específicos y actualizados del proyecto a ejecutar, cambio de especificaciones técnicas, y sin contar con los permisos correspondientes para ejecutar la obra.

(...)

En la presente demanda, con base en las pruebas ampliamente referenciadas (periciales, testimoniales, inspección y documentales), resulta evidente que con ocasión al incumplimiento de las obligaciones contractuales y la indebida planeación del Departamento de San Andrés, se produjo que el patrimonio del contratista resultara ampliamente disminuido.

(...)"

2.4.5 DE LOS ALEGATOS DE LA CONVOCADA.

100. La parte convocada expuso sus alegatos de conclusión, que nos permitimos resumir de la siguiente manera:

"Los planos que le fueron entregados de diseño del alcantarillado eran aptos para construcción. Tanto así que la obra se ejecutó correctamente con los diseños

entregados por el Departamento. En el curso de la ejecución no hubo cambios de diseño.(...) La prolongación del plazo de ejecución, tuvo ocurrencia situaciones atribuibles al contratista (...) La prueba que aporta el CONVOCANTE para demostrar que los **estudios de pre-factibilidad y de diseño definitivo con sus detalles de construcción entregados no correspondían al proyecto a ejecutar**, es el dictamen "técnico" pericial del ingeniero ERNESTO RAFAEL MERLANO, el cual en parte alguna afirma que los diseños no correspondan a la obra contratada (...) Este dictamen es una disertación, que más se asemeja a un alegato de parte, que a un dictamen técnico porque los argumentos que esgrime son opiniones carecen de soporte y análisis técnico. No dice donde concretamente están las fallas del diseño y en que tramo del proyecto se evidencio la deficiencia y que tanto esas fallas afectaron concretamente la construcción de la obra, todo traducido en variables técnicas y cuantificadas. (...)

La tubería exigida en el pliego y, ofertada por el contratista era de 18 pulgadas: La obligación del interventor era exigir al contratista la tubería licitada, ofertada y necesaria para el proyecto acorde con el diseño; adicionalmente le fue pagada a los precios pactados. En el dictamen el ingeniero Merlano estima que hubo falta de planeación por lo que denomina. "El cambio de tubería de 18 a 20 pulgadas. Lo cual es una aseveración carente de fundamento, **NUNCA HUBO CAMBIO DE TUBERIA**, en el pliego de condiciones especificaciones técnica, en la oferta del contratista siempre estuvieron los mismos diámetros de tuberías, en el presupuesto de obra presentada por el contratista en el Item 5. Suministro e instalación Tubería PVC. se lee 5.1 ...Tubería PVC de 8", Tubería PVC 10", Tubería PVC 16". Tubería PVC de 18". El contratista presento los diámetros de las tuberías tal como la oferta, salvo la **de 18 pulgadas** y el perito para justificar el error del contratista le llama diferencia conceptual entre el diámetro interior y el exterior de la tubería y pretende que el error del contratista en la adquisición de la tubería de 18 pulgadas, le genere un daño a favor del contratista y por ese error debe el Departamento pagarle dos veces la de 18. (...)

En conclusión, si la tubería la indicaba el pliego, la oferta el contratista de 18 y en el lenguaje técnico en Colombia hay claridad sobre que los diámetros de tubería de acueducto y alcantarillado se miden por el diámetro interior y el contratista se equivoca en la adquisición de la misma, es de su exclusiva responsabilidad y debe asumir a sus costas los gastos adicionales que le cause presentar en la Isla la tubería correspondiente y no le esta dado trasladar su culpa.

(..)La negativa de la FAC alegando razones de seguridad, para impedir se trabajara en la calle al frente de donde tienen su sede fue subsanada rápidamente por el departamento modificando el trazado, sacándole el quite a la calle frente a la FAC. Esto fue de observación directa por los señores árbitros en la inspección judicial realizada en el terreno en la isla de San Andrés. (...)

Tampoco existe prueba de una situación extremadamente compleja con las redes de terceros que hubiese traumatizado la ejecución de la obra de

alcantarillado. Siempre el atraso en el programa de ejecución era por falta de equipos necesarios para el avance de los trabajos.

(...)De otra parte, tampoco existió reproche del contratista durante el tiempo de construcción de la obra por los estudios del suelo. Las quejas del contratista sobre mayores cantidades de obra no está ligadas a los estudios de conformación del suelo, sino al nivel freático que piensa que el departamento debió realizar un estudio de volumen de agua a desalojar de las zanjas y de caudales subterráneos.

(...) no suscribieron las Actas 5 y 6 preparadas por el interventor, tampoco acudieron a liquidar el contrato. Su obligación era suscribir las actas, liquidar el contrato dejando las salvedades en lo que no estaban de acuerdo con el Departamento, para así proceder a demanda por los hechos y pretensiones objeto de las salvedades.

(...) Es importante anotar que la conducta del contratista desde cuando recibió el anticipo, fue muy particular procedió al uso de los recursos desconociendo lo pactado en el contrato; siempre el contrato se vio matizado por causas atribuibles al contratista especialmente por las conductas desplegadas por el director de obra y su residente que trabajaban sin informar correctamente al contratista y así generaban los inconvenientes, con éste (...) el dictamen pericial "tecnico" realizado por el ingeniero ernesto merlano morales, debe ser desestimado por el Tribunal por carecer de imparcialidad y de aspectos netamente técnicos.

Respecto al dictamen contable, manifestó lo siguiente: "(...) Este dictamen, como bien lo afirmo en su intervención el perito contable en el Tribunal, el solo realizo una actualización con el IPC de los valores que le fueron proporcionados con intereses. (...)Lógicamente si no hay indemnización, desaparece la actualización."

2.5. ANALISIS DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

101. Previo a abordar el fondo del asunto, resulta pertinente revisar el punto relativo a la no contestación de la demanda de la convocada. En efecto durante este trámite arbitral, en el numeral **1.3.3. Contestación de la Demanda, Conducta Procesal de la Parte Convocada**, se concluyó que el Departamento no contestó la demanda. Ahora, vale la pena preguntarse ¿La falta de contestación por parte del Departamento puede considerarse como una confesión de las pretensiones de la demanda?.

102. Los efectos de la no contestación de la demanda se encuentran estipulados en el artículo 97 del C.G.P. que dispone, *“La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto”*. De acuerdo con la norma antes citada, el efecto principal de la no contestación nos conlleva a la figura de la confesión, que, en materia procesal, es concebida como la declaración que hace una parte sobre los hechos propios, o el conocimiento que tiene de hechos ajenos, y que le perjudican o favorecen a la contraparte.

103. Es necesario traer a colación los artículos 194 y 195 del Código General del Proceso, que rezan:

“ARTÍCULO 194. CONFESIÓN POR REPRESENTANTE. El representante legal, el gerente, administrador o cualquiera otro mandatario de una persona, podrá confesar mientras esté en el ejercicio de sus funciones.

La confesión por representante podrá extenderse a hechos o actos anteriores a su representación.

“ARTÍCULO 195.- No valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas.

Sin embargo, podrá pedirse que el representante administrativo de la entidad rinda informe escrito bajo juramento, sobre los hechos debatidos que a ella conciernan, determinados en la solicitud. El juez ordenará rendir informe dentro del término que señale, con la advertencia de que, si no se remite en oportunidad sin motivo justificado o no se rinde en forma explícita, se impondrá al responsable multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes (smlmv)”.

104. La norma, es clara en señalar, que no tiene validez la confesión de los representantes de las entidades públicas. Por lo tanto, en gracia de discusión si fuere el caso, no puede ni la entidad pública ni los representantes del Departamento, en este caso el mandatario representante judicial, confesar. Ello en razón a que existe norma expresa que lo prohíbe.

105. Lo anterior, también tiene fundamento en la Sentencia C-632 del 2012 de la Honorable Corte Constitucional, cuyo Magistrado Ponente fue: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, en la que se expresa:

“El artículo 199 del Código de Procedimiento Civil prevé la invalidez de la confesión judicial, espontánea y provocada, de las personas que ostentan la representación de la nación, los departamentos, los distritos, los municipios y los establecimientos públicos. Atendiendo la apertura semántica que las expresiones que designan los sujetos comprendidos por la disposición, es indispensable que la Corte precise su alcance. Ello puede hacerse a través de la formulación de los siguientes cuatro enunciados: a) La disposición demandada se refiere, según se dijo, a la confesión judicial provocada y espontánea. De acuerdo con lo establecido en el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil la primera es aquella que hace una parte en virtud de interrogatorio de la otra parte o del juez. La segunda, a su vez, es la que se hace en la demanda, en su contestación o en cualquier otro acto del proceso sin previo interrogatorio. Esta prohibición debe articularse, en todo caso, con eventos que pueden ser equivalentes a la confesión y que se encuentran autorizados por otras disposiciones tal y como ocurre, por ejemplo, con el allanamiento a la demanda previsto en el artículo 176 de la ley 1437 de 2011 -que ha sido considerado por algún sector de la doctrina como una forma de confesión espontánea- o con la celebración de acuerdos conciliatorios o contratos de transacción por parte de entidades públicas. b) El artículo 199 del Código de Procedimiento Civil no prescribe que la prohibición establecida se extienda a todas las entidades públicas. Ella se aplica únicamente a los organismos que para actuar procesalmente se vinculan a la nación, al departamento, al distrito, o al municipio. El artículo prevé, adicionalmente, su aplicación a los establecimientos públicos. Conforme a lo anterior, la prohibición de admitir la confesión abarca a los representantes de los establecimientos públicos y a los de todos aquellos organismos del orden nacional o territorial que por carecer de personalidad jurídica participan en procesos judiciales como organismos de la nación, de los departamentos, de los distritos o de los municipios. c) No se encuentran -en principio- abarcadas por las expresiones empleadas en el artículo 199 del Código de Procedimiento Civil las entidades mencionadas expresamente en el numeral 2 del artículo 38 de la ley 489 de 1998, esto es, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, los institutos científicos y tecnológicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las empresas sociales

del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, las asociaciones de entidades públicas autorizadas por la ley, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta”.

106. Es claro que el Departamento es un organismo del orden territorial, por lo que se le aplica en extenso la prohibición de confesión a sus representantes y mandatarios. De igual forma, de manera armonica, con la norma del Código General del Proceso antes citado, el Artículo 217 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala que:

ARTÍCULO 217.- *No valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas. (...)*

107. Los anteriores fundamentos normativos, nos llevan como Tribunal a coincidir con lo indicado por la jurisprudencia (C.E., secc. III, sent. 12/10/06 exp. AP-833) con los siguientes aspectos, en relación con la prohibición señalada por el legislador así: i) el interés general y el patrimonio público confiado a los agentes del Estado (arts. 1° y 2° de la Constitución Política), que se podrían ver comprometidos seriamente con la declaración de los mismos, y 2) el principio de legalidad que gobierna las actuaciones de todas las autoridades de la República (arts. 1° a 4°, 6°, 121 y 122 de la Carta Magna), pues una manifestación de parte de estos, sin la observancia de las normas que establecen las formas y requisitos previstos por el orden jurídico para adelantar las actuaciones administrativas y expedir actos vinculantes para la administración, alteraría el sistema y los fundamentos de la competencia que se atribuyen a los entes públicos.

108. Por ende, la no contestación de la demanda no tendrá efectos de la confesión antes estudiada.

2.5.1. Relacionadas Con La Planeación Del Contrato.

109. La contratación estatal, así como todas las actividades de la administración pública está regida por principios que sirven de criterios moduladores de interpretación y ejecución en el ejercicio de esa función administrativa, sobre todo, para que exista una coherencia entre la materialización de determinado acto con los propósitos y fines que le inspiran. Al respecto, importante fue la explicación del doctrinante Robert Alexy al denominarlos como “mandatos de optimización”.⁶³

⁶³ Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993. Colección: “El derecho y la justicia”. Traducción: Ernesto Garzón Valdés.

110. Son múltiples los principios que encontramos en la contratación estatal, dentro de los cuales, se destaca el que abordaremos en el presente tópico a propósito de las pretensiones del demandante, en especial, las pretensiones primera y tercera declarativas.

111. La palabra planeación, deriva del verbo transitivo planear y significa "Trazar o formar el plan de una obra"⁶⁴. De ahí que implica que el actuar de la administración, en especial, en su esfera contractual, este precedida de preparación, premeditación, previsión, organización y proyección, y a contrario sensu, sea lejana de improvisación, mediocridad y afanes infundados. No en vano, recientemente el legislador ha insistido dentro de la actividad contractual del Estado, en expresiones como "maduración de proyectos"⁶⁵, para acentuar la obligación de planearla debidamente.

112. En el principio de la planeación confluyen otros principios rectores de la función administrativa, pues, sin "planeación", no podría pensarse si quiera en eficacia y economía, entre otros tantos.

113. Con el fin de ilustrar el alcance de este principio, es necesario resaltar la labor de la jurisprudencia del Máximo Órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, por lo que a ella nos remitiremos, de la siguiente manera:

"El principio de la planeación o de la planificación aplicado a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y la legalidad, procurando recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos, no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal, desconociendo en consecuencia fundamentales reglas y requisitos previos dentro de los procesos contractuales; es decir, en violación del principio de legalidad.

⁶⁴ Diccionario de la Real Academia Española, consulta virtual en su página web. Actualizado en su vigésimo tercera edición.

⁶⁵ Ley 1474 de 2011. Artículo 87.

De esta relación normativa se concluye sin mayores esfuerzos que la idea central del constituyente de 1991 y del legislador al establecer los parámetros para los contratos de las entidades estatales fue la de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos.

En esta perspectiva, la planeación, y en este sentido la totalidad de sus exigencias, constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir, que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.

La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato. Es aquí, en este período, donde el principio de legalidad se manifiesta de manera más intensa por actuar en forma de vinculación positiva a la ley, es decir, porque las exigencias del legislador son especialmente expresas y claras para el operador. (...)

Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.

En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir, que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.”⁶⁶ (Cursivas y negrillas nuestras).

114. Al hilo del principio anterior, dentro del presente asunto, se observa que en el contrato de obra, de donde se suscitan las controversias que nos convocan, se estableció en la cláusula décima, lo siguiente:

OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO: Éste se obliga: 1) Facilitar la información suficiente para que el contratista pueda desarrollar su trabajo, esta información consta de los planos, especificaciones, acta de reunión, cambios, etc; y todas aquellas decisiones que puedan afectar la labor contratado.

115. De tal suerte que, los elementos, presupuestos e información básica para la ejecución de la obra objeto del contrato, que debieron ser determinados y definidos como consecuencia de la necesaria planeación del mismo, en cabeza de la entidad contratante, debían ser suministrados y puestos a disposición del contratista, para su idónea y adecuada realización.

116. Sin embargo, resulta conveniente destacar que la misma Corporación, ha señalado que la planeación no es un asunto ajeno al contratista, quien también contribuye a la misma, en virtud de su experticia y la buena fe que debe irradiarse, especialmente en las conductas contractuales, en los siguientes términos:

“Pero la planeación no solo mira hacia la administración. Naturalmente, los contratistas también están en el deber de planificar las acciones y gestiones necesarias para cumplir cabalmente sus prestaciones. De hecho, el profesionalismo con que debe actuar un contratista habitual del Estado, lo obliga a estar bien informado sobre las gestiones, proyectos,

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 1 de febrero de 2012, Rad. 22464.

*iniciativas, que la administración esté promoviendo a efecto de proponer, si es del caso, ofertas de contratos capaces de responder a las expectativas de la administración. No puede admitirse que empresas y empresarios concedores de todas las variables de sus negocios digan que firman contratos a oscuras, en la ignorancia, y que luego son sorprendidos por el Estado. Y todo eso hace parte de un principio básico del contrato, que no es otro que el de la buena fe contractual, que va más allá del comportamiento cabal y honesto, puesto que implica el conocimiento de las condiciones en que se desarrollará el vínculo jurídico, en orden a asegurar la mutua confianza de las partes. La buena fe reina en la etapa contractual, pues es la base de todas las relaciones o vínculos obligacionales...*⁶⁷ (Cursivas y negritas nuestras).

117. La anterior postura, puede inferirse además del contenido del inciso segundo del artículo 3 de la ley 80 de 1993, que sobre la participación de los particulares en los fines de la contratación, señala:

“De los Fines de la Contratación Estatal. (...)

*Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, ~~además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado,~~ **colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.**” (el texto rayado fue derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007; el resaltado en negrilla es nuestro)*

118. De lo anterior, se concluye con claridad que el reproche que se realice en torno a los efectos y perjuicios derivados de la planeación de un contrato, debe definirse luego del estudio conjunto de dos aristas, una relacionada a la elaboración y planificación correspondiente a la entidad pública contratante, y la otra, a la capacidad, posibilidades, reacción y análisis que hace el contratista de la misma.

119. Lo anterior, se deriva de conclusiones silogísticas razonables, pues, si fruto de la etapa de selección del contratista del Estado, éstos deben ser aquellos que prueben determinada idoneidad en la labor u obra concreta que se pretende realizar, mal harían ellos al aceptar y comprometerse a ejecutar obras o

⁶⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. Magistrado ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS. Bogotá, D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001-03-15-000-2013-01919-00(AC)

actividades que por su técnica, arte, profesionalidad y experiencia, previamente saben que son irrealizables, inútiles y disfuncionales, lo cual implica no solo trasgredir la buena fe mencionada, sino también, en algunos casos, la autoexposición al daño o la agravación del riesgo.

120. Analizada la demanda en sus peticiones y fundamentos fácticos y jurídicos, se evidencia que la imputación de incumplimiento a la planeación y a la información necesaria para la ejecución del contrato, que se eleva contra la parte convocada en el presente proceso, estriba en los siguientes puntos: (i) Los estudios de pre-factibilidad y de diseño definitivo con sus detalles de construcción y entregados, no correspondían al proyecto a ejecutar. (ii) Cambios de especificaciones técnicas; (iii) El Departamento no contaba con los permisos necesarios para iniciar la obra; (iv) Falencias de los estudios de suelos; (v) Cambios sustanciales de localización, trazado y esquema de construcción del canal paralelo a la Juan XXIII.

121. A su vez, se evidencia que el epicentro de la determinación de tales incumplimientos, va relacionado a los siguientes efectos indemnizatorios, expuestos por la parte demandante en los siguientes términos:

“En síntesis, todas y cada una de las situaciones generadores de desequilibrio económico del contrato que afrontan el sinalagma negocial del contratista, han sido causadas con ocasión al actuar omisivo e irregular del Departamento en lo relativo a su deber de planeación contractual.

De conformidad con los anterior, es claro que existe un desequilibrio económico que afectó al contratista que represento, el cual es atribuido a la falta de planificación del proyecto, causando un perjuicio al mismo, que se ve reflejado en los sobrecostos por mayor permanencia en obra y en el no pago de actas parciales...”⁶⁸

122. Así las cosas, el análisis de cada uno de los reproches formulados por la parte demandante respecto a este tópico, para efectos metodológicos, deberá efectuarse de manera concreta al analizar la procedencia o no de medidas indemnizatorias bajo los títulos de desequilibrio económico contractual, mayor permanencia en obra y en el no pago de actas parciales.

123. En consonancia con lo anterior, en la pretensión sexta, la accionante agrega que con ocasión de la indebida planeación contractual de la accionada, se

⁶⁸ Folios 38 y 39 de la demanda arbitral subsanada.

generaron diversas vicisitudes contractuales que trastocaron la normal ejecución del contrato de obra No. 141 de 2002.

124. Esa pretensión, conlleva inmersa tres solicitudes a saber **(I) La mayor permanencia en obra** con ocasión de la indebida planeación contractual; **(II) Déficit o pérdidas** con ocasión de la indebida planeación contractual y **(III) Imposibilidad de recibir las utilidades esperadas** con ocasión de la indebida planeación contractual, para efectos de resolverlas abordaremos las tres de manera integral y lo expresado en los párrafos siguientes conlleva una expresa definición por parte del Tribunal, esto de cara a futuras interpretaciones de causales por no pronunciamiento expreso.

125. Para analizar estas declarativas, el Tribunal parte de la base que la mera ampliación del término de duración del contrato no implica, per se, la causación de perjuicios que deban ser reparados, pues en todo caso tendrá que demostrarse el sufrimiento real de los mismos, máxime cuando en el documento de ampliación de mutuo acuerdo el contratista no dejó establecido ningún tipo de salvedad en relación con la ampliación del mismo.

126. En el asunto que se estudia, resulta evidente para el Tribunal que, las declarativas formuladas por la parte del convocante, mediante las cuales solicita se reconozca e indemnice la pérdida de una oportunidad en la ejecución del contrato de obra, no tienen vocación de prosperidad.

127. El hecho de que al momento de la firma del contrato adicional No.1 de octubre de 2003, visible al folio 69 del Cuaderno Principal 1, el contratista no haya reclamado o dejado salvedad en relación con aquellos conceptos que consideraba insolutos, le impide demandar a través de un proceso judicial su reconocimiento.

128. Ha sido jurisprudencia reiterada⁶⁹ por las altas cortes, y en especial, el Consejo de Estado que cuando los documentos contractuales se realizan entre la

⁶⁹ **CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B** Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 13001-23-31-000-2002-00945-01(35818) Actor: TISSOT S.A. Demandado: EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS, ECOPETROL; **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A** Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., cinco (05) de abril de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 050012333000201200244 01 (50887) Actor: EXXON MOBIL DE COLOMBIA S.A. Demandado: MUNICIPIO DE BELLO: CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA; **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Bogotá D.C, siete (7) de septiembre de dos mil quince (2015) Consejero Ponente:Jaime Orlando Santofimio** Radicación número: 250002326000201100056 01 (43.769) Actor: Distribuidora Equimedica Ltda. Demandados: Hospital de Engativá II Nivel E.S.E; **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C** **CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA** Bogotá D.C, veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 88001-23-31-000-2011-00021-01 (54.415) Actor: Orbita Arquitectura e Ingeniería Ltda. (Hoy

administración y su contratista, si no se deja salvedad en los mismos en relación con reclamaciones que tengan cualquiera de las partes, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de prestaciones surgidas del contrato o del acto posterior que se suscriba.

129. Los documentos suscritos de mutuo acuerdo entre las partes, constituyen un acto de autonomía privada de aquellas que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye un balance de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano Arbitral, cuando no se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: error, fuerza o dolo. Y que para el caso bajo estudio, no se acreditó ninguna prueba conducente y útil que pudiera ser observada en el expediente al momento de analizar el caudal probatorio que fue practicado.

130. Los documentos contractuales y especialmente los contratos adicionales al contrato, tienen como objetivo principal que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado están y quedaran después de cumplida la ejecución de aquel; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato hasta ese momento, y por esa razón, es la oportunidad propicia para formular las reclamaciones que se consideren pertinentes o dejar la advertencia de su no renuncia, para ser analizado en etapas posteriores.

131. Las salvedades en los documentos suscritos bilateralmente durante la ejecución del contrato, son un presupuesto de orden material en el marco de la legitimación en la causa por activa, en orden a lograr la prosperidad de las pretensiones.

S.A.) Y C&C Arquitectura e Ingeniería S.A. Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE; CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, primero (01) de julio de dos mil quince (2015). Radicación: 500012331000199706319 01 (37613) Actor: CROMAS S.A. Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS; CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth Bogotá D.C., 29 de octubre de 2015 Expediente: 29212 Radicación: 25000-23-26-000-2001-01549-01 Actor: Ingenieros Constructores e Interventores ICEIN S.A. Demandados: Instituto de Desarrollo Urbano IDU; CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA-SUBSECCIÓN B Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth Bogotá D.C, veintiséis de junio de dos mil quince (2015) Referencia: Expediente No. 25387 Radicación: 250002326000200001777 01 Actor: Fundación Cardioinfantil Demandado: Fondo Financiero Distrital de Salud; CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA - SUBSECCIÓN B Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth Bogotá D.C, veintinueve (29) de septiembre de dos mil quince (2015) Referencia: Expediente n.o 52507 Radicación: 110010326000201400159 00 Convocante: Consultoría Colombiana S.A. y Cromas S.A. Convocado: fl Metrolínea S.A. Naturaleza: Recurso de anulación de laudo arbitral

132. Así pues, cuando las partes de un contrato estatal, suscriben documentos bilaterales, la posibilidad de que prosperen las pretensiones formuladas está condicionada por la suscripción del documento respectivo con observaciones o salvedades, las cuales deberán identificar claramente la disconformidad para con el respectivo texto; en el evento en el cual sólo se formulen observaciones genéricas, que no identifiquen claramente la reclamación, si bien será posible formular la respectiva demanda, - ora arbitral-, no será posible que el tribunal resuelva favorablemente tales pretensiones, debido a que la parte convocante no cumplió con la carga probatoria de acreditar ese presupuesto, como se observa de los documentos aportados con la demanda primigenia ni al momento de reforma de la misma.

133. Siguiendo el precedente jurisprudencial vertical antes citado, encontramos que: (i) si las partes quedaron a paz y salvo en el contrato adicional No.1, sin reparos ni salvedades, no tendrán prosperidad los reclamos en vía judicial; (ii) si en el contrato adicional quedaron pagos pendientes, las partes pueden hacer efectivos los mismos según lo acordado; y (iii) se reconoce la posibilidad de que las partes hagan reservas y salvedades para reclamaciones futuras.

134. En nuestro caso concreto, se celebró un contrato adicional No.1 (folio 69 del cuaderno principal) mediante el cual, las dos partes, entidad y contratista, de forma libre y voluntaria hicieron el correspondiente corte de cuentas para finiquitar de forma definitiva una serie de inconformidades que había presentado el contratista, entre ellas, las comunicaciones chsai-141/02-95 – 100 y 101, tomando en consideración las obras ejecutadas y su valor, contrastando estos elementos con el valor pactado del objeto contractual y los dineros que hasta el momento se habían entregado.

135. Sin embargo, de la lectura y análisis que le hace este tribunal a la anterior prueba documental relacionada, no se consignó ninguna salvedad ni de parte del Departamento, ni de parte del contratista quien suscribió el acta sin hacer observación alguna relativa a sobrecostos que se hubieran podido producir, estando en toda la libertad de hacerlo. De hecho, del contenido del acta observamos una inequívoca voluntad de las partes, que consideran innecesaria la realización de ajustes pecuniarios a los valores acordados en el contrato y el contratista acepta que la mayor permanencia no genera erogaciones para el departamento. El análisis de la prueba documental tuvo en cuenta el siguiente contenido:

*“OBJETO: Adiciónese en ciento veinte (120) días calendario más, al plazo de ejecución del contrato No. 141 de 2002, a partir de la fecha de culminación del término del contrato principal. Parágrafo: Una vez legalizado el presente contrato adicional No. 01 al contrato No. 141 de 2002, el contratista se compromete a: 1) Presentará reprogramación de obra para los ciento veinte (120) días y el incumplimiento de este deberá generar multas de acuerdo a las cláusulas del contrato principal. 2) Presentará cronograma detallado de recursos, equipos y personal necesario para terminar la obra en el tiempo pactado. 3) **No presentara reclamación posterior en lo que respecta a sus oficios CHSAI-141/02-95, CHSAI-141/02-100 y CHSAI-141/02-101, teniendo en cuenta que la Interventoría del contrato no acepta ninguna de las razones expuestas en los oficios antes citados.** 4) Aceptar que la mayor permanencia en la obra de equipos y personal no genera erogaciones para el Departamento de las establecidas en el contrato principal.”*
(Resaltado por fuera del texto).

136. Claramente, como se explicó en apartes anteriores, la falta de salvedades en el acuerdo con el que se pretendió dar por terminada de forma definitiva las reclamaciones presentadas por el contratista, por hechos de supuesta indebida planeación, no implica una limitación a la concurrencia del demandante ante esta jurisdicción, pero sí, indefectiblemente, constituye un impedimento para la prosperidad de las pretensiones, razón por la que es forzoso negar las declaraciones solicitadas.

137. No desconoce el Tribunal que en efecto el contratista presentó petición con el objeto de que se estudiara la posibilidad de indemnizarlo, por el presunto desequilibrio que se habría producido por una variación en las condiciones con las cuales participó y ofertó en la licitación, que no fueron contestadas de fondo por el Departamento.

138. Sin embargo, no puede pretender el contratista alegar que la petición no le fue contestada nunca cuando con posterioridad a la formulación de su solicitud, la entidad le citó para suscribir el contrato adicional No.1 de forma bilateral. Este era el escenario fundamental, para la resolución de asuntos económicos que pudieran estar pendientes, y el contratista, en su liberalidad decidió constituir un paz y salvo oponible a las partes sin dejar ninguna salvedad al respecto y exonerando de cualquier responsabilidad al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con ocasión de cualquier indebida planeación contractual que hubiese podido tener la entidad convocada. Sin embargo, en un acto legítimo y de buena fe contractual, decidió condonar al Departamento de cualquier responsabilidad derivada de esa presunta indebida planeación, y para

ello de manera expresa revocó no solo sus comunicaciones previas a la suscripción del contrato, sino también asumió el riesgo por cuenta propia, de todos los costos derivados de la ampliación del contrato.

139. Esto lleva al tribunal a concluir con total claridad que, con la firma del contrato adicional No.1, el contratista renunció a que se le cancelaran los costos directos razonables y probados, en que hubiese incurrido a la fecha de suscripción, sino también a los que fuere a incurrir hasta la finalización del plazo adicional acordado.

140. De esa manera, acorde con el acervo probatorio recopilado, consideramos que cualquier reclamación por lucro cesante, intereses, renta, ganancias anticipadas, pérdida de negocios, pérdidas o daños económicos, daños punitivos o ejemplares y daños indirectos o consecuenciales, aún si el departamento fuere previamente advertido de la posibilidad de existencia de alguna de dichas pérdidas y/o daños, se desvanecieron por la libre voluntad del contratista.

141. La doctrina de los actos propios⁷⁰ y desarrollada por el Consejo de Estado⁷¹, conocida en latín bajo la fórmula ***venire contra factum proprium non valet***, proclama el principio general de derecho que establece la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos hechos con anterioridad, es decir, prohíbe que una persona pueda ir contra su propio comportamiento mostrado con anterioridad para limitar los derechos de otra, que había actuado de esa manera movido por la buena fe de la primera.

⁷⁰ Esto es así fundamentalmente por dos razones: la primera, porque desde el punto de vista formal tal configuración tiene un carácter reglado (Expósito, 2006, p. 411); la segunda, porque desde el punto de vista material tal configuración sólo tiene lugar por la necesaria concurrencia de las voluntades de la Administración y del contratista. De allí que la interpretación del contrato estatal tiene como punto de partida la verificación de la intención de las partes, expresada por supuesto en unos determinados contenidos o estipulaciones contractuales (Benavides, 2004, pp. 339-340).

En esa misma perspectiva, si la regla de los actos propios que sirve de sustento al principio de la confianza legítima constituye un desarrollo del principio general de la buena fe, lo cierto es que tal principio tampoco resulta un factor determinativamente característico de un actuar discrecional ni unilateral de la Administración Pública contratante, comoquiera que esa buena fe se exige tanto al contratante como al contratista³ (Consejo de Estado, Sentencia de 5 de diciembre de 2005) y, de otra parte, el alcance mismo de esa buena fe comercial exigible al Estado no puede partir de las elaboraciones que a tal principio corresponden para las relaciones jurídicas entre particulares, puesto que, "como en todos los aspectos de la contratación del Estado en donde se antepone la primacía del interés general, la buena fe administrativa mira más hacia esta finalidad que hacia el interés pecuniario de la Administración" (Expósito, 2006, p. 566).

⁷¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil cinco (2005) Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01556-01(14113) Actor: CONSORCIO JOSE JOAQUIN CLAVIJO Y RAMIRO ALFONSO CRUZ HERNANDEZ Demandado: IDU; De manera que la jurisprudencia ha encontrado una necesaria relación entre el principio de la buena fe, la doctrina de los actos propios y el principio de confianza legítima, al igual que ha destacado su función de garantía de seguridad jurídica para los administrados, en general, frente a las decisiones de las autoridades. La articulación entre tales criterios -buena fe, no venir contra los propios actos y confianza legítima- también ha sido evidenciada, en particular, en el ámbito comercial de la Administración (Consejo de Estado, Sentencia de 10 de marzo de 2011).

142. Constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo, de una facultad, o de una potestad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento consecuente.

2.4.2. Sobre El Incumplimiento De La Cláusula Octava Del Contrato De Obra No. 141 De 2012 Por Parte Del Departamento Archipiélago De San Andrés, Providencia Y Santa Catalina, Por El Supuesto No Pago De Las Últimas Actas De Avance De Obra Al Contratista

143. Con base en las pretensiones formuladas, corresponde estudiar si el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina incumplió o no, la cláusula octava del Contrato de Obra No. 141 de 2002, celebrado con la sociedad Convocante, denominada "pagos y anticipos", por el presunto no pago de las Actas No. 5 y 6, en favor del Contratista, de conformidad con las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

144. De igual manera, es necesario analizar si, en el evento en que proceda la declaratoria de responsabilidad contractual del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en virtud de los supuestos fácticos anteriormente aducidos, es procedente ordenar el resarcimiento de los daños materiales reclamados.

145. En cuanto a lo anterior, debe precisarse, tal y como se señaló a lo largo del presente laudo, que la responsabilidad contractual del Estado se fundamenta en el artículo 90 de la Constitución Política, que consagra lo siguiente:

"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste." (Cursivas fuera del texto)

146. Los elementos de la responsabilidad contractual del Estado son (i) la existencia del daño causado a un sujeto contratista, (ii) la imputación jurídica del mismo a la entidad pública contratante, y (iii) el nexo causal, de la siguiente manera:

"De conformidad con todo lo anterior la responsabilidad contractual del Estado se configura cuando concurren los siguientes elementos:

1) La existencia de un daño consistente en la lesión del derecho de crédito del contratista.

Al respecto cabe recordar que el contrato es fuente de obligaciones y a la vez de derechos correlativos para cada una de las partes, denominados estos derecho de crédito que consisten en la facultad de exigir al otro sujeto contratante el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, conforme lo señaló la Sala en la citada sentencia proferida el 25 de febrero de 2009¹¹ en la cual reiteró lo expuesto en anteriores providencias y explicó:

"Ese daño debe ser cierto y su existencia establecerse plenamente en el respectivo proceso; en otras palabras, los perjuicios que alega el acreedor y que reclama del deudor deben estar revestidos de plena certeza.

El daño contractual consiste en la lesión del derecho de crédito como consecuencia de un comportamiento del deudor contrario al programa de la prestación.

(...)

En este tipo de responsabilidad el elemento central es el daño¹², de conformidad con el principio de garantía de la integridad del patrimonio de los particulares, según el cual la responsabilidad se fundamenta en la posición jurídica de la víctima, cuya esfera patrimonial ha sido lesionada y no sobre la conducta del autor del daño¹³.

El daño antijurídico para que sea indemnizable debe tener una existencia real y concreta y debe ser evaluable en términos económicos; es necesario entonces que el contratista acredite su existencia, lo

cuantifique en dinero, de acuerdo con los parámetros del contrato celebrado o los factores objetivos existentes y además lo individualice¹⁴”

Ahora bien, en el entendido de que el daño que configura la responsabilidad contractual consiste en la lesión del derecho de crédito del contratista, resulta claro inferir que, para deducir su ocurrencia, debe demostrarse la existencia del derecho subjetivo que se afirma conculcado y, en tratándose del derecho de una de las partes del contrato a esperar la ejecución de la prestación debida que está a cargo de la otra, resulta imperativo probar como hechos fundamentales:

- . Que exista el contrato fuente de la obligación debida;*
- . Que estén cumplidas las condiciones legales y contractuales que condicionan la ejecución del contrato; y*
- . Que la obligación que se afirma incumplida sea exigible.*

En relación con la existencia de los contratos estatales, la Ley 80 de 1993¹⁵ dispuso lo siguiente:

“Artículo 40. Los contratos del Estado ser perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”

Y en cuanto a los requisitos previstos para la ejecución de los contratos estatales el mismo artículo dispuso en su inciso 2:

“Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica de presupuesto.

(...)”

En relación con el contenido y alcance de la norma legal anterior, la Sala explicó lo siguiente:

“De conformidad con lo dispuesto en la precitada norma, la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se producen cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, definidos por el legislador como el: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación” (elementos sustanciales) y también que ‘éste se eleve a escrito’ (elemento formal de la esencia del contrato).

Al efecto cabe tener en lo afirmado por Marienhoff, para quien, como regla ‘puede afirmarse que el contrato queda ‘perfeccionado’ cuando se produce el acuerdo o fusión de voluntades entre las partes’¹⁶.

(...) según lo previsto en la ley 80 de 1993, el contrato es perfecto cuando se han cumplido las condiciones para su existencia, esto es, al recorrer su definición, porque concurren sus elementos esenciales, sin perjuicio de que puedan existir condiciones o plazos que suspendan su ejecución.”¹⁷

2. La imputación del daño a la entidad contratante.

La imputación que permite atribuir el daño a un sujeto de derecho comporta un juicio jurídico que involucra una valoración de la causa material del mismo y del título de imputación aplicable al caso concreto.

(...)

“siendo principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia, que las partes deban ejecutar las obligaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna²¹, el incumplimiento de las mismas, esto es, su falta de ejecución o su ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a

*título de responsabilidad subjetiva y por culpa (...)*⁷²
(Cursivas y negritas fuera del texto)

147. Vistos los elementos de la responsabilidad contractual del Estado, es pertinente confrontar el particular con el caso *sub examine*, para lo cual, se cita el tenor literal de la cláusula octava supuestamente incumplida del Contrato de Obra No. 141 de 2002, celebrado entre EL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, y la AGM DESARROLLOS S.A.S. (antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda., así:

“CLÁUSULA OCTAVA: ANTICIPO DE FONDOS Y FORMA DE PAGO: EL DEPARTAMENTO entregará a EL CONTRATISTA un anticipo equivalente al 50% del valor de la obra, una vez cumplidos los requisitos de ejecución del contrato. El 50% restante, mediante actas parciales aprobadas por el Interventor y contra mediciones de avance de trabajos, donde se descontará un 50% del acta para amortizar el anticipo recibido y se retendrá el 5% como reserva para la cuenta final que iniciará trámite de pago después de aprobada y firmada el acta de liquidación final del contrato.” (Cursivas fuera del texto).

148. En este punto, la parte demandante solicita, en el acápite 5.1. de la demanda, denominado “PRETENSIONES DECLARATIVAS”, lo siguiente:

“SEGUNDA. - Que se declare el incumplimiento del Contrato de Obra No. 141 de 2002 por parte del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por no haber cumplido con la cláusula octava del contrato “Anticipo y forma de pago”, atendiendo a que no pagó a Construcciones Hilsaca las últimas actas de avance de obra.” (Cursivas fuera del texto original)

149. Como consecuencia de dicha pretensión, AGM DESARROLLOS S.A.S. (antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.), solicita en el acápite 5.2. del líbello introductorio, titulado “PRETENSIONES DE CONDENA”, lo siguiente:

“PRIMERA.- Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene al Departamento Archipiélago de

⁷² CONSEJO DE ESTADO. SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. SECCION TERCERA. CONSEJERO PONENTE: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. BOGOTÁ, D. C., ONCE (11) DE AGOSTO DE DOS MIL DIEZ (2010). RADICACIÓN: 20001- 23-31-000-1998-04061-01(18499)

San Andrés, Providencia y Santa Catalina a favor de AGM DESARROLLOS S.A.S., al reconocimiento y pago de la indemnización plena e integral de los daños y perjuicios materiales, en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante, consolidado y futuro, que se logren probar en el proceso, tal y como sigue: (...)

1.3.- El valor que se logre probar por concepto de las actas parciales de obra No. 5 y 6, ejecutadas en el desarrollo del contrato No. 141 de 2002, no canceladas por parte del Departamento de San Andrés.” (Cursivas fuera del texto original).

150. Al respecto, la parte demandante aduce que las actas No. 5 y 6 presuntamente impagadas ascienden al valor de DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO SESENTA Y UN PESOS MCTE. (\$ 288.852.161.00), de acuerdo con el dictamen contable allegado como prueba, así:

Acta No. 5	\$ 240.265.683
Acta No. 6	\$ 48.586.478
TOTAL	\$ 288.852.161

Vale la pena resaltar que la numeración e imputación de actas tanto alegadas por las partes en diversos documentos, nunca fueron suscritas, por lo que para efectos de este laudo, se deberá tener en cuenta como valores de referencia para determinar el monto y precio de obra no pagada y aceptada de alguna forma por las partes.

151. Lo anteriormente expuesto, fue reiterado en los alegatos de conclusión presentados oportunamente por la sociedad Convocante de este Tribunal.

152. Por su parte, se reitera, el DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA no contestó la demanda, y por ende, en dicha oportunidad no se opuso a las pretensiones del demandante, relacionadas con la declaratoria de incumplimiento de la cláusula octava del Contrato No. 141 de 2002, por el presunto no pago de las actas No. 5 y 6, aducidas por la sociedad Convocante. Sobre este punto, tampoco existió

oposición expresa en los alegatos de conclusión presentados por la Entidad Territorial Convocada.

153. Este Tribunal de Arbitramento advierte que los supuestos fácticos que sirven de fundamento para esgrimir las pretensiones objeto de estudio constituyen una negación indefinida expresada por la parte Convocante, según la cual, las actas parciales No. 5 y 6, levantadas con ocasión de la ejecución del Contrato No. 141 de 2002, no fueron pagadas por la entidad contratante, esto es, EL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA.

154. En ese sentido, para efectos de abordar este asunto, en primer lugar, se expondrán las consideraciones jurídicas pertinentes, relacionadas con el régimen probatorio de los hechos que constituyen negaciones indefinidas, y, en segundo lugar, se estudiará el caso concreto.

155. Al respecto, en nuestro sistema procesal, la carga de la prueba le corresponde inicialmente, a la parte que pretende acreditar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, tal y como lo señala el primer inciso del artículo 167 del Código General del Proceso, que reza lo siguiente:

“CARGA DE LA PRUEBA: Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. ...” (Cursivas nuestras).

156. Lo anterior, de conformidad con el principio general del derecho contenido en la máxima latina que reza “onus probandi incumbit actori”, el cual expresa que al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción, y cuyo incumplimiento conduce necesariamente a la absolución del demandado de los cargos que le fueron esgrimidos, de conformidad con el aforismo “actore non probante, reus absolvitur”.

157. Al respecto de la carga de la prueba, el Consejo de Estado ha señalado, lo siguiente:

“Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de que la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que

corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba —verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida—.

En ese orden de ideas, el concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que despliegan en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y / o la contraprueba de aquellos que, habiendo sido acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo.

(...) La carga de la prueba es, por consiguiente, una medida imprescindible de sanidad jurídica y una condición sine qua non de toda buena administración de justicia.”⁷³ (Cursivas y negritas fuera del texto)

158. Sin embargo, tratándose de negaciones indefinidas, el inciso cuarto del artículo 167 ibídem, dispone lo siguiente:

“Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.” (Cursivas fuera del texto)

159. En ese sentido, la parte que manifiesta un hecho bajo la fórmula de una negación indefinida está relevada del deber procesal de acreditar el supuesto

⁷³ CONSEJO DE ESTADO. SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. SECCION TERCERA. CONSEJERO PONENTE: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. BOGOTÁ, D. C., ONCE (11) DE AGOSTO DE DOS MIL DIEZ (2010). RADICACIÓN: 20001- 23-31-000-1998-04061-01(18499)

fáctico que aduce, tal y como lo expuso la Corte Constitucional, en la sentencia T – 680 de 2007, en los siguientes términos:

“La Corte Constitucional ha precisado en concordancia que si una de las partes exhibe una negación indefinida, no le corresponde verificar la ocurrencia de lo que, precisamente, no es un hecho, sino la negación de un hecho. En tal virtud, la carga de la prueba se invierte, correspondiéndole a la contraparte aportar la evidencia de que el hecho que la otra niega, en realidad ocurrió.” (Cursivas fuera del texto)

160. En concordancia con lo anterior, la manifestación de que no existió pago de determinada acreencia, como en el caso que nos ocupa, no es un hecho que pueda ser acreditado por quien lo afirma, al tener un contenido indefinido que solo puede ser desvirtuado por el sujeto a quien se le imputa la existencia de la obligación contractual insoluta, y por ende, la carga procesal se traslada a la entidad convocada, a quien le corresponderá desvirtuar la ausencia de pago que se le atribuye, de las actas mencionadas, con ocasión de la ejecución del contrato objeto de controversia.

161. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado, lo siguiente:

“Al respecto, lo primero que ha de tenerse en cuenta en el caso sub examine, es que la presentada por el actor es una negación indefinida, la cual ha sido definida como «[...] aquellas que ni indirecta o implícitamente conllevan ninguna afirmación o negación opuesta: que no sólo son indeterminables en el tiempo y en el espacio, sino que, en la práctica, no son susceptibles de probar por medio alguno [...]», por lo que de conformidad con lo expuesto en el acápite anterior, la carga de la prueba se invierte y en consecuencia correspondía a la entidad accionada desvirtuarla allegando al proceso los medios probatorios que acreditaran que efectivamente cumplió con sus obligaciones laborales y canceló las prestaciones reclamadas.⁷⁴” (Cursivas y negritas fuera del texto)

162. Así las cosas, y teniendo en cuenta que EL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA no desvirtuó la negación indefinida expresada por la parte Convocante en el libelo introductor, allegando al proceso los medios probatorios que dieran cuenta que

⁷⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. BOGOTÁ D.C., VEINTIOCHO (28) DE JUNIO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018) SE. 071. RADICACIÓN NÚMERO: 05001-23-31-000-2004-00946-01(2091-12)

efectivamente pagó a la sociedad AGM DESARROLLOS S.A.S. (antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.), el valor correspondiente a las Actas de entrega parcial No. 5 y 6, desde la perspectiva de la convocante o la 5, 6 y 7 desde la convocada de acuerdo a los documentos analizados, no son actas formalmente aceptadas por las partes del contrato, pero no invalida la certeza sobre la realidad contractual y una obligación insoluta. Por ello, con ocasión de la ejecución del Contrato de Obra No. 141 de 2002, en los estrictos términos estipulados en la cláusula octava de dicho negocio jurídico, se estimarán favorablemente las pretensiones relacionadas con este tópico de la demanda pero haciendo la salvedad que se totalizará el valor total insoluto por ejecución de obra en lo términos de la reparación integral contenido en la valoración y reparación de daños de que trata el artículo 16 de la ley 446 de 1998. .

163. Al respecto, es pertinente recalcar que en el expediente obran las Actas de entrega parcial No. 5 y 6, sin suscribir, se establecieron en otras actas numeradas del 5 al 7, las cantidades de obras realizadas por el contratista, por lo cual, se cumplieron las condiciones contractuales necesarias para que el DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA procediera con el pago de los valores que sabe que debe y por lo menos con certeza cuando solicita la activación de la garantía de estabilidad de obra.

164. De igual manera, no se observa ninguna prueba en el plenario que permita inferir que las actas referidas fueron pagadas por la entidad contratante, y por ende, se reitera, el Tribunal resolverá favorablemente las solicitudes de declaraciones y condenas expuestas en el memorial de reforma de demanda, al encontrarse acreditados los elementos constitutivos de la responsabilidad contractual de la Administración Pública, antes vistos.

2.4.3. Del Equilibrio Económico Del Contrato:

165. La parte convocante, en la cuarta de sus pretensiones declarativas, solicita la declaratoria de perjuicios por la ruptura del equilibrio económico del Contrato No. 141 de 2002.

166. Lo anterior, tal como se aprecia en la demanda, se fundamenta principalmente en los siguientes tópicos: I. Por mayor permanencia en obra; II. Cambio de especificaciones técnicas. III. Por el no pago de actas parciales. IV. No reconocimiento y pago de mayores cantidades de obra y obras adicionales ejecutadas.

167. En cuanto a la supuesta ruptura del equilibrio económico del Contrato mencionado, en virtud de la mayor permanencia en obra, la parte Convocante centra su reclamo en el hecho que el mismo fue objeto de distintas suspensiones y adiciones que alteraron su duración inicial, establecida en la propuesta presentada por la sociedad AGM DESARROLLOS S.A.S. (antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.), los pliegos de condiciones, los documentos previos y la cláusula sexta del negocio jurídico.

168. Así mismo, la parte Convocante agrega que las razones que causaron la mayor permanencia en la obra no le son imputables, y que tal prolongación generó costos que deben ser asumidos por EL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, tales como gastos de administración, por valor de **TREINTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$ 33.749.850)**.

169. Lo anterior lo reitera en los alegatos de conclusión, y solicita que para tal efecto, se tengan en cuenta los dictámenes técnicos y contables aportados en la demanda y la reforma de la misma, así como los documentos de los gastos de administración, aportados en CD.

170. Por su parte, se reitera, el DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA no contestó la demanda, y por ende, en dicha oportunidad no se opuso a las pretensiones del demandante, concernientes a la supuesta ruptura del equilibrio económico del Contrato mencionado, por la supuesta mayor permanencia en la obra. Sobre este punto, tampoco existió oposición en los alegatos de conclusión presentados por la Entidad Territorial Convocada, pero en la definición de estos tópicos se pronunciara el Tribunal.

171. En relación con el cambio de las especificaciones técnicas como fundamento esgrimido para la ruptura del equilibrio económico del Contrato, la parte Convocante inicia exponiendo que mediante el oficio No. 12/2003 INT – 001/1 D4-12, el interventor del contrato solicitó el cambio de tubería de 18 pulgadas de diámetro nominal exterior establecido en los pliegos de condiciones, por una tubería de 20 pulgadas de diámetro nominal exterior, pero que tuviese 18 pulgadas de diámetro interiormente.

172. La génesis de los perjuicios alegados por la parte Convocante reside en que, "este cambio de especificaciones técnicas, que no estaba estipulada en los pliegos de condiciones, le ocasionó al contratista un perjuicio desde el punto de

vista económico en consideración que la tubería que la interventoría no acepto (sic), mi mandante [AGM Desarrollos S.A.S.] la había adquirido previamente y la misma se encontraba en el campamento almacenada.”

173. De esa manera, concluye la parte Convocante que los supuestos sobrecostos generados por el cambio de las especificaciones técnicas en las tuberías deben ser asumidos por el DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en virtud de la inadecuada planeación de la entidad contratante. Lo anterior es reiterado en sus alegatos de conclusión.

174. Por su parte, el DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA aduce que nunca hubo cambio de tuberías, ni petición de tubería de 20 pulgadas. Igualmente señala que, sin perjuicio de lo anterior, en el evento en que el contratista estimara o creía que el interventor estaba errado al exigir la tubería de 18 pulgadas, debió acudir a la cláusula décima sexta del contrato, según la cual “las divergencias que se presenten entre el Contratista y el Interventor serán dirimidas por el Director Operativo de la Unidad Administrativa Especial de Control de Servicios Públicos.”.

175. Por otra parte, en lo relacionado con la ruptura del equilibrio económico del contrato en perjuicio la parte Convocante, por el no pago de las actas parciales, se reitera lo expuesto en el acápite relacionado con el incumplimiento contractual de la cláusula 8 del Contrato de Obra objeto de controversia, en relación con las Actas No. 5 y 6.

176. Sobre este punto, tal y como se expuso previamente, EL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA no se opuso a través de los mecanismos procesales establecidos para tal efecto.

177. Por último, la parte Convocante alega una ruptura del equilibrio económico del Contrato en mención, por la supuesta falta de reconocimiento y pago de mayores cantidades de obra y obras adicionales ejecutadas, las cuales describe en el líbello introductor.

178. Sobre el particular, el DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA aduce que las mayores cantidades de obra y obras adicionales fueron recogidas y canceladas, agrega que “si se observa la liquidación de cantidades de obra en las diferentes actas y de la liquidación realizada por el departamento, con el acompañamiento de peritos por el abandono de las obligaciones del contratista, nos damos cuenta de que hay un

balance al cuantificar mayores cantidades de obra, menores cantidades de obra, obras no recibidas por mala ejecución y al final el valor del contrato da un resultado similar al contratado.”

179. Teniendo en cuenta la anterior plataforma fáctica, se resolverá el particular definiendo en primer término, el concepto de equilibrio económico del Contrato.

180. Al respecto, el equilibrio económico del contrato es un principio que irradia las actividades contractuales bilaterales, sean públicas o estrictamente privadas, que propugna por la salvaguarda y subsistencia del sinalagma y conmutatividad, característicos de estas formas negociales.

181. Sobre esos atributos del negocio jurídico bilateral, nos recuerda el Maestro Fernando Hinestroza, lo siguiente:

“En el contrato conmutativo, bien puede decirse que desde su propia celebración “las prestaciones están determinadas de manera invariable y equivalente: se sabe cuál es la medida de las reciprocidades debidas entre las partes, cada una inicialmente sabe lo que debe y lo que puede con la exigencia de guardar proporción y equilibrio entre cargas y beneficios. (...)”⁷⁵

Si del pacto emanan nexos recíprocos, correspondientes, se dice que es bilateral (sinalagmático) o de prestaciones correlativas (contractus ultro citroque obligatorii).”⁷⁶ (Cursivas fuera del texto)

182. En relación a los Contratos Estatales, el Doctor Rodrigo Escobar Gil, explica:

“Los principios fundamentales de la institución contractual son la coordinación de intereses y prestaciones recíprocas (ultracitroque) y la fuerza vinculante que reviste el acuerdo de voluntades para las partes (lex contractus), los que informan y disciplinan en su integridad los contratos administrativos, que corresponden a la especie de los contratos bilaterales onerosos, en los que el rasgo sustancial es la idea de la reciprocidad de prestaciones (principio do ut des) junto con el principio de la bona fides, que impone la exigencia de mantener la

⁷⁵ HINESTROZA, FERNANDO. TRATADO DE LAS OBLIGACIONES II. DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES: EL NEGOCIO JURÍDICO. VOLUMEN II. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. EDICIÓN 2015. PÁGINA 367.

⁷⁶ HINESTROZA, FERNANDO. TRATADO DE LAS OBLIGACIONES II. DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES: EL NEGOCIO JURÍDICO. VOLUMEN II. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. EDICIÓN 2015. PÁGINA 446.

*proporcionalidad y simetría económica pactada inicialmente durante toda la ejecución del contrato como contrapartida a las modificaciones unilaterales que pueda introducir la Administración en tutela del interés público y para asegurar los derechos del contratista(...)*⁷⁷ (Cursivas fuera del texto)

183. Como se observa, la conservación del equilibrio económico del contrato es un postulado que irradia acentuadamente la actividad contractual del Estado, y además constituye una de las garantías mínimas de los contratistas frente a la Administración, teniendo en cuenta que protege el equilibrio o igualdad prestacional de los sujetos co-contratantes, por demás necesaria, en consideración a la situación dispar del contratista frente al Estado, quien como guardián del interés público puede intervenir exorbitantemente el acuerdo celebrado.

184. No en vano múltiples disposiciones normativas del Estatuto de la Contratación Estatal, insisten en la protección y garantía del equilibrio económico en los contratos estatales, dentro de los cuales conviene destacar las siguientes:

*“De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: (...) 3o. Solicitarán la actualización o la revista de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.”*⁷⁸

*De los Derechos y Deberes de los Contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas: 1º. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. (...) En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.”*⁷⁹

⁷⁷ ESCOBAR GIL, RODRIGO. TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. LEGIS. EDICIÓN 1999. PÁGINA 22 Y 23.

⁷⁸ ARTÍCULO 4. LEY 80 DE 1993

⁷⁹ ARTÍCULO 5. LEY 80 DE 1993.

De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. (...) En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.⁸⁰

De la Interpretación de las Reglas Contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.⁸¹" (Cursivas y negritas fuera del texto)

185. A la luz del principio mencionado, las vicisitudes en la ejecución contractual que causen asimetrías en las equivalencias económicas deben conjurarse mediante la redirección del contrato y de sus contraprestaciones a un punto de equilibrio coherente con el preestablecido. Se trata de tornar el cauce del negocio jurídico a los rieles de la reciprocidad, en los que se inspira y cimienta.

186. El Honorable Consejo de Estado, sobre el particular, ha señalado:

"No han sido pocos los pronunciamientos de esta Subsección en los cuales se ha enfatizado en que el principio del equilibrio económico del contrato, cuyos postulados se desarrollan ampliamente por los dictados del Estatuto de Contratación Estatal, propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y que le sirvieron de cimiento a la misma.

En ese sentido, ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada dependiendo de la entidad de la cual emane, ya fuere por factores externos a las partes, cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio

⁸⁰ ARTÍCULO 14. LEY 80 DE 1993

⁸¹ ARTÍCULO 28. LEY 80 DE 1993.

legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como “Hecho del Príncipe”.

Se precisa además que el instituto del equilibrio económico del contrato tiene como propósito fundamental la conservación de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del nacimiento del vínculo negocial; de ahí que en caso de verificarse su ruptura procederá el restablecimiento de la ecuación a las condiciones inicialmente pactadas, cuestión que se diferencia de la indemnización de perjuicios cuya procedencia se encuentra ligada a que su ocurrencia, que al igual que el desbalance económico debe estar debidamente acreditada, haya surgido como consecuencia de la inobservancia del contenido obligacional de uno de los extremos contratantes, lo que a su a turno invadirá el terreno de la responsabilidad contractual por cuenta del incumplimiento de las prestaciones acordadas. (...)”⁸² (Cursivas y negrillas nuestras).

187. Tal como lo plantea la jurisprudencia anterior, no cualquier evento que afecte el equilibrio económico del contrato, conlleva a un remedio inspirado en el principio mencionado. Una precisión fundamental y necesaria para delimitar su aplicación, consiste en determinar si el desequilibrio económico se produce como consecuencia de un incumplimiento contractual, caso en el cual, el análisis y resolución del mismo deben darse en el ámbito de la responsabilidad contractual del Estado.

188. La tradición jurisprudencial del Honorable Consejo de Estado, suele dar aplicación específica al principio del equilibrio económico del contrato, en los supuestos denominados: “Teoría de la imprevisión”, “Hechos del príncipe” y el “*potestas variandi*”.

189. La misma Corporación, explica los rasgos comunes del equilibrio económico y financiero del contrato, en los siguientes términos:

“[E]l equilibrio económico y financiero del contrato puede tener su génesis u origen en las siguientes: i) Circunstancias imputables o atribuibles a la administración contratante a partir de potestades derivadas del propio contrato. ii) Circunstancias imputables o atribuibles al Estado, en virtud de su imperium. iii) Circunstancias externas y ajenas a los contratantes. iv) Circunstancias imputables o atribuibles a la administración contratante. En

⁸² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SENTENCIA DEL 5 DE JULIO DE 2018, RADICACIÓN 56934.

estos eventos, el desequilibrio de la ecuación económica o financiera se desencadena del ejercicio de un poder exorbitante o una cláusula excepcional al derecho común por parte de la administración contratante. Se trata de aquellos escenarios en los que –en el ejercicio legítimo y lícito– de una cláusula excepcional el contrato termina impactado en su ecuación financiera, circunstancia por la que es imperativo que se reequilibre, toda vez que el contratista no se encuentra compelido u obligado a soportar ese hecho. El fundamento normativo del equilibrio en este tipo de situaciones, se itera, no se deriva del incumplimiento del contrato (dolo o culpa), sino que, por el contrario, ese basamento se halla en el principio de justicia conmutativa.”⁸³ (Cursiva y negrillas nuestras).

190. Si bien un incumplimiento contractual, puede tener la magnitud de desequilibrar la ecuación económica del contrato, el restablecimiento del mismo, en especial, cuando se procura la indemnización de los perjuicios, se debe estudiar a partir de la confluencia de los elementos de la responsabilidad contractual.

191. Retomando el análisis de la pretensión declarativa relacionada al desequilibrio económico del contrato, observa el Tribunal que las imputaciones en las que se fundamenta, *verbi gratia*, “I. Por mayor permanencia en obra; II. Cambio de especificaciones técnicas. III. No pago de actas parciales. IV. No reconocimiento y pago de mayores cantidades de obra y obras adicionales ejecutadas”, no derivan de un alea ajeno a las partes contratantes, y mucho menos, del ejercicio de un poder exorbitante por parte de la entidad demandada, por lo que la aplicación del principio del equilibrio económico del contrato no tendría, en principio, vocación de prosperidad.

192. En todo caso, la procedencia de las pretensiones condenatorias formuladas por la parte demandante, deberán estudiarse de manera individual, a fin de determinar el contexto de su ocurrencia, para establecer la procedencia o no de medidas de restablecimiento frente a cada una.

193. Es importante advertir, al hilo de la técnica de redacción de la solicitud de declaración quinta, que el Tribunal encuentra que se trata de una afirmación que conlleva afirmaciones o negaciones indefinidas y que serán objeto de probanzas según el desarrollo del proceso.

⁸³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SENTENCIA DEL 6 DE MAYO DE 2015, RADICADO 31837.

194. Lo anterior lo advierte el Tribunal en la medida que la congruencia es una derivación del principio dispositivo que reclama que el Laudo ha de adecuarse a las pretensiones de las partes, sin que pueda el tribunal otorgar más de lo pedido por el actor, menos de lo resistido por el demandante ni fundar la sentencia en causas de pedir distintas a las que se han erigido en el objeto del proceso

195. El deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum y la causa petendi y el laudo.

196. Por lo cual, este Tribunal establece que para resolver la misma, su desarrollo y resuelve estará contenido en las declaraciones y condenas puntuales solicitadas y no de manera general como están expuestas en la redacción aludida y que conllevaría siempre a la incertidumbre que el caso de aceptar la misma, el laudo en su parte resolutive no conlleve todo lo esperado por el convocante.

2.4.4. Del Análisis De Procedencia De Las Obras Adicionales Y Las Mayores Cantidades De Obra:

197. Procede el Tribunal a estudiar las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago de la indemnización plena e integral de los daños y perjuicios solicitados, por concepto de obras adicionales y mayores cantidades, ejecutadas en el desarrollo del contrato No. 141 de 2002.

198. Las mayores cantidades de obra y las obras adicionales del contrato se diferencian, en que la primera corresponde a "la ejecución de mayores cantidades de unos ítems que sí han sido contemplados en el contrato"⁸⁴ y la segunda a "aquellas carentes de consagración en el contrato y para las cuales resulta necesario establecer los nuevos precios unitarios".⁸⁵

199. Para resolver lo anterior, resulta necesario delimitar los presupuestos normativos y jurisprudenciales necesarios para la procedencia del reconocimiento económico de obras adicionales y mayores cantidades de obra.

200. Al respecto, el Honorable Consejo de Estado, ha manifestado:

"En los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada consiste en que ella fue

⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de febrero de 2012, Radicado No. 16371.

⁸⁵ Ibidem.

contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una prolongación de la prestación debida, sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual. Por su parte, las obras adicionales o complementarias hacen referencia a ítems o actividades no contempladas o previstas dentro del contrato que requieren ser ejecutadas para la obtención y cumplimiento del objeto contractual y, por tal motivo, para su reconocimiento se requiere de la suscripción de un contrato adicional o modificatorio del contrato inicial. En este contexto, debe precisarse que ha sido criterio jurisprudencial consistente de la Corporación que para el reconocimiento de mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias, las mismas deben haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante, aquiescencia que debe formalizarse en actas y contratos modificatorios o adicionales, según el caso. (...)

*Por eso, durante el desarrollo de un contrato como el de obra, en el que pueden sobrevenir una serie de situaciones, hechos y circunstancias que impliquen adecuarlo a las nuevas exigencias y necesidades en interés público que se presenten y que inciden en las condiciones iniciales o en su precio, originados en cambios en las especificaciones, incorporación de nuevos ítems de obra, **obras adicionales o nuevas, mayores costos no atribuibles al contratista que deban ser reconocidos y revisión o reajuste de precios no previstos, entre otros, la oportunidad para presentar reclamaciones económicas con ocasión de las mismas y para ser reconocidas es al tiempo de suscribir o celebrar el contrato modificatorio o adicional. Igualmente, cuando las partes determinen suspender el contrato deben definir las contraprestaciones económicas que para ellas represente esa situación, con el fin de precaver reclamaciones y la negativa al reconocimiento por parte de la entidad contratante, dado que en silencio de las partes ha de entenderse que las mismas no existen o no se presentan en caso de que éstas no las manifiesten en esa oportunidad.***

Con mayor razón legal se genera este efecto jurídico, tratándose de posibles reclamos en materia de desequilibrios económicos del contrato al momento de convenir las condiciones del contrato

modificatorio o adicional, en tanto el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que si la igualdad o equivalencia financiera se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, "...las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento", suscribiendo para tales efectos "los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar..."

Por consiguiente, 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 efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente 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....⁸⁶. (Cursivas, negritas y subrayas fuera de texto)

201. Siguiendo esa misma línea jurisprudencial, en oportunidades más recientes, la misma Corporación manifestó:

Para ello, no basta con acreditar que existió una orden verbal del funcionario competente, ya que ésta carece del rigor propio del ejercicio del imperio de la administración pública. Por eso, en caso de que las prestaciones se hayan ejecutado con base en una orden verbal, la Sala considera que se presenta "(...) una negligencia clara en su comportamiento que, a la postre, es causa adecuada de los traslados patrimoniales, con lo que el enriquecimiento alegado por la parte demandante no resulta incausado y, por el contrario, halla fundamento en un actuar culposo y desprovisto de las cargas de diligencia, buena fe y sagacidad negocial.⁸⁷ (Cursivas y negrillas nuestras).

⁸⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, SENTENCIA DEL 31 DE AGOSTO DE 2011, RAD. 18080.

⁸⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, SENTENCIA DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 2017, RAD. 36300.

202. Las anteriores orientaciones jurisprudenciales se ponen de presente de manera preliminar al estudio concreto de cada una de las obras adicionales solicitadas, teniendo en cuenta que indican presupuestos necesarios de procedencia para el reconocimiento económico de las mismas, relacionados especialmente a la necesaria constancia y expresión de su inconformidad en contratos modificatorios o actas de suspensión que se suscriban.

203. En el presente asunto avizora el Tribunal, que durante la ejecución contractual se suscribió el 9 de octubre de 2003, Contrato Adicional No. 01 al Contrato No. 141 de 2002, por medio del cual, se dispuso en su cláusula primera, lo siguiente:

“OBJETO: Adiciónese en ciento veinte (120) días calendario más, al plazo de ejecución del contrato No. 141 de 2002, a partir de la fecha de culminación del término del contrato principal. Parágrafo: Una vez legalizado el presente contrato adicional No. 01 al contrato No. 141 de 2002, el contratista se compromete a: 1) Presentará reprogramación de obra para los ciento veinte (120) días y el incumplimiento de este deberá generar multas de acuerdo a las cláusulas del contrato principal. 2) Presentará cronograma detallado de recursos, equipos y personal necesario para terminar la obra en el tiempo pactado. 3) No presentara reclamación posterior en lo que respecta a sus oficios CHSAI-141/02-95, CHSAI-141/02-100 y CHSAI-141/02-101, teniendo en cuenta que la Interventoría del contrato no acepta ninguna de las razones expuestas en los oficios antes citados. 4) Aceptar que la mayor permanencia en la obra de equipos y personal no genera erogaciones para el Departamento de las establecidas en el contrato principal.” (Cursivas fuera del texto)

204. En el documento mencionado, no se hace ninguna reclamación o constancia de las inconformidades relacionadas con obras adicionales o mayores cantidades de obra, a pesar de que éstas fueron ejecutadas con anterioridad a la suscripción del mismo.

205. Observe que, en el oficio del 22 de septiembre de 2003, CHSAI-141/02-95, suscrito por el Representante legal de la parte demandante, se solicita prórroga del plazo del contrato en ciento veinte días (120), y se destaca para justificar la solicitud, circunstancias que implicaron dilaciones ocurridas durante la ejecución contractual relacionadas con (i) el diámetro de la tubería, (ii) cambio de diseño en el trazado inicial, falta de diseños del canal de la avenida Juan XXIII, (iii) problemas

con el sitio de vertimiento de las aguas, (iv) saturación de canales de evacuación (v) y problemas de acceso a vías, las cuales guardan íntima relación con las obras adicionales y mayores cantidades de obra que se alegan en la demanda, sin elevarlas a reclamación contra la parte convocada, en esa solicitud, y mucho menos, en el contrato adicional, que con base en ella se firma posteriormente.

206. Así las cosas, siguiendo la línea jurisprudencial trazada desde antaño por el Honorable Consejo de Estado, no resulta procedente el reconocimiento económico de las obras adicionales y mayores cantidades de obras solicitadas en la demanda, toda vez que **"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 efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores"**⁸⁸

207. En igual sentido, es importante destacar que las obras adicionales o mayores cantidades que se derivarían de la ejecución contractual en el plazo adicionado, también debían constar como inconformidad en ese contrato adicional, teniendo en cuenta que varias de las obligaciones a las que se comprometió el contratista implican la presentación de *"reprogramación de obra para los ciento veinte (120) días y el incumplimiento de este deberá generar multas de acuerdo a las cláusulas del contrato principal."* y del *"cronograma detallado de recursos, equipos y personal necesario para terminar la obra en el tiempo pactado"*, y por ende, si de estas se ejecutarían obras adicionales o mayores cantidades, debía anunciarse allí la inconformidad.

208. El mismo silencio y omisión se aprecia en el acta de suspensión del 10 de noviembre de 2003, posterioridad a la suscripción del contrato adicional mencionado, en el que no se hizo alusión a ninguna inconformidad, relacionadas con las pretensiones bajo estudio, y por ende, deberán ser denegadas.

209. Sobre el particular, es preciso traer a colación una reciente jurisprudencia, que comparte similitud fáctica y jurídica con las circunstancias que aquí se aluden, de la siguiente manera:

"La Sala encuentra de recibo el cargo de la impugnación impetrada por la entidad demandada Ecopetrol S.A., en relación con los efectos de las actas de suspensión elevadas sin introducir en su contenido salvedad o reparo alguno frente a

⁸⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, SENTENCIA DEL 31 DE AGOSTO DE 2011, RAD. 18080.

las consecuencias económicas que de allí se puedan derivar y que al haber versado sobre circunstancias plenamente conocidas al tiempo de su celebración impedían que en el futuro se alegara la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de las mismas circunstancias que condujeron a su suscripción. (...) Concernía al contratista establecer hacia al interior de su administración las implicaciones económicas derivadas de ese proceder en términos de los sobrecostos que podían presentarse con ocasión de esa parálisis, para alegar su ocurrencia y determinar las medidas dirigidas a salvaguardar su economía o, por el contrario, podría optar por asumir el paso del tiempo sin albergar aspiraciones adicionales, como en efecto lo hizo y lo indicó de manera explícita. Como segundo aspecto, y concatenado con el anterior, vale acotar que el recurrente se limitó a alegar, sin más, que la mención que hizo acerca de que la suspensión del contrato no generaba sobrecostos para Ecopetrol S.A era contraria a la buena fe; sin embargo en momento alguno invocó la configuración de alguna irregularidad que hubiere podido viciar el consentimiento prestado por el contratista al suscribir esos acuerdos, caso en el cual, para desestimar la eficacia y validez de la libre manifestación de su voluntad, era imperativo pretender la nulidad parcial de esos documentos con sustento en el hecho de que su suscripción adoleció de invalidez por no contener un consentimiento libre de vicios. Siendo ello así y no habiéndose cuestionado la legalidad de los acuerdos en comento, debe concluirse que los mismos gozan de validez y las estipulaciones allí contenidas están llamadas a producir plenos efectos. (...) En este punto, resulta menester precisar que, aunque la Sala no desconoce que en las actas de suspensión suscritas con posterioridad al interregno analizado, esto es, entre el 15 de febrero de 2010 hasta el 11 de septiembre del mismo año, día en que se signó la última de las actas de suspensión, no se incorporó la frase "no genera sobrecostos para Ecopetrol S.A.", el silencio que guardó el contratista frente a las reclamaciones que en torno a esa extensión del plazo cabrían convalidó los términos en que se efectuó esa negociación y, por contera, saneó cualquier

inconformidad que se presentara en adelante con ocasión de la misma.⁸⁹ (Cursivas y negrillas nuestras).

210. Aunado a la claridad ilustrativa de la providencia mencionada, que evidencia el saneamiento de las inconformidades por su silencio y omisión ante la celebración de los actos jurídicos, tales como actas de suspensión y contratos adicionales, debe tenerse presente que el reconocimiento de las obras adicionales y mayores cantidades tampoco resultarían procedente en el presente asunto, teniendo en cuenta que no constituye título válido para la ejecución de las mismas las órdenes verbales del supervisor, toda vez que las obras adicionales, así como el contrato estatal, deben estar precedidas de acuerdos formales y solemnes.

211. Al respecto, el Honorable Consejo de Estado, también ha señalado.

“De acuerdo con lo establecido en el contrato objeto de la presente litis, la ejecución de mayores cantidades de obra y obras adicionales por parte del contratista dependía de que se acordaran expresamente, según lo dispuesto en las siguientes cláusulas (...) Para que sea procedente la condena de la entidad al pago de las obras ejecutadas por fuera de lo expresamente pactado en el contrato, tal y como sucede con las mayores cantidades de obra –entendidas éstas como la ejecución de mayores cantidades de unos ítems que sí han sido contemplados en el contrato- o con las obras adicionales –es decir aquellas carentes de consagración en el contrato y para las cuales resulta necesario establecer los nuevos precios unitarios- se requiere que su construcción no haya obedecido a la simple iniciativa autónoma del contratista, pues él está obligado por los términos del negocio jurídico celebrado con la administración y sólo debe realizar las obras en la cantidad y clase allí estipulados, salvo que de común acuerdo y en forma expresa, las partes hayan dispuesto la realización de mayores cantidades de obra u obras adicionales o que la entidad, en ejercicio de su facultad de modificación unilateral, así lo hubiere decidido a través del respectivo acto administrativo. De lo contrario, la clase y cantidad de obras, serán las contempladas en el contrato y a ellas se debe atener el contratista. (...) según el contenido de la anterior acta final de obra, que la entidad no recibió a satisfacción mayores cantidades de obra u obras adicionales diferentes a las contenidas en el acta de compensación debidamente firmada por las partes y por ello, no las incluyó ni reconoció su existencia en el acta de liquidación final del contrato. (...)

⁸⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, SENTENCIA DEL 1 DE OCTUBRE DE 2018.

si bien en virtud del principio de la buena fe que debe informar a los contratos de la administración, cuando ésta es quien induce al contratista a ejecutar obras por fuera de los precisos términos del contrato sin haber perfeccionado formalmente tal modificación y recibe a satisfacción tales obras, por ser indispensables para la ejecución del objeto contractual, ella está en el deber de responder frente al contratista por el valor de las mismas, cuando es por la decisión autónoma e independiente del contratista que éste ejecuta tales obras extracontractuales, no puede aspirar a comprometer la responsabilidad de la administración, por esos costos que de manera alguna ella aceptó asumir, directa o indirectamente.”⁹⁰ (Cursivas nuestras).

212. En ese orden, las pretensiones de la demanda arbitral relacionadas con el reconocimiento de las obras adicionales y mayores cantidades de obra, se rechazarán, conformidad con las consideraciones precedentes, y así se dispondrá en la parte resolutive del presente laudo.

2.4.5. Reconocimiento Del Valor Que Se Logre Probar Por Concepto De Cambio De Tuberías.

213. La interpretación del contrato estatal, propende por dilucidar la voluntad de los contratantes, con el fin de dar un correcto y razonado alcance a las obligaciones que de él se generan, dentro del marco del respeto a la normatividad que gobierna la actividad del Estado, como son la aplicación de los postulados que rigen la función administrativa, y de los principios de transparencia, economía, responsabilidad y buena fe.

214. La interpretación del querer de las partes está enmarcado en el principio de autonomía de la voluntad que se materializa no solo en las cláusulas del contrato estatal sino también en sus documentos complementarios y previos, presenta como límite los fines del Estado, a su turno, el artículo 28 de la ley 80 de 1993, obliga a escoger la interpretación de las cláusulas del contrato que tenga en cuenta los fines y principios de la ley, la buena fe y el equilibrio de las prestaciones recíprocas.

215. La interpretación del negocio jurídico, cuando de contratos se trata, no pretende establecer el querer dispositivo de cada uno de los contratantes individualmente considerado, lo que conllevaría a modificaciones posteriores sino que propende por establecer la intención común de las partes contratantes.

⁹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, SENTENCIA DEL 29 DE FEBRERO DE 2012, RAD. 16371.

216. Para lograrlo se parte de la común intención de las partes mediante la aplicación de una serie de reglas principales, también llamadas subjetivas por la doctrina, que se extraen en la intención de los contratantes, al tenor literal plasmado en las cláusulas contractuales, como lo señala el art. 1618 del C. C, que las estipulaciones de un contrato pasan a un segundo lugar, dado que la intención de los contratantes, prevalece sobre lo literal de las palabras.

217. En términos actuales y de una manera general es posible afirmar, que las cláusulas oscuras deben interpretarse en contra de quien las redactó o predispuso porque siendo de su cuenta la confección de la cláusula se impone con más rigor en él la carga de la claridad pues así lo exige la buena fe contractual, en especial si se tiene en cuenta el deber de información y el deber que tiene todo contratante de velar no sólo por su propio interés sino también por el interés del otro ya que el contrato cumple finalmente con una función económica y social.

218. Por lo tanto, las cláusulas ambiguas se interpretan a favor del deudor, teniendo en cuenta lo previsto en el inciso 1 del art.1624 del código civil , y que las cláusulas oscuras que hayan sido extendidas o dictadas por una parte se interpretarán contra ella si la ambigüedad proviene de una explicación que ésta ha debido dar, en consonancia con lo consagrado en el inciso 2 del art. 1624 de la misma norma antes citada

219. La regla de interpretación atrás citada se remonta al derecho romano que nos enseñó que (I) cuando en una estipulación se duda cual sea el objeto de lo hecho, la ambigüedad va contra del que la estipula y (II) cuando en las estipulaciones se duda que es lo que se haya hecho, las palabras han de ser interpretadas contra el estipulante.

220. Los párrafos anteriores son introducción para establecer si la posición de la convocante en cuanto su interpretación de compra de tubería fue correcta o por el contrario se le indujo a error en su interpretación.

221. La convocante en la reforma de la demanda arbitral se lee:

(...) 11. Otra situación que demuestra indebida planeación, es lo referente al cambio de pulgadas tubería, lo cual se evidencia en escrito sentado en la bitácora, de fecha Febrero 13/2003, donde consta que el interventor se trasladó a las dependencias del Muelle Departamental, con el propósito de inspeccionar la tubería llegada en la fecha y adquirida con el anticipo del contrato, y mediante el oficio Febrero

12/2003 INT-001/01-D4-12 solicitó el cambio de tubería de 18 pulgadas de diámetro nominal (exterior) de acuerdo a los pliegos, por una tubería de 20 pulgadas de diámetro nominal y que tuviese 18 pulgadas de diámetro pero interiormente; lo cual no aparecía expresado en los supuestos planos de construcción y menos aun en los pliegos de licitación, causándole detrimento al contratista (Construcciones Hilsaca).

A pesar que ya el contratista había comprado la tubería de acuerdo a lo señalado en el pliego de condiciones, ante la orden del interventor Construcciones Hilsaca procedió a adquirir la nueva tubería, lo cual evidentemente le produjo un detrimento económico y además condujo a un retraso en la obra.(...)

222. Para entendimiento del tribunal se realizó búsqueda del significado de diámetro nominal de tubos, arrojando que este concepto representa el tamaño estándar para tuberías de presión.

223. "(...) En Estados Unidos se usa un sistema denominado en pulgadas,1 mientras en Europa denominan en milímetros según que define la norma ISO 6708. 2 El tamaño de tubos se especifica mediante dos números adimensionales: el diámetro nominal (NPS, del inglés Nominal Pipe Size) y la cédula (SCH, del inglés schedule). El valor del NPS en pulgadas se relaciona con el diámetro interior para schedule standard, es decir un tubo de 1" schedule std tiene un diámetro interior de 25,4mm, pero sólo hasta los 12 pulgadas. Para NPS 14 y más grande, el NPS es igual al diámetro exterior en pulgadas. El espesor de la pared aumenta con una mayor SCH, manteniendo el diámetro exterior constante para un determinado NPS. El SCH corresponde a la norma ASTM.(...)⁹¹.

224. Lo anterior nos permite inferir que estamos en presencia de un elemento no ajeno a las profesionales o empresas que realizan su objeto social en torno a este tipo de materiales. Esta situación conlleva que el análisis de interpretación de lo establecido en los pliegos ya no dependa de la misma entidad – Gobernación– sino por el contrario de los participantes en el proceso quienes sobre el particular no presentaron observaciones o preguntas alusivas a la interpretación de la tubería objeto de discusión, pues de haberlas tenido, debieron en su momento oportuno darlas a conocer a la entidad por su condición de especialistas.

⁹¹ Tomado de https://es.wikipedia.org/wiki/Diámetro_nominal

225. Ahora bien, al repasar los audios de la prueba testimonial rendida por los testigos de la parte convocante y al escuchar las respuestas formuladas por la apoderada de la convocada, estos manifestaron que el contenido de suministro de insumos no solamente era un ítem de tubería particular el que debía suministrar el contratistas, sino por el contrario dependiente de la obra se requería diferentes tipos de tubería con diferentes diámetros, los cuales, fueron comprados con exactitud por parte del contratista, generando con esto un indicio a favor del contratante – Gobernación- que la redacción de los pliegos no era una zona gris, sino por el contrario de pleno entendimiento y conocimiento del adjudicatario del contrato.

226. Hechas las anteriores reflexiones considera este tribunal que la interventoría del contrato tenía razón en exigirle al Contratista el cambio de tubería por no ajustarse al estándar de buenas prácticas de interpretación de diámetros internos y externos de tubería, situación que conlleva a concluir, que el error en la compra de tubería por fuera de las especificaciones internacionales estándares, es atribuible al propio contratista, con lo cual, no es dable reconocer por su propia culpa ningún tipo de compensación por una compra de nueva tubería.

227. Ahora bien, en gracia de discusión que la interpretación fuera a favor del contratista, tampoco estaría llamada a prosperar en la medida y como quedo advertido al resolver la pretensión declarativa sexta, que el contratista exoneró en favor del Departamento cualquier tipo de omisión que le hubiese podido generar inconvenientes en desarrollo del contrato al no dejar salvedad alguna en el contrato adicional No.1.

2.4.6. Procedencia De Gastos Administrativos No Cancelados En Mayor Permanencia.

228. Como lo hemos venido advirtiendo en acápite anteriores, con base en el material probatorio aducido en el desarrollo de la presente providencia, los nexos de causalidad entre la falta de planeación y temas económicos, quedaron resueltos de manera definitiva al momento de suscribir contrato adicional sin ningún tipo de salvedad, por ello, no será susceptible de pronunciamiento positiva la pretensión antes reseñada.

229. Los días adicionales al plazo inicial del contrato, fueron asumidos por el contratista al firmar y aceptar lo siguiente en el contrato adicional "" (...) 4) Aceptar

que la mayor permanencia en la obra de equipos y personal no genera erogaciones para el Departamento de las establecidas en el contrato principal."

230. De esa manera, se reitera la denegación de lo solicitado frente a gastos administrativos presuntamente incurridos por la mayor permanencia en obra alegada por la parte convocante.

2.4.7. Del Reconocimiento De La Retención Del 5%:

231. Para efectos de abordar la pretensión relacionada con el reconocimiento de la retención del 5%, este tribunal considera pertinente traer a colación lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Política, sobre el fundamento general de la responsabilidad patrimonial de la administración pública y como garantía constitucional para los colaboradores de la misma, en su actividad contractual.

232. La norma constitucional antes señalada, consagra:

*"(..) **ARTICULO 90.** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste."

233. Las entidades contratantes usualmente retienen un porcentaje en cada factura que la empresa contratista le va emitiendo. De modo que si al terminar la obra, la contratante encuentra defectos o vicios de construcción, puede descontar los gastos de reparación de las cantidades que ha ido reteniendo.

234. En caso de no haber ningún defecto, la entidad contratante está obligada a devolver las retenciones en el plazo establecido en el contrato.

235. Lo anterior conlleva que los dineros retenidos son propiedad del contratista, y la empresa contratante tiene la obligación de custodia y devolución cuando se generen las situaciones propias del contrato.

236. Lo anterior conlleva la obligación del Departamento de reintegrar los dineros retenidos en garantía de cada uno de los pagos efectuados al contratista

durante la ejecución del contrato, pues de lo contrario la contratante estaría incurso en un enriquecimiento sin causa o injustificado.

237. Por lo cual, es procedente la pretensión solicitada y así se estipulará en la parte resolutive del laudo. En ese sentido se ordenará que en la respectiva liquidación se incluya un capítulo sobre el particular

2.4.8. De La Liquidación Del Contrato

238. El artículo 60 de la ley 80 de 1993, modificado por los artículos 32 de la ley 1150 de 2017 y 217 del Decreto 019 de 2012, reza:

De la ocurrencia y contenido de la liquidación. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión."

239. Tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, la liquidación de un contrato estatal es un procedimiento por medio del cual, una vez concluido el contrato, sin importar su causa, las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas derivadas del mismo, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto en relación con su ejecución. En términos generales, "se trata de un trámite que busca determinar el resultado final de los derechos y deberes de las partes".

240. Sobre el alcance, oportunidad, contenido e importancia de la liquidación de los contratos estatales, se ha pronunciado el Consejo de Estado, de la siguiente manera:

“La liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución. La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación las partes valoran su resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a éste.”⁹²

241. En oportunidad más reciente, la misma Corporación manifestó lo siguiente:

“La liquidación del contrato comprende los actos subsiguientes a su terminación, pretendiendo determinar las prestaciones u obligaciones a cargo de cada una de las partes contratantes, con el fin de establecer un cierre definitivo del balance universal de la relación contractual y todo lo relacionado con el contrato estatal. Ahora bien, la ley señala que contratos requieren liquidación, siendo estos los de tracto sucesivo y los que lo requieran, estableciendo que la liquidación final podrá realizarse de común acuerdo en los pliegos de condiciones o por la administración de forma unilateral, al respecto el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el Decreto 019 de 2012.

(...) El término para liquidar estos contratos se contará según lo dispone el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, según el cual, para el compute de dicho término se deben considerar tres oportunidades: (i) de mutuo acuerdo según lo que se ha convenido entre ellas y de no ser así, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del

⁹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, SENTENCIA DEL 20 DE OCTUBRE DE 2014. EXP. 27777

contrato, (ii) unilateralmente por la administración, dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente, y (iii) por la entidad o de mutuo acuerdo dentro de los dos años siguientes al vencimiento de los dos meses antes indicado, tiempo que precisa el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) para contabilizar el término de la caducidad del medio de control de controversias contractuales (...)

[U]na vez vencida la última oportunidad para liquidar el contrato, la administración pierde competencia para hacerlo, lo que da lugar a la interpretación de pretender justamente la liquidación en sede judicial. Respecto de la pretensión de controversias contractuales y la finalidad de aquella, conforme lo establecido en el artículo 141 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), representa una vía procesal que cobija variedad de situaciones problemáticas que de manera hipotética pueden tener lugar en el ámbito de las relaciones de carácter negocial que detente el Estado (...)

Para el caso que nos ocupa, se precisa que la Sección Tercera de esta Corporación ha reiterado que la liquidación judicial la realiza el juez, determinando en un proceso judicial un corte de cuentas sobre el contrato estatal celebrado, siempre y cuando no se haya podido efectuar la liquidación que por Ley se ha dispuesto para las partes.⁹³ (Cursivas nuestras).

242. De esa manera, podría distinguirse entre liquidación unilateral, bilateral y judicial, lo cual no implica una variación o diferencia respecto al contenido del acto, pero sí de los sujetos que en ella intervienen.

243. La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación las partes valoran su resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico, pero también puede suceder, dejan plasmadas la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a éste.

⁹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, SENTENCIA DEL 17 DE JULIO DE 2018, EXP. 58475.

244. En este caso, las partes no se pusieron de acuerdo en la liquidación de este contrato, el contratista no se presentó a liquidarlo, a pesar de su solicitud, pero la Administración tampoco cumplió con esta obligación debiendo ante la no concurrencia o acuerdo de hacerlo de forma unilateral, haciendo uso de la potestad de liquidación unilateral de la que goza, dejando de cumplir con su deber y carga final.

245. Uno de los extremos de la litis y el petitum de la demanda, esta circunscrito a la liquidación del contrato. Para tal fin se requiere tener certeza sobre la obra realizada, sus aspectos técnicos y económicos, con el fin de poder determinar el balance final de la ejecución de la obra, las cantidades ejecutadas, sus valores y el cumplimiento de las cargas y obligaciones generales emanados del contrato. En el caso presente, tenemos que la obra se realizó, no se culminó en tiempo y quedaron unos pagos pendientes y unas obras por ejecutar.

246. Encontramos un proyecto de liquidación bilateral, en el **Expediente Anexo No.12 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 7 a 9**, borrador de acta bilateral, sin fecha y sin suscribir, donde se plantea un corte de cuentas, estado financiero y de ejecución. Reposa en el expediente un oficio donde la Oficina Jurídica, le informa que han recibido una solicitud de Liquidación Bilateral del apoderado del contratista, con restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, mayores cantidades de obras y adicionales, en el **Expediente Anexo No.05 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 173**. La solicitud presentada por el contratista, de fecha 12 de marzo de 2004, a la Administración, a que se refiere este documento, se ubica en **Expediente Anexo No.12 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 130 -150**. De igual manera, encontramos solicitudes tanto de la Gobernadora como de la Jefe de Oficina Jurídica, donde le solicitan al interventor, Ingeniero Solano, la liquidación del contrato y/o la información necesaria para tal fin, en el Expediente **Anexo No.05 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en el Folio 64 a 66 - 73**.

247. Es claro entonces que, una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato, se intercambiaron comunicaciones entre las partes con el fin de hacer el balance de la obra, tanto técnico como económico, con el fin de realizar las cuentas finales contractuales, sin que se hubiese llegado a un acuerdo para tal fin.

248. Tenemos entonces, la reclamación oficial de la convocante, fechada el 12 de marzo de 2004, a través de su apoderado judicial donde efectivamente presenta unas solicitudes puntuales frente a valores de obra y cantidades. Paralelo a ello tenemos un Informe Final de Interventoría, realizado por el Interventor Solano, con fecha de radicación, septiembre 29 de 2004 (esta enmendada la fecha) donde presenta un balance final del contrato, desde aspectos técnicos, de ejecución de obra hasta financieros, lo encontramos en el Expediente **Anexo No.04 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, Folios 53 a 80**. En ese documento encontramos una aseveración del interventor donde dice que las actas 5 y 6 fueron recibidas y devueltas a la interventoría por el contratista, folio 73.

249. A folio 6, en el **Expediente Anexo No.05 DEL PROCESO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, Folios 6-28**, se encuentra una comunicación fechada el 11 de febrero de 2005, del Secretario de Infraestructura Mauricio Gallardo Archbold a la compañía Seguros del Estado, con el fin de que se les "*expida la póliza de estabilidad de obra objeto del contrato No. 141 de 2002*", lo mismo que el Acta de Recibo final de Obras del contrato 141 de 2002. Vale la pena anotar que esta acta fue suscrita por la entidad contratante, el interventor y dos peritos.

250. El amparo de estabilidad y calidad de la obra hace parte de la garantía única de cumplimiento. Bajo esta cobertura, se protege a la Entidad Estatal – por la obra contratada y su valor - por los perjuicios que sufra como consecuencia de cualquier daño o deterioro que presente la obra entregada, por razones imputables al contratista y por la obra recibida. El valor asegurado lo determina la Entidad Estatal teniendo en cuenta el objeto, la cuantía, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato, con el fin de determinar el valor asegurado y los momentos a partir de los cuales opera.

251. Para tal fin se suponen dos extremos, (i) que se haya recibido la obra a conformidad y (ii) que se tenga certeza de su valor con el fin de poder establecer su monto y no quedar expuestos a una situación adversa de infra seguro.

252. Son de suma importancia estos documentos para ordenar la liquidación del contrato en esta sede arbitral, con unos parámetros que serán desarrollados con posterioridad. Ello en razón a que durante la ejecución del contrato y los momentos posteriores no se pusieron de acuerdo las partes con el fin de poder liquidar el contrato, en sus cantidades y valores, por lo que se debe ordenar en sede arbitral. Para tal fin se deben decantar los hitos referentes que permitan hacer válidamente el ejercicio.

253. De los testimonios recibidos y en especial el del señor Solano, ya referenciado en este proceso, interventor de la obra y del Informe de Interventoría, podemos deducir que la obra presentó graves retrasos, que se ejecutó en un gran porcentaje desde la perspectiva de valor, que es funcional; que quedó pendiente la ejecución de obras relativas al canal de alcantarillado pluvial Avenida Juan XXIII; y que quedaron unos pagos pendientes de ejecución de obra, de rete garantía y amortización pendiente del contratista.

254. Existen pruebas documentales que razonablemente determinan estos valores, a saber: Encontramos los borradores de acta y liquidación bilateral, de liquidación unilateral, la reclamación efectuada en sede administrativa por parte del apoderado del contratista, la demanda contenciosa administrativa del contratista ante el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, el Informe Final de Interventoría, los documentos aportados a la aseguradora con el fin de que se expidiera la póliza de estabilidad de la obra comprendiendo el Acta de Recibo Final anotada y la demanda arbitral.

255. De esos documentos, se puede colegir que se ejecutaron unas obras; se deben unos dineros por esa ejecución; que se recibieron las obras (no de forma bilateral) y son funcionales; existen saldos de anticipos por amortizar; existe una rete garantías por devolver; que hay unas mayores cantidades de obras y adicionales reclamadas y que hay unas obras mal realizadas.

256. Quedamos entonces en presencia de dos documentos, la Reclamación Directa realizada por el contratista por medio de apoderado, de fecha marzo 12 de 2004, cuya ubicación en el expediente se realizó anteriormente, y el documento presentado a Seguros del Estado y sus anexos que contiene el Acta de Recibo Final de Obra, suscrita el 6 de enero de 2005, también relacionada en el expediente.

257. Previo al análisis de estos documentos debemos precisar su naturaleza. La reclamación del contratista es una reclamación directa, basada en la ley y en las fórmulas de autocomposición de eventuales controversias, que para esos precisos fines dispone la ley 80. En ella, el contratista presenta su reclamación y hace unas afirmaciones sobre los montos adeudados en la ejecución del contrato y sus fundamentos. Es espontánea y realizada una vez terminado el plazo de ejecución, se ubica temporalmente y estando el personal tanto de contratante como de

contratista disponible en sus funciones y con la trazabilidad documental y material frente a la obra y su ejecución, por lo que adquiere relevancia material. Proviene del eventual acreedor, que en este caso es quien demanda estos valores. Fue aportada con la demanda arbitral por la convocante y no fue tachada.

258. El Acta de Recibo Final, fue un acta realizada por la Administración, en cabeza del Secretario de Infraestructura y el Director de la Unidad de Servicios Públicos, el Interventor, y supervisores del contrato de Interventoría, funcionarios de la Gobernación y dos peritos externos. Proviene de la Administración, no es una liquidación del contrato desde la perspectiva legal, sino un acta de balance y de recibo de obras, utilizada para activar el seguro de estabilidad de obra. Fue suscrita por quienes son competentes para representar a la entidad pública en la ejecución contractual y suscribir las actas. Los funcionarios de la Administración fueron aquellos que tuvieron a su cargo el desarrollo del contrato, disponible en sus funciones y con la trazabilidad documental y material frente a la obra y su ejecución, por lo que adquiere relevancia material. No tiene ningún sentido u objeto diferente que tener un aval sobre la calidad y valor de una obra pública, garantizar la prestación para la que fue realizada, y tener un seguro que, en un evento negativo, que eventualmente afectara su servicio y el interés general, la inversión realizada estuviere garantizada por un tercero. Nada diferente que ello, por lo que su objetividad frente a la causa que nos ocupa adquiere un grado de independencia y a su vez de certeza que nos permite, de forma tranquila, tenerla como referente. Proviene a su vez del eventual deudor, la aquí demandada. Fue aportada en su momento por la convocada y no fue tachada.

259. Teniendo en cuenta lo anterior, se ordenará la liquidación del contrato, al tenor de lo señalado en el ordenamiento jurídico nuestro, así: *"(...) es aquella que realiza y adopta el juez del contrato, en desarrollo de un proceso judicial o arbitral, según corresponda, en ausencia de alguna de las modalidades de liquidación antes mencionadas."*⁹⁴ (Cursivas fuera de texto).

260. De tal manera que, *"como las partes no procedieron a liquidar el contrato, corresponde al juez definir el balance financiero y, de esta forma, finiquitar la relación contractual, para efectos de liquidar judicialmente, deberán tenerse en cuenta, (...) entre otros, el pliego de condiciones, la propuesta del contratista que incluya los precios unitarios ofertados y aceptados por la entidad, la totalidad de las actas de recibo parcial de obra, el acta de recibo final y demás documentos relacionados con la ejecución (...)"*⁹⁵

⁹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, SENTENCIA DEL 18 DE MAYO DE 2017, EXP. 57864.

⁹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, SENTENCIA DEL 30 DE AGOSTO DE 2018, EXP. 37935

261. Teniendo en cuenta que correspondería efectuar el "corte de cuentas" y determinar el balance definitivo del mismo, **se ordenará la liquidación del contrato, en la parte resolutive del mismo y la misma deberá contener los siguientes parámetros.**

ACTAS SUSCRITAS	
Acta 1	\$ 164.807.744,48
Acta 2	\$ 138.858.984,88
Acta 3	\$ 344.520.114,56
Acta 4	\$ 401.146.854,60
Sub Total	\$ 1.049.333.698,52

ACTAS NO SUSCRITAS	
Acta 5 (documento de recibido de obra)	\$ 242.098.691,01
Acta 6 (documento de recibido de obra)	\$ 209.942.054,26
Acta 7 ((documento de recibido de obra)	\$ 6.863.451,00
Sub Total	\$ 458.904.196,27

TOTAL	\$1.508.237.894,8
--------------	--------------------------

ANTICIPO	
Amortizacion	\$ 844.262.503,50
Acta 1	\$ 82.405.220,44
Acta 2	\$ 69.429.492,44
Acta 3	\$ 172.260.057,28
Acta 4	\$ 200.573.427,30
Sub Total	\$ 524.668.197,46
Saldo por Amortizar	\$ 319.594.306,04

RETEGARANTIA	
Acta 1	\$ 8.240.387,22
Acta 2	\$ 6.942.949,24
Acta 3	\$ 17.226.005,73
Acta 4	\$ 20.057.342,73
Total	\$ 52.466.684,92

VALOR ADEUDADO POR LA EJECUCION CONTRACTUAL	
Obra Total Ejecutada	\$1.508.237.894,8
Valor Pagado	\$ 1.049.333.698,52
Sub Total Adeudado	\$458.904.196,27
Saldo de ejecucion por pagar	\$139.309.890,23

OBRAS MAL EJECUTADA		
TOTAL COSTO DIRECTO		\$ 42.199.547
AIU 30%	30%	\$ 12.659.864
VALOR TOTAL		\$ 54.859.411

LIQUIDACION DE LOS VALORES ADEUDADOS	
Obras no Pagadas	\$139.309.890,23
Retegarantia	\$ 52.466.684,92
Sub Total	\$191.776.575,15
MENOS (-) Obras mal ejecutadas	\$ 54.859.411
TOTAL ADEUDADO	\$136.917.163,82

262. En ese orden, el tribunal accede a la pretensión de ordenar liquidar judicialmente el contrato objeto de la presente controversia, en el sentido que la entidad convocada deberá cumplir lo ordenado en esta providencia.

2.4.9. Sobre La Ineficacia De Pleno Derecho, Por Abuso De Cualquiera Cláusula Limitativa O Exonerativa De Responsabilidad Contractual Que Resulten Abusivas.

263. En la pretensión declarativa octava, la convocante solicita la ineficacia de pleno derecho de cláusulas limitativas o exonerativas de responsabilidad que resulten abusivas y conlleven renuncia de derechos de los documentos que conforman el Contrato de Obra No. 141 de 2002, celebrado entre el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Construcciones Hilsaca Ltda. (Ahora AGM DESARROLLOS S.A.S.).

264. En consideración a que la forma en que se encuentra redactada, este tribunal al revisar el contrato mencionado, no logra visualizar nulidad absoluta de alguna de las cláusulas o apartes del proceso licitatorio, por objeto ilícito, causa ilícita, por incapacidad absoluta de alguna de las partes y por la omisión de alguna

de las solemnidades que la ley pida para la validez del acto en consideración a su naturaleza.

265. En el caso en estudio se prevé que la convocante, aunque dice formular la pretensión (I) No expone como argumentos las razones que no se identifican con las causales de nulidad antes señaladas y (II) Tampoco establece con exactitud cuáles son las supuestas cláusulas abusivas.

266. En efecto, no especifica, ni el Tribunal advierte, una norma de carácter imperativo que resulte vulnerada con el acuerdo de voluntades y, aunque sostiene que la(s) cláusula(s) es(on) abusiva(s) y contraria(s) a las buenas costumbres, tampoco trae al proceso (III) prueba de la costumbre, los usos o las buenas prácticas de la industria de construcción de acueductos que resultan afectadas y, mucho menos, demuestra la existencia de un objeto o causa ilícita, una incapacidad absoluta en alguna de las partes o la ausencia de un requisito para la validez de la cláusula.

267. Lo anterior, no solo atenta contra el derecho del debido proceso y contradicción dentro del debate, sino que además desconoció el mandato contenido en el Artículo 167 del C.G.P.

268. Así las cosas, el tribunal no encuentra configurado vicio alguno de nulidad que invalide los documentos que conforman el contrato de obra, en razón a lo cual declarará la validez de los mismos y denegará la pretensión formulada por la parte convocante.

269. Con base en lo anterior, el tribunal deniega la pretensión esbozada por la parte demandante, antes analizada.

2.4.10. De Los Intereses De La Condena.

270. En la medida en que el contrato que origina la presente controversia está sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es preciso traer a colación el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, que consagra una regla general sobre intereses moratorios en los contratos estatales propiamente dichos.

271. Así, de acuerdo con la norma en comento, encontramos el mandato del legislador que señala: *“sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente*

al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado".(Cursivas fuera de texto).

272. En este orden de ideas, el Tribunal encuentra que la regla jurídicamente aplicable en materia de intereses moratorios que se llegaren a incorporar en la condena a la parte convocada es la contenida en el Estatuto de Contratación Estatal, razón por la cual, de ser ello procedente, aplicará la tasa de mora correspondiente al 12% anual, por tratarse del doble del interés consagrado en el artículo 1.617 del Código Civil para obligaciones dinerarias, según el cual, se señala: "*El interés legal se fija en el 6% anual*". (Cursivas y negritas nuestras).

273. No obstante lo anterior, el Tribunal encuentra que en el caso concreto, el perjuicio reclamado por AGM DESARROLLOS S.A.S. (antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.), en calidad de convocante en el presente proceso y que se declara en esta providencia, no deriva de manera directa de una obligación dineraria pendiente de pago por parte de la convocada que cumpla con los requisitos de ser clara, expresa y exigible desde un momento anterior al presente laudo arbitral, sino que al tratarse de una controversia que solamente se entiende resuelta con la decisión del juzgador de la causa, tal obligación se tiene plenamente configurada por otros supuestos diferentes al de un acta no pagada pero plenamente soportado en una fecha determinada.

274. Es decir, que no se trata de una obligación ejecutable que existiera antes de la expedición del presente laudo arbitral en tanto que la decisión no implica el reconocimiento de una deuda anterior, sino que se traduce en una decisión constitutiva con efectos desde la certeza de un valor adeudado es decir desde enero 5 de 2005.

275. En consecuencia, no es procedente la solicitud de la parte convocante de reconocimiento y pago de intereses moratorios, con límite de usura, sino únicamente la correspondiente actualización e intereses como reconocimiento de la pérdida del poder adquisitivo del dinero en el tiempo y la pérdida de la oportunidad de uso del dinero. Sobre el tema de la indexación, ha expresado el Consejo de Estado recientemente:

Para la ciencia económica, la indexación se entiende como el procedimiento por medio del cual se aplica la modalidad de mantener constante en el tiempo el valor de compra en toda transacción, compensándola a la misma de manera directa o indirecta.

Generalmente se aplica a instancias de la corrección de los precios de determinados productos de consumo, salarios, tipos de intereses, entre otros, con la misión y propósito de equilibrarlos y acercarlos al alza general de precios. En estos eventos, la indexación a aplicar será el resultado de la medición de un índice como, por ejemplo, el costo de vida o, en su defecto, el precio del oro o la devaluación de la moneda.

En este sentido, el propósito de la indexación es uno: mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda en razón de la depreciación que ha sufrido por el paso del tiempo.

La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente⁹⁶.

276. Es así como la indexación o actualización de precios no implica un aumento en la condena a cargo de la parte convocada, sino el ejercicio económico de traer a valor presente el valor de las erogaciones efectuadas por la parte convocante y que dan lugar a la condena. En ese orden de ideas, el deber de actualizar es una obligación del Tribunal al momento de liquidar la condena, como lo ordena explícitamente el inciso 4 del artículo 187 del CPACA (norma que es aplicable al presente arbitraje por la presencia de una entidad estatal y por la fecha en que inició el presente trámite), en los siguientes términos:

Contenido de la sentencia. (...)

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.

277. En todo caso y sin perjuicio de la indexación o actualización, el Tribunal advierte que se causarán intereses moratorios en favor de la parte convocante, en caso de que la convocada no proceda a efectuar el pago equivalente a la condena dentro del término legal para el efecto, en los términos del artículo 1608 del Código Civil y del artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo del CPCCA pertinente y la sentencia C-188 de 1999, esto es, que se causan intereses comerciales moratorios a partir del día siguiente a la firmeza del presente laudo arbitral.

⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 30 de mayo de 2013, expediente 25000-23-24-000-2006-00986-01

278. De acuerdo con lo anterior, este Tribunal, siguiendo la fórmula tradicionalmente utilizada por el Consejo de Estado –Valor Histórico * Factor IPC (IPC Final/IPC Inicial)–, calculará la indexación mencionada. Ante el silencio de las partes frente a la mora en los pagos, se debe establecer la regla de liquidación para efectos de este laudo. Se tomará como referente para liquidación, las pautas jurisprudenciales de origen normativo para proceder a la actualización e intereses, de conformidad con el artículo 38, numeral 2º, de la Ley 153 de 1887, y en armonía con la figura de la mora, los intereses de mora deben liquidarse de conformidad con la norma vigente al momento de la infracción, de suerte que si la conducta incumplida y tardía del deudor se proyecta en el tiempo y existe durante ese lapso cambio de legislación, es menester aplicar la norma vigente que abarque el período o días de mora de que se trate. Para tal fin, miremos que sostiene la jurisprudencia nacional para este tema:

“Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, la tasa del interés de mora aplicable en cada contrato que celebren las entidades públicas, ante el silencio de las partes, es la establecida en el citado numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, con independencia de que la actividad ejercida sea o no de carácter civil o comercial, sin perjuicio de que ellas puedan estipular otro tipo de tasa incluso la civil o comercial sin incurrir en interés de usura.

En los contratos celebrados por las entidades públicas con antelación a la Ley 80 de 1993, en los cuales no se pactaron intereses de mora ante el incumplimiento, la norma aplicable para sancionar a la parte incumplida y liquidar intereses de mora por el período anterior a su entrada en vigencia, será el artículo 884 del Código de Comercio, si la parte afectada tiene la condición de comerciante o el acto es para este de carácter mercantil (C. Co., arts. 1º, 10, y 20 y ss.); o el artículo 1617 del Código Civil si ninguna de las partes (contratista o entidad) tiene esa condición; y por el período posterior a la fecha de vigor de la citada Ley 80 de 1993, le será aplicable la establecida en el numeral 8º del artículo 4º ibídem para liquidar el interés de mora”. (C.E., Sec. Tercera, Sent. 1997-03663, abr. 14/2010. M.P. Ruth Stella Correa Palacio).”

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE AGM DESARROLLOS S.A.S (Antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.) Contra El DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA.

La metodología del Consejo de Estado, establece que "ante eventos como el analizado en la presente providencia, será necesario que la cifra objeto de recaudó ejecutivo primero sea actualizada o traída a valor presente con base en el incremento histórico del índice de precios al consumidor, para luego aplicarle a cada uno de los montos obtenidos el interés del 12% anual descrito en párrafos anteriores". (C.E., Sec. Tercera, Auto 2009-00926, sep. 20/2017. M.P. Danilo Rojas Betancourth).

Por lo que, el saldo total como obras ejecutadas y no pagadas se le aplicará la fórmula de valor presente liquidada año a año, sobre el monto inicial de enero de 2005, actualizando con el IPC de enero y el de diciembre de 2005, arrojándonos la actualización para enero de 2006, y así sucesivamente. Una vez efectuada la actualización se liquidan los intereses por año o fracción del mismo.

Periodo	IPC	Valor de la Obligación	Actualización		Intereses	Fecha de Corte
2005-01	80,86822	\$ 136.917.164	\$ 142.393.785	11,80%	\$ 16.806.367,79	enero 5 de 2006
2005-12	84,10291					
2006-01	84,55834	\$ 142.393.785	\$ 147.968.781	12%	\$ 17.756.254	enero 5 de 2007
2006-12	87,86896					
2007-01	88,54252	\$ 147.968.781	\$ 155.204.504	12%	\$ 18.624.541	enero 5 de 2008
2007-12	92,87228					
2008-01	93,85245	\$ 155.204.504	\$ 165.370.749	12%	\$ 19.844.490	enero 5 de 2009
2008-12	100,00000					
2009-01	100,58933	\$ 165.370.749	\$ 176.202.905	12%	\$ 21.144.349	enero 5 de 2010
2009-12	102,00181					
2010-01	102,70133	\$ 176.202.905	\$ 180.552.480	12%	\$ 21.666.298	enero 5 de 2011
2010-12	105,23651					
2011-01	106,19253	\$ 180.552.480	\$ 185.593.466	12%	\$ 22.271.216	enero 5 de 2012
2011-12	109,15740					
2012-01	109,95503	\$ 185.593.466	\$ 188.734.195	12%	\$ 22.648.103	enero 5 de 2013
2012-12	111,81576					
2013-01	112,14896	\$ 188.734.195	\$ 191.819.918	12%	\$ 23.018.390	enero 5 de 2014
2013-12	113,98254					
2014-01	114,53678	\$ 191.819.918	\$ 197.873.917	12%	\$ 23.744.870	enero 5 de 2015
2014-12	118,15166					
2015-01	118,91290	\$ 197.873.917	\$ 209.915.717	12%	\$ 25.189.886	enero 5 de 2016
2015-12	126,14945					
2016-01	127,77754	\$ 209.915.717	\$ 219.152.038	12%	\$ 26.298.245	enero 5 de 2017
2016-12	133,39977					
2017-01	134,76594	\$ 219.152.038	\$ 225.799.889	12%	\$ 27.095.987	enero 5 de 2018
2017-12	138,85399					
2018-01	139,72469	\$ 225.799.889	\$ 231.524.008	12%	\$ 27.782.881	enero 5 de 2019
2018-02	140,71151					
2018-12	143,26677		\$ 231.524.008	0,66%	\$ 1.522.349,64	enero 25 de 2019

Total Intereses \$ 313.891.875,89
 Total Actualización \$ 231.524.008
 Total \$ 545.415.884,29

279. En todo caso y sin perjuicio de la indexación o actualización, el Tribunal advierte que se causarán intereses moratorios en favor de la parte convocante en caso de que la convocada no proceda a efectuar el pago equivalente a la condena

dentro del término legal para el efecto, en los términos del artículo 1608 del Código Civil y del artículo 4-8 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 177 del CCA y la sentencia C-188 de 1999, esto es, que se causan intereses comerciales moratorios a partir del día siguiente a la firmeza del presente laudo arbitral.

280. De acuerdo con lo anterior, este Tribunal, siguiendo la fórmula tradicionalmente utilizada por el Consejo de Estado –Valor Histórico * Factor IPC (IPC Final/IPC Inicial)–, calculará la indexación mencionada. En consecuencia, el valor de la indexación en el IPC

281. Por lo tanto, el valor total de la condena que impondrá este Tribunal de Arbitramento asciende a la suma de

2.4.11 De Las Costas:

282. El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, aplicable al presente proceso, señala lo siguiente:

“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 regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

283. Por su parte, el Código General del Proceso, que derogó al Código de Procedimiento Civil, dispone en su artículo 365, lo siguiente:

“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 lo 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.*

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*

4. *Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*

5. *En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*

6. *Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*

7. *Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*

8. *Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*

9. *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo, podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción”.*

284. A su vez, el inciso 4 del artículo 366 del Código General del Proceso, sobre la liquidación de las costas y agencias en derecho, dispone:

(...)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. (...)

285. En consonancia con lo dispuesto en el artículo anterior, resulta necesario remitirnos al artículo 5 del Acuerdo No. PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, que, en relación con las tarifas de agencias en derecho de los procesos de única instancia, dispone:

“a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido. (...)”

286. Por otro lado, la Honorable Corte Constitucional, sobre la condena en costas, ha señalado:

“5.1.8. 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 corresponden 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 contra”.⁹⁷

287. Hilvanando las normas y jurisprudencias traídas a colación, considera el presente Tribunal que es procedente condenar en costas a la parte demandada, quien resultó vencida, teniendo en cuenta la prosperidad parcial de las pretensiones de la convocante, sumado a que, el expediente procesal revela con claridad que la formulación de la demanda y el desarrollo del Inter procesal implicó múltiples costos para la parte convocante.

288. Además, se considera en este tópico la conducta procesal de la parte convocada, quien no se opuso a la contestación de la demanda ni formuló excepciones de mérito, y por ende, es importante anotar que la prosperidad parcial de la demanda, no se debe a la probanza de alguna excepción formulada por la accionada que enerve alguno de los pedimentos del accionante, es decir, por un ejercicio activo de la defensa, sino a aspectos relacionados con los presupuestos

⁹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-157 de 2013.

de procedencia normativos y jurisprudenciales analizados y desarrollados por el mismo Tribunal.

289. El tema de las agencias en derecho y condena en costas es trato en Sentencia No. 15001-23-33-000-2013-00526-01 del Consejo de Estado – Sala Plena Contenciosa Administrativa – Sección Tercera de fecha 23 de octubre de 2017:

“Teniendo en cuenta que para determinar la cuantía de las agencias en derecho deben aplicarse las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura y que si aquellas establecen solamente un mínimo o un máximo, se tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado que litigó, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder al máximo de dichas tarifas, procede la Sala a liquidar las costas a imponer. Así las cosas, se procede a dar aplicación a un test de proporcionalidad para la fijación de las agencias en derecho, el cual tiene una división tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Para los efectos de esta providencia se trata de un test de razonamiento judicial que comporta la conjugación de estos tres escenarios a fin de tasar una condena, de manera que cuando la conducta motivadora de la imposición de las agencias en derecho constituya una vulneración de mayor entidad a la administración de justicia se aplicará la sanción pecuniaria más estricta posible. Así (...). Empero lo anterior no resulta suficiente para determinar la tasación de la condena a imponer, pues, el Acuerdo 2222 de 10 de diciembre de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, concede un margen de movilidad dentro del cual el Juez debe fijar la condena por concepto de agencias en derecho, y que en el caso de procesos en segunda instancia corresponde “Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”. Ahora, atendiendo a los 3 criterios referidos y a la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por los accionantes a lo largo del proceso la Sala considera fijar las agencias en derecho en un 1% del monto de las pretensiones de la demanda”.

290. Conforme a lo anterior, la idoneidad, se refiere a la de una afectación a un interés legítimamente tutelado por el ordenamiento jurídico, que para el caso de las agencias en derecho lo constituye la afectación que se causó al acceso a la administración de justicia.

291. La necesidad, es el criterio jurídico de la necesidad en el test de proporcionalidad comporta una valoración de grado o intensidad. Comoquiera que al abordar este escenario se parte del supuesto de que existe una afectación, el ejercicio valorativo en esta instancia se contrae a precisar el grado de intensidad de esa afectación.

292. La proporcionalidad se refiere al último supuesto del escenario del test de proporcionalidad es el correspondiente a la tasación que se le debe asignar a cada uno de los niveles de afectación a la administración de justicia, esto es, en los niveles leve, grave y gravísima a la administración de justicia.

293. Teniendo en cuenta, que fue idónea la presentación de la demanda para realizar unos reclamos a la administración pública, pues las partes no lograron liquidar bilateralmente el contrato, por ende, era necesario instaurarla para realizarla, pero no ya que no fueron concedidas todas las pretensiones la condena en costas debe ser proporcional.

294. Así las cosas, se reconocerá el diez por ciento (10%) como tarifa de agencias en derecho, sobre el monto de la condena que asciende a la suma de \$545.415.884.00, correspondiendo en consecuencia, el valor de \$54.541.588 por concepto de agencias en derecho a favor de la parte convocante.

295. Así mismo, se reconocerá en favor de la parte convocante, por concepto de costas, el 50% del valor de los gastos en que incurrió dentro del presente proceso arbitral, como concepto de árbitros, secretario y gastos de funcionamiento, cuyo valor asciende a la suma de Setenta y Un Millón Ciento Treinta y Seis Mil Seiscientos Noventa y Dos Pesos M/C (\$71.136.692). El Artículo 27 de la Ley 1563 del 2012, establece que el valor anterior es sin perjuicio, de las acciones de ejecución que siguen con respecto al cobro de los honorarios y gastos del Tribunal de Arbitramento, cancelados por la convocante por la convocada, que fue objeto de certificación de fecha 02 de agosto de 2018 solicitada por la convocante y debidamente entregada por la secretaría.

296. Frente a la figura del juramento estimatorio y en relación a sus efectos, este Tribunal considera que no hay lugar a imponer sanción alguna, en razón a que se accedieron parcialmente a las pretensiones, además atendiendo la conducta de las partes durante el desarrollo del proceso, los extremos de la demanda, sus pretensiones y lo probado en este proceso.

3. CAPITULO TRES: PARTE RESOLUTIVA:

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las diferencias entre AGM DESARROLLOS S.A.S. (Antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.) Contra EL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y de conformidad con la habilitación conferida por las partes, por unanimidad,

RESUELVE

1. EN RELACIÓN CON LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS

PRIMERA: Denegar la pretensión relativa a que el **DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA** no cumplió con la clausula decima del contrato "*obligaciones del departamento*" referente a "*facilitar la información sufriende para que el contratista pueda desarrollar el trabajo, esta información consta de los planos, especificaciones, actas de reunión, cambios, etc*".

SEGUNDA: Declárese la responsabilidad contractual del **DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA** y en consecuencia, el incumplimiento del Contrato de Obra No. 141 de 2002, parcialmente en sus obligaciones derivadas de la cláusula octava del contrato, en lo relativo al no pago de las cantidades de obras no pagadas y no reconocidas en actas avance de obra, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo arbitral.

TERCERA: Denegar la pretensión tercera declarativa formulada, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva del presente laudo arbitral, relacionada con la declaración de la generación de daños y perjuicios al contratista con base en la indebida planeación del contrato, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva del presente laudo arbitral.

CUARTA: Denegar la pretensión cuarta declarativa formulada, relacionada con la declaratoria del equilibrio económico del contrato, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva del presente laudo arbitral.

QUINTA: Denegar la pretensión quinta declarativa formulada, relacionada con la declaratoria de afectación del equilibrio económico del contrato, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva del presente laudo arbitral.

SEXTA: Denegar la pretensión sexta declarativa formulada, relacionada con la declaración de la mayor permanencia, déficit o pérdidas, imposibilidad de recibir las utilidades esperadas por el contratista, con base en la indebida planeación del contrato, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva del presente laudo arbitral.

SEPTIMA: Ordenar la liquidación del contrato de obra No. 141 de 2002, suscrito entre el **DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA** y **AGM DESARROLLOS S.A.S (Antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.)**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo.

OCTAVA: Denegar la pretensión declarativa octava, relacionada a la declaratoria de ineficacia de pleno derecho por abuso de cualquier cláusula limitativa o exonerativa de responsabilidad contractual, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo arbitral.

2. EN RELACIÓN CON LAS PRETENSIONES DE CONDENA.

EN RELACIÓN CON LAS PRETENSIONES DE CONDENA

PRIMERA: Se accede parcialmente a la pretensión primera de condena de la demanda, y en consecuencia, se condena al **DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA** a reconocer y pagar en favor de **AGM DESARROLLOS S.A.S (Antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.)**, así: los perjuicios acreditados en el trámite arbitral relacionados con las cantidades de obras no pagadas y no reconocidas en actas avance de obra en desarrollo del contrato No. 141 de 2002, no canceladas por parte del Departamento de San Andrés y frente a los demás asuntos pedidos, se negará su reconocimiento y pago, en consonancia con lo expuesto en el presente proveído, en los siguientes términos:

1.1 Denegar la petición derivada de la pretensión primera de condena de la demanda relacionada con el reconocimiento y pago de mayores cantidades de obra ejecutadas en el desarrollo del contrato No. 141 de 2002, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo arbitral.

1.2 Denegar la petición derivada de la pretensión primera de condena de la demanda relacionada con el reconocimiento y pago de obras adicionales ejecutadas en el desarrollo del contrato No. 141 de 2002, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo arbitral.

1.3 Denegar la petición solicitada, porque las actas no fueron debidamente tramitadas y aceptadas por las partes dentro de la ejecución contractual.

1.4 Denegar la petición derivada de la pretensión primera de condena de la demanda relacionada con el reconocimiento y pago de cambio de tuberías en el desarrollo del contrato No. 141 de 2002, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo arbitral.

1.5 Denegar la petición derivada de la pretensión primera de condena de la demanda relacionada con el reconocimiento y pago de gastos administrativos no cancelados durante la mayor permanencia en el sitio de la obra, esto es, los días adicionales al plazo inicial del contrato, así como todos los valores devenidos con nexo adecuado de causalidad en la falta de planeación incurrida por el **DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA** al interior del contrato de obra No. 141 de 2002, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo arbitral.

1.6 Conceder la petición derivada de la pretensión primera de condena de la demanda relacionada con el reconocimiento y pago de la retención del 5% realizada por el **DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA** sobre los pagos realizados a **AGM DESARROLLOS S.A.S (Antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.)**, de conformidad con lo señalado en la cláusula octava del contrato 141 de 2002, la cual reza: *“se retendrá el 5% como reserva para la cuenta final, que iniciará trámite de pago después de aprobada y firmada el acta de liquidación final del contrato”*, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo arbitral.

1.7 Denegar la petición derivada de la pretensión primera de condena de la demanda relacionada con los perjuicios devenidos con nexo adecuado de causalidad en la falta de planeación incurrida por el **DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA** al interior del contrato de obra No. 141 de 2002, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo arbitral.

SEGUNDA: Se accede a la pretensión segunda de condena de la demanda en relación con los perjuicios sufridos por la parte convocante al no habersele cancelado las actividades ejecutadas de obra, no pagadas, después del acta de obra No. 4., por valor de **QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS QUINCE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS M/L (\$545.415.884)**, acorde con lo expuesto en el capítulo de liquidación de la parte motiva.

TERCERA: Se accede a la pretensión tercera de condena de la demanda por lo que se ordena la actualización del valor derivado del capítulo de liquidación del contrato.

CUARTA: En consecuencia, con las anteriores condenas, se ordena al **DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, que dé cumplimiento a lo ordenado en este laudo en los términos señalados en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, una vez se encuentre ejecutoriada la presente providencia.

QUINTA: Se accede a la pretensión quinta de condena de la demanda, y en consecuencia, se ordena al **DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, a pagar en favor de **AGM DESARROLLOS S.A.S (Antes CONSTRUCCIONES HILSACA Ltda.)** las costas, por la suma de **SETENTA Y UN MILLONES CIENTO TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS M/L(\$71.136.692)** y las agencias en derecho, por un valor de **CINCUENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y UN MIL QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS M/L (\$54.541.588)**, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de este laudo.

3. EN RELACION CON LOS HONORARIOS DE LOS ARBITROS Y SECRETARIO.

Declarar causado el saldo de los honorarios de los árbitros y del secretario, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1563 de 2012 y teniendo en cuenta la contribución especial arbitral establecida en el artículo 22 de la Ley 1743 de 2014 -modificada por el artículo 362 de la Ley 1819 de 2016- La parte convocante expedirá los

certificados de retención correspondientes. En la oportunidad legal, el Presidente hará la liquidación final de gastos y, con la correspondiente cuenta razonada, devolverá, sí a ello hubiere lugar, el saldo a las partes.

4. EN RELACIÓN CON LA EXPEDICION DE COPIAS.

Disponer por secretaria se expidan copias auténticas de este Laudo, con constancias de Ley, con destino a cada una de las partes.

5. DE LA ENTREGA DEL EXPEDIENTE.

Disponer que el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena.

El presente laudo queda notificado en audiencia.

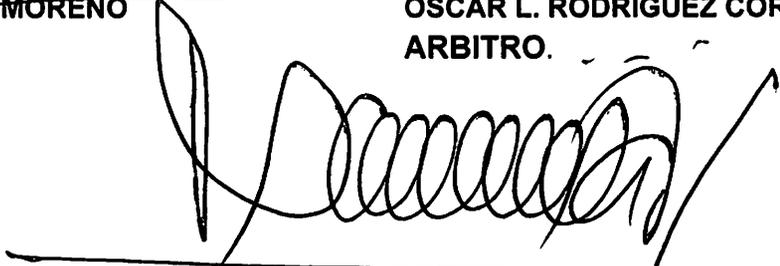
**FRANCISCO DE CASTRO VÉLEZ
PRESIDENTE – ARBITRO**



**NÉSTOR OSORIO MORENO
ÁRBITRO**



**OSCAR L. RODRIGUEZ CÓRREA.
ARBITRO.**



**CARLOS EDUARDO PAREJA EMILIANI
SECRETARIO.**