

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

CONSORCIO RIBERA ESTE

CONTRA

DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019)

El Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre el **CONSORCIO RIBERA ESTE**, como parte Convocante, y el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, como parte Convocada, profiere el presente Laudo Arbitral después de que todas las etapas que la normatividad vigente (Ley 1563 de 2012 y normas complementarias) prevé para el desarrollo del proceso arbitral se surtieron debidamente, etapas que se adelantaron con apego a la ley y con pleno respeto de los derechos y garantías de las partes, con lo cual se decide de fondo el conflicto jurídico que ellas sometieron al conocimiento de este Tribunal.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO

1.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO.

Los extremos de este proceso arbitral son los siguientes:

1.1.- La Parte Convocante.

La parte Convocante en el presente proceso es el **CONSORCIO RIBERA ESTE**, forma asociativa con capacidad procesal, identificada con Nit 900.644.116-4, domiciliada en Barranquilla, debidamente representada por el Señor GARY EBERTO ESPITIA CAMARGO, mayor de edad, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 8.711.590 de Barranquilla.

1.2.- La Parte Convocada.

La parte Convocada es el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, entidad territorial descentralizada, con personería jurídica, debidamente representada por su Gobernadora ROSA CÓTES DE ZÚÑIGA, quien es mayor de edad y tiene su domicilio en la ciudad de Santa Marta.

2.- EL PACTO ARBITRAL.

El pacto arbitral con base en el cual se convocó a este Tribunal de Arbitraje es el contenido en la Cláusula Vigésimo Segunda del Contrato No. 617 del 4 de octubre de 2013.

La Cláusula Compromisoria incorporada en dicho negocio jurídico es del siguiente tenor:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. *Las partes podrán acudir a los mecanismos alternativos de solución de conflictos para la solución de controversias contractuales surgidas en el desarrollo del presente Contrato tales como el arreglo directo, transacción, conciliación, amigable composición, arbitraje. PARÁGRAFO. CLÁUSULA COMPROMISORIA: Cualquier diferencia que surja entre las partes con motivo de la celebración, ejecución y liquidación del Contrato que no sea posible resolver por las vías directas de solución de conflictos, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento, el cual se regirá por las siguientes cláusulas: 1.- El Tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros quienes decidirá en derecho. 2.- Los árbitros serán designados de mutuo acuerdo. En caso de no lograrse acuerdo para la designación, se acudirá al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santa Marta para que los designe. 3.- El Tribunal sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. ubicado en la Calle 76 No. 11-52 y se sujetará a las reglas contenidas en el Reglamento de dicho Centro. 4.- Las controversias referidas a los efectos de la aplicación de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no serán sometidas al arbitramento.”*

Respecto de la existencia, validez y eficacia del pacto arbitral, durante el presente proceso ninguna de las partes presentó cuestionamiento alguno.

3.- SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES SURTIDAS EN LA ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO.

Las actuaciones adelantadas en la etapa inicial del presente proceso arbitral fueron, en síntesis, las siguientes:

3.1.- Por conducto de apoderado judicial, el **CONSORCIO RIBERA ESTE** presentó demanda arbitral el 28 de agosto de 2017, con la que se dio inicio a este proceso.

3.2.- Agotado el trámite de nombramiento de árbitros, luego de que ellos aceptaron su designación y se cumplió con lo preceptuado por el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, el Tribunal se instaló en audiencia celebrada el 30 de octubre de 2017. En esta audiencia el Tribunal, además de declararse debidamente instalado, fijó como su sede y la de su Secretaría el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Igualmente designó Presidente y Secretario, éste último de la lista de Secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien oportunamente aceptó su designación y tomó posesión previo cumplimiento del deber de información consagrado en la Ley.

3.3.- Mediante auto No. 2 del 30 proferido en esa misma audiencia, se admitió la demanda arbitral y se ordenó correr traslado de ella por el término que la ley prevé para estos efectos al extremo Convocado.

3.4.- El 31 de octubre de 2017 el extremo Convocante presentó escrito solicitando el decreto y práctica de la medida cautelar de suspensión provisional de las Resoluciones atacadas. Mediante auto No. 4 del 1° de noviembre de 2017 se corrió traslado del escrito de solicitud de la medida cautelar a la parte Convocada por el término de cinco (5) días. Así mismo, en la misma providencia el Tribunal ordenó a la Convocada remitir, en el término de cinco (5) días, copia integral de las actuaciones administrativas que culminaron con la expedición de los actos administrativos cuya suspensión provisional se pretendió con la cautela solicitada.

3.5.- El 16 de noviembre de 2017 la Convocada radicó siete (7) CD'S contentivos de los antecedentes administrativos solicitados mediante auto No. 4 del 1° de noviembre de 2017.

3.6.- Mediante auto No. 5 del 4 de diciembre de 2017, el Tribunal negó la medida cautelar solicitada por la Convocante.

3.7.- El 19 de febrero de 2018 el extremo Convocado dio oportuna contestación a la demanda, formulando excepciones de mérito, objetando el juramento estimatorio, aportando pruebas y solicitando el decreto y práctica de otras.

3.8.- Mediante auto No. 6 del 28 de febrero de 2018, el Tribunal tuvo por contestada la demanda y procedió a correr el respectivo traslado de las excepciones de mérito a la parte Convocante, así como de la objeción al juramento estimatorio.

3.9.- El 13 de marzo de 2018 la Convocante presentó su oposición al juramento estimatorio y a las excepciones de mérito formuladas en la contestación de la demanda.

3.10.- Mediante auto No. 7 del 15 de marzo de 2018 el Tribunal señaló como fecha y hora para celebrar la audiencia de conciliación el 5 de abril de 2018, a las 2:30 pm. Sin embargo, por correo electrónico de fecha 23 de marzo de 2018 el apoderado de la parte Convocante informó su imposibilidad de asistir a dicha diligencia y solicitó nueva fecha y hora para su celebración, solicitud frente a la cual el extremo Convocado expresó su anuencia.

En consecuencia, el Tribunal mediante auto No. 8 del 3 de abril de 2018 procedió a fijar como nueva fecha y hora para celebrar la audiencia de conciliación el 9 de mayo de 2018, a las 9:30 am.

3.11.- El 8 de mayo de 2018 el extremo Convocante presentó reforma de la demanda arbitral.

3.12.- Mediante auto No. 9 del 23 de mayo de 2018, el Tribunal admitió la reforma de la demanda presentada por la parte Convocante, corrió traslado de la misma al extremo Convocado y concedió hasta el 21 de junio de 2018, para que la parte Convocante aporte el dictamen pericial técnico, financiero y contable anunciado.

3.13.- El 31 de mayo de 2018, el extremo Convocado presentó recurso de reposición en contra del auto No. 9 del 23 de mayo de 2018, mediante el cual el Tribunal procedió a admitir la reforma de la demanda. De este recurso se corrió traslado a la Convocada, quien presentó su oposición el 6 de junio de 2018. Dicho recurso fue resuelto mediante Auto No. 10 del 18 de junio de 2018, en el que el Tribunal no repuso la providencia recurrida.

3.14.- Mediante auto No. 11 del 18 de junio de 2018 el Tribunal otorgó como máximo y último plazo a la Convocante para aportar el dictamen pericial técnico, financiero y contable anunciado en la reforma de la demanda el día 11 de julio de 2018.

3.15.- El 22 de junio de 2018 el apoderado de la Convocada interpuso recurso de reposición en contra del Auto No. 11 del 18 de junio de 2018. De este recurso se corrió el respectivo traslado a la Convocante quien presentó su oposición en la oportunidad correspondiente. Dicho recurso fue resuelto por el Tribunal mediante Auto No. 12 del 6 de julio de 2018 en el que no se repuso la providencia recurrida.

- 3.16.-** El 9 de julio de 2018 se presentó el escrito de contestación a la demanda arbitral reformada, en el que se formularon las respectivas excepciones de mérito.
- 3.17.-** Mediante memorial radicado el 11 de julio de 2018, la Convocante aportó el dictámen anunciado en la reforma de la demanda. Así mismo, en memorial de la misma fecha, formuló el juramento estimatorio.
- 3.18.-** Mediante auto no. 13 del 19 de julio de 2018, el Tribunal resolvió: tener por contestada en tiempo la reforma de la demanda, correr traslado a la parte Convocante de las excepciones de mérito formuladas en la contestación de la reforma de la demanda, correr traslado del dictamen pericial aportado, no tener en cuenta el juramento estimatorio formulado mediante memorial del 11 de julio de 2018 y fijar como nueva fecha y hora de la audiencia de conciliación el 15 de agosto de 2018, a las 9 am.
- 3.19.-** El 30 de julio de 2018 el extremo Convocado aportó dictamen técnico de contradicción.
- 3.20.-** El 1º de agosto de 2018 la parte Convocante se pronunció respecto de las excepciones de mérito formuladas en la contestación de la reforma de la demanda.
- 3.21.-** Mediante memorial radicado el 3 de agosto de 2018, el apoderado de la parte Convocante solicitó el aplazamiento de la audiencia de conciliación.
- 3.22.-** Mediante Auto No. 14 del 9 de agosto de 2018 el Tribunal ordenó poner en conocimiento de la Convocante el dictamen pericial de contradicción aportado por la Convocada, y señalar como nueva fecha y hora para celebrar la audiencia de conciliación el 10 de septiembre de 2018, a las 10 am.
- 3.23.-** El 10 de septiembre de 2018 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, audiencia en la que no fue posible llegar a un acuerdo entre las partes, motivo por el cual mediante auto No. 15 de la misma fecha, el Tribunal fijó los honorarios y gastos a cargo de las partes.
- 3.25.-** Como quiera que las partes pagaron oportunamente las sumas señaladas en auto anterior, mediante Auto No. 15 del 3 de octubre de 2018, el Tribunal fijó como fecha y hora para llevar a cabo la primera audiencia de trámite el 24 de octubre de 2018, a las 9 am.
- 3.26.-** En virtud de que la parte Convocante solicitó la reprogramación de la primera audiencia de trámite, mediante auto No. 16 del 17 de octubre de 2018, el Tribunal señaló como nueva fecha y hora para celebrar la primera audiencia de trámite el 29 de octubre de 2018, a las 2:45 pm.

4.- PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES.

4.1.- El 29 de octubre de 2018 se celebró la primera audiencia de trámite en la que el Tribunal, después de analizar el alcance del pacto arbitral y los asuntos sometidos a arbitraje, mediante auto No. 16 de la misma fecha se declaró competente para conocer del asunto sometido a arbitraje.

4.2.- En firme el auto mediante el cual el Tribunal asumió competencia, mediante auto No. 17 el Tribunal procedió a dar apertura a la etapa probatoria del proceso.

4.3.- La etapa de instrucción del proceso se adelantó debidamente y las pruebas fueron practicadas en audiencias celebradas en la sede del Tribunal, así:

4.3.1.- En audiencia celebrada el 14 de noviembre de 2018, se recibieron los testimonios de Andrés Casadiego Romero, Juan Valentín Briceño Martínez.

4.3.2.- En audiencia celebrada el 5 de diciembre de 2018, se practicó el interrogatorio de parte de la Convocante, los testimonios de Javier David Buendía, Walter Alfonso Pautt Torres.

4.3.3.- En audiencia celebrada el 12 de diciembre de 2018, se practicó el testimonio de Rafael Rodríguez Orozco. En esta misma diligencia el apoderado de la Convocante manifestó que desistía del dictamen pericial que se había decretado, desistimiento al que el tribunal accedió mediante Auto No. 12 de la misma fecha.

4.3.4.- En audiencia del 13 de diciembre de 2018, se practicó el interrogatorio del perito Orlando Santiago Cely, el cual continuó y finalizó en audiencia del 22 de enero de 2019.

4.3.5.- En audiencia celebrada el 7 de marzo de 2019, se practicó el testimonio de Claudia Janeth Orjuela Roa, quien durante su testimonio aportó los documentos descritos en el acta No. 24 de la misma fecha.

4.3.6.- En audiencia celebrada el 18 de marzo de 2019, se practicó el interrogatorio de Vladimir Cardona Páez y Juan Pablo Deik Jassir.

4.4.- Agotada la instrucción del proceso, el Tribunal señaló como fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de alegaciones finales el 9 de mayo de 2019. En dicha diligencia tanto la parte Convocante, la parte Convocada y el Ministerio Público expusieron oralmente sus alegaciones y entregaron la versión escrita de sus intervenciones.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

5.- TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO.

La primera audiencia de trámite de este proceso se surtió el día 29 de octubre

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

5.- TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO.

La primera audiencia de trámite de este proceso se surtió el día 29 de octubre de 2018, por lo que el término de duración del proceso, que es de seis (6) meses, vencería el 29 de abril de 2019.

Al término de duración del proceso se le deben agregar o adicionar los días en que el mismo estuvo suspendido por solicitud conjunta de las partes, con las limitaciones previstas en la ley, así:

Auto que decretó la suspensión	Suspensión	Total días calendario suspendidos
Auto No. 19 del 14 de noviembre de 2018.	Entre el 15 de noviembre y el 4 de diciembre de 2018, ambas fechas inclusive	20
Auto No. 23 del 13 diciembre de 2018.	Entre el 14 de diciembre de 2018 y el 21 de enero de 2019, ambas fechas inclusive	39
Auto No. 24 del 30 de enero de 2019	Entre el 5 y el 12 de febrero de 2019, ambas fechas inclusive	8
Auto No. 27 del 7 de marzo de 2019	Entre los días 8 y 7 de marzo de 2019, ambas fechas inclusive	10
Auto No. 29 del 18 de marzo de 2019.	Entre los días 19 de marzo y 31 de marzo de 2019, ambas fechas inclusive.	12
	TOTAL	89

Por lo anterior, al adicionarse al 29 de abril de 2019, ochenta y nueve (89) días calendario, el término de duración del proceso se extiende hasta el **27 de julio de 2019**, motivo por el cual la expedición del Laudo Arbitral hoy 11 de julio de 2019, es oportuna.

CAPÍTULO SEGUNDO

SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA EN SU VERSIÓN REFORMADA.

Las pretensiones formuladas por la parte Convocante en la versión reformada de la demanda fueron las siguientes:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

“PRIMERA. *Que se declare la violación al principio de planeación por parte del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA al momento de elaborar los estudios previos definitivos del Contrato de Obra No. 617 de 2013.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

“PRIMERA. *Que se declare la violación al principio de planeación por parte del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA al momento de elaborar los estudios previos definitivos del Contrato de Obra No. 617 de 2013.*

SEGUNDA. *Que se declare el incumplimiento por parte del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA del Contrato de Obra No. 617 de 2013, producto de:*

- *La mora de ocho (8) meses. De febrero de 2017 a septiembre de ese año-, previa la suscripción del Otrosí No. 6 del 25 de septiembre de 2017, por el no pago de las actas parciales de obra.*
- *La mora de dos (2) meses adicionales en el giro de los recursos necesarios para la ejecución del objeto contractual, después de suscrito el Otrosí No. 6 del 25 de septiembre de 2017, entendiéndose por ello, las sumas adeudadas por las actas correspondientes a los meses acumulados desde febrero de 2017 hasta noviembre de 2017, de conformidad con lo pactado en la Cláusula Cuarta de ese acuerdo.*
- *La mora en la Reprogramación No. 5 al “Programa de Inversiones”.*

TERCERA. *Con base en ello, se declare configurada a favor del CONSORCIO RIBERA ESTE la excepción de Contrato no cumplido en el Contrato de Obra No. 617 de 2013.*

CUARTA. *Que, como consecuencia de lo anterior, se declare la ampliación del plazo contractual en un término de dos (2) meses para compensar el inicio de las obras que debía ser el 1ro de octubre de 2017 y que por el incumplimiento del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA de la Cláusula Cuarta del Otrosí No. 6 del 25 de septiembre de 2017, solo se pudo iniciar el 1ro de diciembre de 2017.*

QUINTA. *Adicionalmente, que se declare la ampliación del plazo contractual en ocho (8) meses, producto de la supresión injustificada –en el Otrosí No. 6 del 25 de septiembre de 2017– del ítem de gestión predial del Contrato de Obra No. 617 de 2013 – que debía iniciar el 1ro de octubre de 2017, y a la fecha no ha reiniciado-, que pretende ser reintegrado al CONSORCIO RIBERA ESTE para que culmine su ejecución, pero dentro del plazo perentorio que culmina el 15 de julio de 2018.*

Magdalena (CORPAMAG), que impone la obligación contractual de compensación ambiental al CONSORCIO RIBERA ESTE.

SÉPTIMA. *Que se declare que hubo incumplimiento del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA en cuanto a las mayores distancias de transporte de material, según lo dispuesto en el Contrato 617 de 2013.*

SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA. *Que se declare el rompimiento de la ecuación contractual, en razón de las mayores cantidades de transporte de material pues el CONSORCIO RIBERA ESTE tuvo que incurrir en ellas sin que estas hayan sido reconocidas o pagadas por el DEPARTAMENTO DE MAGDALENA.*

OCTAVA. *Que se declare que, de conformidad con lo previsto en la Matriz de Riesgos del Contrato de Obra No. 617 de 2013, el riesgo denominado “Riesgo ocasionado por ejecución de mayores cantidades de obra y/o obras adicionales no previstas en las condiciones del pliego ni del Contrato, y que deban realizarse para el pleno desarrollo del objeto contractual, así como la contratación de interventoría al Contrato” fue asignado en su totalidad al DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, y por tanto acudir a tomar medidas para mitigarlo.*

NOVENA. *Que se declare el incumplimiento del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA en el pago, a favor del CONSORCIO RIBERA ESTE, de las obras cuyo pago se solicitó a través de los Oficios DA-886-CRE-03-16 del 17 de mayo de 2016 y DA-1681-CRE-01-17 del 18 de abril de 2017, y que consten en:*

- *La realización de Estudios y Diseños nuevos.*
- *La diferencia de precio en el ítem de suministro y colocación de Geomalla Biaxial BX 100 –producto de los nuevos diseños elaborados por el contratista-, para refuerzo de terraplén, en comparación con la Geomalla Biaxial para separación de capas granulares contempladas en el Contrato.*
- *El material de terraplén seleccionado que se adicionó para compensar los efectos de la consolidación, sobre la corona del terraplén, y que son necesarios para poder colocar la estructura de pavimento.*
- *Los desvíos vehiculares para construcción de obras de drenajes de paso de agua de esconrentía y de caños provenientes del río, tal como lo establece la especificación INVÍAS.*
- *La gestión predial ejecutiva.*
- *Desvío de la vía existente en el sector conocido como Variante de Palermo entre el K57+280 al K57+400 por riesgo de erosión de la banca actual.*

SUBSIDIARIA DE LA NOVENA. *Que se declare que la realización de las obras anteriores cuyo pago se solicitó a través de los Oficios DA-886-CRE-03-16 del 17 de mayo de 2016 y DA-1681-CRE-01-17 del 18 de abril de 2017, desequilibraron la ecuación contractual en contra del CONSORCIO RIBERA ESTE.*

DÉCIMA. *Que se declare el rompimiento de la ecuación contractual, a favor del CONSORCIO RIBERA ESTE, en razón de la mayor permanencia en obra – tal y como se demuestra en las Actas de Recibo Parcial de Obras No. 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 y 35 – a partir del 1 de marzo del 2017 teniendo en cuenta los factores de personal y maquinaria, derivada de la no autorización para trabajar en nuevos tramos, por la ausencia de cantidades e ítems nuevos.*

UNDÉCIMA. *Que se declare la ilegalidad de la multa impuesta al CONSORCIO RIBERA ESTE por el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, a través de las Resoluciones No. 0822 del 11 de julio de 2017, 1705 del 26 de octubre de 2017 y 0176 del 21 de febrero de 2018, por el valor de NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$982'473.320).*

DUODÉCIMA. *Que se declare que los estudios y diseños entregados por el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA en Fase 3, no eran susceptibles de ser ajustados pues a la fecha de ejecución ya se encontraban obsoletos y, por consiguiente, debían realizarse estudios complementarios nuevos*

DECIMOTERCERA. *Que se declare que el Contrato de Obra 617 DE 2013 es de precios unitarios fijos y, por consiguiente, las mayores cantidades se deben pagar de acuerdo con el valor contractualmente definido, específicamente las mayores cantidades por el ítem de transporte, y así mismo se deben pagar conforme las distancias recorridas entre la fuente de material y el sitio de disposición para uso del mismo.*

CONDENATORIAS:

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicito se emitan las siguientes condenas:

PRIMERA. *Que se condene al DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA al pago de la suma de \$16.461'191.232, en la modalidad de **DAÑO EMERGENTE** y **LUCRO CESANTE**- o lo que*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

se demuestre en el proceso a favor del CONSORCIO RIBERA ESTE por incumplimiento del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA en el no pago de actividad derivadas de la ejecución de obras realizadas por parte de mi cliente, cifra que resulta de la sumatoria de los siguientes conceptos:

- *La realización de Estudios y Diseños nuevos, por valor de \$2.372'128.323, o lo que resulte probado en el proceso.*
- *La diferencia de precio en el ítem de suministro y colocación de Geomalla Biaxial BX 100 – producto de los nuevos diseños elaborados por el contratista-, para refuerzo de terraplén, en comparación con la Geomalla Biaxial para separación de capas granulares contemplada en el Contrato, por valor de \$3.490'858.163, o lo que resulte probado en el proceso.*
- *El material de terraplén seleccionado que se indicó para compensar los efectos de la consolidación, sobre la corona del terraplén, y que son necesarios para poder colocar la estructura de pavimento, por valor de \$5'928.142.077,00, o lo que resulte probado en el proceso.*
- *Los desvíos vehiculares para construcción de obras de drenajes de paso de agua de escorrentía y de caños provenientes del río, tal como lo establece la especificación INVÍAS, por el valor de 4'288.035.030 o lo que resulte probado en el proceso.*
- *La gestión predial ejecutada por valor de \$343.487.576 o por lo que resultare probado en el proceso.*
- *Desvíos de la vía existente en el sector conocido como Variante de Palermo entre el J57+280 al K57+400 por riesgo de erosión de la banca actual por valor de \$38.540.063, o por lo que resultare probado en el proceso.*

SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA. *Que se condene al DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA a reequilibrar, ne \$16.461.191.232 o en el momento que resulte probado en el proceso, la ecuación contractual alterada por la realización de las obras cuyo pago se solicitó a través de los Oficios DA-886-CRE-03-16 del 17 de mayo de 2016 y DA-1681-CRE-01-17 del 18 de abril de 2017.*

SEGUNDA. *Que se condene al DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA a pagar la suma de \$12.881.164.597 o lo que resulte probado en el proceso, por concepto del rompimiento de la ecuación contractual causado por las mayores cantidades de transporte de material de terraplén, en las que incurrió el CONSORCIO RIBERA ESTE, desde la fuente de material hasta el sitio de disposición en la obra, que no han sido reconocidas ni pagadas por la entidad contratante, de conformidad con las*

certificaciones exigidas por la INTERVENTORÍA y los volúmenes definitivos cancelados en las Actas Parciales de Obra.

TERCERA. *Que se condene al DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA al pago de lo que se demuestre en el proceso por concepto de medidas tendientes a mitigar la ocurrencia del riesgo tipificado en la Matriz de Riesgos del Contrato de Obra No. 617 de 2013, como “Riesgo ocasionado por ejecución de mayores cantidades de obra y/o obras adicionales no previstas en las condiciones del pliego ni del Contrato, y que deban realizarse para el pleno desarrollo del objeto contractual, así como la contratación de interventoría al Contrato”.*

CUARTA. *Que se condene al DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA al pago de la suma que resulte probada en el proceso, -en la modalidad de **DAÑO EMERGENTE**- por concepto del rompimiento de la ecuación contractual a favor del CONSORCIO RIBRERA ESTE, en razón de la mayor permanencia en obra, teniendo en cuenta los factores de personal y maquinaria.*

QUINTA. *Que se condene al DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA al reembolso o a la devolución de cualquier suma que el CONSORCIO RIBERA ESTE hubiese pagado por concepto de la multa por valor de NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTE Y TRES MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$982'473.320).*

SEXTA. *Que se condene al DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA a pagar la suma que resulte probada en el proceso -en la modalidad de **DAÑO EMERGENTE**- por concepto de obligaciones tributarias que en virtud del Contrato de Obra 617 de 2013 ha tenido que sufragar el CONSORCIO RIBERA ESTE.*

SÉPTIMA. *Las anteriores condenas, deberán hacerse efectivas con la debida indexación según el Índice de Precios al Consumidor.*

2.- LOS HECHOS DE LA DEMANDA EN SU VERSIÓN REFORMADA.

Los hechos de la demanda en su versión reformada, en síntesis, son los siguientes:

2.1.- Aseveró la Convocante que una vez se aprobó el proyecto que sería ejecutado en el plan de desarrollo tanto local como departamental, entre el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** y el INVÍAS se celebró el Convenio Marco 1266 de 2012 con el objetivo de aunar esfuerzos con el fin de adelantar los

trámites necesarios tendientes a obtener el mejoramiento de la vía Palermo-Salamina, en el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**.

2.2.- Manifestó que con la aprobación del plan de inversiones del proyecto por parte del CONPES 3742 del 15 de abril de 2013, se celebró el Convenio Específico 649 de 2013 entre el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** y el INVÍAS, que regula la participación de ambas entidades en la ejecución del proyecto, toda vez que, según narró la Convocante, al **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** le correspondía contratar la obra y al INVÍAS contratar la interventoría y la entrega de los Estudios y Diseños en Fase III para la ejecución del proyecto.

2.3.- Afirmó que con base en los estudios elaborados por el INVÍAS, el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** procedió a adelantar la Licitación Pública No. LP-DM-07-2012 con el objetivo de seleccionar el contratista para que ejecutara la obra.

2.4.- Indicó la Convocante que mediante Resolución No. 768 de 2012, de agosto de 2013, como resultado del proceso de Licitación Pública ya mencionado el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** adjudicó al CONSORCIO RIBERA ESTE el Contrato de obra pública para el “*mejoramiento de la Vía Palermo-Sitionuevo-Remolino-Guáimiro(...)*”

2.5.- Señaló la Convocante que luego de haberse adelantado algunas acciones judiciales, se suscribió el Contrato de Obra No. 617 de 2013, el cual se pactó a precios unitarios.

2.6.- Mediante acta del 31 de diciembre de 2013 se dio inicio al Contrato de Obra No. 617 de 2013.

2.7.- El 16 de enero de 2014, afirmó la Convocante, las partes suscribieron Acta de Suspensión del Contrato de obra, toda vez que la Corte Constitucional, mediante auto del 13 de enero de 2014 tomó la medida provisional de suspender la Resolución No. 768 del 12 de agosto de 2013. Dicha medida provisional fue levantada mediante Sentencia T-442 del 4 de julio de 2014, en donde la Corte Constitucional resolvió de fondo, según manifestó la Convocante, una acción de Tutela que instauró el INVÍAS contra el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**.

2.8.- En consecuencia, señaló la Convocante, el 29 de diciembre de 2014, mediante acta de la misma fecha, se reinició el Contrato de Obra No. 617 de 2013.

2.9.- Manifestó la Convocante que en el lapso en que el Contrato estuvo suspendido, el CONSORCIO RIBERA ESTE avanzó en la revisión de estudios y diseños entregados por el INVÍAS, motivo por el cual, mediante comunicación RL-114-CRE-03-15 del 27 de enero de 2015, solicitó la realización de una mesa

de trabajo conjunta entre los especialistas del CONSORCIO RIBERA ESTE y la INTERVENTORÍA, con el fin de estudiar los nuevos diseños.

2.10.- Afirmó la Convocante que, acompañado de diversos profesionales, efectuó el respectivo análisis de los estudios y diseños que le habían sido suministrados por parte del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**. Añadió que realizó entregas parciales y en los comités operativos manifestó la necesidad de adelantar estudios totalmente nuevos en los que se consideraran las condiciones del reinicio de la obra.

2.11.- La Convocante destacó lo sucedido en el comité operativo del 12 de febrero de 2015, toda vez que, en sus sentir, era necesario hacer significativos ajustes en la parte hidráulica del proyecto debido a las nuevas condiciones de la obra. Afirmó la Convocante que la INTREVENTORÍA y el INVÍAS en dicho comité recomendaron que se cuantificaran las diferencias que se habían formulado para determinar su incidencia en el valor del proyecto.

2.12.- Destacó la Convocante los comités operativos de fecha 3 de marzo de 2015, 27 de marzo de 2015, 14 de abril de 2015 y 16 de abril de 2015, en los cuales el CONSORCIO RIBERA ESTE puso de presente al DEPARTAMENTO DEL MAGADALENA diversas falencias en los estudios y diseños que se le habían suministrado y, tal como lo afirmó, en todos estos comités el CONSORCIO RIBERA ESTE puso de presente la necesidad de realizar nuevos estudios y diseños para poder continuar con la obra.

2.13.- En sentir de la Convocante los estudios y diseños adicionales fueron necesarios en la medida en que en los estudios iniciales no se tuvo en cuenta la variación de las cotas de inundación de los años 2010 y 2011.

2.14.- Señaló que luego de haber sostenido las mencionadas reuniones, el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** como el INVÍAS solicitaron al CONSORCIO RIBERA ESTE definir la fecha de iniciación de la etapa constructiva de la carpeta asfáltica, solicitud frente a la cual el especialista en geotécnia del CONSORCIO RIBERA ESTE realizó algunos reparos y puso de presente diversos inconvenientes.

2.15.- Indicó la Convocante que con prescindencia de lo anterior, se colocarían unas placas para el control de asentamientos que se podrían monitorear constantemente. Así mismo, añadió la Convocante que existían alternativas que podrían agilizar y garantizar la consolidación del terraplén.

2.16.- Destacó la Convocante otro error de estudios y diseños consistente en la ubicación de las canteras las cuales o no existían, o no cumplían con las especificaciones de la normativa INVÍAS 2007 y/o no contaban con los respectivos permisos ambientales y mineros. Aunado con que, en sentir de la Convocante, existía un error aritmético en el cálculo de las cantidades presupuestales.

2.17.- Concluyó la Convocante que el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** y el INVÍAS le habían entregado un estudio de cantera para el suministro de los materiales de terraplén, base y sub-base que distaba de la realidad, por cuanto las canteras que se habían referenciado no existían, no cumplían con las calidades de los materiales o no contaban con las respectivas licencias y registro minero de operación y explotación.

2.18.- La Convocante también señaló las falencias en las operaciones aritméticas de la persona inicialmente contratada por el INVÍAS para la realización de los mencionados estudios y diseños, falencias que, en sentir de la Convocante, produjeron que el proyecto se viera reducido en un 50% de ejecución de metas físicas.

2.19.- Sostuvo que mediante comunicación DA-818-CRE-01-16 del 7 de abril de 2016 se remitió el presupuesto calculado para los nuevos estudios realizados, el cual ascendió a la suma de DOS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES CIENTO VEINTIOCHO MIL TRESCIENTOS VEINTITRES PESOS (\$2.372'128.323 PESOS).

2.20.- Indicó que mediante comunicación DA-175-CREE-03-15 del 11 de marzo del 2015, informe BIL-1914-473 del 16 de agosto de 2016 e informe DA-1075-CRE-03-16 de la misma fecha, la Convocante recomendó alejar el trazado de la vía por lo menos 500 metros del margen occidental del río Magdalena, toda vez que el tramo comprendido entre Sitionuevo y Guáimaro presentó condiciones de inestabilidad.

2.21.- Señaló la Convocante que previo al inicio de las obras se realizó un inventario junto con la interventoría, del cual se determinó, según narró la Convocante, que la única que se encontraba en vigencia y reglamentada para su explotación era la cantera "Arroyo de Piedra".

2.22.- Afirmó la Convocante que con el objetivo de generar mayor ahorro se implementó, a efectos de transportar los materiales, un transporte multimodal (tierra-río) desde la cantera Rancho Alegre, en su componente terrestre, y el transporte fluvial desde puerto Giraldo a Sitionuevo.

2.23.- Señaló que debido a que el transporte fluvial no fue tan efectivo por el bajo calado del río Magdalena y las restricciones vehiculares implementadas en las vías departamentales del Atlántico, se realizó una nueva búsqueda de fuente de material encontrando la cantera la Fontana, descubrimiento que según manifestó la Convocante disminuyó la distancia de acarreo en 10 KM, con respecto a la cantera Rancho Alegre.

2.24.- Concluyó la Convocante que comparando las condiciones iniciales en que se inicia el proyecto, se logró reducir la distancia de acarreo de materiales en 32km con respecto a los 82 km inicialmente contemplados, para un total de

50km de transporte desde la fuente de material a la obra, lo que según la Convocante se tradujo en \$24.499.475.654,63.

2.25.- En septiembre de 2015, afirmó la Convocante, que identificó nuevos carreteables entre Sitionuevo y Remolino, el cual conforma una vía conocida como “El Buchal”, motivo por el que propuso reformar el trazado, para lo cual se elevó una solicitud ante la ANLA; sin embargo, la ANLA no aceptó la propuesta y manifestó, según narró la Convocante, que el proyecto en los sectores de Variante y tramo III Sitionuevo-Guáimaro, requería de licenciamiento ambiental.

2.26.- Señaló la Convocante que a través del oficio DA-886-CRE17-16 solicitó al **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** el reconocimiento económico de actividades ejecutadas y no incluidas en el Contrato.

2.27.- Añadió que según los oficios DA-1890-CRE-03-17 DEL 4 de octubre de 2017, RL-1847, RL 1677-CREÑ01-17 del 17 de abril de 2017, DA-1699, DA-1702 del 27 de abril de 2017, DA-1755 del 24 de mayo de 2017, RL-1762 del 1 de junio de 2017, DA-1809 del 4 de julio de 2017, DA-1824 del 27 de julio de 2017, RL-1647 del 5 de abril de 2017 se le puso de presente al **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** el incumplimiento en el giro de los recursos, incumplimiento que, según la Convocante, le significó entrar en estado de insolvencia.

2.28.- En consecuencia, en virtud de la situación de insolvencia, afirmó que mediante oficio DA-1755-CRE-01-17 del 24 de mayo de 2017 y RL-1762-CRE-01-17 del 1 de junio de 2017 solicitó al **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** se suspendiera el Contrato de Obra 617 de 2013, solicitud que fue varias veces negada.

2.29.- Señaló la Convocante que dio inicio a los trámites de licenciamiento ambiental ante la ANLA para los tramos que por su naturaleza e impacto requerían de licencia.

2.30.- El 17 de febrero de 2017, la Gobernación del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** convocó a la audiencia pública prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a efectos de determinar si el CONSORCIO RIBRERA ESTE se encontraba incumpliendo sus obligaciones contractuales, según afirmó la Convocante, por petición de la firma interventora mediante requerimiento No. INVÍAS 3795-2013-984 del 9 de diciembre de 2016

2.31.- Afirmó que mediante Resolución No. 0822 del 11 de julio de 2017, el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** sancionó al **CONSORCIO RIBERA ESTE** por el presunto incumplimiento de sus obligaciones contractuales por la suma de **QUINCE MIL SEISCIENTOS DIECISÉIS MILLONES DE PESOS (\$15.616'000.000)**.

2.32.- El 25 de septiembre de 2017, se suscribió el Otrosí No. 6 modificadorio del Contrato de Obra No. 617 de 2013, mediante el cual (i) se redujo el objeto contractual; (ii) se prolongó el plazo contractual hasta el 15 de julio de 2018; (iii) se redujo el valor del Contrato a **TRESCIENTOS VEINTIDOS MIL CIENTO CINCUENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES MIL DOSCIENTOS DIECISIETE PESOS CERO CENTAVOS (\$322.158´433.217,00)**; y, se condicionó la ejecución de las obligaciones por parte del CONSORCIO RIBERA ESTE hasta tanto la Gobernación del Magdalena dispusiera de los recursos que permitieran financiar la ejecución del nuevo alcance de las obras.

2.33.- El 26 de octubre de 2017 se profirió la Resolución No. 1705, confirmando la Resolución No. 822 del 11 de julio de 2017 y modificó el monto de la multa impuesta en primera instancia, rediciéndola a un valor de **NUEVE MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS MIL DOSCIENTOS TRECE PESOS (\$9.825´832.213)**.

2.34.- Señaló la Convocante que el 21 de febrero de 2018 el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** profirió la Resolución No. 0176, mediante la cual corrigió el error aritmético en el que incurrió la Resolución No. 1705 del 26 de octubre de 2017, resudiciendo el valor de la sanción a **NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$982´473.320)**.

2.35.- Señaló la Convocante que el 13 de abril de 2018, en la Notaría Sexta del Círculo Notarial de Barranquilla, mediante escritura pública se protocolizó el silencio administrativo positivo del documento de fecha 27 de noviembre de 2017, mediante el cual solicitó al **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** la prórroga del Contrato No. 617 de 2013.

3.- LA CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA.

La parte Convocada, esto es, el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, presentó oportunamente la contestación a la demanda reformada y formuló las excepciones de mérito que a continuación se sintetizan:

3.1.- EXCEPCIONES FORMULADAS:

3.1.1.- Vulneración del principio de buena fe y del cumplimiento del principio de planeación del Consorcio Ribera Este en la etapa precontractual.

Luego de realizar la respectiva síntesis respecto de la posición del CONSORCIO RIBERA ESTE, manifestó la Convocada que la Gobernación del Magdalena de manera alguna vulneró el principio de planeación, toda vez que, en su sentir, desde los pliegos de condiciones, específicamente en el numeral 1.5 quedó contenida de manera clara y expresa la obligación que asumía el contratista

relativa a la *“modificación y/o ajuste y/o complementación y/o actualización de estudios con el fin de asegurar los resultados del Contrato”*.

Añadió la Convocada que dicha condición del Contrato era conocida por el contratista, toda vez que los Estudios Previos se habían formulado en los años 2008 y 2009 y la Licitación Pública No. LP-DM-07 se abrió en el año 2012, hecho que, en sentir de la Convocada hacía más que evidente la existencia de un deber de diligencia por parte de los oferentes al revisar dichos estudios previos.

Destacó la Convocada que por ese entonces se produjeron fuertes aguaceros que causaron inundaciones en diferentes Zonas de Colombia, que se presentaron desde junio de 2010. En consecuencia concluyó que ante la Magnitud del fenómeno de la Niña, constituyó grave negligencia que la Convocante, con tanta experiencia no hubiera efectuado sus observaciones al respecto y que ahora pretenda desconocer la obligación prevista en el numeral 1.5 de los pliegos de condiciones.

Precisó la Convocada, que la entidad contratante cumplió debidamente el principio de planeación, toda vez que, dicho principio también es predicable respecto de los contratistas, quienes están en la obligación de poner en conocimiento de la entidad pública las circunstancias que adviertan para que puedan enmendarse.

Concluyó la Convocada que, en su sentir, no es admisible que el CONSORCIO RIBERA ESTE pretenda no solo eludir su responsabilidad precontractual, sino beneficiarse económicamente de su improvidencia, máxime cuando la entidad contratante pagó lo correspondiente al ajuste de diseños y el Otrosí No, 6 el contratista no dejó ninguna salvedad al respecto cuando se redujo el acance de dicha obligación.

3.1.2.- Renuncia expresa y extemporaneidad de las reclamaciones económicas por incumplimiento o desequilibrio económico por parte del Consorcio Ribera Este.

Luego de hacer un recuento de lo pactado por las partes mediante Otrosí No. 6, destacó la Convocada que nada se dijo respecto de ellas, motivo por el cual ninguna de las pretensiones por incumplimiento o desequilibrio económico del Contrato no están llamadas a prosperar.

3.1.3.- Inexistencia de desequilibrio económico por la alegada mayor permanencia en obra y cumplimiento del Departamento del Magdalena de su obligación de pago de ítem de transporte de materiales a los precios pactados.

Para fundar este medio exceptivo, destacó la Convocante que en lo relacionado con las fuentes de materiales que de conformidad con el numeral 4.16 del Pliego

de condiciones, era obligación de los porponentes inspeccionar y examinar el sitio donde se desarrollaría la obra. En consecuencia, respecto de este particular concluyó la Convocada que ello era un asunto que el contratista debió conocer desde la etapa precontractual con la visita técnica al lugar del proyecto.

Añadió que no puede desconocerse el hecho de que las observaciones que hoy hace la Convocante en relación con la ubicación de las fuentes de materiales pudieron haberse efectuado en la etapa precontractual, motivo por el cual, en su sentir, este no es el momento para efectuar reclamación económica alguna.

En lo relativo a la mayor permanencia en obra, con apoyo en lo dispuesto en el dictamen pericial de parte aportado, concluyó la Convocada que no hay lugar a reconocimiento alguno por tal concepto.

3.1.4.- Reconocimiento en el acuerdo de regularización (otrsí No. 6 al Contrato de obra No. 617 de 2013) de algunas de las obras cuyo pago se reclama.

Concluyó la Convocada con apoyo en el dictamen pericial rendido por la Sociedad Colombiana de Ingenieros que frente al punto del pago de la realización de estudios y diseños no existe sustento fáctico, toda vez que, en su sentir, el pago de dichos rubros se encuentra sujeto a los nuevos términos que surgieron del Otrósí No. 6 suscrito entre las partes.

3.1.5.- Inexistencia de los supuestos del “enriquecimiento sin causa”

Para fundar este medio exceptivo, señaló la Convocada que en materia de contratación administrativa el enriquecimiento sin causa solo resulta ser procedente si se demuestra alguna de es las siguientes circunstancias: (i) que la Entidad, en ejercicio de su poder de *imperium* constriña al particular para que ejecute prestaciones o el suministro de bienes y servicios en su beneficio, por fuera del marco de un Contrato estatal o con presciencia del mismo; (ii) cuando es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar alguna amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud; y (iii) cuando debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, presataciones de servicio y suministro de bienes, sin Contrato escrito alguno.

Añadió la Convocada que tratándose de “enriquecimiento sin causa” por obras no incluidas en el Contrato estatal o al margen de éste, el empobrecimiento patrimonial debe ser demostrado por el demandante con rigurosidad probatoria.

En consecuencia, concluyó la Convocada que no existió desequilibrio económico del Contrato que pudiera haber causado un enriquecimiento injustificado a favor del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**.

3.1.6.- Improcedencia de la excepción de Contrato no cumplido alegada por el Consorcio Ribera Este:

Para fundar este medio exceptivo, señaló la Convocada, en primer lugar, que a la fecha sobre los pagos anticipados que le fueron efectuados, tal como consta en las pruebas documentales aportadas al proceso, ascienden a la suma de QUINCE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL TREINTA Y TRES PESOS CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS (\$15.391'446.033,96).

En segundo lugar, señaló la Convocada que en virtud de lo acordado en el Otrosí No. 6 ninguna de las partes se encontraría en mora de sus obligaciones si el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** no contaba con los recursos para que permitan financiar la ejecución del Contrato.

Concluyó la Convocada que la aplicación de la excepción de Contrato no cumplido es improcedente en este caso, toda vez que, por estar condicionado el pago al contratista a la disponibilidad presupuestal del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, el mismo no se encontraba en mora de sus obligaciones hasta tanto no contara con los recursos, y solo tuvo acceso a dichos recursos hasta noviembre de 2017.

3.1.7.- Aplicación del Debido Proceso Administrativo en la imposición de la multa.

En primer lugar, esgrimió la Convocada que el procedimiento sancionatorio respetó el debido proceso y el derecho de defensa del contratista, toda vez que de ello dan cuenta tanto la motivación de las Resoluciones sancionatorias, como los antecedentes administrativos aportados al proceso.

En segundo lugar, indicó la Convocada que el procedimiento sancionatorio tuvo origen en la solicitud efectuada por la interventoría mediante Oficio INVÍAS 3795-2013-984 del 9 de diciembre de 2016, en el que se pidió al **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** la imposición de una multa al contratista por el incumplimiento del programa de inversión.

En tercer término, destacó la Convocada que las valoraciones que la entidad efectuó en relación con el programa de obras e inversiones fueron aquellas constatadas según el informe de interventoría, obras respecto de las cuales se predicó un claro atraso.

Así mismo, señaló la Convocada que tanto se respetaron las garantías del Contratista en el proceso sancionatorio que el **DEPARTAMENTO DEL**

MAGDALENA procedió a corregir el error formal contenido en el artículo primero de la Resolución 1705 DE 2017, mediante la Resolución 01766 del 21 de febrero de 2018.

3.1.8.- El silencio administrativo positivo alegado no cumple con los requisitos de procedencia legales ni jurisprudenciales.

Concluyó la Convocada para que opere el silencio administrativo positivo no es suficiente que el Contratista presente la solicitud ante la Entidad Contratante, sino que es indispensable que dicha solicitud la hubiera presentado durante la ejecución del Contrato y que la Entidad no la hubiera atendido dentro del término de tres (3) meses siguientes a su recepción. En sentir de la Convocada es necesario además que el solicitando aporte las pruebas que den cuenta de la obligación que está reclamando, que la reclamación verse sobre un derecho constituido del contratista, lo que se pide debe referirse a asuntos relacionados con la actividad contractual del contratista y no del contratante y, por último, no es procedente para entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen un procedimiento especial en el Estatuto General de la Contratación.

Por lo anterior, manifestó la Convocada que no puede predicarse el silencio administrativo positivo respecto de solicitudes del contratista tendientes a obtener ampliación del plazo de ejecución de Contrato.

En consecuencia, señaló la Convocada que no se configuró el silencio administrativo positivo por el hecho de que EL **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** no haya respondido a la petición del 1 de diciembre de 2017.

CAPÍTULO TERCERO

CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

1.- PRESUPUESTOS PROCESALES

En el presente caso, se encuentran reunidos a cabalidad los denominados presupuestos procesales, esto es, los requisitos de forma necesarios para que la relación jurídico procesal se constituya adecuadamente, de tal suerte que están dadas las condiciones para fallar de fondo.

En efecto, las dos partes cuentan con capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso, asunto que quedó definido desde el auto admisorio de la demanda, providencia en la que, además, se dejó claro que los requisitos formales del libelo, en su versión reformada, igualmente estaban reunidos.

Finalmente, en lo que toca con la competencia del Tribunal, desde la primera audiencia de trámite se dejó claro que tanto desde el punto de vista objetivo

como subjetivo, este Tribunal cuenta con atribución jurisdiccional para resolver el litigio sometido a su conocimiento.

2.- NOCIONES JURÍDICAS Y REQUISITOS DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y DEL ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL

De un lado, el incumplimiento entraña la existencia de una obligación derivada de un Contrato estatal que no ha sido ejecutada por una causa imputable al deudor o que ha sido ejecutada defectuosamente, en forma parcial o fuera de término, ocasionando perjuicios al acreedor. Cuando el sujeto que no ha cumplido es la entidad contratante, se trata de un supuesto de responsabilidad del Estado¹, fundado en el artículo 90 de la Constitución² y el artículo 50 de la ley 80 de 1993³.

Así, en el incumplimiento concurren los elementos que hacen nacer la obligación de indemnizar en cabeza del Estado: una conducta de la administración, en este caso el incumplimiento o el cumplimiento parcial, defectuoso o fuera de término, por la entidad contratante; un daño antijurídico irrogado al contratista, es decir, una afectación patrimonial que él no tenía el deber jurídico de soportar; y, un nexo causal entre el incumplimiento y la causación del daño⁴.

¹ *"En primer lugar, la forma más común de afectación de los derechos de las partes en el Contrato, está dada por el incumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes podría pensarse que el incumplimiento contractual de la Administración, da lugar al rompimiento del equilibrio económico del Contrato, tal y como lo contempla el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993, al consagrarlo como una de las causas de dicho rompimiento; sin embargo, el incumplimiento contractual debe manejarse con mayor propiedad, bajo la óptica de la responsabilidad contractual, por cuanto, como es bien sabido, se trata de dos '...instituciones distintas en su configuración y en sus efectos', puesto que la responsabilidad contractual se origina en el daño antijurídico que es ocasionado por la parte incumplida del Contrato, lo que hace surgir a su cargo el deber de indemnizar los perjuicios ocasionados en forma plena, es decir, que para el afectado surge el derecho a obtener una indemnización integral". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 31 de enero de 2019, exp: 37.910.*

² Artículo 90 de la Constitución: *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas".*

³ Artículo 50 de la ley 80 de 1993: *"Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista".*

⁴ *"Aunque no hay uniformidad en la doctrina para determinar los elementos que se requieren para que exista responsabilidad, puede decirse que en el caso de la responsabilidad administrativa de ordinario se ha considerado que esos elementos son tres: una actuación de la administración, un daño o perjuicio y un nexo causal entre el daño y la actuación". Libardo, RODRÍGUEZ, Derecho administrativo: general y colombiano, Bogotá: Temis, 19 ed., 2015, p. 647.*

De otro lado, el rompimiento del equilibrio económico del Contrato estatal ocurre cuando los factores técnicos, financieros, ambientales, económicos o regulatorios que se tuvieron en cuenta al momento del perfeccionamiento del Contrato estatal, y aun durante la etapa de selección del contratista, varían abruptamente, ocasionando una afectación grave al cumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes, siempre que tal afectación no sea imputable a la parte que la sufre⁵.

Con mayor precisión, el equilibrio económico es un principio que busca mantener las condiciones iniciales a la celebración del Contrato estatal, teniendo en cuenta que mediante estos negocios jurídicos se persigue la satisfacción del interés general, que puede verse comprometido por la paralización del objeto contractual o la suspensión en la ejecución de las obligaciones a cargo de las partes⁶.

En cuanto a su consagración normativa, el equilibrio económico está previsto por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como principio⁷ (art. 27 de la ley 80 de 1993); como regla hermenéutica (art. 28 de la ley 80 de 1993); como un derecho del contratista (art. 5.1 de la ley 80 de 1993); como un derecho de la entidad contratante (art. 4.3 de la ley 80 de 1993); y, finalmente, como un deber de la entidad contratante (art. 4.9 de la ley 80 de 1993).

⁵ *"En estricto rigor hay lugar a distinguir entre la responsabilidad contractual que se deriva del incumplimiento o del cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones asumidas por alguna de las partes –incluidas las entidades estatales contratantes–, por cuya virtud la parte incumplida debe responder ante su co-contratante cumplido por los perjuicios que le ocasione por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso que le sea imputable, por un lado, de la figura del equilibrio económico o financiero del Contrato por otro lado, comoquiera que la finalidad de esta última no es otra que la de mantener, a lo largo del tiempo, las condiciones económicas, técnicas y financieras existentes al momento de la presentación de la oferta o de la celebración del Contrato, según sea el caso, todo con el fin, a su turno, de preservar la equivalencia convenida, considerada y acordada entre las partes del Contrato respecto de sus correspondientes, mutuas y recíprocas prestaciones, todo ello independientemente de que, como resulta apenas natural, la ecuación inicial del Contrato también se vea alterada o afectada por causa o con ocasión de circunstancias constitutivas de incumplimiento contractual". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2013, exp: 24.996.*

⁶ *"De ésta forma, por medio de la institución a la que se alude no sólo se busca proteger el interés individual de las partes contratantes manteniendo las condiciones pactadas al momento de proponer o contratar sino que también busca proteger el interés general estableciendo diversos mecanismos mediante los cuales se mantenga una estabilidad financiera del Contrato que permita el debido cumplimiento del objeto contractual, dentro de los cuales se encuentran las fórmulas de ajuste y reajuste de precios inicialmente convenidos". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de noviembre de 2015, exp: 54.563.*

⁷ *"Este principio, consagrado en el artículo 27 del estatuto, consiste en que en los Contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar". Libardo, RODRÍGUEZ, Derecho administrativo: general y colombiano, cit., 2015, p. 575.*

Desde luego, las diferencias conceptuales y normativas entre el incumplimiento contractual y el rompimiento del equilibrio económico del Contrato estatal comportan diferencias en cuanto a los requisitos que deben acreditarse⁸ por la parte que alega haber sufrido un daño antijurídico, en el primer evento, o una afectación grave en la ejecución de sus obligaciones, en el segundo caso.

De esta manera, para que la pretensión de incumplimiento contractual se abra paso, el demandante debe:

1. Establecer la existencia de la obligación contractual que estima incumplida o cumplida parcial o defectuosamente, mediante su señalamiento en el clausulado del Contrato estatal, los pliegos de condiciones, los estudios previos, la matriz de riesgos, las actas y otros que celebren las partes en la ejecución del Contrato y demás documentos contractuales de los que se deriven obligaciones para las partes.
2. Establecer los hechos que ocasionaron el incumplimiento, el cumplimiento parcial, defectuoso o fuera de término, aportando o solicitando la práctica de los medios de prueba pertinentes y conducentes para acreditar tales hechos.
3. Establecer la existencia y entidad del daño antijurídico, demostrando con medios de prueba pertinentes y conducentes, que, en efecto, se le ha irrogado un perjuicio que no estaba en el deber jurídico de soportar. Así también, para proceder a determinar el monto de la obligación indemnizatoria.
4. Establecer la relación de causalidad entre los hechos que dieron lugar al incumplimiento de la obligación contractual y el daño antijurídico, ya que si hubo incumplimiento, pero el perjuicio sucede por una causa diversa, como el hecho de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito, no es dable deducir responsabilidad alguna.

⁸ "Sin embargo, conviene distinguir los conceptos y las pretensiones en razón a que las causas de imputación de responsabilidad –bien sea en relación con el acto ilegal o con el incumplimiento o el desequilibrio que ahora se distinguen– son diversas y de allí se pueden desprender diferencias en relación con lo que se debe demostrar en el proceso y la forma de liquidación de la respectiva condena. Acerca de la prueba que soporta las distintas pretensiones dentro de la acción contractual se puede realizar la siguiente precisión: **i)** En términos generales la ilegalidad del acto contractual se demuestra con base en las causales de nulidad del acto administrativo; **ii)** El incumplimiento del Contrato se acredita mediante la prueba de la obligación contractual – es decir del Contrato y su contenido –, de la falta o falla en la prestación debida y del daño causado por ella; **iii)** A su turno, el evento de desequilibrio económico se prueba partiendo igualmente del acuerdo contractual, empero los elementos probatorios se deben enfocar sobre la fórmula económica que gobernó el Contrato y la distribución de los riesgos y cargas dentro de la misma, de una parte, así como se requiere demostrar, de otra parte, el hecho que configuró la ruptura de la ecuación contractual correspondiente y la relación de causalidad entre dichos elementos". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de diciembre de 2015, exp: 36.285.

Por el lado de la pretensión de rompimiento del equilibrio económico, es necesario que la parte que la alega⁹:

1. Establezca que la causa del desequilibrio económico haya sucedido con posterioridad al perfeccionamiento del Contrato estatal, no pudiendo ninguna de las partes prever razonablemente su ocurrencia en ese momento.
2. Establezca que la causa del desequilibrio económico es extraordinaria, esto es, que no corresponde al álea regular u ordinaria de la actividad que debe ser llevada a cabo en ejecución del objeto contractual y que, por lo tanto, es previsible para las partes, particularmente para el contratista como profesional de la actividad.
3. Establezca que el desequilibrio económico es grave, es decir, que se le ha causado a la parte que lo padece una afectación patrimonial que compromete significativamente las utilidades previstas al momento de la celebración del Contrato, e incluso que la lleva un punto de pérdida.
4. Establezca que los mecanismos contractuales de restablecimiento del equilibrio económico, particularmente las partidas destinadas para imprevistos, como el bien conocido factor de Administración, Imprevistos y Utilidades (AIU), fueron insuficientes para solventar la afectación patrimonial sobrevenida¹⁰.

⁹ *"En conclusión, para que proceda el restablecimiento judicial de la ecuación financiera del Contrato es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1.- Que la ruptura de la ecuación financiera del Contrato (menoscabo) sea de carácter GRAVE; 2. Que a través del medio probatorio idóneo se encuentre acreditada la relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico; 3. Que la situación fáctica alegada como desequilibrante no corresponda a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales; 4.- Que se realicen las solicitudes, reclamaciones o salvedades de los hechos generadores de la ruptura del equilibrio financiero, dentro de los criterios de oportunidad que atiendan al principio de buena fe objetiva o contractual, esto es que, una vez ocurrido tal hecho, se efectúen las solicitudes, reclamaciones o salvedades al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, Contratos adicionales, otrosíes, etc.; 5. Que las solicitudes, reclamaciones o salvedades se realicen de manera específica y concreta en cuanto a su concepto, tiempo y valor. Es decir, no tienen validez las salvedades formuladas en forma general o abstracta". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de enero de 2018, exp: 52.666. "[...] con independencia de la causa que se invoque como factor de desequilibrio económico y financiero del Contrato estatal, dentro de los requisitos necesarios para su reconocimiento y el consecuente restablecimiento de la ecuación contractual, existen unos elementos comunes que deben acreditarse en forma concurrente tales como la imprevisibilidad, la alteración extraordinaria y fundamentalmente la demostración o prueba de una pérdida real, grave y anormal en la economía del Contrato". Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de junio de 2012, exp: 21.990.*

¹⁰ *"A este respecto, se observa que en cierto tipo de Contratos, como son los de obra, el denominado factor que se incluye en las propuestas por los contratistas de administración-imprevistos-utilidad-, comúnmente llamado AIU, es determinante para la demostración del desequilibrio económico del Contrato. En efecto, ha manifestado el Consejo de Estado que 'en los Contratos en los que en la cláusula relativa a su valor*

5. Establezca que en el Contrato, los pliegos de condiciones y la matriz de riesgos no le fue asignado el deber de soportar las consecuencias patrimoniales adversas de la ocurrencia del evento que origina la ruptura del equilibrio económico.

6. Establezca y acredite los requisitos propios de alguna de las causales o títulos de imputación que la jurisprudencia ha esbozado para el nacimiento de la obligación de restituir el equilibrio económico del Contrato y que son: hecho del príncipe, *potestas variandi*, sujeciones materiales imprevistas y teoría de la imprevisión.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 28 de junio de 2012, exp: 21.990, manifestó lo siguiente:

"Ahora bien, no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del Contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la ecuación económico financiera del Contrato puede verse afectada o sufrir menoscabo, por:

a. Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del Contrato o introduce modificaciones al mismo -ius variandi-, sean éstas abusivas o no;

b. Actos generales de la administración como Estado, o 'teoría del hecho del príncipe', como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el Contrato;

c. Factores exógenos a las partes del negocio, o 'teoría de la imprevisión', o 'sujeciones materiales imprevistas', que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al Contrato pero con incidencia en él.

En todos estos eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador mediante una

se incluya un porcentaje de imprevistos [como suele suceder en los de obra pública], le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del Contrato". Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de junio de 2012, exp: 21.990.

compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida- o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura".

3.- EL PRINCIPIO DE BUENA FE Y SU APLICACIÓN EN MATERIA DE OPORTUNIDAD Y FORMA DE PRESENTAR OBSERVACIONES Y RESERVAS SOBRE INCUMPLIMIENTOS Y ALTERACIONES AL EQUILIBRIO ECONÓMICO

En virtud del artículo 13 de la ley 80 de 1993: *"Los Contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley".*

En observancia de la normatividad anterior, el Consejo de Estado ha reconocido la aplicación del principio de buena fe, consagrado en los artículos 1603 del código civil y 871 del código de comercio, para el Contrato estatal¹¹.

Mediante sentencia del 19 de noviembre de 2012, exp: 22.043, el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo manifestó respecto del principio de buena fe lo siguiente:

"[...] con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refiere estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el Contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.

Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al Contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, 'consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento

¹¹ "De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del Contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de noviembre de 2012, exp: 22.043.

que convenga a la realización y ejecución del Contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia', es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y 'por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho' o conforme al Contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del Contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido"¹².

Ahora bien, el principio de buena fe, entendido como un deber objetivo de corrección y de lealtad frente a la contraparte contractual, implica que las partes del Contrato estatal se informen mutuamente sobre todas las circunstancias y peripecias sobrevenidas en la ejecución del Contrato y que puedan tener la dimensión de alterar el equilibrio económico.

Acerca de la aplicación del principio de buena fe y sus manifestaciones respecto del deber de las partes de informar las situaciones que puedan constituir un incumplimiento contractual o la ruptura del equilibrio económico, el Consejo de Estado, a través de la sentencia del 26 de noviembre de 2015, exp: 54.563, expresó:

"Es por ello que, además, ante la inconformidad con el clausulado contractual o en presencia de un incumplimiento o alteración del equilibrio económico del Contrato, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su co-contratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual".

En observancia del principio de buena fe, la parte que pretenda que se declare el rompimiento del equilibrio económico o el incumplimiento del Contrato, además de establecer y acreditar los requisitos propios de cada figura, debe

¹² Esta postura ha sido reiterada por la jurisprudencia, al respecto pueden consultarse: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de enero de 2018, exp: 52.666; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 13 de diciembre de 2017, exp: 41.809; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de noviembre de 2015, exp: 54.563.

haberle manifestado a su contraparte que sufrió la afectación patrimonial, justo en el momento de la ejecución del Contrato en que la haya padecido¹³. Lo anterior con el fin de que se adopten las medidas o mecanismos tendientes a restablecer el equilibrio del Contrato o que el deudor incumplido se disponga a ejecutar la prestación debida¹⁴.

En virtud del artículo 27 de la ley 80 de 1993¹⁵, cuando el equilibrio del Contrato se rompe, *"las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento"*.

Ciertamente, son las partes del Contrato estatal las primeras llamadas a restablecer el balance de la ecuación financiera, para ello celebran acuerdos de suspensión, modificación, pago, prórroga, adición, supresión, interpretación, entre otros. Estos acuerdos quedan plasmados en documentos escritos como actas u otrosíes, en donde la parte afectada por el incumplimiento o el rompimiento del equilibrio económico puede, si considera que no ha sido reparada o restablecida, plasmar las observaciones a que haya lugar, reservándose el derecho a reclamar sobre estos aspectos en el futuro.

En lo que se refiere a la oportunidad para realizar observaciones y reservarse el derecho a reclamar por incumplimiento o rompimiento del equilibrio económico, se aclara que es en dichos acuerdos, actas y otrosíes que la parte afectada debe dejar constancia sobre las circunstancias que le han irrogado un daño antijurídico o le hayan agravado el cumplimiento de sus obligaciones. De manera que las reclamaciones que se hagan después de suscribir el respectivo acuerdo, acta u otrosí, sin que se haya dejado observación alguna, deben ser tenidas como extemporáneas¹⁶, ya que transgreden el principio de

¹³ *"Es este punto es relevante recordar que, además de la prueba del incumplimiento y de los perjuicios que él acarreó en el contratista cumplido, para que prospere una pretensión por restablecimiento del equilibrio económico del Contrato derivado de dicho incumplimiento, se requiere que el factor de oportunidad no la haga improcedente"*. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1 de abril de 2016, exp: 50.217.

¹⁴ *"En efecto, en los casos de incumplimiento y alteración del equilibrio económico del Contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecer el orden contractual, suscribiendo los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar..."*. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de noviembre de 2015, exp: 54.563.

¹⁵ Artículo 27 de la ley 80 de 1993: *"En los Contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento"*.

¹⁶ *"En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en el incumplimiento o la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, Contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual"*. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de noviembre de 2015, exp: 54.563..

buena fe y los deberes de corrección y lealtad que se deben los contratantes entre sí.

Sobre el particular, en sentencia del treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011), exp: 18.080, el Consejo de Estado manifestó:

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

En lo atinente a la forma de realizar las observaciones, la parte afectada también debe hacerle saber a su contraparte la ocurrencia de los eventos que ocasionaron la afectación patrimonial, indicándole de forma clara, expresa y concisa la manera en que tales eventos le irrogaron un daño antijurídico o le hicieron más gravoso el cumplimiento de sus obligaciones.

En efecto, al realizar las observaciones y reservas para reclamar por incumplimiento o rompimiento del equilibrio económico, la parte afectada debe detallar los motivos que le irrogaron perjuicios o hicieron más gravosa la ejecución de las obligaciones a su cargo, pues las observaciones genéricas e indeterminadas por las que una parte se reserva el derecho a reclamar una supuesta afectación patrimonial, sin reparar en su causa, magnitud e imputación, no son tenidas en cuenta, por transgredir el principio de buena fe.

Acerca de las observaciones genéricas e indeterminadas, vale traer a colación un caso en el que el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo niega una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico, por considerar que la constancia dejada por el demandante era general, abstracta y extemporánea¹⁷.

¹⁷ La reserva que en su momento hizo el demandante, dentro del Acta de Liquidación del Contrato objeto de estudio, fue del siguiente tenor: "Con su suscripción hacemos constar que el Consorcio Convel EGL – SED 106 se reserva el derecho de formular reclamación por sobrecostos, daños y perjuicios y diferencias que se presentaron en el desarrollo y con ocasión del presente Contrato". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de noviembre de 2015, exp: 54.563.

Así, mediante la sentencia del 26 de noviembre de 2015, exp: 54.563, aquella Corporación señaló:

"De otra parte, si bien en el presente asunto el contratista formuló salvedades de desequilibrio financiero del Contrato en el acta de liquidación bilateral suscrita entre los contratantes el 3 de diciembre de 2009, tales salvedades se hicieron de forma general, abstracta, indeterminada y extemporánea.

Extemporáneas porque dichas salvedades no fueron puestas en conocimiento de la administración pública durante la ejecución del Contrato y además, sí durante el plazo de ejecución del Contrato se procedió a suscribir actas de suspensión, de reinicio, Contratos modificatorios y adicionales, sin que en ninguna de éstas oportunidades formulara salvedad alguna, en virtud del principio de buena fe, se presume que en cada una de éstas el equilibrio económico del Contrato se restableció y que ésta estuvo conforme con lo allí acordado.

Asimismo, la salvedad formulada por el contratista en el acta de liquidación bilateral, además de extemporánea, es imprecisa pues no se dijo qué hechos la constituyen o en qué se hace consistir o cuál es el monto aproximado de la reclamación, o si se configura en hechos nuevos y posteriores al último acuerdo celebrado entre las partes".

4.- LAS MODALIDADES DE PAGO A PRECIO GLOBAL Y POR PRECIOS UNITARIOS

Al tenor del artículo 40 de la ley 80 de 1993:

"Las estipulaciones de los Contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los Contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los Contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración".

En virtud de su autonomía de la voluntad, las entidades administrativas cuentan con la facultad de definir el contenido del clausulado del Contrato (arts. 32 y 40 de la ley 80 de 1993). Dentro de esta facultad, evidentemente

limitada por las normas de orden público, las entidades proceden a fijar los elementos, términos y condiciones del Contrato, dentro de los cuales está la modalidad de pago.

Más aún, en observancia del principio de transparencia (art. 24.5 de la ley 80 de 1993), las entidades administrativas deben definir desde los pliegos de condiciones: el objeto o actividad a contratar, el tipo contractual más adecuado para ejecutar este objeto y el procedimiento de selección de contratista que el ordenamiento prevea, según el tipo de Contrato. Así se entiende que a partir de los pliegos de condiciones quede establecida la modalidad o forma en que se realizará el pago del Contrato.

La modalidad de pago del Contrato atañe a la forma en que la entidad contratante ejecuta su obligación de dar una suma de dinero, como contraprestación de las labores, servicios, trabajos, obras y demás actividades que el contratista lleva a cabo, en ejecución de sus obligaciones y del objeto del Contrato.

Con respecto al Contrato de obra pública, que es el tipo contractual del que se originan las controversias objeto de análisis en el presente proceso arbitral, existen varias modalidades de pago¹⁸, dentro de las cuales hay dos que son las más comunes y que difieren sustancialmente entre sí: la modalidad de pago a precio global y la modalidad de pago por precios unitarios¹⁹.

En efecto, la modalidad de pago a precio global implica que el contratista recibirá como remuneración una suma fija e invariable, con independencia de las actividades u obras que realmente ejecute. Mientras que la modalidad de pago por precios unitarios comporta que el pago al contratista se realizará en

¹⁸ "Así, es pertinente anotar que en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se definió el Contrato de obra como aquel que celebran las entidades estatales (art. 2 *ibídem*) 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. Sobre este último elemento, interesa destacar que existen diferentes modalidades de pago del valor del Contrato de obra: a precio global, a precios unitarios, por administración delegada reembolso de gastos y pago de honorarios y el otorgamiento de concesiones, sistemas de pago que señalaba el artículo 82 del Decreto 222 de 1983. Si bien estas modalidades no fueron previstas de manera expresa por la Ley 80 de 1993, no es óbice para que continúen constituyendo formas de pago en los Contratos celebrados por la administración, en tanto en las condiciones generales de la contratación debe esta precisar las condiciones de costo, las obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del Contrato (art. 24, ordinal 5, literal c)". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, exp: 18.080.

¹⁹ "Los Contratos de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subContratos y de la obtención de materiales, mientras que en el Contrato a precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el Contrato". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, exp: 18.080.

la medida en que este vaya ejecutando sus obligaciones, de manera que el valor a pagar al contratista es el resultado de multiplicar las cantidades de obra efectivamente ejecutadas por el precio asignado a cada obra o ítem de pago.

Acerca de este particular, en sentencia del treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011), exp: 18.080, el Consejo de Estado manifestó:

"Esta distinción resulta fundamental, porque, como lo ha señalado la jurisprudencia, en el Contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, en tanto en el Contrato a precios unitarios, toda cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida, aunque, de todos modos, en uno y otro caso, el contratista tiene el derecho a reclamar en oportunidad por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el Contrato, o por hechos que la administración debe conocer, que desequilibran la ecuación financiera y que están por fuera del control del contratista, cuando quiera que no se hayan adoptado las medidas encaminadas a restituir el Contrato a sus condiciones económicas iniciales".

Bien se vislumbran las diferencias entre una modalidad de pago y la otra. De un lado, difieren en cuanto a la manera de determinar el monto del pago, que se establece de forma fija e invariable, para el precio global; mientras que para precisar el valor a pagar en la modalidad de precios unitarios se deben tomar en cuenta las cantidades de obra efectivamente ejecutadas por el contratista y multiplicarlas por los precios de obra o ítems de pago preestablecidos.

Además, también se distinguen en lo tocante a la forma de remunerar las mayores cantidades de obra ejecutadas o a la ejecución de obras no previstas, pues en el precio global el contratista asume dichos costos, quedándole en todo caso el derecho a que se le restablezca el balance del equilibrio económico del Contrato, si es que este se rompió gravemente; mientras que en la modalidad de precios unitarios, la ejecución de mayores cantidades de obra o de obras no previstas se deben remunerar al contratista, tomando como parámetro de cuantificación a los precios de las obras o ítems de pago preestablecidos.

Sobre este último aspecto, mediante sentencia del 29 de julio de 2015, exp. 35.212, el Consejo de Estado expuso:

"En este tipo de Contratos donde se pacta el sistema de precios fijos unitarios, la forma de pago es por unidades o cantidades de

obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el Contrato. Además, según la jurisprudencia implica que si para lograr el fin o el objeto contractual se requiere adelantar una serie de actividades complementarias no previstas en el Contrato, éstas deben ser desarrolladas y remuneradas partiendo de los precios unitarios previamente determinados”.

5.- ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA Y SUS RESPECTIVAS EXCEPCIONES

El Tribunal, en atención a lo ordenado en el auto No. 30 del 8 de abril de 2019, en donde se aceptó la renuncia o desistimiento de las pretensiones declarativas cuarta, quinta y sexta, se abstendrá de resolver respecto de ellas.

En lo tocante con las pretensiones novena y la pretensión de condena primera, en virtud de que fueron renunciadas parcialmente, el Tribunal resolverá solamente respecto de las súplicas que mantuvieron vigencia en este proceso.

5.1.- PRETENSIÓN DECLARATIVA PRIMERA, PRETENSIÓN NOVENA PARCIAL, PRETENSIÓN DUODÉCIMA Y PRIMERA DE CONDENNA.

Solicita el consorcio RIBERA ESTE (en adelante la Convocante o el Contratista) que se declare la violación del principio de planeación por parte del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** (en adelante la Convocada, el Departamento o el Contratante) al momento de elaborar los estudios previos definitivos del Contrato de Obra No. 617 de 2013.

Además, solicita que se declare el incumplimiento del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** en el pago, a favor del CONSORCIO RIBERA ESTE, de las obras cuyo pago se solicitó a través de los oficios DA-886-CRE-03-16 del 17 de mayo de 2016 y DA-1681-CRE-01-17 del 18 de abril de 2017, y que consisten, entre otros, en la realización de Estudios y Diseños Nuevos.

En consecuencia, solicita que se condene al **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** al pago de la suma de \$16.461.191.232, en la modalidad de DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE, o lo que se demuestre en el proceso a favor del CONSORCIO RIBERA ESTE por incumplimiento del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** en el no pago de actividades derivadas de la ejecución de obras realizadas. Dentro de esta cifra, se encuentra el concepto de la realización de Estudios y Diseños nuevos, por valor de \$2.372.128.323 o lo que resultare probado en el proceso.

Afirma el Convocante que los Estudios Previos fueron realizados por INVIAS con información registrada en el año 2008. Tales Estudios omitieron las variaciones presentadas en el terreno objeto de la obra con ocasión de las

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

inundaciones ocurridas en los años 2010 y 2011 en el departamento de Magdalena por el fenómeno de "La Niña".

inundaciones ocurridas en los años 2010 y 2011 en el departamento de Magdalena por el fenómeno de “La Niña”.

Señala que “la problemática concerniente a La Niña resulta categórica para efectos del punto que aquí se analiza, toda vez que los Estudios Iniciales del INVIAS no tuvieron en cuenta el referido fenómeno climatológico, ocurrido entre los años 2010 y 2011. Se basaron exclusivamente en información registrada hasta el año 2008. Lo expuesto denota la particular necesidad de elaborar unos estudios nuevos, preparados con información actualizada, si se observa que el principal objetivo del Proyecto era el de evitar inundaciones o morigerar los efectos que pueden derivarse de factores climáticos como el fenómeno de La Niña”²⁰.

Lo anterior conllevó a que, luego de la celebración del Contrato de Obra No. 617 el 4 de octubre de 2013, el contratista advirtiera errores que hacían el Contrato inejecutable con los Estudios aportados por la entidad.

Durante los meses siguientes al inicio de la obra, el Contratista le informó al Convocado, mediante la comunicación RL-114-CRE-03-15, la imposibilidad de desarrollar la obra contratada con los Estudios iniciales. La revisión de los diseños arrojó la necesidad de dar mayor altura a los terraplenes y mayores valores de transporte. Además, se había entregado una lista de 12 canteras, de las que, la única adecuada al momento de la ejecución del Contrato era la denominada “Arroyo de Piedra”, que distaba 90 kilómetros del centro de gravedad del proyecto.

Todas esas inconsistencias en los Estudio iniciales, implicaron la revisión de condiciones hidráulicas, diseño geométrico, y suelos, entre otros, por parte del Contratista, de modo que se pudiera contar con los elementos técnicos necesarios para la viabilidad del proyecto.

El 27 de marzo de 2015 las Partes llevaron a cabo un comité en desarrollo del cual el Contratista explicó las causas que imponían la necesidad de apartarse de los Estudios Iniciales y, en su lugar, ejecutar el proyecto de obra con base en Estudios Nuevos.

Aduce el Convocante que como consecuencia de las fallas en los Estudios Iniciales, el Contratante faltó a su deber de planeación, lo que generó precisamente, la necesidad de Nuevos Estudios que se hacían necesarias mayores cantidades de obra, obras adicionales y Contratos adicionales, en virtud de lo establecido en la cláusula novena del Contrato.

Por su parte, la parte Convocada sustenta su defensa en señalar que la obligación de ajustar los planos y estudios estaba en cabeza del contratista y que de cualquier forma en el Otrosí No.6 las partes acordaron el pago de los montos por ese concepto.

²⁰ Alegatos de Conclusión Consorcio Ribera Este. Pág.33.

5.1.1.- SOBRE EL DEBER DE PLANEACIÓN EN LOS CONTRATOS ESTATALES.

La ley 80 de 1993, en su artículo 23, establece que “Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa”. La consagración de los principios rectores de las actuaciones contractuales de las entidades del Estado, no es excluyente respecto de otros principios y deberes que deben estar presentes en tales actuaciones.

Bajo una óptica general, la jurisprudencia constitucional entendió que *“el principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del Contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos”*²¹.

El deber de planeación, pese a no estar tipificado expresamente en la ley 80 como principio, ha sido reconocido por la jurisprudencia como uno de los principios rectores del Contrato estatal. La lectura de la normatividad legal y constitucional vigente, permite inferir su naturaleza insoslayable en cuanto principio, de modo que *“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 obtener un 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.”*²²

Se ha señalado incluso, que *“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”*²³.

²¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-300 de 2012. Magistrado Ponente José Ignacio Pretelt Chaljub.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 28 de marzo de 2012. Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación No. 73001-23-31-000-1999-00536-01(22471)

²³ *Ibidem*.

Alguna parte de la doctrina²⁴, ha entendido el deber de planeación como desarrollo del principio de economía, consagrado expresamente en el artículo 25 de la ley 80 de 1993. La norma señala, por ejemplo, que “previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del Contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.(...) Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los Contratos que incluyan dentro del objeto el diseño”.

De este modo, se entiende que el principio de economía se desarrolla por el deber de planeación, el cual a su vez incorpora, en consecuencia, la obligación de que las entidades públicas cuenten con estudios previos que hagan factible la viabilidad del objeto del Contrato.

La obligación de las entidades de contar con estudios previos al proceso licitatorio, como componente del deber de planeación, ha sido resaltada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, bajo el entendido de que *“Dentro de esos parámetros, como se acaba de expresar, se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del Contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista.”*²⁵

Algunos autores²⁶ han recordado que la ausencia de los estudios previos, así como su defectuosa realización, pueden dar lugar a la nulidad de los Contratos estatales, ruptura del equilibrio económico, reclamaciones de mayores pagos por la ejecución del Contrato, dificultades en el proceso de selección objetiva del oferente, nulidad de la adjudicación y problemas con la ejecución del Contrato.

No obstante, resulta importante aclarar que si bien son las entidades públicas quienes tienen la obligación de elaborar los estudios previos y de cumplir a cabalidad con el deber de planeación antes de la adjudicación del Contrato, esta carga no le es ajena al oferente y posterior contratista.

²⁴ Carolina Deik Acostamediedo. Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección. Juritextos Ediciones (2019)

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 28 de marzo de 2012. Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación No. 73001-23-31-000-1999-00536-01(22471)

²⁶ Ernesto Matallana Camacho. Manual de Contratación de la Administración Pública: Reforma a la ley 80 de 1993. Ed., Universidad Externado de Colombia (2013).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que *“También resulta pertinente traer a colación para decidir el presente asunto, los razonamientos realizados por la Sección Tercera en el sentido de que los inconvenientes derivados de la inobservancia del principio de planeación por parte del contratista, a quien también le resultan exigibles severas cargas de diligencia, rigor y seriedad a la hora de estructurar las ofertas que presenta ante las entidades estatales, que conducen a deficiencias en la configuración económica*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA

EXPEDIENTE 5358

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que *“También resulta pertinente traer a colación para decidir el presente asunto, los razonamientos realizados por la Sección Tercera en el sentido de que los inconvenientes derivados de la inobservancia del principio de planeación por parte del contratista, a quien también le resultan exigibles severas cargas de diligencia, rigor y seriedad a la hora de estructurar las ofertas que presenta ante las entidades estatales, que conducen a deficiencias en la configuración económica de la propuesta que le privan de obtener las utilidades que esperaba alcanzar como resultado de la ejecución del Contrato, no pueden escudarse tras el ficticio ropaje de desbalances sobrevenidos en la ecuación financiera del negocio, pues*

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que *“También resulta pertinente traer a colación para decidir el presente asunto, los razonamientos realizados por la Sección Tercera en el sentido de que los inconvenientes derivados de la inobservancia del principio de planeación por parte del contratista, a quien también le resultan exigibles severas cargas de diligencia, rigor y seriedad a la hora de estructurar las ofertas que presenta ante las entidades estatales, que conducen a deficiencias en la configuración económica de la propuesta que le privan de obtener las utilidades que esperaba alcanzar como resultado de la ejecución del Contrato, no pueden escudarse tras el ficticio ropaje de desbalances sobrevenidos en la ecuación financiera del negocio, pues en tal tipo de eventos las circunstancias en cuestión debieron haber sido previstas y planificadas por el contratista como experto y conocedor de las artes o actividades en el marco de las cuales ofrece sus servicios a la entidad estatal”²⁷ (Subrayado fuera de texto).*

Ello obedece a la condición que tiene el contratista, de quién se asume, además, que es un experto en el tema del objeto del Contrato, que cumple un rol particular en la labor del Estado respecto de la consecución de sus fines esenciales.

Al respecto, el Consejo de Estado señaló que:

“Es con fundamento en su calidad de experto en el desarrollo de la tarea que se le asigna, que es considerado un verdadero colaborador de la Administración en el cumplimiento de sus fines estatales y no un simple ejecutor material. Lo dicho se traduce en que una vez celebrado el Contrato, el contratista se convierte en una pieza clave y en un aliado fundamental de la entidad para llevar a buen término el proyecto y en razón de ello se espera del particular una actitud proactiva, diligente y eficiente que refleje las aptitudes y habilidades que lo llevaron a ocupar uno de los extremos del Contrato. Bajo esa comprensión su labor no puede restringirse o limitarse a la ejecución de la obra de forma pasiva e inmutable, sin observar en medio de su desarrollo la experiencia y el conocimiento técnico que se le exigen. Menos aún, resulta admisible que se aparte de forma injustificada e irreflexiva de los lineamientos trazados en el pliego de condiciones de los cuales fue pleno conocedor en la etapa precontractual, al punto que le sirvieron de cimiento para estructurar la oferta por el presentada”²⁸.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; Sentencia del 18 de marzo de 2015; Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Radicación: 730012331000200402147 01 (33223), Las partes en ese proceso fueron: demandante: Lucía Martínez Arenas, demandado: Instituto de Financiamiento Promoción y Desarrollo Infibague y el municipio de Ibagué, acción contractual, recurso de apelación.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 8 de noviembre de 2016, radicación: 25000-23-26-000-

Con base en lo anterior, se puede concluir que el deber de planeación ha sido reconocido por la jurisprudencia como un principio de la contratación estatal, en cabeza tanto de la entidad contratante como del contratista, cuyo cumplimiento es fundamental para la debida ejecución de los objetos contractuales.

5.1.2.- SOBRE EL ALCANCE DE LAS MODIFICACIONES HECHAS POR EL CONTRATISTA A LOS ESTUDIOS PREVIOS.

Hecha esta aproximación conceptual al deber de planeación, conviene analizar lo relacionado con las modificaciones hechas por el contratista a los Estudios Iniciales, así como las causas que lo llevaron a realizarlas.

Como señaló el Contratista en la pretensión duodécima, los Estudios Previos no permitían la ejecución adecuada del objeto del Contrato. Se acreditó que tales estudios, realizados por INVIAS y entregados al Contratista por el Contratante, fueron elaborados en el año 2008 y no podían, obviamente, tener en cuenta los estragos producidos por la ola invernal que azotó al **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** en los años 2010 y 2011.

Empero, la entidad advirtió de la posibilidad de que fuera necesario adaptar o modificar los Estudios Previos para la ejecución del Contrato. Ello quedó evidenciado tanto en el Contrato mismo como en el pliego de condiciones. En este último, se le impone de entrada la obligación al futuro contratista de adaptar los planos para la ejecución del Contrato. El pliego, en efecto, estipuló:

“1.5 Modificación y/o Ajuste y/o Unificación y/o Complementación y/o Actualización de Estudios

Si durante esta etapa en la revisión de los estudios y diseños entregados por el DEPARTAMENTO, se hace necesario adaptar y/o adecuar y/o complementar y/o ajustar los estudios y diseños con el fin de asegurar los resultados del Contrato, el Contratista con el aval de la Interventoría, deberán realizar y entregarlas en los plazos que se definan con la Interventoría que no podrán ser superiores a 3 meses contados a partir de la orden de inicio del Contrato, sin perjuicio de trabajar en aquellas zonas en las que habiendo cumplido los aspectos técnicos y ambientales, pueda iniciar las intervenciones previstas ejecutar.”²⁹

2012-00636-01(51192), actor: Prourbanos Cima y Cía S En C, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano, referencia: apelación sentencia - acción de controversias contractuales.

²⁹ Pliegos Definitivos. Licitación Pública LP-DM-07-2012. Contenido en el Cuaderno Principal No. 1. Ruta: 5358, Cuaderno Principal No.1, CD folio 60, Pruebas.

Además, la tabla aportada al expediente³¹ ilustra el hecho de que para los temas de tránsito y estructura de pavimentos se hicieron ajustes, mientras que para hidrología e hidráulica, diseño geométrico, estabilidad de taludes y terraplenes, geología, estructural de obras de drenaje, suelos y fundaciones y señalización y seguridad vial, los estudios tuvieron que hacerse desde el principio.

Queda acreditado que, con ocasión de los estragos causados por la ola invernal, el Contratista tuvo que hacer modificaciones sustanciales a los Estudios iniciales aportados por el Departamento.

Ello es evidente, pues al hacerse los estudios previos en el año 2008 y al haber comenzado la ejecución del Contrato en el año 2015, claramente se hicieron modificaciones a las condiciones técnicas del Contrato, máxime cuando, como ya se mencionó, hubo una ola invernal de las proporciones de la ocurrida en los años 2010 y 2011.

No obstante, es también claro que el Contratista contrajo, tanto en el pliego de condiciones como en el Contrato mismo, la obligación de ajustar los estudios para garantizar la ejecución contractual, sin que se distinguiera si tales cambios debían ser o no sustanciales.

Ello porque, al celebrar el Contrato, asumió la obligación de adecuarlo a las nuevas circunstancias, independientemente de que los cambios variaran esencialmente o no el plan de trabajo, y no estuvieran especificados en el Contrato con tal que ellos estuvieran dentro del objeto del mismo, y sin discriminar tampoco, -lo que se deduce del texto mismo-, si se tratara de meros ajustes o nuevos estudios. Siempre en el entendido, eso sí, que en la medida en que se cumplieran los requisitos formales incluidos tanto en el pliego como en el Contrato, esos cambios deberían ser reconocidos económicamente.

Pero de todos modos, esta situación pone en evidencia la falla de INVIAAS y el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** al no actualizar, como debieron haberlo hecho, los Estudios Previos. Por el contrario, a sabiendas de que los Estudios no servirían para permitir la correcta ejecución contractual, se decidió llevar a cabo la licitación y, posteriormente, la celebración del Contrato.

Esta conducta es, cuando menos, negligente. La falencia en la planeación por parte del Departamento, que pretendió trasladar en un todo sus obligaciones al Contratista, fue determinante respecto de las múltiples dificultades que hubo para la correcta ejecución de la obra.

³¹ Folio 56 del cuaderno de pruebas 3. (Ver alegatos de conclusión de la parte Convocante, pág. 43).

5.1.3.- SOBRE EL DEBER DEL CONTRATISTA EN EL CASO CONCRETO.

No obstante, la clara falla del Departamento frente a su deber de planeación no implica *per se* el reconocimiento de los estudios nuevos al Contratista. También es necesario evaluar la conducta que éste tuvo ante el incumplimiento del deber de planeación, para establecer si hubo de su parte diligencia en relación con la debida ejecución de la obra en los plazos previstos.

Recuerda el Tribunal el hecho de que, si bien los Estudios Previos se realizaron en el año 2008 y no tuvieron obviamente en cuenta las modificaciones en el terreno, producto de la ola invernal de los años 2010 y 2011, el contratista presentó su propuesta el 15 de julio de 2013³².

Tal hecho no puede pasar desapercibido pues, como afirma Dávila³³, la presentación de la propuesta implica la aceptación total e integral de las estipulaciones contenidas en el pliego de condiciones y de las circunstancias de ejecución del Contrato sin condiciones ni reservas.

Ello por cuanto el oferente tiene la posibilidad de presentar las observaciones que considere pertinentes respecto del pliego de condiciones, precisamente para evitar que al adjudicarse el Contrato, éste resulte imposible de ejecutar.

En este sentido, es claro que en el momento de la presentación de la oferta en el año 2013, el Consorcio previó o debió prever que los Estudios Iniciales no eran suficientes por sí solos para ejecutar adecuadamente el Contrato. Debía en consecuencia advertir oportunamente al Departamento de esa situación a lo largo del proceso licitatorio, so pena de asumir él mismo la carga de ajustar los Estudios a la realidad material e, incluso, elaborar totalmente nuevos estudios.

No puede excusarse el Contratista de sus obligaciones frente al deber de planeación por el incumplimiento del Departamento en igual sentido. Máxime cuando transcurrieron casi 2 años desde la presentación de la oferta hasta la primera comunicación que envió sobre las falencias de los Estudios que le habían sido entregados.³⁴

Ese deber del contratista ha sido entendido por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, de modo que *“Se puede afirmar que el principio de planeación en la contratación pública es bifronte, es decir, se traduce en una carga tanto para la*

³² Así quedó consignado en el Acta de Cierre y Recepción de Ofertas de la Licitación Pública LP-DM-07-2012. Contenido en el Cuaderno Principal No. 1. Ruta: 5358, Cuaderno Principal No.1, CD folio 60, Pruebas.

³³ Luis Guillermo Dávila Vinuesa. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Ed., Legis (2016). Pag. 434.

³⁴ Afirma el Convocante que la primera comunicación fue el 27 de enero de 2015. La Comunicación se encuentra en el CD de pruebas de la reforma de la demanda, que obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas 2. Ruta: Actas, comunicaciones y oficios. (Ver Alegatos de Conclusión del Consorcio Ribera Este, pág. 36).

entidad estatal como para el contratista, respecto de aquellos aspectos que compete definir a cada parte. (...) La exigencia de obrar de acuerdo con el principio de planeación se predica en la formación del Contrato y, de la misma forma, en la negociación de sus modificaciones y adiciones.”³⁵

Ha sido una posición que el Consejo de Estado ha venido sosteniendo desde tiempo atrás, puesto que ha entendido que “*Dentro del marco de la colaboración que compete al contratista³⁶, se encuentra igualmente sometido a respetar el principio de planeación, es decir, el contratista tiene la carga de analizar la suficiencia y consistencia de los estudios previos y de los precios presupuestados, en orden a definir su participación en la licitación y el contenido de su oferta; se entiende que es una carga, en el sentido de que el contratista no podrá desconocer los términos y condiciones que aceptó y mucho menos aquellos que negoció con la entidad pública*”³⁷.

Y aún en fecha anterior al inicio de la ejecución del Contrato, ya la jurisprudencia había sido clara y terminante:

“ Finalmente, no debe olvidarse que a las voces del inciso 2° del artículo 3° de la Ley 80 de 1993 los particulares “tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar Contratos con las entidades estatales que...³⁸ colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones” y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de Contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse.

Mucho menos podrán pretender los contratistas, en este último caso, el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos.

Corolario de lo que hasta aquí se ha expresado es que si, por

³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 8 de mayo de 2019. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

³⁶ Artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 8 de noviembre de 2016, radicación: 25000-23-26-000-2012-00636-01(51192), actor: Prouurbanos Cima y Cía S En C, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano, referencia: apelación sentencia - acción de controversias contractuales.

³⁸ El aparte omitido de este inciso fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. (Nota en la sentencia).

ejemplo, una entidad estatal celebra un Contrato para ejecutar una obra pública en un lapso de tiempo muy corto (v/ gr. 60 días) y al momento de la celebración del negocio ni siquiera ha entrado en negociaciones con los propietarios de los terrenos sobre los cuales la obra se va a hacer, ni ha adelantado diligencia alguna para su adquisición, es obvio que en ese Contrato se faltó al principio de planeación de tal manera que desde ese instante ya es evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse en el tiempo acordado y por consiguiente infringen la ley no sólo la entidad estatal sino también el contratista al celebrar un Contrato con serias fallas de planeación puesto que todo indica que el objeto contractual no podrá realizarse”³⁹.

El contratista presentó una oferta y celebró un Contrato, aceptó los términos propuestos por el Departamento sin ninguna observación u objeción al respecto en el proceso licitatorio. Incluso, admitió su obligación contractual de ajustar y actualizar los Estudios Previos, lo que indica que pudo prever el alcance de tales modificaciones, incluso si eran sustanciales para la ejecución del proyecto, pero resolvió asumirlas sin ningún reparo expreso.

En suma, como se ha venido mencionando, el rol del Contratista frente al deber de planeación no es pasivo, sino que el ordenamiento jurídico le impone la carga de presentar las observaciones pertinentes al pliego definitivo. El incumplimiento de esa carga genera como consecuencia que el Contratista asuma los riesgos que debió prever frente a la planeación del Contrato, tales como la elaboración de Estudios Nuevos.

Lo anterior se fundamenta aún más en el entendido de que el Contratista tiene la condición de experto⁴⁰, de modo que cuenta con los suficientes elementos técnicos para prever las modificaciones necesarias a los Estudios Previos presentados por el Contratante.

5.1.4.- SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA FRENTE A LOS ESTUDIOS PREVIOS.

Hechas las observaciones pertinentes sobre el deber de planeación como principio, el alcance de las modificaciones hechas a los Estudios por parte del Contratista y su deber de planeación en el caso concreto, pasa el Tribunal a determinar la responsabilidad del Contratista frente a estos Estudios.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 24 abril de 2.013, radicación: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315), Demandante: Jairo Osina Cano. Demandada: Área Metropolitana de Bucaramanga. C.P. Jaime Orlando Santofimio.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 8 de noviembre de 2016, radicación: 25000-23-26-000-2012-00636-01(51192), actor: Prouurbanos Cima y Cía S En C, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano, referencia: apelación sentencia - acción de controversias contractuales.

Como se ha afirmado, el Tribunal entiende que la falta del deber de planeación no implica necesariamente que el Departamento deba reconocer las modificaciones hechas por el Contratista, aun tratándose de cambios sustanciales.

Ahondando en este punto, el hecho de que solo en el año 2015, dos años después de la presentación de la oferta, el Consorcio hubiese comunicado al Departamento las falencias de los Estudios y de la necesidad de Nuevos Estudios, no le exime de su responsabilidad sino, por el contrario, la confirma.

El Contratista era consciente de que el Contrato era inejecutable, puesto que lo primero que hizo después del Acta de Reinicio de la obra⁴¹, fue tratar de concertar unos Nuevos Estudios⁴².

Caso muy distinto hubiera sido si el Contratista, en observancia de su deber de planeación, hubiese advertido oportunamente al Departamento de que los Estudios Previos no servirían para ejecutar el Contrato. La necesidad de modificar los Estudios no emana de hechos posteriores y sobrevinientes a la celebración del Contrato, sino de hechos incluso anteriores a la presentación de la propuesta y perfectamente previsibles para el contratista.

5.1.5.- PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES

En razón de lo expuesto, procede el Tribunal a pronunciarse sobre las pretensiones PRIMERA DECLARATIVA, NOVENA DECLARATIVA, DUODÉCIMA DECLARATIVA Y PRIMERA DE CONDENA.

En primer lugar, ACCEDE el Tribunal a la PRETENSIÓN PRIMERA DECLARATIVA, puesto que en efecto el DEPARTAMENTO DEL MAGADALENA violó el principio de planeación al haber llevado a cabo el proceso licitatorio y la adjudicación del Contrato de Obra No.617 de 2013, con estudios previos desactualizados que afectaron la ejecución del Contrato.

No obstante, se RECHAZAN las pretensiones NOVENA DECLARATIVA (en su primer ítem) y PRIMERA DE CONDENA (en su primer ítem también), puesto que el CONTRATISTA debió prever las inconsistencias de los estudios previos y advertirlos oportunamente, lo que imposibilita al Tribunal declarar el incumplimiento del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** en el pago de tales estudios.

⁴¹ Ello se evidencia con el Acta de Reinicio del Contrato, con fecha del 29 de diciembre de 2014. Contenido en el Cuaderno Principal No. 1. Ruta: 5358, Cuaderno Principal No.1, CD folio 60, Pruebas.

⁴² El 27 de enero de 2015, casi un mes después del acta de reinicio, se presentó la Comunicación RL-114-CRE-03-15, que se encuentra en el CD de pruebas de la reforma de la demanda, que obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas 2. Ruta: Actas, comunicaciones y oficios. (Ver Alegatos de Conclusión del Consorcio Ribera Este, pág. 36).

En relación con la pretensión DUODÉCIMA declarativa, ella se rechaza porque no obstante ser cierto que los estudios estaban desactualizados, para la ejecución del Contrato, el CONTRATISTA asumió la obligación de actualizarlos mediante la realización de los estudios necesarios para ello sin consideración a su carácter, siempre que se relacionaran con el objeto del Contrato.

El Tribunal encuentra además que, al margen de la declaratoria de la violación del principio de Planeación en los términos de la pretensión PRIMERA DECLARATIVA DE LA DEMANDA, resulta IMPROCEDENTE la declaratoria del primer ítem de la pretensión PRIMERA DE CONDENA, referida al reconocimiento del pago, por concepto de lucro cesante, de la realización de Estudios y Diseños nuevos, por un valor de \$2.372.128.323.

5.2.- PRETENSIONES DECLARATIVAS SEGUNDA Y TERCERA

5.2.1.- SOBRE LA PRETENSION SEGUNDA

En esta se solicita que se declare el incumplimiento por parte del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** del Contrato de Obra No. 617 de 2013, producto de:

- La mora de ocho (8) meses – de febrero de 2017 a septiembre de ese año-, previa a la suscripción del Otrosí No. 6 del 25 de septiembre de 2017, por el no pago de las actas parciales de obra.
- La mora de dos (2) meses adicionales en el giro de los recursos necesarios para la ejecución del objeto contractual, después de suscrito el Otrosí No. 6 del 25 de septiembre de 2017, entendiéndose por ello, las sumas adeudadas por las actas correspondientes a los meses acumulados desde febrero de 2017, de conformidad con lo pactado en la cláusula cuarta de ese acuerdo.
- La mora en la reprogramación No. 5 al “Programa Inversiones”.

5.2.2.- DE LAS CONDICIONES PARA LOS PAGOS.

Sobre el particular se tiene que el 25 de septiembre de 2017 las Partes suscribieron el “OTRO SI MODIFICATORIO No. 6, AL CONTRATO” de obra No. 617 de 2013 “*para modificar en el algunas apartes*” dicho Contrato.

Ese Otrosí obedeció a “*los acuerdos contenidos en el Acta suscrita en la Mesa de Trabajo llevada a cabo el día 12 de septiembre de 2017 en la ciudad de Bogotá en las dependencias del cofinanciador INVIAS, donde se fijaron en conjunto las bases del acuerdo de regularización*” que se consignó en aquél, las cuales se consignan en seis puntos a manera de parte considerativa, y en 9 cláusulas que especifican el Acuerdo.

En lo que concierne a las pretensiones bajo examen, conviene atender los siguientes puntos o considerandos del Acuerdo:

- Se ajustó el alcance y valor del Contrato en razón de excluir las variantes de Palermo y Sitio Nuevo, y la pavimentación de tres tramos (1B, 2A y el de Sitio Nuevo-Remolino- Guáimaro) (punto 1).
- Se acordó la suma de **\$ 322.158.433.217.00** como valor total a ejecutar por parte del CONSORCIO RIBERA ESTE con cargo al Contrato Derivado No. 617 de 4 de octubre de 2013, con ocasión del ajuste mencionado (Punto 2).
- Ese valor incluyó las cantidades de obras a ejecutar de acuerdo con los Diseños Definitivos, como también actividades ya ejecutadas y aprobadas por la interventoría, e ítems y provisiones contractuales definidas (punto 2).
- Una vez INVIAS reciba el documento del Otrosí y se suscriba la modificación del Convenio 649 de 2013, se realizarán los trámites previos para el giro de los recursos vigencia 2016 (punto 4).

De lo pactado en las cláusulas, resulta de interés para la pretensión bajo examen los siguientes tópicos:

- Como alcance del Contrato se ejecutará el mejoramiento del tramo comprendido entre Palermo y Sitionuevo y la construcción del Puente Caño Clarín, cuyas cantidades están definidas en el Acta de Modificación y nuevo programa de obra e inversiones, que hace parte del Otro Si (Cláusula primera).
- Se modifica el plazo de ejecución del Contrato, prorrogándose hasta el 15 de julio de 2018, y en función de ello se ajustará el programa de obra e inversiones, previo concepto del Interventor y siempre que las partes así lo convengan. (Cláusula Segunda).
- Se ajusta el valor del Contrato para todos los efectos a un monto de **\$ 322.158.433.217.00**, valor que incluye las cantidades de obra a ejecutar según los diseños definitivos, las actividades ya ejecutadas y aprobadas por la interventoría, e ítems y provisiones contractuales definidas (Cláusula Tercera).
- Las obligaciones contenidas en el modificatorio el Contratista las cumplirá en la medida en el que el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** disponga de los recursos que permitan financiar la ejecución del nuevo alcance del Contrato, y éste a su vez produzca el respectivo pago de las facturas vencidas y adeudadas por actas de recibo parcial de obras, respecto de las cuales el Contratista no realizará ninguna reclamación económica sobre el particular (Cláusula cuarta).
- El Contratista conviene en no realizar reclamación alguna tendiente a nuevos y/o mayores valores derivados de la ejecución de las obras, estudios y diseños de las Variantes de Palermo y Sitio Nuevo, la ejecución de las obras del denominado tramo 2A y la ejecución de las obras, estudios y diseños del tramo Sitio Nuevo-Remolino-Guáimaro, y la pavimentación del tramo 1B; lo anterior sin afectar lo pactado en la cláusula Vigésimo Segunda del Contrato primigenio (cláusula Sexta).
- Continúan vigentes todas las estipulaciones del Contrato primigenio que no han sido modificadas ni contrarias al referido Otro si (cláusula novena).

5.2.3.- DE LAS RAZONES DE LA PRETENSIÓN

Si bien en los hechos de la demanda no se precisan las actas de obras parciales que estuvieran pendientes de pago a la fecha del Otro sí No. 6 de 25 de septiembre de 2017, en el hecho 40 de la misma se afirma que “Según los Oficios DA-1890-CRE-03 del 4 de octubre de 2017, RL-1847, RL-1677-CRE-01-17 del 17 de abril de 2017, DA.1799, DA-1702 del 27 de abril de 2017, DA-1755 del 24 de mayo de 2017, RL-1762 de 1 de junio de 2017, DA-1809 del 4 de julio de 2017, DA-1824 de 27 de julio de 2017, RL-1647 de abril 5 de 2017, y que se le informó al **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** el incumplimiento al contratista en el giro de los recursos, lo que situó al CONSORCIO RIBERA ESTE en una posición de insolvencia económica en el Contrato y de disminución del ritmo de la ejecución de la obra.

A su turno, en el punto 20 del acápite de pruebas se invocan las actas de recibo parcial de obras Nos. 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 y 35 para demostrar “*que el CONSORCIO RIBERA ESTE se mantuvo ejecutando obras a pesar de no recibir el pago por parte del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA.*”

Igualmente, en el numeral 3.1 del capítulo IV, Fundamentos de Derecho, se sostiene que el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** incurrió en mora en el pago de las facturas 49, 48, 53 y 54, que ascendían a \$ 18.729.259.544.15, “*tal y como quedó consignado y acreditado en la Cláusula Cuarta del Otrosí No 6, suscrito el 25 de septiembre de 2017.*”

En los alegatos de conclusión, la Convocante pone de presente “*que durante la ejecución del Contrato 617, entre los meses de marzo a julio de 2017, el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA se abstuvo de pagar oportunamente al Consorcio las contraprestaciones debidas con base en las actas parciales de la Obra*”, las cuales identifica como las actas 22 a 35 (punto 12 del numeral 1 del PREAMBULO).

5.2.4.- DE LAS RAZONES DE LA DEFENSA

Por su parte, la Convocada, que en la contestación de la demanda se opone a todas las pretensiones, aduce que en virtud de lo acordado en la cláusula cuarta del referido otrosí, ninguna de las partes se encontraba en mora de sus obligaciones si el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** no contaba con los recursos que permitieran financiar la ejecución del Contrato, recursos que provienen de terceros a saber, el Departamento de Planeación Nacional y del INVIAS; argumento que reitera en los alegatos de conclusión.

5.2.5.- DEL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público es del mismo sentir al plantear en su vista que esa reclamación no puede ser resuelta en esta instancia en la medida en que respecto de ellas no se dejó salvedad alguna en el Otrosí o modificadorio 6 de 25 de septiembre de 2017, y según éste la obligación de pagar y girar recursos estaba sometida a condición, “*a disponibilidad en caja*” y “*a que el departamento dispusiera de los recursos*”, respectivamente, la que no se probó – el cumplimiento de la obligación.

5.2.6.- DE LO ACREDITADO EN EL PLENARIO

El Tribunal encuentra que pese a la redacción del texto, es fácil inferir que las partes incluyeron en la cláusula cuarta del aludido Otrosí 6, de 25 de septiembre de 2017, una condición suspensiva de sus correspondientes obligaciones, constituida por la circunstancia de que el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** no dispusiera de los recursos que permitieran financiar la ejecución del nuevo alcance del Contrato, de suerte que ambas quedaban liberadas de sus obligaciones mientras no se diese tal disposición de recursos, lo que obviamente conduciría a que el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** no estaría obligado a hacer el respectivo pago de las facturas vencidas y adeudadas por actas de recibo parcial de obras, y a que el Contratista no estaría obligado a cumplir con las actividades pendientes de ejecutar.

Esa cláusula no es una novedad en la relación contractual del sub lite en cuanto al pago de las facturas por actas parciales de obra, puesto que desde el texto inicial del Contrato se incluyó una estipulación similar, en tanto en el PARAGRAFO SEGUNDO de la CLAUSULA SEPTIMA se estableció:

“PARAGRAFO SEGUNDO: Dado que los pagos a realizar comprometen recursos de vigencias futuras del DEPARTAMENTO y de la Nación-Instituto Nacional de Vías, los pagos estarán sujetos a su disponibilidad en caja y de acuerdo a los desembolsos realizados por la Nación en cada vigencia fiscal y hasta los saldos disponibles de estos, de acuerdo al ejercicio financiero del proyecto, a la causación y trámite presupuestal y de tesorería...”

Así las cosas, por virtud de la Cláusula Sexta del Otrosí No. 6, el Contratista debía cumplir las obligaciones contenidas en el acuerdo modificadorio solo si, o en la medida en que el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** dispusiera de los mencionados recursos y se le pagaran las facturas vencidas y adeudadas por actas de recibo parcial de obras ya ejecutadas y aprobadas por la Interventoría, al igual que podría reclamar económicamente sobre tales facturas si no les fueren pagadas.

A su turno, el Departamento solo debía cumplir sus obligaciones con el Contratista en la misma circunstancia.

Por consiguiente, el incumplimiento o la mora de una u otra de las partes solo podía darse a partir del momento en que el Departamento dispusiera de esos recursos, lo cual, por ser un hecho positivo debe ser demostrado.

En este caso la Convocante no ha acreditado ese evento para la época que aquí interesa, es decir, que el Departamento hubiera tenido acceso a los susodichos recursos durante el lapso que aduce como sustento de la mora o el incumplimiento que reclama.

En lugar de ello, en el hecho 16 de la demanda inicial relata lo contrario, al decir que *“el INVIAS no cumplió con el giro de los recursos a su cargo al DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA para que se pagasen los valores ejecutados y contenidos en actas desde el mes de enero de 2017. A su vez, el Departamento Nacional de Planeación- Sistema General de Regalías, ha determinado la suspensión de los recursos al DEPARTAMENTO DEL*

MAGDALENA, lo que pone al contratista en una posición de incumplimiento del Contrato”.

Cierto es que todo Contrato es obligatorio para las partes y que por ende se celebran para cumplirse, pero también lo es que las partes son libres para fijar de mutuo acuerdo las condiciones para su ejecución, y fue lo que se hizo en este caso con la cláusula sexta del Otrosí 6, concordante con el SEGUNDO PARAGRAFO de la CLAUSULA SEPTIMA del Contrato, la cual se explica justamente por las circunstancias muy particulares o *sui generi* de la estructuración en todos sus aspectos del Contrato de obra 617 de 2013, según se aprecia en la reseña del objeto de esta providencia, en razón de lo cual una entidad es la Contratante y otras son las financiadoras del Proyecto.

Además de la condición suspensiva en comento, en la Cláusula Sexta se pactó una purga mutua de la mora, al estipularse que el Contratista no realizará ninguna reclamación económica sobre las facturas vencidas y adeudadas por actas de recibo parcial de obras.

Luego, tal como se afirma en la contestación de la demanda, ninguna de las partes se encontraba en mora de sus obligaciones si el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA no contaba con los recursos que permitieran financiar la ejecución del Contrato.

En cuanto hace a la mora en la reprogramación No. 5 al “Programa Inversiones” que se predica en esta pretensión, el Tribunal observa que ella se hace consistir en la renuencia de la Interventoría en la aprobación de esa programación, pese a haber sido **acordada con el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, en desarrollo del Otrosí 6 (folio 45 del libelo demandatorio corregido-negrillas son del Tribunal), sin que se le atribuya al Departamento determinada conducta que constituya un específico incumplimiento, menos cuando no se trata de una obligación unilateral en cabeza suya, sino una actividad conjunta entre las partes, que por lo demás fue realizada de mutuo acuerdo, tal como se previó en la CLÁUSULA SEGUNDA del Otrosí y lo expresa la propia Convocante.

Por consiguiente, no hubo tal incumplimiento solicitado en esta segunda pretensión, de allí que el Tribunal la denegará.

5.2.7.- SOBRE LA TERCERA PRETENSION DECLARATIVA.

En esta la accionante pide que con base en la declaratoria de incumplimiento solicitada en la pretensión antes examinada, se declare configurada a favor del CONSORCIO RIBERA ESTE la excepción de Contrato no cumplido en el Contrato de Obra No. 617 de 2013.

Como quiera que la pretensión segunda, de la cual se quiere hacer derivar esta tercera pretensión declarativa, no prosperó, de suyo o por la misma relación causal en que se sustenta, ésta queda sujeta a igual suerte de aquélla, huérfana de todo mérito para prosperar, ante lo cual resulta irrelevante e innecesario cualquier otra consideración, de allí que también se denegará sin más precisiones sobre la misma.

5.3.- PRETENSIONES DECLARATIVA SÉPTIMA PRINCIPAL, SÉPTIMA SUBSIDIARIA Y SEGUNDA DE CONDENA.

Se solicita en esta pretensión que *“se declare que hubo incumplimiento del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA en cuanto a las mayores distancias de transporte de material, según lo dispuesto en el Contrato 617 de 2013”*.

Con el propósito de precisar el alcance y contenido de la pretensión *sub examine*, el Tribunal comenzará por traer a colación un pasaje de los alegatos de conclusión presentados por la parte Convocante. Así, bajo el título de *“QUINTO INCUMPLIMIENTO: EL DESCONOCIMIENTO DE LAS MAYORES CANTIDADES DE TRANSPORTE”*⁴³, el apoderado del Consorcio Ribera Este expuso:

*“Resulta necesario precisar que el presente punto de la reclamación se refiere únicamente al tramo fluvial del transporte multimodal (terrestre — fluvial) desde la cantera Buenavista II, ubicada en municipio de Arroyo Hondo, Departamento de Bolívar (en adelante 'Buenavista II'). En el transporte proveniente de las canteras La Unión (Arroyo de Piedra - Luruaco, Atlántico), la Fontana (Tubará, Atlántico) y Rancho Alegre (Sabanalarga, Atlántico) no forman parte del ítem reclamado ante el Tribunal de Arbitramento. Tampoco forma parte de la reclamación el tramo exclusivamente terrestre del transporte desde Buenavista II”*⁴⁴.

Con relación a las cantidades de transporte fluvial de materiales provenientes de la cantera *“Buenavista II”*, el apoderado de la parte Convocante precisa con mayor detalle:

*“... La Convocada, contrario a lo pactado en el Contrato, ha cancelado las cantidades de transporte fluvial desde la cantera Buenavista II a la tarifa global de metros cúbicos por cuarenta kilómetros (M3/40Km) y hasta la concurrencia del valor presupuestado. Lo anterior no obstante estar demostrado que la distancia real desde la referida cantera hasta la zona del Proyecto es de setenta kilómetros (70 Km)”*⁴⁵.

Asimismo, el Tribunal precisa que al momento de la presentación de la Reforma de la Demanda el Contrato obra pública número 617 de 2013 se encontraba en ejecución, así, resulta necesario establecer el alcance temporal de esta pretensión, con relación a las actas parciales de obra. En este sentido, se anota que hay falta claridad a este respecto en el texto de la Reforma de la Demanda, ya que en el cuadro contenido en la página 12 de la misma se establece que por concepto de transporte de material fluvial hay una cantidad reconocida en actas de dos millones novecientos ochenta y cinco mil seiscientos treinta y siete metros cúbicos kilómetros (2.985.637 m³/km), pero en los alegatos de

⁴³ Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 74.

⁴⁴ Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 74.

⁴⁵ Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 74.

conclusión, en la página 78, se señala por la Convocante que el transporte aprobado en la fecha de la presentación de la Reforma de la Demanda fue de tres millones setecientos ochenta y un mil seiscientos ochenta y siete metros cúbicos kilómetros (3.781.687 m³/km), que corresponden al acta de recibo parcial de obra número 35 (la última acta de recibo parcial de obra aportada por el demandante). Luego, el estudio de esta pretensión se hará con la fecha de corte correspondiente al acta de recibo parcial número 35.

Con fundamento en lo anterior, se establece con claridad que el objeto de la pretensión bajo estudio es que se declare el incumplimiento de la obligación contractual en cabeza de la Convocada de pagar las cantidades de transporte fluvial de materiales provenientes de la cantera "Buenvista II", ya que el Consorcio Ribera Este esgrime haber recibido el pago correspondiente a cuarenta kilómetros (40 Km) de transporte fluvial de materiales, siendo que el tramo realmente transportado fue de setenta kilómetros (70 Km).

El problema jurídico que subyace del *petitum* es: ¿Hubo un incumplimiento por parte del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** originado por ejecutar su obligación de pagar las cantidades del ítem de transporte de material fluvial en forma parcial, pues el Consorcio Ribera Este reclama que el tramo fluvial del transporte multimodal respecto de la cantera *Buenvista II* al centro de gravedad de la obra fue de setenta kilómetros (70 Km), pero lo que se pagó fueron cuarenta kilómetros (40 Km)?

La solución de este problema jurídico supone dos aspectos: uno, que se analicen los requisitos expuestos para la configuración de un incumplimiento contractual y, dos, que se indague si se observaron los requisitos de oportunidad y forma para reclamar un incumplimiento contractual, como se expuso en las consideraciones ya expuestas.

En primer lugar, se procede a indagar el contenido del Contrato de obra pública número 617 de 2013, con el propósito de establecer las obligaciones en cabeza de la parte Convocada, con particular enfoque en la obligación de pago respecto del ítem de transporte de material fluvial.

Quedó probado que el cuatro (4) de octubre de 2013, entre el Consorcio Ribera Este y el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** se celebró el Contrato de obra pública número 617 de 2013⁴⁶, cuyo objeto, de conformidad con su cláusula primera, es el: "*MEJORAMIENTO DE LA VÍA PALERMO - SITTONUEVO - REMOLINO - GUIAMARO, EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, cuyas*

⁴⁶ El Contrato de Obra Pública No. 617 obra a folios 21-31 y 290-299 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Además, también se encuentra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocada en su Contestación a la Reforma de la Demanda, cd que obra a folio 266 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: CD anexos contestación reforma demanda/3. Contrato 617 de 2013/Contrato 617 de 2013.

cantidades de obra y precios unitario se encuentran en cuadro inserto a este Contrato en la cláusula QUINTA".

La cláusula quinta de dicho Contrato es la relativa a su valor, que inicialmente fue la suma de cuatrocientos treinta y dos mil diez millones ciento setenta y ocho mil setecientos cincuenta y siete pesos con 42 cvs (432.010.178.757,42), incluido A.I.U., bajo la modalidad de precios unitarios.

La misma cláusula quinta, en efecto, contiene un "*cuadro de ítems y cantidades*", que incluye 72 ítems identificados y determinados con cantidades y precios unitarios. Se observa que dentro de este cuadro no está el ítem correspondiente al *transporte de material fluvial*, ya que este fue agregado con posterioridad.

Vale señalar que el ítem correspondiente al *transporte de material fluvial* fue incorporado por las partes, durante la fase de ejecución contractual, estando facultadas por el parágrafo primero de la cláusula primera y la cláusula novena del Contrato.

Así, en el parágrafo primero de la ya mencionada cláusula primera del Contrato, correspondiente al "*ALCANCE DEL OBJETO CONTRACTUAL*", se dispuso: "*EL CONTRATISTA se obliga para con el DEPARTAMENTO a ejecutar la obra señalada e indicada en la presente cláusula. Para lo anterior, deberá administrar y dirigir el desarrollo del mismo bajo su responsabilidad administrativa, técnica y económica para lo cual suministrará directa o indirectamente los medios, materiales, equipos y personal necesario a precios del mercado, financiando las obras con sus recursos, para tal efecto, tendrá en cuenta los desembolsos programados y las cantidades de obras, estas cantidades son aproximadas y están calculadas por la entidad según los planos, diseños e información técnica entregada por el INVIAS en los Contratos No. 3434 de 2008 y 1873 de 2007, suministrados como soporte para la LP-DM-07-2012. Por lo tanto se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra y sus variaciones no viciarán ni invalidarán este Contrato y el contratista las asume como parte integral del proyecto, el cual está obligado a desarrollar en su totalidad, sin perjuicio de los reconocimientos económicos a que haya lugar o a los acuerdos sobre precios, obras e ítems*".

Sobre las "*MAYORES CANTIDADES, OBRAS ADICIONALES Y CONTRATOS ADICIONALES*", la cláusula novena del Contrato establece:

"Salvo lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, artículo 16, sobre modificación unilateral, cuando haya necesidad de introducir modificaciones en el diseño, planos o especificaciones que varíen esencialmente el plan de trabajo o se pacten mayores cantidades de obra o la ejecución de obras no especificadas en el Contrato pero comprendidas en su objeto, que hagan necesario modificar el plazo o el valor convenido, se suscribirá una acta modificativa

y/o otro si y/o un Contrato adicional. En este último caso su valor no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada, expresada ésta en salarios mínimos legales mensuales. Los Contratos adicionales relacionados con el valor y el plazo quedarán perfeccionados una vez suscritos estos y requieren para su ejecución el registro presupuestal, cuando se trate de adiciones en valor; y la aprobación de la adición y/o prórroga de la garantía única de cumplimiento. Cuando se trate de Contratos adicionales para modificar el valor por la inclusión de ítems u obras nuevas o complementarias, todas ellas referidas al mismo objeto o al mismo alcance de este, se establecerán de común acuerdo entre las partes, tomando como base para su análisis las condiciones generales del mercado al momento de pactarse el Contrato adicional, ello con el fin de mantener el equilibrio económico del mismo, tanto para tarifas, rendimientos, precios de materiales, jornales, costos directos, etc. Será requisito indispensable para que pueda iniciarse la ejecución del Contrato adicional, su perfeccionamiento, adición y/o prórroga de la garantía única y aprobación de la misma y además: el pago de los impuestos respectivos. Las mayores cantidades se reflejarán en acta modificativa que contará con apropiación presupuestal si la sumatoria total sobrepasa el valor provisionado para el Contrato".

De esta manera, obran dentro del plenario las Actas de Modificación No. 4, No. 5 y No. 6 y las actas de recibo parcial de obra números 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 36, que dan plena fe de la incorporación del ítem de transporte de material fluvial por las partes.

El Acta de Modificación No. 4 tuvo lugar el tres (3) de agosto de dos mil dieciséis (2016)⁴⁷, en ella que se señaló como "*Causales de la modificación: se presentan mayores y menores cantidades de obra debido a ajustes en los diseños y cantidades del transporte terrestre y transporte de material fluvial*". Asimismo, dentro de esta Acta de Modificación se observa ya incorporado el ítem correspondiente a: "*Transporte de material fluvial*", que consta bajo el No. de orden 77 y al que se le asignan algunos factores, como los relativos a cantidades y valor unitario. Lo propio sucede con las Actas de Modificación

⁴⁷ Acta de Modificación No. 4 del tres (3) de agosto de 2016. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Actas, comunicaciones, oficios/28. ACTA MODIFICATIVA No. 4.

No. 5⁴⁸ y No. 6⁴⁹, en las que está incluido el ítem de transporte de material fluvial.

También en las actas de recibo parcial de obra números 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 36 está comprendido el ítem de transporte de material fluvial bajo el No. de orden 77.

En lo atinente a las obligaciones que se derivan del Contrato para el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, el Contrato prevé en su cláusula cuarta que: *"Se constituyen en obligaciones específicas del contratante las siguientes: 1). Conceder los permisos y autorizaciones que se requieran para la correcta y adecuada ejecución de las obras. 2). Pagar cumplidamente cada acta por avance de obra. 3). Expedir las apropiaciones y reservas presupuestales requeridas para la ejecución del Contrato, y en cada anualidad, de acuerdo a la autorización de vigencias futuras, expedir en la respectiva vigencia la apropiación correspondiente, tanto de los recursos de la Nación como los propios. 4) Apoyar en los diferentes aspectos institucionales que se requieran".* Además, con relación a la obligación de pago en cabeza del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, la cláusula séptima del Contrato señala que: *"EL DEPARTAMENTO pagará al contratista mediante: a) un pago anticipado del 15% del valor ofertado, para cuyo desembolso el CONTRATISTA, debe instruir la cuenta a la cual se girará previo cumplimiento de los requisitos de legalización del Contrato y aprobación de garantías. b) Pagos parciales por avance de obra, según actas de recibo parcial refrendadas por el Contratista y el Interventor, acompañadas del programa de Trabajo e Inversiones aprobado por el mismo y del pago de los aportes a seguridad social y parafiscales del personal vinculado laboralmente con el contratista y del periodo correspondiente. Para el pago final, se deberá presentar el acta de recibo definitivo del Contrato, con recibo a satisfacción por parte del DEPARTAMENTO".*

Con fundamento en las pruebas analizadas anteriormente, se encuentra que sí existe para el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA la obligación contractual de pagarle al Consorcio Ribera Este el ítem *"transporte de material fluvial"*, en razón de los metros cúbicos kilómetros (M3/Km) de materiales efectivamente transportados multiplicados por el valor unitario previsto en las actas.

⁴⁸ Acta de Modificación No. 5 del treinta y uno (31) de octubre de 2016. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pruebas #2/Prueba #7/Acta Modificativa No. 5.

⁴⁹ Acta de Modificación No. 6. del primero (01) de octubre de 2017. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Multa/ACTA MODIFICATIVA No. 6.

Una vez esclarecida la existencia de la anterior obligación, corresponde determinar si esta se incumplió por parte del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**.

Como ya se había indicado, la forma de pago estipulada en el Contrato de obra pública número 617 de 2013 era: "*Pagos parciales por avance de obra, según actas de recibo parcial refrendadas por el Contratista y el Interventor*", de conformidad con los precios unitarios establecidos y las cantidades de obra efectivamente ejecutadas.

En el *sub lite* obran las actas de recibo parcial de obra números 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 36, que serán analizadas en orden a resolver el incumplimiento *sub examine*.

El seis (6) de abril del dos mil diecisiete (2017), se suscribió el Acta de Recibo Parcial de Obra No. 23, en la que se incluyó el ítem 77: "*transporte de material fluvial*"⁵⁰.

El tres (3) de mayo del dos mil diecisiete (2017), se suscribió el Acta de Recibo Parcial de Obra No. 24, en la que se incluyó el ítem 77: "*transporte de material fluvial*"⁵¹.

El tres (3) de junio del dos mil diecisiete (2017), se suscribió el Acta de Recibo Parcial de Obra No. 25, en la que se incluyó el ítem 77: "*transporte de material fluvial*"⁵².

El tres (3) de julio del dos mil diecisiete (2017), se suscribió el Acta de Recibo Parcial de Obra No. 26, en la que se incluyó el ítem 77: "*transporte de material fluvial*"⁵³.

⁵⁰ Acta de Recibo Parcial de Obra No. 23. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pruebas #1/20-PRUEBAS/ACTA 23.

⁵¹ Acta de Recibo Parcial de Obra No. 24. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pruebas #1/20-PRUEBAS/ACTA 24.

⁵² Acta de Recibo Parcial de Obra No. 25. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pruebas #1/20-PRUEBAS/ACTA 25.

⁵³ Acta de Recibo Parcial de Obra No. 26. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pruebas #1/20-PRUEBAS/ACTA 26.

El cuatro (4) de agosto del dos mil diecisiete (2017), se suscribió el Acta de Recibo Parcial de Obra No. 27, en la que se incluyó el *ítem 77: "transporte de material fluvial"*⁵⁴.

El cuatro (4) de septiembre del dos mil diecisiete (2017), se suscribió el Acta de Recibo Parcial de Obra No. 28, en la que se incluyó el *ítem 77: "transporte de material fluvial"*⁵⁵.

El dos (2) de octubre del dos mil diecisiete (2017), se suscribió el Acta de Recibo Parcial de Obra No. 29, en la que se incluyó el *ítem 77: "transporte de material fluvial"*⁵⁶.

El seis (6) de noviembre del dos mil diecisiete (2017), se suscribió el Acta de Recibo Parcial de Obra No. 30, en la que se incluyó el *ítem 77: "transporte de material fluvial"*⁵⁷.

El cinco (5) de diciembre del dos mil diecisiete (2017), se suscribió el Acta de Recibo Parcial de Obra No. 31, en la que se incluyó el *ítem 77: "transporte de material fluvial"*⁵⁸.

El veintidós (22) de enero del dos mil dieciocho (2018), se suscribió el Acta de Recibo Parcial de Obra No. 32, en la que se incluyó el *ítem 77: "transporte de material fluvial"*⁵⁹.

⁵⁴ Acta de Recibo Parcial de Obra No. 27. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pruebas #1/20-PRUEBAS/ACTA 27.

⁵⁵ Acta de Recibo Parcial de Obra No. 28. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pruebas #1/20-PRUEBAS/ACTA 28.

⁵⁶ Acta de Recibo Parcial de Obra No. 29. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pruebas #1/20-PRUEBAS/ACTA 29.

⁵⁷ Acta de Recibo Parcial de Obra No. 30. Obra a folios 50-53 y 318-321 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Además, también se encuentra dentro de los archivos digitalizados en los cds de pruebas aportados por la parte Convocante, en su Reforma a la Demanda, y la parte Convocada, en la Contestación de aquella. El cd de pruebas de la Reforma a la Demanda obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pruebas #1/20-PRUEBAS/ACTA 30. El cd de pruebas de la Contestación a la Demanda Reformada obra a folio 266 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: CD anexos contestación reforma demanda/5. Actas 30 y 32/Acta No. 30.

⁵⁸ Acta de Recibo Parcial de Obra No. 31. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pruebas #1/20-PRUEBAS/ACTA 31.

⁵⁹ Acta de Recibo Parcial de Obra No. 32. Obra a folios 54-57 y 322-325 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Además, también se encuentra dentro de los archivos digitalizados en los cds de pruebas aportados por la parte Convocante, en su Reforma a la Demanda, y la parte Convocada, en la Contestación de aquella. El cd de pruebas de

El treinta y uno (31) de enero del dos mil dieciocho (2018), se suscribió el Acta de Recibo Parcial de Obra No. 33, en la que se incluyó el ítem 77: "*transporte de material fluvial*"⁶⁰.

El dieciséis (16) de marzo del dos mil dieciocho (2018), se suscribió el Acta de Recibo Parcial de Obra No. 34, en la que se incluyó el ítem 77: "*transporte de material fluvial*"⁶¹.

El cinco (5) de abril del dos mil dieciocho (2018), se suscribió el Acta de Recibo Parcial de Obra No. 35, en la que se incluyó el ítem 77: "*transporte de material fluvial*"⁶².

El once (11) de mayo del dos mil dieciocho (2018), se suscribió el Acta de Recibo Parcial de Obra No. 36, en la que se incluyó el ítem 77: "*transporte de material fluvial*"⁶³.

En las actas de recibo parcial de obra anteriores, que son todas las de esta índole que obran en el *sub lite*, está incluido el ítem 77: "*Transporte de material fluvial*", respecto del cual se señalan las cantidades ejecutadas en metros cúbicos kilómetros (m³/Km), durante el periodo comprendido en cada acta y el acumulado que hasta la fecha del acta se reporta. También se asigna el valor a pagar por concepto de cantidades ejecutadas en el respectivo mes, como el valor acumulado a la fecha de cada acta. Se anota que estas actas fueron suscritas sin observaciones ni reservas.

la Reforma a la Demanda obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pruebas #1/20-PRUEBAS/ACTA 32. El cd de pruebas de la Contestación a la Demanda Reformada obra a folio 266 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: CD anexos contestación reforma demanda/5. Actas 30 y 32/Acta No. 32.

⁶⁰ Acta de Recibo Parcial de Obra No. 33. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/ Pruebas #1/20-PRUEBAS/ACTA 33.

⁶¹ Acta de Recibo Parcial de Obra No. 34. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pruebas #1/20-PRUEBAS/ACTA 34.

⁶² Acta de Recibo Parcial de Obra No. 35. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pruebas #1/20-PRUEBAS/ACTA 35.

⁶³ Acta de Recibo Parcial de Obra No. 36. Obra a folios 356-360 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Además, también se encuentra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocada en su Contestación a la Reforma de la Demanda, cd que obra a folio 266 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: CD anexos contestación reforma demanda/6. Certificaciones Oficina de Tesorería de la Secretaría de Hacienda de la Gobernación del Magdalena y Acta de Recibo Parcial de Obra 36/Acta No 36.

Además de lo anterior, también se debe tener en cuenta que el apoderado de la parte Convocada aportó en su Contestación a la Reforma de la Demanda (cd anexo contentivo de las pruebas) tres (3) certificaciones expedidas por la tesorería del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, en que se hace constancia del pago de las actas de recibo parcial de obra, a la fecha de expedición de cada certificación.

El veinticinco (25) de mayo del año dos mil dieciocho (2018)⁶⁴, el Jefe de la Oficina de Tesorería de la Secretaría de Hacienda de la Gobernación del Magdalena, expidió una certificación en que consta que con recursos de las vigencias 2015, 2016, 2017 y 2018 se realizó el pago de las actas de recibo parcial de obra números: 4, 5, 6, 7,8, 9, 11,12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 32, 33, 34, 35 y 36, así como otros conceptos.

En esa misma fecha⁶⁵, el mismo Jefe de la Oficina de Tesorería de la Secretaría de Hacienda de la Gobernación del Magdalena, expidió una certificación en que consta que con recursos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se realizó el pago anticipado del Contrato número 617 y los tres (3) primeros pagos de este Contrato, así como las actas de recibo parcial de obra números: 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18, también obran allí otros conceptos pagados.

La certificación restante fue expedida el diecinueve (19) de junio del año dos mil dieciocho (2018)⁶⁶, mediante la cual el Jefe de la Oficina de Tesorería de la Secretaría de Hacienda de la Gobernación del Magdalena hace constar que con recursos del Instituto Nacional de Vías se realizó el pago de las actas de recibo parcial de obra números: 4, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 32, 33, 34, 35, 36, así como otros conceptos.

⁶⁴ Certificación de pago con Recursos del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocada en su Contestación a la Reforma de la Demanda, cd que obra a folio 266 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: CD anexos contestación reforma demanda/6. Certificaciones Oficina de Tesorería de la Secretaría de Hacienda de la Gobernación del Magdalena y Acta de Recibo Parcial de Obra 36/PAGOS CONSORCIO RIBERA ESTE INVÍAS Actualizado.

⁶⁵ Certificación de pago con Recursos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocada en su Contestación a la Reforma de la Demanda, cd que obra a folio 266 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: CD anexos contestación reforma demanda/6. Certificaciones Oficina de Tesorería de la Secretaría de Hacienda de la Gobernación del Magdalena y Acta de Recibo Parcial de Obra 36/PAGOS CONSORCIO RIBERA ESTE INVÍAS Actualizado.

⁶⁶ Certificación de pago con Recursos del Instituto Nacional de Vías. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocada en su Contestación a la Reforma de la Demanda, cd que obra a folio 266 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: CD anexos contestación reforma demanda/6. Certificaciones Oficina de Tesorería de la Secretaría de Hacienda de la Gobernación del Magdalena y Acta de Recibo Parcial de Obra 36/CERTIFICACION PAGOS RIBERA ESTE.

Con respecto al pago relacionado en las actas de recibo parcial de obra que están en el *sub lite*, así como de aquellas actas de recibo parcial de obra relacionadas en las certificaciones anteriores, se observa que el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** ha cumplido su obligación de pago respecto de los ítems y cantidades allí consignados. No obstante, habida cuenta de que la Convocante reclama haber ejecutado mayores cantidades del ítem de transporte de material fluvial que aquellas reconocidas y pagadas en las actas de recibo parcial de obra y teniendo en cuenta que en el Contrato de obra pública 617 de 2013 se estipuló la modalidad de pago de precios unitarios, el Tribunal precisa que se debe establecer si, en efecto, se ejecutaron mayores cantidades de aquel ítem.

El apoderado de la parte Convocante señala en sus alegatos de conclusión sobre el particular:

"Buenavista II se encuentra a una distancia terrestre total de ciento veinticinco kilómetros (125,00 km). Por tal motivo, las Partes convinieron que el transporte de material desde esa cantera sería multimodal, esto es, combinando el transporte terrestre y el fluvial. Esto permitiría reducir la distancia del transporte a un total de noventa y ocho kilómetros (98,00 Km), así:

202.1 Diecisiete kilómetros (17,00 Km) desde la cantera Buenavista II (Arroyo Hondo) hasta el muelle de carga de Calamar.

202.2 Setenta kilómetros (70,00 Km) de transporte fluvial desde el muelle de Calamar hasta el muelle de descarga ubicado en Sitionuevo (K40+000). Este tramo es el que corresponde a la reclamación del Consorcio.

202.3 Once kilómetros (11,00 Km) desde el muelle de descarga de Sitionuevo hasta el Centro de Gravedad del Proyecto"⁶⁷.

Asimismo en sus alegatos de conclusión, el apoderado de la Convocante termina por concluir sobre el incumplimiento de la parte Convocada que:

"A pesar de lo señalado, el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA canceló el transporte fluvial considerando una distancia irreal de cuarenta kilómetros (40 Km), al amparo de una supuesta renuncia que será analizada en detalle en la siguiente sección de este acápite. Por ahora, basta evidenciar que la mencionada circunstancia ha acarreado un gravísimo perjuicio para el Consorcio, si se observa que el pago del transporte desde la cantera Buenavista II se ha efectuado, en la práctica, bajo un

⁶⁷ Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 76.

*sistema de precio global fijo y no de precios unitarios como se convino en el Contrato*⁶⁸.

Para sustentar estas afirmaciones, el apoderado de la Convocante cita los testimonios de los señores: Carlos Casadiego, Javier Díaz, Vladimir Cardona y Juan Pablo Deik. Asimismo, el apoderado de la Convocante aportó con su Reforma a la Demanda (cd anexo contentivo de las pruebas) unas certificaciones de cantidades de material expedidas por los tenedores de los títulos mineros de las canteras empleadas para proveer los insumos para la ejecución del objeto del Contrato.

Respecto de los testimonios, el apoderado de la Convocante cita literalmente el siguiente aparte de la declaración rendida por el señor Carlos Casadiego:

*"Luego, viene una cantera que es, Arroyo Hondo esa cantera se encuentra dentro del Plan de Adaptación de la Guía Ambiental (PAGA), ese es un documento soporte dentro del Contrato, donde se enuncian cuáles son las fuentes de materiales principales aprobadas dentro del Contrato, en esa cantera Arroyo Hondo se encuentra en cercanías a Calamar, se llama la cantera Buenavista 2 y se conformó con una distancia terrestre de 26 kilómetros, 11 hacia el centro de gravedad del vía para 27 kilómetros en total y una distancia fluvial de 70 kilómetros para un total certificado de 240 mil metros cúbicos que se certificaron a través de esa cantera*⁶⁹.

En cuanto al testimonio del señor Javier Díaz, en el documento contentivo de los alegatos de conclusión de la parte Convocante se transcribe lo siguiente:

*"Igualmente encontramos una cantera que tenía muy buen material en el departamento de Bolívar, pero que se encontraba muy lejos, entonces le propusimos a la interventoría que incorporáramos un APU, que se llama un APU Fluvial, o sea, que trajéramos el material por el río, y pues se hiciera una reducción en el tema de distancias de acarreo, de las fuentes de materiales de Arroyo Hondo se encontraba a 70 kilómetros por río, y fue incorporada también dentro del proyecto, creando el APU, que se llama APU Fluvial*⁷⁰.

Del testimonio del señor Vladimir Cardona se transcribe lo siguiente:

"Adicionalmente la cantera Buenavista 2 Arroyo Hondo distaba a 70 kilómetros por río que eso también lo explique, que nosotros nos parecía muy buen material pero era muy caro para el

⁶⁸ Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 77-78.

⁶⁹ Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 76.

⁷⁰ Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 76-77.

proyecto, el contratista aceptó que se lo pagáramos por la modalidad desde Rancho Alegre que era 40 kilómetros y se lo pagamos de esa manera"⁷¹.

Mientras que del testimonio del señor Juan Pablo Deik se cita literalmente el siguiente pasaje de su declaración:

*"DR. SAAVEDRA: Ingeniero por favor nos puede leer la coordenada para que quede bien grabada? SR DEIK: Sí la coordenada del punto de embarque Calamar, la 90.80.86.62 y la 162.39.73.65 las coordenadas del puerto sitio nuevo 92.87.17.79 y la 168.55.13.31 si yo X1 al cuadro menos Y1 X cuadrado, más y al cuadrado que es el cuadrado de esto, quien me ayuda, no aquí es contratar un perito en todo caso yo lo hice, si quiere se los digo. Vamos a tener eso aquí X1-X2 o sea coordenadas en X de calamar y coordenadas en X del puerto de desembarque en Sitionuevo, eso me da 20631.17 coordenadas en Y me da 61539.66 ahora de X cuadrado me da 425,645,176 Y cuadrado me da 378, 7129, 753 ahora hay una distancia la revisa de X cuadrado mas Y cuadrado cuánto me da eso, me da 64.9 kilómetros, qué quiere decir eso que si yo tengo la línea recta de aquí acá una línea recta me daría 64,9, cuánto es la distancia que recorrida haciendo el monitoreo con GPS que lo hicimos personalmente como en el recorrido que hacía con GPS 70 kilómetros. la diferencia de esos 5 kilómetros la sinuosidad en esos 64 de línea recta, esa es la explicación de la distancia que había del puerto de embarque al puesto de desembarque y con eso terminan los puntos que entiendo que tenían en disputa, no sé si"*⁷².

El Tribunal observa que las declaraciones transcritas coinciden en que la distancia del tramo fluvial correspondiente al transporte multimodal desde la cantera Arroyo Hondo o "Buenavista II", como también la denominan el apoderado de la Convocante y los testigos señalados anteriormente, es de setenta kilómetros (70 km). Asimismo, se anota que el aparte citado del testimonio del señor Vladimir Cardona, Director de la Interventoría del Contrato, señala la circunstancia de que el Consorcio Ribera Este presentaba sus facturas de cobro por cuarenta kilómetro (40 km), aceptando el pago en estas condiciones.

Con el propósito de establecer si realmente el trayecto en río de la fuente de materiales Arroyo Hondo (Buenavista II) es de setenta kilómetros (70 km) y si el pago del ítem de transporte de material fluvial que consta en las actas de recibo parcial de obra se hizo tomando en cuenta una distancia de cuarenta

⁷¹ Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 77.

⁷² Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 77.

kilómetros (40 km), el Tribunal procederá a examinar el testimonio del ya mencionado Director de la Interventoría del Contrato, el señor Vladimir Cardona.

De esta manera, en su testimonio, el señor Vladimir Cardona declaró lo siguiente (se citan literalmente del cuaderno de transcripciones los nombres de quienes interrogan al testigo, las preguntas que se le formulan y las respuestas dadas por él):

"DR. QUINTERO: Reposa en el expediente, fue aportado por la doctora Claudia Orjuela en la diligencia pasada del PAGA entonces reposa en el expediente, pero mientras tanto, usted nos decía que hay una cantera que se llama Buenavista 2.

SR. CARDONA: Sí señor.

DR. QUINTERO: Y que esa cantera se llevaba material hacia los centros de acopio, en los centros donde se utilizaba el material.

SR. CARDONA: Sí señor.

DR. QUINTERO: Usted también nos dijo que esa distancia era superior a los 40 kilómetros.

SR. CARDONA: Fluvial.

DR. QUINTERO: Fluvial.

SR. CARDONA: Sí señor.

DR. QUINTERO: Era exactamente superior, pero usted pagaba 40 kilómetros, esos 40 kilómetros solo se consta en el acta de pago, pero no son los reales?

SR. CARDONA: No son los reales"⁷³.

En otro aparte de su declaración, el señor Vladimir Cardona señala (se citan literalmente del cuaderno de transcripciones los nombres de quienes interrogan al testigo, las preguntas que se le formulan y las respuestas dadas por él):

"DR. QUINTERO: No, pero mi pregunta es la siguiente, mi pregunta más concreta todavía, si el contratista por ejemplo le dice fueron 70 kilómetros lo recorrido si yo le cobro 70 kilómetros y usted está en la política de económica del proyecto, usted nos ha dicho que buscaba el ahorro del proyecto y usted dice no, le pago 40, si el contratista no está de acuerdo, usted le paga?

SR. CARDONA: Es que en este caso el contratista está de acuerdo él me lo notificó en un oficio"⁷⁴.

Sobre esto último, en su testimonio, el señor Vladimir Cardona declaró:

⁷³ Cuaderno de Transcripciones, Vladimir Cardona p. 61-62.

⁷⁴ Cuaderno de Transcripciones, Vladimir Cardona p. 91.

"Qué más también se aportó, resulta que y esa no la tengo ubicada ahí en el mapa, una cantera que se llama Arroyo Hondo, que es Buenavista, no la coloqué ahí porque me hacía ver muy grande la gráfica y se perdía el detalle, pero esa cantera ahí donde dice Puerto Giraldo queda aproximadamente a 30 kilómetros hacia el sur, el contratista nos propuso esa cantera como fuente de material, nosotros verificamos las condiciones de ese material, las calidades de ese material, pensamos que es un material muy bueno, pero tenía un inconveniente, que estaba muy distante del proyecto y por eso le rechazamos que utilizará esa cantera de Buenavista a Arroyo Hondo.

El contratista dijo no, no importa, nos envió el comunicado DA 508 del 05 de noviembre del 2015 donde claramente nos dijo, la distancia para el transporte del material de la cantera Arroyo Hondo se adoptará como la misma distancia de la cantera Rancho Alegre, qué quiere decir con eso, que el contratista renunció a las mayores distancias que habían desde Rancho Alegre hasta el proyecto, que se las pagáramos como Rancho Alegre y eso quedó establecido en ese comunicado"⁷⁵.

Efectivamente, durante la recepción de su testimonio, el señor Vladimir Cardona aportó la comunicación del cinco (5) de noviembre de dos mil quince (2015)⁷⁶, con radicado DA-508-CRE-03-15, enviada por el señor Javier Díaz, en su calidad de Director Administrativo, al señor Vladimir Cardona, como Director de la Interventoría del Contrato, y en la que se lee:

"Con relación a lo solicitado en el oficio del asunto nos permitimos manifestarle lo siguiente:

La distancia para el transporte del material de la cantera ARROYO HONDO se adoptará como la misma distancia de la cantera de RANCHO ALEGRE para efectos del pago del material que se transporte de dicha cantera, el Consorcio asumirá la diferencia de 20 km de transporte fluvial, en aras de mantener un volumen de terraplén acorde a las necesidades del proyecto".

Este documento merece unos comentarios, ya que atendiendo la declaración rendida por el señor Vladimir Cardona, tal comunicado reviste el carácter de renuncia respecto al ítem de transporte de material fluvial, objeto del *petitum* bajo estudio.

⁷⁵ Cuaderno de Transcripciones, Vladimir Cardona p. 13-14.

⁷⁶ Comunicación DA-508-CRE-03-15. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd aportado por el testigo Vladimir Cardona. El cd obra a folio 321 del Cuaderno de Pruebas No. 3. Para acceder al documento: Anexos Presentación/5. Mayores Volúmenes de Material de Transporte de Terraplén por Certificaciones/DA-508-CRE-03-15.

Lo primero que señala el Tribunal es que esta comunicación no puede ser tenida como una renuncia, por cuanto el señor Javier Díaz, autor de la comunicación, actuó como Director Administrativo del Consorcio Ribera Este, calidad que no le daba la facultad para disponer acerca del pago de las cantidades ejecutadas sobre el *ítem* de transporte de material fluvial o cualquier otro *ítem*. Sobre este particular, el Tribunal precisa que solo el representante legal de la Convocante hubiera podido expresar válidamente la voluntad del Consorcio Ribera Este en renunciar al pago del *ítem* de transporte de material fluvial.

También hay lugar a esclarecer que el anterior documento tampoco constituye una transacción ni un acto modificativo del Contrato, ya que no obedece a una manifestación de voluntad bilateral, característica de los Contratos o los actos de modificación del Contrato. Además, se suma el anterior argumento, de que tal comunicado no proviene de la persona facultada para expresar válidamente la voluntad del Consorcio Ribera Este.

Asimismo, con relación a la forma del comunicado DA-508-CRE-03-15, el Tribunal observa que le asiste la razón al apoderado de la parte Convocante al señalar que:

"Cabe recordar en este punto que el Contrato estatal está sometido a la formalidad de constar por escrito y, además, por elementales razones debe ser suscrito por el respectivo representante legal de la Administración y del contratista. No es en vano ni un asunto marginal que el Contrato 617 haya sido firmado por el Gobernador del Magdalena y por el representante legal del Consorcio. La suscripción del Contrato por quienes pueden obligar a las Partes es la expresión natural de la capacidad y el consentimiento que en su sentido ontológico determina no la validez del acto sino su propia existencia. Por tanto, cuando el consentimiento no es expresado por quienes tienen capacidad para obligar o sin las solemnidades que la ley prescribe, debe entenderse que lo dispuesto es inexistente"⁷⁷.

Finalmente, el Tribunal no encuentra que el comunicado en mención tenga el carácter de renuncia que le atribuye el testigo Vladimir Cardona en su declaración. Tal documento, por el contrario, únicamente tiene el valor probatorio de apoyar las declaraciones del señor Vladimir Cardona en torno a que el Consorcio Ribera Este estaba de acuerdo en que el pago por el tramo fluvial correspondiente al transporte multimodal desde la cantera Buenavista II se realizara con base en una distancia de cuarenta kilómetros (40 km), no obstante que la distancia real en río de aquella fuente de materiales al centro de gravedad de la obra fuera de setenta kilómetros (70 km).

⁷⁷ Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 84.

Tras la anterior precisión, el Tribunal observa que de acuerdo con la declaración rendida por el señor Vladimir Cardona se puede establecer que: uno, la distancia fluvial del transporte multimodal de la cantera Arroyo Hondo (Buenavista II) al centro de gravedad de la obra es de setenta kilómetros (70 km); dos, el pago del ítem de transporte de material fluvial realizado en las actas de recibo parcial de obra se hizo tomando en cuenta una distancia de cuarenta kilómetros (40 km); y, tres, la razón de que el pago se realizara en estas condiciones fue una supuesta renuncia realizada mediante la comunicación del cinco (5) de noviembre de dos mil quince (2015), radicado DA-508-CRE-03-15, respecto de la cual el Tribunal ya esclareció que no tiene tal carácter.

Por parte de los testimonios de los señores Carlos Casadiego y Javier Díaz, el Tribunal observa que coinciden con las declaraciones del señor Vladimir Cardona en cuanto a que la distancia fluvial del transporte multimodal de la cantera Arroyo Hondo (Buenavista II) es de setenta kilómetros (70 km), así como también concuerdan en que el pago por este concepto se hizo partiendo de una distancia de cuarenta kilómetros (40 km).

Sobre el testimonio del señor Carlos Casadiego, se traen a colación los siguientes apartes de su declaración (se citan literalmente del cuaderno de transcripciones los nombres de quienes interrogan al testigo, las preguntas que se le formulan y las respuestas dadas por él):

"DR. QUINTERO: Muy bien, mi colega en la contestación de la demanda dice que el transporte se pagó, totalmente, usted nos puede explicar en su conocimiento qué es lo que no se ha pagado y por qué?"

SR. CARADIEGO: Específicamente lo que no se ha pagado es las certificaciones que se encuentran adjuntas en las actas de obra certificaciones que ya les mostré previamente, donde en esas certificaciones a parecen los volúmenes instalados de la cantera Arroyo Hondo, con nombre Buenavista 2, en esa cantera se conformó un muelle en Calamar donde se transportaba material de este muelle hasta sitio nuevo con 70 kilómetros sin embargo en las actas de liquidación del Contrato se encuentra a 40 kilómetros.

DR. QUINTERO: Por qué?"

SR. CARADIEGO: Porque la interventoría exigía que fuera a 40 kilómetros porque es a la distancia menor disponible, la distancia menos de toda la modalidad"⁷⁸.

Mientras que en su declaración, el testigo Javier Díaz señala que:

⁷⁸ Cuaderno de Transcripciones, Carlos Casadiego p. 53.

"En el marco de todo esto, nosotros vamos cobrando nuestras actas, y nos vamos dando cuenta que están existiendo unas diferencias en el tema de transporte, de lo que nosotros estamos certificando y cobrando en actas y de lo que nos paga la Interventoría, nosotros no entendíamos cómo, si la fuente de material es clara y está a una distancia específica, porque si simplemente era multiplicar la distancia que se encontraba la fuente por la cantidad de materiales que se pagan por acta, y eso daba un valor.

Cuando hacemos todo este ejercicio vemos que hay unas diferencias sustanciales dentro de lo que nos está cancelando la interventoría y pues lo que nosotros estamos certificando, ahí pues básicamente es el tema de esas reclamaciones, porque lo que nosotros hemos certificado de las fuentes de materiales por su respectiva distancia, está muy diferente de lo que está plasmado en las actas de cobro.

Por poner un ejemplo, nosotros tenemos certificado en actas de que hemos entregado 240 mil metros cúbicos de la cantera de Arroyo Hondo, Arroyo Hondo se transportaba por río, que está a 70 kilómetros, 240 mil metros cúbicos por 70 kilómetros da alrededor de unos 15 millones de metros cúbicos kilómetro, y nosotros en el última acta 42, solamente tenemos 3 millones de metros cúbicos kilómetros pagados, entonces existe una diferencia enorme en el tema de distancia de fuentes de materiales y de transporte cancelado al contratista, y nosotros conversábamos con la interventoría, y básicamente lo que la interventoría nos manifiesta es que son actas parciales de obra que se están cancelando, que en su momento pues obviamente pues se harán los respectivos ajustes a esas actas.

Pero, en el entendido de que nosotros pues ya hemos dado cuenta de que todo lo que nosotros le hemos enviado a la interventoría, lo ha solicitado como reclamación, esto ni siquiera se lo preguntamos, lo presentamos en seguida como una reclamación. Ahí es el último punto en el tema de distancia de fuentes de materiales, que existe una diferencia sustancial entre lo cancelado por actas y lo que el contratista ha entregado"⁷⁹.

Además, con relación al testimonio del señor Juan Pablo Deik, el Tribunal tiene en cuenta que este aportó en su declaración un documento denominado las "FUENTES DE MATERIALES, LOCALIZACIÓN, UTILIZACIÓN Y DISTANCIAS DE ACARREO"⁸⁰, el cual comprende la información relativa a la "DISTANCIA

⁷⁹ Cuaderno de Transcripciones, Javier Díaz p. 31-32.

⁸⁰ Documento aportado por el testigo Juan Pablo Deik. Obra a folio 369 del Cuaderno de Pruebas No. 3.

MULTIMODAL DESDE CANTERAS A CENTRO DE GRAVEDAD PALERMO - SITIONUEVO" respecto de la cantera Arroyo Hondo.

De conformidad con el documento en mención, el transporte multimodal correspondiente a la cantera Arroyo Hondo (Buenavista II) comprende tres (3) tramos: uno, de Arroyo Hondo al puerto de Calamar, que es terrestre y se establece en diecisiete kilómetros (17 Km); el segundo, del puerto de Calamar al Puerto de Descarga Sitio Nuevo (K40+000), que es un trayecto fluvial y se establece en setenta kilómetros (70 Km); y, el tercero, del Puerto de Descarga Sitio Nuevo (K40+000) al Centro de Gravedad en Palermo-Sitionuevo (K46+329), de carácter terrestre y establecido en once kilómetros (11 Km).

En suma, el Tribunal encuentra que con fundamento en los testimonios de los señores Carlos Casadiego, Javier Díaz, Vladimir Cardona y Juan Pablo Deik, incluido el documento aportado por este último, quedaron acreditados los hechos consistentes en que: la distancia fluvial del transporte multimodal de la cantera Arroyo Hondo (Buenavista II) al centro de gravedad de la obra es de setenta kilómetros (70 km) y, dos, el pago del ítem de transporte de material fluvial realizado en las actas de recibo parcial de obra se hizo tomando en cuenta una distancia de cuarenta kilómetros (40 km).

Asimismo, vale aclarar que los medios de prueba testimoniales anteriores, así como el documento aportado por el señor Juan Pablo Deik, no fueron objeto de contradicción ni tampoco su veracidad fue puesta en duda por el apoderado de la parte Convocada, quien en su Contestación a la Reforma a la Demanda y en sus Alegatos de Conclusión no cuestiona ni controvierte tales medios de prueba.

En lo atinente a las certificaciones de cantera que, como ya se había anunciado, aportó el apoderado de la parte Convocante con su Reforma a la Demanda (cd anexo contentivo de las pruebas), con el fin de acreditar las mayores cantidades ejecutadas respecto del ítem de transporte de material fluvial, el Tribunal procede a su estudio, particularmente de aquellas provenientes de la Cantera Buenavista II.

El primero (01) de abril de dos mil dieciséis (2016)⁸¹, el gerente general de la sociedad Transporte, Ingeniería y Montaje S.A.S., certificó que:

"TIM Andina S.A.S. Certifica que al CONSORCIO RIBERA ESTE con NIT. 900.644.116-4 mantenemos una relación comercial de venta de material seleccionado de Cantera Buenavista II ubicada en el municipio de Arroyohondo Bolívar que opera con el título

⁸¹ Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pretensiones económicas/7. Distancia Transporte certificadas/ANEXO 7 CERTIFICACIONES DE MATERIALES.

minero LE3-10261 y amparada por la licencia ambiental con resolución número 1697 del 02 de Diciembre de 2014, para la obra que se ejecuta Ruta De La Prosperidad (Tramo Palermo-Guaimaro) en el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, donde se le ha suministrado la cantidad de 41.691 m3 de material, comprendido en el primer trimestre del año 2016".

El cuatro (4) de abril de dos mil dieciséis (2016)⁸², el representante legal de la sociedad Inverlog S.A.S., certificó que:

"Por medio de la presente en calidad de Operador Minero del Título No. LE3-10261 debidamente autorizado por el titular, nos permitimos certificar que durante el periodo 01 de mayo de 2015 al 31 de marzo de 2016 despachamos de la Cantera Buenavista II la cantidad de 112.499 m3 de Terraplén a la empresa Consorcio Ribera Este identificada con el NIT: 900.644.116-4, mediante relación de facturación adjunta".

El doce (12) de mayo de dos mil dieciséis (2016)⁸³, el representante legal de la sociedad Inverlog S.A.S., certificó que:

"Por medio de la presente en calidad de Operador Minero del Título No. LE3-10261 debidamente autorizado por el titular, nos permitimos certificar que despachamos de la Cantera Buenavista II la cantidad de 383 m3 de material de terraplén norma INVIAS 2013, mediante Factura No. 1305 a la empresa Consorcio Ribera Este identificada con el NIT: 900.644.116-4".

El mismo doce (12) de mayo de dos mil dieciséis (2016)⁸⁴, el representante legal de la sociedad Proyectos Mineros y Civiles S.A.S., certificó que:

"Por medio de la presente en calidad de Operador Minero del Título No. LE3-10261 debidamente autorizado por el titular, nos permitimos certificar que despachamos de la Cantera

⁸² Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pretensiones económicas/7. Distancia Transporte certificadas/ANEXO 7 CERTIFICACIONES DE MATERIALES.

⁸³ Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pretensiones económicas/7. Distancia Transporte certificadas/ANEXO 7 CERTIFICACIONES DE MATERIALES.

⁸⁴ Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pretensiones económicas/7. Distancia Transporte certificadas/ANEXO 7 CERTIFICACIONES DE MATERIALES.

Buenavista II la cantidad de 4.293 m³ de material de terraplén norma INVIAS 2013, mediante Factura No. 2 a la empresa Consorcio Ribera Este identificada con el NIT: 900.644.116-4".

El dieciséis (16) de julio de dos mil dieciséis (2016)⁸⁵, el gerente general de la sociedad Transporte, Ingeniería y Montaje S.A.S., certificó que:

"TIM Andina S.A.S. Certifica que al CONSORCIO RIBERA ESTE con NIT. 900.644.116-4 mantenemos una relación comercial de venta de material seleccionado de Cantera Buenavista II ubicada en el municipio de Arroyohondo Bolívar que opera con el título minero LE3-10261 y amparada por la licencia ambiental con resolución número 1697 del 02 de Diciembre de 2014, para la obra que se ejecuta Ruta De La Prosperidad (Tramo Palermo-Guaimaro) en el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, donde se le ha suministrado la cantidad de 56.341 m³ de material, comprendido en el segundo trimestre del año 2016".

El dieciocho (18) de julio de dos mil dieciséis (2016)⁸⁶, el representante legal de la sociedad Proyectos Mineros y Civiles S.A.S., certificó que:

"Por medio de la presente en calidad de Operador Minero del Título No. LE3-10261 debidamente autorizado por el titular, nos permitimos certificar que despachamos de la Cantera Buenavista II la cantidad de 1.064 m³ de material de terraplén norma INVIAS 2013, mediante Factura No. 3 a la empresa Consorcio Ribera Este identificada con el NIT: 900.644.116-4".

El veintiséis (26) de julio de dos mil dieciséis (2016)⁸⁷, el representante legal de la sociedad Proyectos Mineros y Civiles S.A.S., certificó que:

"Por medio de la presente en calidad de Operador Minero del Título No. LE3-10261 debidamente autorizado por el titular, nos permitimos certificar que despachamos de la Cantera

⁸⁵ Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pretensiones económicas/7. Distancia Transporte certificadas/ANEXO 7 CERTIFICACIONES DE MATERIALES.

⁸⁶ Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pretensiones económicas/7. Distancia Transporte certificadas/ANEXO 7 CERTIFICACIONES DE MATERIALES.

⁸⁷ Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pretensiones económicas/7. Distancia Transporte certificadas/ANEXO 7 CERTIFICACIONES DE MATERIALES.

Buenavista II la cantidad de 1.778 m3 de material de terraplén norma INVIAS 2013, mediante Factura No. 4 a la empresa Consorcio Ribera Este identificada con el NIT: 900.644.116-4".

El primero (01) de agosto de dos mil dieciséis (2016)⁸⁸, el representante legal de la sociedad Proyectos Mineros y Civiles S.A.S., certificó que:

"Por medio de la presente en calidad de Operador Minero del Título No. LE3-10261 debidamente autorizado por el titular, nos permitimos certificar que despachamos de la Cantera Buenavista II la cantidad de 350 m3 de material de terraplén norma INVIAS 2013, mediante Factura No. 5 a la empresa Consorcio Ribera Este identificada con el NIT: 900.644.116-4".

El veinte (20) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)⁸⁹, el representante legal de la sociedad Proyectos Mineros y Civiles S.A.S., certificó que:

"Por medio de la presente en calidad de Operador Minero del Título No. LE3-10261 debidamente autorizado por el titular, nos permitimos certificar que despachamos de la Cantera Buenavista II la cantidad de 3.402 m3 de material de terraplén norma INVIAS 2013, mediante Factura No. 8 a la empresa Consorcio Ribera Este identificada con el NIT: 900.644.116-4".

El veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)⁹⁰, el representante legal de la sociedad Proyectos Mineros y Civiles S.A.S., certificó que:

"Por medio de la presente en calidad de Operador Minero del Título No. LE3-10261 debidamente autorizado por el titular, nos permitimos certificar que despachamos de la Cantera Buenavista II la cantidad de 1.606,8 m3 de material de terraplén norma INVIAS 2013, mediante Factura No. 11 a la empresa Consorcio Ribera Este identificada con el NIT: 900.644.116-4".

⁸⁸ Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pretensiones económicas/7. Distancia Transporte certificadas/ANEXO 7 CERTIFICACIONES DE MATERIALES.

⁸⁹ Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pretensiones económicas/7. Distancia Transporte certificadas/ANEXO 7 CERTIFICACIONES DE MATERIALES.

⁹⁰ Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pretensiones económicas/7. Distancia Transporte certificadas/ANEXO 7 CERTIFICACIONES DE MATERIALES.

El veintiocho (28) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)⁹¹, el representante legal de la sociedad Proyectos Mineros y Civiles S.A.S., certificó que:

"Por medio de la presente en calidad de Operador Minero del Título No. LE3-10261 debidamente autorizado por el titular, nos permitimos certificar que despachamos de la Cantera Buenavista II la cantidad de 3.612 m3 de material de terraplén norma INVIAS 2013, mediante Factura No. 12 a la empresa Consorcio Ribera Este identificada con el NIT: 900.644.116-4".

El veinticinco (25) de octubre de dos mil dieciséis (2016)⁹², el representante legal de la sociedad Proyectos Mineros y Civiles S.A.S., certificó que:

"Por medio de la presente en calidad de Operador Minero del Título No. LE3-10261 debidamente autorizado por el titular, nos permitimos certificar que despachamos de la Cantera Buenavista II la cantidad de 889,2 m3 de material de terraplén norma INVIAS 2013, mediante Factura No. 19 a la empresa Consorcio Ribera Este identificada con el NIT: 900.644.116-4".

El veintisiete (27) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)⁹³, el representante legal de la sociedad Proyectos Mineros y Civiles S.A.S., certificó que:

"Por medio de la presente en calidad de Operador Minero del Título No. LE3-10261 debidamente autorizado por el titular, nos permitimos certificar que despachamos de la Cantera Buenavista II la cantidad de 3.696 m3 de material de terraplén norma INVIAS 2013, mediante Factura No. 21 a la empresa Consorcio Ribera Este identificada con el NIT: 900.644.116-4".

El veintitrés (23) de enero de dos mil diecisiete (2017)⁹⁴, el representante legal de la sociedad Proyectos Mineros y Civiles S.A.S., certificó que:

⁹¹ Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pretensiones económicas/7. Distancia Transporte certificadas/ANEXO 7 CERTIFICACIONES DE MATERIALES.

⁹² Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pretensiones económicas/7. Distancia Transporte certificadas/ANEXO 7 CERTIFICACIONES DE MATERIALES.

⁹³ Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pretensiones económicas/7. Distancia Transporte certificadas/ANEXO 7 CERTIFICACIONES DE MATERIALES.

⁹⁴ Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma

"Por medio de la presente en calidad de Operador Minero del Título No. LE3-10261 debidamente autorizado por el titular, nos permitimos certificar que despachamos de la Cantera Buenavista II la cantidad de 4.242 m3 de material de terraplén norma INVIAS 2013, mediante Factura No. 24 a la empresa Consorcio Ribera Este identificada con el NIT: 900.644.116-4".

El nueve (9) de marzo de dos mil diecisiete (2017)⁹⁵, el representante legal de la sociedad Proyectos Mineros y Civiles S.A.S., certificó que:

"Por medio de la presente en calidad de Operador Minero del Título No. LE3-10261 debidamente autorizado por el titular, nos permitimos certificar que despachamos de la Cantera Buenavista II la cantidad de 1.288 m3 de material de terraplén norma INVIAS 2013, mediante Factura No. 27 a la empresa Consorcio Ribera Este identificada con el NIT: 900.644.116-4".

El mismo nueve (9) de marzo de dos mil diecisiete (2017)⁹⁶, el representante legal de la sociedad Proyectos Mineros y Civiles S.A.S., certificó que:

"Por medio de la presente en calidad de Operador Minero del Título No. LE3-10261 debidamente autorizado por el titular, nos permitimos certificar que despachamos de la Cantera Buenavista II la cantidad de 3.588 m3 de material de terraplén norma INVIAS 2013, mediante Factura No. 26 a la empresa Consorcio Ribera Este identificada con el NIT: 900.644.116-4".

El Tribunal también puntualiza que el apoderado de la parte Convocante fundamenta su reclamación de mayores cantidades ejecutadas del ítem de transporte de material fluvial, utilizando como soporte a las cantidades de material que constan en las certificaciones acabadas de citar. Así, se puede leer lo siguiente en sus alegatos de conclusión:

"Hecha la aclaración antecedente, debemos volver a la distancia reconocida por el Departamento, esto es, cuarenta kilómetros (40,00 Km) y, además, poner de presente que a la fecha de

demanda/Pretensiones económicas/7. Distancia Transporte certificadas/ANEXO 7 CERTIFICACIONES DE MATERIALES.

⁹⁵ Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pretensiones económicas/7. Distancia Transporte certificadas/ANEXO 7 CERTIFICACIONES DE MATERIALES.

⁹⁶ Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pretensiones económicas/7. Distancia Transporte certificadas/ANEXO 7 CERTIFICACIONES DE MATERIALES.

presentación de la demanda se había aprobado transporte fluvial de material desde Buenavista II en cantidad de tres millones setecientos ochenta y un mil setecientos ochenta y siete metros cúbicos por kilómetro (3.781.687 m³-Km). Sin embargo, en el proceso está acreditado que el volumen certificado de material transportado desde la cantera Buenavista II fue de doscientos cuarenta mil setecientos veintitrés metros cúbicos (240.723 m³). El título minero de Buenavista II es de propiedad de la sociedad PM&C S.A.S., la sociedad que es la que le corresponde certificar las cantidades de material extraídas de esa cantera. En el expediente obran las respectivas certificaciones de la sociedad MP&C S.A.S., junto con un cuadro totalizador.

Por otra parte la distancia fluvial real fue de setenta kilómetros (70 km). La simple operación aritmética de multiplicar el volumen transportado por la distancia recorrida, arroja unas cantidades de transporte de material de 16.850.610 m³-Km. Esto supone una diferencia en las cantidades de transporte (reconocida y real) de 13.068.923, m³-Km, que es lo que reclama el Consorcio"⁹⁷.

En cuanto al valor probatorio de las certificaciones y la forma en que el apoderado de la Convocante utiliza las cantidades de material certificadas para fundamentar su reclamación, el Tribunal precisa que las certificaciones acreditan las cantidades de material en metros cúbicos (m³), mientras que las Actas de Modificación No. 4, No. 5 y No. 6 y las actas de recibo parcial de obra números 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 36 señalan las cantidades del ítem de transporte de material fluvial en la unidad de medida conocida como metro cúbico kilómetro (m³/Km).

Lo anterior quiere decir que las certificaciones acreditan las cantidades de material despachado al Consorcio Ribera Este, pero no la modalidad ni la distancia por las que tales materiales fueron transportados hacia el centro de gravedad de la obra.

En efecto, la magnitud expresada en las certificaciones es aquella en que se cuantifican los ítems correspondientes a materiales de obra, en tanto que la magnitud en que se expresan las cantidades de los ítems relativos al transporte, como el de transporte de material fluvial, es el metro cúbico kilómetro (m³/Km), que refleja el resultado de toda la operación de traslado de materiales a lo largo de un trayecto.

También anota el Tribunal que le asiste la razón al apoderado de la parte Convocada, al indicar en sus alegatos de conclusión que "*No obra prueba*

⁹⁷ Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 78.

*alguna en el expediente que acredite que las certificaciones que acompañó la demanda reformada, puedan ser título de cobro del transporte de material*⁹⁸". Más puntualmente señala el apoderado del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** que:

"Como fuera expuesto de manera clara en el primer punto del presente acápite, el título de pago de las actividades parciales de obra ejecutadas por el Contratista son las actas parciales de obra, según lo contractualmente establecido y el entendimiento técnico del Manual de interventoría INVIAS.

*Frente a esto, el CONSORCIO RIBERA ESTE NO demostró que las llamadas 'certificaciones de canteras' que aportó con su reforma de la demanda fueran el fundamento mismo del pago. Y no podría haberlo hecho, porque contractualmente no lo era*⁹⁹.

En efecto, el Tribunal no encuentra que en el Contrato de obra pública No. 617 de 2013 se disponga que las cantidades ejecutadas respecto del ítem de transporte de material fluvial se acreditan o pagan de conformidad con las certificaciones de las canteras que proveen los materiales.

Tampoco hay evidencia de que tales certificaciones hayan sido empleadas para acreditar o pagar el ítem de transporte de material fluvial en los otrosíes 1, 2, 4, 5 y 6, los Actos de Modificación No. 7, No. 8 y No 9 y el Contrato Modificatorio No. 3, que obran en el plenario. Lo propio sucede en los demás documentos contractuales aportados al proceso y que son: los Estudios Previos de la Licitación Pública No LP-DM-07-2012¹⁰⁰; los Ajustes a los mismos¹⁰¹; los Pliegos de Condiciones Definitivos¹⁰²; el estudio de Hidrología e Hidráulica vial vía Palermo - Sitionuevo¹⁰³; la Ficha Técnica para la Construcción de una

⁹⁸ Alegatos de conclusión de la parte Convocada, p. 48.

⁹⁹ Alegatos de conclusión de la parte Convocada, p. 48.

¹⁰⁰ Estudios Previos de la Licitación Pública No LP-DM-07-2012. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Demanda inicial. El cd obra a folio 4 del Cuaderno de Pruebas No. 1. Para acceder al documento: Disc/DEPREV_PROCESO_12-1-86265_247000001_6078188 (Documento de estudios previos).

¹⁰¹ Estudios Previos de la Licitación Pública No LP-DM-07-2012. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Demanda inicial. El cd obra a folio 4 del Cuaderno de Pruebas No. 1. Para acceder al documento: Disc/DA_PROCESO_12-1-86265_247000001_7643318 (Estudio previo ajustado consolidado).

¹⁰² Pliegos de condiciones definitivos. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Demanda inicial. El cd obra a folio 4 del Cuaderno de Pruebas No. 1. Para acceder al documento: Disc/PCD_PROCESO_12-1-86265_247000001_7380350 (Pliegos de condiciones definitivos).

¹⁰³ Estudio de hidrología e hidráulica vial vía Palermo - Sitionuevo. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Actas, comunicaciones, oficios/16. Informe Hidrología e Hidráulica Vial final.

variante propuesta en el corregimiento de Palermo (Sitionuevo)¹⁰⁴; la Ficha Técnica para la Construcción de una variante en el municipio de Sitionuevo¹⁰⁵; el Informe de Consideraciones Técnicas, Ambientales y Sociales del proyecto de mejoramiento vial Palermo - Sitionuevo - Remolino - Guáimaro de la ruta nacional 27, proyecto vía de la Prosperidad, en el tramo II¹⁰⁶; y, el Plan de Adaptación de la Guía Ambientan¹⁰⁷, PAGA, en los que nada se dice con respecto a las certificaciones de cantera en mención.

Más todavía, el Tribunal anota que en las certificaciones de la cantera Buenavista II, así como en las demás aportadas por el apoderado de la Convocante, se halla el sello distintivo del Consorcio Ribera Este, pero no hay evidencia del asentimiento de la Interventoría ni del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** con respecto al contenido de las mismas, con lo que no pueden ser tenidas como pruebas en contra de la Convocada, ya que no se demostró que dichas certificaciones sean los soportes previstos por el Contrato ni por los demás documentos contractuales para acreditar las cantidades ejecutadas del ítem de transporte de material fluvial.

Con fundamento en el material probatorio analizado anteriormente, el Tribunal encuentra que el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** ha cumplido en forma parcial su obligación de pago del ítem de transporte de material fluvial, previsto en las actas de recibo parcial de obra bajo el No. de orden 77, pues, como quedó demostrado en el proceso, la distancia del trayecto fluvial del transporte multimodal desde la cantera Arroyo Hondo (Buenavista II) es de setenta kilómetros (70 km), pero el pago respecto de aquel ítem fue realizado en las actas de recibo parcial de obra tomando en cuenta una distancia de cuarenta kilómetros (40 km).

El Tribunal también anota que el hecho de que el Consorcio Ribera Este haya transportado un trayecto mayor al reconocido en las actas de recibo parcial de obra implica para él la causación de un perjuicio económico que no está en el deber jurídico de soportar. Efectivamente, habida cuenta de que la modalidad

¹⁰⁴ Ficha Técnica Variante Palermo. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Actas, comunicaciones, oficios/18.FICHA TECNICA PALERMO (29-09-2015).

¹⁰⁵ Ficha Técnica Variante Sitionuevo. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Actas, comunicaciones, oficios/19. FICHA TECNICA SITIONUEVO (29-09-2015).

¹⁰⁶ Informe Técnico proyecto vía de la prosperidad, Tramo II. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Actas, comunicaciones, oficios/ 20. FICHA TÉCNICA TRAMO II (29-09-2015).

¹⁰⁷ Usb aportada por la testigo Claudia Orjuela. Esta usb obra a folio 317 del Cuaderno de Pruebas No. 3. Para acceder al documento: USB/estudios y diseños/PAGA AGOSTO 2018.

de pago prevista en el Contrato es la de precios unitarios, es obligación de la entidad contratante el pagar todas las cantidades ejecutadas respecto del *ítem* de transporte de material fluvial y, por tanto, el no pago de las mismas acarrea la irrogación de un daño antijurídico para el contratista.

Acerca de la entidad y magnitud del daño, el Tribunal debe tener en cuenta que la pretensión *sub examine* no integró los conceptos valorados en el juramento estimatorio presentado por el apoderado del Consorcio Ribera Este, como él mismo lo reconoce en sus alegatos de conclusión¹⁰⁸, motivo por el cual, la cuantificación del daño debe estar acreditada mediante los medios de prueba debidamente aportados o practicados en el proceso.

En lo atinente a este particular, el tribunal recuerda que quedaron acreditados en el proceso los hechos consistentes en que: la distancia del trayecto fluvial con respecto al transporte multimodal desde la cantera Arroyo Hondo (Buenavista II) es de setenta kilómetros (70 km) y, dos, el *ítem* de transporte de material fluvial fue reconocido en las actas de recibo parcial de obra en una distancia de cuarenta kilómetros (40 km).

Además, el Tribunal toma en cuenta el hecho de que los materiales objeto de acarreo por río fueron aquellos provenientes de la cantera Buenavista II, ya que los materiales de la cantera Rancho Alegre, para la que también había sido inicialmente previsto el transporte multimodal (fluvial-terrestre), no fueron finalmente trasladados por río, como queda evidenciado en el Acta de Modificación número 5, de fecha treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciséis (2016), en estos términos:

*“En el ítem No. 5 ‘Transporte de Materiales Provenientes de la excavación de explanación, cortes canales y préstamos’, se presentan mayores cantidades debido, a que ante la dificultad que se experimentó en el transporte fluvial, fue necesario buscar soluciones alternas que garantizaran mantener la economía del Proyecto, como fue el caso de la mezcla entre la cantera la Fontana y la cantera Rancho Alegre, con lo cual después de muchos ensayos de prueba y error y la aparición de betas de mejor calidad, se logró conformar una mezcla que cumpla las condiciones de la Especificación INVIAS 220, para terraplén y poder reducir la distancia terrestre de 82 km a 58 km, garantizando mantener el ahorro proyectado, **aun cuando no se estaba utilizando el ítem de transporte fluvial**”* ¹⁰⁹.
(Resaltado fuera de texto)

¹⁰⁸ Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 102 y ss.

¹⁰⁹ Acta de Modificación No. 5 del treinta y uno (31) de octubre de 2016. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pruebas #2/Prueba #7/Acta Modificativa No. 5.

También las partes del Contrato, en la ya mencionada Acta de Modificación número 5, dejaron constancia de lo siguiente:

“... Se recuerda que las condiciones que dieron origen al transporte fluvial y a su vez el cálculo de metros cúbicos kilómetros proyectado en acta modificativa No. 4 fueron las siguientes: a). La Fuente de Material Aprobada para el transporte Multimodal, fue Rancho Alegre, b). Permanente Transitabilidad desde la Fuente (Rancho Alegre) al Muelle de Carga (Pto Giraldo), c). Permanente Navegabilidad por Río entre el Muelle de Carga (Pto Giraldo) al Muelle de descarga (Sitio Nuevo). Las anteriores condiciones no se han cumplido, debido a factores externos ajenos al control de todos los actores del proyecto (restricciones vehiculares de carga para camiones doble troque, lento aumento del calado del Río, limitando la navegabilidad de las embarcaciones que transportan el material), por lo que se hizo necesario retomar el transporte terrestre, buscando en conjunto con interventoría las opciones más eficientes a las actuales, para intentar mantener similares márgenes de economía, de tal manera que se realizó la búsqueda de nuevas fuentes de materiales que no se contemplaban dentro de los diseños FASE III contractuales, ni dentro de la base de datos de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA DEL ATLÁNTICO”¹¹⁰.

Asimismo, como ya se había indicado al inicio del estudio de la pretensión bajo estudio, el Tribunal anota que al momento de la presentación de la Reforma de la Demanda la última acta de recibo parcial de obra era la número 35, del cinco (05) de abril del año dos mil dieciocho (2018). El valor acumulado a esta fecha por concepto del ítem de transporte de material fluvial es la suma de cuatro mil setecientos sesenta y un millones quinientos noventa y siete mil setecientos treinta y cinco pesos y cuarenta y cuatro centavos (\$4.761.597.735,44).

Bajo este entendido, el valor correspondiente a las cantidades ejecutadas del ítem de transporte de material fluvial que no están reconocidas en las actas de recibo parcial de obra se establece a través de una regla de tres (3), en la que los valores conocidos son: el valor del transporte fluvial por cuarenta kilómetros (40 km) es la suma de cuatro mil setecientos sesenta y un millones quinientos noventa y siete mil setecientos treinta y cinco pesos y cuarenta y cuatro centavos (\$4.761.597.735,44) y el trayecto realmente recorrido fue de setenta kilómetros (70 km), mientras que el factor a despejar es: el valor a pagar por haber conducido los materiales por el trayecto verdaderamente recorrido en río,

¹¹⁰ Acta de Modificación No. 5 del treinta y uno (31) de octubre de 2016. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pruebas #2/Prueba #7/Acta Modificativa No. 5.

que es de setenta kilómetros (70 km). Lo anterior queda expresado en la siguiente fórmula aritmética:

$$X = \frac{70 \text{ km} \times \$4.761.597.735,44}{40 \text{ km}} = \$8.332.796.037,02$$

A este valor de ocho mil trescientos treinta y dos millones setecientos noventa y seis mil treinta y siete pesos y dos centavos (\$8.332.796.037,02) se le debe restar el valor acumulado en la última acta de recibo parcial de obra (la número 35), que es cuatro mil setecientos sesenta y un millones quinientos noventa y siete mil setecientos treinta y cinco pesos y cuarenta y cuatro centavos (\$4.761.597.735,44), y, finalmente, se obtiene el valor no reconocido en las actas de recibo parcial de obra, a la fecha de corte de la mencionada acta de recibo parcial de obra 35. Lo anterior queda expresado en la siguiente fórmula aritmética:

$$\text{Valor no reconocido} \rightarrow \$8.332.796.037,02 - \$4.761.597.735,44 = \mathbf{\$3.571.198.301,58}$$

Así, el valor correspondiente a las cantidades ejecutadas del ítem de transporte de material fluvial que no se reconocieron ni pagaron hasta el acta de recibo parcial de obra número 35 es la suma de: tres mil quinientos setenta y un millones ciento noventa y ocho mil trescientos un pesos y cincuenta y ocho centavos (\$3.571.198.301,58). Este monto refleja la existencia y magnitud del daño antijurídico irrogado al contratista, derivado del pago parcial de las cantidades ejecutadas del ítem de transporte de material fluvial.

Finalmente, con relación al valor que se debe reconocer a la Convocante, asunto del cual se ocupa la pretensión segunda de condena de la Reforma de la Demanda, el Tribunal anuncia que el Consorcio Ribera Este manifestó que existe un saldo a favor del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** de cuatro mil quinientos setenta y seis millones quinientos mil novecientos setenta y cinco pesos (\$4.576.500.975,00)¹¹¹, por concepto del mayor pago de metros cúbicos kilómetros de transporte terrestre, circunstancia que será analizada en detalle más adelante, al resolver la mencionada pretensión segunda de condena.

Por otro lado, en lo que atañe al nexo causal entre el daño y el cumplimiento parcial, el Tribunal precisa que quedó demostrado que el perjuicio económico causado al contratista se debió a que la entidad contratante ha reconocido una distancia menor a la verdaderamente ejecutada. Sobre este punto, también anota el Tribunal que no se acreditó dentro del proceso haya habido una causa extraña, como la culpa de un tercero, la culpa de la víctima, la fuerza mayor o el caso fortuito.

¹¹¹ "Considerando que el precio unitario del transporte terrestre de material es de \$1.025,00 m³/Km, el saldo a favor del departamento asciende a la suma de \$4.576.500.975,00, que deben ser descontados de la pretensión del Consorcio". Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 110.

Los últimos aspectos que el Tribunal analizará con relación al *petitum* bajo estudio son los de la oportunidad y la forma que, de conformidad con el principio de buena fe, deben observarse para realizar un reclamo por incumplimiento a la contraparte contractual.

Además de las actas de recibo parcial de obra números 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 36, ya examinadas anteriormente, también obran en el plenario: las Actas de Modificación No. 4, No. 5 y No. 6; el Acta de Inicio del Contrato; un Acta de Suspensión y un Acta Reinicio; algunas actas de comités llevados a cabo por el Consorcio Ribera Este, el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** y la interventoría del Contrato; el Acta de Inicio de Obra; los otrosíes 1, 2, 4, 5 y 6 al Contrato de obra pública No. 617 de 2013; el Contrato Modificatorio No. 3 al Contrato de obra pública No. 617 de 2013; y, los Actos de Modificación No. 7, No. 8 y No. 9 al Contrato de obra pública No. 617 de 2013. Con miras analizar si la parte Convocante observó los requisitos de oportunidad y forma al realizarle su reclamo al **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** por el incumplimiento en la obligación de pago respecto del *ítem* de transporte de material fluvial, se revisarán tales actas, otrosíes y Contrato modificatorio.

Respecto de las primeras, se observa que en el Acta de Modificación No. 4¹¹² está comprendido el *ítem*: "*Transporte de material fluvial*", bajo el No. de orden 77 y al que se le asignan algunos factores, como los relativos a cantidades y valor unitario. Esta Acta se suscribió sin observaciones ni reservas. Lo propio sucede con las Actas de Modificación No. 5¹¹³ y No. 6¹¹⁴, en las que se incluye el *ítem* de transporte de material fluvial.

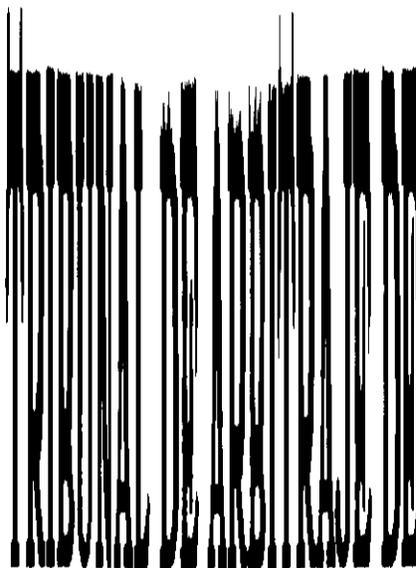
En cuanto a las demás, el Acta de Inicio del Contrato de obra pública número 617 de 2013 se celebró el día treinta y uno (31) de diciembre de 2013¹¹⁵.

¹¹² Acta de Modificación No. 4 del tres (3) de agosto de 2016. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Actas, comunicaciones, oficios/28. ACTA MODIFICATIVA No. 4.

¹¹³ Acta de Modificación No. 5 del treinta y uno (31) de octubre de 2016. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pruebas #2/Prueba #7/Acta Modificativa No. 5.

¹¹⁴ Acta de Modificación No. 6. del primero (01) de octubre de 2017. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Multa/ACTA MODIFICATIVA No. 6.

¹¹⁵ Acta de inicio Contrato 617. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Actas, comunicaciones, oficios/1. ACTA DE INICIO.



**CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

Después, el día dieciséis (16) de enero de 2014, el Contrato fue suspendido, mediante Acta de Suspensión de esa fecha¹¹⁶. La suspensión duró hasta el día veintinueve (29) de diciembre de 2014, cuando las partes suscribieron Acta de Reinicio¹¹⁷. Estas Actas fueron suscritas sin observaciones ni reservas.

El día doce (12) de febrero de 2015¹¹⁸ tuvo lugar un comité técnico entre el Consorcio Ribera Este, el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** y la interventoría del Contrato y en el que se abordaron diversos asuntos relativos al ajuste de estudios y diseños y a la ejecución del objeto contractual, sin tocar el tema concerniente a la distancia del tramo en río respecto del transporte multimodal desde la cantera Buenavista II. Se levantó.

El día tres (3) de marzo de 2015¹¹⁹, hubo un comité técnico en cuyo desarrollo se trató como asunto número 21: "*Se deberán enviar a interventoría los resultados de material de canteras para ir estudiando los posibles centros de suministro de materiales para conformación de estructuras, estos ensayos deben contener como mínimo la curva granulométrica, límites y CBRs*". De este comité se levantó un Acta, suscrita.

El día veintisiete (27) de marzo de 2015¹²⁰, se llevó a cabo un comité técnico

Después, el día dieciséis (16) de enero de 2014, el Contrato fue suspendido, mediante Acta de Suspensión de esa fecha¹¹⁶. La suspensión duró hasta el día veintinueve (29) de diciembre de 2014, cuando las partes suscribieron Acta de Reinicio¹¹⁷. Estas Actas fueron suscritas sin observaciones ni reservas.

El día doce (12) de febrero de 2015¹¹⁸ tuvo lugar un comité técnico entre el Consorcio Ribera Este, el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** y la interventoría del Contrato y en el que se abordaron diversos asuntos relativos al ajuste de estudios y diseños y a la ejecución del objeto contractual, sin tocar el tema concerniente a la distancia del tramo en río respecto del transporte multimodal desde la cantera Buenavista II. Se levantó.

El día tres (3) de marzo de 2015¹¹⁹, hubo un comité técnico en cuyo desarrollo se trató como asunto número 21: *"Se deberán enviar a interventoría los resultados de material de canteras para ir estudiando los posibles centros de suministro de materiales para conformación de estructuras, estos ensayos deben contener como mínimo la curva granulométrica, límites y CBRs"*. De este comité se levantó un Acta, suscrita.

El día veintisiete (27) de marzo de 2015¹²⁰, se llevó a cabo un comité técnico en que se trató como asunto número 6: *"La interventoría solicita la definición de las fuentes de materiales para el proyecto y el contratista manifiesta que hasta ahora sólo cumplen los requisitos técnicos, ambientales y legales las canteras ubicadas en arroyo de piedra (ATLCO). El Gobernador solicita se realice un recorrido conjunto entre contratista, interventoría y supervisor del Contrato, a las canteras que ofrecen los materiales adecuados para la vía el día lunes 30 de marzo y se defina en conjunto y en consenso las fuentes definitivas de materiales para el proyecto"*. De este comité se levantó un Acta.

¹¹⁶ Acta de suspensión Contrato 617. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Actas, comunicaciones, oficios/2. ACTA DE SUSPENSIÓN.

¹¹⁷ Acta de reinicio Contrato 617. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Actas, comunicaciones, oficios/3. ACTA DE REINICIO.

¹¹⁸ Acta de Comité del doce (12) de febrero de 2015. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Actas, comunicaciones, oficios/6. ACTA COMITÉ 12-02-2015.

¹¹⁹ Acta de Comité del tres (3) de marzo de 2015. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Actas, comunicaciones, oficios/7. ACTA COMITÉ 03-03-2015.

¹²⁰ Acta de Comité del veintisiete (27) de marzo de 2015. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Actas, comunicaciones, oficios/5. ACTA COMITÉ 27-03-2015.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

El día catorce (14) de abril de 2015¹²¹, se realizó un comité técnico en cuya Acta se lee, bajo el título de *"Revisión de compromisos establecidos en acta(s) anterior(es)"*, que: *"Visita a canteras para definir fuente de materiales"* si se llevó a cabo, de forma conjunta por el director de la obra, la interventoría y la Gobernación.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

El día catorce (14) de abril de 2015¹²¹, se realizó un comité técnico en cuya Acta se lee, bajo el título de *"Revisión de compromisos establecidos en acta(s) anterior(es)"*, que: *"Visita a canteras para definir fuente de materiales"* sí se llevó a cabo, de forma conjunta por el director de la obra, la interventoría y la Gobernación.

El dieciséis (16) de abril de 2015¹²², otro comité técnico fue llevado a cabo, esta vez se abordó como asunto número 6: *"FUENTES DE MATERIALES: Para el material de piedra rajón para el mejoramiento de la sub-rasante el contratista propone que sea traída de arroyo de piedra o en su defecto del municipio de Génova que son las dos canteras que garantizarían un suministro continuo del*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

El día catorce (14) de abril de 2015¹²¹, se realizó un comité técnico en cuya Acta se lee, bajo el título de *"Revisión de compromisos establecidos en acta(s) anterior(es)"*, que: *"Visita a canteras para definir fuente de materiales"* si se llevó a cabo, de forma conjunta por el director de la obra, la interventoría y la Gobernación.

El dieciséis (16) de abril de 2015¹²², otro comité técnico fue llevado a cabo, esta vez se abordó como asunto número 6: *"FUENTES DE MATERIALES: Para el material de piedra rajón para el mejoramiento de la sub-rasante el contratista propone que sea traída de arroyo de piedra o en su defecto del municipio de ciénaga que son las dos canteras que garantizarían un suministro continuo del material cumpliendo con las especificaciones establecidas en las normas. La interventoría manifiesta que si el material de ciénaga cumple las especificaciones Invias, autorizaría dicha cantera previa revisión de la correspondiente documentación técnica y legal. Se deja constancia que entre la cantera de ciénaga y el municipio de Palermo hay 66 kilómetros. Así mismo, la interventoría recuerda que las volquetas deben estar vinculadas a una cooperativa de transportadores tal y como se encuentra la normatividad vigente"*. De este comité se levantó Acta.

El diecisiete (17) de abril de 2015¹²³, un nuevo comité técnico tuvo lugar, desarrollando el asunto número 4, así: *"El contratista manifiesta que está a la espera de aprobación de fuente de materiales por parte de la interventoría la cual solicita un recorrido conjunto para verificación de cumplimiento de especificaciones de los materiales propuestos la cual se programa para el día sábado 18 de abril donde se recogerán las muestras y se llevarán al laboratorio designado por interventoría, obteniéndose os resultados definitivos para aprobación de fuente de materiales el 24 de abril"*. De este comité se levantó un Acta, que fue suscrita sin ninguna observación ni reserva respecto al incumplimiento objeto de estudio.

¹²¹ Acta de Comité del catorce (14) de abril de 2015. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Actas, comunicaciones, oficios/8. ACTA COMITÉ 14-04-2015.

¹²² Acta de Comité del dieciséis (16) de abril de 2015. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Actas, comunicaciones, oficios/9. ACTA COMITÉ 16-04-2015.

¹²³ Acta de Comité del diecisiete (17) de abril de 2015. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Actas, comunicaciones, oficios/10. ACTA COMITÉ 17-04-2015.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

El veintitrés (23) de abril de 2015¹²⁴, se realizó un comité técnico en que se trató como asunto número 5: *"Se realizó la visita conjunta a fuente de materiales para definir las canteras que suministrarán material para la obra. Entre las canteras visitadas está: Arroyo de Piedra, Puerto Colombia, Cantera munárriz"*. De este comité se levantó Acta.

El veintiocho (28) de abril de 2015¹²⁵, se reunieron el Consorcio Ribera Este, la Gobernación del Magdalena y la interventoría del Contrato, *"con el fin de aprobar los ajustes de los estudios y diseños entregados por la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA y la elaborados en fase 3 por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS del Contrato No 617 de 2013"*. De esta reunión se levantó un Acta, en la que se dejó la siguiente nota: *"Los justes de diseños y estudios citados anteriormente fueron aprobados en su totalidad por la interventoría, permitiendo el inicio de la construcción de las obras para el tramo sitionuevo - Palermo, sin embargo a ello quedaron pendientes por atender algunas observaciones menores realizadas por nuestros especialistas, las cuales serán resueltas de manera posterior por el constructor a manera de anexos aclaratorios del volumen de diseño"*.

El primero (1) de mayo de 2015¹²⁶ se suscribe Acta de Inicio de Obra sin observaciones ni reservas. El dieciséis (16) de marzo de dos mil dieciséis (2016)¹²⁷, se realizó un comité en el que se trataron temas relativos a la ejecución del Contrato, sin tocar lo relativo al incumplimiento del pago por mayores cantidades ejecutadas respecto del ítem de transporte de material fluvial. Se levantó Acta suscrita sin observaciones ni reservas.

El catorce (14) de abril de dos mil dieciséis (2016)¹²⁸, tuvo lugar otro comité en cuyo desarrollo se abordaron temas relativos a la ejecución del Contrato,

¹²⁴ Acta de Comité del veintitrés (23) de abril de 2015. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Actas, comunicaciones, oficios/11. ACTA COMITÉ 23-04-2015.

¹²⁵ Acta de Aprobación de Ajustes de Estudios y Diseños. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Actas, comunicaciones, oficios/13. ACTA DE APROBACIÓN DE AJUSTES A ESTUDIOS Y DISEÑOS.

¹²⁶ Acta de Inicio de Obra en el Contrato 617. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Actas, comunicaciones, oficios/17. ACTA DE INICIO DE OBRA.

¹²⁷ Acta de Comité del dieciséis (16) de marzo de 2016. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Actas, comunicaciones, oficios/24. Acta de comité 16_03_16.

¹²⁸ Acta de Comité del catorce (14) de abril de 2016 Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

dentro de los cuales se trató el número 7 relativo al *“Transporte de materiales”*, dejando constancia de que *“se debe seguir trabajando para realizar ahorros por este concepto”*. Se levantó Acta.

El veintiocho (28) de abril de dos mil dieciséis (2016)¹²⁹, se llevó a cabo un comité dentro del que se desarrollaron temas concernientes a la ejecución del Contrato, pero no se abordó lo atinente al *petitum* bajo análisis. Se suscribió Acta.

El doce (12) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)¹³⁰, se realizó un comité en el que se convocó una *“Mesa de Trabajo con participación de las veedurías ciudadanas constituidas para el proyecto, DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, Consorcio Ribera Este, Consorcio ICI, apoyo de delegados de la CGR participación ciudadana, Red de Veedurías e INVIAS, para regularización del proyecto Vía de la Prosperidad”*. Dentro de este comité se trataron temas concernientes al *“Regularización del Contrato”*. Como punto número 1 se dejó constancia de que: *“El Consorcio Ribera Este acepta que se ajuste el valor y alcance del Contrato derivado No. 617 de 2013, en el sentido de excluir las variantes de Palermo y Sitionuevo, además del denominado tramo 2APR34+500 al PR36+000°, comprometiéndose a ejecutar la pavimentación de aproximadamente 17.5 km y el Puente Caño Clarín y, en consecuencia, excluir también el tramo Sitionuevo – Remolino – Guaimaro”*; como punto número 2: *“El consorcio Ribera Este y el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA suscribirán el otrosí al Contrato derivado No. 617 de 2013 que contenga su manifestación y compromiso adquirido en el punto N. 1”*; como punto número 3: *“El Invias se compromete a realizar los trámites previos para el giro de los recursos vigencia 2016, para que una vez disponga del otrosí del Contrato No. 617 de 2013 junto con la solicitud del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA en la que manifiesta se ha regularizado el Contrato. Para el giro correspondiente se debe contar con la modificación del Convenio No. 649 de 2013 a suscribirse ante el INVIAS y el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA”*; como punto número 4: *“De acuerdo con el análisis técnico de los tiempos requeridos para el con contratista, Consorcio Ribera Este, ejecute las obras determinadas en el punto No. 1, se establece como plazo máximo el 15 de julio de 2018”*; como punto número 5: *“Las controversias del Literal a) de la cláusula segunda de la modificación No. 3 del Convenio 649 de 2013 harán parte del compromiso de su regularización, dentro*

documento: Disc anexos reforma demanda/Actas, comunicaciones, oficios/27. Acta de comité 14_04_16.

¹²⁹ Acta de Comité del veintiocho (28) de abril de 2016. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Actas, comunicaciones, oficios/25. Acta de comité 28_04_16.

¹³⁰ Acta de Comité del doce (12) de septiembre de 2017. Obra a folios 46-49 y 310-313 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Además, también se encuentra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocada en su Contestación a la Reforma de la Demanda, cd que obra a folio 266 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: CD anexos contestación reforma demanda/3. Contrato 617 de 2013/Acta de Comité del 12 de septiembre de 2017.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

del Tribunal de Arbitramento al que será convocado el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA. Ó caso contrario como Convocante". Se levantó Acta.

En lo tocante a los otrosíes al Contrato de obra pública No. 617 de 2013, se encuentra acreditado que el primero de ellos tuvo lugar el mismo día de la celebración del Contrato, esto es, el cuatro (4) de octubre del año dos mil trece (2013)¹³¹. Este otrosí tuvo como propósito aclarar algunas partes del Contrato, puntualmente: el marco normativo que facultan al Gobernador del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** para suscribir el Contrato; la constitución de una Fiducia Mercantil para el manejo y pago del pago anticipado; la descripción del ítem 56 del cuadro de ítems y cantidades. Se deja constancia de que nada se dice en este otrosí respecto del ítem de transporte de material fluvial ni a la distancia del tramo fluvial del transporte multimodal desde la cantera Buenavista II. Se suscribe sin observaciones ni reservas.

El diecisiete (17) de abril del año dos mil quine (2015), se suscribió por las partes el Otrosí No. 2, también de carácter aclaratorio, como su antecesor, y se refirió a que en la cláusula décimo quinta del Contrato los asegurados y/o beneficiarios de las garantías y seguros serán el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** y el Instituto Nacional de Vías, así como aclarar en la garantía única de cumplimiento BQ-100005240 y su anexo de responsabilidad civil extracontractual que los asegurados y/o beneficiarios son el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** y el Instituto Nacional de Vías. Se deja constancia de que nada se dice en este otrosí del ítem de transporte de material fluvial ni a la distancia del tramo fluvial del transporte multimodal desde la cantera Buenavista II. Se suscribe sin observaciones ni reservas.

El diecisiete (17) de diciembre del año dos mil quince (2015)¹³², se suscribió por las partes el Contrato modificadorio No. 3, mediante el cual se ajusta el contenido de la cláusula séptima del Contrato 617 de 2013 y se adiciona el parágrafo cuarto a la misma. Se deja constancia de que nada se dice en este otrosí del ítem de transporte de material fluvial ni a la distancia del tramo fluvial del transporte multimodal desde la cantera Buenavista II. Se suscribe sin observaciones ni reservas.

¹³¹ El Otrosí No. 1 al Contrato de Obra Pública No. 617 obra a folios 32-33 y 300-301 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Además, también se encuentra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocada en su Contestación a la Reforma de la Demanda, cd que obra a folio 266 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: CD anexos contestación reforma demanda/3. Contrato 617 de 2013/Otro sí No. 1 Contrato 617 de 2013.

¹³² El Contrato Modificadorio No. 3 al Contrato de Obra Pública No. 617 obra a folios 35-39 y 303-307 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Además, también se encuentra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocada en su Contestación a la Reforma de la Demanda, cd que obra a folio 266 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: CD anexos contestación reforma demanda/3. Contrato 617 de 2013/Contrato modificadorio No. 3 Contrato 617 de 2013.

El veintidós (22) de febrero del año dos mil dieciséis (2016)¹³³, se suscribió por las partes el Otrosí No. 4, de carácter aclaratorio y cuyo objeto fue esclarecer la forma el procedimiento a adelantar para aplicar la "PROVISIÓN ESTIMADA PARA AJUSTES DE OBRA", de la cláusula quinta del Contrato. Se deja constancia de que nada se dice en este otrosí respecto del ítem de transporte de material fluvial ni a la distancia del tramo fluvial del transporte multimodal desde la cantera Buenavista II. Se suscribe sin observaciones ni reservas.

El dieciséis (16) de junio del año dos mil dieciséis (2016)¹³⁴, se suscribió el Otrosí No 5, con el propósito de modificar el inciso d) de la cláusula décimo quinta del Contrato. Se deja constancia de que nada se dice en este otrosí respecto del ítem de transporte de material fluvial ni a la distancia del tramo fluvial del transporte multimodal desde la cantera Buenavista II. Se suscribe sin observaciones ni reservas.

Y, finalmente, el veinticinco (25) de septiembre del año dos mil diecisiete (2017)¹³⁵, se suscribe por las partes el Otrosí modificadorio No. 6 al Contrato de obra 617 de 2013. Este otrosí modifica varios aspectos del Contrato, entre ellos: el objeto y alcance del Contrato; el valor y el plazo del Contrato; el ajuste de las garantías y seguros derivado de las anteriores modificaciones. Además, el mismo documento contiene una reserva respecto del reconocimiento de la distancia a las fuentes de materiales, que, para los efectos del estudio de la pretensión *sub examine*, el Tribunal procederá a revisar a continuación.

De acuerdo con la cláusula séptima del Otrosí modificadorio No. 6:

"La controversia relacionada con la modificación de las cantidades de transporte de material de terraplén en el ítem transporte de materiales provenientes de la excavación de explanación, canales y préstamos para distancias mayores de 1.000 metros, y el reconocimiento de la distancia a las fuentes de materiales, será dirimido a instancia del Tribunal de

¹³³ El Otrosí No. 4 al Contrato de Obra Pública No. 617 obra al folio 40 y al folio 308 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Además, también se encuentra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocada en su Contestación a la Reforma de la Demanda, cd que obra a folio 266 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: CD anexos contestación reforma demanda/3. Contrato 617 de 2013/Otrosí No. 4 Contrato 617 de 2013.

¹³⁴ El Otrosí No. 5 al Contrato de Obra Pública No. 617 obra al folio 41 y al folio 309 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Además, también se encuentra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocada en su Contestación a la Reforma de la Demanda, cd que obra a folio 266 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: CD anexos contestación reforma demanda/3. Contrato 617 de 2013/Otrosí No. 5 Contrato 617 de 2013.

¹³⁵ El Otrosí No. 6 al Contrato de Obra Pública No. 617 obra a folios 42-45 y 314-317 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Además, también se encuentra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocada en su Contestación a la Reforma de la Demanda, cd que obra a folio 266 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: CD anexos contestación reforma demanda/3. Contrato 617 de 2013/Otrosí No. 6 Contrato 617 de 2013.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

*Arbitramento, que será llevado por el DEPARTAMENTO DEL
MAGDALENA en el momento procesal que corresponda".*

Lo primero que el Tribunal observa con relación a la reserva trascrita es que ella integra el clausulado del Otrosí modificadorio No. 6, de manera que queda claro que se trata de una manifestación de voluntad bilateral por parte del **CONSORCIO RIBERA ESTE** y del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**.

En efecto, lo más común es que las reservas sean formuladas unilateralmente por la parte que se considera afectada por el incumplimiento, manifestando el objeto de su reclamación, mediante una nota marginal que, generalmente, se encuentra al final del documento en que se plasma. Sin embargo, en el caso *sub examine* la reserva tiene la forma de cláusula contractual y emana de ambas partes.

Si bien es cierto que hasta el veinticinco (25) de septiembre del año dos mil diecisiete (2017), fecha de celebración del Otrosí No. 6, se deja expresamente constancia por las partes de la existencia de una controversia acerca del reconociendo de la distancia a las fuentes de materiales y la cantidades de transporte de material provenientes de las canteras, también es cierto que desde la comunicación del cinco (5) de noviembre de dos mil quince (2015)¹³⁶, con radicado DA-508-CRE-03-15, en la que supuestamente el contratista renunció al cobro de las mayores distancias de transporte fluvial desde la cantera Buenavista II que sobrepasen los 40 kilómetros, se avizoraba que las partes del Contrato tenían una divergencia en el reconocimiento de este concepto.

De otro lado, bien es cierto que en las actas parciales de recibo de obra no consta que el contratista hubiese expresado su inconformidad sobre la cantidad de transporte fluvial que se le estaba reconociendo, también es cierto que una de las características de estas actas es que son parciales, y pueden en el futuro ser ajustadas de llegarse a comprobar que se ejecutaron mayores o menores cantidades de obra de las allí reconocidas, esto sumado a que las partes, como se dijo anteriormente, desde el comienzo de la utilización de este transporte se vislumbró la existencia de la controversia en comentó.

Sin embargo, de otro lado, el Tribunal también observa que al provenir la reserva tanto del contratista como de la entidad contratante, es manifiesto que ambas partes reconocieron la existencia de una controversia relativa a "*la distancia a las fuentes de materiales*", pero también es cierto que ahí no se menciona desde cuando se estaba dando tal discrepancia. Tampoco puede ser

¹³⁶ Comunicación DA-508-CRE-03-15. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd aportado por el testigo Vladimir Cardona. El cd obra a folio 321 del Cuaderno de Pruebas No. 3. Para acceder al documento: Anexos Presentación/5. Mayores Volúmenes de Material de Transporte de Terraplén por Certificaciones/DA-508-CRE-03-15.

de recibo que la entidad Convocada pueda argumentar que fue sorprendidas con esta presentación con la demanda en donde se plasmó dicho reclamo.

En cuanto a la forma con que se formuló la reserva en el Otrosí No. 6, el Tribunal precisa que ésta tuvo por objeto a dos reclamaciones independientes: una, que es la *"controversia relacionada con la modificación de las cantidades de transporte de material de terraplén en el ítem transporte de materiales provenientes de la excavación de explanación, canales y préstamos para distancias mayores de 1.000 metros"* y, la segunda, la relativa a *" el reconocimiento de la distancia a las fuentes de materiales, será dirimido a instancia del Tribunal de Arbitramento, que será llevado por el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA en el momento procesal que corresponda"*, que es aquella objeto de la pretensión bajo estudio.

Respecto a lo anterior, el Tribunal observa que la que más se ajusta a la pretensión en estudio, es la relacionada con la segunda reserva.

Con relación a la segunda reserva, que es aquella que señala: *"el reconocimiento de la distancia a las fuentes de materiales, será dirimido a instancia del Tribunal de Arbitramento, que será llevado por el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA en el momento procesal que corresponda"*, el Tribunal precisa que la forma en que está dispuesta esta reserva cumple con los postulados de precisión y especificidad, derivados del principio de buena fe.

Efectivamente, de acuerdo en el texto de la reserva, ambas partes se guardan el derecho a dirimir su controversia sobre *"el reconocimiento de la distancia a las fuentes de materiales"*, formula en que queda comprendido el aspecto reclamado en la pretensión bajo análisis y que es el consistente al reconocimiento de la distancia verdaderamente recorrida respecto del tramo fluvial del transporte multimodal desde la cantera Buenavista II al centro de gravedad de la obra.

Luego, no puede ser de recibo lo expresado por el apoderado de la entidad Convocada al referir que, según el texto de la cláusula séptima del Otrosí No. 6, solo el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA está habilitado para llevar la controversia ante un Tribunal de Arbitramento, pues de ser de recibo esta apreciación, se le estaría conculcando al contratista su derecho fundamental al acceso a la justicia, por cuanto la Carta expresa en tal sentido lo siguiente: Artículo 229 de la Constitución: *"Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado."*

El Tribunal también tiene en cuenta que con posterioridad a la suscripción del Otrosí modificatorio No. 6, las partes celebraron los Actos de Modificación

No. 7¹³⁷, No. 8¹³⁸ y No 9¹³⁹ al Contrato de obra pública No. 617 de 2013, con respecto a los cuales tan solo será indicado que se ocuparon de asuntos diversos a los atinentes al ítem de transporte de material fluvial y a la distancia del tramo fluvial del transporte multimodal desde la cantera Buenavista II y, asimismo, que dichos Actos de Modificación fueron suscritos sin observaciones ni reservas.

Con fundamento en los medios de prueba y las consideraciones atrás expuestas, el Tribunal encuentra probada la pretensión séptima declarativa de la Reforma de la Demanda presentada por la parte Convocante y, por tanto, declara que el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** ha cumplido su obligación de pago respecto del ítem de transporte de material fluvial en forma parcial, pues dicho pago se ha realizado en las actas de recibo parcial de obra tomando una distancia irreal de cuarenta kilómetros (40 km), en vez de la probada que es de setenta kilómetros (70 km).

Por último, ya que la pretensión *sub examine*, que es la séptima principal de la Reforma de la Demanda, fue hallada próspera por el Tribunal, no habrá lugar a analizar la pretensión séptima subsidiaria, que solicitaba que se declara el rompimiento del equilibrio económico en estos términos:

"SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA. Que se declare el rompimiento de la ecuación contractual, en razón de las mayores cantidades de transporte de material pues el CONSORCIO RIBERA ESTE tuvo que incurrir en ellas sin que estas hayan sido reconocidas o pagadas por el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA".

5.3.1.- RESPECTO DE LA PRETENSIÓN SEGUNDA DE CONDENA DE LA REFORMA DE LA DEMANDA

Esta pretensión es del siguiente tenor:

"SEGUNDA. Que se condene al DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA a pagar la suma de \$12.881'164.597 o la que

¹³⁷ Cd aportado por la testigo Claudia Orjuela. Este cd obra a folio 319 del Cuaderno de Pruebas No. 3. Para acceder al documento: CD/ANEXOS_A_DECLARACION_DE_CLAUDIA_J_ORJUELA_TRIBUNAL_DE_ARBITRAMENTO_CONSORCIO_RIBERA_ESTES_VS_DPTO_MAGDALENA (1)/MODIFICATORIO No. 7 CONTRATO 617 2013.

¹³⁸ Cd aportado por la testigo Claudia Orjuela. Este cd obra a folio 319 del Cuaderno de Pruebas No. 3. Para acceder al documento: CD/ANEXOS_A_DECLARACION_DE_CLAUDIA_J_ORJUELA_TRIBUNAL_DE_ARBITRAMENTO_CONSORCIO_RIBERA_ESTES_VS_DPTO_MAGDALENA (1)/MODIFICATORIO No. 8 CONTRATO DE OBRA No. 0617 OCTUBRE 2013.

¹³⁹ Cd aportado por la testigo Claudia Orjuela. Este cd obra a folio 319 del Cuaderno de Pruebas No. 3. Para acceder al documento: CD/ANEXOS_A_DECLARACION_DE_CLAUDIA_J_ORJUELA_TRIBUNAL_DE_ARBITRAMENTO_CONSORCIO_RIBERA_ESTES_VS_DPTO_MAGDALENA (1)/MODIFICATORIO No. 9 CONTRATO No. 617 DE 2013.

resulte probada en el proceso, por concepto del rompimiento de la ecuación contractual causado por las mayores cantidades de transporte de material de terraplén, en las que incurrió el CONSORCIO RIBERA ESTE, desde la fuente de material hasta el sitio de disposición en la obra, que no han sido reconocidas ni pagadas por la entidad contratante, de conformidad con las certificaciones exigidas por la INTERVENTORÍA y los volúmenes definitivos cancelados en las Actas Parciales de Obra”.

El Tribunal comienza por precisar que esta pretensión segunda condenatoria no hace referencia exegética a si se refiere a la pretensión séptima principal o a la séptima subsidiaria de la Reforma de la Demanda o ambas, conjuntamente, y que son las que versan sobre la controversia relativa al transporte de materiales y las mayores distancias de las canteras al centro de gravedad de la obra. Por esta razón, el Tribunal, para resolver el *petitum* bajo estudio, procede a realizar un análisis e interpretación de la Reforma de la Demanda y de los alegatos de conclusión de la parte Convocante. Para este efecto, el Tribunal se referirá al principio *iura novit curia*, con el fin de hacer prevalecer el derecho sustancial frente a la forma.

De esta manera, el Tribunal esclarece que, con fundamento en la Reforma de la Demanda y en los alegatos de conclusión, lo pretendido por la Convocante es que se condene al **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** a que le pague las cantidades de transporte de material verdaderamente ejecutadas, ya sea que la fuente del daño sea la responsabilidad por incumplimiento contractual o sea la declaratoria del rompimiento del equilibrio económico del Contrato.

Así, en el hecho trigésimo sexto (36) de la Reforma de la Demanda, el apoderado de la Convocante manifestó: “... *del rubro de transporte de material fluvial existió una diferencia por pagar*”¹⁴⁰.

Mientras que en los alegatos de conclusión, como se indicó también al momento de resolver la pretensión séptima principal de la Reforma de la Demanda, el apoderado del Departamento expone con mayor precisión que:

“Resulta necesario precisar que el presente punto de la reclamación se refiere únicamente al tramo fluvial del transporte multimodal (terrestre — fluvial) desde la cantera Buenavista II, ubicada en municipio de Arroyo Hondo, Departamento de Bolívar (en adelante 'Buenavista II'). En el transporte proveniente de las canteras La Unión (Arroyo de Piedra - Luruaco, Atlántico), la Fontana (Tubará, Atlántico) y Rancho Alegre (Sabanalarga, Atlántico) no forman parte del ítem reclamado ante el Tribunal de

¹⁴⁰ Reforma de la Demanda, p. 11.

*Arbitramento. Tampoco forma parte de la reclamación el tramo exclusivamente terrestre del transporte desde Buenavista II*¹⁴¹.

Finalmente, el Tribunal también observa que es claro que la prosperidad de la pretensión segunda de condena es consecuencia, a su vez, de la admisión o rechazo de las pretensiones séptima principal y séptima subsidiaria, lo cual se desprende de la forma en que el demandante las formuló en la Reforma de la Demanda, pues el apoderado de la Convocante concatena genéricamente las pretensiones declarativas con las condenatorias así: “*Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicito se emitan las siguientes condenas*”¹⁴². Con esta última anotación, queda claro al estudiar esta pretensión de condena, hay que hacerlo referente a todas las pretensiones declarativas que tengan relación con ésta.

Ahora bien, con relación al principio *iura novit curia*, se trae a colación el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado, expresado en la sentencia del 31 de mayo de 2016, exp: 42.503, “*el Juez del Contrato debe evitar fallos inhibitorios, interpretando la demanda, estableciendo la materia del litigio, con prescindencia de la forma*”¹⁴³.

Bien se aprecia que en virtud del principio *iura novit curia* el juez del Contrato debe ponderar el derecho sustancial y resolver de fondo en asunto objeto de disputa¹⁴⁴, aun cuando hayan falencias procedimentales, que, desde luego, no tengan trascendencia con la validez de los actos surtidos dentro del proceso.

Con fundamento en lo anterior y en lo expresado al estudiar la pretensión séptima principal declarativa de la Reforma de la Demanda, el Tribunal encuentra que se debe acceder a esta pretensión segunda de condena *sub examine*.

El Tribunal recuerda que al momento de la presentación de la Reforma de la Demanda la última acta de recibo parcial de obra era la número 35, del cinco (05) de abril del año dos mil dieciocho (2018), que, entonces, es la fecha de corte para el cálculo de la cuantía del *petitum*. El valor acumulado a esta fecha por concepto del ítem de transporte de material fluvial es la suma de cuatro mil setecientos sesenta y un millones quinientos noventa y siete mil setecientos treinta y cinco pesos y cuarenta y cuatro centavos (\$4.761.597.735,44).

¹⁴¹ Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 74.

¹⁴² Reforma de la Demanda, p. 18.

¹⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 31 de mayo de 2016, exp: 42.503.

¹⁴⁴ “*Por lo anterior, el juez del Contrato en aplicación del principio iura novit curia debe restablecer las condiciones económicas en que debió ejecutarse el Contrato y ser mucho más exigente cuando ha sido la administración la que se ha beneficiado de las condiciones en las que se ejecutó en forma efectiva el Contrato*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 1999, exp: 11.194.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

Además, como quedó plenamente acreditado, la distancia del tramo fluvial del transporte multimodal a la cantera Buenavista II fue de setenta kilómetros (70 km), pero la distancia reconocida en las actas de recibo parcial de obra fue de cuarenta kilómetros (40 km).

Bajo este entendido, el valor correspondiente a las cantidades ejecutadas del *ítem* de transporte de material fluvial que no están reconocidas en las actas de recibo parcial de obra se establece a través de una regla de tres (3), en la que los valores conocidos son: el valor del transporte fluvial por cuarenta kilómetros (40 km) es la suma de cuatro mil setecientos sesenta y un millones quinientos noventa y siete mil setecientos treinta y cinco pesos y cuarenta y cuatro centavos (\$4.761.597.735,44) y el trayecto realmente recorrido fue de setenta kilómetros (70 km), mientras que el factor a despejar es: el valor a pagar por haber conducido los materiales por el trayecto verdaderamente recorrido en río, que es de setenta kilómetros (70 km). Lo anterior queda expresado en la siguiente fórmula aritmética:

$$X = \frac{70 \text{ km} \times \$4.761.597.735,44}{40 \text{ km}} = \$8.332.796.037,02$$

A este valor de ocho mil trescientos treinta y dos millones setecientos noventa y seis mil treinta y siete pesos y dos centavos (\$8.332.796.037,02) se le debe restar el valor acumulado en la última acta de recibo parcial de obra (35), que es cuatro mil setecientos sesenta y un millones quinientos noventa y siete mil setecientos treinta y cinco pesos y cuarenta y cuatro centavos (\$4.761.597.735,44), y, finalmente, se obtiene el valor no reconocido en las actas de recibo parcial de obra. Lo anterior queda expresado en la siguiente fórmula aritmética:

$$\text{Valor no reconocido} \rightarrow \$8.332.796.037,02 - \$4.761.597.735,44 = \mathbf{\$3.571.198.301,58}$$

Así, el valor correspondiente a las cantidades ejecutadas del *ítem* de transporte de material fluvial que no se reconocieron hasta el acta de recibo parcial de obra número 35 es la suma de: tres mil quinientos setenta y un millones ciento noventa y ocho mil trescientos un pesos y cincuenta y ocho centavos (\$3.571.198.301,58).

Asimismo, en atención de lo expresado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, el Tribunal precisa que las obligaciones dinerarias, como la que existe en cabeza del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** de pagar la suma indicada en el párrafo anterior, deben ser indexadas, con el fin de que el daño sea reparado integralmente (art. 16 ley 446 de 1998¹⁴⁵).

¹⁴⁵ Artículo 16 de la ley 446 de 1998: "*Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*".

En este sentido, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 14 de abril de 2010, exp: 17.214, expresó lo siguiente:

"De acuerdo con jurisprudencia reiterada de la Sala, los perjuicios causados a un contratista como consecuencia del incumplimiento de la Administración de la obligación de pago del valor del Contrato, son indemnizados con la actualización del capital debido a título de daño emergente y con el reconocimiento de intereses desde el momento en que se incurre en mora de cumplir con aquella obligación y hasta que ella se satisfaga a título de lucro cesante, conceptos que no son incompatibles sino complementarios, en tanto el primero evita la desvalorización de la moneda, esto, la pérdida del poder adquisitivo del dinero por el transcurso del tiempo y ante el índice de inflación, mientras el segundo tiene por objetivo sancionar la mora del deudor y, por ende, reparar el daño ocasionado por ésta"¹⁴⁶.

Sobre el momento a partir del cual debe indexarse la suma dejada de reconocer en favor del contratista en las actas de recibo parcial de obra (hasta la número 35), por concepto del ítem de transporte de material fluvial, el Tribunal llama la atención acerca de que el Contrato de obra pública número 617 de 2013, en el parágrafo segundo de su artículo séptimo, sujeta el pago a una condición, que reza así:

"Dado que los pagos a realizar comprometen recursos de vigencias futuras del DEPARTAMENTO y de la Nación – Instituto Nacional de Vías, los pagos estarán sujetos a su disponibilidad en caja y de acuerdo a los desembolsos realizados por la Nación en cada vigencia fiscal y hasta los saldos disponibles de estos, de acuerdo al ejercicio financiero del proyecto, a la causación y trámite presupuestal y de tesorería, se prevé que se harán tres (3) desembolsos anuales por concepto de regalías al Departamento tanto de las propias como de la Nación, por lo que el CONTRATISTA tendrá en cuenta su flujo de caja y la necesidad de crédito para efectos de su esquema financiero y del cumplimiento del cronograma de obras que ofertó. No obstante se pagará antes si existe flujo suficiente en tesorería para su pago".

De esta manera, es claro que la exigibilidad de la obligación de pago en cabeza de la Convocada está sujeta a la condición de la "disponibilidad en caja y de acuerdo a los desembolsos realizados por la Nación en cada vigencia fiscal". Sin embargo, el Tribunal advierte que no obra prueba en el plenario del

¹⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, exp: 17.214.

momento en que hubo tal “*disponibilidad en caja*”, con lo que tampoco es posible actualizar el valor en favor del contratista a partir de la exigibilidad de obligación de pago.

Así, para determinar el momento en que se debe indexar la suma en favor de la Convocante, el Tribunal acude al segundo inciso del artículo 94 del Código General del Proceso que señala: “*La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación*”.

Mientras en lo tocante a la fórmula o mecanismo de actualización monetaria, el último inciso del artículo 187 del código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que: “*Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor*”.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal procede a indexar la suma de TRES MIL QUINIENTOS SETENTA Y UN MILLONES CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS UN PESOS Y CINCUENTA Y OCHO CENTAVOS (\$3.571.198.301,58), tomando en cuenta que el Índice de Precios al Consumidor aplicable para el momento en que se notificó el auto admisorio de la reforma de la demanda: Con Auto No. 9 del 23 de mayo de 2018, el Tribunal procedió a admitir la reforma de la demanda arbitral. Dicha providencia fue notificada mediante correo electrónico del 28 de mayo de 2018.

Para tal efecto, se acudirá a la fórmula jurisprudencialmente aceptada, que es la siguiente:

$$VA=VH \times (IPC \text{ FINAL} / IPC \text{ INICIAL})$$

Aplicados a la fórmula señalada los valores correspondientes y tomando en cuenta el IPC que, como se sabe, al ser un indicador económico del ordena nacional, tiene el carácter de hecho notorio exento de prueba, el resultado es el siguiente:

$$VA= 3.571.198.301,58 \times (0.0331/0.0316)$$

$$\mathbf{VA= 3.740.717.208,30}$$

De manera que el valor actualizado correspondiente a las cantidades ejecutadas de transporte de material fluvial no reconocidas en las actas de recibo parcial de obra (hasta la número 35) es: **TRES MIL SETECIENTOS CUARENTA MILLONES SETECIENTOS DIECISIETE MIL DOSCIENTOS OCHO PESOS CON TREINTA CENTAVOS (\$3.740.717.208,30)**.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

En este punto, el Tribunal llama la atención acerca de la manifestación hecha por el **CONSORCIO RIBERA ESTE** consistente en que sea descontada la suma de CUATRO MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$4.576.500.975,00), por concepto del mayor pago de metros cúbicos kilómetros de transporte terrestre, como se aprecia del pasaje de los alegatos de conclusión presentados por el apoderado de la Convocante que se cita a continuación:

“Considerando que el precio unitario del transporte terrestre de material es de \$1.025,00 m3/Km, el saldo a favor del departamento asciende a la suma de \$4.576.500.975,00, que deben ser descontados de la pretensión del Consorcio”¹⁴⁷.

La suma de CUATRO MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$4.576.500.975,00), será igualmente actualizada con base en el índice de precios al consumidor (IPC) y como quiera que el Tribunal no cuenta con otra fecha para tal menester, procederá a su actualización desde la notificación del auto admisorio de la reforma de la demanda, esto es, desde el 28 de mayo de 2018.

Para tal efecto, procederá a utilizar la misma fórmula, así:

$$VA= 4.576.500.975,00 \times (0.0331/0.0316)$$

$$\mathbf{VA= 4.793.739.925,05}$$

Este saldo de MIL CINCUENTA Y TRES MILLONES VEINTIDOS MIL SETECIENTOS DIECISEIS PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS (\$\$1.053.022.716,75), es el remanente en favor del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, una vez hecho el descuento del valor que corresponde al **CONSORCIO RIBERA ESTE** a título de indemnización, por haber ejecutado mayores cantidades de transporte de material fluvial a las reconocidas en las actas de recibo parcial de obra (hasta la número 35).

Lo anterior queda expresado en este cuadro:

CONCEPTO	Unidad	Cantidades	Vr. Unitario	Valor del Concepto
Cantidades ejecutadas de transporte de material fluvial según acta 35 (40 km)	M3/Km	3.781.687,00	\$1.259,12	\$4.761.597.735,44
Cantidades ejecutadas de	M3/Km	2.836.265,22	\$1.259,12	\$3.571.198.301,58

¹⁴⁷ Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 110.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

transporte de material fluvial no reconocidas (30 km),				
Cantidades de transporte terrestre pagadas de más al contratista y que solicita su descuento	M3/Km		\$1.025,00	\$4.576.500.975,00
Valor indexado de las cantidades ejecutadas de transporte de material fluvial no reconocidas (30 km)			\$ 4.793.739.925,05	
Saldo final en favor del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA			\$1.053.022.716,75	

5.4.- PRETENSIÓN DECLARATIVA OCTAVA Y TERCERA DE CONDENNA

Solicita la parte Convocante “Que se declare que, de conformidad con lo previsto en la Matriz de Riesgos de Contrato de Obra No.617 de 2013, el riesgo denominado “Riesgo ocasionado por la ejecución de mayores cantidades de obra y/o obras adicionales no previstas en las condiciones del pliego ni del Contrato, y que deban desarrollarse para el pleno desarrollo del objeto contractual, así como la contratación de interventoría del Contrato...” fue asignado en su totalidad al **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, y por tanto acudir a tomar las medidas para mitigarlo”.

Afirma el Convocante que la Matriz de riesgos contiene un capítulo denominado “Riesgos Operacionales”, que incluye la sección de “mayores cantidades de obra no previstas y necesarias”, cuya calificación da la propia Matriz con una probabilidad de “media-alta” y con una estimación económica de 49.540. 617. 558,39, asignado en su totalidad al Departamento.

Observa el Contratista que, al haberse estructurado el Pliego de Condiciones y el Contrato con Estudios del año 2008 que ya no respondían a las necesidades técnicas para la ejecución del Contrato, seguramente se podría concretar este riesgo de mayores cantidades de obra durante la ejecución¹⁴⁸.

Por ello, según su criterio, era previsible la necesidad de ejecutar actividades no incluidas en el Contrato ante la ausencia de estudios completos y adecuados, que deberían ser asumidos por la parte Convocada de conformidad con la Matriz de Riesgos. Además, entiende el Convocante que la Matriz comprende tanto las mayores cantidades de obra como las no previstas, y no se limita a lo estrictamente previsible.

Por el contrario, la parte Convocada anota que de acuerdo con la Matriz de riesgos aceptada por el Consorcio y el Departamento, no se encuentra que el riesgo descrito en la pretensión fuese asignado al **DEPARTAMENTO DEL**

¹⁴⁸ Alegatos de Conclusión Consorcio RIBERA ESTE, Pág. 17.

MAGDALENA. Además, afirma que no obra en el expediente modificación a la Matriz que incluya lo dicho en la pretensión.

En el mismo sentido, el Departamento alega la inexistencia del hecho amparado por el supuesto riesgo. Tiende este argumento a afirmar que, además de que el riesgo no está tipificado, no se probaron mayores cantidades de obra que se pudiesen reconocer, diferentes a las ya pagadas y reconocidas por el Departamento al Contratista en los Otrosíes nos. 6 y 7.

5.4.1.- ALCANCE DE LA MATRIZ DE RIESGOS DEL CONTRATO DE OBRA NO. 617 DE 2013

Señala el Tribunal que, si bien hubo una matriz de riesgo inicial¹⁴⁹ en el marco del proceso licitatorio que no hacía ninguna referencia al riesgo ocasionado por mayores cantidades de obra y/o obras adicionales no previstas en las condiciones del pliego ni del Contrato, se acreditó en el proceso que la matriz definitiva¹⁵⁰ contenía la tipificación del riesgo mencionado por el Convocante, en la clasificación de riesgos adicionales.

Efectivamente, la matriz definitiva contiene dentro de los riesgos operacionales, un riesgo denominado “mayores cantidades de obra no previstas y necesarias”, cuya descripción indica que se trata de un “Riesgo ocasionado por la ejecución de mayores cantidades de obra y/o obras adicionales no previstas en las condiciones del pliego ni del Contrato, y que deban desarrollarse para el pleno desarrollo del objeto contractual, así como la contratación de interventoría del Contrato”.

Ese riesgo se determinó con una probabilidad media-alta, con un impacto medio-alto, con una valoración cuantitativa de 25% de probabilidad y de impacto, así como un valor estimado de 49.540. 617. 558,39. El riesgo en la matriz, fue asignado en un 100% al departamento.

Ello, sin perjuicio de que la pretensión del Convocante sobre la declaratoria de la asignación del riesgo de obras no previstas y/o obras adicionales al **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, merezca un estudio sobre el alcance de la matriz de riesgo con relación a los riesgos imprevisibles en la ejecución del Contrato.

Entiende el Tribunal que si bien la matriz tipifica el riesgo de mayores cantidades de obra y/o obras adicionales no prevista y asigna ese riesgo en su totalidad al departamento, ello debe entenderse con arreglo de lo dispuesto en el Contrato y los otrosíes correspondientes.

¹⁴⁹ Esta Matriz Inicial está contenida en el Cuaderno Principal No. 1. Ruta: 5358, Cuaderno Principal No.1, CD folio 60, Pruebas

¹⁵⁰ La Matriz Definitiva fue aportada por la Testigo Claudia Orjuela. Cuaderno de Pruebas 3 a folio 317.

El Contrato, por una parte, establece en la cláusula primera, la obligación del Contratista de ejecutar el Contrato. El párrafo 1 de esa disposición contractual señala que el Contratista:

*“se obliga a ejecutar la obra administrando y dirigiendo el desarrollo de la misma bajo su responsabilidad administrativa, técnica y económica para lo cual suministrará directa o indirectamente los medios, materiales, equipos y personal necesario a precios del mercado, financiando las obras con sus recursos, para tal efecto, tendrá en cuenta los desembolsos programados y las cantidades de obra, estas cantidades son aproximadas y están calculadas por la entidad según los planos, diseños e información técnica entregada por el INVIAS en los Contratos No. 3434 de 2008 y 1873 de 2007, suministrados como soporte para la LP-DM-07-2012. Por lo tanto, se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra y sus variaciones no viciarán ni invalidarán este Contrato y el contratista las asume como parte integral del proyecto, el cual está obligado a desarrollar en su totalidad, sin perjuicio de los reconocimientos económicos a que haya lugar o a los acuerdos sobre precios, obras e ítems”.*¹⁵¹(Subrayado fuera de texto)

La lectura del párrafo de la cláusula primera, le dice al contratista de entrada que las cantidades de obra planeadas son una aproximación, por lo que es posible que haya que ejecutar mayores y diferentes obras. El contratista asume esta situación y se obliga a realizarlas, caso en el cual no se excluye su retribución, bien sea mediante reconocimiento económico o por un acuerdo en el mismo sentido.

Ello obedece al conocimiento del Departamento de que eventualmente sería necesario cambiar aspectos técnicos de la ejecución el Contrato, precisamente por basarse en Estudios tan viejos como eran los que había presentado INVIAS.

Ahora, esta disposición se complementa con la Cláusula Novena del Contrato, que estipula que:

“cuando haya necesidad de introducir modificaciones en el diseño, planos o especificaciones que varíen esencialmente el plan de trabajo o se pacten mayores cantidades de obra o la ejecución de obras no especificadas en el Contrato pero comprendidas en su objeto, que hagan necesario modificar el plazo o el valor convenido, se suscribirá un acta modificativo y/o otro si y/o Contrato adicional (...) Cuando se trate de Contratos adicionales para modificar el valor por la inclusión de ítems u obras nuevas o

¹⁵¹ Contrato de Obra No. 617 del 4 de octubre de 2013. Contenido en el Cuaderno Principal No. 1. Ruta: 5358, Cuaderno Principal No.1, CD folio 60, Pruebas.

complementarias, todas ellas referidas al mismo objeto o al mismo alcance de este, se establecerán de común acuerdo entre las partes, tomando como base para su análisis las condiciones generales del mercado al momento de pactarse el Contrato adicional, ello con el fin de mantener el equilibrio económico del mismo (...) (Subrayado fuera de texto)”.

Además, el parágrafo de la cláusula novena señala que

“EL CONTRATISTA, no podrá apartarse de los planos y especificaciones, que hacen parte del presente Contrato, sin previa autorización del INTERVENTOR y visto bueno del supervisor del DEPARTAMENTO. Si EL CONTRATISTA, permite lo aquí establecido no sólo perderá el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de cualquier suma por concepto de obra adicional que resulte de la modificación de los planos y especificaciones, sino que se hará responsable de los daños que cause a EL DEPARTAMENTO o a terceros, en razón de su infracción” ¹⁵²(Subrayado fuera de texto).

De la cláusula anterior, aparece que si bien la matriz de riesgo tipifica en cabeza del Departamento las mayores cantidades de obra y/o obras adicionales, ello no implica necesariamente que todas tengan que ser reconocidas económicamente. En efecto, el Contratista está obligado a realizar todas las obras necesarias no contempladas para el desarrollo contractual, pero su reconocimiento económico está supeditado a la autorización de la Interventoría de conformidad con el parágrafo 1 de la cláusula 9 del Contrato. Y, las que, mediante acto modificatorio así se reconozcan.

Se podría pensar que, con la suscripción del Otrosí No.6, el Contratista se acogió a lo dispuesto en la Cláusula Novena del Contrato y con la variación del alcance y valor del Contrato, se pronunció acerca de la posibilidad de reclamar judicialmente las obras pendientes.

En este sentido, la Cláusula 6 del Otrosí No. 6, señala que:

*“EL CONTRATISTA conviene en no realizar reclamación alguna tendiente a nuevos y/o mayores valores derivados de la ejecución de las obligaciones contempladas en el presente modificatorio”.*¹⁵³

Haciendo entonces una lectura integral de la matriz de riesgo, a la luz de las cláusulas contractuales y del Otrosí 6, puede concluir el Tribunal que, si bien el riesgo de mayores cantidades de obra y/o obras adicionales no previstas

¹⁵² Contrato de Obra No. 617 del 4 de octubre de 2013. Contenido en el Cuaderno Principal No. 1. Ruta: 5358, Cuaderno Principal No.1, CD folio 60, Pruebas.

¹⁵³ Otrosí No. 6 al Contrato de Obra No. 617 de 2013. Contenido en el Cuaderno de Pruebas No. 1 a Folios 1 al 4. Ruta: 5358, Cuaderno de Pruebas No.1.

quedó a cargo de la entidad, ello no implica que todo lo no previsto tenga que ser reconocido por el Departamento al Contratista.

Ahora bien, resulta pertinente hacer mención a la aplicación de la matriz de riesgo frente a los riesgos no previsibles, en aras de determinar el alcance de la misma, más aún cuando en la demanda no se utiliza la imprevisión como forma de reclamo de las obras adicionales.

5.4.2.- SOBRE LAS MATRICES DE RIESGO EN LOS CONTRATOS ESTATALES.

La ley 1150 de 2007, consagró en su artículo 4 el deber de las entidades de tener en cuenta los riesgos en el marco del proceso licitatorio. La norma dispone que “[L]os pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. (...) En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”.

En realidad, en el ordenamiento mencionado, el legislador recogió los términos de las políticas públicas previstas en los documentos CONPES que establecieron los lineamientos generales sobre la distribución y gestión de los riesgos contractuales.

Según el Documento CONPES 3107 de 2001, los riesgos constituyen los factores cuya ocurrencia tienen la entidad de afectar los resultados previstos en un proyecto determinado:

“Los riesgos de un proyecto se refieren a los diferentes factores que pueden hacer que no se cumplan los resultados previstos y los respectivos flujos esperados. Para determinar cuáles son los riesgos asociados a un proyecto se debe identificar las principales variables que determinan estos flujos. (...) El concepto de riesgo en proyectos de infraestructura se puede definir como la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afectan el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos”¹⁵⁴.

Los riesgos constituyen hechos o circunstancias, cuyo acontecimiento es incierto, pero cuya ocurrencia puede generar un impacto tal en la ejecución del Contrato, que lo puede entorpecer e incluso alterar en las proyecciones hechas. No obstante, esos riesgos aunque inciertos en cuanto a su ocurrencia,

¹⁵⁴ Documento CONPES No. 3107 del 3 de abril de 2001, mencionado: “Política de Riesgo de Manejo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura”, pg. 8.

son previsibles y cuantificables, lo que implica que las partes puedan diseñar medidas encaminadas a su mitigación.

Hablar de riesgos previsibles es hasta cierto punto tautológico. En efecto, los riesgos, en este contexto, son eventos previsibles, pero de concreción incierta, que pueden alterar la ejecución del Contrato, por oposición a los eventos imprevisibles. Los hechos imprevisibles no son riesgos desde esta perspectiva, en tanto su concreción o consecuencias escapan de toda anticipación posible.

En este sentido, el Decreto 1082 de 2015 reafirma el deber de las Entidades de analizar los riesgos durante la etapa de planeación. El artículo 2.2.1.1.1.6.1. establece que “La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso”. El análisis del riesgo debe estar presente tanto en los pliegos de condiciones como en los Estudios Previos, de conformidad con el citado Decreto.

Del mismo modo, el Decreto 1082 de 2015, tomando lo dicho en el Decreto 1510 de 2013, se refiere en particular a la audiencia de riesgos en el proceso licitatorio, regulándola de la siguiente forma en el artículo 2.2.1.2.1.1.2: “Audiencias en la licitación. En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de Riesgos, y b) adjudicación. Si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, este tema se tratará en la audiencia de asignación de Riesgos. (...) En la audiencia de asignación de Riesgos, la Entidad Estatal debe presentar el análisis de Riesgos efectuado y hacer la asignación de Riesgos definitiva.”

Todo ello es lo que explica que la normatividad vigente les imponga a las Entidades Públicas el deber de tener en cuenta los riesgos de los Contratos que se van a celebrar, deber que se concreta en la elaboración de una matriz que incluya todos los riesgos del proceso de contratación que hayan sido identificados, clasificándolos, midiendo su impacto, probabilidad de ocurrencia, la parte que debe asumirlos, entre otros¹⁵⁵.

Una correcta tipificación, estimación y asignación de riesgos minimiza las posibilidades de que el Contrato se vea truncado por el acaecimiento de alguno de ellos. “Los principios básicos de asignación de riesgos parten del concepto (de) que estos deben ser asumidos: i) por la parte que este en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos; y/o ii) por la parte que disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección mitigación y/o diversificación (...) para esto, las entidades estatales deben, en una primera instancia, identificar los riesgos y analizar si es el sector público o el privado quien tiene mejor capacidad de gestión, mayor disponibilidad de información

¹⁵⁵ Manual para la identificación y cobertura de riesgo de Colombia Compra Eficiente.

y mejor conocimiento y experiencia para evaluar más objetiva y acertadamente cada uno de los riesgos de un determinado proyecto” ¹⁵⁶.

La tipificación consiste en: “... el proceso de caracterización de los riesgos que puedan preverse en las diferentes etapas del Contrato, agrupándolos dentro de diferentes clases que presenten características similares. Así, la tipificación de los riesgos previsible podrá consistir en la identificación de los distintos riesgos que pueden ocurrir durante la ejecución del Contrato y su incorporación en una clase si ella existe” ¹⁵⁷.

La estimación, por su parte hace referencia a la valoración de la “... valorar la probabilidad ocurrencia y nivel de impacto de los riesgos que han sido tipificados, y que teniendo en cuenta su materialidad, requieren una valoración (...) [p]ara los efectos del presente documento, la estimación es una técnica que permite dar una aproximación de la magnitud del riesgo previsible de acuerdo con su probabilidad e impacto” ¹⁵⁸.

La asignación, corresponde a la atribución de los riesgos atendiendo a las capacidades de cada una de las partes para mitigarlos y gestionarlos. “Corresponderá a la entidad estatal en el proyecto de pliego de condiciones, proponer la asignación de riesgos, esto es, señalar cuál de los sujetos contractuales tendrá que soportar total o parcialmente el riesgo en caso de presentarse para luego discutir su distribución definitiva (...)”¹⁵⁹ lo cual tendrá lugar en la audiencia ya mencionada, momento en el que los contratistas podrán exponer sus opiniones en relación con la distribución realizada por la entidad.

Ahora bien, algunos autores como Benavides, sostienen la importancia de diferenciar los riesgos del incumplimiento, señalando que “*el incumplimiento de la obligación no materializa el riesgo, sino que genera la obligación de reparación de todos los perjuicios causados, según las reglas del código civil (...) Dar el tratamiento de riesgo al incumplimiento genera confusión en la caracterización de los eventos y sus consecuencias*”. ¹⁶⁰

El incumplimiento del Contrato no puede ser considerado como un riesgo, en la medida en que los dos se basan en instituciones jurídicas distintas: de un

¹⁵⁶ Documento CONPES No. 3107 del 3 de abril de 2001, mencionado: “Política de Riesgo de Manejo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura”, pg. 15.

¹⁵⁷ Documento CONPES No. 3714 del 1 de diciembre de 2011: “Del Riesgo Previsible en el Marco de la Política de Contratación Pública”, pg. 19.

¹⁵⁸ Documento CONPES No. 3714 del 1 de diciembre de 2011: “Del Riesgo Previsible en el Marco de la Política de Contratación Pública”, pg. 23.

¹⁵⁹ Documento CONPES No. 3714 del 1 de diciembre de 2011: “Del Riesgo Previsible en el Marco de la Política de Contratación Pública”, pg. 28.

¹⁶⁰ BENAVIDES, Jose Luis, “Riesgos contractuales”, en *Contratación Estatal, Estudios sobre la reforma del estatuto contractual, Ley 1150 de 2.007*, José Luis Benavides, Jaime Orlando Santofimio Compiladores, U. Externado de Colombia, Bogotá, 2.009.

lado la Teoría de la gestión del Riesgo y el incumplimiento en la Teoría de las obligaciones. En relación con este tema el mismo autor considera:

“(...) es frecuente incluir en el análisis de riesgos contractuales el cumplimiento de las obligaciones de las partes, cuando en realidad obedecen a instituciones jurídicas distintas. En sentido lato, el incumplimiento constituye un riesgo, en la medida en que puede ocurrir o no. También constituye una contingencia la calidad del cumplimiento, en cuanto puede ser defectuoso, tardío, o parcial. Igualmente, las consecuencias de cada uno de estos eventos son inciertas. Pero, jurídicamente, el incumplimiento hace parte de la institución de las obligaciones y está regido por principios y reglas específicas, cuya aplicación o reemplazo por las partes contratantes se enmarca en la teoría general del Contrato y en la limitada autonomía privada.

El incumplimiento de la obligación no materializa un riesgo, sino genera la obligación de reparación de todos los perjuicios por él causados, según las reglas del Código Civil. Dar el tratamiento de riesgo al incumplimiento genera confusión en la caracterización de los eventos y sus consecuencias. En efecto, incluir el incumplimiento como parte de los riesgos contractuales ensancha de manera inútil y peligrosa esta institución. Inútil, por cuanto la identificación y atribución de riesgos por incumplimiento reproduce el contenido de las obligaciones contractuales, ya identificadas en las cláusulas contractuales sobre las prestaciones de las partes. Peligroso, por cuanto esta enumeración de riesgos y consecuencias derivados del incumplimiento puede dar lugar a interpretaciones ambiguas del contenido y alcance de las obligaciones...”¹⁶¹.

Carolina Deik¹⁶², por su parte, observa que la ambigüedad propia del Decreto 1082 de 2015 genera confusión también frente a los “riesgos imprevisibles”, que pueden afectar el equilibrio económico del Contrato y otros riesgos amparados con las pólizas de cumplimiento y calidad.

Estas observaciones de la doctrina resaltan la importancia de plantearse en qué casos se trata de un riesgo previsto en la matriz y en cuales otros se puede hablar verdaderamente de imprevisión.

El CONPES 3714, estableció de manera concreta que no son riesgos previsibles, entre otras, “[e]l incumplimiento total o parcial del Contrato, en la medida en que compromete la responsabilidad contractual de quien asuma

¹⁶¹ BENAVIDES, Jose Luis, “Riesgos contractuales”, en *Contratación Estatal, Estudios sobre la reforma del estatuto contractual, Ley 1150 de 2.007*, José Luis Benavides, Jaime Orlando Santofimio Compiladores, U. Externado de Colombia, Bogotá, 2.009.

¹⁶² Carolina Deik Acostamediedo. *Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección*. Juritextos Ediciones (2019)

tal conducta, teniendo como consecuencia la exigibilidad de la garantía de cumplimiento”¹⁶³.

Es innegable la proximidad de los riesgos con los eventos constitutivos de la teoría de la imprevisión, teniendo en cuenta que ésta última comprende circunstancia que tienen lugar con posterioridad a la celebración del Contrato. Los riesgos y los eventos imprevisibles comparten algunas características; en primer lugar, ocurren después de la celebración del Contrato y, en segundo lugar, no existe certeza en cuanto a su acaecimiento. La diferencia entre estos dos eventos radica en su previsibilidad.

En efecto, los riesgos son eventos previsibles, y precisamente por esa naturaleza las partes buscan que con anticipación a su posible acaecimiento se dispongan las medidas que pueden adoptarse para su mitigación. En tanto que los hechos imprevisibles, como lo sugiere su nombre, no son contemplados por las partes en la celebración del Contrato. “...En estas condiciones no es dable considerar que el contratista, por las variaciones ocurridas con posterioridad a la celebración del Contrato, está eximido de atender los riesgos que asumió. Dicho en otras palabras, so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del Contrato, no puede modificarse el régimen de riesgos acordado, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar”¹⁶⁴.

“La técnica permite que las partes, y sobre todo el contratista, sepan a qué atenerse en caso de ocurrencia de todos los riesgos que asumen, así como calcular anticipadamente si el valor del Contrato, y el complemento del precio por los riesgos asumidos, estructuran un negocio interesante. Esta seguridad constituye la ventaja principal del sistema”¹⁶⁵

5.4.3.- IMPROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN OCTAVA DECLARATIVA.

Aclarada la diferencia entre la asignación de riesgos predecibles y la teoría de la imprevisión, resolverá el Tribunal la pretensión octava declarativa de la demanda.

Observa el Tribunal que la redacción de la pretensión no es clara. Además, con base en lo atrás expuesto, no se puede declarar la asignación total del riesgo previsto en los términos de la demanda por la sola tipificación en la matriz. Ello fundamentalmente por dos razones:

La primera, es que la matriz forma parte de un cuerpo contractual y por ende debe ser leída a la luz del resto de disposiciones; ello implica que no toda

¹⁶³ Documento CONPES No. 3714 del 1 de diciembre de 2011: “Del Riesgo Previsible en el Marco de la Política de Contratación Pública”, pg. 16.

¹⁶⁴ Sentencia Sección Tercera del Consejo de Estado, del 26 de febrero de 2004. Expediente 14.043. Germán Rodríguez Villamizar

¹⁶⁵ BENAVIDES, Jose Luis, “Riesgos contractuales”, en *Contratación Estatal, Estudios sobre la reforma del estatuto contractual, Ley 1150 de 2.007*, cit. P. 484

ejecución imprevista esté necesariamente asignada al **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, por cuanto las disposiciones de la cláusula 9 y el párrafo de la misma, establecen las condiciones para la reclamación y reconocimiento de las obras.

La segunda, se basa en la diferenciación que hace el Tribunal respecto de la tipificación de los riesgos previsibles con las normas que se aplican para los imprevistos en la ejecución del Contrato; mal haría el Tribunal en declarar la asignación de todos los riesgos imprevistos al Departamento, desconociendo las disposiciones legales y el desarrollo jurisprudencial que se ha tenido en la materia¹⁶⁶.

Ello sin perjuicio del análisis concreto que merezca el resto de reclamaciones de la demanda, a fin de que pueda el Tribunal aplicar las disposiciones legales y contractuales pertinentes para cada una de las pretensiones.

En consecuencia, no puede el Tribunal condenar al Departamento al pago de lo derivado de la pretensión, por cuanto entiende que el reconocimiento de ese riesgo estaba contenido en la Matriz de Riesgo del Contrato, pero depende también de todo un procedimiento y condiciones contenidas en el pacto contractual.

Por otra parte, la redacción de la pretensión tercera de condena implicaría que se hiciera un reconocimiento sin ninguna consideración particular sobre la conducta del Contratista, sin tener en cuenta la reclamación concreta de las obras adicionales y/o mayores cantidades de obra de conformidad con el Contrato. Ello sin perjuicio de que el Tribunal pueda reconocer las obras adicionales y las mayores cantidades de obra, que hayan sido debidamente reclamadas y cuyo pago corresponde al Departamento.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal procede a RECHAZAR la pretensión OCTAVA DECLARATIVA y TERCERA DE CONDENA de la Demanda.

5.5.- PRETENSIONES DECLARATIVAS NOVENA PRINCIPAL, NOVENA SUBSIDIARIA Y PRIMERA DE CONDENA.

5.5.1.- NOVENA PRETENSÓN DECLARATIVA.

Que se declare el incumplimiento del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** en el pago a favor del **CONSORCIO RIBERA ESTE** de las obras cuyo pago se solicitó a través de los Oficios DA-886-CRE-03-16 del 17 de mayo de 2016 y DA-1681- CRE-01-17 del 18 de abril de 2017, y que consiste en:

- El valor de la elaboración de los nuevos estudios y diseños (resuelta en el numeral 5.1)
- La diferencia de precio en el ítem de suministro y colocación de Geomalla Biaxial BX 100 – producto de los nuevos diseños elaborados por el contratista-

¹⁶⁶ Así por ejemplo, a diferencia de otras legislaciones, la ley 80 de 1.993 limita la responsabilidad en los casos de imprevisión, hasta el punto de no pérdida.

, para refuerzo de terraplén, en comparación con la Geomalla Biaxial para separación de capas granulares contemplada en el Contrato.

- El material de terraplén seleccionado que se adicionó para compactar los efectos de la consolidación, sobre la corona del terraplén, y que son necesarios para poder colocar la estructura de pavimento.
- Los Desvíos vehiculares para construcción de obras de drenajes de paso de agua de escorrentía y de caños provenientes del río, tal como lo establece la especificación INVÍAS.

A.- DE LAS RAZONES DE LA PRETENSIÓN

En los hechos de la demanda modificada (hecho 39) se expone que EL **CONSORCIO RIBERA ESTE** ha solicitado a través del Oficio DA-886-CRE-03-16 del 17 de mayo de 2016 y anexos “**el reconocimiento económico de actividades ejecutadas y no incluidas en el Contrato,**” (Negrillas no son del texto), en las cuales enlista las reclamaciones atrás puntualizadas como sustento de la pretensión bajo examen, por lo tanto se procede a examinarla en el orden de las mismas.

Del incumplimiento por falta de pago de la diferencia de precio en el ítem de suministro y colocación de Geomalla Biaxial BX 100 por valor de \$ 3.490.858.163, o lo que resultare probado en el proceso.

B.- RAZONES EN QUE SE FUNDAMENTA

La Convocante aduce que su instalación de producto de los nuevos diseños elaborados por el contratista, para refuerzo de terraplén, y por un mayor valor de \$3.490.858.163 en comparación con la Geomalla Biaxial para separación de capas granulares contemplada en el Contrato, o lo que resultare probado en el proceso por ese concepto. En la demanda solo se expone el hecho 39 atrás comentado y apenas se hace una simple mención de dicho producto en los fundamentos de derecho, así:

“Debido a los nuevos diseños se generaron mayores cantidades de obra no contempladas en el presupuesto inicial por lo que estos mayores volúmenes de terraplén y otros ítems no previstos como mejoramiento de la subrasante, Geomalla BX-100 para refuerzo del terraplén, geomembrana para protección del talud sobre la ribera del río, entre otros, hacen que el alcance del proyecto se reduzca.”

En los alegatos de conclusión sí hace una amplia fundamentación del mismo, de lo cual en resumen se dice que salvo las mayores cantidades de transporte, todas las pretensiones de la demanda corresponden a los puntos reclamados en la comunicación DA-**886**-CRE-03-16 del 17 de mayo de 2016, contestada negativamente por la interventoría del Proyecto mediante la comunicación INVÍAS 3795-2013-**665** del 9 de junio de 2016. (numeral 60) Que la asesora del Departamento, Claudia Orjuela, reiteró al tribunal que la controversia en este punto del debate se centra en la especificación que debía utilizarse para su reconocimiento, lo que permite dar por sentado que la Geomalla BX100 fue la que instaló el Consorcio; ítem no contemplado en los Estudios Iniciales del INVÍAS, sino una geomalla del ítem 18 de la cláusula

quinta del Contrato 617, distinta a aquella y que además estaba prevista para el tramo Sitionuevo - Guáimaro y no para el tramo Palermo – Sitio Nuevo.

Que el Consorcio solo intervino el tramo Palermo – Sitionuevo, (numeral 125), lo que limita el análisis a los Estudios Iniciales preparados por INGEOCIM, el cual no contempló el ítem de Geomalla Biaxial dentro del diseño presentado para la estabilidad de taludes, debido a que el diseño inicial solo preveía un afirmado en la vía y de un terraplén, por lo que resultaba innecesario instalar una geomalla de refuerzo.

Que en consecuencia, el ítem se creó de manera contractual y se denominó “Geomalla Biaxial separación de suelos de subrasante y capas granulares” con especificación general **673-07** y particular **674.2P**, en el presupuesto del Contrato, pero con la función única de separar suelos, y no de refuerzo o de equiparación de cargas, por ser su resistencia mucho menor.

Que la Geomalla BX 100 fue contemplada en los Estudios Nuevos preparados por el Consorcio y aprobados por la Interventoría, en los que debía aumentarse el terraplén existente entre un metro y medio (1,50 mts.) y dos metros (2,00 mts.) de altura, hasta llegar a los tres metros y medio (3,50 mts), por las condiciones hidráulicas generadas por una nueva curva de remanso, y así lo respalda el ingeniero Carlos Casadiego. (numeral 131).

Que no obstante, el Departamento y el interventor tratan indistintamente la Geomalla de refuerzo Biaxial BX 100, prevista para el tramo Palermo-Sitionuevo, y la geomalla de separación de la variante Sitionuevo – Guáimaro, postura que pretende justificar en lo que denominó en audiencia como la “Economía del Contrato”. (numeral 134)

Que la Geomalla BX 100 tiene un precio de mercado distinto a de la geomalla de separación prevista para el tramo Sitionuevo- Guáimaro; requería insumos adicionales para su instalación dentro del proceso de anclaje, como tachas de amarre en varilla de 3/8 de pulgada, en forma de U, distribuidas de acuerdo con el esquema presentado en la reclamación DA-886-CRE-03-16 (numeral 138).

Que aprobados los Estudios Nuevos mediante Acta de comité del 28 de abril de 2015, el Consorcio inició en julio de 2015 la instalación de la Geomalla Biaxial BX 100 como consta en las actas parciales de obra; pero su mayor valor nunca fue reconocido por el Departamento, lo que se expuso en el comité del 4 de abril de 2016; oportunidad en que la Interventoría le manifestó al contratista que debía presentar una reclamación formal, que sería analizada.

Que en consecuencia, el 17 de mayo de 2016 el Consorcio hizo la reclamación mediante la comunicación DA-**886**-CRE-03-16 (numeral 140), que contiene los soportes para la creación del nuevo Análisis de Precios Unitarios (APU) por ítem no previsto, de conformidad con el Manual de Interventoría. Sin embargo, la propuesta no fue aceptada por el interventor pese a haber aprobado previamente los Estudios del Consorcio que contemplaban la Geomalla BX 100 (numeral 141).

Que el interventor jamás se opuso a la instalación de la Geomalla BX 100. Lo que negó fue el pago a precios unitarios como se pactó (numeral 142) y exigió

una reclamación formal en el comité del 4 de abril de 2016, que de antemano ya estaba rechazada (numeral 146).

Que por tanto, quedó demostrado en el proceso arbitral que: (i) la Geomalla BX-100 fue un ítem aprobado dentro de los Estudios y Diseños Nuevos; (ii) contaba con las especificaciones técnicas requeridas para la estabilidad de la Obra; (iii) fue efectivamente instalada; (iv) el **CONSORCIO RIBERA ESTE** hizo la respectiva reclamación por el pago de la diferencia en el precio de la geomalla que se autorizó a facturar; y (v) que el Departamento incumplió su obligación de cancelar el ítem de la Geomalla de conformidad con la modalidad pactada de precios unitarios.

C.- RAZONES DE LA DEFENSA.

El Departamento, se opuso a la pretensión invocando la cláusula sexta del Otrosí No. 6 y las respuestas dadas en el Dictamen de la Sociedad Colombiana de Ingenieros que aportó con dicha contestación. Aduce, como excepción, que desconoce hechos que extinguen los derechos que se solicitan ser declarados, tales como la suscripción del Otrosí Modificatorio No.6 del Contrato de obra 617 de 2013. En los alegatos de conclusión aduce, en resumen lo siguiente:

Que el Consorcio renunció al cobro de los mayores valores y cantidades de obras ejecutadas.

Que presentó en sus estudios y diseños la colocación de la geomalla BX-100, pero no presentó la modificación de la especificación de la geomalla que estaba en el Contrato, y sobre cuya instalación se tiene el dictamen de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, de cuyas respuestas sobre el particular concluye que la Interventoría debía sujetarse a lo contractualmente establecido para el pago de ese ítem, no pudiendo reconocer valores diferentes a los establecidos (numeral II.G.3.1.).

Que el Contratista no instaló en la totalidad del terraplén la denominada geomalla biaxial BX-100, y se evidencia la imposibilidad de reconocerle valor alguno por su instalación, atendiendo lo manifestado y aportado por el Ingeniero VLADIMIR CARDONA PAEZ como soporte de su dicho.

Que obra en el expediente prueba de que se instalaron dos tipos de geomalla: la BX-100 y la PAVCO 30-30 (Comunicación DA-518-CRE-03-15 de 9-11-15, del Consorcio- folio 320, cdno. 3 de pruebas), y según el relato que al respecto hizo el Director de la Interventoría, aunque la segunda no era tan buena como la primera, cualquiera de esas dos se enmarcaba en ese ítem (numeral II.G.3.2.).

Que las reclamaciones fueron presentadas cuando ya se encontraba instalada la geomalla en por lo menos 334 mil metros cuadrados, según el Ingeniero VLADIMIR CARDONA PAÉZ, o sea que el Contratista guardó silencio, recibió pagos y solo vino a reclamar cuando ya no se podía decidir sobre el precio (numeral II.G.3.3.)

Que el Consorcio carece de prueba de la cuantía real de la instalación de la geomalla biaxial BX-100, por lo cual es una pretensión infundada, frente a lo cual no hay claridad de la extensión de la instalación de las dos clases de geomalla mencionadas ni del costo de cada una (numeral II.G.3.4).

D.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En tanto que el Ministerio Público expone que en relación al pago de las obras adicionales, diferencias en precio, material e instalación de malla biaxial 100, mayor cantidad de terraplén – estabilización -, y desvíos viales no se demostró, al grado de certeza, que hubieran sido aprobadas por la Interventoría, lo que impide que se reclame en esta instancia y bajo el título del incumplimiento o de la ruptura del equilibrio contractual, en cuanto a prestaciones cumplidas dentro del escenario contractual, sin que existiera acuerdo de voluntades.

A pesar de que los referidos ítems se hubieran usado, lo que no está plenamente probado, por lo menos en cuanto a la citada malla Biaxial BX 100, en la ejecución de los diseños finalmente aprobados, esa circunstancia no imponía reconocimiento automático, pues demandaba previamente informar justificadamente, validar y aprobar, de ahí que la Interventoría no los hubiera aprobado. Al no haberse hecho así, la reclamación debió hacerse al amparo del enriquecimiento sin causa en razón a que el Tribunal sólo está facultado para resolver controversias contractuales.

E.- DE LA SITUACIÓN PROCESAL DE LA RECLAMACIÓN

En este punto del debate procesal, el Tribunal observa que sobre el ítem en cuestión aparece acreditado que la malla biaxial BX-100 sí fue aplicada en la construcción del tramo Palermo- Sitionuevo, al cual finalmente se contrajo el Contrato.

Los declarantes coinciden en esa situación y en las razones que condujeron a su instalación, como fue el aumento considerable o significativo del terraplén por su mayor altura y su consecuente mayor amplitud.

En el Dictamen Pericial allegado por la Convocada, se da cuenta que a la fecha del mismo la actividad tenía una ejecución del 93% de las cantidades totales, equivalente a 334.000 m², y al punto cita la comunicación INVIAS -3795-2013-665 del 9 de junio de 2016 en el aparte que dice *“Transcurrido más de un año de la aprobación del volumen de terraplén y ejecutado un aproximado de 334.000 m² de colocación de geomalla biaxial BX 100, no se entiende la reclamación del CONSORCIO RIBERA ESTE de ajustar el precio contractual”* De modo que atendiendo ese dictamen, que no fue tachado ni redarguido o desvirtuado en ese punto, cabe dar por sentado que la Geomalla Biaxial X-100 sí fue instalada en una cantidad de obra de 334.000 ms² hasta el momento señalado en el dictamen, en el tramo Sitionuevo-Palermo.

Lo que si no consta es que ese tipo de malla específico hubiere sido parte del Contrato, aunque en el Dictamen Pericial en comento, en la respuesta a la pregunta “c” del punto 3.1.1., se lea:

“Las obras y por ende las cantidades para adelantar actividades de instalación de Geomalla Biaxial BX.100, como se ha mencionado siempre estuvo incluida dentro del Contrato mediante el ítem denominado “Geomalla biaxial separación de suelos de subrasante y capas granulares” el cual a la fecha tiene un nivel de ejecución cercano al 93% de las cantidades totales previstas dentro del Contrato.”

En efecto, la que si se incorporó en el Contrato, mediante el ítem 18 del Modificación No. 6, del Contrato, es la descrita como GEOMALLA BIAXIAL SEPARACION DE SUELOS Y CAPAS GRANULARES, 484.021.40 M2, con un valor de \$ 11.326.

La Convocante por su parte señala un total de 457.840 M2 de Geomalla reconocida en el Acta 35 de marzo de 2018, y por ende instalada en la construcción o mejoramiento de la vía, sobre lo cual reclama el pago de una diferencia a su favor de **\$2.443.381.811** sobre la base de que la geomalla BX 100 que instaló fue diferente a la programada en el Contrato, en la medida en que ésta era de separación y aquella de refuerzo para la estructura del terraplén, y su precio unitario es superior, el cual señala en el orden de \$15.440 M2.

De modo que en este punto, la realidad de los hechos es la de que se está frente a dos tipos de malla, según la diferenciación funcional que hacen los declarantes y en la que en cierto modo coincide el Director de la Interventoría en tanto acepta que la instalada (BIAXIAL X-100) es de mucha mayor calidad y resistencia que la incluida en el Contrato, e incluso se puede inferir que por ello le dio su aprobación, según se lee en su dicho sobre el punto, a saber:

SR. CARDONA: No, preferimos la calidad porque en su momento aceptamos la geomalla BX100 y en ese momento veíamos bien la instalación de la geomalla BX100, qué pasó, nosotros ni siquiera fuimos los que propusimos que cambiáramos esa geomalla, fue el mismo contratista quien tomó la iniciativa de cambiarla, o sea que él mismo fue el que condicionó a que ya no, era igual una BX100 que una de PAVCO 30:30.

DR. QUINTERO: Y eso en su experiencia no lo deseaba, que sea el contratista el que proponga instalar elementos de mayor seguridad, de mayor calidad, de mayor resistencia?

SR. CARDONA: Sí, claro que sí, con eso le doy contestación a lo mismo que me preguntó ahoritica doctor, esa geomalla, la resistencia no era el factor relevante de eso porque si tenía una de 100 y después pudo colocar una de 30, cuál era la diferencia, no había.

DR. QUINTERO: Pero a ver esta pregunta entonces en ese sentido, en esos ajustes y nuevo diseño fue que se estableció la necesidad, fue ahí, dígame si a usted le consta o no, de instalar una geomalla biaxial?

SR. CARDONA: Cierto, sí.

DR. QUINTERO: Usted qué piensa entonces que se haya recomendado, se haya incluido en el nuevo diseño en la geomalla biaxial y no la otra más barata?

SR. CARDONA: No, acabó de leer ahí doctor en la especificación y dice que

cobija las geomallas, los tipos de geomallas que defina el diseñador.

DR. QUINTERO: Le leo entonces porque hay un problema de lectura dice: "En el caso de estabilización de suelos de subrasante con geomallas, los documentos del proyecto pueden indicar que se coloque un geotextil de separación entre la subrasante y la geomalla; en este caso, la instalación del geotextil de separación estará cubierta por el Artículo 231, "Separación de suelos de subrasante y capas granulares con geotextil" Esta especificación no aplica para el refuerzo de terraplenes, donde las comisiones de esfuerzos puedan causar fallas globales de la fundación o del cuerpo del terraplén.

SR. CARDONA: Sí doctor pero ahí lo está leyendo, claramente, terraplenes donde los esfuerzos puedan generar ese tipo de problemática y está claro que si usted tenía inicialmente una que le resistía 100 y después la misma persona que propuso eso dijo no, hasta una de 300 me sirve, el tema ahí no es de esfuerzos.

DR. QUINTERO: Perdón quién propuso que se instalará la otra?

SR. CARDONA: El mismo diseñador, doctor Naymar.

DR. QUINTERO: Usted nunca lo propuso?

SR. CARDONA: No.

DR. QUINTERO: Yo creo reiterar que usted nos había dicho que era propuesta de la interventoría?

SR. CARDONA: No, no, no.

DR. QUINTERO: Del diseñador que el mismo contratista, nosotros se la avalamos, después de que él nos hizo la propuesta a nosotros yo envié el memorando del diseñador a nuestra especialista, ella lo revisó, verificó matemáticamente sus cálculos y dijo esas de 30 también sirve, aprobémoselas y se las aprobamos.

De modo que se puede dar por cierto que el Contratista instaló la geomalla Biaxial X-100 en el mejoramiento de la vía objeto del Contrato; que como tal sustituyó la que se incluyó en el ítem 18 del Contrato bajo la denominación de geomalla biaxial separación de suelos y capas granulares, con la aprobación de la Interventoría; que es de mejor calidad que la segunda, y que la cantidad instalada le fue pagada con el precio previsto en el Contrato.

El Contratista reclama para esa geomalla finalmente instalada un mayor precio y la consiguiente diferencia con lo que le ha sido cancelado por ella, pero el Tribunal no encuentra en el plenario ninguna sustentación o acreditación de que el precio unitario reclamado, \$15.440 M2, se hubiere

acordado por las partes, mediante la inclusión de un nuevo ítem o la modificación del inicialmente previsto, o mediante la aprobación de un APU, y ni siquiera que efectivamente haya tenido ese mayor precio por razones del mercado.

A ello se suma que la Interventoría nunca autorizó el pretendido mayor precio de la Geomalla instalada, pese a que aparece aceptando la instalación de la misma, lo cual no se puede asumir como aprobación de dicho precio, ya que en los nuevos diseños sólo se le incluyó por sus características y funcionalidad, sin que se hubiese señalado precio alguno, pues al fin y al cabo no es lo propio de los diseños, dado su carácter técnico.

Por otra parte, según el dictamen pericial, el Contratista inició la instalación de la referida Geomalla sin haberse modificado el precio del ítem ya acordado. Lo único que obra en el expediente y aduce como prueba la Convocante, es una propuesta de un APU (ANALISIS DE PRECIOS UNITARIOS) que le remitió a la Interventoría, la cual se anexó a la pluricitada Comunicación DA-886-CRE-03-16, en la que por demás se indica sin ningún sustento un precio unitario de \$14.417.08 M2, el cual difiere de los \$15.440 M2 que se invoca en los alegatos de conclusión para justificar o demostrar la diferencia reclamada, sin que aparezca su aceptación por la Interventoría.

Según el mismo dicho de la Convocante, se trata de pagos de obras o actividades no incluidas en el Contrato, luego no corresponden a obligación alguna a cargo de la Contratante, y menos que sea exigible en virtud del Contrato.

En esas condiciones, la pretensión se encuentra por fuera del Contrato, por lo cual, de suyo, el no pago de un precio no acordado no puede generar el incumplimiento del mismo. No se puede incumplir lo que no es obligación contractual, amén de que no se trata de una actividad realizada por constreñimiento de la parte Contratante, o por una previa declaración de urgencia manifiesta, ni dirigida a la prestación de un servicio de salud urgente, como lo prevé la jurisprudencia para que pueda ser examinada en el ámbito del mecanismo de control de controversias contractuales.

En efecto, el Consejo de Estado, v. gr. en sentencia de 27 de enero de 2016, de la Sección Tercera, radicado 20010491 01 (29869) con ponencia del Consejero Dr. Jaime Orlando Santofimio, señaló las circunstancias excepcionales, de interpretación y aplicación restrictiva, en las que la acción, ahora medio de control de controversias contractuales, procedería sin Contrato alguno o al margen de este, tales como:

- Cuando se invoque el enriquecimiento sin causa y se acredite, suficientemente, que fue la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su autoridad constriñó o impuso al particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un Contrato estatal o con prescindencia del mismo;
 - En los eventos que resulte urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud;
- y

- Cuando debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin Contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4° de la Ley 80 de 1993.

La situación del sub lite respecto de la malla en cuestión no encuadra en ninguna de esas hipótesis, que de darse alguna haría viable considerar por fuera del Contrato el monto reclamado por el supuesto mayor valor de la misma.

Lo anterior impone que, sin más consideraciones, el Tribunal deba negar la declaración de incumplimiento del Contrato por el no pago de un mayor valor unitario de la malla biaxial X-100, instalada en la construcción de la carretera PALERMO. SITIONUEVO, que deprecia la Convocante en esta novena pretensión, como lo hará en la parte resolutive del presente laudo, ya que no se evidencia la existencia de obligación contractual alguna en ese sentido.

F.- DE LA EXCEPCIÓN PROPUESTA POR LA CONVOCADA

De esa forma, no es necesario examinar la excepción propuesta por la Convocada respecto del Otrosí No. 6, por no existir obligación sobre el ítem en comento, que deba ser considerada por el Tribunal con el fin de determinar si fue objeto o no de la renuncia por parte del Consorcio, que se aduce en dicha excepción.

5.5.2.- SOBRE EL INCUMPLIMIENTO POR FALTA DE PAGO DEL MATERIAL DE TERRAPLÉN SELECCIONADO QUE SE ADICIONÓ PARA COMPENSAR LOS EFECTOS DE LA CONSOLIDACIÓN SOBRE LA CORONA DEL TERRAPLÉN

A.- RAZONES EN QUE SE FUNDA.

La Convocante no expuso en la demanda ningún desarrollo específico de esta pretensión, en los hechos ni en los fundamentos de derecho. Se limitó a lo enunciado en la misma pretensión, en el sentido de que el material de terraplén seleccionado que se adicionó para compensar los efectos de la consolidación, sobre la corona del terraplén, y que son necesarios para poder colocar la estructura de pavimento, tiene un valor de \$5.928.142.077.00, o lo que resultare probado en el proceso; y alguna otra mención como la del hecho 39 de la demanda.

Es en los alegatos de conclusión donde expone con mayor detalle el pretendido incumplimiento del Contrato, lo cual se pasa a extractar así:

- Se demostró que se incurrió en mayores cantidades de obra por los asentamientos por consolidación del terraplén, inherente a su construcción., y según varios testigos, incluido el Interventor, no se produce sobre el terraplén, sino sobre el suelo donde está construido, por lo que se debe agregar más material para culminar la obra en la altura convenida.

- Los Estudios Iniciales ya habían previsto una consolidación promedio de siete centímetros (7,00 cms), pero terminó siendo de unos veinte centímetros (20,00 cms) con ocasión del incremento del terraplén previsto en los Estudios del Consorcio.

-Los testigos coinciden en que se presentaron los asentamientos en la magnitud promedio de veinte centímetros (20,00 cm) que ha sido expuesta ante el Tribunal.

- El interventor Cardona incluso manifestó que bajo la norma INVÍAS lo que debe pagarse es el terraplén en la altura prevista y que las mayores cantidades de material por efecto del asentamiento debían estar a cargo del **CONSORCIO RIBERA ESTE**.
- El terraplén que debe ser pagado es el que cumple con la altura requerida y las demás especificaciones técnicas acordadas, condición, por demás elemental, que no se opone a que su reconocimiento económico se haga mediante la modalidad de precios unitarios y con observancia de las cantidades de material realmente empleadas.
- Fue el propio interventor quien reconoció que los **“asentamientos por consolidación, los asentamientos por consolidación se producen es sobre el terreno existente, cierto, esos asentamientos nunca se producen sobre el terraplén”**.
- Finalmente indica que de acuerdo con el Contrato 617 el pago del volumen de terraplén se realiza a través de tres (3) ítems: (i) “Excavación de la explanación, canales y préstamos”(ítem 2 de la cláusula quinta del Contrato) con un valor unitario de \$7.557,00 ; (ii) Conformación del “Terraplén” (ítem 3 de la cláusula quinta del Contrato) con un valor unitario con valor de \$8.528,00; y (iii) “Transportes de materiales provenientes de la excavación de la explanación, canales y préstamos para distancias mayores a 1.000 mts” con un valor unitario \$.1025,00 M3 – Km.

B.- DE LAS RAZONES DE LA DEFENSA

La Convocada se opone a esta pretensión, al igual que lo hace contra todas las demás, y aduce, como excepción, que desconoce hechos que extinguen los derechos que se solicitan ser declarados, tales como la suscripción del Otrosí Modificatorio No.6 del Contrato de obra 617 de 2013. Da como razones de la misma, tanto en la contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión, capítulo II, literal G, punto 4, en resumen, las siguientes:

- El Consorcio renunció expresamente a efectuar reclamaciones económicas frente a nuevos y/o mayores valores derivados de la ejecución de las obligaciones contempladas en el modificadorio, tales como la ejecución de las obras, estudios y diseños de la variante de Palermo y Sitio Nuevo (Cláusula sexta del Otrosí 6).
- El pago del material del terraplén se hizo con base en las condiciones contractuales establecidas y según la normatividad técnica aplicable, así corroborado por la Sociedad Colombiana de Ingeniería en su dictamen pericial (folios 363 a 422, segundo cdno. de pruebas), y por el Ingeniero VLADIMIR

CARDONA PAÉZ en su declaración en el proceso (folio 186 a 242, cdno. de pruebas)

- En atención a las especificaciones del INVIAS el pago del material del terraplén se hacía solo hasta las líneas teorías: la línea del terreno y la cota proyectada por el Contratista. Llegado a esa cota se hacía una medición, de la que se llevaban controles para verificar el asentamiento del suelo y determinar cuándo era posible iniciar la colocación de la capa asfáltica.
- Si resultare necesario añadir más cantidad de materiales, tal costo debía asumirlo el Consorcio, sin reconocimientos económicos adicionales por tratarse de un riesgo de la naturaleza de la ejecución del proyecto, que debía ser estimado y asumido por el Contratista, dada la normativa técnica aplicable y la consolidación era un hecho previsible, además de que la reclamación fue superada por el Otrosí No. 6.

C.- DEL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público expone que en relación al pago de las obras adicionales, diferencias en precio, material e instalación de malla biaxial 100, mayor cantidad de terraplén – estabilización -, y desvíos viales no se demostró, al grado de certeza, que hubieran sido aprobadas por la Interventoría, lo que impide que se reclame en esta instancia y bajo el título de incumplimiento o de la ruptura del equilibrio contractual, en cuanto a prestaciones cumplidas dentro del escenario contractual, sin que existiera acuerdo de voluntades.

A pesar de que los referidos ítems se hubieran usado en la ejecución de los diseños finalmente aprobados, esa circunstancia no imponía reconocimiento automático, pues demandaba previamente informar justificadamente, validar y aprobar, de ahí que la Interventoría no los hubiera aprobado. Al no haberse hecho así, la reclamación debió hacerse al amparo del enriquecimiento sin causa en razón a que el Tribunal sólo está facultado para resolver controversias contractuales.

D.- SOBRE LA EXCEPCIÓN DE LA CONVOCADA

Sea lo primero solucionar la excepción propuesta por la Convocada, habida cuenta de que de ello depende el examen de si se debe pagar o no al Consorcio la mayor cantidad de material de terraplén objeto de la pretensión bajo estudio, lo cual comporta verificar si su reclamo de incumplimiento en la obligación de pagar los ítems de la misma, se ajusta a los requisitos de oportunidad y forma.

E.- CONCEPTOS BÁSICOS DE UN TERRAPLÉN

La pretensión está referida, en palabras de la Convocante, al material de terraplén seleccionado que se adicionó para compensar los efectos de la consolidación, sobre la corona del terraplén, y que son necesarios para poder colocar la estructura del pavimento.

El artículo **210.4.4. Excavación en zonas de préstamo**, de las Especificaciones Generales de Construcción de Carreteras y Normas de Ensayo para Materiales de Carretera, prevé que “Los materiales adicionales que se requieran para los terraplenes o rellenos del proyecto se obtendrán

mediante el ensanche de las excavaciones del proyecto, si ello es posible y está autorizado, o de zonas de préstamo, previamente aprobadas por el Interventor.”

Agrega que “En la excavación de préstamos se seguirá todo lo pertinente a los procedimientos de ejecución de las excavaciones de la explanación y canales.”

En concordancia con dicha norma, el artículo **220.2.1 Requisitos de los materiales**, de tales Especificaciones Generales, reitera que:

Los materiales que se empleen en la construcción de terraplenes deberán provenir de las excavaciones de la explanación, de préstamos laterales o de fuentes aprobadas; estarán libres de sustancias deletéreas, de materia orgánica, raíces y otros elementos perjudiciales; no tendrán características expansivas ni colapsables. Su empleo deberá ser autorizado por el Interventor.

Por ello, en la literatura especializada se señala comúnmente que todos los materiales que se empleen en la construcción de terraplenes deberán provenir de las excavaciones de la explanación, de préstamos laterales o de fuentes aprobadas, y que prioritariamente debe provenir del material de las excavaciones de explanaciones (compensación transversal o propia y longitudinal, dentro de la distancia libre de transporte de 120ms y transportada), en caso que no puedan usarse los excedentes de corte se podrá usar material de cantera, siempre que resulte más económico para el proyecto.

A su turno, el artículo 210.4.6. *ibidem*, en su inciso final establece que ‘*El transporte de los materiales provenientes de las excavaciones a una distancia mayor a cien metros (100m) de acarreo libre se medirá y pagará de acuerdo con el artículo 900, “Transporte de materiales provenientes de excavaciones y derrumbes”.*’

En ese orden, el artículo 220.4.3. ‘Cuerpo del terraplén’, en su inciso dispone que “*Los materiales para los terraplenes y su transporte se medirán y pagarán de acuerdo con lo indicado en los artículos 210, “Excavación de la explanación, canales y préstamos” y 900, “Transporte de materiales provenientes de excavaciones y derrumbes”, respectivamente.*’

El referido artículo 900, TRANSPORTE DE MATERIALES PROVENIENTES DE EXCAVACIONES Y DERRUMBES, por su parte en el numeral **900.6.1 Materiales provenientes de la excavación de la explanación, canales y préstamos**, inciso segundo, señala que “*Cuando los materiales deban ser transportados a una distancia mayor de mil metros (1000m), la unidad de medida será el metro cúbico-kilómetro (m³-km).*”

Finalmente, según el artículo 220.1.2. de las citadas especificaciones adoptadas por el INVIAS, en los terraplenes se distinguirán tres partes:

- a) *Corona (capa subrasante): Parte superior del terraplén en la cual se apoya la estructura de pavimento; tendrá un espesor de treinta centímetros (30 cm), salvo que los documentos del proyecto indiquen un espesor diferente.*

b) Núcleo: Parte del terraplén comprendida entre el cimientado y la corona.

c) Cimientado: La parte inferior del terraplén, que está por debajo de la superficie original del terreno, la que ha sido variada por el retiro de material inadecuado.

El núcleo y el cimientado constituyen el cuerpo del terraplén.

F.- ÍTEMS CONTRACTUALES DEL TERRAPLÉN

A partir de lo antes reseñado es fácil entender que el material objeto de esta pretensión está comprendido en los ítems del Contrato **2**, “*Excavaciones varias sin clasificar de la explanación, cortes, canales y préstamos*”; **3**, “*Terraplén*”, y **5**, “*Transporte de materiales provenientes de la excavación de explanación, canales y préstamos para distancias mayores de mil metros (1.000m)*”, del Contrato, toda vez que todos ellos están determinados por el material seleccionado para la construcción del terraplén, ya sea como objeto de los mismos (ítems 2 y 5), o como su insumo principal (ítem 3).

El ítem 2 es la fuente o tipo del material seleccionado, que en este caso fue de cantera. El ítem 3 es el destino del material seleccionado, el terraplén para la vía contratada; y el ítem 5 es el transporte de dicho material.

A todos se les asignan los factores respectivos en el Contrato, a partir de la unidad de medición, que por lógica es la de metro cúbico (m³), las cantidades, valor unitario y valor total.

En el dictamen pericial aportado con la contestación de la demanda, ante la pregunta a) sobre el tema, de si ¿Es cierto que tales obras no estuviesen incluidas dentro del objeto del Contrato de obra 617 de 2013?, el perito respondió:

“Las obras y por ende las cantidades para adelantar actividades de medición y pago de asentamientos por consolidación de terraplenes, están contempladas dentro del proceso licitatorio y por ende dentro del Contrato de obra.” (Pág.412)

A una pregunta similar posterior respondió lo contrario. En efecto, a la pregunta “c”, ¿Algunas de esas obras quedaron excluidas del objeto del Contrato No. 617 de 2013 por alguna modificación contractual, en particular el Otrosí No. 6 de 2017?, respondió:

“Las obras y por ende las cantidades para adelantar actividades de medición y pago de asentamientos por consolidación de terraplenes, como se ha mencionado no han sido incluidas como un ítem remunerado dentro del Contrato en ningún momento y siempre la interventoría de manera correcta le ha manifestado los argumentos al constructor para indicarle que de presentarse debían ser asumidas por su cuenta y riesgo.” (folio 414)

Además de contradictorio el Dictamen sobre este aspecto del tema, no es coherente con el mismo, pues en el interrogatorio se le identifica en el numeral 3.12 como lo que es: **“3.12 Material de terraplén seleccionado que se adicionó para compensar los efectos de la consolidación, sobre la corona del terraplén, y que son necesarios para colocar la estructura del pavimento, por valor de \$5.928.142.077,00”** (Folio 409)

De ninguna manera se ha tratado de las actividades de medición del asentamiento, como erróneamente lo expone el perito, sino del material adicional por causa de la consolidación del suelo de fundación, de allí que no cabe tener en cuenta el dictamen para despejar este aspecto en comentario.

G.- RECLAMACIONES PREVIAS

Mediante la comunicación DA-886-CRE-03-16 del 17 de mayo de 2016, dirigida al Consorcio ICI, Interventor del Contrato, la Convocante le manifiesta a aquél que *“En concordancia con lo expresado en nuestro comité de seguimiento técnico de obra del 28 de abril de 2016, nos permitimos entregar los soportes de las reclamaciones presentadas en dicho comité para la correspondiente evaluación por parte de la Gobernación del Magdalena y de la Interventoría del proyecto.”*¹⁶⁷.

Sobre el punto en cuestión, en el numeral 4 de la misma dice:

4.- Asentamientos por consolidación: Durante la construcción del terraplén y luego de su finalización se hace necesario implementar una instrumentación para medir las consolidaciones del terraplén de conformidad a lo expresado en el informe final de estabilidad de taludes. No se tiene claridad sobre quién debe asumir los costos de la instrumentación y si el material de terraplén que se consolida debe ser objeto de pago. Es por esto que a través de las Comunicaciones DO-790-CRE-03-16, DO-797-CRE-03-16, y DO-876-CRE-01-16, (...) se le informó a la Interventoría y la Gobernación sobre la situación que se está presentando en la construcción de dichos terraplenes y la necesidad de obtener el respectivo reconocimiento de pago, (...) recalcando que lo que se pretende no es una modificación de la especificación de la norma INVÍAS, si no el reconocimiento de pago por la implicación que ocasiona el peso del terraplén sobre el suelo de fundación, el cual, si bien es cierto fue objeto de mejoramiento, debido al peso del mismo terraplén, ocasiona asentamientos de toda la estructura del terraplén sobre el mencionado suelo de fundación cuya capacidad de soporte, en algunos tramos es menor a 1 kg/cm².

Anexamos un dibujo esquemático, a manera ilustrativa, donde aclaramos que es lo que se pretende con la presentación de la presente reclamación.”

¹⁶⁷167 Folio 148 del cuaderno de pruebas 2.

Esa comunicación fue contestada negativamente por la interventoría del Proyecto mediante la comunicación INVIAS 3795-2013-665 del 9 de junio de 2016.

El catorce (14) de abril de dos mil dieciséis (2016)¹⁶⁸, tuvo lugar otro comité en cuyo desarrollo se abordaron temas relativos a la ejecución del Contrato, dentro de los cuales se trató el número 7 relativo al “*Transporte de materiales*”, dejando constancia de que “*se debe seguir trabajando para realizar ahorros por este concepto*”. Se levantó Acta.

El 28 de agosto de 2017 el Consorcio presentó demanda arbitral por controversia contractual contra el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** en cuyas pretensiones se incluyó el reconocimiento y pago del material de terraplén, seleccionado, que se incluyó adicional para compensar los efectos de la consolidación sobre la corona del terraplén.

El veinticinco (25) de septiembre del año dos mil diecisiete (2017)¹⁶⁹, se suscribe por las partes el Otrosí modificatorio No. 6 al Contrato de obra 617 de 2013, el cual modifica varios aspectos del Contrato, entre ellos: el objeto y alcance del Contrato; el valor y el plazo del Contrato; el ajuste de las garantías y seguros derivado de las anteriores modificaciones. Además, se le incluyó una reserva relativa a materiales, que, para los efectos del estudio de la pretensión *sub examine*, se pasa a considerar así:

En su CLÁUSULA SÉPTIMA se estipuló:

“La controversia relacionada con la modificación de las cantidades de transporte de material de terraplén en el ítem transporte de materiales provenientes de la excavación de explanación, canales y préstamos para distancias mayores de 1.000 metros, y el reconocimiento de la distancia a las fuentes de materiales, será dirimido a instancia del Tribunal de Arbitramento, que será llevado por el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA en el momento procesal que corresponda.”

Es claro que la reserva transcrita comprende los tres ítems del terraplén y que ella integra el clausulado del Otrosí modificatorio No. 6, de manera que sin lugar a dudas se trata de una manifestación de voluntad bilateral por parte del **CONSORCIO RIBERA ESTE** y del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**.

Si bien, como lo anotó el Tribunal, lo más común es que las reservas sean formuladas unilateralmente por la parte que se considera afectada por el

¹⁶⁸ Acta de Comité del catorce (14) de abril de 2016 Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Actas, comunicaciones, oficios/27. Acta de comité 14_04_16.

¹⁶⁹El Otrosí No. 6 al Contrato de Obra Pública No. 617 obra a folios 42-45 y 314-317 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Además, también se encuentra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocada en su Contestación a la Reforma de la Demanda, cd que obra a folio 266 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: CD anexos contestación reforma demanda/3. Contrato 617 de 2013/Otrosí No. 6 Contrato 617 de 2013.

incumplimiento, manifestando el objeto de su reclamación, mediante una nota marginal que, generalmente, se encuentra al final del documento en que se plasma, en el caso *sub examine* la reserva adquirió la forma de cláusula contractual y emana de ambas partes.

A lo anterior se suma que cuando se firmó el Otrosí No. 6, 25 de septiembre de 2017, ya estaba en curso el Proceso Arbitral, pues el Consorcio había presentado la demanda el 28 de agosto de ese mismo año, y en esa demanda ya estaba incluida la pretensión bajo examen, proceso que implícitamente se valida en el acuerdo modificatorio.

Las precedentes *Comunicaciones DO-790-CRE-03-16, DO-797-CRE-03-16, y DO-876-CRE-01-16, que luego se adjuntaron a la comunicación DA-886-CRE-03-16 del 17 de mayo de 2016, y la demanda arbitral presentada por el Consorcio, no hacen más que poner de presente que antes del Otrosí No. 6, las partes del Contrato tenían una divergencia en el reconocimiento de cantidades de material para el terraplén, de modo que en la cláusula Séptima del mismo, las partes no hacen más que aceptar la existencia de una controversia acerca del reconocimiento de la distancia a las fuentes de materiales y la cantidades de transporte de material provenientes de las canteras, y dejar abierta la posibilidad de solucionarla mediante un proceso arbitral.*

Cabe reiterar que si bien es cierto que en las actas parciales de recibo de obra no consta que el contratista hubiese expresado su inconformidad sobre la cantidad de material del terraplén que se le estaba reconociendo, también es cierto que una de las características de estas actas es que son parciales, y pueden en el futuro ser ajustadas de llegarse a comprobar que se ejecutaron mayores o menores cantidades de obra de las allí reconocidas, esto sumado a que las partes, como se dijo anteriormente, desde los nuevos diseños se vislumbró la existencia de la controversia en comentó.

Igualmente, que la Cláusula Séptima del Otrosí No. 6 pone de manifiesto que ambas partes reconocieron la existencia de una controversia relativa al *"material del terraplén"*, aunque no se mencione desde cuando se estaba dando tal discrepancia, de suerte que no hay lugar a tener a la entidad Convocada como sorprendida con esta pretensión con la demanda en donde se plasmó dicho reclamo.

En cuanto a la forma con que se formuló la reserva en el Otrosí No. 6, el Tribunal dejó precisado atrás que ésta tuvo por objeto a dos reclamaciones independientes: una, que es la *"controversia relacionada con la modificación de las cantidades de transporte de material de terraplén en el ítem transporte de materiales provenientes de la excavación de explanación, canales y préstamos para distancias mayores de 1.000 metros"* (ítem 5), que es objeto de la pretensión bajo estudio, y, la segunda, la relativa a *" el reconocimiento de la distancia a las fuentes de materiales, será dirimido a instancia del Tribunal de Arbitramento, que será llevado por el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA en el momento procesal que corresponda"*. De ellas, el Tribunal observa que la que más se ajusta a la pretensión en estudio, es la relacionada con la primera reserva.

Con relación a esa primera reserva, que es aquella que señala: *"controversia relacionada con la modificación de las cantidades de transporte de material de*

terraplén en el ítem transporte de materiales provenientes de la excavación de explanación, canales y préstamos para distancias mayores de 1.000 metros" (ítem 5), el Tribunal precisa que la forma en que está dispuesta cumple con los postulados de precisión y especificidad, derivados del principio de buena fe.

Valga reafirmar que por ello no es de recibo la interpretación que hace el apoderado de la Convocada de la cláusula séptima del Otrosí No. 6, en el sentido de que solo el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** está habilitado para llevar la controversia ante un Tribunal de Arbitramento, pues de ser de así se le estaría conculcando al contratista su derecho fundamental al acceso a la justicia, por cuanto según el Artículo 229 de la Constitución "*Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.*"

Así las cosas, la pretensión cumple con el requisito de oportunidad requerido para que sea examinable en este proceso arbitral y por ello deba negarse la excepción formulada por la Convocada sobre el particular.

5.5.3. DE LA SITUACIÓN PROCESAL DE LA PRETENSIÓN

A.- SOBRE SU RELACIÓN CON EL CONTRATO MATERIA DEL SUB LITE

Como inicialmente se precisó, el objeto de la pretensión hace parte del Contrato en la medida en que está comprendido en los ítems **2**, "*Excavaciones varias sin clasificar de la explanación, cortes, canales y préstamos*"; **3**, "*Terraplén*", y **5**, "*Transporte de materiales provenientes de la excavación de explanación, canales y préstamos para distancias mayores de mil metros (1.000m)*", del Contrato de Obra No. 617 de 4 de octubre de 2013, celebrado entre el **CONSORCIO RIBERA ESTE** y el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**.

En todos esos ítems está comprendido el material seleccionado para la construcción del terraplén, ya sea como objeto de los mismos (ítems 2 y 5), o como su insumo principal (ítem 3), y es así como el ítem 2 es la fuente o tipo del material seleccionado, que en este caso fue de cantera. El ítem 3 es el destino del material seleccionado, el terraplén para la vía contratada; y el ítem 5 es el transporte de dicho material.

Para este tópico se desatiende el dictamen pericial aportado con la contestación de la demanda, dadas las razones atrás expuestas, en las que se advierten sus inconsistencias sobre el mismo.

B.- SOBRE EL ALCANCE DEL MATERIAL SELECCIONADO ADICIONADO PARA COMPENSAR LA CONSOLIDACIÓN DEL SUELO DE FUNDACIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN DEL TERRAPLÉN

El cubrimiento o compensación por la consolidación o asentamiento del suelo en la construcción de un terraplén se traduce en ítems que hacen parte del Contrato, tal como atrás se precisó, de allí que la pretensión se encuadre en el ámbito de las controversias contractuales y sea del resorte de este Tribunal, lo cual tampoco es discutido.

El Ingeniero Vladimiro Cardona, Director de la Interventoría del Contrato justamente dijo en su declaración que "*el tema de las consolidaciones pues*

también está ligado a las especificaciones de obras, las especificaciones que rige para este proyecto son las INVÍAS y se lo dice, señor si va a construir todos los terraplenes generalmente sufren asentamientos porque son rellenos de gran peso sobre suelos blandos o duros pero en alguna medida producen deformaciones de manera vertical.” (Pag. 39 de la transcripción de su declaración)

No se trata de las actividades de medición del asentamiento, como erróneamente lo expone el perito, lo cual es otro aspecto de la ejecución de la obra, sino del material adicional por causa de la consolidación del suelo de fundación, de allí que los problemas a resolver ahora, en su orden, son:

¿Efectivamente se adicionó mayor cantidad de material seleccionado al pagado en la construcción del terraplén de la vía contratada, para compensar la consolidación del suelo? Y si fue cierto, ¿Qué tanta cantidad realmente se adicionó?

Volviendo al dictamen pericial aportado por la Convocada, se observa que ante la pregunta “b.” sobre si **¿Tales obras en realidad se ejecutaron?** el perito respondió:

“Como se ha mencionado y acorde con la documentación revisada, el constructor debía ejecutar todos los trabajos necesarios para lograr el objetivo de tener un terraplén acorde con lo previsto por el diseño en sección transversal y cota rasante. Así que si requirió mayor material del previsto por él, era una situación que debía ser conocida en cuanto a que debía ser asumido por su cuenta y riesgo y mucho más al haber adelantado los ajustes a los diseños en donde el incremento de sección de terraplén fue uno de los elementos que más tuvo modificación.”(Pág.414)

Nuevamente se observa que el Dictamen sobre este aspecto del tema no es coherente con la pregunta, pues en lugar de responder si **en realidad se ejecutaron** o no tales obras, que no eran otras que las relativas al **“Material de terraplen seleccionado que se adicionó para compensar los efectos de la consolidación, sobre la corona del terraplén, y que son necesarios para colocar la estructura del pavimento, por valor de \$5.928.142.077,00”**, se enfocó de modo general en lo que debía hacer el Contratista respecto del terraplén y en el supuesto de que si requirió mayor material del previsto, ello debió ser conocido por él ya que debía asumirlo por su cuenta y riesgo, sin precisar si efectivamente requirió o no ese mayor material, que fue lo que realmente se le preguntó.

En todo caso, y pese al desenfoque de la respuesta, cabe inferir que dadas las circunstancias indicadas en la misma, sí hubo tal mayor cantidad de material del previsto para construir el terraplén. Distinto es establecer quien debía asumir su pago, lo cual se ha de abordar después de despejar la realidad del asunto.

Además, del correspondiente material probatorio en lo pertinente a esta pretensión, se deduce, sin dificultad, que realmente hubo un asentamiento o consolidación del suelo de fundación del nuevo terraplén de la vía Palermo-Sitionuevo, incluso mayor al previsto en los Estudios Iniciales, y que ese

incremento en la consolidación llevó a una mayor cantidad de los ítems concernientes al material del terraplén, para restablecer la cota de subrasante y conformar la corona, como lo señala la norma 220.4.4, en su párrafo tercero.

Así se constata, v. gr. en los siguientes apartes de la precitada declaración del Ingeniero CARDONA, a saber:

DR. QUINTERO: Usted como interventor así se le hubiese demostrado, aportado que hubo mayor cantidad de obra, por INVÍAS por lo que usted está establecido no pagaba más?

*SR. CARDONA: No doctor porque es que la norma lo estableció como se tenía que pagar y para nosotros esos volúmenes y nos consta, para nosotros esos volúmenes y nos consta, lo digo aquí de presencia **nos consta que se colocaron mayores de volúmenes de reconformación de eso, que nosotros acompañamos las mediciones de esos asentamientos** (negrillas no son del texto) pero eran por temas técnicos, o sea no se puede mezclar el tema técnico de la medición de los asentamientos por efectos de la deformación del suelo con la forma de pago, son 2 cosas totalmente diferentes, la forma de pago se estableció, está así y cualquier entidad de control, la misma Gobernación, el mismo INVÍAS revisarán y encontraran que se pagó como es.*

(...)

SR. CARDONA: El proceso constructivo y como lo demuestra la normatividad le dice, déjeme el terraplén más alto porque se va a bajar, ya la norma lo está diciendo, déjelo más altico porque se va a bajar, lo que se busca... (Interpelado)

DR. QUINTERO: El contratista lo hizo?

SR. CARDONA: El contratista hizo lo contrario, rellenó, ellos lo dejaron a nivel de corona, no lo dejaron con mayor volumen y cuando pasó el periodo de consolidación pues lo encontraron más abajo, nosotros acompañamos esas mediciones, nosotros como interventoría pero eran 2 temas.

DR. QUINTERO: Y el hecho del relleno es técnicamente aceptable o no es aceptable?

SR. CARDONA: Para el proyecto no es lo que dice la normatividad, pero para el fin del proyecto cumplió.” (Pág. 41 de la declaración)

Con la anterior manifestación son contestes los demás declarantes en lo atinente al tema, de los que a modo de ilustración se trae lo manifestado por los testigos Ingeniero ANDRES CASADIEGO jefe de costos y presupuestos del **CONSORCIO RIBERA ESTE**, y la Dra. CLAUDIA ORJUELA, asesora jurídica del Departamento para el Contrato.

El primero, en consonancia con el dicho del Ingeniero CARDONA dejó consignado lo siguiente:

“En el proceso de construcción cómo se realizó, se hizo la cimentación, se realiza el llenado lateral sobre el corredor existente, se instala la geomalla biaxial para garantizar los esfuerzos, la disipación de esfuerzos entre estos 2 materiales y se termina de llenar hasta la cota de diseño, cuando se finalice esta cota de diseño, se instala unos testigos en bordes y ejes donde esos testigos con interventoría se hace un acompañamiento de lectura topográfica durante los 3, 6 y 8 meses de acuerdo al tramo considerando su consolidación, en esas lecturas se va identificando cuando se presentan asentamientos y se chequean 2 situaciones:

Una, cuanto ha sido la disminución o abajado este chequeo, de la cota de terraplén y para qué, para compararlos con las cotas de asentamiento proyectados o los espesores proyectados dentro de los diseños y dos, para identificar en el tiempo cuanto cesa este movimiento es decir cuando se registran más de 4 lecturas señales en ser, es decir no hubo ningún movimiento ya se cree o se presentaba interventoría que este tramo ya contaba con la consolidación y la estabilización que se requería por parte de los diseños.

Qué sucede, cuando se presenta esta constancia la interventoría nos emite un concepto con sus especialistas diciendo que efectivamente, se presentan esas consolidaciones que se estabiliza el terraplén pero que nuevamente se debe llevar a cota de corona para poder cumplir con las cotas de diseño, este volumen no es reconocido por parte de la Interventoría. (Pag. 38 de la declaración)

Por su parte, la doctora CLAUDIA ORJUELA dijo:

(...) en cuanto a las consolidaciones según las especificaciones de INVÍAS y según el diseño aprobado con la interventoría los terraplenes debían tener una altura, eso lo llaman la cota del terraplén, una altura X, esta altura de la cota hasta los tres metros, tres mi medio, o los cuatro metros, cuando se instala el material, imagínense ustedes todo este material encima de un terreno, por efecto del mismo peso del material el se va hundiendo, bueno se hunden las capas abajo, se hunde y aparte de eso cuando llueve, eso se llama las condiciones de saturación, se filtra, el material se filtra entre las piedritas y va bajando, luego esa cota de terraplén cuando instalen el material hay que siempre instalar un poco más de material hasta que quede, ya se deje de mover y quede en el punto que corresponde.

Aquí pues no fue la excepción, en los estudios y diseños iniciales estaba prevista una consolidación de 7 centímetros pero para los tramos Sitionuevo- Remolino, Remolino-guáimaro que eran los que tenían terraplén, para este no tenía ese rango de consolidación y según los estudios y diseños nuevos por supuesto que como el más alto es mayor la consolidación.” (Pág. 24 de la transcripción de su declaración)

Más adelante agregó:

DR. DURÁN: Pero la interventoría entonces era consciente de que...?

SRA. ORJUELA: Claro porque aprobó el diseño.

DR. DURÁN: Aprobó el diseño, pero se ejecutó así?

SRA. ORJUELA: Se ejecutó como dice el diseño y las consolidaciones se dieron como lo aprobaba el diseño, entonces no pago eso y tampoco les pagó los 7 centímetros que decía en el otro terraplén de los otros tramos, tan claro, en el tema de transporte comenté fuente más caótico de todos en realidad, el que más temor género y el que la bulla también género, cuando el contratista nos dice, mire departamento resulta que las actas que me vienen pagando está mal liquidadas en la cantidad de transporte y le decimos al interventor, qué le pasa, pague lo correcto si es menos paga menos y si es más, pague más...” (Pág. 25 ibidem)

Así las cosas, el problema viene a ser el de **¿cuánto fue la mayor cantidad de obra ejecutada por causa de la situación descrita?**, y ello pasa por responder a la pregunta de **¿cuál fue el nivel de asentamiento o consolidación que finalmente se dio por efecto del terraplén y que por lo mismo debió ser compensado en este?**

La Especificación 220.4.4. del INVÍAS, en su párrafo tercero prevé:

Si por causa de los asentamientos, las cotas de subrasante resultan inferiores a las proyectadas, incluidas las tolerancias indicadas en esta especificación, se deberá escarificar la capa superior del terraplén en el espesor que ordene el Interventor y adicionar del mismo material utilizado para conformar la corona, efectuando la homogeneización, humedecimiento o secamiento y compactación requeridos hasta cumplir con las cotas de subrasante.

De allí que el Ingeniero CARDONA haya señalado en su declaración:

“SR. CARDONA: Si le queda por debajo debe complementarlo y volverlo a subir hasta el nivel espetado, si le queda por encima lo tiene que cortar.” (Pág. 40 de la transcripción de su declaración)

En el caso del sub lite, todo indica que la consolidación se dio en niveles que promediaron los 20 centímetros y por consiguiente se puede inferir que la cantidad de material seleccionado que se tuvo que adicionar para alcanzar la corona final del terraplén aprobada o aceptada por la Interventoría, no pudo ser otra que la necesaria para compensar ese promedio de hundimiento del suelo de fundación del terraplén.

Al punto sirve traer la declaración del Ingeniero CARDONA en los siguientes apartes:

DR. QUINTERO: Para este proyecto cuánto se tenía estimado en consolidación?

SR. CARDONA: Según los últimos diseños se han pagado, se tenían estimado como un promedio de 25 centímetros.

DR. QUINTERO: Perdón, desde el comienzo cuánto se tenía, inicialmente en los diseños iniciales?

SR. CARDONA: No, no recuerdo exactamente los diseños originales pero los diseños ajustados sí tenían un promedio que iba dentro de 15-20 centímetros más o menos.” (Pág. 40 de la transcripción de su declaración)

A su turno, el Ingeniero CASADIEGO relató:

“Si nos vamos a los diseños iniciales que se planteaban entre Palermo y Sitio Nuevo, Ingeocim dentro de eso se contemplaban asentamientos, máximo de 7 centímetros sin embargo los nuevos diseños, se logró evidenciar con los especialistas que esos asentamientos se generaban hasta 20 centímetros en promedio entonces era imposible que el Consorcio Ribera Este en el momento licitatorio tuviera en cuenta esa condición ya que eso fue producto de un nuevo diseño, dentro de las condiciones actuales con que se estaba haciendo la vía.

Por ende qué factor generó eso, eso generó que cuando se llegara a la corona del terraplén el especialista solicitó esperar entre 3, 6 y 8 meses de acuerdo a los tramos geológicos del sector, un tiempo para que esos asentamientos, surgieran, bajaran el terraplén y que no se reflejaran dentro de la estructura del pavimento, qué se generó en ese momento, que cuando se presentan esos asentamientos promedio de 20 centímetros a lo largo de todo el terraplén, la Interventoría solicita que nuevamente se llegue a cota de corona, proyectada, por lo que se incurre en ese gasto del nuevo material para poder garantizar la cota de corona de terraplén del proyecto, ese volumen no

fue reconocido por parte del Consorcio ICI, ni de la Gobernación dentro de las reclamaciones que se presentaron y fue instalado.

DR. DURÁN: Pero ese nuevo volumen, no estaba en los diseños que aprobó la Gobernación, el rediseño, fue un nuevo rediseño?

SR. CARADIEGO: Sí, correcto, estaba en los nuevos diseños contemplado que se presentarías asentamientos por lo que si estaba contemplado se debían hacer, tener en cuenta esas cantidades adicionales como mayores cantidades de obra dentro de la ejecución del Contrato.

DR. DURÁN: Los APU que usted dice no previstos, en algún momento fueron aprobados por la Gobernación?

SR. CARADIEGO: En el tema del terraplén desde la geomalla no fue aprobado, y en el tema del terraplén no se requiere un APU previsto debido a que ese APU está contemplado dentro del Contrato, que es terraplén el ítem de terraplén y transporte, y lo que se genera es mayores cantidades de obra, no un ítem no previsto nuevo, se generan mayores cantidades de obra.

Bueno, en ese orden de ideas, dentro de los estudios y diseños se presentó una tabla con las lecturas de asentamiento promedio de 20 centímetros adicionalmente esos asentamientos pudieron ser verificados por las partes tanto contratistas, Interventoría como Gobernación debido a que en el proceso de aprobación para colocación de la estructura de pavimento, cuando me refiero a la estructura de pavimento me refiero, a las capas granulares de sub base, base y asfalto, que para poder instalar esta estructura de pavimentos se requería que la cota de... del terraplén que estuviera a la altura de los diseños nuevos contemplados, con las cotas contempladas en los diseños. (Pág. 10 de la transcripción de su declaración)

Con la anterior declaración del Ingeniero CASADIEGO coincide la doctora CLAUDIA ORJUELA, quien refiere:

"...según los estudios y diseños nuevos por supuesto que como el más alto es mayor la consolidación, oscilaba por tramitó en 30 centímetros, 28 centímetros, 25 centímetros, 20, 18, diferentes centímetros de altura de las consolidaciones, en ese también hicimos N mesas de trabajo, el interventor su posición en este momento fue, es que ya existe un ítem de terraplén lo que genera esto son más cantidades yo sí acaso pago los siete centímetros del diseño inicial pero no les voy a pagar más de eso."

(...)

Sacar un promedio se propuso alguna vez en una de las mesas de trabajo con el supervisor del convenio por parte de INVÍAS se hablaba de 20 centímetros, 21 centímetros, como en un promedio, pero eso no se pagó jamás se incluyó en no se reconocieron estas mayores cantidades de la consolidación por saturación.

DR. DURÁN: ¿En ese sentido nunca hubo controversia sobre las mayores cantidades?

SRA. ORJUELA: Hubo controversia con la interventoría y el contratista porque la interventoría no quiso pagarles y reconocerles esos 30 centímetros de material puesto, sí, del mayor material puesto 30, 20, 25 centímetros variaban, o sea en promedio 20 centímetros, no se los pago. (Pág. 25 de la transcripción de su declaración)

De esta forma cabe dar por cierto que la consolidación se dio en un promedio simplemente aritmético de 20 centímetros a lo largo y ancho de la base del terraplén de la vía Palermo-Sitionuevo, y que de suyo el Contratista agregó una cantidad de material en su construcción para compensarla, puesto que es sabido que el terraplén alcanzó finalmente la corona prevista en los nuevos diseños y fue aprobada por la Interventoría.

C.-SOBRE EL PAGO DE LAS MAYORES CANTIDADES DE OBRA DE LOS ÍTEMS 2,3 Y 5.

De conformidad las consideraciones y las pruebas anteriormente expuestas, se pudo establecer que el contratista tuvo que ejecutar mayores cantidades de obra respecto de los ya aludidos ítems: **2**, “*Excavaciones varias sin clasificar de la explanación, cortes, canales y préstamos*”; **3**, “*Terraplén*”, y **5**, “*Transporte de materiales provenientes de la excavación de explanación, canales y préstamos para distancias mayores de mil metros (1.000m)*”, como consecuencia de los asentamientos del material de terraplén puesto en la obra.

En este punto del análisis, el problema a dirimir es entonces:

¿Esas mayores cantidades de obra en los ítems 2, 3 y 5 deben ser asumidos por el Contratista o se los debe pagar el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA?

Lo anterior, por cuanto se observa fácilmente que la controversia se contrae a definir, a la luz del Contrato y de las Disposiciones Generales del INVÍAS, cuál de ellas debe asumir la carga financiera de esas mayores cantidades de obra.

La Convocada, sustentada en el dictamen pericial que aportó con su defensa, y la Interventoría aducen que dichas mayores cantidades de obra deben ser asumidas por el Contratista por ser de su cuenta y riesgo y el pago debe hacerse sobre las líneas definidas en las normas de las Disposiciones Generales adoptadas por INVÍAS.

Es claro que las mayores cantidades de obra que se reclaman corresponden a ítems contenidos en el Contrato y por lo mismo la controversia sobre su pago se debe resolver a la luz del Contrato y de las normas legales que rigen los

Contratos, con la orientación o el auxilio de las Especificaciones Generales adoptadas por el INVIAS para la Construcción de carreteras, que aquí hemos venido invocando.

En las últimas encontramos los artículos 220.6 y 220.7 dedicados a pago de los terraplenes, y que por su utilidad se traen de forma textual y en lo pertinente, a saber:

“220.6 MEDIDA

La unidad de medida para los volúmenes de terraplenes será el metro cúbico (m³) aproximado al metro cúbico completo, de material compactado, aceptado por el Interventor, en su posición final. El resultado de la medida se deberá reportar con la aproximación establecida, empleando el método de redondeo de la norma INV E-823.

Todos los terraplenes serán medidos por los volúmenes determinados con base en las áreas de las secciones transversales del proyecto localizado, verificadas por el Interventor antes y después de ser ejecutados los trabajos de terraplenes. Dichas áreas estarán limitadas por las siguientes líneas de pago:

a) Las líneas del terreno (terreno natural descapotado, afirmado existente, cunetas y taludes existentes);

b) Las líneas del proyecto (subrasante o límite inferior de la subbase, cunetas y taludes proyectados).

No habrá medida ni pago para los terraplenes por fuera de las líneas del proyecto o de las establecidas por el Interventor, efectuados por el Constructor, ya sea por negligencia o por conveniencia para la operación de sus equipos.

Los rellenos con materiales sobrantes de excavación o de derrumbes que se coloquen sobre taludes de terraplenes terminados no se medirán; su conformación y compactación será cubierta con los Artículos 210, "Excavación de la explanación, canales y préstamos", y 211, "Remoción de derrumbes". No se medirán los terraplenes que se efectúen en trabajos de zonas laterales y las de préstamo y desecho.

No se medirán los terraplenes que haga el Constructor en sus caminos de construcción y obras auxiliares que no formen parte de las obras del proyecto.

Tampoco se medirán, ni serán objeto de pago, los rellenos que sean necesarios para restituir la explanación a las cotas proyectadas, debido a un exceso de excavación.

220.7 FORMA DE PAGO

El trabajo de terraplenes se pagará al precio unitario del Contrato, por toda obra ejecutada satisfactoriamente de acuerdo con la presente especificación y aceptada por el Interventor.

El precio unitario deberá cubrir los costos de escarificación, nivelación, conformación, compactación y demás trabajos preparatorios de las áreas en donde se haya de construir un terraplén nuevo; deberá cubrir, además, la colocación, conformación, humedecimiento o secamiento y compactación de los materiales utilizados en la construcción de terraplenes; y, en general, todo costo relacionado con la correcta construcción de los terraplenes, de acuerdo con esta especificación, los planos y las instrucciones del Interventor. El precio unitario deberá cubrir, también, los costos de administración, imprevistos y la utilidad del Constructor.

Habrá pago separado para los diversos ítems relacionados con el desmonte y limpieza; demolición y remoción; los cortes de los taludes en media ladera y de los terraplenes por ampliar y el drenaje de las áreas que hayan de recibir terraplenes, establecidos en los Artículos 200, "Desmonte y limpieza"; 201, "Demolición y remoción"; 210 "Excavación de la explanación, canales y préstamos"; 600, "Excavaciones varias"; y 673 "Subdrenes con geotextil y material granular".

También habrá pago separado para los trabajos de empradización de los taludes de los terraplenes conforme se indica en el Artículo 810, "Protección vegetal de taludes", así como para el suministro y colocación de los geosintéticos a los cuales se hace referencia en el numeral 220.4.2, los cuales se pagarán de acuerdo con la especificación particular establecida para ello.

Los materiales para los terraplenes y su transporte se medirán y pagarán de acuerdo con lo indicado en los Artículos 210, 'Excavación de la explanación, canales y derrumbes', respectivamente.

Salvo que el proyecto indique lo contrario, se aplicará el mismo precio unitario a todas las partes del terraplén."

Las razones que aduce el Director de la Interventoría para negar el pago del material ya precisado y de las consiguientes cantidades de mayores obras en los ítems 2, 3 y 5 del Contrato, radican en que el pago debe darse entre la línea superior o de diseño de la corona y del suelo natural e inferior del terraplén, y que el Contratista no dejó la corona por encima de la línea final para compensar el asentamiento que se había previsto.

A folios 39, 40 y 41 de la transcripción de la declaración del Ingeniero CARDONA se lee:

SR. CARDONA. (...)

También adicionalmente le establece las reglas de juego de cómo lo va a comprar, se lo dice al contratista, señor sus límites de pago son el terreno natural, el terreno virgen antes de colocarle, descapotado obviamente, antes de colocarle el terraplén y las líneas de diseño, yo les mostré ahí en la presentación un dibujito donde había un área, un trapecio achurado e café y ese se llama el área de sección de pago o área de diseño, esa sección es inmodificable, usted no se puede salir de ahí usted como interventor debe garantizar que le quede esa sección en el proyecto y que si por algún motivo el contratista sobrepasa lateralmente esas dimensiones o esas líneas es un material que no va a tener reconocimiento.

SR. CARDONA: El proceso constructivo y como lo demuestra la normatividad le dice, déjeme el terraplén más alto porque se va a bajar, ya la norma lo está diciendo, déjelo más altico porque se va a bajar, lo que se busca... (Interpelado)

DR. QUINTERO: El contratista lo hizo?

SR. CARDONA: El contratista hizo lo contrario, rellenó, ellos lo dejaron a nivel de corona, no lo dejaron con mayor volumen y cuando pasó el periodo de consolidación pues lo encontraron más abajo, nosotros acompañamos esas mediciones, nosotros como interventoría pero eran 2 temas.

A su turno, el Ingeniero Orlando Santiago Cely, en su dictamen pericial aportado por la Convocada señala que “...desde la interventoría se dieron todos los argumentos al constructor para indicarle que de presentarse mayores cantidades de obra por asentamiento, debían ser asumidos por su cuenta y riesgo.” (pág. 414 del documento)

El Tribunal no encuentra concordancia de tales argumentos con las aludidas especificaciones generales, y cuyos textos se tienen a la vista, pues ninguna de ellas permite inferir que deba excluirse de la medición, y de su respectivo pago, el material que deba adicionarse para compensar la consolidación del suelo natural y llevar el terraplén al nivel de la cota subrasante; y si lo dijera sería contraria a derecho, pues esa adición está ordenada en esas disposiciones y está encaminada a la adecuada conformación de la corona de diseño y a la consecuente satisfactoria terminación del terraplén, tal como se lee en el párrafo tercero de la norma 220.4.4 atrás comentada.

Los materiales que deben excluirse de medición y de pago están taxativamente señalado en esas especificaciones, los cuales son i) los terraplenes por fuera de las líneas del proyecto o de las establecidas por el Interventor, efectuados por el Constructor por negligencia o conveniencia para la operación de sus equipos; ii) los rellenos con materiales sobrantes de excavación o de derrumbes que se coloquen sobre taludes de terraplenes terminados; iii) los terraplenes que se efectúen en trabajos de zonas laterales y las de préstamo y desecho; los terraplenes que haga el Constructor en sus caminos de construcción y obras auxiliares que no formen parte de las obras del proyecto;

iv) los rellenos que sean necesarios por un exceso de excavación para restituir la explanación a las cotas proyectadas.

En ninguno de ellos cabe el material que se le ha negado a la Convocante, pues no hay lugar a encuadrar en cualquiera de los mismos el material que ella adicionó para compensar la consolidación o asentamiento de 20 centímetros que se dio en el suelo natural donde se construyó el terraplén de la vía PALERMO-SITIO NUEVO, a fin de dejarlo en su corona de diseño.

Como tampoco hay manera de entender que alguna de esas disposiciones generales diga que deba excluirse el material, si éste se adiciona cuando el Constructor no deje el terraplén por encima de la corona de diseño.

La hipótesis que en sentido contrario plantea el Ingeniero CARDONA, cuando argumenta que *“El contratista hizo lo contrario, relleno, ellos lo dejaron a nivel de corona, no lo dejaron con mayor volumen y cuando pasó el periodo de consolidación pues lo encontraron más abajo,”* no tiene relevancia frente a esas especificaciones generales, pues la compensación del asentamiento es parte natural o necesaria del proceso de construcción del terraplén, y debe efectuarse sea dejando el terraplén con mayor volumen por encima de la corona de diseño, o sea agregándose cuando descienda por debajo de la corona de diseño.

En nada afecta el pago del material adicional, el hecho de que se presente una u otra situación; menos cuando en palabras del mismo Ingeniero, a su juicio es más conveniente la adición del material cuando el terraplén se deja a nivel de corona de diseño antes del asentamiento, por cuanto ello permite agregar un material nuevo y fresco, es decir, justamente en la forma como aquí sucedió.

Además, expresamente acepta que la adición del material cumplió su cometido de manera satisfactoria, como atrás quedó anotado e incluso se lee en los siguientes apartes de la transcripción de su declaración, visibles a folio 43 de la misma:

• *“El contratista hizo lo contrario, relleno, ellos lo dejaron a nivel de corona, no lo dejaron con mayor volumen y cuando pasó el periodo de consolidación pues lo encontraron más abajo,”*

SR. CARDONA: No, no es que me haya separado porque si me hubiera separado era que hubiera recibido las coronas por debajo, lo recibí por encima, lo volví, es más inste al contratista para que restituyera nuevamente con materiales también adecuados, además que por la practica siempre he creído que es mejor relleno que no dejarlo por encima, por qué le digo y eso se aparta un poco de la normatividad, resulta que cuando usted lo deja por encima el material va a estar expuesto al paso de los vehículos durante mucho tiempo, a la lluvia y esos materiales se deterioran, en ultimas qué tiene que hacer, volverlo a cortar, lo que se haya, lo que tenga que, si usted lo deja por debajo pues relleno con materiales nuevos y de una vez instala la estructura de pavimento. (subrayas del Tribunal)

DR. QUINTERO: O sea que usted en algunos casos sí se apartó un poco de la normatividad?

SR. CARDONA: No es apartarse de la normatividad sino de buscar alternativas viables para el proyecto por eso es el tema de la ingeniería, si bien ahí hay cosas que están estipuladas dentro de una normatividad, no se está haciendo ningún acto indebido, se está es buscando mejoría. (Subrayas son del Tribunal)

Así como el artículo 220.6 es diáfano en lo que se ha de excluir del pago - donde no cabe el material aquí reclamado-, el artículo 220.07 es igualmente claro e inequívoco en lo que sí ha de pagarse: *“toda obra ejecutada satisfactoriamente de acuerdo con la presente especificación y aceptada por el Interventor.”*

De modo que a su tenor, el precio unitario deberá cubrir los costos de escarificación, nivelación, conformación, compactación y demás trabajos preparatorios de las áreas en donde se haya de construir un terraplén nuevo; deberá cubrir, además, la colocación, conformación, humedecimiento o secamiento y compactación de los materiales utilizados en la construcción de terraplenes; y, en general, todo costo relacionado con la correcta construcción de los terraplenes, de acuerdo con esta especificación, los planos y las instrucciones del Interventor. El precio unitario deberá cubrir, también, los costos de administración, imprevistos y la utilidad del Constructor. (subrayas del Tribunal)

Por otra parte, la consolidación es ciertamente un evento previsible, y así está contemplada en las especificaciones generales en comento, pero esa circunstancia no la establecen como causal de exclusión, para su medición y pago, de las actividades necesarias para compensación, y menos las dejan a cuenta y riesgo al Constructor. Tampoco la erigen en un riesgo y menos que ese riesgo deba asumirlo el Contratista, y si así fuera, sería entonces de cargo del Departamento, habida cuenta de que la matriz de riesgo definida en el Contrato se lo asigna en un 100%.

De modo que no es procedente invocar la previsibilidad de la consolidación del suelo natural, para excluir de su medición y pago las obras dirigidas a su compensación, por cuanto ni así se contempla en las estipulaciones generales aplicadas al caso, y menos en el Contrato; ni esa situación *per se* impide su reconocimiento y pago al contratista, peor aún cuando la matriz de riesgo definida en el Contrato determina que el Departamento es quien debe asumirla en el 100%, tal como atrás lo precisó el Tribunal.

Tampoco es aplicable al caso la exclusión de medida y pago señalada en el párrafo tres del artículo 220.6, y reseñada en el punto i) de los atrás relacionados, que es la que parece invocarse en los argumentos bajo examen, la cual cobija *los terraplenes por fuera de las líneas del proyecto o de las establecidas por el Interventor, efectuados por el Constructor, ya sea por negligencia o por conveniencia para la operación de sus equipos.*

Y no es aplicable por la sencilla razón de que no se ha demostrado que el material reclamado corresponda a terraplén alguno por fuera de las líneas del proyecto, menos cuando el mismo Interventor ha manifestado que el relleno

se hizo cuando el terraplén quedó por debajo de la corona de diseño, como puede leerse en sus declaraciones atrás reseñadas, en las dice que *“El contratista hizo lo contrario, rellenó, ellos lo dejaron a nivel de corona, no lo dejaron con mayor volumen y cuando pasó el periodo de consolidación pues lo encontraron más abajo,”*.

Forma de proceder que por cierto destacó como más adecuada técnicamente al comentar *“que por la practica siempre he creído que es mejor rellenar que no dejarlo por encima, por qué le digo y eso se aparta un poco de la normatividad, resulta que cuando usted lo deja por encima el material va a estar expuesto al paso de los vehículos durante mucho tiempo, a la lluvia y esos materiales se deterioran, en ultimas qué tiene que hacer, volverlo a cortar, lo que se haya, lo que tenga que, si usted lo deja por debajo pues rellena con materiales nuevos y de una vez instala la estructura de pavimento.”*,

Esa apreciación, por lo demás y como evidencia de que la Interventoría no le hizo reproche técnico a la adición del material reclamado, la explica afirmando que aceptarlo así *“No es apartarse de la normatividad sino de buscar alternativas viables para el proyecto por eso es el tema de la ingeniería, si bien ahí hay cosas que están estipuladas dentro de una normatividad, no se está haciendo ningún acto indebido, se está es buscando mejoría.*

De suerte que además de que no hay prueba o demostración alguna de que el material reclamado es de terraplén *por fuera de las líneas del proyecto* - a) Las del terreno y b) las del proyecto -, dicho material y el correspondiente relleno fueron aceptados por la Interventoría, e incluso reconocidos por su Director como técnicamente adecuados para la obra.

Así las cosas, para el Tribunal, los argumentos de la Interventoría y de la Convocada, para justificar el no pago de la mayor cantidad de material adicionado por la consolidación del suelo natural, en la construcción del terraplén de la carretera PALERMO – SITIONUEVO, resultan carentes de todo fundamento y contradictorios; de modo contrario a la posición de tales entidades y en virtud del Contrato, el Tribunal concluye que se deben reconocer y pagar al Contratista las mayores cantidades de obras realizadas en razón de esa mayor cantidad material adicionada al terraplén.

Se trata de ítems previstos en el Contrato, sus precios, como los de todo el Contrato y lo señalan las Especificaciones Generales del INVIAS, son a precio unitario. No sobra decir que por lo mismo son inherentes a la construcción de la obra, y como el Contrato prevé la posibilidad de variación en las cantidades de obras, como es apenas lógico en la construcción de las mismas, es legal y justo que la carga financiera la asuma la parte Contratante.

Al no haberse dado el pago de esas mayores cantidades de obra aquí precisadas, es evidente que hubo incumplimiento del Contrato de Obra No. 617 de 2013, suscrito entre el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** y el **CONSORCIO RIBERA ESTE**, de donde el Tribunal accederá a la pretensión de la Convocante en ese sentido, como en efecto lo hará en la parte resolutive de este laudo.

D.- SOBRE EL MONTO A PAGAR

El tribunal precisa que para establecer el monto de la obligación indemnizatoria es necesario, en primer lugar, determinar la entidad y magnitud del daño. Sobre este particular, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 27 de mayo de 2015, exp: 38.600, expuso lo siguiente:

“A propósito de la prueba del perjuicio, es útil advertir que una cosa es la causación del daño y otra distinta el quantum del perjuicio irrogado. Sin embargo, lo cierto es que el daño antijurídico debe demostrarse en el proceso para que pueda abrirse paso su reconocimiento y la liquidación del perjuicio. Por otra parte, la tasación o liquidación del perjuicio depende en cada caso del daño demostrado”.

Sobre este particular, el apoderado de la parte Convocante emplea en sus alegatos de conclusión una fórmula aritmética, que él mismo expone así:

“Los perjuicios por el incumplimiento de la obligación de reconocer las mayores cantidades de obra por consolidación del terraplén ascienden a la suma de cinco mil novecientos veintisiete millones setecientos sesenta y dos mil doscientos diez pesos M/Cte. (\$5.927.762.210,00).

El anterior valor requiere partir de la fórmula geométrica básica que establece las medidas de volumen como el resultado de multiplicar el largo por el alto por el ancho. Así, tendíamos que el número de metros de largo de la obra fueron quince mil novecientos metros (15.929,00 mts); el ancho fue catorce punto siete metros (14,70 mts); y el alto o espesor estaría determinado por la consolidación de veinte centímetros equivalente a cero punto dos metros (0,20 mts). Por tanto, el volumen de la consolidación sería igual a $15.929 \times 14,70 \times 0,20 =$ cuarenta y seis mil ochocientos treinta y uno metros cúbicos (46.831,00 M3)”.

Si se aplicara la fórmula aritmética propuesta por el Convocante, usando el promedio de 20 centímetros de asentamiento, que se desprende de las pruebas testimoniales que constan en el plenario, podría arrojarse un resultado distorsionado, ya sea a favor o en contra del contratista. Para entender lo anterior, a manera de ejemplo, el Tribunal trae a colación el siguiente caso hipotético: en una vía de 100 kilómetros se hacen tres mediciones de asentamiento, la primera medida de asentamiento fue de 70 cm; la segunda de 20 cm y la tercera de 10 cm, el promedio aritmético correspondiente es de 33,333 cm ($70+20+10= 100/3= 33,333$), pero si en este ejemplo los 70 cm de asentamiento corresponden a un tramo de 15 kilómetros, el de 20 cm a un tramo de 30 kilómetros y el de 10 cm a uno de 55 kilómetros, el promedio ponderado corresponde a 41 cm ($15 \text{ km} \times 70 \text{ cm} + 30 \text{ km} \times 20 \text{ cm} + 55 \text{ km} \times 10 \text{ cm} / 100 = 1050 + 600 + 550 / 100 = 41$). Así, se puede apreciar que el tramo de 15 kilómetros distorsiona por mucho el resultado e, indudablemente, comportaría a que se reconozca una cantidad de material muy superior a la realmente instalada.

Por lo anterior, es indispensable saber con precisión la consolidación respecto de cada uno de los tramos geológicos del proyecto, ya que el asentamiento del

material no ocurre uniformemente, sino que depende de la dureza o fragilidad de cada segmento del terreno objeto de la obra.

Bajo este entendido, es palmaria la necesidad de una contar con una medición técnica del asentamiento del terraplén, a lo largo del terreno de la obra. Sin embargo, dicha prueba no obra en el *sub lite*. Todo lo contrario, de conformidad con la ya referida comunicación DA-886-CRE-03-16 del 17 de mayo de 2016, dirigida al Consorcio ICI, Interventoría del Contrato, la Convocante le manifiesta a éste que:

“4.- Asentamientos por consolidación: Durante la construcción del terraplén y luego de su finalización se hace necesario implementar una instrumentación para medir las consolidaciones del terraplén de conformidad a lo expresado en el informe final de estabilidad de taludes. No se tiene claridad sobre quién debe asumir los costos de la instrumentación y si el material de terraplén que se consolida debe ser objeto de pago.” (Resaltado fuera de texto)

Del pasaje citado, es evidente que el mismo Convocante reconoce la necesidad de implementar una instrumentación para medir las consolidaciones del terraplén, y no como la manera simple como el Convocante calculó los perjuicios, tomando como base el promedio aritmético de los 20 centímetros de asentamientos (Probado con testigos), para incorporarlos a la fórmula propuesta por él, pues como él mismo reconoció que *“se hace necesario implementar una instrumentación para medir las consolidaciones del terraplén [...] No se tiene claridad sobre quién debe asumir los costos de la instrumentación y si el material de terraplén que se consolida debe ser objeto de pago”*.

Asimismo, el Tribunal precisa que no hay prueba válidamente aportada al proceso que suministre la información precisa y detallada acerca de la consolidación del terraplén en cada uno de los tramos del terreno del proyecto, pues el único medio de prueba que podría suministrar datos fue aportado por la testigo Claudia Orjuela y se trata de un cuadro contenido en un archivo Excel, en donde aparecen unas mediciones por tramos, dando un consolidado de 20 centímetros de asentamiento en promedio aritmético (dicho cuadro fue aportado por la testigo Claudia Orjuela en la USB que obra a folio 317 del Cuaderno de Pruebas 3).

En cuanto al valor probatorio de este cuadro, el Tribunal comienza por observar que no hay evidencia de que el Departamento del Magdalena ni la interventoría del contrato hayan reconocido la información contenida en él, de manera que se presume que se trata de los cálculos y mediciones realizadas en forma unilateral por la testigo.

Tampoco hay otro medio de prueba en el plenario que sirva de soporte a la información consagrada en el dicho cuadro, como hubiera podido ser alguno de los documentos contractuales, como, por ejemplo, los estudios previos definitivos o los ajustados con posterioridad al contrato, el pliego de condiciones definitivo de la licitación, las actas de comités técnicos, los análisis de precios unitarios, etc. Dicho cuadro, como ya se mencionó, es tan solo un documento o archivo tipo Excel, en que no se hace referencia a ningún

documento técnico o contractual, y en el que no se vislumbra señal de asentimiento de parte de la interventoría o la entidad contratante.

Otro aspecto que debe ser tenido en cuenta respecto del cuadro de Excel en comento, es que no está fechado ni rubricado por su autor. De esta forma, no hay certeza de si se trata de un documento realizado antes o después de que efectivamente ocurriera el asentamiento definitivo del terraplén, así como tampoco hay claridad de si se trata de un documento realizado por el Consorcio Ribera Este o por la testigo, con el fin de ilustrar su declaración.

En efecto, en relación con los documentos aportados por los testigos durante sus declaraciones, el artículo 221 del Código General del Proceso dispone que: *"La recepción del testimonio se sujetará a las siguientes reglas: [...] 6. El testigo al rendir su declaración, podrá hacer dibujos, gráficas o representaciones con el fin de ilustrar su testimonio; estos serán agregados al expediente y serán apreciados como parte integrante del testimonio. Así mismo el testigo podrá aportar y reconocer documentos relacionados con su declaración"*.

Así, con fundamento en la norma citada, el Tribunal precisa que el cuadro de Excel aportado es de aquellos documentos o representaciones que ilustran la declaración de la testigo y que, por lo tanto, se deben tener como una extensión misma de la prueba testimonial, siendo que el hecho que se pretende probar mediante dicho cuadro, el asentamiento del terraplén a lo largo de los tramos geológicos del proyecto, es un hecho de carácter técnico y requiere, asimismo, de un medio de prueba técnico que lo acredite, como un dictamen pericial o un documento contractual.

Por lo expuesto, el Tribunal señala que el mencionado cuadro de Excel no puede ser tenido como prueba en contra de la Convocada, máxime cuando, como se ha insistido, no cuenta con el asentimiento de esta ni de la interventoría, carece de soportes técnicos y contractuales y, además, fue objetado por la parte Convocada, en la oportunidad en que fue aportado.

Vale la pena recordad en este punto que, en materia contractual, la carga de la prueba corresponde a quien alega haber recibido el daño, en este caso al contratista, y es más exigente, en cuanto a los medios de prueba que deben emplearse para su acreditación. Esto, en consonancia con lo expuesto por el Consejo de Estado, mediante sentencia del 10 de agosto de 2016, exp: 49.864, en la siguiente forma:

"... en el escenario del contrato estatal, la prueba del daño contractual, aunque no está sometida a una tarifa legal, se torna más exigente, puesto que -en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala- el contratista además de probar la causa del daño tiene que allegar al proceso las pruebas de su ocurrencia, siendo una de ellas el mayor gasto en la ejecución del contrato, la cual debe acreditar con base en sus respectivos soportes y registros contables.

La prueba del daño contractual se encuentra a cargo del contratista que lo alega, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable en el presente proceso, teniendo en cuenta que, además de cumplir con sus obligaciones legales en materia de las normas de

contabilidad, el contratista está sometido a la específica obligación de elaborar las actas de obra para el cobro del precio del contrato y de expedir las facturas correspondientes de acuerdo con la realidad económica de la ejecución contractual, por manera que, por principio, se encuentra a su alcance el deber de probar los costos o los gastos que alega como constitutivos del mayor valor en la ejecución de la obra.

Como consecuencia, en el evento de un proceso judicial entablado a través de la acción contractual se estima que el contratista que tiene la calidad de comerciante está en posición de desglosar y demostrar los costos y gastos que configuran el daño y constituyen la base para la estimación de los perjuicios que alega como causados”.

La manera como la Convocante calculó el monto del perjuicio por las mayores cantidades de obra por consolidación del terraplén solo fueron plasmadas y explicadas y determinadas en el escrito de alegatos de conclusión, toda vez que en el escrito de la demanda en su versión reformada nada se dijo respecto de ello, con lo cual la Convocada no tuvo oportunidad de conocer y controvertir tales cálculos, así como tampoco la forma en que se llegó al monto pretendido.

Finalmente, al no haberse probado plenamente el monto del daño, el Tribunal determina que no es procedente la prosperidad de la pretensión Primera de condena de la reforma de la demanda, en lo concerniente al pago de las mayores cantidades de material de terraplén derivadas de los asentamientos por consolidación, en la forma solicitada por la Convocante.

5.5.4.- INCUMPLIMIENTO POR EL NO PAGO DE LOS DESVÍOS VEHICULARES

En el punto, la Convocante aduce incumplimiento por el no pago de los desvíos vehiculares para construcción de obras de drenajes de paso de agua de escorrentía y de caños provenientes del río, tal como lo establece la especificación INVÍAS, por valor de \$ 4.288.035.030 o lo que resultare probado en el proceso. Las partes y el Ministerio público se manifestaron así:

A.- RAZONES EN QUE SE FUNDA

El Consorcio no agregó nada distinto en el libelo de la demanda, empero si lo hizo en los alegatos de conclusión, en donde en resumen sostiene que:

-Quedó demostrado que los desvíos vehiculares eran obras adicionales necesarias para la ejecución del Proyecto, por lo que correspondía al Departamento asumir el valor respectivo, según la Matriz de Riesgo, y fueron aceptados por la Interventoría y el Departamento con ocasión de la aprobación del Plan de Manejo de Tráfico, que en comunicación del 6 de julio de 2016, del INVÍAS 3795-2013-703, firmado por aquél se manifiesta que “Nuestro especialista aprueba el PMT enviado por la Gobernación del Magdalena, para que este sea implementado obligatoriamente dentro del desarrollo de la obra”. (folio 344 del Cuaderno de Pruebas 3).

- La necesidad de ejecutar desvíos vehiculares tienen su causa en la estructura de las obras de drenaje para el Proyecto, que no fueron materia de un Volumen dentro de los Estudios Iniciales.

- El testigo Carlos Casadiego expuso y contextualizó la procedencia de las obras de drenaje mediante *Box Culverts123*, así como la necesidad de implementar desvíos vehiculares. (Folio 7 del Cuaderno de Transcripciones)

- La discusión entre las Partes se traba, precisamente, en la forma en que debían ejecutarse los desvíos. No se controvierte la necesidad de implementar un Plan de Manejo de Tráfico para ejecutar las obras de estructura de drenaje, ni la pertinencia conceptual de realizar desvíos vehiculares. Lo que afirma el Departamento es que estos se encontraban contemplados en los Estudios Iniciales del INVÍAS y, adicionalmente, que se efectuaron en la forma propuesta por el Consorcio y no bajo la alternativa que formuló la Convocada.

- La anterior declaración, contrastada con el contenido de los Estudios del INVÍAS y los del Consorcio, permite desestimar el primero de los argumentos de defensa de la Convocada, según el cual los desvíos vehiculares se encontraban previstos al tiempo de la celebración del Contrato y que por eso no habría lugar a su reconocimiento económico. Lo cierto es que se trató de un capítulo nuevo motivado por el cálculo final de las estructuras drenaje, que se conoció con ocasión de los Estudios preparados por la Convocante.

El segundo punto de la diferencia se refiere al procedimiento de desvío vehicular efectivamente adelantado por el Consorcio. Este procedimiento fue expresamente incorporado en el capítulo 5 del Plan de Manejo de Tráfico, que consistió en la construcción de un terraplén que haría las veces de vía alterna y provisional, para desviar por ese camino el tránsito de vehículos mientras se realizaban las obras de estructura de drenaje. Una vez concluidas estas obras, la vía intervenida sería liberada y se procedería al desmonte del terraplén.

En desarrollo de lo anterior, mediante comunicación INVÍAS 3795-2013-703 del 6 de julio de 2016 la interventoría, a su vez, ordenó al Consorcio ejecutar el PMT aprobado y dio cuenta de esta orden al Departamento.

No obstante, luego de la aprobación del Plan de Manejo de Tráfico por parte del Departamento, la entidad Convocada exigió que los desvíos vehiculares se realizaran bajo un procedimiento diferente. Este consistía en tapar e intervenir media calzada en una de las direcciones, al tiempo que se utilizaba el otro carril para el tránsito en ambos sentidos. Concluida la intervención sobre uno de los carriles, se liberaba para que sirviera de tráfico en ambos sentidos y se pasaba a intervenir el restante.

El procedimiento finalmente ejecutado fue el propuesto por el Consorcio en su PMT y no el que posteriormente exigió el Departamento a instancias de la Interventoría, lo que se explica en las razones técnicas y de seguridad, acreditadas por los testigos en el curso de la etapa probatoria.

La exigencia de la Convocada de ejecutar un procedimiento de desvío diferente al aprobado, resulta inaceptable por las causas que ya se han desarrollado en esta sección del alegato, y supone un desconocimiento de su deber de coherencia y rectitud exigible conforme a la prohibición de *venire contra factum proprium* o doctrina de los actos propios.

El Consorcio se encontraba plenamente legitimado para reclamar el valor de los desvíos realizados, más aún cuando en este punto resulta indiscutible que se trató de una obra adicional derivada del capítulo nuevo sobre el Volumen de las estructuras de drenaje.

B.-RAZONES DE LA DEFENSA

El **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** se opone a esta pretensión, al igual que lo hace contra todas las demás, y aduce, como excepción, que desconoce hechos que extinguen los derechos que se solicitan ser declarados, tales como la suscripción del Otrosí Modificatorio No.6 del Contrato de obra 617 de 2013. Da como razones de la misma, tanto en la contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión, numeral 6 del literal G, capítulo II de los alegatos de conclusión, basado en el dictamen de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, de cuyos apartes pertinentes y transcritos en extenso concluye que la necesidad para el Consorcio de llevar a cabo los desvíos vehiculares es consecuencia de haber ignorado las advertencias que en su momento le hizo la Interventoría, en el sentido de que esas obras y las cantidades de actividades para su construcción no hicieron parte del Contrato de obra, y que debían ser asumidas por su cuenta y riesgo, así como que el proceso constructivo que debía seguirse era por medias calzadas según se infiere de los diseños al no haberse contemplados los desvíos de tráfico por fuera del corredor vial para adelantar los 58 cruces derivados de las obras de drenaje. Cita al respecto la comunicación INVIAS 3795-2013-167, folio 546 del cuaderno de pruebas No. 2, y concluye señalando que por ello la Convocante no puede ahora pretender que le sean reconocidos costos que tienen como fuente su propia culpa y negligencia al momento de ejecutar la obra.

C.-CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público expone que en relación al pago de las obras adicionales, diferencias en precio, material e instalación de malla biaxial 100, mayor cantidad de terraplén – estabilización -, y desvíos viales no se demostró, al grado de certeza, que hubieran sido aprobadas por la Interventoría, lo que impide que se reclame en esta instancia y bajo el título de del incumplimiento o de la ruptura del equilibrio contractual, en cuanto a prestaciones cumplidas dentro del escenario contractual, sin que existiera acuerdo de voluntades.

A pesar de que los referidos ítems se hubieran usado en la ejecución de los diseños finalmente aprobados, esa circunstancia no imponía reconocimiento automático, pues demandaba previamente informar justificadamente, validar y aprobar, de ahí que Interventoría no los hubiera aprobado. Al no haberse hecho así, la reclamación debió hacerse al amparo del enriquecimiento sin causa en razón a que el Tribunal sólo está facultado para resolver controversias contractuales.

D.- SITUACIÓN PROCESAL DEL ASUNTO

Consta en el plenario con total certeza y sin controversia alguna que la Convocante construyó una vía alterna en forma de desvíos vehiculares para

construir las obras de drenajes de paso de agua de escorrentía y de caños provenientes del río, consistentes en 58 cruces, correspondientes a 11 caños y 47 boxcoulverts, en el desarrollo o ejecución de la obra mejoramiento de la vía Sitio Nuevo-Remolino- Guaimaro, en el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, materia del Contrato 617 objeto de este proceso.

Mediante comunicación DA-642-CRE-01-16, ampliada mediante la DA 669-CRE-01-16, de 15 de febrero de 2016, la Contratista solicitó “de manera formal” al Departamento la inclusión de la construcción y pago de esos desvíos, cuyo costo total estableció en \$4.288.035.030.50.

De esa comunicación y de todo el acervo probatorio pertinente emerge con igual certeza y sin discusión entre las partes que tales desvíos vehiculares no hicieron parte de las obras y actividades objeto del Contrato 617 bajo examen. Baste traer a colación apartes pertinentes al tema de la Declaración del Ingeniero CARDONA, visible a folios 8 y 9 de su transcripción, en los que palabra por palabra se lee:

“Desvíos vehiculares para construcción de obras de drenaje, respecto a eso, nosotros le dimos respuesta al contratista sobre su reclamación o la construcción de unos desvíos que ejecutó cuando estaba construyendo la obra de desafueras de drenaje”

“...de todas maneras el contratista ejecutó esta actividad bajo su propio riesgo porque nosotros claramente le advertimos que no iniciará ese trabajo”

Ante esa situación jurídica la Actora pretende justificar su pago, en primer lugar, bajo el título de la necesidad y de indispensable de los mismos para la construcción de los cruces en mención (De 11 caños y 47 boxcoulverts), e invocando al efecto el artículo 105.12.2 del Capítulo 1 de las Especificaciones Generales del INVIAS; en segundo lugar, en la aprobación del Plan de Manejo de Tráfico (PMT) por el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA y el INVÍAS.

El numeral 105.12.2 de las Especificaciones Generales del INVIAS ciertamente prevé que *“Si por necesidades surgidas durante el desarrollo de las obras se hace indispensable, para la circulación del tránsito público, la construcción de desvíos provisionales o de accesos a tramos parcial o totalmente pavimentados, su construcción será objeto de reconocimiento pecuniario a los precios unitarios previstos en el Contrato o a los no previstos que se pacten con el Instituto Nacional de Vías”*

De suerte que aquí hay norma especial que exceptúa esta situación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en cuanto a la necesidad de la obra que se hubiere realizado por fuera del Contrato para reconocer, toda vez que se autoriza el pago de los desvíos pero bajo la condición de que resulten indispensables o necesarios, y así lo admite la Interventoría en tanto justamente invoca dicha norma en su declaración, en apoyo de su decisión de no autorizar el pago reclamado.

Por lo tanto, el problema se contrae a la pregunta de si ¿los desvíos vehiculares materia de esta pretensión fueron necesarios o no?

La necesidad que aduce la actora la finca en la estructura de las obras de drenaje para el Proyecto en las razones técnicas y de seguridad, a las que en verdad se refieren varios de los testigos.

Pero considerando tales razones técnicas, realmente son de conveniencia, como quiera que se refieren a ofrecer mejores condiciones de seguridad para los usuarios, de mayor eficiencia y celeridad en la ejecución de la obra, frente a la otra opción que le señaló la Interventoría, descrita como el uso de medias calzadas, la cual explicó así el Director de ésta, Ingeniero CARDONA:

“...nosotros le dijimos que podía trabajar por medias calzadas, porque es que si recuerdan en la gráfica anterior la corona de terraplén estaba diseñada con un ancho de 14.70, digámoslo a esa altura y como lo observan ahí en la gráfica donde se ve que el rectángulo gris es la obra de drenaje tipo box-culvert y el trapecio cafecito es el terraplén, el contratista pudo fácilmente haber trabajado en esos 7.90 por medias calzadas y haber garantizado el libre tráfico sin ninguna dificultad, sin embargo él tomó su decisión, lo hizo a su manera, nosotros le advertimos ahí la trazabilidad de todas esas advertencias de que lo trabajará por medias calzadas e hizo los desvíos.”

Por lo tanto el Contratista tenía otra forma o procedimiento para el manejo del tráfico vehicular, distinta a la de los desvíos, y así lo acepta en sus planteamiento, de modo que su decisión de construirla no estuvo determinada por una situación de necesidad o de lo indispensable de ellos, si no de ponderación o comparación de dos soluciones, comparación que el Contratista hizo sobre criterios de seguridad vial, de eficiencia y eficacia, como se lee v. gr. en los siguientes apartes de la transcripción del Ingeniero CASADIEGO, página 42:

“DR. BERROCAL: De nuevo un momentico, por qué no ha acogió, por qué no acogieron lpa opción planteada por la interventoría?”

SR. CARADIEGO: Bueno, para dar claridad a eso, esa opción no se acogió debido a que uno, habían sectores donde tenían 3.5 metros de ancho del corredor así que no se podía hacer un corte de mitad y dejar un metro porque un carro no cabía por ahí precisamente por esa especificación.

Otra adicional es que en los tramos también donde había 6 metros de pronto se podían dejar 3 metros de paso vehicular sin embargo, el terraplén existente no tenía las condiciones de material adecuado ni las especificaciones que requería por parte de INVÍAS entonces, o las especificaciones de INVÍAS entonces era un riesgo poner a pasar los vehículos sobre ese tramo porque podría presentar desestabilización y podría haber un volcamiento de los vehículos al momento de ese tramo.

Adicional a ese en época invernal el tramo existente que tiene material no adecuado no presenta materiales

granulares sino que son altamente cohesivos o sea que eso genera un terreno totalmente plástico-arcilloso, genera deslizamientos en los vehículos que corren por el sector y eso podría generar también un posible accidente o un punto focal de accidentalidad entonces bajo esas premisas y de acuerdo a lo que exige el manual de INVÍAS, porque esto no nos lo inventamos nosotros, esto está dentro del Manual de Señalización Vial y Seguridad Vial dentro de ese contexto garantizando la seguridad de los usuarios que era primordial se definieron estos desvíos provisionales para el tráfico vehicular.

DR. BERROCAL: Esos se lo expusieron a la interventoría?

SR. CARADIEGO: Sí y precisamente quedó plasmado en el PMT como alternativa definitiva.

DR. DURÁN: Contractualmente y legalmente, qué autorizaciones requiere el PMT en esta obra?

SR. CARADIEGO: Qué autorizaciones?

DR. DURÁN: Sí, por decir ustedes elaboran el PMT, se lo pasan a interventoría pero hay otra autoridad por ejemplo de tránsito que revisa ese PMT y le da el visto bueno para que se pueda ejecutar?

SR. CARADIEGO: No, la autorización se da bajo la Gobernación del Magdalena y con revisión del Consorcio ICI que es interventoría.

DR. QUINTERO: La propuesta de interventoría a su juicio por sus condiciones y en relación con este plan de manejo de tráfico de tránsito era insegura o usted cómo la consideró?

SR. CARADIEGO: Sí, dentro del planteamiento se presenta que aunque es posible realizarla esta presenta inseguridad ya que se expone a los vehículos, al paso sobre un carretearle totalmente angosto y que no cumple con las condiciones de material o especificación vial que exigiría un terraplén conformado, adicional a eso el tema de ola invernal que es bastante pronunciado en este sector genera deslizamientos en los vehículos que podrían ocasionar volcamientos en ese sector en caso que se presentara una precipitación de lluvia.

DR. QUINTERO: A ver si usted sabe sino pues, si era más barata y no generaba una oposición a la interventoría por qué el Consorcio Ribera inexistió en hacer un desvío diferente al propuesto por el interventor?

SR. CARADIEGO: Bueno, inicialmente el tema de seguridad vial que es primordial para nosotros como constructores ya

que somos los responsables que estamos en el corredor y somos los que debemos garantizar esa seguridad vial, mientras se ejecutan las obras eso era primordial por parte del Consorcio Ribera Este garantizar esa seguridad vial y segundo en temas de tiempo, proyectados dentro del programa de ejecución esa alternativa iba a generar una duplicación en la ejecución del tiempo de esas obras de drenaje.

Por qué, porque era necesario inicialmente cortar, fundir, construir el acero, el concreto y fundir media parte esperar los tiempos de fraguado, esperar los tiempos de resistencia que son de 28 días, 15 días para verificar si el concreto ya cumple con la especificación requerida por parte de la normativa y posterior a eso, volver a tráfico por este sector y nuevamente abrir el otro sector y esperar esos mismos tiempos, eso qué generaba, un doble tiempo de ejecución de esas actividades por lo que la alternativa de hacer un desvío provisional era mucho más eficiente en temas de tiempo, de ejecución de obra.”

A su turno, sobre el ancho de la vía y la factibilidad del uso de medias calzadas, el Ingeniero CARDONA expuso el punto de vista de la Interventoría en el aparte antes transcrito, antes del cual había dicho que:

“...no se siguió el procedimiento, ahí dice el Contrato que tenía que solicitarle al interventor con 15 días de anticipación el permiso de la ejecución de esas obras y no se hizo, además el contratista inició prácticamente en todo el año 2015 los rellenos del terraplén, se llegó a una cota digámoslos casi a un avance del 60, 70% del terraplén y una vez tenía esos terraplenes, digámoslo por la insistencia de la interventoría también la insistencia de las entidades llámese INVÍAS y Gobernación se vio forzado a iniciar las obras de drenaje a finales del 2015.”

Lo necesario o indispensable es lo que no puede faltar, lo que no puede sustituirse, y en este caso no aparece dada esa situación respecto de los desvíos en cuestión, ya que en el debate aparecen dadas como ciertas dos opciones, respecto de las cuales lo que se controvierte es lo relativo a las reales condiciones de las mismas y la consiguiente conveniencia de usar una u otra, lo cual no encuadra en la norma invocada por la Actora para reclamar el pago de tales desvíos.

No es del caso entrar a establecer la realidad de dichas opciones o quien tiene la razón, puesto que ello resulta irrelevante frente a la norma citada, menos cuando el Contratista fue quien se decidió *motu proprio* por una de ellas, bajo sus propias razones o criterios, de los cuales no hay motivo para asumirlos como los únicos válidos y que ellos son suficientes para deducir de forma inequívoca que su opción fue realmente necesaria o indispensable.

Por otra parte, el Tribunal no encuentra que el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, como Contratante, hubiera autorizado formalmente las obras de dichos desvíos, o que hubieran sido incluidas en el Contrato en cualquiera

de las oportunidades que hubo para ello, como fueron las varias modificaciones que de mutuo acuerdo se le hicieron mediante los otrosí conocidos.

De ninguna forma la aprobación del PMT por parte suya y de la Interventoría se puede asumir como autorización de tales obras, como quiere hacerlo ver la Convocante, pues sustancialmente son aspectos o cosas muy distintas, toda vez que en cualquier evento o manera de encausar el tráfico de la vía, el Contratista tenía que garantizar la normalidad y seguridad del tránsito respectivo, por ende estaba obligado a establecer un PMT, el cual de suyo requería aprobación de las autoridades competentes.

Lo anterior significa, y nada indica lo contrario, que el PMT no le fue impuesto al Contratista y menos antes de que éste optara por el uso de los desvíos vehiculares, por manera que solo podría haberse tomado como una autorización implícita, que es lo que en el fondo se aduce en la demanda, si hubiere sido a la inversa, esto es, que el PMT lo hubiera elaborado el Departamento y la Interventoría previamente y los desvíos vehiculares hubieren sido consecuencia del mismo, lo cual no ocurrió ni es lo que comúnmente sucede.

Por consiguiente, ante la ausencia de la necesidad prevista en el artículo 105.12.2 de las Especificaciones Generales, y de autorización de la Contratante para las obras de los desvíos vehiculares en comento, no se genera obligación contractual alguna a favor del Contratista por causa de los desvíos vehiculares que reclama, de allí que no hay lugar al incumplimiento reclamado en esta pretensión y que deba negarse como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia.

E.-DE LA EXCEPCIÓN PROPUESTA POR LA CONVOCADA

De esa forma, no es necesario examinar la excepción propuesta por la Convocada respecto del Otrosí No. 6, por no existir obligación sobre el ítem en comento, que deba ser considerada por el Tribunal con el fin de determinar si fue objeto o no de la renuncia por parte del Consorcio, que se aduce en dicha excepción.

5.5.4.- PRETENSION SUBSIDIARIA DE LA NOVENA.

Solicita la Convocante que se declare que la realización de las obras anteriores cuyo pago se solicitó a través de los Oficios DA-886-CRE-03-16 del 17 de mayo de 2016 y DA-1681- CRE-01-17 del 18 de abril de 2017 desequilibraron la ecuación contractual en contra del **CONSORCIO RIBERA ESTE**.

Las obras aludidas son las ya relacionadas en la pretensión antes examinada, esto es, 1) Nuevos estudios y diseños; 2) la diferencia de precio en el ítem de suministro y colocación de Geomalla Biaxial BX 100 – producto de los nuevos diseños elaborados por el contratista-, para refuerzo de terraplén, en comparación con la Geomalla Biaxial para separación de capas granulares contemplada en el Contrato; 3) el material de terraplén seleccionado que se adicionó para compactar los efectos de la consolidación, sobre la corona del terraplén, y que son necesarios para poder colocar la estructura de pavimento; 4) los Desvíos vehiculares para construcción de obras de drenajes de paso de agua de escorrentía y de caños provenientes del río.

Luego de discurrir sobre el marco teórico de la ecuación contractual y el consiguiente equilibrio económico en los Contratos, así como sobre las eventualidades ocurridas en el devenir del Contrato, concluye que debido a los nuevos diseños se generaron mayores cantidades de obra no contempladas en el presupuesto inicial y que ello y otras circunstancias imprevistas, generaron *“que la realidad contractual variara drásticamente, lo que produjo un nuevo reajuste de los instrumentos contractuales, en los términos, condiciones de los estudios nuevos y de la ejecución misma de la obra, es decir, se generó un rompimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato, que, en líneas generales, rompe el principio de reciprocidad en las prestaciones que lo sustenta.”* (Pág. 35 de la demanda)

En los alegatos de conclusión, la Convocante aborda en extenso la justificación del pago de cada uno de las obras o ítems atrás referidos, pero en orden a demostrar el incumplimiento de dicho pago, empero no hizo mención alguna sobre esta pretensión novena subsidiaria, es decir, sobre el pretendido desequilibrio económico.

La Defensa, luego de controvertir los fundamentos de los pagos en que se sustenta la pretensión, termina diciendo que no existe desequilibrio económico del Contrato que pudiere haber causado un enriquecimiento injustificado del Departamento, y un empobrecimiento correlativo del **CONSORCIO RIBERA ESTE** como contratista.

El Ministerio Público, por su parte considera que el incumplimiento y restablecimiento de condiciones económicas son dos fuentes de derecho diferentes. La primera implica un comportamiento antijurídico de la parte Contratante que cause daños al Contratista, susceptibles de ser reparados; y la segunda implica una circunstancia posterior a la celebración del Contrato imposible de prever por las partes, que rompe la conmutabilidad del negocio jurídico (una actuación de la Contratante, una decisión normativa, o por la imprevisión) y halla fundamento en el principio del no enriquecimiento sin causa.

Que salvo lo concerniente a los diseños nuevos por la ola invernal de los años 2010 y 2011, los demás ítems deben resolverse según la teoría del incumplimiento contractual por edificarse en una racionalidad y no en un hecho del príncipe, ni del ejercicio de un poder excepcional, de la imprevisión o la previsión que hubiere afectado la economía contractual.

En cuanto a los diseños nuevos, el incumplimiento fue del Contratista, por no haber usado los medios jurídicos para que se asumieran las medidas necesarias de cara a la presentación de su propuesta al momento de la licitación, pues el principio de planeación funciona en dos vías y los defectos en el cumplimiento de la obligación de la Contratante en este punto, se resuelven antes de que se presenten las propuestas.

La jurisprudencia tiene por sentado que el desequilibrio que debe ser reparado es el que causa un perjuicio o menoscabo económico grave, de suerte que no es cualquier grado de desbalance, sino el que genera una afectación significativa en la contraprestación de una de las partes del Contrato.

Así lo ha reiterado el Consejo de Estado, v.gr. en sentencia 29 de enero 2018, en tanto señala *“debe recordarse que en todos estos eventos que pueden dar lugar a una alteración del equilibrio económico del Contrato es indispensable, para que se abra paso el restablecimiento, la prueba del menoscabo y de que este es grave y que además no corresponde a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.”*¹⁷⁰

En cuanto al título o situación que lo puede generar, en la misma providencia precitada se recalca que *“Las circunstancias determinantes de la alteración del equilibrio económico del Contrato, como suficientemente se sabe, pueden derivarse de hechos o actos imputables a la Administración o al contratista, como partes del Contrato, que configuren un incumplimiento de sus obligaciones, de actos generales del Estado (hecho del príncipe) o de circunstancias imprevistas, posteriores a la celebración del Contrato y no imputables a ninguna de las partes.”*

A los consabidos eventos se adiciona la no ocurrencia dentro del desarrollo del Contrato de situaciones que permitieran corregirlo o subsanarlo, bajo el título de *factor de oportunidad*, de modo que *“además de la prueba de tales hechos es preciso, para que prospere una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del Contrato en virtud de cualquiera de las causas que pueden dar lugar a la alteración, que el factor de oportunidad no la haga impropio.”*¹⁷¹

La parte que se considera afectada debe entonces demostrar no solo la existencia del desequilibrio económico, sino también su alcance dentro de la ecuación contractual, y se observa que en el presente caso, no se demuestra su existencia y por ende no señala y menos se acredita la magnitud de grave.

En el libelo solo se aducen unas actividades y obras y sus respectivos montos como no pagados, lo cual, además de enmarcar la situación en el campo del incumplimiento antes que en el del desequilibrio económico, no es suficiente *per se* para acreditar el desequilibrio, puesto que no hace la correlación con el monto total del Contrato y el índice de riesgo.

5.6.- PRETENSIÓN DECLARATIVA DÉCIMA Y DE CONDENA

Esta pretensión es del siguiente tenor:

“DÉCIMA. Que se declare el rompimiento de la ecuación contractual, a favor del CONSORCIO RIBERA ESTE, en razón de la mayor permanencia en obra -tal y como se demuestra en las Actas de Recibo Parcial de Obras Nos. 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 y 35- a partir del 1 de marzo del 2017 teniendo en cuenta los factores de personal y maquinaria, derivada de la no autorización para trabajar en nuevos tramos, por la ausencia de cantidades e ítems nuevos”.

¹⁷⁰ Sentencia de 29 de enero 2018, Radicación 680012333000201300118 01 (52.666), Sección Tercera. consejero ponente doctor JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

¹⁷¹ *Ibidem*

Con relación a esta pretensión décima de la Reforma de la Demanda, el apoderado de la parte Convocante, bajo el título de "*SEXTO INCUMPLIMIENTO: EL DESCONOCIMIENTO DE LA MAYOR PERMANENCIA EN OBRA*"¹⁷², expuso en sus alegatos de conclusión lo siguiente:

"También se demostró que el Consorcio tuvo una mayor permanencia en obra, relacionada con la mora del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA en el pago de los valores correspondientes a las actas de recibo parcial de obra 22 a 35 (en adelante también las 'Actas Parciales'). Esta situación justifica la reclamación del valor respectivo, en la medida en que la mora del Departamento y su negativa a suspender el Contrato por falta de recursos fueron la causa directa de la mayor permanencia.

Durante los meses de enero a julio de 2017, el Consorcio no contó con los recursos materiales y financieros para emplear eficientemente el personal y la maquinaria dispuestos para el Proyecto. La falta de pago oportuno por parte del Departamento afectó el flujo de caja de la Convocante, lo que dificultó enormemente la adquisición de los materiales e insumos requeridos. En consecuencia, la Convocante desarrolló sus labores a media marcha y en los pocos tramos que le eran autorizados, de suerte que los plazos del Proyecto tuvieran que ampliarse"¹⁷³.

En atención de lo manifestado por el apoderado del **CONSORCIO RIBERA ESTE** y en observancia del texto mismo de la pretensión *sub examine*, se establece que el objeto de esta es que: "*se declare el rompimiento de la ecuación contractual*", ya que hubo una mayor permanencia en obra del contratista, derivada de la falta de pago oportuno respecto de las actas de recibo parcial de obra números 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 y 35 y la falta de autorización para trabajar en otros tramos del proyecto, por parte de la entidad contratante.

El problema jurídico que subyace del *petitum* es: ¿Hubo un rompimiento del equilibrio económico del Contrato de obra pública número 617 de 2013, causado por la mayor permanencia en obra del contratista, que, a su vez, se debió a que la entidad contratante no pagó en tiempo las actas de recibo parcial de obra números 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 y 35 y, asimismo, no autorizó la realización de trabajos en otros frentes de obra del proyecto?

¹⁷² Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 87.

¹⁷³ Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 87.

En primer lugar, es preciso resaltar que en lo señalado por la Convocante acerca de haber desarrollado “*sus labores a media marcha y en los pocos tramos que le eran autorizados, de suerte que los plazos del Proyecto tuvieran que ampliarse*”, debió el contratista, al momento en que se amplió el plazo del Contrato, mediante el Otrosí modificadorio del Contrato subsiguiente al periodo de la mayor permanencia en obra pretendida, haber dejado la constancia de que se reservaba el derecho a reclamar por los perjuicios económicos derivados de esta. Lo anterior, en consonancia con lo expresado por el Consejo de Estado, mediante sentencia del 2 de marzo de 2017, exp: 30.776, en que se manifestó lo siguiente:

“En este orden de ideas, en relación con los sobre costos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del Contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del Contrato”¹⁷⁴.

Teniendo en cuenta que el demandante afirmó en sus alegatos de conclusión que: “*Los perjuicios derivados de la mayor permanencia en obra se produjeron entre el 1° de marzo de 2017 y el 31 de julio de 2017*¹⁷⁵”, y que el Otrosí No. 6 al Contrato de obra pública número 617 de 2013, que amplió el plazo del Contrato, tuvo lugar el veinticinco (25) de septiembre del año dos mil diecisiete (2017), es palmario que el **CONSORCIO RIBERA ESTE** debió reservarse el derecho a reclamar la mayor permanencia en obra en este Otrosí No. 6. No obstante, el Tribunal observa que en ninguna de las cláusulas del Otrosí No. 6, ni en ninguna nota u observación al mismo, hay evidencia de que el contratista expresara una salvedad relativa a la mayor permanencia en obra, por lo que la pretensión *sub examine* no está llamada a prosperar.

De todas formas, con el propósito de realizar un estudio de fondo sobre el *petitum* bajo análisis, este Tribunal hará las siguientes consideraciones. El Tribunal comienza por indicar que el apoderado de la parte Convocante señala que la mayor permanencia en obra obedeció a la circunstancia de que el Instituto Nacional de Vías, INVÍAS, no desembolsara en tiempo los recursos con que se había comprometido a financiar el proyecto vial, objeto del Contrato de obra pública número 617 de 2013. Concretamente, el apoderado del **CONSORCIO RIBERA ESTE** apunta que:

¹⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de marzo de 2017, exp: 30.776.

¹⁷⁵ Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 110.

"La mayor permanencia en obra se produjo por la renuncia de INVÍAS de desembolsar los recursos para la Obra, hasta tanto no se 'regularizara' el Contrato. La mal llamada 'regularización' consistió básicamente en la reducción del alcance del Contrato 617, mediante la exclusión del tramo Sitionuevo - Guáimaro, decisión que solo se concretó mediante la firma del Otrosí 6 en septiembre 2017. Esta situación derivó en el incumplimiento del pago de las sumas reconocidas en las Actas Parciales, lo que a su vez produjo un desequilibrio de la ecuación financiera del Contrato y, en últimas, la mayor permanencia en obra"¹⁷⁶.

Sobre este particular, el Tribunal anota que, efectivamente, el Instituto Nacional de Vías se obligó a financiar el proyecto, según lo estipulado en el convenio específico de cooperación No. 649 de 2013, que el INVÍAS suscribió con el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA.

El día treinta y uno (31) de mayo de dos mil trece (2013)¹⁷⁷, se celebró entre el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** y el Instituto Nacional de Vías el convenio específico de cooperación No. 649 de 2013, derivado, a su vez, del convenio interadministrativo No. 1266 de 2012, suscrito entre las mismas partes.

De conformidad con la cláusula segunda de aquel convenio específico, el INVÍAS se obligó a financiar el proyecto vial que quedó fijado como objeto del Contrato de obra pública número 617 de 2013, en la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$266.900.000.000), discriminados en tres (3) vigencias, que corresponden a los años de 2014, 2015 y 2016, de conformidad con los términos allí previstos. En este mismo sentido, el propio Contrato de obra pública número 617 de 2013 señala en sus "CONSIDERACIONES", al número dos (2):

"Que en desarrollo del convenio marco 1266 de 2012, se suscribió entre el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA y el INVÍAS, el Convenio Específico de Cooperación No 649 del 31 de mayo de 2013, por virtud del cual la NACIÓN a través del Ministerio de Transporte - INVÍAS, se comprometió a aportar recursos para la ejecución del proyecto por cuantía de DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$266.900.000.000,00), de las vigencias futuras 2014, 2015 y 2016, conforme con la autorización de cupo de

¹⁷⁶ Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 88.

¹⁷⁷ Convenio 649 de 2013. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocada en su Contestación a la Reforma de la Demanda, cd que obra a folio 266 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: CD anexos contestación reforma demanda/2. Convenio 649 de 2013/ CONVENIO 649 DE 2013.

vigencias futuras para inversión, referencia 1-203-030640 del 30 de mayo de 2013¹⁷⁸".

Así, si bien está acreditado que el INVÍAS se obligó al financiamiento del proyecto vial objeto del Contrato de obra pública número 617 de 2013, también es preciso indicar que el mismo Contrato, en el parágrafo segundo de su artículo séptimo, sujeta el pago a una condición según la cual:

"Dado que los pagos a realizar comprometen recursos de vigencias futuras del DEPARTAMENTO y de la Nación – Instituto Nacional de Vías, los pagos estarán sujetos a su disponibilidad en caja y de acuerdo a los desembolsos realizados por la Nación en cada vigencia fiscal y hasta los saldos disponibles de estos, de acuerdo al ejercicio financiero del proyecto, a la causación y trámite presupuestal y de tesorería, se prevé que se harán tres (3) desembolsos anuales por concepto de regalías al Departamento tanto de las propias como de la Nación, por lo que el CONTRATISTA tendrá en cuenta su flujo de caja y la necesidad de crédito para efectos de su esquema financiero y del cumplimiento del cronograma de obras que ofertó. No obstante se pagará antes si existe flujo suficiente en tesorería para su pago".

En este entendido, es manifiesto que la exigibilidad de la obligación de pago a cargo del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** estaba sujeta a la condición de la *"disponibilidad en caja y de acuerdo a los desembolsos realizados por la Nación en cada vigencia fiscal"*. No obstante, el Tribunal señala que no hay prueba en el expediente acerca del momento en que hubo tal *"disponibilidad en caja"*, con lo que no es tener por probada la afirmación del Convocante sobre que *"La mayor permanencia en obra se produjo por la renuncia de INVÍAS de desembolsar los recursos para la Obra"*, ya que precisamente el pago estaba sometido a la condición de la *"disponibilidad en caja"* de la Convocada.

Asimismo, el apoderado de la parte Convocante trae a colación¹⁷⁹ las comunicaciones cuyos números de radicación son: RL-1677-CRE-01-17, DA-1755-CRE-01-17 y RL-1762-CRE-01-17, con el propósito de evidenciar el hecho del no pago de las actas de recibo parcial de obra. Estas comunicaciones fueron aportadas por el apoderado del **CONSORCIO RIBERA ESTE** en su Reforma a la Demanda (cd anexo contentivo de las pruebas), con lo que el Tribunal procederá a su análisis.

¹⁷⁸ El Contrato de Obra Pública No. 617 obra a folios 21-31 y 290-299 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Además, también se encuentra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocada en su Contestación a la Reforma de la Demanda, cd que obra a folio 266 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: CD anexos contestación reforma demanda/3. Contrato 617 de 2013/Contrato 617 de 2013.

¹⁷⁹ Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 88-89.

El diecisiete (17) de abril de dos mil diecisiete (2017)¹⁸⁰, bajo radicación RL-1677-CRE-01-17, se envió una comunicación de parte del Señor Gary Espitia Camargo, en su calidad de Representante Legal del **CONSORCIO RIBERA ESTE**, al señor Fabio Manjarrés, como Supervisor del Contrato, en la que se lee:

"Mediante la presente nos permitimos solicitar que se nos informe la fecha en que será pagado el saldo correspondiente al acta de cobro No. 21 del mes de enero de 2017, cuya factura parcial fue radicada desde el 21 de febrero de 2017 y; el acta de obra No. 22, correspondiente al mes de febrero de 2017, radicada en esa dependencia el 10 de abril del año en curso.

[...]

Es por todo lo ya expuesto, que se genera en nosotros un estado de incertidumbre e inseguridad jurídica respecto a al cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, imponiéndonos la necesidad de elevar la presente solicitud, en el sentido de que se nos indique los plazos para el pago de lo que a la fecha se adeuda y la dinámica de los pagos restantes, pues prontamente se generará la factura por el avance de obra del mes de marzo, aunado a lo que ya se ha invertido en el transcurso del mes de abril, acumulando al final del presente mes una suma cercana a los treinta mil millones de pesos (\$30.000.000.000,00), lo que genera una carga insostenible para el contratista de la obra. De no ser posible lo anterior, se solicita la suspensión, de común acuerdo del Contrato, hasta tanto no se resuelvan de fondo las situaciones que impiden el normal desarrollo del mismo, y que configuran un caso fortuito para el Consorcio Ribera Este como ya previamente se había afirmado".

El veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecisiete (2017)¹⁸¹, bajo radicación DA-1755-CRE-01-17, se envió una comunicación de parte del Señor Gary Espitia Camargo, en su calidad de Representante Legal del Consorcio **RIBERA ESTE**, a la señora Rosa Cotes de Zúñiga, como Gobernadora del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, en la que se lee:

"Hemos recibido su oficio E-2017-005484, emanado de la Gerencia de Proyectos del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, por el supervisor del Contrato Dr. Fabio Manjarrés, donde se nos

¹⁸⁰ Comunicación RL-1677-CRE-01-17. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pruebas #2/Prueba #3/RL-1677-CRE-01-17 (prueba 3).

¹⁸¹ Comunicación DA-1755-CRE-01-17. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Cartas/DA-1755-CRE-01-17.

pone de manifiesto la imposibilidad del pago de las actas pendientes por parte de la Gobernación del Magdalena, debido a que el INVÍAS no ha girado los recursos provenientes de los aportes de la nación al proyecto, y manifestando que es incierta la fecha en que se estaría produciendo el pago del saldo del acta 21, y la totalidad del pago de las actas 22 y 23, correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo de 2017, lo que genera un incumplimiento de la cláusula CUARTA del Contrato de obra 617 de 2013, que reza: 'OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO (...) 2). Pagar cumplidamente cada acta por avance de obra'.

En virtud a que el incumplimiento por parte de la administración Departamental se seguirá presentando, según su dicho, y que este genera un impacto directo en el flujo de ingresos y pagos de las actas de avance de obra, solicitamos de manera respetuosa lo siguiente:

- 1. SE ORDENE LA REPROGRAMACIÓN DEL FLUJO DE OBRA E INVERSIONES.*
- 2. SE RESTABLEZCA EL EQUILIBRIO CONTRACTUAL.*
- 3. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.*
- 4. INSTRUIR A INTERVENTORÍA LA NO REMISIÓN DE REQUERIMIENTOS Y SOLICITUDES DE SANCIONES, MULTAS E INCUMPLIMIENTOS.*
- 5. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO HASTA QUE SE NORMALICEN LOS TÉRMINOS CONTRACTUALES Y SE RESTABLEZCA EL EQUILIBRIO ECONÓMICO".*

El primero (01) de junio de dos mil diecisiete (2017)¹⁸², bajo radicación RL-1762-CRE-01-17, se envió una comunicación de parte del Señor Gary Espitia Camargo, en su calidad de Representante Legal del **CONSORCIO RIBERA ESTE**, a la señora Rosa Cotes de Zúñiga, como Gobernadora del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, en la que se lee:

"Dando alcance de nuestro oficio DA-1755-CRE-01-17, del 24 de mayo de 2017, reiteramos nuestra solicitud de pago del saldo del acta 21, y la totalidad del pago de las actas 22 y 23, correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo de 2017.

La falta de pago de dichas actas, como ya lo expusimos desde el mes de abril del año en curso, a través de nuestros oficios RL-1647-CRE01-17 del 05 de abril de 2017, RL-1677-CRE-01-17 del 17 de abril y DA-1699-CRE-01-17 del 27 de abril del año en curso y DA-1702-CRE-01-17 del 04 de abril de 2017, viene

¹⁸² Comunicación RL-1762-CRE-01-17. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Cartas/RL-1762-CRE-01-17.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

evidenciando el incumplimiento de la cláusula CUARTA del Contrato de obra 617 de 2013, que reza: 'OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO (...) 2). Pagar cumplidamente cada acta por avance de obra'.

Además de las anteriores, obran en el *sub lite* otras dos (2) comunicaciones que también se ocupan de realizar reclamaciones con respecto al pago de las actas de recibo parcial de obra. Se trata de las comunicaciones con números

evidenciando el incumplimiento de la cláusula CUARTA del Contrato de obra 617 de 2013, que reza: 'OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO (...) 2). Pagar cumplidamente cada acta por avance de obra'.

Además de las anteriores, obran en el *sub lite* otras dos (2) comunicaciones que también se ocupan de realizar reclamaciones con respecto al pago de las actas de recibo parcial de obra. Se trata de las comunicaciones con números de radicación: DA-1699-CRE-01-17 y DA-1702-CRE-01-17, que también serán analizadas por el Tribunal.

El veintisiete (27) de abril de dos mil diecisiete (2017)¹⁸³, bajo radicación DA-1699-CRE-01-17, se envió una comunicación de parte del Señor Javier Díaz, en su calidad de Director Administrativo, al señor Fabio Manjarrés, como Supervisor del Contrato, en la que se lee:

"Mediante oficios RL-1647-CRE-01-17 del 05 de abril de 2017 y RL-1677-CRE-01-17 del 17 de abril del año en curso, manifestamos nuestra preocupación e inconformismo por el atraso en las obligaciones a cargo del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA para la cancelación de los saldos de las actas que se relacionan en el asunto. Nuevamente hacemos un llamado a la Gobernación del Magdalena para dar cumplimiento a la cláusula CUARTA del Contrato de obra 617 de 2013, que reza: 'OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO (...) 2). Pagar cumplidamente cada acta por avance de obra'. Esta situación sigue generando impactos negativos en el flujo de caja del proyecto que nos hace incurrir en falta de pago oportuno a los proveedores y empleados del Consorcio Ribera Este.

Reiteramos, que de no ser posible el pago de las actas relacionadas, se concerte, de mutuo acuerdo un Acta de Suspensión temporal del Contrato 617 de 2013 hasta tanto, la Gobernación del Magdalena, reciba por parte de las entidades estatales correspondientes los giros que permitan ponerse al día con las obligaciones contractuales a cargo de la Gobernación".

El cinco (05) de mayo de dos mil diecisiete (2017)¹⁸⁴, bajo radicación DA-1702-CRE-01-17, el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** recibió una

¹⁸³ Comunicación DA-1699-CRE-01-17. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pruebas #2/Prueba #3/DA-1699-CRE-01-17 (prueba 3).

¹⁸⁴ Comunicación DA-1702-CRE-01-17. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Reforma a la Demanda. El cd obra a folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: Disc anexos reforma demanda/Pruebas #2/Prueba #3/DA-1702-CRE-01-17 (prueba 3).

comunicación de parte del Señor Gary Espitia Camargo, en su calidad de Representante Legal del **CONSORCIO RIBERA ESTE**, en la que se lee:

"Hemos recibido por parte de la interventoría del proyecto, Consorcio ICI, la documentación del asunto, donde manifiestan retrasos en la obra que llevarán a unos posibles incumplimientos por parte del contratista frente a los trabajos contratados en el Contrato del asunto y a un posible incumplimiento del Plan de Inversiones. Ante lo anterior, queremos manifestarle que mediante oficios RL-1647-CRE-01-17 del 05 de abril de 2017, RL-1677-CRE-01-17 del 17 de abril y DA-1699-CRE-01-17 del 27 de abril del año en curso, manifestamos nuestra preocupación e inconformismo por el no pago de las obligaciones a cargo del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA para la cancelación del saldo del acta 21, y la totalidad de las actas 22 y 23 de los meses de enero, febrero y marzo del año 2017, y le hacíamos un llamado a la Gobernación del Magdalena para dar cumplimiento a la cláusula CUARTA del Contrato de obra 617 de 2013, que reza: 'OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO (...) 2). Pagar cumplidamente cada acta por avance de obra'. En virtud a que el incumplimiento por parte de la administración Departamental se sigue presentando, agradecemos instruir a la interventoría para establecer de común acuerdo, un plan de contingencia en el cual se le incluyan las fechas de cancelación de la totalidad de las actas presentadas, toda vez que desde el mes de enero de 2017, se está produciendo al Consorcio Ribera Este, de manera directa, un daño antijurídico, el cual está generando, efectos en la programación y en la estructura financiera del Contrato que, a su vez, producirán efectos que deberá resarcir la administración Departamental, una vez se restablezca la ecuación contractual".

En primer lugar, el Tribunal precisa que el objeto de las comunicaciones citadas fue reclamar el pago del saldo adeudado sobre el acta de recibo parcial de obra número 21 y sobre el pago integral de las actas de recibo parcial de obra números 22 y 23, que corresponden a los meses de enero, febrero y marzo del año dos mil diecisiete (2017), en ese orden.

Esta precisión permite vislumbrar que, de un lado, las comunicaciones anteriormente citadas reflejan que hubo un retardo en el pago de las actas de recibo parcial de obra números 21, 22 y 23, mientras que, por otro lado, no se constata de ellas el hecho de que haya habido un retraso en el pago de las demás actas de recibo parcial de obra señaladas por la Convocante y que son las números 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 y 35. Dicho sea de paso, no obra medio de prueba en el *sub lite* que acredite el hecho de que el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** haya presentado un atraso en el pago de las actas de recibo parcial de obra números 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 y 35.

Asimismo anota el Tribunal que el periodo en que supuestamente hubo un retardo en el pago de las actas parciales de obra, de acuerdo con las comunicaciones en mención, es el comprendido entre enero y marzo del año dos mil diecisiete (2017), pues son los meses correspondientes a las actas de recibo parcial de obra números 21, 22 y 23, entre tanto que el periodo señalado en la pretensión *sub examine*, literalmente tomado de su texto, es: "*Que se declare el rompimiento de la ecuación contractual [...] a partir del 1 de marzo del 2017*".

Sobre el lapso en que ocurrió la mayor permanencia en obra, el Tribunal no pasa desapercibida la circunstancia de que el apoderado del **CONSORCIO RIBERA ESTE** afirmó en sus alegatos de conclusión que: "*Durante los meses de enero a julio de 2017, el Consorcio no contó con los recursos materiales y financieros para emplear eficientemente el personal y la maquinaria dispuestos para el Proyecto*¹⁸⁵", señalando un periodo de tiempo distinto al solicitado en el *petitum* bajo estudio, cuando menos en su inicio, ya que en la pretensión misma no se establece la fecha en que concluyó la mayor permanencia en obra reclamada por la Convocante.

También observa el Tribunal que en las comunicaciones DA-1702-CRE-01-17 y DA-1755-CRE-01-17 se pone de manifiesto que el incumplimiento de las obligaciones de pago en cabeza del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** puede acarrear el rompimiento del equilibrio económico del Contrato. No obstante, en ninguna de ellas se reclama singularmente la mayor permanencia en obra pretendida por la Convocante.

Precisamente, acerca de los asuntos que fueron objeto de reclamación en las comunicaciones, el hecho cuadragésimo de la Reforma de la Demanda señala: "*40. Según los Oficios DA-1890-CRE-03-17 del 4 de octubre de 2017, RL-1847, RL1677-CRE-01-17 del 17 de abril de 2017, DA-1699, DA-1702 del 27 de abril de 2017, DA-1755 del 24 de mayo de 2017, RL-1762 del 1 de junio de 2017, DA-1809 del 4 de julio de 2017, DA-1824 del 27 de julio de 2017, RL-1647 de abril 5 de 2017, se le informó al DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA el incumplimiento al contratista en el giro de los recursos, lo que situó al CONSORCIO RIBERA ESTE en una posición de insolvencia económica en el Contrato y de disminución del ritmo de la ejecución de la obra, configurándose así la excepción de Contrato no cumplido*"¹⁸⁶.

De manera que queda suficientemente claro que el apoderado de la Convocante, al presentar su Reforma a la Demanda, manifestó que el contenido de las comunicaciones era el de hacer operar la figura de la "*excepción de Contrato no cumplido*", sin aludir en forma alguna a la mayor permanencia en obra.

¹⁸⁵ Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 87.

¹⁸⁶ Reforma de la Demanda, p. 13.

También hay lugar a esclarecer que habida cuenta de que las comunicaciones tienen por objeto reclamar el pago de las actas de recibo parcial de obra y, además, el no pago de éstas es una de las causas señaladas por la Convocante como generadora de la mayor permanencia en obra, el Tribunal puntualiza que está acreditado el hecho de que el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** pagó las actas de recibo parcial de obra números 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 y 35, esto, mediante dos (2) de las certificaciones expedidas por la tesorería del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, que fueron aportadas por el apoderado de la parte Convocada en su Contestación a la Reforma de la Demanda (cd anexo contentivo de las pruebas).

La primera de tales certificaciones es del veinticinco (25) de mayo del año dos mil dieciocho (2018)¹⁸⁷, por la que el Jefe de la Oficina de Tesorería de la Secretaría de Hacienda de la Gobernación del Magdalena hizo constar que con recursos de las vigencias 2015, 2016, 2017 y 2018 se realizó el pago de las actas de recibo parcial de obra números: 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 32, 33, 34, 35 y 36.

La certificación restante fue expedida el diecinueve (19) de junio del año dos mil dieciocho (2018)¹⁸⁸, también por el Jefe de la Oficina de Tesorería de la Secretaría de Hacienda de la Gobernación del Magdalena, y en ella se hace constar que con recursos del Instituto Nacional de Vías se realizó el pago de las actas de recibo parcial de obra números: 4, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 32, 33, 34, 35, 36. El Tribunal también indica que esta certificación acredita que el INVÍAS desembolsó finalmente los recursos con que se había comprometido a financiar el proyecto vial, en los términos del convenio específico de cooperación No. 649 de 2013, como ya se tuvo la oportunidad de exponer anteriormente.

Por otra parte, el Tribunal tiene presente que el apoderado de la Convocante fundamenta su estimación acerca de la cuantía de la mayor permanencia en obra con base en el documento digital almacenado en el cd aportado por el

¹⁸⁷ Certificación de pago con Recursos del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocada en su Contestación a la Reforma de la Demanda, cd que obra a folio 266 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: CD anexos contestación reforma demanda/6. Certificaciones Oficina de Tesorería de la Secretaría de Hacienda de la Gobernación del Magdalena y Acta de Recibo Parcial de Obra 36/PAGOS CONSORCIO RIBERA ESTE INVÍAS Actualizado.

¹⁸⁸ Certificación de pago con Recursos del Instituto Nacional de Vías. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocada en su Contestación a la Reforma de la Demanda, cd que obra a folio 266 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: CD anexos contestación reforma demanda/6. Certificaciones Oficina de Tesorería de la Secretaría de Hacienda de la Gobernación del Magdalena y Acta de Recibo Parcial de Obra 36/CERTIFICACION PAGOS RIBERA ESTE.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

señor Javier Díaz¹⁸⁹, durante la recepción de su testimonio. Así, procede el Tribunal a analizar tal documento.

Se trata un documento Excel que contiene nueve (9) "hojas" o "pestañas", que llevan los siguientes títulos y comprenden la siguiente información: IPC, en la que está la información relativa al Índice de Precios al Consumidor entre los años 2003 y 2017; Costos, que contiene información acerca del costo por hora y por día de maquinaria y equipos; Marzo, que tiene la información de los costos de maquinaria y equipos relativa a este mes; Abril, que tiene la información de los costos de maquinaria y equipos relativa a este mes; Mayo, que tiene la información de los costos de maquinaria y equipos relativa a este mes; Junio, que tiene la información de los costos de maquinaria y equipos relativa a este mes; Julio, que tiene la información de los costos de maquinaria y equipos relativa a este mes; Promedio, que condensa los costos de equipos respecto de los meses anteriores; y, Promedios, que contiene un cuadro de valores promediados, por meses.

De la información anterior, el apoderado de la Convocante cita en sus alegatos de conclusión¹⁹⁰ los siguientes cuadros, que se reproducen a continuación, exactamente del documento Excel aportado por el testigo Javier Díaz:

Mes	Costo Equipos	Factor	Valor Base Standby	IPC	Factor Actualización	Valor Actualizado Standby	Meses Transcurridos A Octubre 2018	Tasa de Interés Mensual	Intereses	Valor Standby + Intereses
mar-17	278.631.392	72%	200.118.783	136,76	1,043214390	208.766.794	19	1%	39.665.691	248.432.485
abr-17	192.405.024	72%	138.189.236	137,40	1,038355167	143.489.507	18	1%	25.828.111	169.317.619
may-17	324.202.800	72%	232.849.103	137,71	1,036017718	241.235.797	17	1%	41.010.085	282.245.882
jun-17	295.514.800	72%	212.244.793	137,87	1,034815406	219.634.182	16	1%	35.141.469	254.775.651
jul-17	84.493.920	72%	60.685.267	137,80	1,035341074	62.829.950	15	1%	9.424.492	72.254.442
					Total	875.956.229		Total	151.069.849	1.027.026.078
			IPC Octubre 2018	142,67						
			Tasa de Interés	12%	anual					

¹⁸⁹ Cd aportado por el testigo Javier Díaz. Este cd obra a folio 143 del Cuaderno de Pruebas No. 3. Para acceder al documento: CD/Cálculo Standby Equipos.

¹⁹⁰ Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 110-111.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

Acta No.	Mes/Año de Ejecución	Valor Total	Vr. Promedio	Observaciones
1	may-15	\$ 9.691.780.409,03	\$10.498.498.536,87	Factura 0003 Agosto 2015
2	jun-15	\$ 9.505.093.728,00		Factura 0005 Sept 2015
3	jul-15	\$ 11.744.606.645,00		Factura 0007 Oct 2015
4	ago-15	\$ 21.914.778.550,00		Factura 0008 Oct 2015
5	sep-15	\$ 16.047.767.129,84		Factura 0011 Nov 2015
6	oct-15	\$ 13.108.567.508,28		Factura 0013 Dic 2015
7	nov-15	\$ 9.340.562.559,42		Factura 0017 Dic 2015
8	dic-15	\$ 7.511.829.628,64		Factura 0018 Dic 2015
9	ene-16	\$ 9.990.098.478,56		Factura 0020 Feb 2016
10	feb-16	\$ 13.013.481.166,64		Factura 0022 Marzo 2016
11	mar-16	\$ 16.149.698.844,95		Factura 0025 Abril 2016
12	abr-16	\$ 20.265.322.296,42		Factura 0024/0027 Abril/Mayo 2016
13	may-16	\$ 9.503.821.757,48		Factura 0028 Junio 2016
14	jun-16	\$ 11.347.418.049,95		Factura 0033/0034 Junio 2016
15	jul-16	\$ 7.041.285.447,95		Factura 0035 Septiembre 2016
16	ago-16	\$ 9.316.295.062,19		Factura 0036 Septiembre 2016
17	sep-16	\$ 4.614.818.184,99		Factura 0039 Octubre 2016
18	oct-16	\$ 5.909.754.853,08		Factura 0041 Nov 2016
19	nov-16	\$ 3.125.311.598,03		Factura 0042 Diciembre 2016
20	dic-16	\$ 4.179.431.093,50		Factura 0043 Enero 2017
21	ene-17	\$ 8.839.148.459,06	Factura 0047/0049 Feb/Abril 2017	
22	feb-17	\$ 8.806.096.360,08	Factura 0048 Abril 2017	
23	mar-17	\$ 8.235.822.398,60	\$2.958.261.471,14	Factura 0053 Abril 2017
24	abr-17	\$ 4.623.508.185,97		Factura 0054 Abril 2017
25	may-17	\$ 1.241.666.787,56		Factura 0058 Noviembre 2017
26	jun-17	\$ 366.165.656,58		Factura 0060 Noviembre 2017
27	jul-17	\$ 324.144.327,00		Factura 0062 Noviembre 2017
		CAIDA DE FACTURACION:	72%	

Acerca del valor probatorio del documento Excel aportado por el señor Javier Díaz y, particularmente, de las dos (2) tablas acabadas de citar, el Tribunal precisa que esta información obedece a los cálculos realizados en forma autónoma e independiente por el testigo, esto quiere decir que se trata de las cuentas llevadas unilateralmente por él, sin que se hayan aportado los

soportes financieros o contables, como hubieran podido ser las facturas o libros de contabilidad.

Asimismo, el Tribunal observa que la mayor permanencia en obra *sub examine* no fue objeto de apreciación económica en el juramento estimatorio presentado el **CONSORCIO RIBERA ESTE**, de forma que el establecimiento de la magnitud y cuantía del agravio económico, al ser un hecho de carácter técnico y financiero, requiere ser acreditado por un medio prueba idóneo y apto para este efecto, como un dictamen pericial, los libros de contabilidad de la Convocante o las facturas de los proveedores de la maquinaria, etc. No obstante, no obra en el *sub lite* ninguno de estos medios de prueba.

En este sentido, le asiste la razón a la parte Convocada, al señalar en los alegatos de conclusión presentados por el apoderado del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** que:

"Aunado a lo anterior, frente al stand by de personal y maquinaria, por la supuesta mayor permanencia en obra, el CONSORCIO RIBERA ESTE no cuantificó tal perjuicio material dentro del juramento estimatorio, ni probó el daño que esta circunstancia pudo haber conllevado para el esquema financiero tanto del proyecto como de los miembros del consorcio"¹⁹¹.

Además, teniendo en cuenta que no hay rastro de que el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** ni la interventoría del Contrato hayan reconocido el documento Excel en mención ni la información contenida en él, este documento no puede ser tenido en cuenta como prueba en contrario de la Convocada, sobre todo cuando esta misma se opone a darle valor probatorio, por considerar que el documento fue aportado fuera de la oportunidad procesal para el efecto, como se constata del siguiente pasaje de los alegatos de conclusión presentados por el apoderado del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**:

"Aunado a lo anterior, la inclusión de tales documentos es una afrenta directa contra el derecho de defensa, en tanto y en cuanto tal acervo documental NO pudo ser objeto de contradicción por parte del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA.

[..]

Así las cosas, se trata de una pretensión huérfana de estimación dentro de la cuantía de la demanda, como de pruebas aportadas en las oportunidades probatorias, razón

¹⁹¹ Alegatos de conclusión de la parte Convocada, p. 76.

*por la cual, debe ser desechada por el Honorable Tribunal de Arbitramento*¹⁹².

De conformidad con lo anterior, al examinar dicho documento Excel por parte del Tribunal, en esta oportunidad, se encuentra que le asiste razón a la Convocada al haber manifestado tanto en el momento en que se incorporó tal documento al proceso, como en los alegatos citados, que no es el medio de prueba idóneo para acreditar el agravio económico reclamado ni tampoco fue la oportunidad procesal de hacerlo. Luego, aparte de no tenerse como prueba válidamente aportada, tampoco es el medio de prueba conducente para demostrar el perjuicio pretendido.

Finalmente, con relación a los hechos acreditados en el proceso a través de los medios de prueba atrás examinados y al cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales para declarar el rompimiento del equilibrio económico del Contrato, el Tribunal precisa los siguientes puntos:

A.- Respecto de las causas indicadas por la Convocante como motivo de la mayor permanencia en obra: la falta de autorización para trabajar en otros tramos del proyecto y la falta de pago de las actas de recibo parcial de obra números 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 y 35, únicamente se probó que el **CONSORCIO RIBERA ESTE** realizó reclamaciones con respecto al retraso en el pago de las actas de recibo parcial de obra números 21, 22 y 23, correspondientes a los meses de enero, febrero y marzo del año dos mil diecisiete (2017).

A lo que se suma que el pago quedó finalmente acreditado, mediante las certificaciones expedidas por la tesorería del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** y aportadas en la Contestación a la Reforma de la Demanda, así como de las mismas actas de recibo parcial de obra que están en el plenario y que fueron suscritas sin observaciones ni reservas, como en su momento se expuso.

B.- No se estableció que la mayor permanencia en obra pretendida por la Convocante acarrearía una alteración del equilibrio económico en forma grave ni que haya obedecido a un álea extraordinaria y ajena al Contrato de obra. Esto, por cuanto no se acreditó que el retraso en el pago de las actas de recibo parcial de obra números 21, 22 y 23, objeto de reclamación en las comunicaciones aportadas por la Convocante, haya agravado de manera inusual la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista ni que este haya sido llevado a punto de pérdida.

C.- No se estableció que la magnitud o cuantía de la mayor permanencia en obra, estimada por el apoderado de la Convocante en la suma de ochocientos cuarenta y cuatro millones ochenta y siete mil ciento ochenta y dos pesos

¹⁹² Alegatos de conclusión de la parte Convocada, p. 77-78.

(\$844.087.182)¹⁹³, haya superado la partida contenida en la cláusula quinta del Contrato destinada para Imprevistos, que asciende a quince mil quinientos noventa y seis millones treinta y cinco mil trescientos treinta y cuatro pesos (\$15.596.035.334).

D.- La mayor permanencia en obra no se encausa por el apoderado de la Convocante, a través de una de las causales o títulos de imputación que la jurisprudencia ha expuesto para el nacimiento de la obligación de restituir el equilibrio económico del Contrato y que corresponden a las categorías de: hecho del príncipe, *potestas variandi*, sujeciones materiales imprevistas y teoría de la imprevisión. De esta forma, también queda claro que tampoco se acreditaron los requisitos propios de la causal o título invocado.

Finalmente, con fundamento en los medios de prueba examinados y las consideraciones atrás expuestas, el Tribunal no encuentra probada la pretensión décima de la Reforma a la Demanda, consistente en la declaración del rompimiento del equilibrio económico del Contrato por la mayor permanencia en obra del contratista, y, por tanto, se desestima.

Asimismo, habida cuenta de que no se acreditaron los requisitos jurisprudenciales para declarar el rompimiento del equilibrio económico del Contrato, el Tribunal no continúa con el examen de los aspectos de la oportunidad y la forma, derivados del principio de buena fe, pues era necesario haber establecido tales requisitos jurisprudenciales para la prosperidad de la pretensión *sub examine* y esto no ocurrió.

La pretensión cuarta de condena es del siguiente tenor:

“CUARTA. Que se condene al DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA al pago de la suma que resulte probada en el proceso, -en la modalidad de DAÑO EMERGENTE- por concepto del rompimiento de la ecuación contractual a favor del CONSORCIO RIBERA ESTE, en razón de la mayor permanencia en obra, teniendo en cuenta los factores de personal y maquinaria”.

El Tribunal determina que esta pretensión cuarta de condena es aquella consecencial de la décima declarativa de la Reforma de la Demanda, hallada impróspera, de conformidad con las consideraciones expuestas al momento de su resolución.

En esta forma, se anota que, al estar concatenadas, la inadmisión de la pretensión décima declarativa acarrea, a su turno, el rechazo de la pretensión cuarta condenatoria *sub examine*.

¹⁹³ Alegatos de conclusión de la parte Convocante, p. 111.

En efecto, el Tribunal tiene a bien recordar que al resolver la pretensión décima declarativa de la Reforma de la Demanda, esta no se probó debido a que:

I.- No quedaron acreditadas las causas de la mayor permanencia en obra alegada por la Convocante.

II.- No se estableció que la mayor permanencia en obra pretendida por la Convocante acarrearía una alteración del equilibrio económico en forma grave ni que se haya llevado al contratista a punto de pérdida.

III.- No se estableció que la cuantía de la supuesta mayor permanencia en obra superara la partida contenida en la cláusula quinta del Contrato destinada para Imprevistos.

IV.- La mayor permanencia en obra reclamada no se encausa por el apoderado de la Convocante, a través de una de las causales o títulos de imputación que la jurisprudencia ha expuesto para el nacimiento de la obligación de restituir el equilibrio económico del Contrato.

5.6.1.- RESPECTO DE LAS EXCEPCIONES SEGUNDA Y TERCERA DE LA CONTESTACIÓN A LA REFORMA DE LA DEMANDA

Estas excepciones son del siguiente tenor:

"2. Renuncia expresa y extemporaneidad de las reclamaciones económicas por incumplimiento o desequilibrio económico por parte del Consorcio Ribera Este".

"3. Inexistencia de desequilibrio económico por la alegada mayor permanencia en obra y cumplimiento del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA de su obligación de pago de ítem de transporte de materiales a los precios pactados".

El Tribunal observa que las dos (2) excepciones anteriores contienen cuestionamientos y censuras con respecto de las pretensiones séptima principal, subsidiaria de la séptima y décima de la Reforma de la Demanda, ya resueltas anteriormente. De esta manera, procede el Tribunal a analizar los argumentos expuestos por el apoderado de la parte Convocada, partiendo, como es lo natural, del propio texto de la Contestación a la Reforma de la Demanda presentada por él.

Con respecto de la excepción número dos (2) de la Contestación a la Reforma de la Demanda, el apoderado de la Convocada plantea lo siguiente:

"El 25 de septiembre de 2017 las partes suscribieron el Otro Si No. 6 al Contrato de Obra 617 de 2013 y mediante dicho acto el

DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA y el Consorcio Ribera Este acordaron regularizar la ejecución contractual pactando lo siguiente, de manera coherente con lo previamente acordado en Acta de mesa de trabajo del 12 de septiembre de 2017:

[...]

(vii) El Consorcio renunció expresamente a efectuar reclamaciones económicas:

1. Respecto de facturas vencidas y adeudadas por efecto de actas de recibo parcial de obras (CLÁUSULA CUARTA, Otro Sí No. 6);

2. Frente a nuevos y/o mayores valores derivados de la ejecución de las obligaciones contempladas en el modificadorio, tales como: la ejecución de las obras, estudios y diseños de las Variantes de Palermo y Sitio Nuevo; la ejecución de las obras del denominado tramo 2A que va del PR 34+500 al PR 36+000, la ejecución de las obras, estudios y diseños del tramo Sitio Nuevo-Remolino-Guáimaro y la pavimentación del tramo 1B (CLÁUSULA SEXTA, Otro Sí No. 6). Nótese que precisamente las mencionadas actividades son aquellas que quedaron excluidas del alcance del Contrato de Obra 617 de 2013, en los términos del PARÁGRAFO SEGUNDO de la CLÁUSULA PRIMERA del referido Otro Sí No. 6.

3. El silencio administrativo positivo relacionado con la prórroga del Contrato que fue protocolizado mediante Escritura Pública No. 0654 del 9 de mayo de 2017 de la Notaría Sexta del Circulo de Barranquilla.

4. A cualquier monto superior al que el Departamento reconocerá por concepto del ítem de ajuste de Estudios y Diseños en el Contrato de Obra 617 de 2013, en forma proporcional a la suma de \$137.832.828 para los 19.9 kilómetros de ajustes ejecutados por el contratista y aprobados por la Interventoría Consorcio ICI, ítem respecto del cual el Contrato de Obra 617 de 2013 contemplaba inicialmente, para los 49 kilómetros, un valor total de \$339.386.380.08 (CLÁUSULA SEXTA, Otro Sí No. 6).

Por lo anterior, ninguna de las pretensiones por incumplimiento o desequilibrio económico del Contrato están llamadas a prosperar"¹⁹⁴.

El Tribunal precisa, como bien se lee del último párrafo del pasaje de la Contestación a la Reforma de la Demanda citado, que la excepción número dos (2) *sub examine* es una réplica respecto de todas las pretensiones que solicitan declarar el incumplimiento del Contrato o el rompimiento del equilibrio económico del mismo. De allí, que el apoderado de la parte Convocada haga hincapié en todas las cláusulas del Otrosí modificadorio No. 6 al Contrato de obra 617 de 2013 que, a su juicio, implican una renuncia respecto de los conceptos reclamados por la Convocante.

¹⁹⁴ Contestación a la Reforma de la Demanda, p. 17-20.

Sobre este aspecto, el Tribunal recuerda que el Otrosí modificatorio No. 6 al Contrato de obra 617 de 2013 también contiene una salvedad en su cláusula séptima, que versa sobre la *"controversia relacionada con [...] el reconocimiento de la distancia a las fuentes de materiales"* y que en su momento fue expuesta en detalle por el Tribunal, con el fin de resolver la pretensión séptima principal de la Reforma de la Demanda.

Con relación a la salvedad contenida en la cláusula séptima del Otrosí modificatorio No. 6, también se precisó por el Tribunal que, ya que se trata de una estipulación proveniente de ambas partes, dicha salvedad no es susceptible de ser calificada como extemporánea, pues al ser el fruto del acuerdo entre contratista y entidad contratante, ninguna parte puede alegar el haber sido sorprendida por una reclamación en tal sentido, además de los otros argumentos esbozados por el Tribunal al resolver la pretensión séptima principal de la Reforma de la Demanda.

Por lo anterior, el Tribunal encuentra no probada la excepción número dos (2) de la Contestación de la Reforma de la Demanda sobre la: *"Renuncia expresa y extemporaneidad de las reclamaciones económicas por incumplimiento o desequilibrio económico por parte del Consorcio Ribera Este"*, en lo que atañe a la pretensión séptima principal de la Reforma de la Demanda.

No obstante ello, el Tribunal también encuentra que esta excepción número dos (2) de la Contestación de la Reforma de la Demanda está llamada a prosperar con relación a la pretensión décima de la Reforma de la Demanda, por cuanto, como se expresó al momento en que esta fue resuelta, el reclamo por la mayor permanencia en obra del contratista es extemporáneo, puesto que el **CONSORCIO RIBERA ESTE** debió haberse reservado el derecho a demandar los perjuicios económicos supuestamente causados por este evento, en el Otrosí No. 6 al Contrato de obra pública número 617 de 2013, que fue aquel que amplió el plazo del Contrato, después de la supuesta ocurrencia de la mayor permanencia en obra.

Se procede ahora a abordar la excepción número tres (3) de la Contestación de la Reforma de la Demanda, que señala: *"Inexistencia de desequilibrio económico por la alegada mayor permanencia en obra y cumplimiento del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA de su obligación de pago de ítem de transporte de materiales a los precios pactados"*.

Se observa que la anterior excepción contiene dos réplicas distintas: la primera, que objeta la prosperidad de la pretensión décima de la Reforma de la Demanda, señalando que hay una *"Inexistencia de desequilibrio económico por la alegada mayor permanencia en obra"*; y, la segunda, que solicita la desestimación de la pretensión séptima principal de la Reforma de la Demanda, argumentando el *"cumplimiento del DEPARTAMENTO DEL*

MAGDALENA de su obligación de pago de ítem de transporte de materiales a los precios pactados".

Iniciando con la primera de tales réplicas, el Tribunal recuerda que en su momento fue hallada impróspera la pretensión décima de la Reforma de la Demanda, ya que no se encontraron acreditados los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado para declarar el rompimiento del equilibrio económico del Contrato. En este sentido, le asiste la razón a la parte Convocada y, por tanto, se encuentra probada la excepción número tres (3) de la Contestación de la Reforma de la Demanda, en lo relativo a la declaratoria de la inexistencia del rompimiento del equilibrio económico del Contrato, debido a la mayor permanencia en obra alegada infructuosamente por la Convocante.

Mientras que en lo atinente a la segunda réplica, el Tribunal comienza por anotar que la Convocada afirma haber cumplido *"su obligación de pago de ítem de transporte de materiales a los precios pactados"* y, para ello, trae a colación el dictamen pericial aportado por ella y las mismas actas de recibo parcial de obra aportadas al proceso, que fueron suscritas sin reservas ni observaciones. Bajo este entendido, bajo el título de *"Está probado que el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA pagó la totalidad del transporte de material, de conformidad con las actas suscritas por las partes, tal y como consta en el dictamen pericial"*¹⁹⁵, el apoderado de la parte Convocada señala en sus alegatos de conclusión lo siguiente:

"El DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA pagó todos los costos asociados a la misma, de conformidad con las actas parciales de obra que obran en el expediente, esto es, las actas parciales de obra Nos. 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 36 (Cfr. Folio 266 y folios 318 a 321, 322 a 325, 256 a 360 del cuaderno de pruebas No. 2)

En efecto, en el Dictamen de Parte rendido por la Sociedad Colombiana de Ingenieros en respuesta a la pregunta 3.6 (Cfr. Folios 363 a 422 del cuaderno de pruebas No. 2), frente a las distancias de transporte, se dijo lo siguiente:

'¿Las cantidades y distancias transportadas por el contratista de material para la construcción del terraplén fueron canceladas por el contratante?', se dijo:

'Tal como fue presentado dentro de los numerales anteriores, dentro de la ejecución del Contrato se fueron evaluando y autorizando por parte de a interventoría, la utilización de diferentes fuentes de materiales, las cuales en la medida de su ejecución fueron siendo reconocidas las distancias y cantidades

¹⁹⁵ Alegatos de conclusión de la parte Convocada, p. 44-45.

de materiales transportados, dentro de las diferentes actas parciales de obras.

Dentro de las actas revisadas no se encontró evidencia de notas u observaciones por parte del contratista en donde se manifestara que no se estaban reconociendo cantidades de transportes ejecutados de canteras diferentes a las autorizadas, no tampoco se encontró evidencia de solicitudes anteriores por parte del contratista de reconocimientos de cantidades de transportes que no hubieran sido tenidas en cuenta.

La documentación anexada dentro de la reforma a la demanda, se basa en documentación de relaciones con canteras, las cuales deberían haber sido parte de los soportes de las actas parciales de obra, para su respectivo aval por parte de la interventoría.

*Por lo anterior, con la documentación revisada, se considera que la totalidad del transporte ejecutado fue incluido dentro de las actas parciales de obra, las cuales luego de su aprobación por parte de la interventoría, fueron canceladas por el contratante'.
¿Es cierto que el Consorcio Ribera Este tuvo que incurrir en mayores cantidades de transporte de material sin que estas hayan sido reconocidas o pagadas por el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA? (Cfr. Pretensión Declarativa Séptima y Subsidiaria de la Séptima).*

'Al igual que lo expresado en el numeral anterior, con base en la documentación revisada, no se cuenta con evidencia técnica que soporte que no se han cancelado la totalidad de las cantidades de transporte de material instalado y por el contrario se concluye que la totalidad del transporte ejecutado fue incluido dentro de las actas parciales de obra, las cuales luego de su aprobación por parte de la interventoría, fueron canceladas por el contratante'¹⁹⁶.

Sobre este asunto, el Tribunal reitera, como se expuso al resolver la pretensión séptima principal de la Reforma a la Demanda, que en relación con el pago relacionado en las actas de recibo parcial de obra que están en el *sub lite*, se observa que el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** ha cumplido con sus obligaciones. No obstante, por otro lado, también se acreditó que la distancia fluvial del transporte multimodal de la cantera Arroyo Hondo (Buenavista II) al centro de gravedad de la obra fue de setenta kilómetros (70 km), pero el pago del ítem de transporte de material fluvial en las actas de recibo parcial de obra se hizo tomando en cuenta una distancia de cuarenta kilómetros (40 km).

¹⁹⁶ Alegatos de conclusión de la parte Convocada, p. 45.

Adicionalmente, el apoderado de la Convocada anota que *"En las 'Actas de Recibo Parcial', suscritas por las partes y la interventoría, el Consorcio Ribera Este NO presentó salvedades de ningún tipo"*¹⁹⁷, aspecto que él mismo expone en sus alegatos de conclusión así:

*"Como fuera expuesto en el primer acápite del presente memorial, en atención al deber de información que se desprende del Principio de Buena fe Contractual, el Contratista en ejecución del Contrato debe manifestar a la Administración las circunstancias que considere que dan lugar a el rompimiento del equilibrio económico del Contrato. Estas manifestaciones deben hacerse tanto en las actas parciales de obra, así como en los diferentes modificatorios del Contrato en los que se haga referencia al valor del mismo. Si no se presentan tales observaciones en las actas, y luego se suscribe un modificatorio, sin salvedades, se entiende, en primer lugar, que el Contratista siempre estuvo de acuerdo con lo que le fuera pagado, y, en segundo lugar, una vez suscrito un modificatorio sin salvedades, se entiende que cualquier reclamación o situación respecto de asuntos económicos se encuentra superado, habida cuenta que el Contrato se reequilibra económicamente una vez suscrito el correspondiente Otrosí"*¹⁹⁸.

Con relación a este reparo formulado por la Convocada, el Tribunal señala que también se encontró que la reserva de la cláusula séptima del Otrosí modificatorio No. 6 cumplió con los factores de oportunidad y forma, derivados del principio de buena fe, ya que ambas partes del Contrato reconocieron que había entre ellas una controversia en punto del *"reconocimiento de la distancia a las fuentes de materiales"*, como se ya se ha indicado.

Con fundamento en los medios de prueba y las consideraciones abordadas anteriormente, el Tribunal no encuentra probada la excepción número tres (3) de la Contestación de la Reforma de la Demanda, en cuanto a la réplica relacionada con el cumplimiento por parte del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** de *"su obligación de pago de ítem de transporte de materiales a los precios pactados"*.

5.7.- PRETENSIÓN DECLARATIVA UNDÉCIMA Y QUINTA DE CONDENA

Solicita la Convocante que se declare la nulidad de la multa impuesta al **CONSORCIO RIBERA ESTE** por el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, mediante las Resoluciones No. 0822 de 11 de julio de 2017, 1705 del 26 de octubre de 2017 y 0176 del 21 de febrero de 2018, por valor de NOVECIENTOS

¹⁹⁷ Alegatos de conclusión de la parte Convocada, p. 47.

¹⁹⁸ Alegatos de conclusión de la parte Convocada, p. 47.

OCHENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y TER MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (982.473.320).

En una primera etapa, la Resolución 0822 de 2017 del Departamento le impuso una multa al Consorcio por un valor de \$ 15.616.000,00. Posteriormente, la Resolución 1705 del 26 de octubre redujo la sanción a \$ 9.825.832.213,00. Finalmente, la Resolución 176 de 2018 corrigió un presunto error aritmético de la Resolución 1705, ajustando el monto de la multa a \$ 982.473.320,00.

Aduce el Convocante que la multa fue impuesta por el Departamento con violación del debido proceso y mediando desviación de poder. Afirma que ella tuvo su origen en la comunicación INVIAS 3759-2013-984 del 9 de diciembre de 2016¹⁹⁹, en la que la Interventoría solicitó al Departamento la apertura del procedimiento contractualmente previsto para el incumplimiento del Consorcio.

Se trata del presunto retraso en la reprogramación de la obra No.4, que había entrado en vigor el 1 de mayo de 2016, referida a los ítems de base, sub-base y mezcla asfáltica. El propósito era asfaltar el terraplén construido por el Consorcio en desarrollo de los estudios y diseños aprobados, pero la ejecución de ese ítem se aplazó por “circunstancias fortuitas” que, según la demanda arbitral, fueron conocidas por el departamento al momento de “determinar la procedencia de la sanción” al Consorcio.

El argumento se basa fundamentalmente en que el Departamento no tomó en cuenta la consideración hecha respecto a la causa extraña que generó el incumplimiento del Contrato. La supuesta causa extraña se hace consistir en la ausencia de lluvias en el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** entre julio y noviembre del año 2016.

El Convocante señala que “Las actividades que fueron objeto de la reprogramación de obra No.4 y que dieron lugar a la imposición de la multa estaban referidas a los ítems de base, sub-base y mezcla asfáltica. Se trataba, en resumen, de asfaltar el terraplén construido por el Consorcio en desarrollo de los Estudios y Diseños aprobados. No obstante, como se verá enseguida, la ejecución de este ítem se postergó por circunstancias fortuitas, que fueron desconocidas por el Departamento al momento de determinar la procedencia de la sanción”²⁰⁰

Se alega que era necesaria la saturación del terraplén con fundamento en la técnica de ingeniería civil, necesaria para la ejecución del pavimentado. Es decir, se necesitaba la ocurrencia de lluvias que permitieran la compactación

¹⁹⁹ Comunicación INVIAS 3795-2013-984 del 9 de diciembre de 2016. Contenido en el Cuaderno Principal No. 1. Ruta: 5358, Cuaderno Principal No.1, CD folio 60, Pruebas, Prueba No.15.

²⁰⁰ Alegatos de Conclusión Consorcio Ribera Este. Pág.91.

del relleno para poder comenzar la pavimentación, puesto que, de lo contrario, era previsible que el pavimento se hundiera o se fracturara.

Asevera la parte Convocante que la imposición de la multa no tuvo como objeto apremiar el cumplimiento, puesto que el mismo interventor conocía la imposibilidad de cumplir por la ausencia de lluvias. Por el contrario, la multa obedeció a la voluntad de la dirección de INVIAS de sancionar al Consorcio, sanción que condicionaba la renovación del Convenio 649 entre INVIAS y el Departamento. Para lo cual, se remite a la declaración de la testigo Claudia Orjuela, Contratista del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, testimonio que se transcribirá más adelante.

Por su parte, la parte Convocada afirma en primer lugar que la multa se fundamentó en el incumplimiento del contratista. Tal incumplimiento se sustenta en el ya citado oficio 3759-2013-984 de la Interventoría²⁰¹, en el que se relacionaban los reiterados atrasos del contratista frente al programa de inversiones respecto de la construcción de obras de drenaje, construcción de terraplenes, pavimentación, sin que se presentara un plan de contingencias.

La Convocada destaca que la “Multa que tuvo como sustento fáctico el mencionado Oficio de Interventoría, en el que se relacionaban reiterados incumplimientos por parte del Contratista al programa de inversiones respecto de la construcción de obras de drenaje (Box culverts), construcción de terraplenes, pavimentación, sin que el **CONSORCIO RIBERA ESTE** presentara un plan de contingencias, tal y como le fue solicitado en reiteradas ocasiones por la Interventoría del Proyecto, adicionalmente, es claro que la Interventoría había puesto de presente que con corte a 13 de noviembre de 2016, de acuerdo con el programa e inversiones vigentes, se tenía que la inversión programada respecto de la ejecutada (a efectos de costos totales sin incluir ajustes), presentaba una demora en la ejecución del 12,73% sobre el valor programado o en su defecto del 7,00% sobre el valor del Contrato sin ajustes equivalente para ambos casos a \$28.381.599.862. Igualmente, la Interventoría señaló que, con el mismo corte a 13 de noviembre de 2016, se verificaba una demora en la ejecución para la sub-base de 122 días (fecha de inicio programada 15-jul-16) para la base de 115 días (fecha de inicio programada 21-jul-16) y para la mezcla densa caliente de 96 días (fecha de inicio programada 7-ago-16)”²⁰².

En segundo lugar, el Departamento señala que la multa fue interpuesta sin que el Consorcio se hubiese allanado a cumplir las obligaciones atrasadas. Afirma que al haberse impuesto antes de la suscripción del Otrosí No. 6, no se habían superado los hechos que motivaron la multa. De este modo, el fin

²⁰¹ Comunicación INVIAS 3795-2013-984 del 9 de diciembre de 2016. Contenido en el Cuaderno Principal No. 1. Ruta: 5358, Cuaderno Principal No.1, CD folio 60, Pruebas, Prueba No.15.

²⁰² Alegatos de Conclusión Departamento de Magdalena, pág. 79.

de apremiar al contratista se consiguió, en la medida en que se celebraron los acuerdos de normalización del Contrato.

Dice el apoderado del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** que “Es necesario poner de presente que la multa fue impuesta de manera previa a que se suscribiera entre las partes el acuerdo de regularización (Otrosí No.6), razón por la cual no puede admitirse la tesis de la Convocante, según la cual, se habían superado las circunstancias que habían motivado la imposición de la multa para el momento en que fue impuesta, o al momento en que se resolvió el recurso de reposición que fuera interpuesto”²⁰³.

Finalmente, el apoderado de la Convocada trata de desvirtuar las presuntas transgresiones al debido proceso, señalando que en efecto se otorgaron todas las garantías de contradicción al Contratista. Al final, se trató de un tema de valoración probatoria del Departamento, que desestimó el dictamen presentado por el ingeniero Walter Pautt, y le dio prevalencia el informe presentado por la Interventoría, el mismo en el que se solicitó la imposición de la multa.

El tribunal no entrará a hacer ningún análisis sobre la naturaleza jurídica de la causa extraña o del caso fortuito en el marco de las responsabilidades contrales y se centrará en cambio en la función de las multas y su importancia en la ejecución de los Contratos estatales.

5.7.1.- LA FUNCIÓN DE LAS MULTAS EN LOS CONTRATOS ESTATALES.

La imposición de multas por parte de las Entidades Públicas en el marco de un Contrato estatal, la contempla el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, que establece que “[el] debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. (...) En desarrollo de ello y del deber de control y vigilancia sobre los Contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el Contrato” (Subrayado fuera de texto).

Las multas son, conceptualmente, medidas coercitivas pecuniarias que la administración impone al contratista con el inequívoco de apremiarlo ante su incumplimiento contractual. La Sala de Consulta del Consejo de Estado²⁰⁴ se

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: ALVARO NAMEN VARGAS Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013) Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157)

ha referido a las potestades que tiene la administración frente al contratista, señalando que: *“La Administración no solo tiene un poder de dirección y control en la ejecución del Contrato, sino también con fundamento en el ius puniendi del Estado ciertas potestades sancionatorias que operan frente al incumplimiento de las obligaciones en que incurra el contratista y que se concretan en la adopción de medidas extintivas que comportan la terminación anormal y anticipada del Contrato (como ocurre con el decreto de caducidad del mismo), o sin que impliquen su extinción, de medidas coercitivas y apremiantes (como sucede con la imposición de multas), para compeler y conminar al contratista a realizar y ejecutar las prestaciones del Contrato y evitar así su incumplimiento total, de manera que no se trastorne o perturbe la prestación de los servicios o se impida la obtención de los bienes y obras objeto del mismo.”*(Subrayado fuera de texto).

Del mismo modo, la misma doctrina del a Sala de Consulta ha establecido la finalidad de las multas, aduciendo que *“Por regla general las multas tienen una finalidad de constreñimiento, coerción o coacción para presionar, compeler o apremiar en forma legítima al contratista a dar cumplimiento al Contrato, cuando quiera que se verifique la inobservancia por parte de este en el desarrollo de las obligaciones a su cargo, o esté en mora o retardo en su ejecución conforme a los plazos convenidos. (...) No tienen por objeto indemnizar o reparar con su imposición un daño, razón por la cual para su aplicación no se exige la demostración del mismo, sino simplemente se trata de un mecanismo coercitivo ante la tardanza o el incumplimiento parcial del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual. (...) Es decir, las multas cumplen una función sancionatoria y no indemnizatoria, pues no tienen como propósito reparar los perjuicios sufridos por la entidad ante el incumplimiento. Son medidas disuasorias destinadas a superar la infracción de las obligaciones contractuales y, por tanto, su función principal es apremiar al contratista para que dé cumplimiento a las mismas, dado que cuando a un contratista se le aplica una multa por incurrir en mora en el cumplimiento de su obligación o por cumplirla defectuosamente, las reglas de la experiencia indican que al ejercerse este medio de presión adecuará su conducta a los términos del Contrato para evitar que en lo sucesivo ello vuelva a ocurrir, con mayor razón cuando la infracción contractual reiterada y la consiguiente imposición de multas genera inhabilidad para contratar con el Estado”* (Subrayado fuera de texto).

Se destaca que tanto la ley como la jurisprudencia, han entendido que la multa busca apremiar al contratista para que cese un incumplimiento contractual que le es imputable, de modo que se le pueda conminar a cumplir el Contrato.

5.7.2.- LA VALORACIÓN PROBATORIA COMO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO.

El procedimiento para la imposición de multas parte de la remisión hecha el artículo 8.1.10 del Decreto 734 de 2012 al artículo 86 de la ley 1474 de 2011, que a su vez establece que “Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el Contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

A.- Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del Contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

B.- En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

C.- Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

D.- En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”.

El proceso administrativo sancionatorio en el que se le imponen multas al contratista incumplido, con el fin de apremiarlo para que cumpla con sus

obligaciones contractuales, está regido por derecho al debido proceso, contenido en el artículo 29 de la Constitución Política.

La Corte Constitucional ha entendido que *“El derecho fundamental a un debido proceso, previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, se aplica tanto en los procesos judiciales como en las actuaciones administrativas. Este derecho comprende una serie de garantías, conforme a las cuales las actuaciones ante los jueces o ante las autoridades administrativas, en su trámite, deben respetar los derechos de las personas involucradas y facilitar que se logre la aplicación correcta de la justicia”*.²⁰⁵

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que, al tener que ser el incumplimiento atribuible o reprochable al contratista, la imposición de multas obedece a un régimen de responsabilidad contractual subjetivo, en el que la entidad debe demostrar el reproche de la conducta del contratista, quien a su vez debe tener todas las garantías procesales para demostrar las razones de su presunto incumplimiento.

En este sentido, el Consejo de Estado ha señalado que:

“En efecto, en materia de derecho sancionatorio debe verificarse la existencia de cada uno de los elementos que configura una falta porque si basta con que se compruebe la ocurrencia de la conducta, (aspecto que corresponde a la tipicidad), sin que sea necesario el análisis del aspecto subjetivo (entiéndase antijuridicidad y culpabilidad) ello equivale a aplicar una responsabilidad objetiva que en materia sancionatoria está proscrita en Colombia. (...)Es esa la razón fundamental del debido proceso, en un Estado Social de Derecho como el nuestro, no la preservación de las formalidades y del procedimiento como fin en si mismo, sino como medio idóneo para que las personas puedan hacer efectivo su derecho a defenderse, a rendir sus explicaciones, a controvertir las pruebas en poder de la entidad o a aportar las que considere necesarias para aclarar su conducta”.²⁰⁶

La valoración de las pruebas por parte de la autoridad, se incorpora de forma fundamental al derecho del debido proceso administrativo. La jurisprudencia constitucional ha tratado este tema en los siguientes términos:

“El artículo 29 constitucional consagra el derecho fundamental a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en contra del procesado. Se trata de una de las dimensiones más importantes del derecho de defensa, en el sentido de poder

²⁰⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-499 de 2015. M.P. Mauricio Gonzales Cuervo.

²⁰⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección III. Subsección C. Sentencia del 6 de mayo de 2015. C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz.

utilizar los medios de prueba legítimos, idóneos y pertinentes y a controvertir la evidencia presentada por los otros sujetos procesales. En tal sentido, la Corte ha considerado que (i) el juez sólo puede condenar con base en pruebas debidamente controvertidas que lo llevan a la certeza de la responsabilidad del procesado; (ii) se trata de una garantía que debe ser respetada en cualquier variedad de proceso judicial o administrativo; (iii) para la validez y valoración de las pruebas deberá garantizarse a la contraparte el escenario para controvertirlas dentro del proceso en el que se pretenda hacerlas valer; (iv) el funcionario judicial vulnera el derecho de defensa y desconoce el principio de investigación integral, en aquellos casos en los cuales deja de solicitar, o practicar sin una justificación objetiva y razonable, aquellas pruebas que resultan fundamentales para demostrar las pretensiones de la defensa; (v) en virtud del derecho de contradicción, el procesado tiene derecho a oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra, vulnerándose esta garantía cuando se impide o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso; por otro lado, se refiere a la facultad que tiene la persona para participar efectivamente en la producción de la prueba, por ejemplo interrogando a los testigos presentados por la otra parte o por el funcionario investigador” y exponer sus argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba; y (vi) el núcleo esencial del derecho de defensa comprende la posibilidad real y efectiva de controvertir las pruebas.²⁰⁷”

Toda esta aproximación sirve de base para determinar que, en el marco de las actuaciones administrativas sancionatorias, el debido proceso es un derecho fundamental que incorpora la correcta valoración de las pruebas, de modo que la decisión respete las garantías de todos los sujetos procesales.

5.7.3.- EL DESVÍO DE PODER, LA FALTA DE MOTIVACIÓN Y EL DEBIDO PROCESO EN EL CASO CONCRETO

Hechas las aproximaciones pertinentes al régimen de imposición de multas en los Contratos estatales en el ordenamiento jurídico colombiano, como también al debido proceso administrativo y, en particular, a la valoración de las pruebas, conviene entrar a analizar la conducta del Departamento al momento de imponer la sanción al Contratista.

En primer lugar, destaca el Tribunal el hecho de que toda la actuación que concluyó en la multa para el contratista, tuvo su origen en la solicitud hecha

²⁰⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-537 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

por el Consorcio ICI²⁰⁸, quien fungía como interventor del Contrato, sustentado en oficios de INVIAS que acreditaban el presunto incumplimiento. Surtido el trámite del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, se profirió la Resolución 0822 de 2017 y las sucesivas, que impusieron y confirmaron la multa para el contratista.

Dentro del trámite sancionatorio, observa el Tribunal que la condena se produjo fundamentalmente por la valoración probatoria que hizo la entidad respecto de dos medios probatorios específicos, a saber: el informe de Interventoría y la opinión del Secretario de Infraestructura Departamental, el ingeniero Manuel Vives Rovira, aún cuando a lo dicho por este último las partes solicitaron que no se tuviese en cuenta²⁰⁹.

Respecto del informe rendido por el Ingeniero Vives, la Resolución sostiene que su opinión es contraria al dictamen presentado por el Ingeniero Walter Pautt. Este dictamen es fuertemente atacado por la Resolución, que dedica importantes apartes jurisprudenciales para desacreditarlo, más por temas formales que realmente por cuestiones de fondo del concepto. Además, trae a colación fragmentos del dictamen, fuera de contexto, a lo que tilda de no ser claros ni precisos²¹⁰.

Frente a los interrogatorios, llama la atención que el Departamento sostenga que contradicen el Informe de Interventoría y que no acreditan la ausencia del incumplimiento. La valoración de cinco testimonios queda prácticamente descartada ante un informe presentado por el mismo que solicita la multa (entiéndase INVIAS mediante el Consorcio ICI), y se deja totalmente de lado el hecho de que los testimonios no buscaban acreditar que el incumplimiento no existiera, sino que este no le era atribuible al Contratista.²¹¹

Este hecho cobra relevancia en tanto el Contratista trató de hacer evidente que el incumplimiento de sus obligaciones obedecía a una “causa extraña”, particularmente la ausencia de lluvias necesarias para el proceso de consolidación de la obra, por lo que no era razonable que el Departamento apremiara un cumplimiento que hubiese sido contraproducente.

Esta circunstancia se evidencia con el testimonio de la Sra. Orjuela, contratista del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, quien afirma que la Interventoría, la misma que solicitó la multa, sabía de la imposibilidad de iniciar las labores de pavimentación en esa etapa de la obra. Bajo ese entendido, la testigo indicó que:

²⁰⁸ Comunicación INVIAS 3795-2013-984 del 9 de diciembre de 2016. Contenido en el Cuaderno Principal No. 1. Ruta: 5358, Cuaderno Principal No.1, CD folio 60, Pruebas, Prueba No.15.

²⁰⁹ Esto se evidencia en la Resolución 0822 de 2017, pág. 23.

²¹⁰ Al respecto, se puede verificar lo dicho en la Resolución 0822 de 2017, en las páginas 23 a la 36.

²¹¹ Resolución 0822 de 2017, pág. 39, más adelante transcrita.

“DR. BERROCAL: ¿Excúseme en dónde radica digamos la equivocación que usted se refiere, exactamente?”

SRA. ORJUELA: No sabemos si fue una mala operación que hicieron ellos ...(Interpelado)

DR. DURÁN: Ya indico que la distancia es... kilómetros...(Interpelado)

SRA. ORJUELA: Sí señor.

DR. DURÁN: Por 40 ...(Interpelado)

SRA. ORJUELA: Sí señor.

DR. DURÁN: Esa es la injerencia?

SRA. ORJUELA: Sí, y en el terrestre que se pagó una distancia también equivocada de esa cantera porque se pagó de más, este ejercicio lo hicimos con mis compañeros, con el ingeniero Walter y Valentín y pudimos verificar, después vino el famoso tema de las multas, en el tema de las multas al contratista lo terminan multando porque la interventoría presentó un informe donde dijo que el contratista tenía que iniciar la colocación de la estructura de pavimento que es la base, la sub base y la carpeta táctica, entre finales de julio al comienzo de agosto de 2016 y que no lo hizo y por lo tanto presentado informe, nos presenta en el departamento un informe y 9 de 9 de diciembre de 2016 según el cual con un corte que hizo a noviembre de 2016, el contratista tenía una atraso, lo cuantificó, lo líquido y no lo presentó sustentándolo en que había una programación aprobada y que esta programación no se había cumplido, y cuantificó cuando debía haber instalado de la carpeta táctica hasta esa fecha y eso le arrojó como 9 mil millones de pesos, perdón 27 mil millones de pesos, le arrojó, bueno, es que ahí tiene varias cosas, pero le arrojó 27 mil millones de pesos.

Este es el documento también lo voy a dejar 1, 2, 3, dijo que el contratista estaba atrasado en, cuantificado en 27 mil millones de pesos, pero nos vamos a atrás y qué pasó ahí, yo voy a entregar varios documentos de ese tema, resulta que cuando viene el momento de instalar la estructura de pavimento se le requiere al contratista y a la interventoría en una mesa de trabajo y se les dice, bueno cuando van a empezar el pavimento, la interventoría dice, yo necesito que el contratista me entregué, me haga por escrito la solicitud, entonces el contratista le presenta el 22 de agosto la solicitud a la interventoría para que

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**

EXPEDIENTE 5358

le aprueben los primeros tramos, se iba a pavimentar 4 kilómetros a partir de ahí.

“Que le aprobaran los tramos en los que iba a trabajar la interventoría descontenta el 24 de agosto y le dice, para hacer eso me hace favor y me trae un informe avalado por su especialista en geotecnia, donde él diga que ya los terraplenes dejaron de moverse, o sea que ya había cesado la ... que ya están listas para poder empujar la cameta, al contratista le

le aprueben los primeros tramos, se iba a pavimentar 4 kilómetros a partir de ahí.

“Que le aprobaran los tramos en los que iba a trabajar la interventoría descontenta el 24 de agosto y le dice, para hacer eso me hace favor y me trae un informe avalado por su especialista en geotecnia, donde él diga que ya los terraplenes dejaron de moverse, o sea que ya había cesado la ... que ya están listos para poder empezar la carpeta, el contratista le devuelve una comunicación y le dice, con el anexo de su especialidad, no la tengo ahí después la citamos textualmente, le dice el especialista del contratista que todavía no han cesado los movimientos y que según su pronóstico como la forma de consolidar el terraplén es por saturación, es decir que hay que esperar que llueva para que termine de filtrarse por los poritos el material, tienen que esperar la o el período de lluvias que empezaba en septiembre, octubre y que sólo a partir de diciembre su recomendación era arrancar el pavimento.

“Acto seguido line, el especialista de la interventoría se pronuncia diciendo que él está de acuerdo, y que según su concepto técnico el del especialista la interventoría efectivamente no se puede empezar a pavimentar porque va a correr riesgo la estabilidad de lo que allí se haga.

“Con esta situación, con este panorama el contratista le solicita al departamento nos dice que, hay que hacer una reprogramación del programa de obra e inversión porque ahí cita todas las razones el tema de las licencias que todavía no estaba, se acuerda que les dije que había que correr la vía que todavía eso no estaba, que las variantes tampoco estaban que había un caño clarín que todavía no tenía autorización que la variantes no se podían ejecutar y que estaba el tema de las consolidaciones entonces que había que esperar las condiciones técnicas para poder hacerlo.

“Nosotros le mandamos entonces una comunicación encontrando que era razonable que físicamente y materialmente a riesgo de la obra no era posible empezar la estructura de pavimento y que efectivamente no se podía continuar con otras actividades, le mandamos una carta, un oficio a la interventoría y al contratista primero la interventoría y el contratista perdón son 2 comunicaciones una es la comunicación GPD 1401116 y la GPD, no alcanzó a leer 77 de 2016, les decimos al contratista y la interventoría que teniendo en cuenta las consideraciones que se han expuesto y que son ellas razonables para nosotros porque no se puede iniciar la ejecución según los criterios de los especialistas.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

“Se solicita que se re programe la obra ya, que se debe presentar eso y como la interventor nos había pedido que lo multáramos al contratista desde ese momento se le dijo, bueno dijo que tenía que hacer para multar al contratista entonces le dijimos con lo anterior luego de decir que no se podía que las razones técnicas que había cosas que no se podían hacer porque no estaban los

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

“Se solicita que se re programe la obra ya, que se debe presentar eso y como la interventor nos había pedido que lo multáramos al contratista desde ese momento se le dijo, bueno dijo que tenía que hacer para multar al contratista entonces le dijimos con lo anterior luego de decir que no se podía que las razones técnicas que había cosas que no se podían hacer porque no estaban los permisos todavía, por lo anterior al efectuar la valoración objetiva de las situaciones de hecho que se presentan en obra y de la realidad del proyecto se observa que en cuanto a las actividades referidas en su escrito no existen razones que sustenten la imposición de multas u sanciones al contratista”

“Se solicita que se re programe la obra ya, que se debe presentar eso y como la interventor nos había pedido que lo multáramos al contratista desde ese momento se le dijo, bueno dijo que tenía que hacer para multar al contratista entonces le dijimos con lo anterior luego de decir que no se podía que las razones técnicas que había cosas que no se podían hacer porque no estaban los permisos todavía, por lo anterior al efectuar la valoración objetiva de las situaciones de hecho que se presentan en obra y de la realidad del proyecto se observa que en cuanto a las actividades referidas en su escrito no existen razones que sustenten la imposición de multas y sanciones al contratista.

“Es importante precisar que para la administración departamental la toma de una decisión contraria a las situaciones de hechos y del marco contractual que nos gobierna nos expone a juicios de responsabilidad y reclamaciones ante las autoridades competentes, por lo cual cualquier decisión al respecto debe estar suficientemente soportada esto se lo dijimos y les reiteramos la necesidad de hacer la reprogramación de obras, este es en septiembre 9 y en septiembre 2 firmadas por el supervisor del proyecto que es el doctor Fabio Manjarrez.

“Las 2 comunicaciones, yo la voy a dejar acá, estoy hablando de septiembre 2016 para ese momento empezamos a hacer unas mesas de trabajo muy permanentes con INVÍAS y con el director de INVÍAS, el director de INVÍAS se incomodó mucho porque no se había iniciado la actividad de pavimentación ya, aunque le explicaron porque él es ingeniero que técnicamente esto no era posible, el no escuchó razones y arrancó a pedirnos insistentemente que multará más contratistas, que multáramos al contratista, que además el precio del transporte que había desbordado las cantidades.

“O sea lo que había pasado en 2015, nos vino y no lo dijo en 2016 a partir de septiembre por escrito yo voy a dejar las comunicaciones ahorita también y empezó a decir que el precio que era costoso, bueno y arrancó de nuevo una problemática porque un el INVÍAS nos exigía que multáramos al contratista empezó, esto se fue recrudeciendo entre septiembre, octubre noviembre, diciembre se recrudeció el tema mediáticamente de nuevo y llegó el momento en el que el señores departamento o multa o multan al contratista.”²¹²

La versión de la testigo Orjuela, coincide con la del Ingeniero Walter Pautt, en tanto su concepto técnico recomendó no pavimentar antes de la saturación. Afirmó, como supervisor del Contrato por parte del Departamento, que:

²¹² Declaración de Claudia Orjuela, folios 30 y 31 del Cuaderno de Transcripciones.

“DR. QUINTERO: Nos habló también de la multa.

SR. PAUTT: Sí.

DR. QUINTERO: ¿Usted qué conocimiento tuvo, qué implicación tuvo, qué participación tuvo usted en el tema de la multa?

*SR. PAUTT: Yo tuve bastante conocimiento de eso porque la Secretaría de Infraestructura me llamó como perito sobre ese hecho y yo, creo que lo tengo por aquí. Bueno, la multa se genera por qué, otra vez con las consolidaciones, cada tramo tiene un período de consolidación de 3,4,6 y hasta 8 meses, ellos por programaba de obra ellos tenían que pavimentar en junio, julio algo así, se le pidió un concepto a los especialistas, Beyma Ingeniería a ellos estaban en consultoría también, y no aprobaron la pavimentación porque no estaban cumpliendo los asentamientos de la estructura y además no había llovido entonces con la lluvia ocupa los vacíos y también hay más consolidación, entonces se dice que en diciembre, que más o menos es en el 2016, que para diciembre se podía pavimentar entonces ya hay un atraso pero ya cómo hace pavimentar si no ponen con un concepto y en diciembre la interventoría da la orden de pavimentar los 2.9 kilómetros, ese es un factor”.*²¹³

Ello, sumado a las modificaciones puestas en conocimiento del interventor, que retrasaban la estructuración de pavimento hasta el mes de diciembre del 2016. Aún así, el testimonio del Ingeniero Carlos Andrés Casadiego, jefe de costos y presupuestos del **CONSORCIO RIBERA ESTE**, pone de presente que:

“DR. DURÁN: Dónde está ubicado?

SR. CARADIEGO: Es el documento BEA 1914733.

DR. DURÁN: Y el archivo dónde está?

SR. CARADIEGO: El archivo se encuentra dentro de los anexos del dictamen pericial.

DR. DURÁN: Anexo del dictamen pericial.

SR. CARADIEGO: Sí, en este tramo se verifica que precisamente el criterio principal para los asentamientos o la evaluación modelación por parte del especialista para determinar los asentamientos posibles esperados, era que el terreno se encontraba totalmente saturado, cuando hablo de saturación es que se encontrara sus oquedades llenas de agua o saturada completamente, esta condición no se pudo lograr en el 2016, ya

²¹³ Declaración de Walter Pautt, folio 96 del Cuaderno de Transcripciones.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

*que fue una temporada seca total y a la fecha en julio no se había
presentado esa condición.*

"Dentro de esa evaluación el geotecnista aclara que precisamente

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

*que fue una temporada seca total y a la fecha en julio no se había
presentado esa condición.*

que fue una temporada seca total y a la fecha en julio no se había presentado esa condición.

“Dentro de esa evaluación el geotecnista aclara que, precisamente que dentro del histograma de lluvias de la zona la mayor precipitación se iba a dar a partir de los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre del 2016 y se tenía proyectado en julio iniciar esa pavimentación por lo que ellos consideraron, que, dentro del concepto final que entrega debido a que, no se había presentado con anterioridad el proceso de saturación como se había contemplado en los diseños nuevos se debía esperar este periodo de lluvias intensas para que se garantizara ese proceso y poder así volver a evaluar y verificar si se habían cumplido esos asentamientos.

“Efectivamente esa comunicación se le remitió al Consorcio ICI, y el Consorcio ICI el 31 de agosto del 2016 mediante el comunicado INVÍAS 3795 2013 793 que se encuentra dentro de los documentos del peritasgo presenta la conclusión a ese estudio o concepto que presentamos con nuestro especialista y concluye, da una conclusión de que el memorando BEA 1914773 del 25 de agosto en geotecnia manifiesta: “Que no se han dado cumplimiento a las condiciones de saturación de los suelos con que fueron calculados los asentamientos, los diseños por tal motivo se solicita... del mes de diciembre del 2015” Es decir se reprogramó la actividad de pavimentación de julio que se tenía contemplada a diciembre cuando ya se hubiese pasado el periodo de mayor precipitación.

“Esto fue corroborado por la especialista por parte de la interventoría mediante memorando DIROF 482 donde precisamente hace la siguiente aclaración: “La interventoría recomienda que se acojan las apreciaciones realizadas en el memorando BEA 1914733 siempre y cuando las condiciones climáticas esperadas cumpla con los parámetros del diseño original como también se aprecia en la última comunicación especialmente cuando se refiere a las condiciones de saturación”

“Esto qué nos da, que los 2 especialistas concordaron en el mismo concepto que era mejor reprogramar las actividades de pavimento a diciembre del 2016 para poder certeza y garantizar que no presentaran asentamientos por el tema de precipitaciones, con ese concepto qué sucede, con ese concepto el Consorcio ICI el 09 de diciembre del 2016 solicita la Gobernación del Magdalena, una imposición de multa 09 de diciembre del 2016, solicita una imposición de multa debido al incumplimiento por parte del Consorcio Ribera Este en el Programa de Inversión No. 4 que es la Reprogramación No. 4 del 01 de mayo del 2016 donde se decía

que se iniciaba los pavimentos desde julio del 2016 y que a diciembre no se tenía ninguna ejecución de base, sub-base y carpeta asfáltica.

“Pues precisamente esto es contradictorio a los conceptos que emitieron los especialistas tanto del Consorcio como de la interventoría ya que era de conocimiento por parte de ellos incluso en la carta que les acabo de mencionar que no era posible realizar la intervención de instalación de pavimento ya que fue un concepto acordado por las partes para reprogramar esas actividades a diciembre del 2016.

“En ese orden de ideas también queremos, quiero mostrar aquí una carta por parte del Consorcio ICI, del 15 de diciembre del 2016, es decir el 09 de diciembre solicitan una imposición de multa a la Gobernación al Consorcio Ribera Este, pero el 15 de diciembre del 2016 posterior emiten este Concepto INVÍAS 3795 del 2013 del 996, donde dice: “Que se autoriza la colocación de la estructura de pavimento entre las abscisas 41 500 al 44 400 en 2900 metros en todo el ancho de la calzada previo a la relación de la no conformidad que se usó en terraplén y demás dando cumplimiento a la instalación de los elementos establecidos en los diseños”

“Esto qué evidencia, que ellos tenían conocimiento, de que dentro de los periodos de julio a noviembre no se podía realizar intervención del pavimento y que posterior a eso luego de la revisión de los informes de nuestra especialista de las consolidaciones posteriores al periodo de saturación, se identificó que ya era posible iniciar pavimentos en diciembre como lo proyectaron ellos en su concepto, es decir fue favorable la proyección de ellos ya que presentó asentamientos dentro de ese periodo y hubiese sido catastrófico hacer tramos de pavimentación ya que se hubiesen presentado asentamientos y deformaciones dentro de la estructura de pavimento y era pues totalmente irresponsable hacer esa intervención.

Por lo que el 15 de diciembre del 2016 nos dan la primera aprobación por parte del Consorcio ICI para iniciar estructura de pavimentos entonces pues no entendemos cómo se instaura una solicitud de multa el 09 de diciembre cuando ellos nunca nos habían dado una autorización para el inicio de la pavimentación y nos la dan posterior a la instauración de la multa el 15 diciembre”²¹⁴.

²¹⁴ Declaración de Carlos Andrés Casadiego folio 26 del cuaderno de transcripciones.

Llama igualmente la atención, en el testimonio del Ingeniero Vladimir Cardona, director de interventoría del Consorcio ICI, el interés que tendría INVIAS particularmente de mostrar resultados, al margen de si había realmente un incumplimiento imputable al contratista. Se destaca del mismo la afirmación, hecha en la exposición de su testimonio, donde señaló que:

“El INVIAS y la Gobernación solicitaban ya ver pavimentación, no se podía porque las obras de drenaje estaban muy pegadas una de las otras entonces no se podía llenar la vía de colcha de retazos, pavimentar 300 otros 300 allí, además como se habían terminado las coronas tarde por el tema de las obras de drenaje los periodos de consolidación apenas se estaban comenzando a medir y esos periodos en algunos casos duraba hasta 6, 8 meses entonces digamos que no se les estaba cumpliendo las expectativas sobre todo el INVIAS que era el que estaba muy afanado el que se vieran obras de pavimentación” (Subrayado fuera del texto).²¹⁵

La actuación de la Interventoría resulta en este punto contradictoria, puesto que a sabiendas de que el atraso del Contratista tenía un serio fundamento y que de actuar en otra forma hubiese podido afectar gravemente la obra, insistió en solicitar al Departamento que impusiera una multa al Contratista.

También resulta cuestionable la actuación del Departamento durante el proceso sancionatorio para imponer esa multa. Ello por cuanto de todo el acervo probatorio, las referencias hechas en las Resoluciones sobre la justificación del Contratista son mínimas y, en el caso de los testimonios, se descartan por el sólo hecho de contradecir el Informe de Interventoría y no tener, a su juicio, soporte documental suficiente. Máxime cuando, como ya se vio, el mismo Departamento no tuvo en cuenta el dictamen pericial hecho por el Ingeniero Walter Pautt.

Esta circunstancia quedó en evidencia en la Resolución No. 0822 del 11 de julio de 2017, donde se afirmó textualmente que:

“Se cumplió en su totalidad, dado que, en efecto, conforme se encuentran citados en el acta cada una de sus declaraciones, literalmente, y como consta en los audios, de ellos emitieron la información por las que fueron llamados y fueron interrogados respecto de las reprogramaciones y avales otorgados por la interventoría del Contrato No.617 de 2013.

No obstante, las declaraciones recibidas se contradicen con el informe de interventoría que obra en el expediente, en la medida en que, éste argumenta documentalmente que existe un atraso en el plan de inversiones del 1 de mayo de 2016. Así las cosas, a

²¹⁵ Declaración de Vladimir Cardona, pág. 16 del cuaderno de transcripciones.

*pesar de guardar el objeto el medio probatorio (la declaración de los testigos y su interrogatorio), estas manifestaciones no ratifican, el intento de contrariar el mencionado atraso en el plan de inversiones, por lo cual resultan insuficientes las declaraciones. Ello significa que los testimonios aquí escuchados, en aplicación de los principios de la sana crítica de éste servidor, no verifican la debida ejecución del plan de inversión, ni demuestran un avance significativo de la obra*²¹⁶.

No distingue el Departamento que los testimonios no tenían como objeto probar el cumplimiento de la obra, sino justificar con el incumplimiento con la causa extraña. Por este hecho, queda claro que no se quiso entrar en el debate de la justificación del atraso, sino que se buscaba únicamente acreditar el atraso para imponer la multa.

Observa el Tribunal que la conducta del Departamento durante la imposición de la multa fue tendiente a desmeritar todo aquello que contrariara lo dicho en el Informe de Interventoría, como si este mismo gozara de una suerte de presunción de veracidad y estuviese por encima del resto de elementos materiales probatorios.

Lo anterior al punto de llevar al Departamento a desestimar su propio dictamen pericial, rendido por el Ingeniero Walter Pautt. El Departamento señaló durante el proceso de imposición de la multa que:

“La razón principal por la que este despacho considera que tanto garantes, como contratista comparten con amplitud las aseveraciones del ingeniero Pautt, fulguran a la vista, en efecto, si se atiende al tenor literal del documento y de las conclusiones a que llega el mismo, no se puede considerar, bajo ninguna perspectiva la existencia de un incumplimiento.

*(...) Como es lógico suponer, el despacho, no puede proferir un acto administrativo en cualquier sentido, sobre la base de aquello que convenga más a una de las partes, máxime, cuando el comité posee serias dudas sobre la certeza y credibilidad de las conclusiones a las que arriba el Ingeniero WALTER PAUTT, no sólo por coincidir casi matemáticamente con las argumentaciones, que a lo largo de este proceso y en las diferentes diligencias han venido esbozando CONTRATISTA y GARANTE, sino por edificarse el planteamiento del ingeniero PAUTT, única y exclusivamente en su dicho, sin soporte documental adicional que le permita dotar de mayor rigor a su dictamen*²¹⁷.

²¹⁶ Resolución 0822 de 2017. Pág. 39

²¹⁷ Resolución 0822 de 2017. Pág. 23.

Observa el Tribunal que el Departamento motiva la valoración y credibilidad del dictamen del Ingeniero Pautt fundamentalmente por dos razones: la primera que al coincidir con las argumentaciones del contratista y el garante y; la segunda, por no tener ningún soporte documental y se fundamenta sólo en su dicho.

No se encuentra razón de porqué el Departamento excluye una prueba por el hecho de coincidir con lo que dice una de las partes, y la cual le resulta adversa en el proceso sancionatorio.

Lo anterior dirige al Tribunal a la conclusión de que en efecto hubo inconsistencias en la valoración probatoria, de modo que el Departamento no realizó un juicio objetivo del acervo probatorio para comprobar que el incumplimiento le fuera imputable al Contratista.

También vale destacar lo dicho por la Procuraduría, en tanto que “contrario a lo que adujo la interventoría en el informe que dio lugar al proceso de multa, dadas las condiciones de compactación de la sub base de la vía no era posible iniciar la Fase de construcción de la carpeta asfáltica antes de que se cumpliera el proceso anterior, lo que según el “dictamen” practicado en el trámite administrativo a iniciativa de las compañías que avalaron las obligaciones contractuales, suscrito por el ingeniero Walter Pau, solo podía cumplirse al mes de diciembre de 2017, criterio que coincide con el contenido en las declaraciones rendidas en el trámite administrativo de multa y en el judicial arbitral por los ingenieros Javier Díaz y Carlos Casadiego, que dada la condición (de) ingenieros corresponden a testimonios técnicos. (...) Esas pruebas examinadas en conjunto, conforme a las reglas de la sana crítica, no permitían considerar el incumplimiento decretado y los actos demandados adolecían de falsa motivación²¹⁸”.

Comparte el Tribunal el concepto del Procurador en lo concerniente a la falsa motivación del acto administrativo que impuso la multa. Ello por cuanto como bien señala el Ministerio Público que, de haber una correcta valoración probatoria en el procedimiento sancionatorio, el Departamento hubiera encontrado que el incumplimiento no le era imputable al Contratista y, por tanto, la multa era improcedente.

La acción de controversias contractuales, contenida en el artículo 141 de la ley 1437 de 2011, y la cual es el medio de control de la demanda objeto de este laudo, permite demandar la nulidad de los actos administrativos contractuales, en los términos de los artículos 137 y 138 del mismo cuerpo normativo.

El artículo 137 de la ley 1437 de 2011, establece que la nulidad procederá, entre otras, cuando los actos administrativos hayan sido expedidos mediante

²¹⁸ Concepto Procuraduría 10 Judicial II Administrativa. Consideraciones sobre el Tribunal de arbitramento del CONSORCIO RIBERA ESTE contra DEPARTAMENTO DE MAGDALENA. Pág. 25.

falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Resulta entonces pertinente referirse al desarrollo jurisprudencial de la falsa motivación y el desvío de poder como causales de nulidad de los actos administrativos.

Por una parte, la falsa motivación ha sido entendida por el Consejo de Estado de forma que: *“constituye una causal de nulidad autónoma que se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa²¹⁹”*.

Igualmente, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo estableció:

“Que, para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) o bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente²²⁰”.

En el caso en concreto, encuentra el Tribunal probado que si el Departamento hubiese hecho una correcta valoración de las pruebas allegadas al proceso sancionatorio, no se hubiera impuesto la multa al contratista. Por lo tanto, el acto administrativo que impuso la multa al contratista está viciado con falsa motivación.

Por otra parte, en lo que se relaciona con el llamado desvío o desviación de poder, alegado por el Convocante, en el derecho francés, donde se origina esta institución jurídica, éste consiste en la utilización por una entidad pública, de sus poderes, con fines diferentes a aquellos para los cuales tales poderes le han sido confiados.

En ese mismo sentido, esta técnica ha sido empleada por la jurisprudencia colombiana para ejercer el control de las finalidades de la potestad administrativa²²¹. Así, antes de la vigencia de la Ley 167 de 1.941 que en su artículo 66 autorizaba la anulación del acto administrativo por el “abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario respectivo”.

²¹⁹ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. C.P.: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Bogotá, D.C., 2 De Febrero De 2012.

²²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Bogotá D.C., 28 de noviembre de 2013.

²²¹ Rodríguez R. Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, 20^a. Ed. Temis, Bogotá, 2.017, p. 132.

Más tarde, ya bajo las normas del C.A.A. de 1.984, el Consejo de Estado continuó aplicando esta técnica de control haciendo énfasis en el carácter subjetivo, que implica necesariamente, según esa corporación, el análisis de la conducta y de la intención del funcionario en el momento de la expedición del acto administrativo^{222, 223}

La Corte Constitucional, por su parte, ha sostenido en su sentencia C-456/98, que *“el vicio de la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta, cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia. (...) El referido vicio, en concepto de Eduardo García de Enterría,- no sólo se presenta cuando se persigue un fin privado del titular de la competencia, sino en el evento en que “abstracción hecha de la conducta del agente, es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable deberían orientar la decisión administrativa”*”²²⁴

El Consejo de Estado ha clasificado el desvío de poder en los llamados vicios materiales, entendiendo que *“La peculiaridad de los vicios materiales, a diferencia de los vicios formales, se centra en que no surgen de la mera confrontación con el ordenamiento, sino que nacen de la comprobación de circunstancias de hecho, es decir, de los comportamientos concretos de la administración; por manera que la falsa motivación se traduce en aquel error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto y el desvío de poder, en la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario”*²²⁵.

Siendo así, encuentra demostrado el Tribunal que, durante el procedimiento de imposición de la multa, el Departamento afectó el debido proceso en la

²²² Ver. C.E. Sent. 3 de agosto de 1.988 Sec. 2ª. Exp. 1.672.

²²³ De acuerdo con el artículo 138 del CPACA, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho «La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo el artículo anterior». Y el inciso segundo del artículo 137 del CPACA determina que la nulidad procederá 230 LA DESVIACIÓN DEL PODER COMO LÍMITE A LA DISCRECIONALIDAD EN LA DECLARACIÓN DE INSUBSISTENCIA DE FUNCIONARIOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN PRECEDENTE 2017 VOL. 11 / JULIO-DICIEMBRE, 219-257. CALI – COLOMBIA cuando los actos administrativos «hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió»

²²⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-456 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 26 de septiembre de 2012. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

valoración de las pruebas aportadas por el Contratista, viciando de paso las Resoluciones que impusieron la multa con desviación de poder y falsa motivación.

Se evidenció en el proceso que la imposición de la multa, más que por un incumplimiento imputable al Contratista, obedeció a las directrices de INVIAS de sancionar para poder mostrar resultados, al margen de cualquier consideración subjetiva hacia el Contratista.

5.7.4.- LA IMPOSICIÓN DE LA MULTA FRENTE A LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.

Es de igual forma pertinente anotar que, desde antes de la ejecutoriedad de la multa, se modificó el objeto contractual. En efecto, el Otrosí No.6 del 25 de septiembre de 2017 ajustó el alcance y valor del Contrato de Obra 617 de 2013, excluyendo las variantes de Palermo y Sitio Nuevo, así como la pavimentación de 3 tramos²²⁶.

La modificación del Contrato no fue extraña, por lo menos parcialmente, al proceso de imposición de la multa. En la parte final de la Resolución 1705 del 26 de octubre 2017, se advierte que la entidad debe redefinir la multa en proporción con el nuevo valor del Contrato. No obstante, el Departamento no entra a estudiar si, con el nuevo alcance del Contrato, el Contratista había incumplido, sino que sostiene que al momento de la Resolución no ha habido cumplimiento de sus obligaciones.

La Resolución 1705 de 2017 dispone que:

“Así las cosas, en seguimiento de nuestra argumentación sobre la garantía del principio de proporcionalidad que debe gozar el contratista principio bastante argumentado en la resolución que impuso la multa, este comité se encuentra en la obligación de hacer el análisis de las nuevas condiciones contractuales en proporción con el nuevo alcance del Contrato y el valor del mismo, encontrando que debe entrar a modificar el valor de la multa impuesta en razón a que los parámetros de la misma han cambiado, sin embargo es preciso advertir que dentro del procedimiento no se ha llegado a demostrar el cumplimiento de las obligaciones contractuales del CONSORCIO RIBERA ESTE y que la cláusula Décimo Tercera sobre las multas, se mantuvo incólume pese a la modificación (Otrosí No.6).”²²⁷

Llama la atención del Tribunal que la Resolución 1705 de 2017 mantiene como sustento de la decisión el informe de la Interventoría, el cual fue hecho

²²⁶ Otrosí No. 6 al Contrato de Obra No. 617 de 2013. Contenido en el Cuaderno de Pruebas No. 1 a Folios 1 al 4. Ruta: 5358, Cuaderno de Pruebas No.1.

²²⁷ Resolución 1705 del 26 de octubre de 2017. Págs. 38 y 39

con base a un alcance contractual totalmente distinto al tiempo con el que se terminó imponiendo la multa.

Esta omisión es relevante, por cuanto al modificarse el alcance del Contrato en el Otrosí No.6, debió el Departamento revisar el estado de la obra, de modo que se pudiera determinar si con esas variaciones subsistía el incumplimiento del Contratista. Más no se hizo ningún análisis en este sentido, sino que se partió de una base probatoria que no tomaba en cuenta las nuevas condiciones del Contrato, sino únicamente acerca de su valor.

Por ello, al momento de dejar en firme la multa, el Departamento varía el *quantum* de la sanción en razón de la variación en el valor del Contrato, mas no observa si con tales modificaciones el Contratista había o no cumplido.

Por el contrario, sostuvo la entidad que no se probó el cumplimiento con el nuevo alcance contractual, cuando debió ser el Departamento quien, con las pruebas allegadas al proceso, hiciera por lo menos un análisis al respecto.

Esta circunstancia lleva al Tribunal a concluir que el Departamento no evaluó el presunto incumplimiento del Contratista, con una base probatoria que se ajustara a las condiciones del Contrato al momento de imponer la multa.

Esta situación, sumada a todo lo anterior, lleva al Tribunal a pensar que la imposición de la multa se hizo sin plenas garantías del derecho al debido proceso para el Contratista, viciando la decisión con desviación de poder la decisión por razones externas al incumplimiento del Contratista.

5.7.5.- LA PROCEDENCIA DE LA MULTA ANTE EL CUMPLIMIENTO SOBREVINIENTE DEL CONTRATISTA.

Las multas tienen el fin de apremiar al contratista para que cumpla con sus obligaciones contractuales. Con esta premisa, es pertinente hacer referencia a la suerte de las multas cuando, antes de quedar en firme, sobreviene el cumplimiento del contratista. La doctrina especializada²²⁸ ha entendido que si al momento de la imposición de la multa ya se hubiere corregido el incumplimiento, es decir, el contratista se adecuó al Contrato en lo concerniente a la prestación insatisfecha, no podría imponerse tal multa por expreso mandato legal.

Esto se fundamenta en la naturaleza misma de las multas en la contratación estatal, en tanto se trata de un apremio y no de una sanción. El Contratante no puede utilizar las multas como una especie de cláusula penal, puesto que se trata de una figura totalmente distinta. La multa no se puede entender como un mecanismo para resarcir a la Entidad por los perjuicios causados por el incumplimiento, ni tampoco como un castigo para el Contratista incumplido total, parcial o defectuosamente.

²²⁸ Luis Guillermo Dávila Vinuesa. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Pág. 686. Ed., Legis (2016).

Este Tribunal sostiene que, si antes de quedar en firme la multa, el Contratista supera el incumplimiento de la cual ésta es objeto, no se puede aceptar la subsistencia de la multa. Ello por cuanto no se puede apremiar al Contratista para que haga algo que ya hizo.

Si se sostiene la multa ante el cumplimiento sobreviniente del Contratista, ésta degeneraría en una sanción por el incumplimiento y dejaría de ser un mecanismo de impulso de ejecución del Contrato. Por ello, la Entidad tiene la obligación de evaluar si el Contratista ha cumplido o no antes de dejar en firme la multa.

5.7.6.- DECLARATORIA DE NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS POR LOS TRIBUNALES DE ARBITRAJE.

Es pertinente, en este punto, hacer referencia a la competencia que tiene este Tribunal para declarar la nulidad de actos administrativos que le imponen multas al Contratista. Así, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido la competencia de la jurisdicción arbitral para pronunciarse sobre la cuestión de los actos administrativos expedidos en desarrollo de los “poderes excepcionales de la administración”.

Así, se dijo: *“la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos actos administrativos –cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros– son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir: a) interpretación unilateral del Contrato; b) modificación unilateral del Contrato; c) terminación unilateral del Contrato; d) sometimiento a las leyes nacionales; e) caducidad y f) reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión...”*²²⁹

En este sentido, el fallo precisa el alcance de la Sentencia C-1436 de 2000, en el sentido de que la restricción no opera en torno de las multas.

Bien al contrario, la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de que los árbitros se pronuncien sobre los actos administrativos que imponen multas. En efecto, el Consejo de Estado sostiene que “[...] si bien los “poderes excepcionales” con los cuales cuenta la administración pública en desarrollo de la relación contractual comprenden no sólo el ámbito del ejercicio de las denominadas cláusulas excepcionales al derecho común, sino que abarcan “...la totalidad de facultades, atribuciones o competencias que autorizan a las entidades estatales contratantes –en la esfera de los Contratos de derecho

²²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 10 de junio de 2009. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

público- para adoptar decisiones unilaterales que resultan vinculantes para los particulares contratistas (sic) quienes no se encuentran en un plano de igualdad sino de subordinación jurídica respecto de su contratante la Administración Pública...” , lo cierto es que los únicos actos administrativos cuyo control se encuentra excluido de la competencia arbitral son, en vigencia de la Ley 80 de 1993, aquellos dictados en ejercicio de las potestades consagradas exclusivamente por el artículo 14 (en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 eran los señalados en el artículo 76), pues así lo entendió la Corte Constitucional al pronunciar la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, de modo que los demás actos administrativos proferidos en desarrollo de la relación contractual no se hallan excluidos de la competencia arbitral, verbigratia, los que imponen multas (...)²³⁰

De este modo, y de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, este Tribunal es competente para pronunciarse sobre la legalidad de las Resoluciones 0822 de 2017 y 1705 de 2017 del Departamento de Magdalena.

5.7.7.- DECLARATORIA DE NULIDAD DE LA MULTA Y CONDENA DE SU REINTEGRO.

En mérito de lo expuesto, procede el tribunal a la pretensión UNDÉCIMA DECLARATIVA de la demanda, declarando la nulidad de las Resoluciones No. 0822 de 11 de julio de 2017, 1705 del 26 de octubre de 2017 y 0176 del 21 de febrero de 2018, que impusieron la multa por desviación de poder y falsa motivación y, en consecuencia, ACCEDER a la pretensión QUINTA CONDENATORIA, ORDENANDO al **DEPARTAMENTO DEL MAGADALENA** a que restituya al **CONSORCIO RIBERA ESTE** el valor de **NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$982.473.320.00)**.

Advierte el Tribunal que la restitución está condicionada en tanto el Contratista haya cancelado el valor correspondiente de la multa, y de ser así, ésta se deberá devolver debidamente indexada. En caso contrario, si el Contratista no ha pagado la multa al Departamento, no está obligado a restitución alguna.

5.8.- PRETENSIÓN DECLARATIVA DÉCIMO TERCERA

Esta pretensión es del siguiente tenor:

"DECIMOTERCERA. Que se declare que el Contrato de Obra 617 de 2013 es de precios unitarios fijos y, por consiguiente, las mayores cantidades se deben pagar de acuerdo con el valor

²³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 22 de julio de 2015. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

contractualmente definido, específicamente las mayores cantidades por el ítem de transporte, y así mismo se deben pagar conforme las distancias recorridas entre la fuente de material y el sitio de disposición para uso del mismo".

Es manifiesto que el problema jurídico que subyace de este *petitum* es: ¿La modalidad de pago estipulada en el Contrato de obra pública 617 de 2013 fue la de precios unitarios?

Para resolver esta interrogante, el Tribunal precisa que debe acudirse al texto mismo del Contrato de obra pública 617 de 2013, así como a los Pliegos de Condiciones definitivos de la Licitación Pública No LP-DM-07-2012.

Bajo este entendido, los artículos primero y quinto del Contrato de obra pública 617 de 2013 son del siguiente tenor:

"CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO. El CONTRATISTA, de manera independiente, es decir, sin que exista subordinación jurídica, se obliga a ejecutar para el DEPARTAMENTO el MEJORAMIENTO DE LA VÍA PALERMO-SITIONUEVO-REMOLINO-GUAIMARO, EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, cuyas cantidades de obra y precios unitarios se encuentran en cuadro inserto a este Contrato en la cláusula QUINTA"²³¹.

"CLÁUSULA QUINTA: valor del Contrato: Para todos los efectos legales y fiscales las partes han fijado el valor del presente Contrato en la suma de CUATROCIENTOS TREINTA Y DOS MIL DIEZ MILLONES CIENTO SETENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON 42 CVS (432.010.178.757,42), incluido A.I.U., que corresponde a la obra a ejecutar, según el siguiente cuadro de ítems y cantidades"²³².

Se anota que en esta cláusula quinta, efectivamente, hay un "cuadro de ítems y cantidades", que incluye 72 ítems identificados y determinados con cantidades y precios unitarios.

En cuanto a los Pliegos de Condiciones definitivos de la Licitación Pública No LP-DM-07-2012, en el punto relativo a la "Evaluación de la oferta Económica"

²³¹ El Contrato de Obra Pública No. 617 obra a folios 21-31 y 290-299 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Además, también se encuentra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocada en su Contestación a la Reforma de la Demanda, cd que obra a folio 266 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: CD anexos contestación reforma demanda/3. Contrato 617 de 2013/Contrato 617 de 2013.

²³² El Contrato de Obra Pública No. 617 obra a folios 21-31 y 290-299 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Además, también se encuentra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocada en su Contestación a la Reforma de la Demanda, cd que obra a folio 266 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Para acceder al documento: CD anexos contestación reforma demanda/3. Contrato 617 de 2013/Contrato 617 de 2013.

se señala sobre el documento de Análisis de Precios Unitarios, que debe acompañar a la propuesta, lo siguiente:

“Los proponentes deberán presentar los análisis de precios unitarios. Los precios unitarios comprenden todos los costos, por concepto de equipo, mano de obra y materiales solicitados, necesarios para la realización de la obra y su entrega a entera satisfacción de EL CONTRATANTE a través de la INTERVENTORIA”²³³.

Asimismo, en el punto 8.21 de los Pliegos de Condiciones definitivos de la Licitación Pública No LP-DM-07-2012, se hace referencia a la modalidad de pago del Contrato en los siguientes términos:

“Los ingenieros residentes del contratista y de la Interventoría deberán elaborar el acta mensual dentro de los cinco (5) días calendario del mes siguiente al de ejecución de las obras. El valor básico del acta será la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutada por los precios unitarios estipulados en el Formulario de la propuesta del contratista o por los precios acordados para los nuevos ítem que resulten durante el desarrollo del Contrato”²³⁴.

De lo anterior se desprende que las cantidades de obra que se ejecuten deben ser canceladas de acuerdo con los precios unitarios que se hayan pactado y por consiguiente las mayores cantidades de obra ejecutadas corren la misma suerte, entre las cuales se encuentra el ítem de transporte.

De otro lado, con relación al punto específico de esta pretensión que hace alusión que las cantidades de transporte, estas deben pagarse efectivamente de acuerdo a lo pactado, para el caso que nos ocupa, desde la fuente de material hasta el centro de gravedad de la obra, tomando como referencia las distancias acreditadas.

En conclusión, se accede a esta pretensión y se declara por parte del Tribunal que el Contrato de obra No. 617 de 2013, se pactó bajo la modalidad de precios unitarios y, por consiguiente, las mayores cantidades de obra contratadas y ejecutadas deben pagarse de acuerdo a los valores contractualmente pactados

²³³ Pliegos de condiciones definitivos, p 58. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Demanda inicial. El cd obra a folio 4 del Cuaderno de Pruebas No. 1. Para acceder al documento: Disc/PCD_PROCESO_12-1-86265_247000001_7380350 (Pliegos de condiciones definitivos).

²³⁴ Pliegos de condiciones definitivos, p. 98. Obra dentro de los archivos digitalizados en el cd de pruebas aportado por la parte Convocante en la Demanda inicial. El cd obra a folio 4 del Cuaderno de Pruebas No. 1. Para acceder al documento: Disc/PCD_PROCESO_12-1-86265_247000001_7380350 (Pliegos de condiciones definitivos).

para cada ítem, entre el que se encuentra incluido el ítem de transporte, y se debe pagar conforme a las distancias recorridas desde la fuente de material hasta el centro de gravedad de la obra, tomando como referencia las distancias acreditadas.

5.9.- PRETENSIÓN DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

Solicita el Convocante que se condene al **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** a pagar la suma que resulte probada en el proceso -en la modalidad de daño emergente- por concepto de obligaciones tributarias que en virtud del Contrato de obra 619 de 2013 ha tenido que sufragar el **CONSORCIO RIBERA ESTE**.

No encuentra el Tribunal mención alguna hecha por el Convocante sobre el objeto ni el *quantum* de esta pretensión, diferente al 16% de IVA del valor de los Estudios Nuevos que solicitaba que fueran reconocidos²³⁵.

La parte Convocada, por su parte, estima “la inviabilidad de la pretensión sexta de condena e la reforma de la demanda, habida cuenta de su vaguedad y de la falta de pruebas, ya sea documentales, periciales o testimoniales que den cuenta a qué se refiere el Convocante con la expresión obligaciones tributarias”²³⁶.

5.9.1.- RECONOCIMIENTO DEL IVA FRENTE A LOS ESTUDIOS PREVIOS

Este Tribunal ha encontrado improcedentes las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de los Estudios Nuevos que tuvo que realizar el Contratista. Por ende, son su carga todos los gastos en los que tuvo que incurrir, con base en el razonamiento expuesto en el acápite de este Laudo referido a ese tema.

En consecuencia, el IVA que pagó el Contratista con ocasión de la elaboración de esos estudios, debe ser asumido por él como parte de sus obligaciones tributarias. Lo anterior conlleva a que el 16% de IVA por la elaboración de los Estudios Nuevos, que fue la única mención que hace el Convocante sobre obligaciones tributarias, no pueda ser reconocida. Más aún cuando no se hace ningún tipo de argumentación ni referencia probatoria acerca de por qué debería el Departamento asumir este porcentaje.

5.9.2.-AUSENCIA DE PRUEBAS ALLEGADAS SOBRE LA PRETENSIÓN

Advierte el Tribunal que no obra en el expediente ningún medio de prueba que le permita determinar con claridad a que se refiere la pretensión. Son muchas las obligaciones de carácter tributario que adquieren las partes de un Contrato estatal, y su cumplimiento obedece a normas de orden público que no se pueden obviar.

²³⁵ Alegatos de Conclusión Consorcio RIBERA ESTE. Pág. 106.

²³⁶ Alegatos de Conclusión del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA. Pág. 86.

No acredita el Contratista las razones de hecho y derecho que permitan llevar al Tribunal a ordenar al Departamento el pago, la devolución o el reconocimiento de obligaciones tributarias, ni mucho menos la cuantía por la cual se deba condenar a la Convocada.

La ausencia de una argumentación fundada en medios de prueba que justifique que tales obligaciones deban ser asumidas por el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, coloca al Tribunal en la imposibilidad de condenar su pago.

5.9.3.-IMPROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN

Por todo lo anterior, el Tribunal encuentra IMPROCEDENTE la pretensión SEXTA DE CONDENA, concerniente al pago por parte del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** al **CONSORCIO RIBERA ESTE**, por concepto de obligaciones tributarias.

6.- JURAMENTO ESTIMATORIO

De acuerdo con lo establecido en el artículo 206 del Código General del Proceso, existen dos tipos de sanciones relacionadas con el juramento estimatorio, a saber:

La primera, tienen su origen en la insuficiencia de prueba del monto reclamado respecto de la suma indicada en el juramento estimatorio, de tal suerte que cuando el demandante en el proceso prueba menos del 50% de la suma estimada, debe pagar, a título de sanción, el 10% de la diferencia. Esta sanción, como se observa, se le aplica al demandante que exageró la suma incorporada en el juramento estimatorio y en el proceso no pudo probar siquiera el 50% de lo reclamado.

La segunda, tiene su origen en el hecho de que las pretensiones del demandante sean denegadas por no haberse probado la existencia del perjuicio, evento en el cual el demandante debe pagar como sanción el 5% del valor de las pretensiones denegadas por ausencia de prueba del perjuicio reclamado.

Hoy es verdad averiguada que las anteriores sanciones no operan de manera automática y objetiva, de manera que el juez, en cada caso concreto, debe valorar la conducta procesal del demandante a efectos de verificar si ha obrado con temeridad, mala fe, negligencia o descuido en el trámite del proceso.

De acuerdo con los lineamientos establecidos en la Sentencia C-157 de 2013 de la Corte Constitucional, la aplicación de la sanción debe estar precedida de la verificación de una conducta temeraria y contraria a los mandatos y postulados de la buena fe procesal.

En el presente caso, el Tribunal no observa que la parte Convocante haya obrado con temeridad o que en el desarrollo del proceso haya asumido una conducta descuidada y poco diligente en procura de que sus pretensiones alcanzaran éxito; por el contrario, tanto la Convocante como la Convocada observaron una conducta procesal diligente, circunstancia que excluye la temeridad exigida para la aplicación de las referidas sanciones, motivo por el cual el Tribunal se abstendrá de imponerlas.

7.- COSTAS

De conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso, *“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso”*. Como complemento de dicha regla, el numeral 5° de la misma disposición establece que *“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”*.

En el presente caso, las pretensiones incorporadas en la demanda arbitral en su versión reformada alcanzaron prosperidad parcial, toda vez que, como se ha expuesto con amplitud en la parte motiva, algunas de las pretensiones declarativas se declararán probadas y se impondrá al **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** una condena parcial en razón de la prosperidad parcial de las reclamaciones formuladas.

Desde la anterior perspectiva, le correspondería al Tribunal, en aplicación de las citadas reglas procesales, imponer una condena parcial de costas a favor del **CONSORCIO RIBERA ESTE** y en contra del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**; sin embargo, como quiera que algunas de las pretensiones fueron desistidas en el curso del proceso por el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, desistimiento que igualmente genera condena en costas por así disponerlo el artículo 316 del Código General del Proceso, el Tribunal encuentra razonable y ajustado a la realidad de este proceso, que no exista condena en costas, toda vez que, se insiste, a pesar de que algunas pretensiones alcanzaron prosperidad, otras fueron desistidas, por lo que es aplicable aquella regla ya analizada, según la cual, en casos como el presente el Juez puede abstenerse de imponer la condena en costas.

CAPÍTULO CUARTO

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones precedentes, el Tribunal de Arbitraje constituido para resolver las controversias contractuales entre el **CONSORCIO RIBERA ESTE**, como parte Convocante, y el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, como parte Convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y por habilitación

expresa de las partes, vertida en el pacto arbitral, con el voto mayoritario de todos sus integrantes,

RESUELVE

PRIMERO: ACCEDER a la pretensión primera declarativa de la demanda en su versión reformada y, en tal virtud, declarar que el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, violó el principio de planeación, en lo relacionado con los estudios previos definitivos del Contrato de Obra No. 617 de 2013, de conformidad con las consideraciones incorporadas en la parte motiva de este Laudo y en los precisos términos allí expuestos.

SEGUNDO: DENEGAR, por las razones incorporadas en la parte considerativa de este Laudo, la pretensión segunda declarativa de la demanda arbitral reformada.

TERCERO: DENEGAR la pretensión declarativa tercera de la demanda arbitral reformada, conforme a las motivaciones expuestas en este Laudo.

CUARTO: ACCEDER a la pretensión séptima declarativa y, en consecuencia, DECLARAR el incumplimiento parcial del Contrato de obra pública No. 617 de 2013, por parte del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, en cuanto al reconocimiento y pago del ítem de transporte de material fluvial, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de este Laudo.

QUINTO: DENEGAR, por las razones incorporadas en la parte considerativa de este Laudo, la pretensión octava declarativa de la demanda arbitral en su versión reformada.

SEXTO: ACCEDER PARCIALMENTE a la pretensión novena declarativa y, en consecuencia, declarar el incumplimiento del **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** relativo al pago a favor del **CONSORCIO RIBERA ESTE** por el material del terraplén seleccionado que se adicionó para compensar los efectos de la consolidación, sobre la corona del terraplén, y que fueron necesarios para poder colocar la estructura de pavimento. Respecto de las demás súplicas que componen esta pretensión que no fueron desistidas, el Tribunal las niega.

SÉPTIMO: DENEGAR, por las razones incorporadas en la parte considerativa de este Laudo, la pretensión décima declarativa de la demanda arbitral en su versión reformada.

OCTAVO: ACCEDER a la pretensión undécima declarativa contenida en la reforma de la demanda arbitral y, en tal virtud, declarar la nulidad de las Resoluciones No. 0822 del 11 de julio de 2017, No.1705 del 26 de octubre de 2017 y No. 0176 del 21 de febrero de 2018, de conformidad con las precisas consideraciones incorporadas en la parte motiva de este Laudo.

NOVENO: DENEGAR, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este Laudo Arbitral, la pretensión duodécima declarativa, de la demanda arbitral reformada.

DÉCIMO: ACCEDER a la pretensión décimo tercera declarativa contenida en la reforma de la demanda arbitral y, en tal virtud, declarar que el Contrato de Obra No. 617 de 2013, se pactó bajo la modalidad de precios unitarios y, por consiguiente, las mayores cantidades de obra contratadas y ejecutadas deben pagarse de acuerdo a los valores contractualmente pactados para cada ítem, entre el que se encuentra incluido el ítem de transporte, que se debe pagar conforme a las distancias recorridas desde la fuente de material hasta el centro de gravedad de la obra, tomando como referencia las distancias acreditadas.

DÉCIMO PRIMERO: DENEGAR, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este Laudo Arbitral, la pretensión primera de condena y su subsidiaria, de la demanda arbitral reformada.

DUODÉCIMO: ACCEDER PARCIALMENTE a la pretensión segunda de condena y, en consecuencia, **CONDENAR** al **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** a pagar en favor del **CONSORCIO RIBERA ESTE** la suma de **TRES MIL SETECIENTOS CUARENTA MILLONES SETECIENTOS DIECISIETE MIL DOSCIENTOS OCHO PESOS CON TREINTA CENTAVOS (\$3.740.717.208,30)**, por concepto de indemnización de perjuicios causados por el incumplimiento parcial del Contrato de obra pública 617 de 2013.

Esta suma deberá ser descontada de lo pagado en exceso al **CONSORCIO RIBERA ESTE**, por concepto de transporte terrestre de material, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de este Laudo, esto es, deberá descontarse de la suma de **CUATRO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO PESOS CON CINCO CENTAVOS (4.793.739.925,05)**.

DÉCIMO TERCERO: DENEGAR, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este Laudo Arbitral, la pretensión tercera de condena, de la demanda arbitral reformada.

DÉCIMO CUARTO: DENEGAR, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este Laudo Arbitral, la pretensión cuarta de condena, de la demanda arbitral reformada.

DÉCIMO QUINTO: ACCEDER a la pretensión quinta de condena contenida en la reforma de la demanda arbitral y, en tal virtud, **CONDENAR** al **DEPARTAMENTO DEL MAGADALENA** a la restitución o devolución a favor del **CONSORCIO RIBERA ESTE** del valor de la multa impuesta, esto es, la suma de **NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$982.473.320.00)**, siempre y cuando el importe de dicha multa haya sido

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

pagado por la parte Convocante, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de este Laudo.

DÉCIMO SEXTO: DENEGAR, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este Laudo Arbitral, la pretensión sexta de condena de la demanda arbitral reformada.

DÉCIMO SÉPTIMO: Sin condena en costas.

DÉCIMO OCTAVO: Informar sobre la expedición de este Laudo la Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Por secretaría se les remitirá copia de esta providencia.

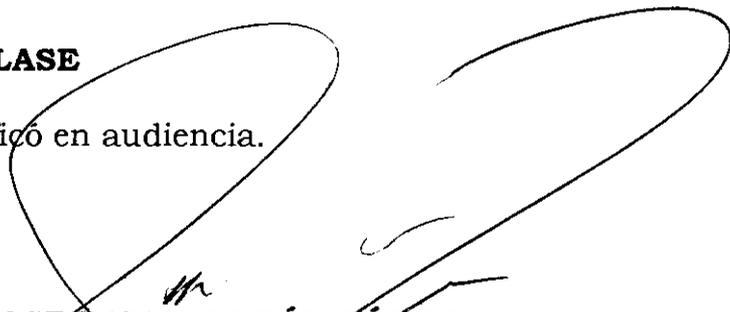
DÉCIMO NOVENO: Expedir copia auténtica de este Laudo Arbitral con destino a las partes y al Ministerio Público con las anotaciones y constancias de caso.

UNDÉCIMO: Ejecutoriado este Laudo, se procederá a la rendición final de cuentas y se devolverá a las partes el remanente no utilizado de la suma correspondiente a "otros gastos", en caso de haberlo.

UNDÉCIMO PRIMERO: Declarar causado el 50% restante de los honorarios de los Árbitros y el Secretario.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia se notificó en audiencia.


JOSE PABLO DURÁN GÓMEZ
Árbitro Presidente


LUIS ENRIQUE BERROCAL GUERRERO
Árbitro

Con salvamento parcial de voto

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
Árbitro


HENRY SANABRIA SANTOS
Secretario

**SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO DEL ARBITRO
LUIS ENRIQUE BERROCAL GUERRERO**

Bogotá D.C., once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Con todo el respeto y la consideración que me merecen los honorables colegas integrantes de este Tribunal, manifiesto que me aparto de lo decidido en el Laudo del mismo en cuanto negó **la primera pretensión de condena concerniente al pago del material de terraplén seleccionado, que se adicionó para compensar los efectos de la consolidación sobre la corona del terraplén** (ordinal DECIMO PRIMERO de la parte resolutive), por las siguientes razones.

Tal decisión resulta notoriamente contradictoria con las diáfanas e inequívocas consideraciones y conclusiones del Laudo sobre la veracidad y magnitud del material adicionado al terraplén, para compensar las consolidaciones del suelo de fundación del mismo, y de las respectivas mayores cantidades de obras realizadas para el efecto, correspondientes a los ítems 2, 3 y 5 del Contrato.

Así es como el Tribunal, a partir de un detenido e hilvanado examen de la situación procesal pertinente, es categórico en afirmar que **“todo indica que la consolidación se dio en niveles que promediaron los 20 centímetros y por consiguiente se puede inferir que la cantidad de material seleccionado que se tuvo que adicionar para alcanzar la corona final del terraplén aprobada o aceptada por la Interventoría, no pudo ser otra que la necesaria para compensar ese promedio de hundimiento del suelo de fundación del terraplén.”**

Inferencia que complementa con el dicho coincidente de varios testigos, entre ellos el de quien justamente tuvo a cargo la Dirección de la Interventoría del Contrato, al acotar que **“Al punto sirve traer la declaración del Ingeniero CARDONA en los siguientes apartes:**

DR. QUINTERO: Para este proyecto cuánto se tenía estimado en consolidación?

SR. CARDONA: Según los últimos diseños se han pagado, se tenían estimado como un promedio de 25 centímetros.

DR. QUINTERO: Perdón, desde el comienzo cuánto se tenía, inicialmente en los diseños iniciales?

SR. CARDONA: No, no recuerdo exactamente los diseños originales pero los diseños ajustados sí tenían un promedio que iba dentro de 15-20 centímetros más o menos.” (Pág. 40 de la transcripción de su declaración)

Para seguidamente reiterar que **“De esta forma cabe dar por cierto que la consolidación se dio en un promedio de 20 centímetros a lo largo y ancho de la base del terraplén de la vía Palermo-Sitionuevo, y que de suyo el Contratista agregó una cantidad de material en su construcción para compensarla, puesto que es sabido que el terraplén alcanzó finalmente la corona prevista en los nuevos diseños y fue aprobada por la Interventoría.”**

Por otra parte y habiendo encontrada evidenciada la mayor cantidad de material en cuestión y en virtud de los artículos 220.6 y 220.7 de las Especificaciones Generales adoptadas por el INVIAS, **“el Tribunal concluye que se deben reconocer y pagar al Contratista las mayores cantidades de obras realizadas en razón de esa mayor cantidad material adicionada al terraplén.”**, tras haber precisado que *“las mayores cantidades de obra que se reclaman corresponden a ítems contenidos en el Contrato y por lo mismo la controversia sobre su pago se debe resolver a la luz del Contrato y de las normas legales que rigen los Contratos, con la orientación o el auxilio de las Especificaciones Generales adoptadas por el INVIAS para la Construcción de carreteras, que aquí hemos venido invocando”*.

De allí que en el Laudo se haya accedido a la pretensión de declarar el incumplimiento del Contrato bajo la consideración de que *“Se trata de ítems previstos en el Contrato, sus precios, como los de todo el Contrato y lo señalan las Especificaciones Generales del INVIAS, son a precio unitario. No sobra decir que por lo mismo son inherentes a la construcción de la obra, y como el Contrato prevé la posibilidad de variación en las cantidades de obras, como es apenas lógico en la construcción de las mismas, es legal y justo que la carga financiera la asuma la parte Contratante.*

*Al no haberse dado el pago de esas mayores cantidades de obra aquí precisadas, es evidente que hubo incumplimiento del Contrato de Obra No. 617 de 2013, suscrito entre el **DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA** y el **CONSORCIO RIBERA ESTE**, de donde el Tribunal accederá a la pretensión de la Convocante en ese sentido, como en efecto lo hará en la parte resolutive de este laudo.”*

En esas circunstancias encuentro que le asiste toda la razón a la parte Convocante, para reclamar la condena por esas mayores cantidades de obra y para que su pago se haga sobre la fórmula aritmética que expone, la cual se retoma en el Laudo así:

El anterior valor requiere partir de la fórmula geométrica básica que establece las medidas de volumen como el resultado de multiplicar el largo por el alto por el ancho. Así, tendíamos que el número de metros de largo de la obra fueron quince mil novecientos metros (15.929,00 mts); el ancho fue catorce punto siete metros (14,70 mts); y el alto o espesor estaría determinado por la consolidación de veinte centímetros equivalente a cero punto dos metros (0,20 mts). Por tanto, el volumen de la consolidación sería igual a $15.929 \times 14,70 \times 0,20 =$ cuarenta y seis mil ochocientos treinta y uno metros cúbicos (46.831,00 M3)”.

En el Laudo se descarta como parámetro de medida del referido material, el promedio aritmético de 0.20 mt de la consolidación en cemento, pese a haberlo encontrado como cierto, bajo el argumento de que *“si se aplicara la fórmula aritmética propuesta por el Convocante, usando el promedio de 20 centímetros de asentamiento, que se desprende de las pruebas testimoniales que constan en el plenario, podría arrojar un resultado distorsionado, ya sea a favor o en contra del contratista.”*

Al punto de justificar tal consideración, agrega que *“Para entender lo anterior, a manera de ejemplo, el Tribunal trae a colación el siguiente caso hipotético: en una vía de 100 kilómetros se hacen tres mediciones de asentamiento, la primera*

medida de asentamiento fue de 70 cm; la segunda de 20 cm y la tercera de 10 cm, el promedio aritmético correspondiente es de 33,333 cm ($70+20+10=100/3=33,333$), pero si en este ejemplo los 70 cm de asentamiento corresponden a un tramo de 15 kilómetros, el de 20 cm a un tramo de 30 kilómetros y el de 10 cm a uno de 55 kilómetros, el promedio ponderado corresponde a 41 cm ($15\text{ km} \times 70\text{ cm} + 30\text{ km} \times 30\text{ cm} + 55\text{ km} \times 20\text{ cm} / 100 = 1050 + 900 + 1100 / 1000 = 41$). Así, se puede apreciar que el tramo de 15 kilómetros distorsiona por mucho el resultado e, indudablemente, comportaría a que se reconozca una cantidad de material muy superior a la realmente instalada.”

Que “Por lo anterior, es indispensable saber con precisión la consolidación respecto de cada uno de los tramos geológicos del proyecto, ya que el asentamiento del material no ocurre uniformemente, sino que depende de la dureza o fragilidad de cada segmento del terreno objeto de la obra.”

Que “Bajo este entendido, es palmaria la necesidad de una contar con una medición técnica del asentamiento del terraplén, a lo largo del terreno de la obra. Sin embargo, dicha prueba no obra en el sub lite.” (...)

Al respecto, cabe preguntar, qué es precisión para este caso. Es a caso un valor absoluto, único, inequívoco, o es relativo, graduable.

Si fuera un valor absoluto, dónde está señalado y cuál es el método para llegar a ese absoluto.Cuál es la medición técnica que da esa precisión total.

¿Está demostrado en el proceso que las mediciones que dieron lugar al promedio en cuestión, y que efectivamente se hicieron, a fe dada por el Ingeniero Interventor, no eran técnicas, no eran las aplicables para ese efecto?.

Sin necesidad de entrar en consideraciones físicas sobre la exactitud, en cuyo estado de la ciencia se descartan los absolutos, de donde una de sus leyes es la incertidumbre, la relatividad, baste con decir que no hay norma alguna, y menos en las Especificaciones Generales del INVIAS aplicadas en el *sublite* que prohíba o impida la aplicación de un promedio aritmético de las varias mediciones que se hagan en un evento de consolidación del suelo fundacional de un terraplén en construcción.

Como tampoco hay norma en esas Disposiciones que señalen un específico índice o valor para determinar el volumen del material que se aplique para compensar esa consolidación, o un específico grado de exactitud.

Sólo señalan que esa medición tiene que ser en metros cúbicos, y qué es lo que debe excluirse en la misma.

Además del contar con ese promedio como dato cierto y aceptado pacíficamente por los declarantes y no desvirtuado, y ni siquiera controvertido, por la Convocada, se cuenta también con los indicadores de medición y pago de cada ítem fijados en el contrato, así como las medidas del ancho y del largo del terraplén, todo lo cual es lo necesario y suficiente para calcular el daño causado a la Convocada y proceder a la condena de su pago.

De suerte que la decisión de no atender el promedio de consolidación acreditado en el proceso, bajo un criterio abstracto, indeterminado e

indefinido, sin respaldo objetivo alguno, resulta ajeno a la realidad procesal en todos sus ámbitos (probatorio, normativo y técnico), y contrario al cometido y función de la administración de justicia, más cuando esta causa se debe conocer y decidir, entr otros, bajo el principio *iura novit curia*, que el Tribunal justamente invoca, y sobre el cual trajo a colación un pronunciamiento del Consejo de Estado, expresado en la sentencia del 31 de mayo de 2016, exp: 42.503, en el sentido de que “*el Juez del Contrato debe evitar fallos inhibitorios, interpretando la demanda, estableciendo la materia del litigio, con prescindencia de la forma*”²³⁷.

Aquí retomo el Laudo en cuanto se destaca que “*Bien se aprecia que en virtud del principio iura novit curia el juez del Contrato debe **ponderar** el derecho sustancial y resolver de fondo en asunto objeto de disputa*”²³⁸, aun cuando hayan falencias procedimentales, que, desde luego, no tengan trascendencia con la validez de los actos surtidos dentro del proceso.”

En ese orden, se llega a un concepto que justamente es incompatible con lo absoluto, cual es el de la ponderación, esto es, el de balancear, sopesar, a fin de encontrar el punto medio, el equilibrio, el punto justo, lo razonable, lo proporcional, es decir, hacer uso de la Razonabilidad, que por cierto se aplica en el Laudo para decidir sobre la condena en costas.

Sobre los hechos probados el Juez debe dar o declarar el derecho que corresponda (El contrato y las normas del INVÍAS), es el imperativo de dicho principio, y en este caso es un hecho probado que se adicionó una cantidad de material para compensar o reponer 20 centímetros en promedio de todo lo terraplén de la vía en construcción (PALERMO-SITIONUEVO), luego por simple lógica matemática, esa cantidad de material no puede ser menos que la equivalente a una capa de terraplén de 20 centímetros de espesor (E), con el ancho de su base (A) y con su longitud (L), de suerte que siendo X dicha cantidad, la misma corresponde a:

$$X = E \times A \times L$$

Tales valores se pueden tomar al nivel de desarrollo de la obra correspondiente al Acta de Recibo Parcial de Obra número 35, con base en los diseños respectivos, a saber: E = 0.20 mts; A=14.70mts y L= 15.920²³⁹ mts. de donde

$$X = 0.20 \times 14.70 \times 15.920 = 46.831 \text{ M3}$$

²³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 31 de mayo de 2016, exp: 42.503.

²³⁸ “*Por lo anterior, el juez del Contrato en aplicación del principio iura novit curia debe restablecer las condiciones económicas en que debió ejecutarse el Contrato y ser mucho más exigente cuando ha sido la administración la que se ha beneficiado de las condiciones en las que se ejecutó en forma efectiva el Contrato*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 1999, exp: 11.194.

²³⁹ Abscisa inicial	Abscisa final	Longitud	
K41+500	K55+600	14Km+100	mts.
		=14.100 mts.	
K58+500	K60+329	2Km - 171	mts. =
		1.829 mts	
Total			
		15.929 mts.	

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

Dado ese volumen de material, se tiene que la mayor cantidad de obra en los ítems contractuales que componen el terraplén resulta ser la siguiente:

2. Excavaciones varias sin clasificar de la explanación, cortes, canales y préstamos	46.831 M3
3. Terraplén	46.831 M3
5. Transporte de materiales provenientes de la excavación de explanación, canales y préstamos para distancias mayores de mil metros (1.000m) $(X=119.340.690^{240}/972.027^{241} \times 46.631)=$	5.725.124.63M3KM

A partir de los valores acordados o fijados en el Contrato para esos ítems, se tienen los siguientes resultados:

ITEMS	UNIDA D	CANTIDA D	VALOR UNITAR IO	VALOR TOTAL
<i>2. Excavaciones varias sin clasificar de la explanación, cortes, canales y préstamos</i>	M3	46.831	\$ 7.557.0 0	\$353.901.867
3. Terraplén	M3	46.831	\$ 8.528.0 0	\$399.374.768
5. Transporte de materiales provenientes de la excavación de explanación, canales y préstamos para distancias mayores de mil metros (1.000m) $(X=119.340.600^{242}/972.027^{243} \times 46.631)$	M3KM	5.725.124. 63	\$ 1.025.0 0	\$5.868.252.74 5
TOTAL				\$6.621.529.38 0.75

Por consiguiente, atendiendo los hechos probados y el derecho respectivo, constituido en primer orden por el Contrato de Obra y las Especificaciones Generales Para La Construcción de Carreteras dadas por el INVIAS, se dieron en el plenario todos los datos requeridos para determinar o cuantificar el daño generado por el incumplimiento declarado por el Tribunal en el pago de tales mayores cantidades de obra en esos ítems.

²⁴⁰ Es el monto acumulado de *Transporte de materiales provenientes de la excavación de explanación, canales y préstamos para distancias mayores de mil metros (1.000m)* en el Acta de Recibo parcial de Obra No. 35.

²⁴¹ Es el monto del acumulado del ítem 3, Terraplén y del 2, en el ACTA DE RECIBO PARCIAL DE OBRA no. 35.

²⁴² Es el monto acumulado de *Transporte de materiales provenientes de la excavación de explanación, canales y préstamos para distancias mayores de mil metros (1.000m)* en el Acta de Recibo parcial de Obra No. 35.

²⁴³ Es el monto del acumulado del ítem 3, Terraplén y del 2, en el ACTA DE RECIBO PARCIAL DE OBRA no. 35.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
EXPEDIENTE 5358**

Esos datos fácticos permitían establecer en el plano de la razonabilidad o de la ponderación, que el daño antijurídico causado al Contratista por el no pago de esas mayores cantidades de los *ítems 2, 3 y 5*, daría un monto de SEIS MIL SEISCIENTOS VEINTIUN MIL MILLONES QUINIENTOS VEINTINUEVE MIL TRESCIENTOS OCHENTA PESOS CON 75 CENTAVOS M/CTE (\$6.621.529.380.75), sin incluir los costos de administración, el AIU y la utilidad del Contratista, previstos en la **cláusula QUINTA** del Contrato, en armonía con el artículo 220.7 de las Especificaciones Generales.

Al no haberse atendido esa situación fáctica bajo el argumento de no ofrecer una precisión indeterminada, indefinida, sin fundamento normativo o técnico conocido y de imposible ocurrencia, se dejó justamente de aplicar el derecho que reclamaban esos hechos.

Sin más consideraciones, y con el comedimiento debido,

Atentamente:



LUIS ENRIQUE BERROCAL GUERRERO
ARBITRO