

Tribunal Arbitral
CONSTRUCCIONES ACR S.A. SOCIEDAD UNIPERSONAL y CONTEIN S.A.S.
INTEGRANTES DEL CONSORCIO ACR-CONTEIN
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE
LAUDO ARBITRAL

Bogotá, 14 de mayo de 2019

El Tribunal Arbitral procede a dictar laudo para resolver las diferencias entre las integrantes del Consorcio ACR-CONTEIN (CONSTRUCCIONES ACR S.A. SOCIEDAD UNIPERSONAL y CONTEIN S.A.S.) y el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE planteadas en este proceso a través de demanda arbitral, demanda acumulada y demanda de reconvención, además del llamamiento en garantía realizado por FONADE a Compañía Mundial de Seguros S.A.

I. ANTECEDENTES

1. EL COMPROMISO ARBITRAL Y COMPETENCIA

El pacto arbitral con base en el cual se convocó el Tribunal está contenido en la cláusula vigésima segunda del Contrato No. 2131744 suscrito entre el Consorcio ACR-CONTEIN y FONADE, del siguiente tenor:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA: CLÁUSULA COMPROMISORIA. Toda controversia o diferencia relativa a este contrato se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, que se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de acuerdo con las siguientes reglas:

El Tribunal estará integrado por 3 árbitros designados por las partes de común acuerdo siguiendo las reglas que se indican en el Parágrafo Primero de la presente Cláusula. En caso de no hacerlo dentro de los 5 días hábiles siguientes a la solicitud de una de las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá que proceda a su designación. El Tribunal decidirá en Derecho. El término de duración del proceso

será el que establezca la ley para tal fin, incluyendo las prórrogas legalmente establecidas.

PARÁGRAFO PRIMERO: Designación de los árbitros. Para conformar el Tribunal de arbitramento cada una de las partes realizará una lista de hasta 10 árbitros, las listas serán cruzadas entre las partes y se verificará si existen dentro de la misma el nombre o nombres de árbitros que coincidan en las dos listas. Aquellos nombres coincidentes integrarán el Tribunal. Si pese a lo anterior, solo se cuenta con 2 árbitros, entre estos dos escogerán el tercero, pero solo podrán escogerlo de las listas elaboradas por las partes. Si al realizar el cruce de listas solo existe un nombre coincidente, cada una de las partes de su propia lista nombrará un árbitro, y el Tribunal quedará conformado por el árbitro coincidente y cada uno de los árbitros que escoja la parte de su lista. En caso de desacuerdo, podrá ser designado el árbitro o árbitros faltantes por el Director del Centro de Arbitraje”.

La Compañía Mundial de Seguros S.A. fue vinculada al proceso como llamada en garantía por parte de FONADE, según lo previsto en el Parágrafo 1 del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, a cuyo tenor *“Cuando se llame en garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral, aquélla quedará vinculada a los efectos del mismo”.*

2. RESUMEN DEL TRÁMITE GENERAL DEL PROCESO

La convocatoria al proceso arbitral fue radicada el 22 de diciembre de 2015 y, surtidos los trámites de rigor, el Tribunal fue instalado el 15 de junio de 2016.

La demanda fue inadmitida en la audiencia de instalación del Tribunal. Una vez recibida la subsanación correspondiente, se admitió mediante auto del 12 de julio de 2016 y, corrido el traslado correspondiente, fue contestada el 30 de septiembre de 2016, con proposición de excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio, sobre la cual se pronunció la Convocante a través de memorial radicado el 18 de octubre de 2016.

El 9 de noviembre de 2016, la Convocante radicó reforma de la demanda que, previa inadmisión y subsanación, fue admitida en auto del 9 de diciembre de 2016. La Convocada contestó la reforma de la demanda el 26 de enero de 2017, a la vez que formuló demanda de reconvención.

La demanda de reconvención, superada la inicial inadmisión con la correspondiente subsanación, fue admitida mediante providencia dictada el 21 de febrero de 2017. La parte convocante dio contestación el 28 de marzo de 2017, con proposición de excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio.

El 10 de mayo de 2017 la Convocante presentó demanda acumulada, admitida en auto del 30 del mismo mes, a la cual FONADE dio contestación el 4 de octubre de 2017, con proposición de excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio.

La Convocante, a través de memoriales radicados el 24 de octubre de 2017, se pronunció sobre las excepciones y la objeción al juramento estimatorio formuladas por FONADE frente a la reforma de la demanda inicial y frente a la demanda acumulada.

El 8 de noviembre de 2017, la Convocante presentó reforma de la demanda acumulada, admitida mediante providencia del 10 de noviembre de 2017 y contestada por FONADE el 4 de diciembre siguiente, con proposición de excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio. La Convocante se pronunció sobre lo anterior mediante memorial radicado el 18 de diciembre de 2017.

El 25 de enero de 2018, la Convocada presentó reforma de la demanda de reconvención, al tiempo que formuló llamamiento en garantía a Compañía Mundial de Seguros S.A. La reforma de la demanda de reconvención y el llamamiento en garantía fueron admitidos a través de providencia dictada en la misma fecha.

El 7 de febrero de 2018, la Convocante contestó la reforma de la demanda de reconvención, con proposición de excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio.

La llamada en garantía, previa interposición de recurso de reposición contra el auto que admitió su vinculación al proceso, el cual fue negado por el Tribunal, dio contestación al llamamiento en garantía y a la demanda de reconvención, con proposición de excepciones de mérito, mediante escrito radicado el 28 de marzo de 2018.

El 11 de abril de 2018, la Convocada se pronunció sobre las excepciones y la objeción al juramento estimatorio propuestas por la Convocante frente a la reforma de la demanda de reconvención.

El 4 de mayo de 2018 se realizó la audiencia de conciliación, sin lograr acuerdo.

La primera audiencia de trámite se llevó a cabo el 2 de agosto de 2018 y en ella el Tribunal se declaró competente y se pronunció sobre las pruebas pedidas, decisiones que fueron adoptadas sin oposición de las partes.

Evacuada la etapa probatoria y manifestada la conformidad de las partes con las pruebas practicadas, se señaló fecha para audiencia de alegatos, realizada el 15 de marzo de 2019.

3. PRUEBAS RECAUDADAS

Se tuvieron en cuenta los documentos aportados por las partes en las debidas oportunidades procesales, los recibidos vía oficios dirigidos a la Contraloría General de la República, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a FONADE, y los recibidos en diligencias de exhibición a cargo de las partes convocante y convocada.

Fueron recibidos dictámenes periciales aportados por la parte convocante, elaborados por Sergio Rodríguez Messier (presentado el 22 de julio de 2016 y actualizado en la reforma de la demanda principal), Claudia Patricia Robayo Niño, Manuel Antonio Guío Cárdenas (aportado el 18 de julio de 2017) y Manuel Antonio Guío Cárdenas con Luis Henry Alfonso Olmos (aportado el 24 de octubre de 2017).

A solicitud de la Convocada, el Tribunal decretó pruebas periciales a cargo de Antonio Vargas del Valle, Gloria Zady Correa Palacio y Germán Alexis Cortés Hernández.

En ejercicio del derecho de contradicción del dictamen elaborado por Germán Alexis Cortés Hernández, la parte convocante presentó experticia elaborada por SICMES S.A.S.

Fueron interrogados los peritos Sergio Rodríguez Messier, Manuel Antonio Guío Cárdenas y Luís Henry Alfonso Olmos, Germán Alexis Cortés Hernández y SICMES S.A.S. a través de Gustavo Alberto Campo Osorio.

Se recibieron testimonios de Javier Cabezas Fernández, Jean Angarita Vásquez, Carlos Eduardo Sarmiento Ospina, Fernando Javier Ulloa Tachak, Juan Carlos Pardo Flórez, Edgar Ignacio Garzón Velandia e Isabel Rico Quiceno. Los últimos cuatro testigos mencionados fueron tachados por sospecha.

Se practicó interrogatorio al representante del Consorcio ACR-CONTEIN.

Las partes expresaron su conformidad con las pruebas recaudadas, en audiencia del 4 de febrero de 2019.

4. AUDIENCIA DE ALEGATOS

El 15 de marzo de 2019 se realizó la audiencia de alegatos, en la cual los apoderados de las partes y la llamada en garantía hicieron sus respectivas exposiciones de manera oral. Los apoderados de la Convocante y la Convocada aportaron resúmenes escritos.

El agente del ministerio público presentó concepto por escrito el 2 de abril de 2019.

En las consideraciones de este laudo se harán las referencias pertinentes.

5. DURACIÓN DEL PROCESO

La primera audiencia de trámite terminó el 2 de agosto de 2018 y el proceso estuvo suspendido, a solicitud de las partes, en las siguientes fechas:

- Desde el 22 de agosto de 2018 hasta el 28 de agosto de 2018, ambas fechas incluidas, según auto dictado el 21 de agosto de 2018 (Acta No. 34).

- Desde el 21 de septiembre de 2018 hasta el 30 de octubre de 2018, ambas fechas incluidas, según auto dictado el 20 de septiembre de 2018 (Acta No. 38).
- Desde el 26 de diciembre de 2018 hasta el 20 de enero de 2019, ambas fechas incluidas, según auto dictado el 10 de enero de 2019 (Acta No. 45).
- Desde el 5 de febrero de 2019 hasta el 5 de marzo de 2019, ambas fechas incluidas, según auto dictado el 1 de febrero de 2019 (Acta No. 48).
- Desde el 16 de marzo de 2019 hasta el 3 de mayo de 2019, ambas fechas incluidas, según auto dictado el 15 de marzo de 2019 (Acta No. 50).

En consideración a que las partes no estipularon plazo de duración del proceso diferente al legal, el plazo para dictar el laudo es de seis meses a partir de la terminación de la primera audiencia de trámite, según lo previsto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012. De acuerdo con el artículo 11 de la misma ley, a este plazo se adicionan los días de suspensión recién enlistados, de manera que el laudo se dicta dentro de la oportunidad legal.

6. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

6.1. La demanda principal

Las pretensiones planteadas en la demanda principal (versión reformada) son las siguientes:

“4.1. Que se declare que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO (FONADE) en adelante FONADE incumplió el CONTRATO DE OBRA No. 2131744 celebrado con el CONSORCIO ACR – CONTEIN, conformado por las sociedad (sic) CONSTRUCCIONES ACR S.A.S. y CONTEIN S.A.S., en adelante EL CONSORCIO, así:

4.1.1. Por no tener FONADE a disposición del CONSORCIO la documentación e información y los diseños necesarios para el inicio de la construcción y ejecución

del CONTRATO DE OBRA No. 2131744 desde la Fase 0 y durante la ejecución del CONTRATO.

4.1.2. Por haber entregado FONADE al CONSORCIO una información que no era confiable para la localización y replanteo de los edificios y casas de restauración.

4.1.3. Por haber entregado FONADE al CONSORCIO diseños que no eran viables para la cimentación de las unidades constructivas I y II.

4.1.4. Por las indefiniciones de FONADE, para solucionar las falencias de los diseños entregados para la ejecución y construcción de la obra.

4.1.5. Por la inviabilidad o ausencia de los diseños eléctricos de BMS, control y seguridad, voz y datos, aire acondicionado, control de iluminación y sistema eléctrico que causaron demora, reprocesos y prórrogas contractuales, que llevaron a que los ajustes realizados por el CONSORCIO dejara en evidencia que era necesario la elaboración de un nuevo diseño eléctrico que contemplara de manera correcta las cargas de demanda, que se encontraban mal calculadas en el inicial entregado por FONADE.

4.1.6. Por la ausencia de diseño de apantallamiento y puesta a tierra que FONADE nunca entregó y que fue realizado por el CONSORCIO.

4.1.7. Por no prever FONADE que la obra tendría 639 APUs y la demora en que incurrió para la aprobación y legalización de los mismos.

4.2. Que se declare que como consecuencia de los incumplimientos atribuibles a FONADE bien sea uno o varios o todos los señalados en la petición anterior el CONTRATO DE OBRA No. 2131744 tuvo que ser objeto de reprocesos, nuevas programaciones, que llevó que el CONTRATO no culminara el 30 de junio de 2014 y fuera prorrogado en varias oportunidades hasta el 19 de septiembre de 2016, por causas ajenas al CONSORCIO.

4.3. Que como consecuencia de declarar uno, varios o todos de los incumplimientos o actos imputables FONADE debe reconocer los perjuicios causados al CONSORCIO por no haberse podido terminar el CONTRATO No. 2131744 el 30 de junio de 2014 y haber sido objeto de reprocesos, nuevas programaciones y prórrogas, que en esta demanda se solicitan y que por lo pronto se circunscribe a los siguientes:

4.3.1. La actualización de los valores contractuales acordados para el CONTRATO DE OBRA No. 2131744 a partir del 30 de junio de 2014 conforme a la variación del I.P.C. hasta la fecha en que se efectúe el pago de conformidad con lo que se acredite pericialmente en el presente proceso.

4.3.2. El mayor valor de los A.P.U. pactados en la MODIFICACION No. 4 ADICIÓN No. 3 como consecuencia de la incidencia que en los mismos ha tenido el incremento de la tasa representativa del mercado como consecuencia del incremento del dólar, según se acredite pericialmente.

4.3.3. Las sumas retenidas al CONSORCIO por FONADE en virtud de lo dispuesto en la Ley 1697 del 20 de diciembre de 2013, que entró en vigor del Decreto Reglamentario 1050 de 2014 y que llevó a la retención de dineros correspondientes al 2% de la facturación y que se acreditan o acreditarán pericialmente y que le deberán ser pagadas junto con los correspondientes intereses moratorios, causados a deber desde la fecha en que se retuvieron al CONSORCIO en la fecha en que real y efectivamente se paguen.

4.3.4. La suma de \$127.130.933,00, que el CONSORCIO tuvo que pagar para que (sic) realizar un nuevo diseño eléctrico, junto con los pagos realizados a COINET INGENIERIA S.A.S. para que supervisara y aprobara los APUs correspondientes.

4.4. Que se declare que FONADE incumplió el CONTRATO DE OBRA 2131744, suscrito con EL CONSORCIO, por cuanto se ha negado a pagar el valor contractual estipulado para el ítem 9.3.1. REJILLA EN ACERO 2000 X 4000, contenido en el documento OFERTA PÚBLICA OPC 013-2013, ANEXO 01

DOCUMENTO DE ESTUDIOS PREVIOS, MARZO DE 2013 y en la MODIFICACIÓN No. 4 ADICIÓN No. 3 página 12.

4.4.1. Que como consecuencia se ordene a FONADE el pago al CONSORCIO de las sumas correspondientes al ítem 9.3.1., de conformidad con el valor contractual acordado en la MODIFICACIÓN No. 4 ADICIÓN No. 3 junto con los intereses de mora causados a deber desde el momento en que el pago debió haber sido realizado y la fecha en que realmente se pague.

4.5. Se condene en costas y agencias en derecho a FONADE a favor del CONSORCIO”.

Las pretensiones se sustentan en los hechos que se sintetizan, en su esencia, a continuación.

El CONSORCIO ACR-CONTEIN y FONADE celebraron el Contrato de Obra No. 2131744 el 23 de mayo de 2013, cuyo plazo de ejecución era el 30 de junio de 2014. El Contrato, según su texto y las Reglas de Participación, estimaba dos fases en tiempos distintos (Fase 0 y Fase 1), con dos actas de inicio; dentro de la primera fase el Consorcio debía presentar observaciones en un término de quince (15) días y la interventoría y el consultor tenían ocho (8) días calendario para pronunciarse sobre los planteamientos del Consorcio. Sin embargo, en la Adenda No. 3 a las Reglas de Participación expedida por FONADE, se unieron ambas etapas y se tendría una sola acta de inicio. El Acta de Inicio fijó el 5 de junio de 2013 como fecha de partida del Contrato.

El 20 de junio de 2013, dentro de los 15 días previstos en las Reglas de Participación, el Consorcio entregó las observaciones y recomendaciones en las que plasmó las inconsistencias del proyecto encontradas en la Fase 0.

Dentro de las observaciones del Consorcio se encuentran la falta de suficientes planos de detalle para la construcción y advertencias en los siguientes aspectos: diseños del proceso constructivo; diseños hidráulicos y sanitarios del sistema red contra incendios; diseños eléctricos (se alega que el apantallamiento y puesta a tierra *“fue uno de los grandes dolores de cabeza, al punto que se puede afirmar ha sido el*

causante de que el CONTRATO terminara el 19 de septiembre”) y, además, en el transcurso del contrato se detectaron falencias *“muy graves”* del diseño en cuanto a la carga demandada y la obsolescencia del proyecto; control y seguridad e integración (se afirma que este sistema y el apantallamiento *“resultaron ser las rutas críticas de la obra”*); y ausencia de debida coordinación y planeación.

La demanda destaca como **“INCUMPLIMIENTOS DE FONADE EN LA FASE CERO”** que tardó más de dos meses en pronunciarse sobre las observaciones del Consorcio, siendo que debía pronunciarse el 28 de junio de 2013, y no resolvió las falencias sino instó a solucionarlas en los comités de obra. Se citan algunas actas semanales del Comité de Obra que, según afirma, demuestran que *“los ocho (8) días que tenía la Auditoría y FONADE que se comenzaban a contar a partir del 20 de junio de 2013, se convirtieron en nueve (9) meses de demoras e indefiniciones que sin duda retrasaron el CONTRATO”* (resaltado del texto original). También se hace referencia a comunicaciones del Consorcio y la interventoría relacionadas con la falta de definición de los diseños.

En relación con **“CIMENTACIÓN”**, la demanda afirma que la ausencia de diseños aceptables para construcción impactó el desarrollo del contrato, especialmente las unidades constructivas 1 y 2 *“que definitivamente requieren de un nuevo diseño y como consecuencia de él se requieren de ítems no previstos, cuya aprobación y legalización solo se dio cinco (5) meses después de la iniciación de la obra, esto es el 21 de noviembre”*. La demanda hizo referencia a actas del comité semanal de obra y a comunicaciones del Consorcio relacionadas con este tema.

Mediante la **“MODIFICACIÓN COMPENSACIÓN Y CONTRATO ADICIONAL No. 1”** del 21 de noviembre de 2013 se acordó compensar mayores y menores cantidades de obra y la inclusión de ítems no previstos por tres mil quinientos millones de pesos (\$3.500.000.000). En el numeral 8 se hizo constar que el contrato se adicionaba en su valor, pero no en el tiempo de ejecución, no obstante que el Consorcio había mencionado que las nuevas labores y las demoras exclusivamente atribuibles a FONADE implicaban un término adicional de al menos 120 días.

Se alega que en dicho documento constan manifestaciones de la interventoría en cuanto a que FONADE no entregó al Consorcio los documentos y los diseños, lo cual

impidió iniciar la construcción; se presentaron problemas con la localización y replanteo de los edificios y nuevos métodos constructivos por la modificación del diseño estructural de la Unidad Constructiva 1; las modificaciones del proyecto requirieron nuevos permisos y concertación con terceros propietarios de predios colindantes, lo cual también causó retraso; y, en el Presupuesto de Precios Unitarios no se incluyeron las incidencias en las excavaciones, lo cual generó dificultades para la cimentación, sobre costos y tiempos adicionales.

En relación con **“INDEFINICIONES Y FALENCIAS DEL DISEÑO ENTREGADOS (sic) PARA LA EJECUCIÓN DE LA OBRA”**, la demanda manifiesta que los diseños elaborados por TECTUS (Consultor de FONADE) tenían falencias, no fue posible agotar la Fase 0 como estaba inicialmente planeada, se realizaron simultáneamente la Fase 0 y la ejecución del contrato, de manera que se tuvo que trabajar sobre los diseños iniciales que no eran viables. Al tiempo con el inicio de la obra se debían realizar compras, contratos de suministro y contratación de empresas para los sistemas de seguridad, control e iluminación, voz y datos, aires acondicionados y el sistema eléctrico y la integración de todos los sistemas (BMS). Así las cosas, la ejecución del Contrato enfrentó contratiempos de manera paralela tanto en la fase de excavación y cimentación, como en instalación. Se hace referencia a comunicaciones del Consorcio y la interventoría relacionadas, así como a actas de reuniones semanales del Comité de Obra.

Según la demanda, más de once (11) meses después de iniciado el Contrato, el Constructor tuvo que realizar los diseños de BMS y coordinar con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el alcance real, con el fin de generar la ingeniería de detalle necesaria. Estos diseños debían surtir un dispendioso trámite de aprobación, además de lo propio en relación con los APUs, *“que es otro calvario”*. También se trasladó al Consorcio la tarea de ajuste del diseño de automatización de salas.

Según Acta No. 60 del 8 de julio de 2014 del Comité de Obra, FONADE informó que terminó el contrato con TECTUS el 30 de junio de 2014 y, en consecuencia, *“La solución que plantea FONADE para adelantar el CONTRATO es que el CONSORCIO constructor además se vuelva diseñador, trasladando su responsabilidad al CONSORCIO temas como las instalaciones eléctricas y la automatización, que a esta fecha trece (13) meses de iniciada la obra están*

pendientes de definición”. El Consorcio se vio obligado a acometer las tareas que se le encargaron, con el fin de no parar las obras, lo cual se formalizó a través de un contrato adicional apenas el 15 de octubre de 2014, dos meses y 10 días después de que el Consorcio entregara la propuesta respectiva, siendo, además, que el convenio entre FONADE y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público finalizaba el 30 de diciembre de 2014.

Es así que, el 15 de octubre de 2014, se suscribió la ADICIÓN No. 2, cuyo alcance incluye ajustes a los diseños del área del Datacenter y Procesos Archivísticos en la Unidad Constructiva 1 con determinados componentes, y la articulación de estos diseños a las unidades constructivas 2, 3, 4, 5 y 6. Según la demanda, esta adición deriva de requerimientos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pero fue aprovechada por FONADE *“para resolver los problemas de las indefiniciones y falencias de los diseños que (sic) ha podido resolver, entre otras cosas por no haber tomado acciones efectivas frente a su Consultor TECTUS”*, problemas que, según el Acta No. 63 del 5 de agosto de 2014, se relacionan con el BMS, control y seguridad, voz y datos, aire acondicionado, control de iluminación y sistema eléctrico.

La demanda anota: *“La solución propuesta por FONADE en el Acta No. 60 del 8 de julio de 2014, de delegar en el CONSORCIO y en sus Consultores algunos de los ajustes necesarios, que como siempre se presentan de manera expedita quedando pendientes del trámite de la Interventoría y burocrático en FONADE para su aprobación, quedando pendiente la legalización de los APUs que se llevan un tiempo considerable al punto de poder ser calificado como irracional”*.

En el Acta No. 93 del 17 de marzo de 2015 se dejó constancia de que *“el CONTRATO DE AJUSTES AL DISEÑO está cumplido por parte del Consultor, por cuanto el 10% faltante depende de la validación de COINET, Supervisor del CONTRATO, correspondientes a los APUs”*. FONADE se comprometió a hacer un plan de contingencia para aprobar los APUs el 11 de abril, pero *“no se legalizan hasta el 3 de diciembre y 18 de diciembre, es decir, nueve (9) meses después de entregados los diseños y ocho (8) meses después de haberse comprometido con un Plan de Contingencia”*.

El 19 de marzo de 2015, COINET, supervisor del contrato de ajustes al diseño, envió por correo electrónico el Acta de Terminación del CONTRATO CONSULTOR Formato FMI 026. El Acta de Terminación del Contrato demuestra el cumplimiento del Consorcio.

Entre otros retardos achacados a FONADE, la demanda menciona que en la reunión del 8 de abril de 2015 (Acta No. 96), FONADE *“deja en claro”* que los diseños de seguridad y control *“están listos y que son la ruta crítica del proyecto, sin embargo, tardará ocho (8) meses en legalizar estos diseños, mediante la modificación del 3 de diciembre de 2015”*.

Según Acta No. 97 del 16 de abril de 2015, las partes se percataron de que las cargas calculadas en el diseño original estaban erradas, pero ya se encontraba en obra el transformador especificado inicialmente (de 1.250 kva). Esto llevó a que el Consorcio tuviera que realizar un nuevo diseño eléctrico que no se le reconoció. Según Acta de Seguimiento de Contrato No. 31 del 30 de abril de 2015, *“como se trata de un nuevo diseño y un nuevo trabajo se llega a un acuerdo entre FONADE y COINET para fijar un cronograma para el nuevo diseño, que es entregado por el CONSORCIO que señala hasta el 13 de mayo. Esta entrega se cumplió, después hubo revisiones y observaciones entregándose el producto a FONADE el 26 de junio”*. En comunicaciones C-1812 del 26 de junio de 2015 y FONADE-2141744-044-2015 del 26 de junio de 2015 se aprobaron los diseños del sistema eléctrico por parte de COINET y se le dio traslado a FONADE. El Consorcio entregó los APUs respectivos y quedó pendiente de su aprobación, según consta en el Acta No. 108 del 1 de julio de 2015. Según Acta No. 116 del 1 de septiembre de 2015, el Consorcio manifestó que COINET no estaba revisando los APUs eléctricos porque no tenía contrato. La demanda alega que para que COINET revisara el nuevo diseño eléctrico y aprobara los APUs, el Consorcio debió pagarle a dicha empresa. La aprobación de los APUs eléctricos por COINET se dio el 23 de octubre de 2015.

En relación con el **“APANTALLAMIENTO”**, la demanda alega que el diseño entregado por FONADE no cumplía la normativa exigida por los certificadores RETIE, siendo necesaria la certificación para solicitar la energización del proyecto. Esto retrasó la energización y puesta en marcha, programación, pruebas y la obra.

La demanda reseña comunicaciones del Consorcio y actas del comité de obra relativas al tema, a fin de mostrar que se constituyó en ruta crítica del proyecto.

Según Acta No. 123 del 21 de octubre de 2015, ante la inactividad de FONADE, el Consorcio decidió realizar un diseño de apantallamiento que sometió a aprobación de FONADE. Según Acta No. 135 del 20 de enero de 2016, el contratista radicó en FONADE veintiún APUs para aprobación el 15 de enero de 2016. En el Acta No. 140 del 24 de febrero de 2016 consta la aprobación del presupuesto, que generó la Modificación Contractual No. 7 firmada el 5 de abril de 2016.

La demanda también alega que **“EL CRONOGRAMA DE OBRA FUE IMPACTADO POR ACTOS IMPUTABLES A FONADE AL NO PREVER LOS 639 NO PREVISTOS Y EN LA DEMORA DE SU APROBACIÓN Y LEGALIZACIÓN”**. Se acusa a FONADE de aprobar de manera tardía los ítems no previstos y APUs en cada una de las modificaciones y prórrogas del contrato, respecto de las cuales anota lo siguiente:

- a) **Modificación, Compensación y Contrato Adicional No. 1:** Según la parte actora, esta modificación surgió de la falta de diseños y definición de métodos constructivos, junto con la aparición de grandes rocas, que generaron modificaciones en las cantidades que requerían aprobación previa por FONADE. La demanda reseña distintas actas en las que consta la presentación, por el constructor, de APUs no previstos.
- b) **Modificación 3, Adición 2 y Prórroga 2 del 26 de agosto de 2014:** Se menciona la presentación de APUs en enero de 2014 y el envío de comunicaciones en abril y mayo del mismo año, en las cuales se expresó inconformidad por la demora en su aprobación. El 6 de junio de 2014 el Consorcio solicitó la adición del contrato con los APUs que empezó a presentar en enero.
- c) **Modificación No. 4, Adición No. 3 del 27 de febrero de 2015:** Antes de esta modificación, el Consorcio presentó 122 APUs como consecuencia de las modificaciones de los diseños, principalmente. Se reseñan comunicaciones enviadas desde junio de 2014 en las que se presentaron APUs y se manifestó

preocupación del Consorcio por la falta de aprobación de los mismos, así como actas del comité de obra relacionadas.

- d) Reinicio No. 1, Prórroga 5, Modificación 5, Adición 4 suscrito el 6 de agosto de 2015:** Se menciona que el 29 de mayo de 2015 el Consorcio solicitó 32 APUs, en julio se pidió implementar un plan de contingencia para APUs y en varias actas de obra se dejó constancia del estado de trámite de APUs y no previstos.
- e) Prórroga No. 6, Modificación No. 6 y Adición No. 5 y Modificación 7 y Adición No. 6 del 18 de diciembre de 2015:** En comunicación del 11 de septiembre de 2015, el Consorcio manifestó que entregó 131 APUs el 30 de julio de 2015. Según la demanda, el trámite de los APUs estaba detenido por falta de interventor ya que COINET no había sido contratada para ello. El 15 de octubre de 2015 fue solicitada la Prórroga No. 6 y la Adición No. 5. También se menciona la entrega de 94 APUs del diseño eléctrico los días 2 y 23 de octubre de 2015, que se legalizaron el 18 de diciembre de 2015. Se mencionan actas del comité de obra que se refieren al trámite de aprobación de APUs y actividades no previstas.
- f) Modificación 8, Prórroga 7:** La demanda menciona que en esta adición se incluyeron los APUs y no previstos referentes a apantallamiento, cuyo diseño debía entregar FONADE y sus falencias fueron advertidas por el Consorcio en el informe de la Fase 0. Los diseños fueron entregados el 6 de enero de 2016, dos años después de iniciada la obra. La demanda anota que *“A lo anterior hay que agregar la demora, ya habitual de la Oficina de Estudios Previos en aprobar los ítems del apantallamiento, los cuales solo se legalizaron hasta el 5 de abril, no obstante las advertencias y conocimiento que tenían todas las partes que intervienen en el presente CONTRATO de que sin estas aprobaciones no se podía dar inicio al proceso de energización, pruebas e integración de los distintos sistemas que a la fecha es lo que no ha permitido dar por concluida la obra”*.

A manera de conclusión, la convocante manifiesta que la obra, prevista para 14 meses, se extendió a 39 en razón a las prórrogas imputables a la contratante, y FONADE presionó al Consorcio para que renunciara a sus derechos por mayor permanencia en obra y demás perjuicios.

A continuación, la demanda se ocupó de exponer “**RESEÑAS DE LAS MODIFICACIONES EN LOS CONTRATOS Y CONTRATOS ADICIONALES**”, en particular, sobre las anotaciones contenidas en ellas en cuanto a los incumplimientos imputados a FONADE y las circunstancias que afectaron el cronograma de obra no atribuibles al Consorcio.

La demanda también resume las reclamaciones del contratista relacionadas con la variación del precio del dólar, el IPC, el ítem 9.3.1. correspondiente a rejillas, y el valor de la estampilla prouniversidades.

Según la demanda, la adquisición de algunos bienes se vio afectada por el alza del precio del dólar entre la fecha en que fueron cotizados y la de aprobación de los APUs, bienes que, por disposición contractual, no era posible adquirir mientras no se diera la mencionada aprobación de los APUs. Se menciona que FONADE *“ha reconocido la variación de la tasa de cambio con respecto al dólar americano y para el efecto ha impartido su aprobación a distintos ítems, tomando en consideración este factor”* y se citan algunas comunicaciones a este respecto. Finalmente, en comunicación del 3 de diciembre de 2015, FONADE manifestó que no era aceptable que el contratista firmara una adición contractual y, en contra de sus propios actos, realizara reclamación por ajuste de precios, aparte de que en el contrato el riesgo macroeconómico fue asignado al contratista y su impacto se valoró en \$5.893.545.662, superior a los \$534.309.102,23 que en su momento reclamó el Consorcio.

Por otro lado, el Contrato fue suscrito el 14 de mayo de 2013 y el 20 de diciembre siguiente fue expedida la Ley 1697 de 2013, reglamentada por decreto expedido el 5 de junio de 2014, en virtud de la cual se empezó a hacer un descuento del 2% al contratista a partir del corte de obra No. 15 del 26 de septiembre de 2014. El plazo máximo de ejecución del Contrato era el 30 de junio de 2014, de manera que, si el contrato no hubiera tenido las prolongaciones imputables a FONADE, el descuento en mención no se habría aplicado. FONADE, en la comunicación del 3 de diciembre de 2015, manifestó que este riesgo estaba dentro de aquellos que debía asumir el contratista de acuerdo con la distribución de riesgos establecida contractualmente.

El Consorcio reclamó a FONADE el reajuste del IPC en las cantidades de obra, bajo la consideración de que *“la oferta de precios sólo podía tener vigencia hasta el 30 de junio de 2014”*. FONADE, en comunicación del 3 de diciembre de 2015, argumentó que el Consorcio suscribió los documentos de modificación contractual, prórroga y adición (excepto el Reinicio No. 1, Prórroga No. 5, Modificación No. 5 y Adición No. 4) sin salvedades y reconociendo que no se causaban costos adicionales. La demanda afirma que, al suscribir la Modificación No. 4, Adición No. 3, el 27 de febrero de 2015, el Consorcio dejó en claro que presentaría reclamación y *“En este orden de ideas, todos los hechos cobijados desde el mes de diciembre de 2014 incluido no contienen, ni están sometidos a las cláusulas que FONADE imponía para ampliar el CONTRATO”*.

En relación con el ítem 9.3.1. Rejilla en Acero 2000 x 4000, la demanda reseña comunicaciones en las cuales el contratista reclamó por su no pago, mientras que la interventoría solicitó que se retirara su cobro y FONADE, según comunicación del 3 de diciembre de 2015, negó su reconocimiento por considerar que existían sobrecostos y la estipulación contractual correspondiente estaría viciada. Según la propuesta contractual realizada por FONADE, el ítem Rejilla en Acero 2000 x 4000 (31 m² a valor unitario \$3.245.099) tenía un valor de \$100.598.069 y este precio también fue acordado en la Modificación No. 3 Adición No. 2 Prórroga No. 2 suscrita el 26 de agosto de 2014 (219 m² a valor unitario \$3.167.216, para un total de \$693.620.304).

De acuerdo con la matriz de riesgos del contrato, la necesidad de ajustes a los procedimientos y definición de materiales, como a los estudios y diseños, planteados por el contratista en la Fase 0, se califica como riesgo “MUY GRAVE” y sus consecuencias corren a cargo de FONADE y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Por último, la demanda enuncia comunicaciones relacionadas con la oposición del Consorcio a la inclusión en las modificaciones, adiciones o prórrogas del contrato, de la cláusula de renuncia a los perjuicios que le ocasionara. Se citan las comunicaciones del 27 de febrero de 2015 (día en que se suscribió la Modificación No. 4 Adición No. 3), 10 de marzo de 2015, 19 de junio de 2015, 25 de junio de 2015,

8 de julio de 2015, 15 de julio de 2015, 31 de julio de 2015, 25 de noviembre de 2015, 3 de diciembre de 2015 y 1 de agosto de 2016.

6.2. Contestación de la demanda principal

FONADE se opuso a las pretensiones de la demanda y respondió a los hechos de la forma que se resume a continuación.

La Convocada admitió que el contrato estableció la existencia de dos etapas y que para la Fase 0 se determinó la revisión de las observaciones que hiciera el contratista en ocho (8) días calendario, pero *“no resulta de recibo la afirmación del Consorcio según la cual, los términos eran perentorios, por cuanto que estas fechas son estimativas para presentar observaciones de los diseños presentados por FONADE al Consorcio”* y *“la definición completa de los diseños se llevaría a cabo una vez se estimaran las necesidades reales del terreno, en la ejecución de la obra”*. En la Adenda No. 3, expedida el 20 de marzo de 2013, se permitió que se iniciaran simultáneamente la Fase 0 y la Fase 1, a lo cual se allanó el Consorcio al presentar oferta, además de haber facturado actividades de obra durante la Fase 0.

FONADE negó que el “Informe de Fase 0” hubiera sido radicado por el contratista el 20 de junio de 2013 -pues lo fue el 27 del mismo mes-, así como que plasmara las inconsistencias del proyecto o las alegadas “graves omisiones” en los planos, sino que, por el contrario, resaltaba el cumplimiento de los diseños a las normas, solicitaba algunas precisiones, manifestaba la comprensión de la complejidad de la obra y que habría ajustes durante la ejecución del contrato. FONADE reconoce que en la Fase 0 *“se detectaron faltantes en planos de detalles”*, pero argumentó que el Consorcio nunca esgrimió argumentos sobre la supuesta imposibilidad de acometer la construcción o para suspender el contrato según lo previsto en el numeral 4.6. de las reglas de participación.

FONADE también manifestó que *“las actividades no previstas que fueron adicionadas durante la ejecución del contrato correspondieron también a situaciones detectadas en la etapa posterior [a la Fase 0], es decir en ‘Fase 1’”*. En la contestación de la demanda se hace referencia a las observaciones en cuanto a diseños de cimentación en razón a haberse encontrado rocas de gran tamaño

(nuevas obras pagadas según la Modificación, Compensación y Contrato Adicional No. 1); 273 ítems no previstos de diseño eléctrico no detectados en la Fase 0 diferentes al sistema de apantallamiento y puesta a tierra; 45 ítems no previstos de restauración de las cuatro casas no detectados en la Fase 0; 51 actividades no previstas no advertidas en la Fase 0 en obra civil -estructuras metálicas y en concreto-; 15 ítems no previstos del capítulo hidrosanitario no informados en la Fase 0; y 8 ítems de la red contra incendios. Se anotó que *“Durante la ejecución del contrato de obra 2131744 se aprobaron 570 actividades no previstas, ítems que el contratista fue detectando durante el desarrollo del contrato, (no en la FASE 0) actividades que no estaban incluidas en las cantidades de obra contractuales y que se legalizaron mediante los contratos adicionales suscritos por las partes, aprobando en ellos las prórrogas requeridas por el contratista para su ejecución”*.

La convocada precisó que en la Fase 0 el contratista debía entregar, además de las observaciones, las recomendaciones y cronograma requerido, previo aval de la interventoría y supervisión del contrato, efectuando la revisión, análisis y validación de la información entregada por el consultor de diseños. Las observaciones hechas por el Consorcio en cuanto a sistema constructivo fueron resueltas oportunamente; en cuanto a diseños hidráulicos y sanitarios el constructor expresó en el informe de la Fase 0 que *“Con la documentación aportada es perfectamente posible instalar todo lo previsto, en los espacios indicados y con todas las especificaciones prescritas”*; la propuesta del Consorcio en relación con la red contra incendios no deriva de una supuesta deficiencia de diseño sino era para lograr *“una racionalización y una mayor operatividad a la hora de ejecutar la instalación”*; la falta de planos de detalle en relación con diseños eléctricos no implicaba la paralización de la obra, el detalle de las puestas a tierra de la subestación fue entregado al inicio del proyecto y el caso de las puestas a tierra de equipos sensibles (telecomunicaciones) fue resuelto durante la ejecución del Contrato Adicional No. 2; el Consorcio no realizó observaciones al diseño del sistema de apantallamiento, con excepción de lo referente a planos faltantes (que no paralizaba la obra); las cargas finales demandadas para el proyecto, si bien exceden lo previsto en el diseño inicial de TECTUS en ciertos puntos, la mayor adición de carga está representada en cambio de luminarias a “Barrisoles”, disponibilidad eléctrica para el Datacenter, sistemas de ventilación para la unidad 3, cambio de uso de algunos espacios y ajustes con posterioridad a la Fase 0 mediante adiciones y prórrogas convenidas con el Consorcio; lo referente al

sistema de control y seguridad fue advertido por el Consorcio en el informe de la Fase 0 como motivo de dificultades “*menores*”, al paso que FONADE y la interventoría notaron que lo presentado por el diseñador fue una ingeniería conceptual y faltaba la ingeniería de detalle, indispensable para la construcción e integración, siendo que la obligación de “*dar las alarmas*” era del contratista y la interventoría; y, por último, en el informe de Fase 0 no se mencionó que el proyecto careciera de coordinación en los diferentes sistemas.

Según FONADE, el objetivo de la Fase 0 era que las partes pudieran pronunciarse respecto de las observaciones y determinaran la forma de solucionar los posibles inconvenientes a lo largo de la ejecución del contrato, de manera que era válido instar a resolver los imprevistos en los comités de obra, creados para ese efecto, lo cual conocía el contratista pues así se anotó en el Acta de Reunión Previa al inicio del contrato. FONADE “*sí dio respuesta oportuna a las situaciones encontradas a partir de la entrega por parte de la interventoría del informe de la ‘Fase 0’ el 20 de agosto de 2013*”; el plazo inicial para la revisión de los diseños fue prorrogado hasta esta fecha por solicitud de la interventoría y en el plazo de estudio se debían “DETECTAR”, mas no “RESOLVER”, los hallazgos. En la contestación de la demanda se afirmó: “*Si la interventoría hubiera efectuado la entrega de manera oportuna del informe de FASE 0 y no 42 días después FONADE habría adelantado las acciones correspondientes de manera oportuna, este retraso de 42 días impacto (sic) en el plazo del contrato*”.

La Convocada niega haber actuado con negligencia en materia de cimentación, pues con la suscripción de la MODIFICACIÓN, COMPENSACIÓN Y CONTRATO ADICIONAL No. 1 se compensaron mayores y menores cantidades de obra y se incluyeron ítems no previstos. Según FONADE, las cifras de las adiciones fueron estimadas y solicitadas por el Consorcio, previa aprobación de la interventoría.

En la obra se encontraron circunstancias físicas nuevas (al excavar aparecieron formaciones rocosas de gran tamaño) que obligaron a hacer ajustes a los diseños y actividades no previstas. También, durante el proceso constructivo de cimentación se consideró inviable el sistema de los diseños originales de TECTUS, pues implicaba invasión de predios vecinos, de manera que una vez el consultor realizó la modificación de los diseños de cimentación, se hicieron necesarias actividades no

previstas. El Consorcio presentó a la interventoría los ítems no previstos, sujetos a aprobación del área de Estudios Previos de FONADE, y, obtenida esta aprobación, la interventoría radicó el 30 de septiembre de 2013 la primera solicitud de modificación (a partir de la solicitud del Consorcio del 10 de septiembre de 2013), a la cual se le dio alcance el 11 de octubre de 2013. Fueron necesarios, para esto, 18 ítems no previstos, acompañados con sus respectivos análisis de precios unitarios (APUs). Como consecuencia, se suscribió la MODIFICACIÓN, COMPENSACIÓN Y CONTRATO ADICIONAL No. 1 el 21 de noviembre de 2013, después de que la solicitud inicial del Consorcio fuera devuelta por FONADE porque tenía defectos, que fueron subsanados el 18 de octubre de 2013. El tiempo de legalización de la modificación corresponde a lo previsto en el Manual de Contratación de FONADE, que el contratista afirmó conocer en la carta de presentación de su propuesta.

FONADE niega que la obra se hubiera retrasado a causa de indefiniciones en los diseños, pues el Consorcio siempre llevó a cabo actividades en la obra de forma simultánea. Tampoco, según afirma, los permisos y concertaciones con terceros generaron retraso.

Según la contestación de la demanda, la no ampliación del plazo del contrato en la MODIFICACIÓN, COMPENSACIÓN Y CONTRATO ADICIONAL No. 1 fue concertada con el Consorcio, quien, en su momento, aceptó que el plazo del contrato estaba supeditado al del Contrato Interadministrativo 212027 suscrito entre FONADE y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. No obstante, la Prórroga No. 1 fue suscrita a solicitud del Consorcio, una vez se amplió el término del contrato interadministrativo mencionado.

En relación con el Contrato Adicional No. 2, FONADE expresó que tuvo como antecedente la solicitud del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de actualizar los diseños del Datacenter y Áreas Conexas de Servicios de Archivística, a raíz de la cual se invitó al Consorcio a estudiar la viabilidad y presentar propuesta para realizar dicha consultoría, que tendría duración de cuatro meses y medio. El Consorcio presentó propuesta el 4 de agosto de 2014, en la cual aceptó las condiciones de la invitación. De esta propuesta surgió el Contrato Adicional No. 2, *“con el cual se pretendía solventar los inconvenientes en materia de ajustes de diseños eléctricos,*

voz y datos, y automatización, sin embargo, esto constituyó también retrasos en la obra, por cuanto el Consorcio incumplió con los términos establecidos”.

Según FONADE, la firma de la Adición No. 2 el 15 de octubre de 2014 obedeció a *“los necesarios ajustes de la propuesta que el mismo Consorcio presentaba”*. No es cierto que se hubiera aprovechado el Contrato Adicional No. 2 para resolver problemas de indefiniciones o falencias en los diseños, pues *“las solicitudes de modificación de la destinación de los espacios por parte del Ministerio, así como el diseño del datacenter impactarían todos los sistemas definidos hasta ese momento: instalaciones eléctricas, de cableado estructurado voz/datos, seguridad física, e incluso los acabados definidos”*. La primera solicitud al Consorcio para presentar propuesta fue el 6 de junio de 2014 y la última versión de la propuesta recibida del Consorcio es del 23 de septiembre de 2014.

FONADE negó que el Consorcio hubiera cumplido el “CONTRATO DE AJUSTES AL DISEÑO”. La revisión por COINET de las últimas entregas reveló *“falta de CALIDAD en las mismas hasta el punto de no aprobar los ajustes a diseño eléctricos y requerir subsanes (sic) que solo fueron aportados por el consultor meses después”*. El Consultor continuó entregando información después del 28 de febrero de 2015 -fecha límite de entrega de diseños- y el 11 de abril de 2015 aún no había entregado los APUs ni el presupuesto de ajustes a diseños (lo hizo el 9 de junio de 2015). Los ajustes a diseños eléctricos se aprobaron el 28 de junio de 2015. En los Formatos FMI026 de terminación del contrato se indicaron observaciones y la necesidad de entregar ajustes. Es con el Acta de Entrega y Recibo Final -no con el acta de terminación- que se declara o no cumplido el contrato, que para el caso se firmó el 23 de octubre de 2015, *“De tal suerte que de los 75 días acordados para entregar los ajustes a diseños por parte del Consorcio ACR-CONTEIN que van del 20 de octubre de 2014 al 28 de febrero de 2015 se pasó a 237 días hasta el 23 de octubre de 2015 lo que posibilitó suscribir finalmente las respectivas modificaciones sólo hasta el mes de diciembre de 2015, estamos hablando de 162 días, seis meses aproximadamente”*.

En relación con la manifestación hecha en la demanda en cuanto a que en reunión del 8 de abril de 2015 se habría dejado claro que los diseños de seguridad y control *“están listos”*, FONADE contestó que los APUs correspondientes fueron presentados

apenas el 9 de junio de 2015 para revisión de COINET y, luego de las subsanaciones necesarias, la versión definitiva fue recibida el 26 de junio de 2015, de manera que *“a fecha 8 de abril de 2015, solo se había aprobado y entregado a FONADE los documentos y memorias teóricas (planos, memorias descriptivas), no así los APU ni presupuesto, ni NP...”*.

En cuanto a ajustes a diseños eléctricos, FONADE expresó que *“en la entrega de los ajustes a diseño iniciales eléctricos presentados dentro del plazo contractual, se aplicaron criterios de diseño errados y contrarios a la norma NTC 2050 y RETIE”*, lo cual originó *“los segundos ajustes a diseño eléctrico”*. Según FONADE, *“No fue por labores del consultor que se detectó la mayor demanda de carga del proyecto, pues como fue ampliamente demostrado, el consultor solo hasta la versión 6 sostuvo que la capacidad del transformador de 1250KVA soportaba la carga demandada después de ajustes. Lo anterior, a pesar de que la supervisión COINET manifestara en varios escenarios, que según los cambios presentados, se estimaba una carga del proyecto que superaba los 2000KVA”*. En reunión del 16 de julio de 2015 se dieron a conocer incumplimientos respecto a los APUs resultado de los segundos ajustes a diseños eléctricos y si se hubiera atendido las proyecciones y recomendaciones realizadas por COINET, los ajustes a diseño eléctricos se hubieran terminado y aprobado el 28 de febrero de 2015, que era la fecha límite.

Frente a los hechos de la demanda relativos al apantallamiento, FONADE reiteró que el Consorcio no hizo observaciones al sistema de apantallamiento en la Fase 0 (se limitó a solicitar planos adicionales), diseño que fue entregado antes de iniciar obras y que *“contenía un criterio particular del diseñador y es responsabilidad del contratista, consultar y contratar con los certificadores RETIE aprobados para Colombia, el recibo y certificación de las obras eléctricas...”* o *“verificar que los diseños de apantallamiento cumplieran con lo exigido por los certificadores RETIE”*. Se afirma que el Consorcio no contrató oportunamente el certificador RETIE.

La demandada reiteró que *“tanto el contratista como la interventoría son quienes tienen la obligación de dar las alarmas”* y *“las observaciones presentadas por parte del Consorcio ACR-CONTEIN carecieron de la oportunidad requerida...”*.

Negó que esta actividad fuera ruta crítica, porque no era la única actividad requerida en obra. En comunicación del 4 de septiembre de 2015 se mencionó que *“existían retrasos en las actividades del cronograma contractual que no dependían de los ajustes a Diseño”*.

FONADE coincide con el Consorcio en que fueron presentados APUs el 15 de enero de 2016 y agrega que el 5 de febrero siguiente el área de Estudios Previos emitió observaciones que no fueron *“del recibo por parte del constructor por lo cual FONADE efectúa un ajuste a los valores unitarios sobre el cual el Consorcio se manifiesta en contra. Finalmente se incluyen las actividades el 5 de abril de 2016 efectuándose la energización del proyecto de manera previa, esto es el 3 de abril de 2016, de tal suerte que no generó retraso alguno”*.

Sobre la alegación de la demanda en el sentido de que FONADE no previó 639 “no previstos” y demoró su aprobación y legalización, se reitera que no todos los “no previstos” fueron detectados por el Consorcio en la Fase 0, lo cual *“denota falta de planeación por parte del contratista quien es el encargado de determinar con anticipación las actividades a ser ejecutadas con base en las valoraciones efectuadas en FASE 0”*. Durante el contrato se aprobaron 570 actividades no previstas detectadas durante el desarrollo del proyecto (no en Fase 0), que se legalizaron mediante contratos adicionales con las prórrogas requeridas por el contratista.

FONADE afirma que advirtió al contratista y a la interventoría la importancia de presentar APUs oportunamente, pues su trámite era *“riguroso”* (según el Manual de Supervisión e Interventoría de FONADE, el término de aprobación de APUs *“es de 31 días hábiles, lo cual corresponde a tres (3) meses calendario”*), lo mismo que el hecho de que los APUs generaran modificación contractual significaba que *“el Consorcio no puede pretender que FONADE legalice la aparición de un número no importante de APUs”*.

La entidad demandada precisó que para el momento en que se solicitó la Modificación No. 4 Adición No. 3 del 27 de febrero de 2015, el Consorcio ya era el responsable de los ajustes en diferentes diseños (el Contrato Adicional No. 2 se suscribió el 15 de octubre de 2014 y los ajustes a diseño deberían haber finalizado el

28 de febrero de 2015) y en el Informe Mensual No. 17 de octubre de 2014 se enunció como causa de atraso la falta de definición de ajustes a algunos diseños en la parte eléctrica, de iluminación, de seguridad y control. Según el informe Mensual No. 18 de interventoría, la causa de la Modificación No. 4 Adición No. 3 tuvo que ver con incumplimiento de entregas por el contratista, debido a ajustes a los diseños que adelantaba el consorcio.

FONADE nombró un “equipo especial” encargado de tramitar los APUs, *“a pesar de que dicho trámite lo venía realizando de acuerdo a lo ordenado en el Manual de Supervisión e Interventoría”*. Adicionalmente *“La demora en la aprobación de muchos de los APUs presentados por el Consorcio se debían a la diferencia de precios respecto de lo que ellos presentaban frente a los que podía aprobar la entidad, pues en la mayoría de las ocasiones los APUs presentados por el contratista sobrepasaban el valor comercial del insumo”*. La Convocada reconoció que la interventoría *“en algún momento no se obligó a revisar los APUs presentados por el contratista”*, pero la revisión la hacía la entidad dentro de los términos previstos en el Manual de Supervisión e Interventoría.

Como respuesta a las **“RESEÑAS DE LAS MODIFICACIONES EN LOS CONTRATOS Y CONTRATOS ADICIONALES”** que contienen los hechos de la demanda, FONADE afirmó que en la Modificación Compensación y Contrato Adicional No. 1 del 21 de noviembre de 2013 se reconocieron los costos y tiempos adicionales resultado de la necesidad de intervenir la formación geológica rocosa, y la Prórroga No. 1 del 10 de junio de 2014 *“tiene inmersa la solicitud del Consorcio frente a los tiempos de obra”*. Para la Convocada *“fueron numerosas las causales que conllevaron al retraso en el calendario de ejecución de la obra, algunas son imputables al Consorcio, como las contenidas en el documento con radicado 20142200226361, en la cual FONADE le aclara al Consorcio que las demoras en la ejecución de las obras no han sido inherentes a causas generadas por el contratante, sino que por el contrario se tratan de demoras imputables al consorcio, entre otras cosas por incumplir con las obligaciones de carácter particular contenidas en las Reglas de Participación OPC-013-2013: (...) Adicionalmente se presentaron situaciones que obligaron a las partes a prorrogar el plazo de ejecución de la obra y que en efecto no son imputables a FONADE, todas ellas se encuentran consignadas en el informe radicado por el Consorcio con número 2014-430-012760-2 ...”*,

situaciones dentro de las cuales se menciona la existencia de grandes rocas en los procesos de excavación y fuertes lluvias. El Consorcio se retrasó en la entrega de estudios y diseños a los que se comprometió en el Contrato Adicional No. 2 (el plazo de 75 días acordado vencía el 28 de febrero de 2015, pero el contrato adicional finalizó el 23 de octubre de 2015) y la Prórroga No. 3 *“se debió al hecho de que el Consorcio no había cumplido con la presentación de los estudios y diseños a que se comprometió con el Contrato Adicional No. 2”*.

FONADE expresó que *“Al momento de firmar la Modificación No. 4 Adición No. 3 del 27 de febrero de 2015, el Consorcio convocante incorporó una anotación al final de la firma, la cual no puede entenderse como una ‘salvedad’, toda vez que la misma no puede tomar como salvedad para realizar reclamaciones posteriores, pues no puede realizarse de manera genérica e indeterminada [cita providencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del año 2012 -Radicación 16371-].*

La Convocada se opuso a las alegaciones del contratista relacionadas con la variación del precio del dólar, el IPC, el ítem 9.3.1. correspondiente a rejillas y el valor de la estampilla prouniversidades, como se resume a continuación.

En relación con la variación del dólar, FONADE manifestó que el mismo día de la suscripción de la Modificación No. 4 Adición No. 3, pero con posterioridad a la firma, el contratista presentó un documento a través del cual reclamó el pago del aumento del dólar, supuestamente solicitado desde *“mayo y octubre del año 2014”*, pero que, según FONADE, solo fue solicitado el 11 de diciembre de 2014. En la Prórroga No. 6 Modificación No. 6 y Adición No. 5 se evidenció la actualización de algunos ítems según la fluctuación del dólar, pero esto *“no implicó que el riesgo cambiario asumido por el Consorcio convocante desde la suscripción del contrato hubiera desaparecido, pues en ningún momento se modificó la matriz de riesgos. Incluso en la Prórroga 6, Modificación 6 y Adición 5, los contratantes reiteraron la obligación del Consorcio en asumir, no solamente el riesgo cambiario, sino los costos, impuestos y demás tributos, así como gastos directos e indirectos...”*.

Con respecto a la retención derivada de la Ley 1697 de 2013 (estampilla prouniversidades), FONADE expresó que si bien el plazo inicial del contrato se extendía hasta el 30 de junio de 2014, desde la publicación de las Reglas de

Participación el Consorcio ACR – CONTEIN tuvo conocimiento que podría estar sujeto a prórrogas y *“A lo largo de la ejecución del contrato se presentaron numerosos incumplimientos por parte del Consorcio que derivaron en mayor permanencia en obra, adición del contrato y demás circunstancias adversas propias de la ejecución”*.

Frente al ajuste por IPC, la Convocada expresó que, en la propuesta, *“el Consorcio no manifestó que los precios sólo podían tener vigencia hasta el 30 de junio del año 2014. Por el contrario aceptaron y suscribieron un contrato prorrogable con componentes de precio global sin fórmula de reajuste y precio unitario sin fórmula de reajuste”*, y el numeral 4.2. del Pliego de Condiciones estableció la obligación del Consorcio de manifestar expresamente los mayores costos al momento de suscribir cualquier modificación.

Sobre el ítem 9.3.1. correspondiente a rejillas, FONADE manifestó que *“El Consorcio presentó propuesta a sabiendas que tanto el metraje como el precio del ítem de las rejillas distaban de la realidad, tanto en su precio como en su cantidad (...) el Consorcio actuó de mala fe al no manifestar la realidad del valor de las rejillas previa la suscripción de la MODIFICACIÓN No. 3, ADICIÓN No. 2, PRÓRROGA No. 2 ...”* y *“El Consorcio admite conocimiento acerca del valor irreal de las rejillas al momento de presentar la oferta, aduciendo que compensó dichos valores con los ofertados en otros ítems ...”*.

FONADE negó que pudiera inferirse coacción a pactar renunciadas a los derechos patrimoniales del Consorcio en las adiciones y prórrogas, y precisó que el contrato se rige por el derecho privado y *“la oportunidad debida para manifestar salvedades respecto de diferencias en los valores del contrato, es en la liquidación, pues, finalmente en esta etapa es donde se tiene la certeza de los valores económicos a reclamar”*.

En la contestación de la demanda principal, FONADE propuso las excepciones que denominó *“EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE PRETENSIONES QUE VIOLAN EL CONTRATO, SUS MODIFICACIONES Y LA MATRIZ DE RIESGOS ACORDADA”*, *“EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN RELACIONADA CON EL SUPUESTO ALZA DEL DÓLAR”*, *“EXCEPCIÓN DE*

IMPROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN RELACIONADA CON EL ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR – IPC”, “EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE PRETENSIÓN RELACIONADA CON LA ESTAMPILLA PRO-UNIVERSIDAD”, “EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE RECLAMACIÓN POR EL ITEM 9.3.1 SOBRE REJILLA EN ACERO 2000X4000”, “EXCEPCIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA O EN SU DEFECTO, RELATIVA, DEL ITEM 9.3.1 SOBRE REJILLA EN ACERO 2000X4000”, “EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS IMPREVISTAS”, y “EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DEL CONSORCIO”.

6.3. La demanda de reconvención

En la demanda de reconvención (versión reformada) se plantearon las siguientes pretensiones:

“1. PRETENSIONES DECLARATIVAS

*1.1. Que se declare que los integrantes del Consorcio **ACR – CONTEIN**, conformado por las sociedades ACR CONSTRUCTORA S.A.S identificada con el Nit. No. 900.617.679-7, y CONTEIN S.A.S identificada con el Nit. No. 860.090.819-1, son **civil, contractual y patrimonialmente responsables por el incumplimiento** parcial de sus deberes asumidos con ocasión de la suscripción del Contrato de Obra No. 2131744 suscrito el día 23 de mayo de 2013 y sus otrosíes.*

1.2. Que se declare la Nulidad absoluta o en subsidio la nulidad relativa del ITEM 9.3.1 sobre rejilla en acero 2000X4000 que hace parte del Contrato de Obra No. 2131744.

1.3. Que se ordene y practique la liquidación judicial del Contrato de Obra No. 2131744 suscrito el día 23 de mayo de 2013 y sus otrosí, modificaciones, adiciones y prórrogas teniendo en cuenta la renuencia del Consorcio para tales efectos.

1.4. *Atentamente solicito al H. Despacho tener en cuenta lo señalado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, que señala que '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'.*

2. PRETENSIONES DE CONDENA

2.1. *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a los integrantes del Consorcio **ACR – CONTEIN**, conformado por las sociedades ACR CONSTRUCTORA S.A.S identificada con el Nit. No. 900.617.679-7, y CONTEIN S.A.S identificada con el Nit. No. 860.090.819-1, a pagar a favor del **FONDO NACIONAL DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE**, la suma pactada convencionalmente por concepto de la cláusula penal a que hace mención la **cláusula novena** del Contrato de Obra No. 2131744 suscrito el día 23 de mayo de 2013 y sus otrosíes, esto es, a la suma de **\$14.115.151.094,4**.*

2.2. *Que se condene a los integrantes del Consorcio **ACR – CONTEIN**, conformado por las sociedades ACR CONSTRUCTORA S.A.S identificada con el Nit. No. 900.617.679-7, y CONTEIN S.A.S identificada con el Nit. No. 860.090.819-1, a pagar a mis representadas, **intereses de mora** a la tasa máxima legal aplicable, sobre todas las sumas a las que resulte condenada la demandada, a partir de la fecha en la que debieron ingresar al patrimonio de mis representadas, y hasta la fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral.*

2.3. *Que se condene a los integrantes del Consorcio **ACR – CONTEIN**, conformado por las sociedades ACR CONSTRUCTORA S.A.S identificada con el Nit. No. 900.617.679-7, y CONTEIN S.A.S identificada con el Nit. No. 860.090.819-1, a pagar a mis representadas, las costas que se generen como consecuencia de este proceso, así como las agencias en derecho, y **la actualización-indexación** de las sumas adeudadas y reconocidas en el Laudo Arbitral.*

Los hechos que se enunciaron como soporte de las anteriores pretensiones se resumen así:

El régimen contractual de FONADE al momento de suscripción del Contrato No. 2131744 (23 de mayo de 2013) era y sigue siendo de derecho privado. La normativa interna aplicable era la Resolución 131 de 2012, mediante la cual se adoptó el Manual de la Actividad Precontractual, Contractual y Postcontractual de Derecho Privado de FONADE (versión No. 7 del 9 de noviembre de 2012).

El 14 de septiembre del año 2012, FONADE y el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO suscribieron el contrato interadministrativo No. 212027, en virtud del cual *“FONADE se compromete con el ministerio de hacienda y crédito público a desarrollar la gerencia del proyecto denominado restauración de las casas de santa bárbara y construcción del edificio archivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público Bogotá D.C.”*.

El 23 de mayo de 2013, FONADE y el Consorcio ACR-CONTEIN suscribieron el Contrato No. 2131744, que, a solicitud del Consorcio, fue objeto de modificaciones que consistieron en prórrogas y adiciones, entre otros. El Acta de Inicio se suscribió el 5 de junio de 2013 y la ejecución del Contrato iría hasta el 30 de junio de 2014. Este plazo se modificó mediante prórrogas por dos años y 19 días; en ningún momento fue solicitada suspensión o paralización de la obra. Adicionalmente, a pesar de que el plazo del contrato terminó el 19 de septiembre de 2016, con posterioridad a esta fecha el Consorcio debió realizar ajustes al BMS (Building Management System).

Por la demora en la ejecución del contrato imputable al Consorcio, este aceptó pagar las adiciones presupuestales al contrato de interventoría, de conformidad con el numeral 4.5 de las Reglas de Participación del proceso OPC -013 de 2013 y la cláusula 6º del contrato.

Según FONADE, el Consorcio incurrió en incumplimientos que retrasaron la obra y obligaron a suscribir prórrogas, adiciones, modificaciones y contratos adicionales, sin que quedaran saldadas las obligaciones al momento de terminación. Los incumplimientos se agrupan en: *“1. Incumplimiento en la oportunidad y calidad del informe de fase cero (0), por no detectar situaciones que sobrevinieron con posterioridad”*; *“2. Incumplimiento por la entrega deficiente y tardía de los ajustes a diseños”*; *“3. Incumplimiento por los retrasos, reprocesos y dilaciones en los trámites*

de los ítems no previstos”; y “4. Incumplimiento en el sistema BMS necesario para la automatización de los edificios”.

Sobre el **“INCUMPLIMIENTO EN EL PLAZO Y CALIDAD DEL INFORME DE FASE CERO (0), QUE FALLÓ EN LA DETECCIÓN DE SITUACIONES QUE AFECTARON EL PROYECTO CON POSTERIORIDAD”**, FONADE expresó que en la Adenda No. 3 se dispuso el inicio simultáneo de la Fase 0 y la Fase 1, con el fin de que la definición completa de los diseños se realizara una vez se estimaran las necesidades reales del terreno. Esta Adenda fue publicada el 20 de marzo de 2013 y el Consorcio aceptó tal modificación, como lo corroboran la carta de presentación y demás documentos precontractuales. Adicionalmente, *“Durante la ‘Fase 0’, el Consorcio ejecutó actividades de obra propias de la ‘Fase 1’, lo que lo llevaron facturar \$2.195.458.799 dentro de los tres primeros meses de ejecución”.*

El 27 de junio de 2013, el Consorcio presentó el informe de Fase 0, cuyo alcance *“fue a todas luces incompleto, por cuanto las actividades que debieron preverse en esa etapa, tuvieron que ir siendo adicionadas durante la ejecución del contrato en la etapa posterior”.*

En el informe de la Fase 0, el Consorcio no expresó necesidad de definición prioritaria en la parte estructural para poder acometer la construcción. La definición del sistema constructivo a lo largo de la ejecución del contrato no interfería la realización del proyecto. FONADE entregó, dentro de los dos primeros meses, diseños de detalle para viabilizar técnicamente los muros atirantados de las unidades constructivas I y II. *“Por tanto, para solucionar esta consideración sobre el diseño estructural, el Ing. Palomino rediseñó el sistema constructivo y generó actividades adicionales que fueron debidamente pagados al constructor de conformidad con su solicitud, el aval de la Interventoría, y la posterior suscripción, por parte de FONADE, de la MODIFICACIÓN COMPENSACIÓN Y CONTRATO ADICIONAL NO. 01”.*

Los diseños hidráulicos y sanitarios, si bien fueron objeto de petición -por parte del Consorcio- de mayor definición en los planos de detalle, no fueron óbice para iniciar las obras. El sistema de incendios y el de integración inteligente BMS presentan deficiencias.

Sobre el **“INCUMPLIMIENTO POR LA ENTREGA DEFICIENTE Y TARDÍA DE LOS AJUSTES A DISEÑOS”**, la demanda de reconvención narra que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicitó a FONADE *“llevar a cabo el análisis y viabilidad de las adecuaciones para el Centro de Datos, es decir, para los diseños del datacenter y unidad constructiva y el ajuste a los diseños de las unidades constructivas”*. A partir del 4 de agosto de 2014, el Consorcio presentó propuesta económica y, en comunicaciones posteriores, estimó diferentes plazos de duración de las nuevas labores, de los cuales el último fue 75 días calendario. El 15 de octubre de 2014 se suscribió el Contrato Adicional No. 2, del cual se solicitó prórroga por 37 días calendario a través de comunicación radicada el 12 de diciembre de 2014. El 22 de diciembre de 2014 se firmó la Modificación 1 al Contrato Adicional No. 2, en la que no se expresó que se prorrogaba por 37 días. El Consorcio solicitó prórroga no inferior a 20 días calendario, a través de comunicación de febrero de 2015. La interventoría aprobó y solicitó la prórroga al Contrato Adicional No. 2 por 30 días calendario. El término vencía, entonces, el 28 de febrero de 2015. Sin embargo, el Consorcio incumplió las fechas de entrega de los ajustes a diseño, pues lo hizo en octubre de 2015, lo cual ocasionó perjuicios en los tiempos de ejecución del contrato y adiciones presupuestales.

FONADE manifestó que el contratista no respetó la metodología para la elaboración y presentación de ajustes a diseño, que debían tener de forma visible el control de cambios. Enunció varias actas de seguimiento relacionadas con requerimientos al contratista para subsanar observaciones, incluyendo actas posteriores al 28 de febrero de 2015 (Acta No. 20 del 26 de marzo de 2015, Acta No. 22 del 31 de marzo de 2015 y Acta No. 24 del 8 de abril de 2015). COINET dio traslado documental de los primeros ajustes a diseño mediante comunicación del 1 de abril de 2015, junto con las observaciones que sustentaron la negativa a avalarlos. Se afirmó que en la ejecución del Contrato Adicional No. 2 hubo *“necesidad de presentar un sinnúmero de observaciones para cada componente por parte de la supervisión, que NO eran atendidas diligentemente por el Consultor, presentando además falta de coordinación en los ajustes proyectados para los diferentes componentes, sin control y manejo de versiones, con la negativa de los subcontratistas de entregar los registros que serían la base documental de la consultoría con el argumento que no se encontraba dentro del alcance de su contrato, etc., impidiendo la generación de las 2 versiones*

previstas por documento y por componente, y llegando a tener hasta 7 versiones de Memorias Descriptivas y 9 versiones de planos, lo que superó toda expectativa, como se evidencia en los formatos diligenciados, firmados por Supervisión y Consultor y radicados en FONADE mediante comunicación No. 2015-430066235-2 del 24 de agosto de 2015”.

La demanda de reconvención hace referencia a comunicaciones fechadas entre diciembre de 2014 y abril de 2015, en las cuales, según FONADE, se evidencia el incumplimiento del Consorcio en los diseños eléctricos. Según FONADE, *“por la falta de criterio técnico por parte del Consorcio al adelantar los primeros ajustes a diseño eléctricos, debió presentar un nuevo diseñador eléctrico (Ing. Jesús Ortiz), quien adelantaría los segundos ajustes a diseño, que vale la pena aclarar, tomó los cambios físicos de la obra y aplicó como debía ser las normas y reglamentos requeridos para este tipo de proyecto, encontrando al final del ejercicio que la cargabilidad del transformador es de 2020 KVA y no 1250KVA o 1600 KVA como se había indicado antes por el consultor encargado del Consorcio ACR-CONTEIN, en los primeros ajustes a diseños. Este hecho confirma el concepto técnico emitido por COINET desde principios del año 2015 y que, por negativa del diseñador, Consorcio ACR-CONTEIN, las observaciones no fueron resueltas durante el plazo para cumplir las obligaciones del adicional No. 2”.* Mediante comunicación del 27 de abril de 2015 se hizo requerimiento por *“presunto incumplimiento parcial pero definitivo de las obligaciones del Adicional No. (sic) del 15 de octubre de 2014 y del Contrato Principal No 2131744 del 23 de mayo de 2013”.* Para FONADE, el retraso del Consorcio repercutió en forma negativa la ejecución del Contrato de Obra 2131744.

Según la demanda de reconvención, *“las razones que impedían a FONADE aprobar los ajustes a los diseños eléctricos presentados por el Consorcio, fueron sus incumplimientos graves e inexcusables, que, en consecuencia, viabilizan la aplicación de la Cláusula Novena del Contrato 2131744, que es la cláusula penal por incumplimiento como tasación anticipada de perjuicios”.*

En relación con el alegado **“INCUMPLIMIENTO POR LOS RETRASOS Y LOS REPROCESOS EN LOS TRÁMITES DE LOS ÍTEMS NO PREVISTOS Y LAS DILATACIONES PARA SU ACEPTACIÓN”**, FONADE expresó que *“Existen diferencias significativas entre el Informe de Fase 0 elaborado por el Consorcio y las*

múltiples solicitudes de modificación y adición al contrato, situación que denota que el 'Informe de Fase 0' fue incompleto por cuanto el Consorcio no las detectó de manera oportuna de conformidad con sus obligaciones contractuales". En el proceso constructivo de las unidades 1, 2, 3, 4 y 5 el Consorcio hizo observaciones a los diseños de cimentación, que condujeron a actividades no previstas que fueron pagadas al constructor mediante la Modificación, Compensación y Contrato Adicional No. 1. En el diseño eléctrico se aprobaron 273 ítems no previstos no detectados en la Fase 0, diferentes al sistema de apantallamiento y puesta a tierra; en las cuatro casas a restaurar se aprobaron 45 ítems no previstos no detectados en la Fase 0; en la obra civil -estructuras metálicas y en concreto- se crearon 51 actividades no previstas no determinadas en la Fase 0; en el capítulo hidrosanitario el Consorcio solicitó crear 15 ítems no previstos no determinados en la Fase 0; y, para la red contra incendios, el Consorcio detectó 8 ítems no previstos no revelados en la Fase 0. Durante el contrato se aprobaron 570 actividades no previstas que el contratista fue detectando (no en la Fase 0), las cuales se formalizaron mediante contratos adicionales, *"aprobandos en ellos las prórrogas requeridas por el Contratista para su ejecución"*.

La demanda de reconvención agrupó las solicitudes de ítems no previstos así:

a) "Ítems no previstos tramitados en la Modificación, Compensación y Contrato Adicional No. 1".

La Convocada reseña actas según las cuales, en determinadas fechas, el Consorcio no habría presentado la documentación necesaria para elaborar el contrato adicional con las actividades no previstas y en las cuales constan solicitudes de FONADE al Consorcio y a la interventoría, para que se agilizará el trámite de ítems no previstos, pues debía surtirse un trámite interno con el área de Estudios Previos que demandaba plazos para aprobación. Se presenta un cuadro que indica, por cada ítem no previsto, los días transcurridos desde que se realizó el comité en el cual el contratista manifestó por primera vez la necesidad de incluirlos, hasta el momento de radicación en FONADE de todos los documentos necesarios.

Según la demanda de reconvención, *"La solicitud de novedad contractual correspondiente a la adición N°1 por valor de \$3.500.617.917 del contrato 2131744*

fue radicada en FONADE, mediante comunicación 20134300699042 del 30 de septiembre de 2013”.

b) “Ítems no previstos tramitados en la Modificación No. 3, Adición No. 2 y Prórroga No. 2”.

Al igual que para la modificación anterior, FONADE reseña actas en las cuales FONADE urgió la presentación de documentación para el trámite de aprobación de actividades no previstas. También se menciona la incorporación de un nuevo supervisor contratado por FONADE para agilizar el trámite. Se expone en un cuadro las actividades adicionales incorporadas al Contrato No. 2131744 mediante solicitud radicada en julio de 2014, *“suscrita mediante la Modificación No. 3, Adición No. 2 y Prórroga No. 2, por valor de \$2.793.416.051 del 26 de agosto de 2014”*. FONADE afirmó que *“Si bien los ítems adicionales se solicitaron y se aprobaron, el Consorcio no las ejecutó en la obra, tal y como se evidencia en la última versión de los formatos radicados con número 20174300147272 del 17 de marzo de 2017 de los formatos FMI 026 ‘Acta de terminación de contrato’, FMI 027 ‘Acta de entrega y recibo final del objeto contractual’ y FMI 045 ‘Proyecto de liquidación de contrato’”*.

c) “Ítems no previstos tramitados con la (sic) No. 4, Adición No. 3”.

La demanda de reconvención enuncia varias actas en las cuales FONADE solicitó la entrega de documentación necesaria para el trámite de ítems no previstos y presenta un cuadro en el que *“se evidencian las actividades adicionales que fueron solicitadas por el Consorcio y la Interventoría de forma extemporánea y tardía a FONADE (...) Las correspondientes actividades adicionales, fueron incorporadas al Contrato por la solicitud radicada con número 20154300026882 del 15 de enero de 2015, y suscrita mediante adición N°3 por valor de \$3.098.923.382 del 27 de febrero de 2015”*. Según la demanda de reconvención, no todas estas actividades fueron ejecutadas *“tal y como se evidencia en la última versión de los formatos radicados con número 20174300147272 del 17 de marzo de 2017 de los formatos FMI 026 ‘Acta de terminación de contrato’, FMI 027 ‘Acta de entrega y recibo final del objeto contractual’ y FMI 045 ‘Proyecto de liquidación de contrato’”*. Según narró FONADE, *“En la Modificación No. 4, Adición No. 3 se incorporaron al Contrato de obra 132 ítems No Previstos tramitados ante FONADE y aprobados por Estudios Previos; 22*

de los cuales el contratista no requirió para el desarrollo de la obra, lo que representó un desgaste administrativo del 16,67%, 1/6 de tiempo, costo y esfuerzo más grande de lo que realmente se requirió en obra”.

En la demanda de reconvención también se relacionan varias comunicaciones dirigidas por FONADE a la interventoría, en las cuales le solicitó que fueran tramitadas las solicitudes de actividades no previstas radicadas por el Consorcio, de acuerdo con los términos que establece el manual de interventoría de FONADE.

d) “Ítems adicionales solicitados para la suscripción del Reinicio No. 1, Prórroga No. 5, modificación No. 5 y Adición No. 4”.

En este apartado, la demanda de reconvención muestra extractos de actas y menciona: *“En la Modificación No 5, Adición No 4 se incorporaron al Contrato de obra 31 ítems NO Previstos requeridos por el contratista de obra. [...] Desde el 28 de abril de 2017 se tenían aprobados 40 NPs., por esta razón el 4 de mayo de 2017 FONADE solicita a la interventoría la modificación del contrato de obra, de esta manera la obra radica la solicitud de modificación contractual ante la interventoría de obra el 7 de mayo de 2017, quien radica la solicitud ante FONADE el 1 de junio de 2017. [...] No terminado el proceso de la adición No. 4, el contratista evidenció una nueva modificación para anexar nuevos NPs. al contrato de obra 2131744, el 8 de julio del 2015”.*

e) “Ítems adicionales solicitados para la suscripción de la Prórroga No. 6, modificación No. 6 y Adición No. 5”.

La demanda de reconvención cita extractos de actas y menciona: *“Desde el 8 de julio del 2015, antes de terminado el proceso de la adición No. 4, se anuncia una nueva modificación (Adición No. 5) para anexar nuevos NPs. al contrato de obra; el 21 de octubre de 2015 ya se tienen aprobados los NPs de la adición. [...] El 3 de diciembre de 2015, en la Adición No 5, Prórroga No. 6, Modificación No 6, se incorporaron al Contrato de obra 122 ítems No Previstos tramitados ante FONADE y aprobados por Estudios Previos; 10 de los cuales el contratista no requirió para el desarrollo de la obra”.*

f) “Ítems adicionales solicitados por el Consorcio para tramitar la Modificación No. 7 y Adición No. 6”.

La demanda de reconvención cita extractos de actas y menciona: “El 12 de noviembre de 2015 FONADE requirió la información de la modificación para el 15 de diciembre de 2015. [...] El 18 de diciembre de 2015, en la Modificación No 7 y Adición No 6, se incorporaron al Contrato de obra 93 Ítems No Previstos tramitados ante FONADE y aprobados por Estudios Previos; 23 de los cuales no se requirieron para el desarrollo de la obra una cuarta parte de los mismos”.

g) “Ítems adicionales solicitados para suscribir la Modificación No. 1 a la modificación No. 7 y adición No. 7”.

La demanda de reconvención cita extractos de actas y menciona: “El 05 de diciembre de 2016, en la Modificación No 8 y Prórroga No 7, se incorporaron al Contrato de obra 65 Ítems No Previstos tramitados ante FONADE y aprobados por Estudios Previos; uno (1) de los cuales no se requirió para el desarrollo de la obra”.

h) “ADICIÓN DE NPs. No. 8”.

La demanda de reconvención cita extractos de actas y menciona: “El 29 de julio de 2016, en la Modificación No 10 y Prórroga No. 8, se incorporaron al Contrato de obra 37 Ítems No Previstos tramitados ante FONADE y aprobados por Estudios Previos; 5 de los cuales no se requirieron para el desarrollo de la obra”.

i) “SISTEMA DE APANTALLAMIENTO”.

FONADE narra que el 12 y el 27 de noviembre de 2015 se envió a la interventoría el ajuste al Proyecto Técnico Sistema de Apantallamiento y Puesta a Tierra para continuar con el proceso, cuantificación y evaluación de los NPs correspondientes.

La demanda de reconvención cita extractos de actas y afirma que “En el Acta 137 no se presenta como crítico el avance del sistema de Apantallamiento y Puesta a Tierra” y “El 05 de abril de 2016, en la Modificación No 8 y Prórroga No 7, se incorporaron al Contrato de obra 65 Ítems No Previstos tramitados ante FONADE y aprobados por

Estudios Previos entre los cuales se encuentran nueve (9) de Puesta a Tierra (SPT) y doce (12) de apantallamiento (APANT), uno de los cuales no se usa para el desarrollo de la obra ...". También anota que "Dentro de las diferentes actas de comité de obra, suscritas por las partes se evidencia como normal el desarrollo de obra correspondiente a los Sistemas de Apantallamiento y Puesta a Tierra, la interventoría y el contratista de obra definen como actividades de obra atrasadas labores diferentes a estos sistemas ...".

La demanda de reconvención expone como uno de los aspectos en los que hubo incumplimiento del Consorcio el sistema de BMS. En la propuesta del Consorcio que derivó en el Contrato Adicional No. 2, el contratista consideró necesario un ajuste al sistema BMS en los términos expresados en dicha propuesta. El 20 de octubre de 2016, el Consorcio *"radicó en FONADE la documentación con la que pretendía acreditar el cumplimiento de las obligaciones pactadas en virtud del BMS"*, lo cual FONADE considera tardío pues para esa fecha *"el contrato ya había fenecido"*, de manera que las obligaciones pactadas fueron incumplidas. FONADE solicitó a la interventoría PAYC S.A.S. evaluar si lo entregado por el Consorcio cumplía las obligaciones pactadas; el 19 de diciembre de 2016 la interventoría envió a FONADE la *"primera acta de terminación del contrato FMI 026"* en la cual indicó que *"para el ítem de **BMS**, correspondiente a la 'Ingeniería, programación y puesta en marcha del sistema de seguridad y control' el porcentaje de cumplimiento por parte del Contratista fue de un 30%".*

FONADE también manifiesta que pidió a la interventoría *"hacer la entrega formal a FONADE de las carpetas correspondiente a BMS, de la misma manera hacer la entrega de los formatos FMI026 (Acta de terminación de contrato) y FMI027 (Acta de entrega y recibo final del objeto contractual) debidamente suscritos por las partes, con el ánimo de que el consorcio ACR-CONTEIN adelante las gestiones para modificar la vigencia de las garantías de estabilidad de obra, de calidad y suministro de repuestos, hecho que no se ha dado una vez terminado el plazo del contrato de Obra desde 19 de septiembre de 2016"*.

La demanda de reconvención narra que FONADE, el 8 de febrero de 2017, solicitó a la interventoría enviar la tasación de perjuicios por el incumplimiento del Consorcio,

el 10 de febrero le pidió informar si el Consorcio había cumplido y, en caso contrario, *“solicitar el incumplimiento ante FONADE con todos los documentos requeridos para iniciar el proceso”*, e indicar el porcentaje real de avance del sistema de integración correspondiente al BMS. La interventoría envió a FONADE el análisis del sistema BMS en el que se constata que no se recibió a satisfacción.

Según la demanda de reconvención, debido a las fallas del BMS, el Consorcio debió contratar la actualización del software y el acompañamiento de la empresa VC INGENIERÍA S.A.S. En comunicaciones del 23 de noviembre y 11 de diciembre de 2017, FONADE le reiteró al Consorcio sus incumplimientos, así como la garantía de correcto funcionamiento del contrato. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público ha presentado a FONADE quejas en relación con el BMS.

FONADE alegó, además, que los formatos de terminación y liquidación del contrato (cuyo plazo vencía el 19 de septiembre de 2016), no fueron enviados oportunamente y en repetidas ocasiones pidió al Consorcio subsanar los errores e inconsistencias de los mismos. La última versión de los formatos en cuestión fue recibida en FONADE en comunicación del 17 de marzo de 2017, con inconsistencias *“pues fueron suscritos el 30 de enero de 2017, es decir 133 días después de vencido el plazo de ejecución”*. Según FONADE, hubo *“incumplimiento parcial de las obligaciones a cargo del Consorcio ACR-CONTEIN pues la fecha en que se debió recibir la obra mediante la suscripción del acta de entrega y recibo final del objeto contractual era el 19 de septiembre de 2016, así como la suscripción del acta de terminación debió ser suscrita el mismo 19 de septiembre de 2016 y no 133 días después extendiendo el plazo de manera arbitraria por parte del Consorcio ACR-CONTEIN y de PAYC S.A.S.”*.

Por otro lado, en las actas en mención se incluyeron actividades no previstas no aprobadas por la interventoría ni por FONADE, y observaciones que no podían ser incluidas de acuerdo con el manual de interventoría y supervisión.

Adicionalmente, el valor ejecutado de obra consignado en el formato FMI 027 (*“Acta de Entrega y Recibo Final del Objeto Contractual”*) recibido el 3 de marzo de 2017 difiere del valor puesto en el último corte de obra (Corte de Obra No. 41). Según la demanda de reconvención, *“para el 3 de marzo de 2017 mediante radicado*

20174300112192 el contratista e interventoría radicaron los formatos FMI 026 y 027 indicando que el valor de obra ejecutada era de \$68.757.306.082,24, sin embargo dicho valor fue ‘ajustado’ para el 22 de septiembre de 2017, casi 7 meses después, con la presentación del corte de obra No 41 en el que el valor acumulado de obra es de \$ 68.658.249.965,12, es decir \$99.056.117 por debajo del valor presentado dentro del acta de recibo a satisfacción y valor que quedaría como liquidación del contrato”. Dijo FONADE, además, que “La evaluación económica presentada en el Acta de Corte de Obra No. 41 no corresponde a lo estipulado en la Modificación No. 11 — Clausula Segunda Numeral ii) del Contrato de Obra 2131744, ya que el valor de la evaluación económica de la interventoría PAYC S.A.S. está incrementada con el valor del AIU del contrato de obra para los ítems de suministro”.

En relación con el Corte de Obra No. 40, FONADE narra que el contratista radicó facturas que fueron devueltas y, finalmente, se pagó la factura radicada adjunta a comunicación del 30 de mayo de 2017 por \$724.215.558,32. El valor relacionado por el contratista por retención en garantía (10%) fue \$72.421.556.

La demanda de reconvenición narró que la factura del Corte de Obra No. 41, por \$357.477.866,88, fue pagada el 27 de septiembre de 2017, y la retención en garantía era \$35.747.787.

Según FONADE, no existe retención en garantía por el Contrato Adicional No. 2 y el pago del 10% de su valor (\$34.412.376) está condicionado a la aprobación por FONADE de la garantía de calidad de los ajustes a diseños, que no ha presentado el Consorcio.

En relación con el ítem 9.3.1., correspondiente a rejillas, FONADE afirma que el Consorcio presentó su propuesta “*con pleno conocimiento de que el metraje y el precio del ítem 9.3.1 rejillas establecido en las reglas de participación distaban de la realidad, tanto en su precio como en su cantidad*” y “*La inexactitud (error en el cálculo) en los estudios previos y en el formulario adjunto a las Reglas de Participación, en punto a este ítem (en cantidad y valor unitario), fue replicada conscientemente y de mala fe por el Consorcio en su propuesta económica (APU del ítem y análisis unitario), así como en la Fase 0 de ejecución del contrato, desconociendo el ordenamiento constitucional y legal de manera grave, pretendiendo*

unos sobrecostos para el Estado de aproximadamente un 333% del ítem sobre los precios del mercado, con el consecuente detrimento patrimonial público”. A lo anterior se suma la inexactitud en la cantidad de metros requeridos “dado que el Consorcio propuso 31 m², cuando su condición de experto le permitía saber que las cantidades del ítem de rejillas se requerirían en 312 m” y no alertó sobre esto en la Fase 0.

Por último, FONADE narró que la interventoría COINET solicitó la aplicación de la cláusula penal pecuniaria mediante comunicación del 27 de abril de 2015, debido a retrasos en la ejecución de la obra. La interventoría también “*dio cuenta de incumplimientos que ameritaban el inicio del procedimiento tendiente a hacer efectiva la cláusula penal*”, según comunicaciones radicadas en abril y agosto de 2015.

6.4. Contestación de la demanda de reconvención

El Consorcio aceptó que el régimen del contrato objeto del proceso es derecho privado, y manifestó que era un asunto de derecho la integración de resoluciones o actos administrativos al contrato.

El Contratista negó que el Contrato hubiera sido objeto de modificaciones por solicitud suya, pues la modificación “*estaba precedida de reuniones y convenios, comprobaciones de la Interventoría que concluían en solicitar al CONSORCIO la petición para que se diera la prórroga en un engorroso trámite que fue objeto de discusiones entre las partes*”. Así mismo, negó que el Contrato no se hubiera suspendido y paralizado, fenómenos que atribuyó a responsabilidad de FONADE. También negó que no se hubiera entregado correctamente el BMS.

El Consorcio precisó que el pago hecho a la interventoría “*lo tuvo que efectuar el CONSORCIO, para que el CONTRATO se pudiera ejecutar, ya que estaba paralizado por falta de Interventor. Las irregularidades en relación con el Interventor, ex funcionario que trabajó para FONADE en este CONTRATO actuó a través de una persona jurídica de su propiedad, para avalar los diseños*”.

Para el Consorcio, las prórrogas, adiciones y contratos adicionales fueron necesarias por la indebida planeación atribuible a FONADE.

Según el contratista, la unificación de las fases 0 y 1 *“obedeció a la necesidad de cumplir con unos términos contractuales asumidos con el Ministerio de Hacienda por parte de FONADE y a su falta de dirección y control sobre el diseño de la obra”*, y dentro del proceso de selección no era posible hacer observaciones u oponerse a ello. En los primeros meses del contrato, el Consorcio se preocupó por ejecutar la obra y adelantó labores de excavación; la facturación de dos mil millones de pesos en los tres primeros meses es baja en comparación con el total de la obra.

En la contestación de la demanda de reconvención se afirmó que los errores de diseño fueron advertidos íntegramente en el informe de Fase 0 y *“Cosa distinta son los imprevistos normales que surgen en las obras, los cuales solo fueron advertidos en la medida del avance del Proyecto ...”*.

Según el Consorcio, los defectos de diseño en materia estructural ocasionaron problemas en la ejecución del contrato, de lo cual dan fe los propios documentos de FONADE, especialmente en la primera prórroga. Los planos entregados por FONADE fueron materia de objeciones y reformas que demoraron la obra. Para el Consorcio, constituye confesión de FONADE reconocer que se tuvo que rediseñar el sistema constructivo, se generaron nuevas cantidades de obra y se aumentó el tiempo de ejecución.

También generó retraso la necesidad de modificación de los diseños hidráulicos. Con respecto al sistema de incendios, el Consorcio dejó en claro sus deficiencias, y en relación con el BMS se acusa a FONADE de descuido y negligencia.

En cuanto al **“INCUMPLIMIENTO POR LA ENTREGA DEFICIENTE Y TARDÍA DE LOS AJUSTES A DISEÑOS”** alegado por FONADE, el Consorcio manifestó que *“el asunto de los ajustes a diseño surgen por cuanto FONADE no pudo entregar los diseños, por cuanto su consultor inicial le incumplió el CONTRATO al punto que lo desvinculó de la obra, a partir del 8 de julio de 2014 ...”*. No es cierto que el Ministerio de Hacienda hubiera modificado los diseños iniciales no entregados, sino que hizo un requerimiento sobre un centro de datos que aumentó las

necesidades de carga, pero FONADE no tenía diseños eléctricos adecuados. Al Consorcio se le solicitó colaboración *“para salir del impase en que está FONADE al despedir y terminar el CONTRATO de TECTUS, su consultor, lo que se puede ver en los apartes del Acta de Seguimiento del CONTRATO No. 60 del 8 de julio de 2014 ...”*. El trabajo inicial era de ajustes a diseño, pero terminó en un nuevo diseño total. El requerimiento del Ministerio de Hacienda fue en mayo de 2014, al paso que el perfeccionamiento del contrato de nuevos ajustes fue en octubre, cinco meses después, muestra de la falta de diligencia de FONADE. El Consorcio cumplió el contrato adicional, según Acta No. 93 del 17 de marzo de 2015 -en donde se dejó constancia de que había un 10% pendiente atribuible a la revisión de COINET-, así como el Acta de Terminación del Contrato Adicional No. 2 (formato FMI 026), *“Cosa diferente es que, a partir de la fecha, y por efectos de las modificaciones en las cargas a diseñar, dado que las entregadas por TECTUS eran erróneas, fue necesario que el contratista efectuara un nuevo diseño”*.

El Consorcio negó que hubiera entregado los ajustes a diseño en octubre de 2015 y afirmó que *“los nuevos diseños no pagados al CONSORCIO distintos de los ajustes a diseño para lo cual se suscribió el CONTRATO ADICIONAL No. 2 fueron entregados el de (sic) 11 de mayo de 2015”*.

En relación con la metodología de elaboración y presentación de los ajustes a diseño, el contratista expresó que *“el mecanismo de control de cambios no era idóneo, dada la cantidad de cambios que incidían al Proyecto”* y *“la metodología de control de cambios era inoperante, porque no había forma de definir que era ajuste de diseño y que era ajuste de obra y como tenían que ser aprobados por Interventorías diferentes (sic). El tema era muy complejo se generaban atrasos y reprocesos”*. El Consorcio manifestó que son incongruentes las alegaciones de FONADE en relación con la ejecución del Contrato Adicional No. 2, *“frente al Acta de Terminación del Contrato Adicional 2 del 19 de marzo de 2015, aportada con la reforma de la demanda y sobre la que curiosamente el apoderado de FONADE se abstiene de mencionar”*.

En relación con las alegaciones de la demanda de reconvenición sobre el diseño eléctrico, el Consorcio manifestó haber cumplido la fecha de entrega de los ajustes (31 de marzo de 2015) y, sobre la mayor carga requerida, expresó que *“los nuevos*

requerimientos sobrepasaban las demandas de carga y debían proceder a efectuar un nuevo diseño, que es la discusión de fondo planeada (sic) en este proceso, por cuanto se han querido presentar, no obstante haberse demostrado su incumplimiento del Contrato Adicional No. 2, que se trataba de obligaciones derivadas de ese CONTRATO cuando se trataba de una nueva obra a la cual entre otras se llega por las demandas y requerimientos tardíos del Ministerio de Hacienda”. El Consorcio negó que se hubiera efectuado requerimiento por incumplimiento del Contrato Adicional No. 2 y expresó “los ajustes a diseño fueron entregados en cumplimiento del Contrato a COINET y FONADE, sin observaciones, cosa distinta es que dentro de los cinco (5) meses siguientes y a costa del CONSORCIO, se haya tenido que efectuar un nuevo diseño eléctrico que llevó como bien se anota por parte del apoderado de FONADE, a contratar un nuevo consultor dada la magnitud del Proyecto y la necesidad de sacarlo en tiempo record como fue reconocido por la Interventoría y FONADE”.

Según el Consorcio, la firma del Acta de Entrega y Recibo Final el 23 de octubre de 2015 es “irrelevante”. Anotó que “Lo que resulta importante y claro es que eso no era una obligación del CONSORCIO sino del Interventor”.

El Consorcio se opuso a la alegación de FONADE de ser aplicable la cláusula penal y manifestó que “lo que sí generó un real atraso en el cronograma de obra fue la negativa de la entidad a legalizar una adición del CONTRATO que incluyera los APU's derivados de los seis (6) componentes de diseño avalados desde marzo de 2015, lo cual solo ocurrió en diciembre de 2016, esto es, nueve (9) meses después”.

En relación con la aparición de ítems no previstos no detectados en la Fase 0, el Consorcio expresó: “Resulta contradictorio por decirlo menos (sic), que cuando en la reforma de la demanda y los distintos escritos el CONSORCIO manifiesta que esta obra es un ejemplo de improvisación al tener más de 600 no previstos, en la presente demanda se acepten y se traigan como una falencia del CONSORCIO en la fase cero (0), lo anterior por cuanto se debe tener presente que el CONTRATO era de obra no de diseño, razón por la que las labores que se desarrollarían en la fase cero (0) serían mínimas, ya que debió ser un proyecto debidamente concebido y planificado”.

Sobre la oportunidad de radicación de los documentos necesarios para la aprobación de ítems no previstos y suscripción de las correspondientes modificaciones contractuales, el Consorcio se remitió al cronograma que expuso en la demanda principal sobre aprobación de los APUs y no previstos por la oficina de Estudios Previos de FONADE. Adicionalmente, la Convocante considera que FONADE acusa al Consorcio de incumplimientos imputables a la interventoría en este aspecto y une todos los APUs como si fueran uno solo.

En relación con el sistema de apantallamiento, el Consorcio afirmó que aquello, *“que no era ruta crítica, se convirtió en un escollo que retrasó de manera evidente la ejecución contractual, tal y como se ha acreditado con las pruebas que hemos aportado”*.

Con respecto al sistema BMS, el Consorcio contestó que el mismo *“como se construyó fue diseñado por el CONSORCIO”* y lo que se realizó no fue un “ajuste” sino un “rediseño”. ACR-CONTEIN negó que el avance en el sistema BMS al 19 de diciembre de 2016 fuera el indicado en la demanda de reconvención y que hubiera incumplido, sino que, dijo, *“como es normal dentro del término de la garantía se procedió a corregir algunos componentes, lo cual no se puede señalar como un incumplimiento esencial del CONTRATO más cuando el edificio estaba funcionando adecuadamente desde el mes de agosto de 2016”*.

El Consorcio afirma haber hecho entrega de formatos de terminación y liquidación del contrato el 23 de diciembre de 2016, dentro del plazo de liquidación bilateral. El Consorcio anotó que *“nunca incumplió sus obligaciones, lo que se pretendía era que mediante esta manipulación de documentos se subsanaran las moras e incumplimientos de FONADE a lo cual el CONSORCIO no se prestó”* y *“el CONSORCIO entregó los formatos conforme se acordaron con la Interventoría, sin embargo, FONADE se negaba a recibirlos, por cuanto de hacerlo se le caía la estrategia esbozada en el Tribunal de Arbitramento del presunto incumplimiento y negación del CONSORCIO a suscribir la Liquidación Bilateral del CONTRATO”*.

Según el contratista, las actividades incluidas en los formatos fueron las efectivamente ejecutadas. En cuanto a las salvedades dejadas en los formatos, el Consorcio contestó que la imposibilidad de hacerlas según FONADE *“es una clara*

demostración de la arbitrariedad con la que actuó la entidad en el CONTRATO al impedir al contratista dejar salvedades de sus inconformidades en los documentos contractuales para con posterioridad vía demanda de reconvención o contestación de la demanda de este trámite arbitral, esbozar como estrategia la supuesta mala fe del contratista por no advertir en los documentos contractuales sus reservas y/o reclamaciones”.

El Consorcio explica la diferencia entre el valor ejecutado de obra consignado en el formato FMI 027 (“Acta de Entrega y Recibo Final del Objeto Contractual”) radicado en comunicación del 3 de marzo de 2017 y el anotado en el último corte de obra (Corte de Obra No. 41), por el hecho de que FONADE se rehusó a pagar lo acordado por el ítem de aire acondicionado. Según el Consorcio, *“Esto es una prueba de la arbitrariedad de la entidad, en cuanto se ha opuesto a pagar al contratista el ítem de aire acondicionado, por lo que se vio obligado por solicitud de FONADE, quien lo presionó para efectuar el pago del referido pago 41 a modificar el valor del formato presentado en marzo de 2017”.*

Sobre el pago del Corte de Obra No. 40, el Consorcio dijo que FONADE hizo requerimientos ilegales e innecesarios *“que finalmente terminan en la presentación de la Factura que inicialmente y dos (2) meses antes había presentado el CONSORCIO”.*

Según el Consorcio, sí se pactó retención en garantía respecto de los ajustes a diseño, y la garantía de calidad (que según FONADE no se ha presentado) se entregó junto con la de estabilidad de la obra.

En relación con los hechos narrados en la demanda de reconvención vinculados al ítem 9.3.1. de rejillas, el Consorcio manifestó que los valores unitarios no pueden ser modificados por el contratista y las ofertas se deben evaluar en conjunto y no se pueden modificar luego de celebrado el contrato, ya que unos precios de los valores unitarios pueden ser superiores o inferiores al valor de mercado y se atentaría contra la estabilidad de la ejecución contractual.

Sobre la aplicación de la cláusula penal pretendida por FONADE, el Consorcio manifestó: *“no existe ningún procedimiento iniciado para declarar el incumplimiento*

contractual, solo existen manifestaciones de COINET que no conoció el CONSORCIO, pero debe recordar como la señora CELMIRA MORENO, era empleada de FONADE y supervisaba para este CONTRATO y posteriormente a través de una firma de ella y su conyugue apareció como Interventora”.

El Consorcio propuso las excepciones que denominó “EXCEPCIÓN DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DEL CONSORCIO”, “VIOLACIÓN DE LOS ACTOS PROPIOS VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM NON VALET”, “PETICIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA PARCIAL RESPECTO DE LA CLÁUSULA ÍTEM 9.3.1.”, “PROPORCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL”, “NO ES FACTIBLE EL COBRO DE INTERESES SOBRE LA EVENTUAL CONDENA DE LA CLÁUSULA PENAL”, y “LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO”.

6.5. Demanda acumulada

La parte convocante presentó demanda acumulada, en la cual formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA. - Que se declare que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE—, incumplió el Contrato de Obra No. 2131744 de 2013 celebrado con el CONSORCIO ACR-CONTEIN, por todas aquellas causas que se prueben a lo largo del desarrollo de este trámite arbitral y en particular por las que se listan a continuación:

- 1. Por no tener FONADE a disposición del CONSORCIO ACR-CONTEIN la documentación, información y los diseños necesarios para el inicio de la construcción y ejecución del Contrato de Obra No. 2131744 desde la Fase 0 y durante su ejecución.*
- 2. Por haber entregado FONADE al CONSORCIO ACR-CONTEIN una información que no era confiable para la localización y replanteo de los edificios y casas de restauración.*

3. *Por haber entregado FONADE al CONSORCIO ACR-CONTEIN diseños que no eran viables para la cimentación de las unidades constructivas I y II.*
4. *Por las indefiniciones de FONADE para solucionar las falencias de los diseños entregados para la ejecución y construcción de la obra.*
5. *Por la inviabilidad o ausencia de los diseños eléctricos, de BMS, control y seguridad, voz y datos, aire acondicionado y control de iluminación, lo cual causó demora, reprocesos y prórrogas contractuales, que llevaron a que los ajustes realizados por el CONSORCIO ACR-CONTEIN dejaran en evidencia que era necesario la elaboración de un nuevo diseño eléctrico que contemplara de manera correcta las cargas de demanda, que se encontraban mal calculadas en diseño inicialmente entregado por FONADE.*
6. *Por las falencias de los diseños con base en los cuales se adjudicó el Contrato de Obra No. 2131744, lo que tuvo como efecto la necesidad de que el contratista de obra adelantara una labor de rediseño en el marco del Contrato Adicional No. 2.*
7. *Por la demora del FONADE en la legalización de los APU 's producto del ajuste y/o nuevo diseño que tuvo que ejecutar el contratista, lo que tuvo como efecto la imposibilidad jurídica de avanzar en obra por no contar con respaldo presupuestal tales actividades.*
8. *Por la demora por parte de la entidad en la entrega al contratista del diseño de apantallamiento, el cual constituía Ruta Crítica, esto es, actividad predecesora, sin la que no era posible avanzar en actividades sucesoras.*

SEGUNDA.- Que como consecuencia de la prosperidad total o parcial de la pretensión declarativa anterior, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— a pagar al CONSORCIO ACR-CONTEIN y/o a las sociedades CONTEIN S.A.S. y CONSTRUCCIONES ACR SUCURSAL COLOMBIA (integrantes del CONSORCIO), el valor de los sobrecostos y/o perjuicios de todo orden padecidos por el contratista por la ocurrencia de hechos o circunstancias que no le son imputables, atribuibles principalmente al incumplimiento del FONADE, según se probará a lo largo del

presente trámite, y que generaron una excesiva onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, y por no haber podido, entre otras cosas, ejecutar el contrato en los términos inicialmente previstos, tales sobrecostos y/o perjuicios tienen que ver principalmente, sin que implique renuncia a que se reconozcan y paguen todos aquellos perjuicios que resulten probados en el proceso, con mayores costos administrativos derivados de la mayor permanencia en obra, por valor de \$5.220.901.296.

TERCERA. - Que se ordene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE devolver al CONSORCIO ACR-CONTEIN y/o a las sociedades CONTEIN S.A.S. y CONSTRUCCIONES ACR SUCURSAL COLOMBIA (integrantes del CONSORCIO), las sumas de dinero que conserva en su poder a título de retención en garantía, por valor de \$2.298.928.928,00, junto con los intereses moratorios causados desde el momento en que se debió liquidar el contrato de manera bilateral y hasta la fecha en que realmente se paguen, suma que para la fecha en que se rindió el dictamen pericial de la firma ROBAYO & ROBAYO ascendía a la suma de \$117.152.258.

En subsidio de lo anterior, las sumas deberán ser reembolsadas, debidamente actualizadas entre la fecha en que debió liquidarse el contrato bilateralmente (19 de marzo de 2017) y la fecha en que se haga efectivamente la devolución por parte de la entidad.

CUARTA. - Que se declare que durante el desarrollo del Contrato de Obra No. 2131744 celebrado entre el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— y el CONSORCIO ACRCONTEIN, el contratista ejecutó mayores cantidades de obra, las cuales eran necesarias para la culminación del objeto del contrato y la puesta al servicio de la obra pública; por las cantidades que resulten probadas en el proceso que según se estimará pericialmente ascienden a un valor de \$108.215.739,32, correspondientes a:

ÍTEM	DESCRIPCIÓN	Und.	VALOR UNITARIO	ACTA 41 LIQUIDACIÓN	ACTIV. NO APROBADAS
NP 190	CINTA LED (Flex Eco 2 24 VDC Max.7W ml.)	ML	90.137,00	42,00	3.785.754,00

17.2.2.	ASEO ÁREA BIBLIOTECA	m ²	3.835,00	9494,07	36.409.758,45
NP 472	LIMPIEZA, PULIDO Y PINTURA INFERIOR PARA ENTREPISO DE MADERA (no incluye vigas)	m ²	37.906,00	563,84	21.372.919,00
NP473	REPULIDO, LIMPIEZA Y PINTURA PARA PISOS EN CASAS DE RESTAURACIÓN	m ²	38.980,00	606,83	23.654.233,00
VALOR COSTOS DIRECTOS APU-S					85.222.664,45
AIU (26,98%)					22.993.074,87
TOTAL					108.215.739,32

“PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Que en subsidio de la pretensión cuarta, se declare que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— se ha enriquecido sin justa causa a costa del correspondiente empobrecimiento del CONSORCIO ACR-CONTEIN y/o a las sociedades CONTEIN S.A.S. y CONSTRUCCIONES ACR SUCURSAL COLOMBIA (integrantes del CONSORCIO), en un valor de \$108.215.739,32, como consecuencia de la ejecución por parte del contratista de las mayores cantidades de obra las cuales eran necesarias para la culminación del objeto del contrato y la puesta al servicio de la obra pública; por las cantidades que resulten probadas en el proceso.

QUINTA. - Que como consecuencia de la anterior declaratoria se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— a pagar a favor del CONSORCIO ACR-CONTEIN y/o a las sociedades CONTEIN S.A.S. y CONSTRUCCIONES ACR SUCURSAL COLOMBIA (integrantes del CONSORCIO) el valor de las mayores cantidades de obra las cuales eran necesarias para la culminación del objeto del contrato y la puesta al servicio de la obra pública; por las cantidades que resulten probadas en el proceso, que según se estimará pericialmente ascienden a un valor de \$108.215.739,32.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Que en subsidio de la pretensión quinta, y en el evento en que prospere la pretensión subsidiaria a la cuarta pretensión principal, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— a compensar al

CONSORCIO ACR-CONTEIN y/o a las sociedades CONTEIN S.A.S. y CONSTRUCCIONES ACR SUCURSAL COLOMBIA (integrantes del CONSORCIO), en los valores que se logren probar en el proceso, por efectos de la ejecución por parte del contratista de las mayores cantidad (sic) de obras las cuales eran necesarias para la culminación del objeto del contrato y la puesta al servicio de la obra pública, por valor de \$108.215.739,32.

SEXTA.- Que se declare que durante el desarrollo del Contrato de Obra No. 2131744 celebrado entre el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— y el CONSORCIO ACR-CONTEIN, el contratista ejecutó obras no incluidas en el alcance inicial del objeto contractual, las cuales eran necesarias para la culminación del proyecto y la puesta al servicio de la obra pública; por las cantidades que resulten probadas en el proceso, que según se estimará pericialmente ascienden a un valor de \$72.951.420,75, suma discriminada de la siguiente manera:

ÍTEM	DESCRIPCIÓN	Und.	VALOR UNITARIO	ACTA 41 O LIQUIDACIÓN	ACTA LIQUIDACIÓN
NP 538	TRASLADO DE 6 RAMALES DE DUCTOS EN LÁMINA GALVANIZADA (INCLUYE MANO DE OBRA)	UND	3.112.800,00	1,00	3.112.800,00
NP 544	Termocupla (termómetro de carátula para aceite) de dos contactos (Alarma y Disparo), Incluye caja de borneras para contactos secos y cableado de control (para control de temperatura del aceite)	und	4.640.000,00	1,00	4.640.000,00
NP 554	Suministro e instalación del sistema de Alarmas al sistema de planta de potabilización	UND	1.451.241,00	1,00	1.451.241,00
NP 571	SERVICIO DE ELABORACIÓN, TRÁMITE Y SEGUIMIENTO PLAN DE MANEJO DE TRÁNSITO, SEÑALIZACIÓN Y DESVÍOS PARA OBRAS DE SEÑALIZACIÓN EXTERIOR	UND	1.815.000,00	1,00	1.815.000,00

NP 572	SERVICIO DE ACOMPAÑAMIENTO Y ENTREGA DE SEÑALIZACIÓN HORIZONTAL Y VERTICAL ANTE SECRETARÍA DISTRITAL DE MOVILIDAD	UND	3.025.000,00	1,00	3.025.000,00
NP 573	CONVERSIONOR DE SEÑALES MODBUS IP, Y SNMP A LENGUAJE BACNET	und	29.019.070,00	1,00	29.019.070,00
NP 574	Termocupla (termómetro de carátula para el devanado) de dos contactos (Alarma y Disparo), Incluye caja de borneras para contactos secos y cableado de control (para control de temperatura del aceite)	und	3.828.000,00	1,00	3.828.000,00
NP 575	PROGRAMACIÓN SISTEMA DE ACCESO	und	3.600.000,00	1,00	3.600.000,00
NP 576	SISTEMA INTEGRACIÓN	und	6.960.000,00	1,00	6.960.000,00
VALOR COSTOS DIRECTOS APU-S					57.451.111,00
AIU (26.98%)					15.500.309,75
TOTAL					72.951.420,75

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Que en subsidio de la pretensión quinta, se declare que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— se ha enriquecido sin justa causa a costa del correspondiente empobrecimiento del CONSORCIO ACR-CONTEIN y/o a las sociedades CONTEIN S.A.S. y CONSTRUCCIONES ACR SUCURSAL COLOMBIA (integrantes del CONSORCIO), en un valor de \$72.951.420,75, como consecuencia de la ejecución por parte del contratista de las obras no incluidas en el alcance inicial del objeto contractual, las cuales eran necesarias para la culminación del proyecto y la puesta al servicio de la obra pública; por las cantidades que resulten probadas en el proceso.

SÉPTIMA. - Que como consecuencia de la anterior declaratoria se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— a pagar a favor del CONSORCIO ACR-CONTEIN y/o a las sociedades CONTEIN S.A.S. y CONSTRUCCIONES ACR SUCURSAL COLOMBIA (integrantes del

CONSORCIO) el valor de las obras no incluidas en el alcance inicial del objeto contractual, las cuales eran necesarias para la culminación del proyecto y la puesta al servicio de la obra pública; por las cantidades que resulten probadas en el proceso, que según se estimará pericialmente ascienden a un valor de \$72.951.420,75.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Que en subsidio de la pretensión séptima, y en el evento en que prospere la pretensión subsidiaria a la sexta pretensión principal, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— a compensar al CONSORCIO ACR-CONTEIN y/o a las sociedades CONTEIN S.A.S. y CONSTRUCCIONES ACR SUCURSAL COLOMBIA (integrantes del CONSORCIO), en los valores que se logren probar en el proceso, por efectos de la ejecución de las obras no incluidas en el alcance inicial del objeto contractual, las cuales eran necesarias para la culminación del proyecto y la puesta al servicio de la obra pública, por valor de \$72.951.420,75.

OCTAVA.- Que se declare que por hechos no imputables al CONSORCIO el contrato no se pudo liquidar el 19 de marzo de 2017 y, en tal virtud, se ordene el pago de la suma de \$98.818,618, correspondiente al saldo no pagado del ítems de aires acondicionados del proyecto junto con los correspondientes intereses moratorios causados a partir de la fecha mencionada y hasta que el pago se efectúe.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LAS PRETENSIONES DE PAGO DE SUMAS DE DINERO JUNTO CON INTERESES MORATORIOS. En el evento en que sean negadas todas o algunas de las pretensiones que involucran el cálculo de intereses moratorios sobre sumas dinero solicito que, subsidiariamente, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— al pago actualizado de las sumas que resulten a su cargo, lo que procederá con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero) desde la época de causación hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso.

NOVENA. - Que se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— al pago de las costas del proceso y las agencias en derecho en la cantidad que determine el H. Tribunal de Arbitramento.

DÉCIMA. - Que se ordene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— que dé cumplimiento al laudo a partir de su ejecutoria, en los términos prescritos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

Los hechos expuestos en la demanda acumulada (versión reformada) se resumen a continuación.

La Convocante narra los antecedentes de la suscripción del contrato objeto del proceso y resalta que dentro de sus obligaciones no estaba ejecutar actividades de diseño, pues se partía de los diseños elaborados y actualizados por la firma TECTUS LTDA. En la Fase 0 del contrato simplemente debía hacerse un análisis general del insumo entregado y emitir un informe de recomendaciones, lo cual cumplió el Consorcio mediante el “INFORME DE REVISIÓN DISEÑOS”.

El precio del contrato se estipuló en una suma global fija sin fórmula de reajuste para las actividades de la Etapa 0, pagadera a la entrega de las observaciones y recomendaciones en cuanto a diseños; y, para la Etapa 1 (etapa de construcción), se pactó el pago por precios unitarios, sin fórmula de reajuste, conforme al avance de obra hasta un 90% de cada acta de recibo parcial, descontado el porcentaje de anticipo por amortizar. Además, se acordó que de cada acta de recibo parcial se haría una retención en garantía del 10%, que sería entregada al contratista previa liquidación del contrato y suscripción del acta de recibo final a satisfacción. El anticipo se acordó en un 20% del valor del contrato, a amortizar en igual porcentaje en cada acta de avance de obra.

El acta de inicio fue suscrita el 5 de junio de 2013, de manera que el plazo del contrato vencía el 30 de junio de 2014. Sin embargo, el Consorcio alega que hubo situaciones ajenas al contratista que impidieron ejecutar el contrato conforme a las previsiones iniciales, pues no se contó con la información técnica, estudios y diseños aptos para construir. Enuncia como principales causas que generaron sobrecostos:

- Falencias en los diseños con base en los cuales se adjudicó el contrato.
- Necesidad de ejecutar “ajustes” a los diseños por parte del Consorcio.
- Demora de FONADE en la legalización de los APUs producto del nuevo diseño.
- Demora de FONADE en la entrega del diseño de apantallamiento (ruta crítica).

a) Falencias en los diseños con base en los cuales se adjudicó el contrato

La Convocante recordó que en la Adenda No. 3 de la oferta se unieron la Fase 0 y la Fase 1 del contrato. El 20 de junio de 2013 el Contratista entregó el informe de la Fase 0, en el cual *“se efectuó el análisis detallado de cada uno de los componentes de diseño entregados al constructor por parte del FONADE, al punto que se produjeron innumerables observaciones en cuanto a la idoneidad de la información técnica y diseños entregados”*. Cita algunos ejemplos de observaciones realizadas por el Consorcio.

La respuesta a las observaciones presentadas por el Consorcio en el informe de la Fase 0 debían ser entregadas por la interventoría y el consultor de FONADE a más tardar el 28 de junio de 2013. Sin embargo, esto se hizo el 20 de agosto de 2013 por la interventoría *“y nunca se cumplió por parte del diseñador”*. Esto se traduce en que a dos meses del inicio del contrato no se contaba con estudios y diseños aptos para construir.

La demanda acumulada precisa que el 31 de julio de 2013 la interventoría solo había dado respuesta a las observaciones del contratista respecto al sistema de automatización, es decir, *“se entregó un insumo parcial e incompleto porque la situación estaba siendo objeto de discusión entre el diseñador, el FONADE y el MHCP”*.

En comunicación del 18 de enero de 2014, el Consorcio se quejó ante la interventoría de que los diseños de instalaciones aún no estaban definidos siete meses después del inicio de obra.

En acta del comité de seguimiento del 25 de marzo de 2014 se anotó que la interventoría reiteró que no se contaba con información completa del sistema de

seguridad y control e integración de sistemas. Es decir, a nueve meses del inicio (5 de junio de 2013), el Consorcio *“no contaba con la información apta para construir ni con las respuestas claras y definitivas a las observaciones formuladas en el Informe de la Fase 0”*.

Como consecuencia de lo anterior, ante la imposibilidad de obtener la información técnica apta para ejecutar el contrato, se suscribió el Contrato Adicional No. 2 que tuvo por objeto *“que el contratista de obra efectuara una verdadera labor de diseño a efectos de viabilizar el proyecto que tras más de quince (15) meses de ejecución había logrado un avance del 74% en lo que refiere a la obra civil pero el porcentaje restante, relativo a temas de integración de software, energización y obras menores pero de ruta crítica, tardó 23 meses adicionales en la medida que la información técnica con la que se contaba era totalmente inejecutable”*.

Las falencias en los diseños que menciona la Convocante se predicen de los de cimentación y cálculo de los muros de contención porque el sistema constructivo previsto en los planos resultó inviable y esto fue advertido en el informe de la Fase 0 y en diversos comités de seguimiento. La obra debió esperar a que se produjera un nuevo diseño y se legalizaran los NPs correspondientes a las nuevas actividades, lo que solo se logró el 21 de noviembre de 2013 (con la Modificación, Compensación y Contrato Adicional No. 1), es decir, 5 meses después del acta de inicio del contrato.

Otras falencias que se mencionan son las que afectaron la ruta crítica a medida que fue avanzando el proyecto, detectadas luego del informe de la Fase 0, que fueron las del sistema de seguridad y control y BMS, sistema de voz y datos, sistema de aires acondicionados y ventilación mecánica y sistema eléctrico. El contratista advirtió la necesidad de contar con definiciones al respecto en varias comunicaciones (se citan las de 27 de enero, 21 de marzo, 26 de marzo, todas de 2014) y la comunicación del 21 de abril de 2014 en la cual PAYC manifestó a TECTUS que el diseño de automatización era conceptual y no apto para construcción. La demanda acumulada cita actas de comité de seguimiento que darían cuenta de las indefiniciones (actas 36, 37, 40, 42, 43, 44, 49, 52 y 60).

TECTUS efectuó la supervisión arquitectónica de los diseños desde el 5 de junio de 2013 hasta el 30 de junio de 2014, período durante el cual, si bien se superaron

algunos puntos como los de cimentación y estructura, no se dio solución definitiva respecto al diseño de los diferentes sistemas. La desvinculación de TECTUS provocó que FONADE quisiera hacer responsables al Consorcio y a la interventoría de efectuar los “ajustes” requeridos a los diseños.

b) Necesidad de ejecutar “ajustes” a los diseños por parte del Consorcio

El Consorcio alega que dejó constancia de las falencias de los diseños en las actas de comités de seguimiento (actas 62, 63, 64, 65, 66 y 71), en vista de lo cual FONADE pidió al Consorcio enviar una propuesta para elaborar los “Ajustes a los diseños de las áreas de Datacenter y Procesos Archivísticos” debido a que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público amplió las necesidades de su proyecto para ajustarlo al uso de nuevas tecnologías. Adicionalmente, FONADE solicitó hacer un “ajuste” integral a siete componentes de diseños que, para la época, no existían o tenían falencias. El Consorcio aceptó el encargo para no paralizar la obra por falta de definiciones, de manera que la propuesta fue entregada el 19 de agosto de 2014. Los “ajustes” terminaron siendo “rediseños”. FONADE pidió a PAYC (interventor de obra) efectuar la interventoría de diseño, pero PAYC respondió que no estaba en capacidad para ello.

El 15 de octubre de 2014 se suscribió el Contrato Adicional No. 2, cuyo objeto fue, no solo ejecutar los diseños del Datacenter y la Unidad Constructiva 1, sino el ajuste a todos los diseños de sistemas del proyecto. Como PAYC no aceptó realizar la interventoría del diseño, FONADE contrató a COINET para la supervisión en cuestión. Entre el 30 de junio y el 15 de octubre de 2014 el contrato estuvo sin interlocutor válido en materia de diseños.

La ejecución del Contrato Adicional No. 2 empezó a tener tropiezos y demoras, como consta en el Acta de Seguimiento No. 79 del 2 de diciembre de 2014, por la falta de definición de las directrices de diseño.

Como consta en el Acta de Seguimiento No. 83 del 6 de enero de 2015, el contratista informó la dificultad en el trámite de aprobación de los ajustes a diseños de obra y ajustes a diseño propios de la consultoría, *“en la medida que no hay un único responsable de esta actividad por cuánto, para la fecha, no se tenía claramente*

definido, cuáles ajustes eran propios de la obra y qué ajustes eran relativos a los trabajos de ajustes a diseños”.

El Consorcio no pudo hacer entrega de la totalidad de ajustes a diseños el 8 de febrero de 2015, a causa de indefiniciones técnicas y presupuestales. El plazo del Contrato Adicional No. 2 estaba vinculado al de terminación del Contrato de Obra No. 2131744, según se colige del Acta de Seguimiento del Contrato de Ajustes a Diseños No. 12 del 4 de febrero de 2015. El 27 y 28 de febrero de 2015 se hizo la entrega definitiva de cinco entregables (Datacenter, Voz y datos, Control de Iluminación, Aires Acondicionados, Control, Seguridad e Integración de BMS) y el 7 de marzo se hizo una primera entrega del diseño eléctrico y el control de iluminación. En el Acta de Seguimiento No. 91 del 3 de marzo de 2015, la interventoría de diseño dio fe del cumplimiento del objeto del Contrato Adicional No. 2. Lo mismo consta en el Acta de Seguimiento No. 93 del 17 de marzo de 2015 *“por cuanto el 10% faltante dependía de la validación de los APUs derivados de los ajustes a diseños por parte de COINET”*. FONADE se comprometió a implementar un plan de contingencia que le permitiera aprobar los APUs a más tardar el 11 de abril de 2015, sin embargo, ello no fue cumplido pues los contratos adicionales por medio de los cuales se legalizaron los APUs producto de la labor de ajustes a diseños tardaron hasta el 3 y el 18 de diciembre, nueve meses después de lo convenido.

En el Acta de Terminación del Contrato Adicional No. 2 (formato FMI026) enviada el 19 de marzo de 2015, COINET manifestó que el contratista había cumplido en el plazo establecido y que las reparaciones a que había lugar serían entregadas por el contratista el 31 de marzo del 2015.

Según consta en Acta de Comité de Seguimiento No. 96 del 8 de abril de 2015, FONADE expresó que los diseños de seguridad y control *“estaban listos”*, no obstante lo cual tardó ocho meses en la legalización de los APUs respectivos, de manera que el contrato adicional correspondiente fue suscrito apenas el 3 de diciembre de 2015.

El 31 de marzo de 2015, COINET remitió a FONADE observaciones al diseño eléctrico. Según la demanda acumulada, *“El problema que se presentaba, debido a las demandas de los requerimientos realizados por el Ministerio de Hacienda, era el*

de la potencia para energizar el Proyecto, lo que se trató de manera amplia en la reunión que recoge el Acta de Comité de Seguimiento No. 97 de fecha 16 de abril de 2015, en la que se expusieron los posibles escenarios que darían solución a dicha situación". Las alternativas en mención fueron dadas a conocer al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Según el Consorcio, esto significaba un nuevo trabajo de diseño en cuanto a sistema eléctrico, para el que se fijó un nuevo cronograma de entregas que fue cumplido por el contratista. El 26 de junio de 2015 entregó los APUs correspondientes.

En Actas del Comité de Seguimiento 99, 101 y 103 del 28 de abril, 12 y 26 de mayo de 2015, se advirtió la falta de definición por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre el real alcance del contrato por efecto del recorte presupuestal.

Los diseños eléctricos fueron aprobados en su versión nueva y definitiva el 26 de junio de 2015, mismo día en que el Consorcio entregó los respectivos APUs. Sin embargo, solo fueron legalizados el 18 de diciembre de 2015.

c) Demora de FONADE en la legalización de los APUs producto del nuevo diseño

El proyecto concebido inicialmente constaba de 1284 ítems, de los cuales solo se ejecutaron 889 y se adicionaron 639 no previstos (NPs). Esto, según la Convocante, denota falta de planeación por parte de FONADE. En consecuencia, se necesitaba un procedimiento ágil de aprobación de NPs.

En la Adición No. 1 se pactaron 19 NPs cuyo trámite tardó aproximadamente tres meses pues fueron legalizados el 21 de noviembre de 2013 (fecha de firma de la Adición No. 1), siendo que FONADE tuvo todos los NPs en su poder tres meses antes (y cinco meses después de detectados los primeros cuatro NPs).

En la Adición No. 2 se pactaron 142 NPs, cuyo trámite tomó cerca de cuatro meses. Los NPs fueron radicados en FONADE entre enero y abril de 2014, mientras que la Modificación No. 3 Adición No. 2 y Prórroga No. 2 se firmó el 24 de agosto de 2014.

En la Adición No. 3 se pactaron 134 NPs cuyo trámite tardó nueve meses después de la primera solicitud. Aunque la solicitud formal de Adición No. 3 se hizo el 11 de diciembre de 2014 y esta adición se firmó el 27 de febrero de 2015, desde junio anterior el contratista advirtió la necesidad de agilizar los procedimientos administrativos a fin de contar con el insumo para efectuar la solicitud formal de adición (los APUs aprobados por el área de Estudios Previos de FONADE). La necesidad de la Adición No. 3 se sabía por las partes antes de legalizar la Adición No. 2. La demora en la legalización generó atrasos por imposibilidad de ejecutar actividades predecesoras de NPs en proceso de legalización y atrasos para ejecutar actividades nuevas previstas en el cronograma de obra vigente tras la firma de la Prórroga No. 3, que tenía como presupuesto la firma de la Adición No. 3 el 5 de diciembre de 2014, fecha que no se cumplió, por lo cual se desplazó la ruta crítica por el mismo término de demora en la firma de la Adición No. 3.

En la Adición No. 4 se pactaron 32 NPs, cuyo trámite tardó tres meses desde su primera solicitud. En mayo de 2015, el contratista solicitó la adición del contrato, pero la interventoría pidió ajustar el valor de la adición porque la entidad no tenía el presupuesto necesario. En julio de 2015, el Consorcio pidió a la gerente del convenio adoptar un plan de contingencia para aprobar los APUs. La interventoría y FONADE formularon observaciones a la solicitud de adición. Finalmente, la adición se firmó el 6 de agosto de 2015.

En la Adición No. 5 se pactaron 122 NPs, cuyo trámite tardó nueve meses desde que las actividades fueron detectadas y se inició su proceso de aprobación. La adición incluyó los NPs de los ajustes a diseño del BMS, Seguridad y Control y Control de Iluminación que habían sido presentados por el contratista el 28 de febrero de 2015. FONADE se había comprometido a aprobar todos los NPs de ajustes a diseño mediante un plan de contingencia a más tardar el 11 de abril de 2015, lo cual fue incumplido pues tardó hasta el 22 de octubre de 2015 y la adición se firmó el 3 de diciembre de 2015.

En la Adición No. 6 no se incluyeron actividades de ruta crítica.

d) Demora de FONADE en la entrega del diseño de apantallamiento, aprobación de APU producto del mismo y su legalización

Según la Convocante, la Modificación No. 8 del contrato estuvo básicamente conformada por NPs de apantallamiento, fundamental para la energización del proyecto por parte de CODENSA.

El contratista detectó tempranamente la necesidad de replantear el diseño de apantallamiento, pues no fue aceptado por los certificadores RETIE, siendo necesario para obtener la energización. Ante la falta de decisiones por parte de FONADE, el Consorcio puso en contacto a la entidad pública con un profesional que realizaría el diseño de apantallamiento y lo pagó.

La aprobación del nuevo diseño de apantallamiento fue entregada al Consorcio el 6 de enero de 2016 (treinta meses después de detectada la falencia en el diseño en Acta No. 10 del 6 de agosto de 2013), faltando en ese momento los APUs y su gestión, que se legalizaron, con atraso, el 5 de abril de 2016 (firma de la Modificación No. 8), convirtiéndose en una actividad muy crítica para la finalización de la obra, a pesar de ser un insumo cuyo valor no superaba cinco millones de pesos.

Luego de lo anterior, la demanda acumulada hace una reseña de las modificaciones, adiciones y ampliaciones del plazo del contrato, con indicación de las razones que condujeron a ellas, entre las cuales se encuentran: entrega incompleta de diseños e información técnica apta para construir por parte de FONADE, modificación del diseño estructural, cambios del proyecto en general, sobrecostos y mayores plazos en la excavación, diseños de cimentación inviables, aparición de rocas de gran tamaño, mayores cantidades de obra, obras no previstas, cambio en el proceso constructivo de las pantallas y de sus dimensiones, saturación del terreno y desprendimientos, anclajes que no se pueden tensionar, fuertes lluvias y fugas de agua, falta de definiciones, rediseño de la mayoría de la información técnica del proyecto por graves falencias del diseño inicial (Contrato Adicional No. 2), ajustes en diseño de instalaciones e iluminación, ajustes en uso y funciones en Casas 1 y 2 y en la Unidad Constructiva 1, diseño y construcción del Datacenter en la Unidad Constructiva 1, otros ajustes en el rediseño de las conducciones hidrosanitarias y

solicitudes de ajuste al proyecto no incluidas en el contrato de consultoría de ajustes al diseño.

En la Prórroga No. 1 se manifestó que se no generaban costos adicionales a favor del contratista, *“pues el contratista consideró que con la adición en valor que se había realizado en el mes de noviembre de 2013 se compensaban, hasta la fecha, los costos administrativos que se desprendieran de la mayor permanencia en obra”*.

En la Modificación No. 4 Adición No. 3, el contratista anotó: *“EL CONSORCIO ACR-CONTEIN SE RESERVA SU DERECHO A CUALQUIER RECLAMACIÓN FUTURA”*.

En la solicitud de la Prórroga No. 4 el contratista anotó: *“los eventuales costos que se deriven de la prórroga y/o adición serán valorados y cuantificados en su momento”* y en comunicación del 19 de junio de 2015 pidió a FONADE no incluir la cláusula en cuanto a que la prórroga no generaba costos adicionales y, en cambio, incorporar una que aludiera al numeral 4.2. de las Reglas de Participación según la cual *“El contratista deberá manifestar expresamente y por escrito al momento de la suscripción de las modificaciones, adiciones, aclaraciones, prórrogas, suspensiones, otrosí, actas y demás documentos que se suscriban en la ejecución del contrato, si tales modificaciones, ajustes o correcciones generan mayor valor, en caso de que el contratista suscriba el documento sin la manifestación anterior se entenderá que cumplirá lo acordado sin que haya lugares a mayores valores o pago adicional alguno”*. Adjunta a comunicación del 25 de junio de 2015, el Consorcio entregó a FONADE *“propuesta económica en torno al reconocimiento y pago de los sobrecostos que se derivan de la mayor permanencia en obra que implica la Prórroga No. 4 y la que se perfeccione con posterioridad”*. FONADE se negó a suprimir de la Prórroga No. 4 las renunciaciones a reclamar por futuros sobrecostos.

En el trámite de la Prórroga No. 5 se hicieron peticiones similares a las anotadas en el párrafo anterior y se informó la previsión de costos indirectos pendientes. La interventoría observó *“una franca inconsistencia ya que su reclamación incluye un estudio aritmético donde se involucra la totalidad de los costos de ADMINISTRACIÓN del A de los costos indirectos del (AIU) de todo el contrato situación que no se considera coherente ya que para la suscripción de las Adiciones No. 1, No. 2 de ninguna manera se instauraron solicitudes de reconocimiento alguno”*

...”. El Consorcio contestó que *“no se dejó salvedad alguna en los adicionales 1 y 2, por la sencilla razón de que los precios unitarios pactados en dichos documentos contractuales contienen su propia administración y, de acuerdo a lo proyectado se ejecutarían dentro del plazo contractual. En este sentido, el CONSORCIO ACR-CONTEIN no pretende que se le paguen costos administrativos sobre las adiciones contractuales, ya que los costos indirectos, dentro de los cuales se encuentra la A, se causan en función del plazo del contrato independientemente de la magnitud o avance en la obra (...)*”. En la Prórroga No. 5 se anotó la consideración de que *“a la fecha la interventoría y el contratista se encuentran en la etapa de estudio de la reclamación formulada por este último, razón por la cual las partes difieren a la liquidación del contrato resolver dicha reclamación”*.

Para la Prórroga No. 6, en cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Consorcio en reunión del 24 de noviembre de 2015, el 25 de noviembre siguiente fue radicada una modificación a la solicitud de prórroga que había presentado inicialmente, sin incorporar en la minuta la alusión pretendida por el Contratista de dar aplicación al numeral 4.2. de las Reglas de Participación en relación con futuros reclamos por sobrecostos, pero bajo la advertencia de que se haría la mención de esa intención fuera de la minuta el día de su firma, por ser así como FONADE interpretaba las reglas del contrato a ese respecto, o de lo contrario el contrato sería liquidado. Esta solicitud tuvo que ser modificada el 1 y el 2 de diciembre de 2015. La prórroga se firmó el 3 de diciembre de 2015 y el mismo día se radicó la manifestación de salvedad del Contratista relacionada con sobrecostos. FONADE respondió al Consorcio que *“la técnica jurídica correcta para manifestar las inconformidades y dejar las salvedades en tratándose de contratistas modificatorios es la radicación del escrito que las contenga, de forma concreta, expresa y clara, en el momento inmediato de la suscripción del modificatorio contractual y ésta (sic) la técnica indicada al contratista para que procediera de conformidad ...”* (el subrayado es de la demanda acumulada).

En adelante, el Contratista debió dejar las salvedades en documento separado al de la minuta de la novedad contractual, radicado en FONADE antes de su firma (prórroga número 7) o en días cercanos (prórroga 8).

Por otro lado, en la Prórroga No. 6 se pactó la devolución parcial de la retención en garantía por \$2.000.000.000 y en la Prórroga No. 7 se pactó devolución de \$2.600.000.000.

El plazo del Contrato No. 2131744 terminó el 19 de septiembre de 2016. El Contratista radicó los formatos FMI 026 (Acta de Terminación), 027 (Acta de recibo final) y 045 (Acta de liquidación), para revisión de la interventoría y aval de la supervisión de FONADE, con miras a la liquidación del contrato. La interventoría de diseño (COINET) se negó a suscribir los formatos FMI 026 y 027, debido a que esperaba que FONADE autorizara primero el proceso de liquidación, en atención al proceso arbitral que ya se adelantaba.

La negativa de COINET impidió activar el amparo de estabilidad de la obra. FONADE consideró incumplido al contratista a este respecto, pues *“consideró que el Formato FMI027 suscrito de manera independiente con COINET en el mes de octubre del año 2015 era suficiente para que se diera el supuesto contractual que hacía exigible la obligación del contratista de constituir el amparo de estabilidad de las obras y calidad del servicio”*. Mediante comunicación No. 20172200070611, el contratista entregó a FONADE la póliza de cumplimiento modificada en la cual consta que el amparo de estabilidad de la obra, entre otros, está activo desde el 30 de enero de 2017.

Con posterioridad a lo anterior, las partes han cruzado correspondencia *“en la que el FONADE como parte de su estrategia procesal sigue de endilgar incumplimientos inexistentes al CONSORCIO ...”*. El Consorcio ha dado respuestas a FONADE, entre ellas, la de la comunicación No. 3004-2017, en la cual manifestó que ACR-CONTEIN había cumplido las obligaciones que le correspondían en el proceso de liquidación del contrato y tenía la intención de lograr la liquidación bilateral, al paso que FONADE pidió ante el Tribunal Arbitral la liquidación faltando dos meses para cumplirse el plazo de liquidación bilateral, y finalizado este plazo el 19 de marzo de 2017, no tenía objeto adelantar gestiones adicionales para ese fin. En la misma comunicación, el Consorcio expresó que no era posible cambiar los formatos de terminación porque, una vez constituida la póliza, podría poner en riesgo el amparo.

Las circunstancias narradas de la ejecución contractual implicaron mayores costos de administración para el contratista durante 812 días adicionales que duró el

contrato y las consecuencias de no haber podido liquidar el contrato de común acuerdo. Los perjuicios reclamados son los derivados de mayor permanencia en obra, la devolución de la retención en garantía con intereses y actividades ejecutadas no reconocidas ni pagadas. En estas últimas se incluye actividades que fueron descontadas del corte de obra No. 39; actividades no contempladas en el objeto del contrato, pero necesarias, de las cuales se dio instrucción verbal al contratista; y actividades de aires acondicionados según los valores acordados con la interventoría consignados en los formatos FMI 026 y 027.

6.6. Contestación de la demanda acumulada

FONADE se opuso a las pretensiones de la demanda acumulada y dio respuesta a los hechos como se sintetiza a continuación.

La Convocada insistió en que el Consorcio no entregó oportunamente el informe de la Fase 0, pues *“fue solo hasta el día 27 de junio de 2013, mediante radicado número 2014-231006-7707, que cumplió de forma incompleta con la obligación, por cuanto resaltó el cumplimiento de los diseños a las normas y al proyecto, y adicionalmente, solicitó algunas precisiones, las cuales fueron evacuadas oportunamente”* y afirmó que *“el Consorcio sí tenía dentro de sus obligaciones iniciales revisar y analizar los planos y diseños, el terreno, entre otros”*. Además, debía entregar recomendaciones y el cronograma requerido. Más adelante agregó que *“entre las obligaciones del Consorcio se estipuló la de ejecutar todas las actividades necesarias derivadas del resultado del ajuste a estudios y diseños, razón por la cual sí hicieron parte del contrato las actividades referentes a los estudios y diseños”*.

FONADE niega que el Consorcio haya acreditado sobrecostos en la ejecución del contrato, *“tanto así, que i) en cada modificación, prórroga y adición se le cancelaron los valores por el solicitado, ii) en reiteradas oportunidades FONADE y la interventoría le solicitó las pruebas de estos supuestos ‘sobrecostos’, toda vez que el Consorcio se limitaba a afirmar simple y ligeramente que cada modificación, prórroga y adición le ocasionaría sobrecostos, y, iii) El Consorcio no dejó salvedades en cada modificación, prórroga y adición sobre los supuestos sobrecostos que reclama”*.

Frente a las alegadas falencias en los diseños, la Convocada partió de la base de que era posible ejecutar actividades de la Fase 1 desde el inicio de la Fase 0 (“obras preliminares”, “campamento y provisionales”, “demoliciones y retiros” y “excavaciones”). En efecto, el contratista facturó \$2.195.458.799 en los primeros tres meses de ejecución, aparte de que no objetó la Adenda No. 3 de la oferta, que unificó las fases.

La entidad también precisó que el informe de la Fase 0 no fue entregado por el contratista el 20 de junio de 2013 sino el 27 del mismo mes, y que fue incompleto pues las actividades no previstas adicionadas al contrato fueron detectadas posteriormente. El contratista indicó que los diseños de automatización entregados por TECTUS eran construibles y fue FONADE quien advirtió sobre la falta de Ingeniería de detalle para este sistema.

La entidad contratante reiteró que los plazos de respuesta a las observaciones del contratista en la Fase 0 no eran perentorios, sino que se trataba de fechas estimativas, y se esperaba únicamente la detección de faltantes, no su solución dentro de ese término. Agregó que desde la suscripción del Acta de Comité de Seguimiento No. 9 se manifestó la necesidad de prorrogar el plazo para que la interventoría entregara las observaciones, sin que esto generara adición presupuestal para el Contratista. Esta Acta fue firmada por el Consorcio, quién manifestó su conformidad con lo dispuesto en la misma.

En relación con el Contrato Adicional No. 2, FONADE expresó, de nuevo, que con el mismo *“se pretendía solventar los inconvenientes en materia de ajustes de diseños eléctricos, voz y datos, y automatización”, pero “La demora en la entrega de dichos ajustes por parte del Contratista a FONADE, ocasionó grandes perjuicios en los tiempos de ejecución del contrato, así como adiciones presupuestales que debió asumir FONADE, sin ser este el responsable de las mismas”*. El objeto de este contrato adicional fue cubrir una solicitud del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en relación con el diseño del Datacenter y Procesos Archivísticos.

Según FONADE, *“Si bien en la “Fase 0” se detectaron faltantes en planos de detalles, el Consorcio en su momento no esgrimió argumento frente a supuestos traumatismos, ni su posible afectación frente a los rendimientos contractuales. Se*

aclara que FONADE durante todo el desarrollo del contrato no recibió comunicación, ni solicitud alguna por parte del constructor, ni de la interventoría, referentes a la suspensión del contrato de obra con el objeto de complementar, adicionar o modificar los diseños oportunidad dispuesta para las partes en las reglas de participación numeral 4.6 Suspensión”.

De acuerdo con la contestación de la demanda acumulada, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y FONADE solucionaron de forma óptima y en la oportunidad contractual requerida los aspectos referentes a los diseños (haciendo alusión a la suscripción del Contrato Adicional No. 2 *“de acuerdo a la oferta presentada por el mismo Consorcio, con los montos económicos y plazos por ellos mismos definidos”*). Fueron los múltiples retrasos del contratista los que derivaron en el incumplimiento de los términos por él establecidos.

Sobre las alegadas falencias en la cimentación y cálculo de muros de contención, FONADE indicó que en el informe de la Fase 0 el contratista no lo presentó como ruta crítica y solo mencionó inconvenientes en los edificios I y II, no en la totalidad del proyecto. La entidad reconoció que durante el proceso constructivo los diseños de cimentación se consideraron inviables y, una vez el consultor (TECTUS) los modificó, fue necesario crear actividades no previstas. La interventoría presentó a la gerencia del contrato la primera solicitud de modificación el 30 de septiembre de 2013, a partir de comunicación del Consorcio del 10 de septiembre anterior. La interventoría presentó un alcance a esta solicitud el 11 de octubre de 2013 y apenas el 18 de octubre de 2013 el Consorcio radicó la solicitud de modificación del contrato de forma correcta. El 21 de noviembre de 2013 fue suscrita la Modificación Compensación y Contrato Adicional No. 1. Según FONADE, lo anterior demuestra su diligencia en la aprobación y legalización de los APUs, de acuerdo con el Manual de Contratación de la entidad. Adicionalmente, las actividades adicionales del rediseño del sistema constructivo fueron pagadas al Contratista de conformidad con su solicitud, en la modificación contractual mencionada, y el término se solventó con la Prórroga No. 1 suscrita el 21 de agosto de 2013. El Consorcio conocía el procedimiento de modificación y aprobación de ítems no previstos establecido en el numeral 4.2. de las Reglas de Participación, según el cual el Contratista debía presentar la propuesta de modificación del contrato a la interventoría *“siendo así, que en el presupuesto*

presentado por el Consorcio para la Modificación 1, ya estaban incluidos los tiempos adicionales, los costos y demás aspectos referentes a la contratación”.

FONADE consideró que la detección de actividades no previstas después del informe de la Fase 0 denota *“falta de diligencia para detectar actividades no previstas en la Fase 0 y en ajustes a diseño, ambas a cargo del Consorcio según lo pactado en el contrato, que impactaron los tiempos previstos para su ejecución, haciendo necesarias las prórrogas aceptadas de buena fe por la entidad”*. El plazo de revisión de diseños (20 de junio de 2013) fue prorrogado hasta el 20 de agosto de 2013 por solicitud de la interventoría, lo que significó dos meses de retraso para que FONADE pudiera adelantar las acciones correspondientes. Adicionalmente, la entidad estatal recalcó que *“Los inconvenientes en los diseños, los cuales fueron solventados oportunamente mediante la suscripción de otrosíes y contratos adicionales, fueron suscritos previa solicitud por parte del Consorcio, incluyendo las condiciones económicas y el plazo. Es por lo anterior que los supuestos ‘atrasos’ fueron subsanados de forma oportuna, resultando reprochable propósito que el Consorcio pretenda una erogación económica mayor a la solicitada y aprobada por FONADE en esas modificaciones contractuales”*. Específicamente, hace alusión al Contrato Adicional No. 2 del 15 de octubre de 2014 y a la prórroga del plazo según lo solicitado por el contratista.

FONADE afirma, además, que el Consorcio contravino la metodología prevista para la presentación, revisión y aprobación de ajustes a diseño del Contrato Adicional No. 2 (metodología con Formato de Control de Cambios), lo cual provocó demoras en la aprobación.

El 8 de febrero de 2015 fue el plazo pactado de la primera prórroga del Contrato Adicional No. 2. El contratista solicitó otra prórroga hasta el 28 de febrero de 2015. El plazo del Contrato Adicional No. 2 (de ajustes a diseños) no podía ser el mismo plazo del contrato de la obra que debía tener como base esos diseños. Según FONADE, las entregas del Consorcio en desarrollo del Contrato Adicional No. 2 carecían de calidad, aparte de que después del 28 de febrero de 2015 el Consorcio seguía entregando información. Solo hasta el 9 de junio de 2015 el contratista entregó los APUs y el presupuesto de ajustes a diseños, incluyendo los del sistema de seguridad y control cuyos diseños -no los APUs ni el presupuesto correspondiente-, según la

demanda, se habían aprobado el 8 de abril de 2015, y la versión definitiva de los APUs fue presentada por el contratista el 26 de junio de 2015.

Con respecto al sistema eléctrico, COINET no validó los primeros ajustes a diseños eléctricos por no cumplir las normas vigentes. Los ajustes a diseños eléctricos se aprobaron el 28 de junio de 2015, luego de que el Consorcio contratara un nuevo diseñador eléctrico para que hiciera unos segundos ajustes que confirmaron el concepto técnico emitido por COINET a principios del 2015 sobre “cargabilidad” del transformador, que el Consorcio no atendió. FONADE explicó que se hizo necesario *“tomar las proyecciones realizadas por COINET sobre la cargabilidad del proyecto por encima de los 2000KVA, y el hecho de que ya existía un transformador de 1250KVA en obra, se consulta con el MHCP para determinar la prioridad de áreas y espacios a incluir en este transformador que está en obra, generando varias alternativas. (...) El valor definitivo de la carga para el proyecto, se obtendrá al finalizar los segundos ajustes a diseños eléctricos, que se estableció en 2020KVA, valor cercano al entregado por COINET como supervisor. Se aclara que aquí no se tienen nuevos requerimientos del MHCP, sino la determinación de prioridades”*.

Como quiera que la no aprobación de los primeros ajustes a diseños eléctricos dentro del plazo contractual es imputable al contratista, se debe aplicar el párrafo de la cláusula sexta del Contrato 2131744, según el cual *“Si, por circunstancias imputables a EL CONTRATISTA o cuyo riesgo de concreción fue asumido por este, resulta necesaria la prórroga del plazo para la ejecución del contrato, y como consecuencia de ello debe adicionarse la interventoría, FONADE descontará dicho valor de las sumas que EL CONTRATISTA le adeude, en caso tal de que no sea posible efectuar dicho descuento, FONADE podrá reclamarlo judicialmente. De tal descuento se deberá dejar constancia en el documento de prórroga. Lo anterior, sin perjuicio de la exigibilidad o efectividad de la cláusula penal de apremio y/o cláusula penal pecuniaria y de las acciones que pueda iniciar FONADE para obtener la indemnización de los perjuicios adicionales que tales circunstancias le generen”*.

Después de aprobados los segundos ajustes a diseños eléctricos, en reunión del 16 de julio de 2015 se hicieron observaciones sobre los APUs respectivos, entre otras cosas, en el sentido de que no cumplían lo requerido en el Manual de Supervisión e Interventoría de FONADE y que el contrato de COINET (supervisión de los diseños)

terminó el 11 de marzo de 2015, de manera que el Consorcio ACR CONTEIN se comprometió a contratar el mismo personal que acompañó a COINET en la supervisión de los segundos ajustes a diseños eléctricos para que supervisara los APUs de ítems no previstos, mayores y menores cantidades y presupuesto, y también se comprometió a entregar el resultado de este trabajo el 27 de julio de 2015.

La firma de los otrosíes respectivos se tardó por desacuerdo del contratista con los precios de mercado determinados por el área de estudios previos de FONADE.

Sobre las alegadas manifestaciones de cumplimiento del contratista en el Formato FMI026, FONADE reiteró que es en el acta de entrega y recibo final que se declara o no el cumplimiento del contrato, que, para el caso, sucedió el 23 de octubre de 2015. El Formato indicó la necesidad de entregar reparaciones el 31 de marzo de 2015, lo cual hizo el Consorcio sin revisión de COINET y, una vez revisadas por COINET, se encontró que no correspondían con las observaciones que se habían hecho.

FONADE indicó que se aprobaron 570 actividades no previstas detectados después de la Fase 0, legalizadas mediante contratos adicionales con las prórrogas pedidas por el constructor. El manejo de los APUs debía tener la entidad suficiente para generar una modificación contractual, es decir que el Consorcio no podía pretender que FONADE legalizara la aparición de un número no importante de APUs. De acuerdo con el procedimiento contenido en el subcomponente 4.4., actividad 2, del Manual de Supervisión e Interventoría de FONADE, el trámite correspondiente era de *“31 días hábiles, lo cual corresponde a tres (3) meses calendario”*. La Convocada expresó que se cumplieron estos términos por parte de FONADE, no así los compromisos que adquirirían el Consorcio y la interventoría en el trámite de APUs, y hubo diferencias en cuanto a los precios de los nuevos ítems propuestos por el contratista frente a los precios de mercado. Por otro lado, con la suscripción del Contrato Adicional No. 2 el 15 de octubre de 2015, el Consorcio era responsable de los ajustes en diferentes diseños del proyecto.

En cuanto a las alegaciones de la Convocante sobre el apantallamiento, según FONADE, el diseño inicial correspondió al criterio técnico del diseñador basado en una norma internacional y según los lineamientos del Reglamento Técnico de

Instalaciones Eléctricas (RETIE). El apantallamiento y puesta tierra no fue la causa de prolongación del contrato. Para el caso de las puestas a tierra de la subestación, el detalle quedó establecido en el plano Serie 3 aprobado por CODENSA y entregado al Consorcio al inicio del proyecto. Las puestas a tierra de equipos sensibles fueron resueltas durante la ejecución del Contrato Adicional No. 2.

FONADE admitió que el Consorcio incorporó al profesional que ejecutaría el nuevo diseño de apantallamiento, pero realizó observaciones a su trabajo porque no cumplía a cabalidad lo que requería el proyecto. El diseño presentado por el constructor tenía inconsistencias que afectaron el trámite de aprobación.

La Convocada afirmó que las prórrogas del plazo del contrato tuvieron numerosas causas y *“algunas son imputables al Consorcio”* (como el desfase de las entregas acordadas con el contratista de la dotación) y se presentaron situaciones no imputables a FONADE (aparición de grandes rocas, fuertes lluvias que provocaron bajo rendimiento, inundaciones y derrumbes), además del incumplimiento del Consorcio en la fecha de entrega de estudios y diseños a que se comprometió en el Contrato Adicional No. 2 y demoras en obras que no dependían de los ajustes a diseño. Agregó que FONADE, en todas las prórrogas, se acogió a lo solicitado por el Consorcio.

En relación con las renuncias a reclamaciones por sobrecostos incluidas en las prórrogas, FONADE indicó que la interventoría no encontró suficientemente ilustradas las cuantificaciones económicas de sobrecostos hechas por el Consorcio y los soportes que adjuntó no reunían las condiciones de calidad y cantidad para un estudio a fondo, o las salvedades no estaban sustentadas ni soportadas. Lo pretendido por el Contratista involucraría revisión de aspectos económicos del contrato, para lo cual debía contarse con concepto previo de la interventoría. Para FONADE, el escenario natural para las reclamaciones del contratista era el de liquidación del contrato.

Adicionalmente, FONADE consideró de mala fe y contrario a los actos propios que el contratista hubiera optado por manifestar salvedades en sobrecostos antes de firmar las minutas de novedades contractuales.

Sobre el proceso de liquidación del contrato, FONADE expresó que es requisito para suscribir el Acta de Entrega y Recibo Final (FMI 027) que estén identificadas las cantidades de obra ejecutadas, pero el contratista radicó cortes de obra hasta el 22 de septiembre de 2017, de manera que las cantidades eran inciertas con anterioridad a esa fecha. Por otro lado, en varias oportunidades, entre septiembre de 2016 y enero de 2017, FONADE solicitó a la interventoría (PAYC) las actas de terminación; FONADE realizó observaciones a los formatos recibidos, entre otras, en comunicación del 31 de enero de 2017. Estas observaciones no fueron tenidas en cuenta por la interventoría ni por el constructor, incluso en una nueva entrega de formatos realizada el 3 de marzo de 2017.

Las pólizas presentadas por el contratista no han sido aprobadas por FONADE, ya que *“las actas que sirvieron para su suscripción no tienen ninguna validez, en la medida que los cantidades de obra ejecutadas referenciadas allí no coinciden con los presentados en el Acta de Corte de Obra 41, pues, como se ha narrado en precedencia, para la suscripción de los precitados formatos (FMI026 y FMI027) se debía haber culminado la ejecución de actividades del contrato para poder tener clara las cantidades de obra ejecutadas, que al 22 de septiembre de 2016 (corte de obra 41) no eran claras para el contratista (...) Evadir la autorización de FONADE y presentar una póliza de estabilidad de una obra que aún continuaba ejecutando, y pretendiendo con ello introducir NPs no autorizados por la entidad y ejecutados de manera independiente por el entonces contratista, denota la mala fe del actuar del Convocante”*.

FONADE propuso las excepciones que denominó **“EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE PRETENSIONES QUE VIOLAN EL CONTRATO, SUS MODIFICACIONES Y LA MATRIZ DE RIESGOS ACORDADA”, “EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS IMPREVISTAS”, y “EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DEL CONSORCIO”**.

6.7. Llamamiento en garantía

FONADE solicitó vincular al proceso como llamada en garantía a Compañía Mundial de Seguros S.A., *“para amparar las obligaciones que resulten en el presente trámite en contra del **CONSORCIO ACR-CONTEIN** y a favor de FONADE”*.

Como hechos que sustentan el llamamiento, FONADE hizo referencia a la suscripción del contrato con el Consorcio ACR-CONTEIN, con sus adiciones, modificaciones y prórrogas y, en especial, se mencionó lo estipulado en la cláusula octava sobre garantía de cumplimiento, según la cual *“El contratista deberá constituir a favor de FONADE en calidad de asegurado y beneficiario y a favor del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO en calidad de beneficiario, en los términos establecidos en la normatividad vigente, una garantía que podrá consistir en una póliza de seguro expedida por una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, en **formato para entidades particulares** o garantía bancaria expedida por un banco local ...”* (resaltado de la cita original del llamamiento en garantía), y lo pactado en la cláusula novena, correspondiente a la cláusula penal pecuniaria, a cuyo tenor *“En ejercicio de la autonomía de su voluntad, las partes acuerdan libre, expresa e irrevocablemente la causación y efectividad de la cláusula penal pecuniaria en caso de incumplimiento parcial o definitivo en la ejecución oportuna del contrato o de las obligaciones a cargo **DEL CONTRATISTA** después de terminado el plazo de ejecución, **FONADE** podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, a título de pena, por un monto equivalente hasta por el **veinte por ciento (20%) valor total del contrato**. El pago del valor acá señalado a título de cláusula penal pecuniaria se considera como indemnización parcial y no definitiva de los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista, razón por la cual, **FONADE** tendrá derecho a obtener de **EL CONTRATISTA** el pago de la indemnización correspondiente a los demás perjuicios que con dicho incumplimiento se le hayan irrogado. **EL CONTRATISTA** autoriza a **FONADE** a descontar y compensar de los saldos presentes o futuros a su favor, los valores correspondientes a la pena pecuniaria aquí estipulada. De no existir tales deudas o de no resultar suficientes para cubrir la totalidad de su valor, **FONADE** podrá obtener el pago de la pena pecuniaria mediante el ejercicio de las acciones legales a que haya lugar. El valor de la pena pecuniaria pactada se calculará sobre el valor total del contrato, incluidas las*

modificaciones al valor del mismo” (resaltado de la cita original del llamamiento en garantía).

FONADE expresó que *“Con ocasión a los reiterados incumplimientos del Consorcio respecto de las obligaciones pactadas en el contrato y los documentos que hacen parte del contrato, FONADE demandó en reconvención dentro del proceso de la referencia, exigiendo la indemnización plena de perjuicios pactada en la cláusula penal” y, “Mediante la póliza NB-100029079 expedida el 23 de diciembre de 2012 por la Compañía Mundial de Seguros, con ocasión de la última modificación contractual del 19 de diciembre de 2019 (sic), se recoge lo estipulado en las pólizas anteriores a la modificación No. 11, y se modifica la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades particulares, garantizando el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento por parte del Consorcio de las obligaciones contenidas en el contrato No. 2131744 hasta el 19 de septiembre de 2019”.*

6.8. Contestación al llamamiento en garantía y a la demanda de reconvención por parte de la Llamada en Garantía

La Llamada en Garantía contestó, en el mismo escrito, el llamamiento en garantía y la demanda de reconvención.

La Aseguradora se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvención y del llamamiento en garantía *“por haberse configurado, entre otras, las excepciones de mérito relativas a: Exclusión expresa de cobertura de cláusula penal exigible al contratista afianzado - Ausencia de derecho contractual a exigir a MUNDIAL DE SEGUROS el pago de la cláusula penal sancionatoria. [...] Imposibilidad de emitir un laudo extra o ultra petita respecto de las pretensiones del llamamiento en garantía. [...] Inexistencia de incumplimiento atribuible al Contratista y que implique la afectación de la póliza de cumplimiento. [...] Enriquecimiento sin causa. [...] Ausencia de reclamación o aviso de parte de FONADE a **MUNDIAL DE SEGUROS**. [...] Inexistencia de requerimiento al contratista por parte de FONADE durante la ejecución del contrato - Ausencia de multas, sanciones o terminación anticipada del contrato. [...] Improcedencia de la exigencia de la cláusula penal al Consorcio - Inexistencia de realización del procedimiento pactado entre las partes para ello. [...]*

Ausencia de prueba de daños o perjuicios sufridos por FONADE. [...] Ausencia de prueba de nexos causal del aparente daño sufrido por FONADE e imputable a conducta alguna del Contratista. [...] Excepción de contrato no cumplido. [...] Confianza legítima del Consorcio respecto de FONADE - Buena fe del Consorcio en la ejecución de la obra. [...] Improcedencia del cobro de intereses sobre el monto tasado como indemnización anticipada de perjuicios en la cláusula penal. [...] Compensación de deudas”. Además, propuso la denominada “EXCEPCIÓN GENÉRICA” y coadyuvó las excepciones propuestas por el Consorcio ACR-CONTEIN a la demanda de reconvención.

Frente a los hechos del llamamiento en garantía, en lo esencial, la Aseguradora admitió la existencia de la póliza de seguro, pero precisó que se excluyó la cobertura de cláusulas penales imputables al contratista. En el contrato entre el Consorcio y FONADE, y, en particular, en la cláusula octava, no se exigió al contratista el amparo de afectación de la cláusula penal sancionatoria “*y, por tanto, la cláusula penal impuesta al Contratista por FONADE fue excluida del contrato de seguros por el cual fue vinculado mi mandante al presente proceso, tal y como consta en las condiciones generales del contrato que reposan en el expediente*”. La demanda de reconvención persigue única y exclusivamente la indemnización plena de perjuicios pactada en la cláusula penal.

Por otro lado, según la Aseguradora, fueron suscritas las actas de terminación del contrato, entrega y recibo final del objeto contractual, y las obras fueron recibidas a satisfacción.

En relación con los hechos de la demanda de reconvención, la Llamada en Garantía expresó que no le constaban buena parte de los mismos por no haber sido parte del contrato entre el Consorcio y FONADE, y consideró que otros, en realidad, no constituían hechos sino manifestaciones subjetivas de la Convocada o transcripciones de disposiciones contractuales y documentos que rigen el contrato.

Según la información con la cual cuenta la Compañía Mundial de Seguros, el Consorcio ACR-CONTEIN no incumplió el contrato con FONADE, y la Aseguradora nunca recibió aviso de siniestro o reclamación con ocasión de la póliza de cumplimiento. Adicionalmente, según los documentos que obran en el expediente y

las actas de terminación, entrega y recibo final del objeto contractual, el Consorcio cumplió a satisfacción el contrato y FONADE nunca inició procedimiento alguno encaminado a decretar el incumplimiento.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Se encuentran verificados los presupuestos para dictar el laudo, teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos formales de la demanda, la participación en el proceso de sujetos capaces y debidamente representados y el carácter arbitrable de la controversia, de conformidad con la decisión que emitió el Tribunal sobre su propia competencia, sin objeción de las partes.

2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

2.1. La naturaleza del Contrato

La legislación colombiana adopta un concepto amplio del contrato estatal al calificar como tal "... los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades ..., previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...", entre los cuales menciona los contratos de obra y de consultoría, de acuerdo al artículo 32 de la Ley 80 de 1993. En el mismo sentido, el artículo 40 ibídem, al regular el contenido del contrato estatal, prescribe que sus estipulaciones "... serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza". Agrega: "Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales" y en dichos contratos "... 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". Puede observarse que en esta nueva concepción del contrato estatal se instituye la libertad en cuanto a las formas de contratación en donde juega papel predominante la autonomía de la voluntad de las partes, limitada solamente por las leyes, el orden

público y los principios y finalidades de la contratación estatal y de la buena administración.

2.1.1. Régimen general del contrato estatal

Como lo indica su título, mediante la Ley 80 de 1993, se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Su normatividad rige la contratación de las entidades estatales, las que, de acuerdo con el literal a) del ordinal primero del artículo 2 de dicha ley comprende “La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles”.

Los contratos estatales celebrados por las entidades públicas se rigen por la normatividad comercial y civil pertinente, excepción hecha de las materias particularmente reguladas por la Ley 80 de 1993, según lo previsto en el artículo 13 de dicha ley.

2.1.2. Contratos estatales de régimen especial

De otro lado, se encuentran los contratos estatales celebrados por entidades públicas que se rigen por leyes especiales. Dentro de esta categoría se clasifican aquéllos sometidos enteramente al derecho privado, salvo en lo atinente a los principios constitucionales y legales que gobiernan la contratación estatal, los cuales enuncia el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 así:

“De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. 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. Igualmente, se aplicarán a las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.

Dichos principios gobiernan la actuación contractual del estado y se complementan con los propios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, en los términos siguientes: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”. Esos principios aplican a todas las modalidades de contratación estatal.

2.1.3. Los convenios interadministrativos de FONADE con otras entidades públicas

En los apartes siguientes, se analizará la naturaleza de los convenios interadministrativos celebrados entre FONADE y otras entidades públicas, a la luz de sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, para examinar luego el convenio interadministrativo suscrito entre FONADE y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Los convenios interadministrativos

Es oportuno recordar las precisiones efectuadas por el Consejo de Estado en torno de los contratos que está llamado a celebrar y ejecutar FONADE en desarrollo de los convenios o contratos interadministrativos que celebre con otras entidades públicas, en cumplimiento del objeto propio, como se ha descrito antes. En efecto, respecto de los “contratos derivados” ha señalado el Consejo en sentencia del 3 de agosto de 2017:

“Dentro de objeto propio de FONADE, que se corresponde con una actividad de servicios financieros, se encuentra prevista la gerencia y ejecución de proyectos de desarrollo, en la cual, con recursos de presupuestos públicos y privados, FONADE despliega una capacidad ejecutora, que puede expresarse a través de la denominada contratación derivada, de la más diversa índole.

“Se denomina contratación derivada, en cuanto se trata de contratos que se originan en convenios interadministrativos, convenios de financiación, convenios de cooperación y cualquier otro tipo de contrato que funciona como acuerdo matriz o principal.

“Se advierte que, en cada caso, el tipo de contrato derivado está en últimas determinado por la capacidad jurídica de las entidades que conforman el respectivo convenio y que, en algunos eventos la gestión de proyectos, se asimila a la que se despliega en los contratos que realizan las entidades fiduciarias públicas, a través de regímenes que también pueden acogerse a normas de derecho privado en algunos de sus esquemas legales.

“Por ello, y —tal vez— por la preponderancia de la función como banca de desarrollo, que se expresa a través de la gestión contractual con recursos de origen público o apalancados en la condición de entidad pública, el artículo 26 de la Ley 1150 de 2007 reubicó el régimen legal de la contratación de FONADE bajo la égida de la Ley 80 de 1993.

“Sin embargo, la Ley 1450 de 2011, contentiva del plan nacional de desarrollo “Todos por un nuevo país”, derogó el referido artículo, con lo cual FONADE quedó regulado, para efectos de su contratación ordinaria, por las normas propias de las entidades financieras de carácter público, esto es bajo las reglas del derecho privado ⁽²⁵⁾, sin perjuicio de la observancia de los principios de la

gestión administrativa y fiscal, así como del sometimiento a las inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993”¹.

De esa manera, el Consejo de Estado definió que la contratación ordinaria de FONADE como entidad financiera de carácter público se desarrolla bajo las reglas del derecho privado con la observancia de los principios propios de la gestión administrativa y fiscal, así como del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993.

El Convenio entre el Ministerio de Hacienda y FONADE

Entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE- se suscribió el Contrato Interadministrativo de Gerencia Integral de Proyectos No. 197051, por medio del cual FONADE se comprometió, en los términos de la cláusula primera, a “...desarrollar la Gerencia del Proyecto denominado Restauración de las casas de Santa Bárbara y construcción del Edificio Archivo del Ministerio...”, por valor de \$81.032'932.657.00.

El Ministerio celebró el contrato interadministrativo con FONADE, como “... Empresa Industrial y Comercial del Estado que tiene entre sus líneas de negocios la Gerencia de Proyectos...”, en su condición de “... entidad al servicio del Estado para agenciar las políticas de desarrollo del Gobierno Nacional y de los niveles territoriales mediante la financiación, administración, estructuración y promoción de proyectos en todos los sectores”, dice uno de los considerandos.

De acuerdo con el artículo 3º del Decreto 288 de 2004, entre las funciones de FONADE en desarrollo de su objeto, entre otras, se cuentan: "3.1. Promover, estructurar, realizar la gerencia, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales; (...) 3.6. Celebrar contratos para administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos y para el

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de agosto 3 de 2017, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico, Rad. 00322/2531.

desarrollo de esquemas de gerencia de proyectos; (...) 3.9. Prestar asesoría y asistencia técnica a entidades públicas y privadas en materias relacionadas con proyectos de desarrollo".

Para el cumplimiento de su misión, FONADE desarrolla las siguientes líneas principales de negocios: "a) Gerencia integral de proyectos de desarrollo; b) Administración de recursos para apalancar proyectos de desarrollo; y c) Estructuración y promoción de proyectos de desarrollo". Por lo anterior FONADE se compromete a ejecutar un proyecto de desarrollo acorde con el objeto señalado en el respectivo contrato".

Las observaciones anteriores muestran que el contrato interadministrativo celebrado entre el Ministerio y FONADE para gerenciar el proyecto de restauración de unas casas y la construcción del edificio de archivo encuadra dentro del giro ordinario de los negocios de la entidad, en los términos del artículo 3º del Decreto 288 de 2004. Así mismo, sucede igual con el contrato suscrito entre FONADE y ACR CONTEIN, para dar cumplimiento al contrato interadministrativo, pues se trata de gerenciar los proyectos de desarrollo contratados por el Ministerio con la entidad.

2.1.4. Los contratos de FONADE

El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE - fue creado mediante el Decreto 3068 de 1968, con la función de financiar total o parcialmente a entidades de derecho público o privado. El Decreto 288 de 2004, por medio del cual se modificó su estructura, lo define en su artículo 1º como "una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación y vigilada por la Superintendencia Bancaria".

El objeto de esta empresa es definido por el artículo 2º en el sentido de "... ser Agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios, y la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo en cualquiera de sus etapas".

Las empresas industriales y comerciales del estado forman parte de la rama ejecutiva del poder público, sector descentralizado por servicios, las cuales, de acuerdo con el artículo 85 de la Ley 489 de 1998, "... desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagre la ley ...".

Clases de contratos estatales

La Ley 80 de 1993 acabó la dualidad de contratos administrativos y contratos de derecho común de la administración para denominar "estatales" a todos los contratos que celebre la administración. Como lo indica el artículo 32 de esta ley, "son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad ...". La frontera entre las dos categorías de contratos desapareció y hoy existe, por regla general, la categoría de contrato estatal, que puede estar regido por las normas de la Ley 80 de 1993, o por el derecho privado, civil y comercial.

Importa destacar que hoy existe un régimen legal de contratación pública integrado por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1882 de 2018, tres normas que se complementan y conforman lo que se conoce como "Estatuto de Contratos de la Administración Pública". No significa ello que se trate de un régimen completamente autónomo, pues el artículo 13 indica que la regla general en la materia es la aplicación de las disposiciones comerciales y civiles, correspondiéndole a la Ley 80 una aplicación excepcional.

No obstante, y pese a que la Ley 80 de 1993 establece que todo contrato donde figure una entidad estatal es contrato estatal, existe, y así lo ha clarificado la jurisprudencia, contratos estatales propiamente dichos, que son regidos por la Ley 80 de 1993, y contratos estatales especiales, con régimen legal propio de excepción, pero respecto de ambos es competente para dirimir sus conflictos la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El Consejo de Estado señaló sobre las categorías contractuales, a la luz de la Ley 80 de 1993 y demás normas en la materia, lo siguiente:

“(…) A juicio de la Sala, es preciso reconocer que, en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la administración pública, es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales:

1.- Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la Ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico. Las controversias que se deriven de este tipo de contratos y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

2.- Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir, es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el artículo 82 del CCA antes referido”².

Lo anterior significa que, pese a que en la Ley 80 de 1993 se hubiere establecido una sola tipología contractual, llamando a todas las relaciones jurídicas bilaterales de la Administración contratos estatales, al interior de la actividad contractual hay una clasificación entre contratos estatales propiamente dichos y contratos estatales especiales.

Sobre el punto, el Consejo de Estado, en sentencia de 23 de septiembre de 2009 expediente 24639, precisó: *“En aquellos contratos que celebren las entidades de Derecho Público cuyo régimen jurídico aplicable serán las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad no obstante que estos negocios jurídicos detenten la naturaleza de contratos estatales cuando el legislador*

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 20 de agosto de 1998, Rad. 1402.

atribuye competencias especiales para adelantar una contratación y señala expresamente que debe acudir al derecho privado, el ámbito de aplicación de la Ley 80 y de la Ley 1150 se excluyen para este caso puntual, cuando una entidad se encuentre incluida en el listado el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 si el legislador considera conveniente la aplicación del derecho privado en su contratación por las actividades que realiza de inmediato se entiende que el Estatuto General de Contratación e la Administración no puede ser aplicado....”.

Naturaleza jurídica de los contratos de FONADE

Acerca de la normatividad jurídica aplicable a los actos contractuales de FONADE en cumplimiento de su objeto, el Consejo de Estado ha establecido que a pesar de tratarse de una Empresa Industrial y Comercial del Estado (EICE) a la que resultaría en principio aplicable la Ley 80 de 1993, está sometida, en razón de la naturaleza financiera de su objeto, a un régimen jurídico especial.

En efecto, el FONADE, en su condición de Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, dotado de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, vinculado al Departamento Nacional de Planeación – DNP- y vigilado por la Superintendencia Financiera de Colombia, comprometido con el impulso al desarrollo socioeconómico del país a través de la preparación, evaluación, financiación, estructuración, promoción y ejecución de proyectos, principalmente aquellos incluidos en los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo en la necesidad de incentivar la participación del sector social, la academia y en general del sector privado, **por disposición legal, tiene un régimen contractual excepcional al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**, según lo dispone el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales de la actividad contractual a que alude el artículo 13 de la referida ley.

Ha dicho al respecto el Consejo:

“... por regla general las EICE hacen parte de aquellas entidades estatales sobre las que opera la regulación de la Ley 80 de 1993, por estar incluidas como tal en su artículo 2. Sin embargo, a pesar de su carácter de EICE, en tanto entidad financiera Fonade se encuentra comprendida por la excepción prevista en el

artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que exceptúa del régimen del estatuto de contratación a los contratos que éstas celebren como parte del giro ordinario de sus negocios (...) [A] pesar de que Fonade está organizada como entidad financiera, su razón de ser no es la de participar de forma activa en el mercado financiero, sino la financiación de proyectos de desarrollo adelantados por otras entidades públicas. No en vano tiene por objeto principal ser agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios, y la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo en cualquiera de sus etapas de acuerdo con el artículo 2 del Decreto 288 de 2004 (...) [E]n ocasiones anteriores la Sección ha tenido la oportunidad de concluir que los asuntos propios del giro ordinario de los negocios de Fonade como entidad financiera van más allá de los enlistados en el Decreto Ley 663 de 1993, e incluyen las actividades propias de su razón de existir como entidad pública (...) Así las cosas, no resta sino concluir que el régimen jurídico de un contrato celebrado por Fonade como el que se estudia, para la época de los hechos, no está regido por la Ley 80 de 1993, sino por las reglas de derecho privado”³.

La excepción a que alude la providencia, es el Parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 15 de la Ley 1150 de 1997, que es del siguiente tenor: “Los Contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades. En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley”. Y FONADE, como lo indica su nombre, es un Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo. Ese artículo 13 consagra los principios generales de la actividad contractual aplicables a las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esto es, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal”.

³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera. sentencia de 5 de diciembre de 2016, M. P. Danilo Rojas, Rad. No. 25000-23-26-000-2005-02773-01.

En el mismo sentido, respecto de la naturaleza de los contratos que celebra FONADE en el cumplimiento de su objeto, la Corte Constitucional se ha pronunciado, así: “61. Los contratos que celebra en desarrollo de su actividad tienen naturaleza estatal, pero se rigen en lo sustancial por el derecho privado. Sin embargo, esta situación no determina el régimen jurídico-procesal aplicable a la solución de sus controversias contractuales, puesto que, estos conflictos eran conocidos por la jurisdicción contenciosa administrativa, antes de la vigencia de la Ley 1107 de 2006, que tuvo como finalidad la modificación de factores de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, más no términos de prescripción o de caducidad”⁴.

De su parte, en consonancia con el régimen jurídico especial de la entidad, el Manual de la Actividad Precontractual, Contractual y Postcontractual de FONADE, de noviembre 9 de 2012, norma vigente al celebrarse el Contrato ACR CONTEIN-FONADE, al regular en el numeral 3 las Condiciones Generales, establece el criterio de interpretación y el marco jurídico de los contratos a los que aplica, así:

“INTERPRETACION. El presente manual deberá ser interpretado de manera integral y sistemática, en concordancia con las normas del derecho privado y del derecho público, cuando corresponda. Ningún funcionario de FONADE podrá aplicar políticas, lineamientos generales y procedimientos distintos a los previstos en el presente manual y los que se desarrollen con ocasión de éste.

“PRINCIPIOS RECTORES. FONADE adelantará la contratación en el marco de las normas de derecho privado, respetando los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, en concordancia con los principios que rigen las actuaciones contractuales de las entidades estatales, entre otros, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, libre concurrencia y objetividad”.

⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 242 de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz.

Debe concluirse de lo dicho que el régimen jurídico aplicable a la entidad en materia de contratación es de derecho privado, pues así lo prevén el Estatuto de Contratación Estatal, la jurisprudencia y el Manual de Contratación de FONADE.

2.1.5. El contrato ACR CONTEIN-FONADE

El agente del Ministerio Público considera que el Contrato 2131744, en razón de haber sido celebrado a nombre de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es un contrato estatal que no está excluido de las reglas de la Ley 80 de 1993, lo cual fluye del artículo 95 de la Ley 1474 de 2011, modificatorio del inciso 2º del literal c) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, cuyo texto reza: “En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad”. Agrega que “cuando un tribunal de arbitramento cumple funciones de juez contencioso administrativo, como cuando dirime un conflicto que al interior de la jurisdicción estatal sería de conocimiento del juez administrativo, debe obrar con la misma metodología del juez contencioso...”⁵.

El contrato a que alude el agente del ministerio público, se celebró entre FONADE y el Consorcio ACR CONTEIN S.A.S. el 23 de mayo de 2013, cuyo objeto fue la “Ejecución, por parte del contratista, de la obra de Restauración de Casas de Santa Bárbara y Construcción Edificio Archivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en las reglas de participación, los documentos e información técnica suministrada por FONADE y la oferta presentada por EL CONTRATISTA, todo lo cual hace parte integrante del contrato”. A pesar de que el contrato no dice expresamente en sus cláusulas el régimen jurídico que le es aplicable, sí indica en sus consideraciones

⁵ Ver Concepto del Ministerio Público, páginas 13 y 14.

previas que "... se regirá por las estipulaciones contenidas en el Manual de la Actividad Precontractual, Contractual y Postcontractual" de FONADE. En consecuencia, será, como ha dicho la jurisprudencia, un contrato de derecho privado, sometido al derecho civil y comercial.

Hoy, la calificación de estatal de un contrato no se define por el régimen jurídico propio y autónomo que antes le era aplicable, pues la definición dada por el Estatuto de Contratación es de gran amplitud en cuanto caben en el género contrato estatal las distintas modalidades contractuales que utilizan las entidades públicas en la consecución de sus fines. Así lo indica el artículo 32 del Estatuto de Contratación al establecer en su primer inciso que "Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...".

El objeto del Contrato No. 2131744 de 2013 encuadra en los "asuntos propios del giro ordinario de los negocios de Fonade", porque, como se dijo en párrafos anteriores, su función es la de estructurar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales así como la de celebrar contratos para la administración de recursos destinados a la ejecución de proyectos. Pero la naturaleza privada de esta clase de contratos no libera a la entidad del sometimiento a los principios generales previstos en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, aplicables a las actuaciones contractuales de las entidades estatales, y a los postulados constitucionales que rigen la administración previstos en el artículo 209 de la Constitución Política.

En el presente caso, sin embargo, se observa al hacer el análisis pertinente que a pesar de la definición de contrato sometido al derecho privado, en varios pasajes de la matriz de riesgos (Punto 4- 4.2.-) se alude a la nociones de ecuación económica y de equilibrio económico del contrato, que podría entenderse como alusión a un régimen más cercano a la vertiente de sujeción al derecho público del contrato estatal. No obstante, resulta clara la insistencia de la parte convocante en sus pretensiones de acudir, no al restablecimiento del dicho equilibrio sino al resarcimiento integral derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales por parte de FONADE.

En el asunto *sub iúdice*, se trata de la restauración de unas casas y de la construcción del edificio del Archivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cumplimiento del contrato suscrito entre las partes convocante y convocada, desarrollo de un contrato interadministrativo celebrado entre el Ministerio y la entidad.

Al respecto el Consejo de Estado en relación con las disposiciones del Estatuto del Sistema Financiero– ESF-, art. 21, y del Código de Comercio, art. 99, ha señalado en torno del concepto jurídico indeterminado en alusión, lo siguiente, en un caso en que se ocupó precisamente de los contratos de consultoría de obra celebrados por FONADE, en el marco de convenios interadministrativos: “Siendo así las cosas, resulta que el concepto “giro ordinario de las actividades” –tal como lo refiere el art. 21 demandado- o también “giro ordinario de los negocios” –como lo denominan otras normas-, hace relación tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o de las funciones principales, expresamente definidas por la ley, como también a todo aquello que es *conexo* con ellas y que se realiza para desarrollar la función principal, estableciéndose entre estos dos una relación de medio a fin, estrecha y complementaria”⁶.

Esa clase de actividad es propia del objeto misional de FONADE, razón por la cual, vistas las excepciones consagradas en los artículos 32 de la Ley 80 de 1993 y 85 de la Ley 489 de 1998, que define las empresas industriales y comerciales del estado como “... organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley ...”, forzoso es concluir que el régimen jurídico aplicable a su actividad contractual es de derecho privado. Pero esa sumisión al derecho privado, como se dijo, no libera a la

⁶ Colombia. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, Subsección C), sentencia de febrero 12 de 2014, M. P. Enrique Gil, Rad. 26000-23-36-000-2012-00679-01 (47.083).

entidad del respeto de los principios de la contratación estatal, ni de los de la función administrativa.

2.2. Desarrollo del contrato y sus modificaciones, prórrogas y adiciones.

2.2.1. Reflexión preliminar

Revisada la actividad y ejecución surtida en el marco del contrato 2131744 de 2013, así como analizadas las pruebas aportadas al plenario, el Tribunal puede concluir que está demostrado un plazo de ejecución del objeto contractual pactado muy superior al que inicialmente estaba estipulado, producto de una serie de modificaciones celebradas y aprobadas por las partes. Lo anterior es un hecho irrefutable que se evidencia con la prueba documental, los informes periciales y las manifestaciones que, al unísono, hicieron los sujetos procesales al momento de describir la situación fáctica y contractual en sus correspondientes libelos de demanda y contestación.

El contrato 2131744 se celebró y concibió para una duración máxima de 13 meses. Ese fue el criterio de planeación que provino del Ministerio de Hacienda y del FONADE, con fundamento y soporte en los análisis y estudios previos y las reglas de participación de la oferta pública OPC-013-2013, así como de los insumos entregados por el contratista consultor TECTUS Ltda., a partir de los contratos de estudios y diseños, a su turno, número 2082666 del 25 de noviembre de 2008 y número 40022011 del 29 de diciembre de 2011, que en su momento celebró el citado Ministerio.

Sin embargo, consta en el expediente, y está probado, que el término contractual se amplió en 812 días, lo cual está ratificado en el informe pericial rendido por el ingeniero Antonio Vargas del Valle, en el mes de octubre de 2018, página 16, donde precisa: “...en la ejecución del contrato se suscribieron diez (10) modificaciones presupuestales, de las cuales ocho (8) corresponden a adiciones y las restantes (2) a modificaciones en el presupuesto de obra que no significaron una adición al contrato”.

“De las ocho (8) adiciones, seis (6) corresponden a modificaciones relacionadas a suprimir recursos por menores cantidades de obra e incluir recursos para mayores cantidades e ítems no previstos (NP), para una adición total de \$12.923.117.163; las restantes dos (2) adiciones corresponden a un tema de ajustes de los diseños del datacenter, procesos archivísticos y correlativo a las instalaciones técnicas del proyecto por un valor total de \$384.123.760”.

Pese a este extenso discurrir contractual la obra terminó y se dispuso el recibo final de la misma. Se evidencia la existencia de la correspondiente Acta de terminación de obra que aparece suscrita por las partes; de un lado, el Consorcio convocante y, de la otra, la interventoría, quien es la que representó a FONADE, pues en esa calidad es la que vela por los intereses de la parte Contratante, y también existe el Acta de recibo final, igualmente firmada por el Consorcio y la Interventoría.

También, el Tribunal advierte la existencia del Acta de terminación de Diseños firmada por el contratista y la interventoría, y el Acta de recibo final de diseños, firmada por el contratista y la Interventoría.

Por tanto, es incuestionable en el caso que nos ocupa que las partes, asidas al principio de la autonomía de la voluntad, promovieron un número importante de modificaciones contractuales encaminadas precisamente a sobrellevar las deficiencias presentadas en la fase de planeación y sus consecuencias en la fase de ejecución.

2.2.2. El Consorcio tenía conocimiento de la obra y sus alcances.

Resulta de especial importancia mencionar que el Consorcio convocante, al momento de presentar su propuesta en el marco de la Oferta Pública OPC-013-2013 y puntualmente en el Anexo 1, donde se establecía la formalidad de la carta de presentación de ésta, expresamente anotó que conocía las reglas de participación y aceptaba, formal y materialmente, cumplir con todas las obligaciones del contrato y las especificaciones técnicas solicitadas para el cumplimiento del objeto de este.

La carta de presentación de la oferta es la manifestación concreta del conocimiento y aceptación que hace un oferente de todas las condiciones contractuales que una entidad contratante plantea, que en el caso que nos ocupa, incluían el conocimiento del objeto contractual, sus características, sus implicaciones técnicas, la existencia de las Fases 0 y 1 que iniciarían simultáneamente, y la modalidad de contratación bajo el criterio de precios unitarios sin fórmula de reajuste.

Sobre este punto se advierte que el contrato 2131744 de 2013 fue celebrado bajo la modalidad de precios unitarios para el componente denominado “Etapa 1” y para el “Suministro, Instalaciones de Seguridad y Control”, de acuerdo con el párrafo tercero de la cláusula tercera, figura a la que acudió la entidad contratante al no ser posible establecer con certeza o exactitud el valor de la obra.

Por ello, cuando el Consorcio firmó la carta de presentación de oferta, fue consciente que se disponía a celebrar un contrato bajo esta modalidad y que, por ende, se podía generar durante la ejecución del objeto la necesidad de hacer ajustes en las actividades o ítems previstos inicialmente en el contrato, como en efecto sucedió. Además, que estas actividades debían ser remuneradas con apoyo en unos precios determinados previamente. En este orden de ideas, las condiciones jurídicas generales bajo las cuales fue suscrito el referido contrato 2131744, y que el Consorcio aseveró conocer y aceptar, hacían también previsible que se añadieran mayores y menores cantidades de obra o que fuere necesario el suministro de materiales no previstos o la ejecución de obras adicionales, tal como sucedió.

Por consiguiente, se estima que la necesidad de ordenar mayores cantidades de obra, ejecutar obras adicionales o incluir materiales que no hubieran sido previstos inicialmente no puede considerarse *per se*, como hechos imprevistos atribuibles solamente a la entidad contratante, que den lugar, por este motivo, a la declaratoria de incumplimiento contractual y por contera al reajuste del equilibrio contractual.

2.2.3. Sobre la “mayor permanencia en obra” alegada.

De acuerdo con la reflexión inicial, surge entonces la necesidad de determinar si debido a las múltiples modificaciones contractuales y a los incumplimientos de los

cuales el Consorcio acusa a FONADE se puede establecer “mayor permanencia o no en obra” que deba ser indemnizada.

a) La “Fase 0”

El primer punto a considerar es el concerniente a la Adenda No. 3 que se produjo en la Oferta Pública No. OPC-013-2013 de 20 de marzo de 2013 en la cual se modificaron las reglas de participación, al eliminar la necesidad de tener un acta de inicio para la Fase 0 y otra para la Fase 1.

El Tribunal estima que la modificación contractual realizada mediante Adenda 3, cercenó el fundamento loable que en su momento tenía esta figura de ejecución contractual, ya que desnaturalizó la genuina posibilidad que tenía el contratista ganador de la Oferta Pública OPC-013-2013 de advertir, previamente al inicio de ejecución contractual, las inconsistencias, errores de diseños, temas faltantes, etc., y luego, una vez aclarados y subsanados estos puntos, poder iniciar la ejecución de la obra.

Pero, al aparejar las Fases 0 y 1 se pierde este efecto, y prácticamente se diluye la responsabilidad del contratista como colaborador del Estado en las tratativas y apoyo a la fijación de aspectos propios del principio de planeación.

Por este argumento, no es de recibo la apreciación que hace el FONADE, cuando anota: *“7.7, [e]l elevado número A.P.U.S que surgieron durante la ejecución del contrato son responsabilidad del CONSORCIO. Es importante resaltar el incumplimiento del CONSORCIO en cuanto al alcance de la Fase 0, toda vez que revisadas la observaciones plasmadas en dicho informe frente a las actividades no previstas adicionadas al contrato durante su ejecución **y que no hacen parte de los ajustes a diseños**, se evidencia que no todos estos NPS fueron detectados de manera oportuna tanto por este, ni por la interventoría, dado que muchos de los ítems no previstos no se encontraban ni siquiera esbozados en la Fase 0 y su solicitud de estudio de mercado se iba efectuando a medida que eran encontrados conforme al avance de las obras. Lo anterior, denota falta de planeación por parte del Contratista quien era el encargado de determinar con anticipación las actividades a ser ejecutadas con base en las valoraciones efectuadas en Fase 0.*

Efectuando una comparación entre las conclusiones arrojadas por el constructor en la FASE 0 y las actividades que fueron incluidas en el contrato de obra, se tienen diferencias significativas que denota que no fueron detectadas de manera oportuna por el Consorcio”.

La discrepancia frente a este aserto estriba razonadamente en dos aspectos esenciales: primero, que está probado que el FONADE modificó las reglas de ejecución contractual uniendo las Fases 0 y 1, y disponiendo que su inicio fuera simultáneo, desvirtuando la intención primigenia de generar un espacio necesario, propio de contratista, para detectar en buena medida la mayoría de las situaciones no previstas con el fin de solucionarlas, antes de iniciar la Fase de ejecución propiamente dicha. Segundo, porque no puede atribuirse al contratista una carga mayúscula en lo concerniente a la planeación del contrato, toda vez que se trata de una actividad que, si bien involucra al contratista en su debida construcción, no puede soslayar que, en todo caso, la entidad estatal, encargada de velar por la correcta y oportuna ejecución de los recursos públicos, es la que debe tener un especial cuidado y preponderancia al momento de estructurar una adecuada planeación.

La planeación *“per se supone el análisis de las contingencias o vicisitudes que se puedan presentar en el desarrollo del proceso de contratación, definido este por el artículo 2.2.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 como el “conjunto de actos y actividades, y su secuencia, adelantadas por la Entidad Estatal desde la planeación hasta el vencimiento de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes o el vencimiento del plazo”...”.* Por esta razón, con antelación a la celebración del contrato, la administración está obligada a realizar un análisis de todas aquellas circunstancias que pueden contribuir, obstaculizar o impedir que el proyecto objeto de contratación se desarrolle tal como lo quiere la administración y necesita para lograr sus objetivos estratégicos como entidad, es decir, identificar

variables que “puedan generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del proceso de contratación”⁷.

Por su parte, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, en sentencia 2013-00526 de 23 de octubre de 2017, con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se refirió al principio de planeación, aplicable tanto a los contratos estatales como aquellos que se rigen por el derecho privado, así:

“4. Alcance del principio de planeación en la contratación estatal:

(...)

“En efecto, los contratos del Estado “deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad”, razón por la cual en todos ellos se impone el deber de observar el principio de planeación”.

“Para cumplir con el principio de planeación deben observarse “parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia” puesto que así se aseguran la prestación de los servicios públicos y la preservación de los recursos del Estado”.

“Ahora, si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6º, 7º y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1º y 2º del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de

⁷ “La planeación y validez del contrato estatal”. Juan Carlos Expósito Vélez. “Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas”. Universidad Externado de Colombia. Pag. 94.

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”.

“Pero además ha de tenerse en cuenta que el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 señala que los particulares “tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que 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 o su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por depender de decisiones de terceros, como por ejemplo el que estos se decidan a enajenar predios sobre los cuales han de construirse las obras que son o serán materia del contrato”.

Conforme lo anotado y lo probado en el expediente, el Tribunal puede concluir que uno de los antecedentes de la prolongación del tiempo para finiquitar la obra, acordada por las partes en las distintas modificaciones contractuales, fue la debilidad frente al principio de planeación, la cual, si bien la jurisprudencia de lo contencioso administrativo actualmente señala que opera para las dos partes del contrato, es, en este caso, al FONADE a quien correspondía en mayor medida su adecuación y debida estructuración. Lo anterior fue demostrado a través de los informes periciales y las pruebas documentales, especialmente las Actas de Comité de Seguimiento de obra, como adelante se anotará.

Sobre el tema de la Fase 0, el Tribunal encuentra que la responsabilidad por las falencias iniciales es atribuible principalmente al FONADE, por lo siguiente:

El Consorcio presentó el informe de la Fase 0 a la interventoría PAYC el día 27 de junio de 2013, con la revisión de los diseños correspondientes a:

- Casas y Cantidades de Obra

- Proceso Constructivos Sótanos
- Estructurales
- Hidráulicos y Sanitarios Instalación Hidráulica
- Hidráulicos y Sanitarios Sistemas Red contra incendios
- Hidráulicos y Sanitarios Instalación Sanitaria.
- Eléctricos
- Automatización y Redes de Voz y Datos
- Mecánicos y de Aire Acondicionado
- Presupuestos y programación.
- Arquitectónicos
- Trámites y permisos

Todo lo anterior, se hizo de conformidad con los documentos, estudios y diseños que le entregó FONADE.

Sin embargo, la respuesta tanto de la interventoría como del FONADE no se ajustó a los parámetros contractuales y de las reglas de participación, precisamente por las falencias de los estudios y diseños iniciales.

La interventoría se pronuncia tan solo hasta el 20 de agosto de 2013. Con todo, la demanda acumulada anotó: *“...en el parágrafo 1° de la Cláusula Primera de la Prórroga No. 1 el FONADE introdujo la siguiente manifestación unilateral “... La presente prórroga no genera costos adicionales a favor del CONTRATISTA”, pues el contratista consideró que con la adición en valor que se había realizado en el mes de noviembre de 2013 se compensaban, hasta la fecha, los costos administrativos que se desprendieran de la mayor permanencia en obra”*. Se refiere a la Adición No. 1 firmada el 21 de noviembre de 2013.

Luego, como se observa en las siguientes Actas de Seguimiento⁸ a la ejecución contractual, no se habían solucionado los temas objeto de observación por el Consorcio.

- Acta No. 8 de 25 de julio de 2013:

“Informe técnico fase 0”

“La interventoría informa que el día 24 de julio de 2013 fue remitida a través de correo electrónico a Fonade la matriz de seguimiento de la Fase 0, en la cual se aclara que los temas de automatización, cimentación (a los cuales se les está dando alcance en los comités técnicos semanales) y probablemente el tema eléctrico sean susceptibles de variaciones en sus especificaciones, dadas las necesidades reales que el proyecto requiere”.

“A lo anterior Fonade solicita que dicho informe sea manejado mediante una matriz de prioridades, a lo cual la interventoría comunica que para el día 31 de julio de 2013 se entregará borrador a Fonade, de acuerdo a los requerimientos establecidos por la misma entidad” (Subrayado fuera de texto).

- Acta No. 9 de 30 de julio de 2013

“Informe técnico Fase 0”

“La interventoría informa sobre el compromiso establecido para la entrega de dicho informe (31 de julio de 2013), aclarando que los temas de automatización, cimentación (a los cuales se les está dando alcance en los comités técnicos semanales) y probablemente el tema eléctrico sean susceptibles de variaciones en sus especificaciones, dadas las necesidades reales que el proyecto requiere”.

⁸ Ubicadas en el disco del folio 3525 del Cuaderno de Pruebas No. 9, carpeta “ANEXOS REFORMA DEMANDA”.

“Fonade recalca la necesidad de presentar este informe mediante una matriz de prioridades, ya que la entidad requiere establecer un plan de contingencia para cada una de las especialidades que actualmente están generando un alto impacto sobre el desarrollo de la obra. Dado lo anterior Fonade solicita se realice una mesa de trabajo con la interventoría para el próximo miércoles 31 de julio de 2013, con el fin de tratar el contenido del documento a ser entregado” (Subrayado fuera de texto).

- Acta No. 10 de 6 de agosto de 2013.

“Informe técnico Fase 0”

“La interventoría informa que el pasado 31 de julio de 2013 realizó entrega a Fonade de la evaluación al informe de la etapa 0 elaborado por el constructor, al cual se le dio alcance a los estudios de automatización y eléctrico, los cuales fueron remitidos el viernes 2 de agosto de 2013 de acuerdo a las observaciones entregadas por Fonade” (Subrayado fuera de texto).

- Acta No. 12 de 20 de agosto de 2013.

“Informe técnico Fase 0”

“La interventoría informa que realizará entrega a Fonade del alcance de este informe el día de hoy 20 de agosto de 2013 en horas de la tarde, de acuerdo a las observaciones generadas por la misma entidad, y acorde con el acta de ampliación de plazo de entrega firmada por las partes” (Subrayado fuera de texto).

“Adicionalmente el constructor hace claridad sobre su alcance en la elaboración del informe fase 0, anotando que la Interventoría no realizó en su momento, ningún tipo de requerimiento en cuanto a optimizar o complementar dicho informe; por lo tanto, a la fecha no tienen responsabilidad directa por la complementación de la información solicitada por Fonade”. (Subrayado fuera de texto).

- Acta No. 31 de 23 de diciembre de 2013.

“Igualmente se encuentra pendiente por parte del Consultor Tectus – Itda dar respuesta a las observaciones presentadas en Fase 0”.

- Comunicación C-428-2014 de 18 de enero de 2014⁹

Se trata de un documento que el Consorcio envía al interventor PAYC en donde se anota:

“Queremos reiterar nuestra gran preocupación por el estado general de los diseños de Instalaciones, los cuales después de 7 meses de obra siguen sin estar totalmente definidos para la ejecución, la situación es muy preocupante y se viene manifestando por parte del Consorcio comité tras comité desde hace varios meses. Así mismo se viene solicitando un compendio de planos, mediciones y especificaciones definitivas debidamente firmadas, que nunca llega a estar completamente entregado”.

“Ante esta grave situación el Consorcio quiere manifestar que estas circunstancias anómalas están perjudicando el normal desarrollo de la obra, tanto en lo que afecta al cronograma previsto, hay retrasos en contrataciones y ejecución, como a los costos por las posibles demoras que esta situación está acarreando, por lo que a partir de hoy consideramos que el tiempo que se demoren las definiciones debería considerarse como tiempo de retraso de obra, indicando a modo informativo y orientativo que los costos de administración imputable por mes del consorcio ronda los 200 millones de pesos...”.

- Comunicación No. FLQ-534-14 CSBA-1452 de 19 de marzo de 2014¹⁰

En esta comunicación que la interventoría PAYC envía al consultor TECTUS, se lee:

⁹ Ubicada en el disco del folio 3525 del Cuaderno de Pruebas No. 9, carpeta “ANEXOS REFORMA DEMANDA”.

¹⁰ Ubicada en el disco del folio 3525 del Cuaderno de Pruebas No. 9, carpeta “ANEXOS REFORMA DEMANDA”.

“...En base a esta descripción de la información con la que cuenta tanto la interventoría de obra como el constructor para llevar a cabo un proyecto en base a diseños previos, surgen una serie de inquietudes que fueron expresadas en un informe llamado fase 0 y que a la fecha no tenemos respuesta”.

- Acta comité de seguimiento 44 de 25 de marzo de 2014¹¹

“1.3 Sistemas de seguridad y control e integración de sistemas”

“La interventoría por parte del Ing. Paulo Cesar Flórez, reitera que a la fecha no se cuenta con información completa de este sistema, por lo cual solicita a Tectus nuevamente remitir la información relacionada con los diseños y especificaciones, ya que la información que se encuentra en obra es muy básica y no tiene ningún contenido relacionado al detalle del diseño”.

“Sobre la integración de los sistemas, la Ing. Celmira Moreno aclara a Tectus que el alcance del proyecto contempla dicha integración, existe contractualmente como parte de los diseños, y no afecta el hecho de que se tengan los sistemas de datos usuario y datos seguridad de manera independiente”.

“Tectus expresa que los requerimientos de Fase 0 debieron allegarse en el momento de la ejecución de los diseños por lo cual sus ajustes a la fecha han sido complicados de ser atendidos por los respectivos diseñadores, aclarando así mismo a Fonade que existe un recibo a satisfacción en su momento de la totalidad de los diseños por parte de la misma entidad. La ing. Celmira Moreno aclara que el tema técnico está enmarcado dentro del alcance del contrato Tectus – Ministerio de Hacienda (calidad de diseños) y el recibo a satisfacción mencionada no fue realizado por Fonade, sino por el Ministerio (Contrato de actualización del diseño a NSR10)”.

¹¹ Ubicada en el disco del folio 3525 del Cuaderno de Pruebas No. 9, carpeta “ANEXOS REFORMA DEMANDA”.

“Tectus informa que hoy a las 11:00 a.m. se llevará a cabo una reunión con el Ing. Iván Jaramillo responsable de los diseños de seguridad y control”.

“La Ing. Celmira Moreno recuerda que en fase 0 se solicitó se entregara por parte del Tectus, la ingeniería de detalle y las especificaciones que dieron origen al proyecto de automatización, los cuales a la fecha no han sido suministrados...” (Subrayado fuera de texto).

Al ser preguntado el perito Manuel Guío (dictamen radicado el 24 de octubre de 2017) si el contratista podría hacer un análisis detallado del proyecto, incluyendo la revisión de los cuadros de cantidades y precios, en un plazo de 15 días calendario, como se establecía en la Etapa (0) cero del contrato, señaló:

“a. El Consorcio presentó el informe de la fase 0, en la fecha fijada, con el alcance suficiente y análisis de las falencias de orden general en los planos.

b. No se encontró evidencia de que el Fonade hubiera atendido oportuna e idóneamente los compromisos respecto a la solución de las observaciones y requerimientos técnicos elevados en dicho informe”.

*c. De las falencias evidenciadas en el Informe de la Fase 0 entregado por parte del Consorcio a la interventoría se concluye que sin que se solucionaran de manera definitiva los errores y omisiones de los diseños, no era posible para el contratista hacer una revisión global del presupuesto del contrato para identificar, en 15 días contados desde la firma del acta de inicio, las actividades no previstas, así como la mayores y menores cantidades de obra. Dicho de otra manera, **previo al análisis presupuestal era necesario que el contratista contara con los diseños e información técnica definitiva, lo cual no se logró ni dentro de los 15 días que tenía el contratista para producir el informe de la Fase 0, ni dentro de los 8 días siguientes con que contaba la interventoría y el cliente para absolver las observaciones formuladas por el Consorcio”.***

*d. Un proyecto como este, con las falencias indicadas desde el comienzo por parte del Consorcio, pasó de la modalidad de precios unitarios, partiendo de la base de la existencia de la totalidad de los planos con la calidad requerida para construcción, la **modalidad “FAST TRACK”, esto es, un proyecto en donde la Ingeniería y la Construcción se ejecutaban en forma simultánea**, con los inconvenientes por las demoras en los trámites administrativos, primero en la definición de los diseños y*

luego en la aprobación de los NP(s). En este análisis hemos podido comprobar que tanto el proceso de aprobación de los nuevos precios unitarios (NP), como en las ampliaciones o modificaciones al contrato, el cliente tomó más tiempo del normalmente establecido. Precisamente por esto, no era posible que dentro de los 15 días iniciales del contrato pudiera el Contratista adecuar los estudios y diseños y obtener el presupuesto definitivo de la obra”. (Folio 26) (Subrayados y resaltados originales).

(...)

“El producto del trabajo adelantado por este equipo interdisciplinario fue que el día 20 de junio de 2013, en el término previsto, EL CONTRATISTA entregó a PAYC y al FONADE el INFORME DE LA FASE 0...”.

“Pese a lo reducido del tiempo, es importante resaltar la profundidad con la que EL CONSORCIO, abordó cada una de las áreas y/o disciplinas del Proyecto, resaltando las falencias de mayor impacto, entre las cuales cabe resaltar los errores que existían en los diseños de las obras civiles y que fueron claramente expuestos en el informe, especialmente en sistemas de cimentaciones, rellenos, planos estructurales, sistemas hidráulicos y sanitarios, etc”. (folio 28).

(...)

*“Es importante dejar claro que a pesar que (sic) EL CONSORCIO debería haber revisado los planos y diseños, con la finalidad de ubicar errores o conflictos obvios (de gran envergadura), el **Consortio, no era el diseñador del Proyecto por lo cual no era su función revisar en detalle, ni mucho menos re-diseñar el Proyecto**” (Resaltado y subrayado original).*

(...)

“Teniendo en cuenta los tiempos contractuales, si el contratista entregó el Informe de la Fase 0 el 20 de junio de 2013, correspondía a la interventoría entregar la atención a las observaciones formuladas por parte del CONSORCIO, a más tardar el 28 de junio de 2013. No se halló evidencia que eso haya ocurrido, por el contrario, se

verificó información que prueba que este plazo no fue atendido pues, solo hasta el 20 de agosto de 2013, la interventoría inició el análisis, no solución, “a cuenta gotas”, de las observaciones que habían sido abordadas por parte del contratista en el informe de la FASE 0 (Acta Comité 12 allegadas al expediente como anexo de la demanda...” (folio 34) (Subrayado fuera de texto).

Respecto del informe técnico de la Fase 0, perito Manuel Guío se refirió a que:

“La Interventoría informa que el día 24 de julio de 2013 fue remitida a través de correo electrónico a FONADE la matriz de seguimiento de la fase 0, en la cual se aclara que los temas de automatización, cimentación (a los cuales se les está dando alcance en los comités técnicos semanales) y probablemente el tema eléctrico sean susceptibles de variaciones en sus especificaciones, dadas las necesidades reales que el proyecto requiere”.

“A lo anterior FONADE solicita que dicho informe sea manejado mediante una matriz de prioridades, a lo cual la interventoría comunica que para el día 31 de julio de 2013 se entregara borrador a FONADE, de acuerdo a los requerimientos establecidos por la misma entidad” (folio 38) (Resaltado original).

“Lo expuesto en el acta anteriormente citada fue reiterado por EL CONSORCIO y discutido con FONADE e Interventoría en varios comités de obra, de los cuales resalto los siguientes: Acta No. 9 del 30 de julio de 2013, Acta No. 10 del 6 de agosto de 2013, Acta No. 12 del 20 de agosto de 2013, Acta de Comité No. 31 del 23 de diciembre de 2013, Acta de Comité de seguimiento No. 44 de fecha 25 de marzo de 2014, Acta de Comité de Seguimiento del contrato No. 37 de fecha 18 de febrero de 2014, Acta de Comité de Seguimiento del contrato No. 40 de fecha 25 de febrero de 2014, Acta de Comité de Seguimiento del contrato No. 42 de fecha 11 de marzo de 2014, Acta de Comité de Seguimiento del contrato No. 43 de fecha 18 de marzo de 2014, Acta de Comité de Seguimiento del contrato No. 44 de fecha 25 de marzo de 2014, Acta de Comité de Seguimiento del contrato No. 49 de fecha 22 de abril de 2014, Acta de Comité de Seguimiento del contrato No. 52 de fecha 13 de mayo de 2014, Acta de Comité de Seguimiento del contrato No. 60 de fecha 8 de julio de 2014, en donde se evidencia que semana tras semana se seguía advirtiendo a la entidad de las graves inconsistencias en materia de diseños sin que se adoptara

ninguna solución de fondo y definitiva que permitiera destrabar la ejecución del objeto contratado y lograr mayor fluidez. Personalmente me llama poderosamente la atención que más de un año luego de firmada el Acta de Inicio del Contrato aún se estuviera hablando de falencias en el producto de diseño entregado al CONSORCIO contratista, cuando lo claro es que el objeto del contrato ya debía haber finalizado o estar ad portas de hacerlo” (folios 38 y 39).

“La evidencia más determinante de la situación expuesta y documentada por parte del FONADE, la interventoría, el CONSORCIO y Tectus a lo largo de innumerables comités de obra durante el primer año de duración del contrato, es la firma entre el CONSORCIO y el FONADE del Contrato Adicional No. 2 en el cual el contratista adoptó las veces de diseñador del proyecto pese a que, inicialmente, el objeto de este adicional era una labor de simple ajuste pero, con el pasar de los días se concluye que el CONSORCIO debió ejecutar una verdadera labor de diseño ya que revisados los diseños iniciales con los definitivos, nada tienen que ver unos con otros”. (folio 39) (Resaltado original).

(...)

“Además de los documentos contractuales, baso mi concepto en los hallazgos que la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA puso en evidencia en su INFORME DE AUDITORÍA VIGENCIA 2014 DEL FONADE... del cual me resulta importante destacar lo siguiente:”

(...)

“Debilidades en la planeación por parte del MHCP en cuanto a las necesidades reales que se pretendían satisfacer y el objetivo general del proyecto y su alcance...”
(Subrayado fuera de texto).

“Así como falencias en los diseños y estudios técnicos del proyecto resultado de los contratos Nos. 2082666 y 4.002-2011 suscrito el primero entre FONADE y la firma consultora Tectus Ltda el 25 de noviembre de 2008 y posteriormente el segundo por el MHCP con la misma empresa el 29 de diciembre de 2011. Además de la supervisión arquitectónica de la obra del proyecto, para lo cual FONADE suscribe el

13 de agosto de 2013 el contrato de prestación de servicios No. 2132478, con Tectus Ltda, el cual termina el plazo de ejecución, el 30 de junio de 2014. (Pág 25 del informe). (Subrayado fuera de texto).

“En la revisión documental a los informes de gestión del convenio y de la interventoría al contrato de obra 2131744, se evidencian deficiencias en los diseños así: Estudios incompletos e imprecisión de estos, falta de coordinación entre los diferentes componentes tecnológicos y la inexistencia de Ingenierías de detalle, falta de definiciones de tipo técnico y de calidad. Se hace referencia a las falencias respecto al componente de automatización de salas, sistemas de voz y datos, control de iluminación, seguridad y control, iluminación y eléctrico”

(...)

“Lo cual impactó el plan operativo, plan de pagos y cronogramas, suscitando la ampliación de los plazos del proyecto y de sus contratos derivados (obra, interventoría, dotación), ocasionando reprocesos y riesgos de posibles controversias contractuales, destinación de recursos adicionales y desgaste administrativo” (folio 40). (Resaltado original).

Entre las conclusiones que vierte el perito, y que tiene especial importancia para la decisión que corresponde asumir a este Tribunal, se tiene la siguiente afirmación producto del ejercicio pericial realizado:

“El principal instrumento contractual usado por las partes para remediar los efectos que tuvieron en el contrato las graves falencias en los diseños e información técnica entregada por el FONADE fueron las múltiples extensiones de plazo, múltiples adiciones y múltiples modificaciones, con una gran cantidad de nuevos precios y la supresión de múltiples ítems que fueron previstos en los pliegos originales y que finalmente no tuvieron aplicación. Esto, sin duda, da muestra de que el FONADE reconoció las deficiencias en los diseños originales, los cuales debieron ser entregados por él al contratista en óptimas condiciones, es decir, aptos para construir”. (folio 41). (Subrayado fuera de texto).

En las Aclaraciones y Complementaciones del dictamen de Antonio Vargas del Valle, a la pregunta de si desde la etapa 0 del proyecto se hubiera podido determinar las unidades de aire acondicionado diseñadas en el proyecto, contestó puntualmente que: *“Dado lo anterior podemos concluir que desde el contrato se conocía el número de unidades de Aire acondicionado (UMA) requeridas por el proyecto, pero a su vez en la Fase 0, se presentan observaciones técnicas por parte de los constructores cuya consecuencia puede llevar a la necesidad de un mayor número de equipos. La interventoría en su respectivo informe lo encuentra la anterior observación procedente calificando esta situación con prioridad alta y complejidad alta”*. (folio 24).

En la página 16 del dictamen aclaratorio, el perito señala que *“En respuesta al requerimiento del apoderado de FONADE, vemos que en la fase 0 del proyecto el Consorcio no contaba con los cálculos térmicos para confirmar las cargas térmicas internas de la sala de servidores (centro de cómputo); sin embargo, si hizo notar que las cargas que se manejan aquí “son muy elevadas”, por ende, tenía conocimiento de la agresividad del tipo de ambiente que se requería controlar. Por ende, en nuestra opinión, el Consorcio estaba en la capacidad de establecer (o al menos hacerlo notar) que el posible mejor sistema de aire acondicionado para la sala de cómputo era de precisión y no de confort por las cargas térmicas tal elevadas que aquí se manejan y la necesidad física de contar con un sistema de aire acondicionado que garantice durante todo el año unas condiciones mínimas de temperatura y humedad para la buena operación de los equipos”*.

Se observa por el Tribunal, que está probada la actividad a cargo del Consorcio en la Fase 0, pero debido a que simultáneamente comenzó la ejecución contractual no fue posible separar el apoyo en la planeación que hubiera estado a cargo del Consorcio de no haberse unido las dos Fases, y que además entrabó la detección y prevención de situaciones no previstas que se hubieran podido solucionar o enmendar con mayor agilidad.

b) El inicio del proyecto

El perito Antonio Vargas del Valle, al referirse a la modificación compensación y contrato adicional 1, transcribe los considerandos 5 y 7 donde se señala la justificación técnica en la adición de los ítems no previstos, destacando en su interior

las falencias graves que se presentaron en la etapa inicial del contrato. Dicen estos numerales:

“5) Al realizar la supervisión de los documentos, diseños de base e información de referencia que son el punto de partida del desarrollo de la construcción, se estableció la falta de información o documentos completos de los diseños de consultoría, y teniendo en cuenta algunas actividades no estaban totalmente definidas, el contratista no pudo iniciar las actividades de construcción de conformidad con lo establecido en el cronograma inicial presentado en su propuesta. Se presentaron reprocesos y ajustes de acuerdo a lo encontrado físicamente en la localización y replanteo de los edificios y casas de restauración lo que generó que fuera indispensable realizar algunos casos ajustes a los diseños estructurales lo que implicó que sus estudios necesiten tiempos adicionales para su perfeccionamiento aclaración y en otras situaciones considerar nuevos métodos constructivos principalmente en el ajuste al diseño estructural de la Unidad Constructiva I siendo éste la base para el desarrollo de la Unidad Constructiva II y su articulación con el resto de unidades constructivas; de la misma forma los trámites de permisos para intervención en las obras que coinciden con muros medianeros que colindan con propiedad de terceros y que es necesario la concertación con sus propietarios presentaron algunos atrasos adicionales; igualmente debido a que el estudio si bien es cierto contempló la dificultad geológica rocosa existente en el subsuelo, en el presupuesto no se tuvo en cuenta la incidencia en las excavaciones de las cimentaciones de las diferentes unidades constructivas lo que han generado dificultades en el desarrollo de las obras y finalmente tiempos adicionales”. (Folio 25)

“7) ... Obras no previstas en la ejecución de la obra, se han presentado actividades que no estaban contempladas en el presupuesto contractual, por lo que se hace necesario que tanto la interventoría como el contratista, de acuerdo a lo encontrado físicamente en la localización y replanteo de los edificios y casas a restaurar, establezcan estas nuevas actividades que son necesarias e indispensables para la correcta ejecución del proyecto. Así mismo durante el proyecto constructivo de la cimentación, se consideraron inviables los diseños originales presentados por TECTUS S.A. para las unidades constructivas I y II en razón a que el sistema propuesto implicaría la invasión de los predios vecinos colindantes de propiedad de terceros durante la ejecución de los taludes, tal como se verifica en el documento

radicado por la interventoría No. 2013-430-063505-2 del 11 de septiembre de 2013, lo que implicó que el consultor TECTUS revisara nuevamente en conjunto con sus asesores técnicos la condición del suelo y los parámetros a intervenir. Esta situación condicionó a realizar ajustes a los diseños de la cimentación de estas unidades por lo cual TECTUS presentó una nueva solución constructiva la cual fue avalada por la interventoría de obra y resolviendo de esta forma el inconveniente técnico, pero con lo cual se afectó el presupuesto contractual, como también la programación de ejecución de las unidades constructivas varió el cronograma general. Adicionalmente, en razón a la aparición de rocas de gran tamaño durante el proceso de excavación, y teniendo en cuenta que en el presupuesto no se previeron no incluyeron ítems relacionados con demolición de rocas, fue necesario la creación de ítems no previstos que permitan la ejecución de esta actividad”. (Folio 26). (Negrilla y Subraya fuera de texto).

En el dictamen aclaratorio (folio 17) el perito señaló que: *“Es importante aclarar que la fase III (diseños definitivos) de un proyecto de infraestructura cuenta con una precisión entre el 90-100% en lo que se refiere a la cuantificación de sus cantidades de obra; sin embargo, en la realidad, es muy poco probable que se alcance el 100% de la precisión (exactitud) ya que hay factores de incertidumbre que impiden llegar al tal porcentaje, como por ejemplo la cimentación (excavación y rellenos), concretos y redes. Por tal motivo, es de entender que durante el transcurso de cualquier obra se adicionen mayores recursos para mayores cantidades de obra o ítems nuevos inicialmente no previstos para atender la nueva realidad del proyecto”. ((Subrayado fuera de texto).*

c) Prueba pericial allegada a fin de probar las causas de mayor permanencia

Frente a la pregunta concerniente a las causas que generaron mayor permanencia en obra, el dictamen de Manuel Guío aportado el 24 de octubre de 2017 señaló:

“En seguida se listan las causas que en mi concepto experto dieron origen a la mayor permanencia en obra del Contrato 2131744 de 2013:

- a. Se confirmó la existencia de mayor permanencia en obra, por causa de:*
- b. Errores de diseños e inexistencia de diseños idóneos para construir.*

- c. Indefinición del alcance del objeto contractual
- d. *Demora en el trámite administrativo para el otorgamiento de adiciones y/o prórrogas*” (folio 34) (Subrayado fuera de texto).

El Tribunal concluye que (i) la deficiente planeación fue la causa de la mayoría de los nuevos plazos contractuales, (ii) la responsabilidad se ubica en el FONADE, y (iii) estos nuevos plazos contractuales, por sí solos, no constituyen una “mayor permanencia en obra” que traiga como consecuencia la condena solicitada por el Consorcio.

Luego, el perito precisa que:

“...no fue posible deducir la afectación de la línea de tiempo del contrato mediante un comparativo entre los cronogramas de obra que estuvieron vigentes en el contrato ya que no son comparables por ser absolutamente diferentes en tanto refieren a objetos contractuales muy diferentes, pues se pudo comprobar que en la ejecución del contrato éste fue variando por mayores y menores cantidades de obra, así como por obra nueva. Esto hizo imposible que para el desarrollo de mi encargo se pudiera analizar la incidencia específica que las causas de mayor permanencia en obra tuvieron en las actividades que determinaban la línea del tiempo del proyecto”. (Folio 34).

(...)”

*“a. En la mayoría de los casos, al momento en que se firmaban las prórrogas **el contratista iniciaba atrasado en el cronograma de obra**, como es el caso de la prórroga 1 en donde se observa que conforme al nuevo cronograma el contratista debía empezar con una ejecución del 78% pero solo iba en un avance del 50%”*

“La explicación a este fenómeno es que debido a que el trámite de las prórrogas y/o adiciones era muy demorado, entre el momento en que se hacía la solicitud y aquel en que se firmaba el documento contractual, el cronograma aprobado ya no se ajustaba a la realidad del proyecto, por lo que EL CONTRATISTA ya había experimentado atrasos por la imposibilidad de ejecutar actividades que no estaban

definidas y que serían objeto de una próxima adición". (Folio 35). (Negrilla y subraya fuera de texto).

"b. Se demuestra que, en unas pocas oportunidades, caso de las prórrogas 4 y 6 el contratista inició adelantado porcentualmente respecto al avance proyectado en la respectiva prórroga. Esta situación pone de presente la capacidad del contratista de aprovechar las holguras contractualmente previstas. Por otra parte, también evidencia, al igual que en el caso anterior, que los plazos de negociación de estos contratos eran muy lentos y cuando se legalizaban ya no se ajustaban a la realidad del proyecto". (folio 36). (Subrayado fuera de texto).

"En consonancia con los hallazgos expuestos extensamente en la respuesta a la pregunta de la Fase 0, no cabe duda de que el cumplimiento del programa de obra dependía de la entrega oportuna de la información técnica de todas y cada una de las estructuras y elementos a construir con la calidad necesaria, pero ello no fue así, razón por la cual se acudió a los acuerdos contractuales relacionados en la siguiente tabla..." (folio 36). (Subrayado fuera de texto).

(...)

"Los errores contenidos en los diseños originales fueron de todo tipo, empezando por la cimentación (que dio lugar a firma de Modificación, compensación y contrato adicional No. 1), siguiendo por los sistemas de Control y Seguridad, Red Contra-incendios, automatización de salas, voz y datos, aire acondicionado, iluminación, control de iluminación y eléctricos (Contrato Adicional No. 2 y prórrogas y adiciones siguientes)". (Subrayado fuera de texto).

"Fue tal la anormalidad con que se desarrolló el contrato que EL CONSORCIO puso de presente a la entidad e interventoría las falencias que adolecía el proyecto desde fecha muy tempranas, al inicio de las obras, como consta en el Acta de seguimiento No. 8 del 25 de julio de 2013. (Véase que el acta de inicio fue firmada el 5 de junio de 2013 y para el 25 de julio de ese mismo año ya se hablaba de importantes falencias de la información técnica entregada):" (Subrayado fuera de texto).

Al referirse al alcance del objeto del contrato, el dictamen de Manuel Guío aportado el 24 de octubre de 2017 concluyó que:

“Por otra parte, se evidenció que la no legalización oportuna de los precios de las actividades no previstas, sí tuvo un importante impacto negativo en el avance del cronograma de obra debido a la imposibilidad de ejecutar actividades que no estuvieran incluidas dentro del objeto contractual. Esta situación se expuso por parte del Consorcio en el Comité de Seguimiento No. 13 de fecha 25 de agosto de 2013 y ante su negativa de dar inicio actividades que no estuvieran debidamente legalizadas la entidad manifestó lo siguiente: “FONADE consultará con el área de contratación la posibilidad de iniciar esta actividad, paralela a la legalización del otrosí aprobando dicho APU’s”.

“Según se ha venido explicando, las prórrogas, modificaciones y adiciones fueron el instrumentos (sic) utilizado por las partes para hacer ejecutable el proyecto. Precisamente por esto fue que dichos instrumentos tuvieron incidencia en los plazos del contrato...” (Subrayado fuera de texto).

Señala, además:

“Sin duda los redimientos (sic) del proyecto fueron muy inferiores a los acordados desde el inicio del contrato, por causas que se han venido exponiendo detalladamente a lo largo de este informe. Por ejemplo: tan sólo para demostrar el poco avance registrado y la necesidad de nuevos plazos, quiero transcribir un aparte del Comité de Seguimiento No. 14 de fecha 3 de septiembre de 2013, en donde se deja evidencia de que tres meses después de firmada el acta de inicio TECTUS informaba al comité que había trasladado al ingeniero estructural el requerimiento del detalle de muro atirantado que había puesto de presente El Contratista en el INFORME DE LA FASE 0. A su turno, se evidencia que El Contratista estaba: “a la expectativa de la aprobación por parte del FONADE de los APU’s de Picado y demolición de piedras de gran tamaño, para avanzar en la ejecución de los muros”.

“Dicha transcripción pone en evidencia que luego de tres meses de que se hubiera cumplido el hito para dar inicio a la ejecución de las obras (firma acta de inicio), aún El Contratista no contaba con la definición de detalle de una actividad predecesora

fundamental para ejecutar la cimentación (detalle muro atirantado) y tampoco tenía el acuerdo del precio de otra actividad que también tenía la connotación de ser fundamental para completar el capítulo de cimentación (Picado y demolición piedras de gran tamaño), sin cuyo precio no era posible que se avanzara por cuanto la ejecución dependía de su aprobación". (Folio 43). (Subrayado fuera de texto).

Con todo, se repite, como lo anotó la demanda acumulada: "...en el párrafo 1° de la Cláusula Primera de la Prórroga No. 1 el FONADE introdujo la siguiente manifestación unilateral "... La presente prórroga no genera costos adicionales a favor del CONTRATISTA", pues el contratista consideró que con la adición en valor que se había realizado en el mes de noviembre de 2013 se compensaban, hasta la fecha, los costos administrativos que se desprendieron de la mayor permanencia en obra", con referencia a la Adición No. 1 firmada el 21 de noviembre de 2013.

Al referirse al contrato adicional No. 2, el perito expresa (folio 45): "Los hallazgos detectados por el Consorcio en la Fase 0 respecto a los **errores y deficiencias de los estudios y diseños entregados por el FONADE** al contratista para la ejecución de la obra, a los cuales, no se les dio respuesta por parte de FONADE en el tiempo transcurrido del Proyecto"

Sustenta esta afirmación con lo que se expresó en Actas de seguimiento No. 62, 63 del 5 de agosto de 2014, 64 del 12 de agosto de 2014, 65 del 19 de agosto de 2014, No. 66 del 28 de agosto de 2014, Acta No. 71 del 30 de septiembre de 2014. (Folio 46).

Frente a la prórroga 3 (folio 46), el perito refiere el visto bueno que dio la interventoría (PAYC), la cual transcribe: "La interventoría PAYC encontró en la ejecución del contrato de obra que se han presentado mayores tiempos y actividades a ejecutar para dar cumplimiento con el objeto principal del proyecto lo que implica que para culminar la obra, se hace necesario prorrogar el plazo del contrato en ciento setenta y ocho (178) (sic). 2. A partir de junio 30 de 2014 fecha en la cual terminó la supervisión arquitectónica por parte el consultor de diseño TECTUS, se han presentado observaciones a los diseños de las diferentes especialidades, presentándose reprocesos y ajustes de acuerdo a lo encontrado físicamente en el avance de las construcciones de las diferentes unidades constructivas lo que ha

hecho necesario realizar ajustes a los diseños estructurales, redes eléctricas y afines, de iluminación, de instalaciones de seguridad, de automatización de control de iluminación e integración de los sistemas (bms) lo que implica que estos ajustes requieran tiempos adicionales para su perfeccionamiento”. (folio 47).

Al aludir a la modificación No. 4 y adición 3, el perito señaló: (folio 48)

“2. De lo anterior se desprende que, a partir del 24 de agosto de 2014 (fecha en la que se firmó la Adición No. 2), la entidad contaba un poco menos de 4 meses para proceder a la legalización de la Adición No. 3, sin que se causara afectación alguna al cronograma de obra vigente (teniendo en cuenta que la adición No. 3 había iniciado negociación hacía más de mes y medio, esto es, 9 de junio de 2014)”.

“3. El hito de legalización de la Adición 3 no se cumplió por parte de la entidad. Evidencia de esta afirmación es que la fecha de firma de la adición No. 3 es 28 de febrero de 2014, es decir 84 días luego del hito planteado en el cronograma de obra de la prórroga 3 (24 de agosto de 2014)”.

“Adicionalmente, en lo que a los atrasos generados por esta situación se observa lo expuesto por parte del Consorcio en la comunicación No. C-1702-2015 de 13 de mayo de 2015, en la que el contratista advierte a la interventoría que el inicio de las actividades nuevas tuvo retraso de 84 días”.

El dictamen de Antonio Vargas del Valle (página 39, al referirse a la modificación No. 4 adición No. 3, refiere el considerando 6 del documento, que dice: *“6) Que desde el día junio 30 de 2014, fecha en la cual terminó la supervisión arquitectónica por parte de TECTUS, se han desarrollado mesas de trabajo en las que se han presentado observaciones de fondo a los diseños de la diferentes especialidades presentándose reprocesos y ajustes a los diseños iniciales en la continuación de la construcción de las unidades constructivas y casas de restauración lo que ha hecho indispensable realizar ajustes a los diseños estructurales, redes eléctricas, y afines, como iluminación de instalaciones de seguridad, de automatización, de control de iluminación e integración de los sistemas (BMS) lo que implica que se requieran mayores recursos económicos por la presentación de actividades no previstas”.*

A folio 52, el dictamen de Manuel Guío aportado el 24 de octubre de 2017 se refiere a las demoras en la legalización de los NP(s) de la Adición No. 5, así:

“Acta de seguimiento del Contrato de Diseño No. 91. Se evidencia que COINET con fecha 3 de marzo dio fe del cumplimiento del objeto del contrato adicional No. 2. Esto implica que para la primera semana de marzo se había hecho entrega no solo de los diseños sino también en los APU’s de las actividades no previstas. Esta situación es convalidada en las Actas de Seguimiento del Contrato de Diseños No. 93, 94 y 96, así como en el Acta de Terminación del Contrato Adicional No. 2”

“Si lo anterior fue así, desde el mes de marzo de 2015 la entidad estaba en situación de legalizar la Adición No. 5, al margen de sus procedimientos administrativos, sin embargo, se puede verificar que la fecha en que se firmó la Prórroga No. 6 y Adición No. 5 fue el 3 de diciembre de 2015, es decir, 9 meses después”.

En el peritaje del señor Antonio Vargas del Valle, a folio 16 de su informe, éste asegura que:

“En la ejecución del contrato se suscribieron diez (10) modificaciones presupuestales, de las cuales ocho (8) corresponden a adiciones y las restantes (2) a modificaciones en el presupuesto de obra que no significaron una adición al contrato.

De las ocho (8) adiciones, seis (6) corresponden a modificaciones relacionadas a suprimir recursos por menores cantidades de obra e incluir recursos para mayores cantidades e ítems no previstos (NP), para una adición total de \$12.923.117.163; las restantes dos (2) adiciones corresponden a un tema de ajustes de los diseños del datacenter, procesos archivísticos y correlativo a las instalaciones técnicas del proyecto por un valor total de \$384.123.760...” (Folio 16).

A folio 17, luego de establecer las condiciones contractuales de manera gráfica, el perito señala que *“...donde se observa que el plazo del proyecto pasó de 13 a 40 meses, lo que significa un aumento del 208% para un proyecto que contaba con los diseños definitivos ya aprobados”.*

Importa destacar que, para su informe, este perito plantea que el Acta de terminación del contrato se suscribió el 19 de septiembre de 2016 y el Acta de Entrega y Recibo Final del Objeto Contractual el 30 de marzo de 2017.

No obstante, aclara que *“aunque el Acta de Terminación se firmó por un valor de \$70.575.755.472, en la revisión final de las cantidades de obra ejecutadas en el proyecto, se da cuenta de una ejecución de \$69.141.429.842, lo que significa una diferencia de \$1.434.325.630 equivalente al 2% en el presupuesto final de la obra...”*

A folio 19 el perito explica que la ejecución del contrato de obra 2131744 estaba inicialmente *“enmarcada en 2020 actividades denominadas APU. Posteriormente, en el Acta de Terminación del contrato suscrita el 19 de septiembre de 2016 ...se da cuenta de la incorporación de un total de 649 ítems no previstos (NP) a través de las ocho (8) modificaciones presupuestales que tuvo el proyecto..., para un total de 2669 ítems”*.

Aclara, a folio 20, que *“[a]corde con el Acta de Terminación, de los 2020 ítems iniciales del contrato solo se ejecutaron un 68% (1368 ítems), no requiriéndose un 32% (652 ítems), lo que indica que existieron un número importante de ajustes y cambios en el transcurso de la ejecución de la obra”*.

Además, que: *“...y acorde también con el Acta de Terminación, de los 649 ítems no previstos se ejecutaron un 86% (556 ítems), no requiriéndose un 14% (93 ítems)”*.

En el dictamen aclaratorio presentado en noviembre de 2018, el perito aclaró que:

“Por otro lado, y acorde con el Acta de Entrega y Recibo Final del Objeto Contractual, encontramos que de los 649 ítems no previstos se dejaron de ejecutar un total de 115 (correspondiente al 18%)”.

“En resumen, de los 2669 ítems considerados en su totalidad para el proyecto, se ejecutaron un 72% (1924 ítems), no requiriéndose la ejecución de un 28% (745 ítems...”

Según lo referido pericialmente, hubo deficiente planeación por parte del Ministerio y el FONADE, y posteriormente, retardo para legalizar las modificaciones contractuales y aprobar ítems no previstos.

En consecuencia, se accederá a la pretensión de declaratoria de incumplimiento contractual del FONADE, que hace el Consorcio, habida cuenta que se ha demostrado que esta entidad incumplió el principio de planeación no entregando en la Fase 0 del contrato toda la información y diseños que una obra como la prevista en el contrato 2131744 requería. Además, entregó información incompleta que representó en el futuro modificaciones contractuales y reprocesos, afectando el tiempo contractual previsto en un principio.

No obstante, como se ha dicho, lo anterior no conduce, *per se*, a la prosperidad de las pretensiones de condena formuladas por el Consorcio, conforme al análisis que se realiza en este laudo.

2.3.4. Los diseños eléctricos

Se aprecia el siguiente material probatorio:

- **Informe pericial rendido por Manuel Guío Cárdenas**, aportado el 24 de octubre de 2017, se anota:

1.- *“2.1.1. Los diseños eléctricos, tal y como los entregó Fonade, ¿era construibles?”*

RESPUESTA

Revisado la información respecto al INFORME DE LA FASE 0, se evidencia que el contratista advirtió una serie de falencias en la información dada en planos y cantidades de obra; sin embargo, estos aspectos relacionados en el informe de inspección “Revisión diseños fase 0” al momento de iniciar trabajos no era estrictamente necesario definirlos, pero si estas definiciones ser fueron retrasando en el tiempo se puede llegar a que las obras se vean interrumpidas por falta de definiciones”.

(...)

“Otro aspecto no relacionado en los diseños iniciales y el que es de suma importancia en la ejecución de este tipo de proyectos es el dimensionamiento de los tableros de distribución, estos tableros deben cumplir unan (sic) normas en cuanto a distancias eléctricas y en la parte de revisión se indaga sobre su profundidad. Este dato es de gran importancia a la hora de fabricar estos equipos ya que cada fabricante tiene sus gabinetes certificados y un cambio de estas especificaciones ocasiona reprocesos que resultan costosos a la hora de su implementación”.

(...)

“En el INFORME DE LA FASE 0 se puede ver que faltan memorias de cálculo para complementar el estudio, razón por la cual el contratista hace el siguiente comentario: “Anexar las memorias de cálculo de dimensionamiento de equipos de compensación reactiva, tanto en los pasos fijos como en los móviles”; estas memorias se deben revisar y tenerlas en obra para poder verificar en cuanto a los reactivos el tamaño de la compensación que por ser norma exige el operador de RED (este término se denomina cobro de reactivos). Al no ser coherente las memorias con la realidad de carga instalada, y al implementarse este equipo podemos tener en lugar de una solución al problema de reactivos un elemento costoso y que no funcione como es debido. (Estos equipos trabajan dentro de unos rangos de carga)”.

“En cuanto a los sistemas de iluminación y tomas, se solicitó en estudio fase 0 se den pautas, se complementen las informaciones de sistemas de conexión, convenciones en planos, estos aspectos al no ser solucionados o especificados claramente en los términos de contratación incidirán en el costo final del proyecto, esto debido a que el contratista deberá incurrir en gastos extras en solucionar aspectos no plasmados en planos o especificaciones Ej. Instalación luminarias”.

(...)”

“En el informe presentado, y en lo que respecta al sistema voz datos y automatización, se reflejan las mismas observaciones del sistema de iluminación, es decir, falta de definiciones y lo que es más preocupante, se observan en planos instalaciones que no aparecen en cantidades de obra y especificaciones al no estar debidamente proyectadas hace que en el transcurso de la obra se deba aumentar los costos y/o hacer obras nuevas para adecuar estos ítems a las necesidades del cliente con las consabidas consecuencias que esto trae”.

(...)

*“Durante la revisión de la información recibida, no se mencionó ningún aspecto en cuanto a los planos recibidos, pero **mirando el índice de planos se puede ver que la información está completa en cuanto a planos y zonas se refiere, pero llegando al detalle necesario de estos planos, la información adolece de claridad que permita la implementación de lo diseñado en el proyecto real de construcción**” (Negrilla y Subraya fuera de texto).*

Al ser inquirido acerca de si el alcance de la labor relacionada con los diseños eléctricos era ajuste, todo ello con fundamento en el contrato adicional 2, el perito señaló que:

“Revisada la información de la motivación de esta actividad, se puede determinar que el alcance inicial del proyecto no contemplaba la construcción de un Data Center (...)”

“Cabe anotar que el proyecto se comenzó a diseñar en el año 2008 por una firma de consultoría externa al MHCP, y que a la fecha de construcción las necesidades del cliente cambiaron. Por lo expresado anteriormente, y en cuanto a las adecuaciones de las unidades constructivas y las casas ocurrió lo mismo, es decir cambiaron las condiciones para las que se preveía iban a ser usadas las edificaciones, esto hace que las necesidades de instalaciones tengan que ser adecuadas y es así como se describe por parte del consorcio los alcances de cada actividad”.

(...)

*“En cuanto a las unidades constructivas y las casas, se manifiesta la **necesidad de hacer un levantamiento de información de campo, verificación de cumplimiento de normas RETIE y ajustes técnicos, estas labores no se pueden al pie de la letra como se plantea en el presupuesto de esta actividad por parte del consorcio, dado a que el hecho de ampliar, modificar y trasladar usos de espacios diseñados con necesidades iniciales (consultoría de 2008) hace que se tenga que evaluar integralmente toda la instalación desde el punto de vista técnico y reglamentario**”.*

*Para lo anterior se debe considerar nuevamente las necesidades de carga eléctrica del cliente de acuerdo a las disposiciones de la fecha de construcción, esto en lo referente a salidas de iluminación y tomas, **más no es obligatorio el cambio de normatividad RETIE vigente**, el cual lo que se exige son las condiciones mínimas que se deben cumplir en la etapa de construcción”.* (Negrilla fuera de texto).

Preguntado el perito acerca de si el Consorcio ACR-CONTEIN finalmente ejecutó una actividad de ajuste a los diseños eléctricos o de rediseño eléctrico, el perito aseguró que:

*“Dentro de los resultados obtenidos en esta etapa del proyecto, se puede afirmar que la labor ejecutada por el consorcio fue de **rediseño eléctrico, ...**”*

(...)

*“En el cuadro anterior, se observa que se necesitó plantear cargas nuevas no contempladas en el diseño original (biblioteca casa 5), esto hace que se deba hacer un **nuevo diseño donde se contemple las cargas ignoradas, esto hace que se deba rediseñar:***

- *Ducterías para alojar cables que alimenten la carga*
- *Efectuar los cálculos de las protecciones de la carga a alimentar*
- *Revisar y redimensionar capacidad de tableros de automáticos.*

- *Calcular diámetros de tuberías y calibre de conductores que alimenten el tablero de automáticos.*
- *Revisar cargas totales resultantes de esta etapa V para dimensionar tableros de distribución.*
- *Dimensionar acometidas desde subestación hasta tablero de distribución*
- *Revisar las cargas resultantes para poder determinar el dimensionamiento de transformadores y alimentadores de Media Tensión”. (Negrilla fuera de texto).*

Después el perito incluye un cuadro, en el que anota que *“se evidencia en la columna de observaciones los cambios sustanciales que se presentaron desde el punto de vista arquitectónico que **obligaron a la ejecución de nuevos diseños para poder suplir las necesidades del cliente en cuanto a las cargas eléctricas se refiere”***.

En dichas observaciones se destaca que la ejecución de nuevos diseños estuvo directamente estimulada por reformas en la planta arquitectónica propuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En consecuencia, dice el perito, *“**[I]o descrito anteriormente originó unos nuevos cálculos que originaron un aumento en la capacidad de carga necesaria para poner en funcionamiento óptimo las diferentes áreas del proyecto y atención de las nuevas necesidades”***. (Negrilla fuera de texto).

Respecto de la causa por la cual hubo necesidad de ajustar o rediseñar los diseños eléctricos, el perito señaló:

*“Dados los cambios de uso de algunas áreas del proyecto y la necesidad de atender las nuevas cargas que no se tuvieron en cuenta en el diseño inicial, se hizo necesario ajustar las instalaciones eléctricas a los nuevos requerimientos. Es así como **se originaron nuevos cuadros de cargas, nuevas cantidades de obra y por lo tanto ajustes al valor de contrato”***.

(...)

“En la motivación del adicional No. 2 el Fonade da la explicación de que se hace necesario implementar un diseño del data center, este ítem no estaba en el diseño inicial, luego se puede ver que se cambiaron las condiciones iniciales del proyecto esto con el fin de suplir las necesidades que a la fecha de construcción del proyecto se tenían y que se debían atender con la debida prioridad”.

*“Así mismo, **se debieron ajustar cargas dado a la necesidad de instalación de equipos no considerados en el diseño inicial**”.*

(...).”

*En la columna ajustes diseño sombreada aparecen datos de equipos hidráulicos que no fueron tenidos en cuenta en el diseño inicial, y es de suma importancia esto dado a **que acá se diseñó lo referente al equipo de extinción de incendios. La diferencia de estos valores de carga es demasiado grande teniendo en cuenta la carga inicial sobre la que se dimensionó el transformador**. Lo anterior es un ejemplo de un equipo crítico, igual tratamiento se debió hacer por parte del consorcio en cada una de las áreas a construir” (folio 14) (Negrilla fuera de texto).*

De lo anterior se desprende que las necesidades de revisión del diseño eléctrico eran palpables desde el cambio de destinación o uso decidido por el Ministerio de Hacienda, y el Consorcio, como experto contratado para el efecto en el Adicional No. 2, no puede escudarse en que el objetivo de dicho contrato era de hacer simples “ajustes” y luego evidenció que lo necesario era un “nuevo” diseño, pues las condiciones que motivaron la Adición No. 2, como lo explica la prueba pericial y lo conocía el Consorcio, propiciaban, de entrada, un “nuevo” (si se quiere usar el término) diseño eléctrico.

2.3.5. El apantallamiento

En cuanto a la actividad de apantallamiento, explicó el perito que esta actividad consiste en la instalación de los elementos que intervienen en la protección contra descargas atmosféricas, como son puntas captoras, cables y elementos de soporte que permitan implementar un sistema de protección de acuerdo con las normas

vigentes RETIE e IEC en lo que respecta a la protección de vidas humanas y equipos.

El dictamen pericial técnico aportado el 24 de octubre de 2017, al tratar sobre si el diseño de la actividad de apantallamiento estaba a cargo del contratista de obra o del FONADE, señaló que:

“Basados en que el proyecto debía de cumplir con la normatividad RETIE 2008, queda claro que el diseño de apantallamiento debía ser entregado al contratista (Artículo 8.1, numeral 1)” (folio 18) (Subrayado fuera de texto).

(...)”

“El consorcio desde el mismo momento de inicio de la construcción expresó su inquietud respecto al sistema de apantallamiento, se anexan apartes de las actas de comité #09 y #10 donde se expone la situación y que es de conocimiento de Fonade”.

(...)

“En los apartes anteriormente mostrados se puede evidenciar que lo diseñado no cumplía con la normatividad vigente y el cliente conocía esta situación”. (Subrayado fuera de texto).

Lo anterior para mostrar las falencias del diseño inicial y la responsabilidad de Fonade en la demora de la implementación de una solución acorde a la reglamentación vigente” (Folio 23) (Subrayado fuera de texto).

Dentro del presente orden de ideas, se debe señalar que el perito Germán Cortés expresó en su dictamen que el apantallamiento no constituía ruta crítica, lo cual significa que no era predecesora y por ende no impedía que se continuara con otras actividades. Dice el dictamen (páginas 35 y ss.):

“En una obra del tipo del Contrato entre FONADE y el Consorcio ACR-COTEIN que es una obra importante que involucra la construcción total de edificios y rehabilitación

de otros tantos, la obra eléctrica es accesorio, complementaria, no es lo principal como si lo es la obra civil y arquitectónica; en ese sentido, su planeación y ejecución debe ajustarse a la ruta crítica de las obras civiles y arquitectónicas y casi nunca amerita, eso consideran las compañías de ingeniería civil, detallarse dentro del cronograma de obra. No se tuvo acceso al cronograma general de la obra por las razones expuestas en las observaciones a la información suministrada del capítulo 1 pero tal como se expone, se puede apreciar p. ej. en el Anexo 6: Carta de Solicitud de Prórroga del Calendario que dentro del cronograma de obra no hay detalle de las “Instalaciones Eléctricas y Afines”, las instalaciones eléctricas son un único renglón, un raya sin ningún o mayor detalle y su tiempo de ejecución se estima y se obliga a que se realice dentro de las necesidades civiles y arquitectónicas de la obra. Eso es lo usual, lo cotidiano y es lo que al parecer sucedió también en este caso. **Aquí lo concreto es que no hay establecido un tiempo determinado específicamente para la construcción del sistema de protección contra rayos o sistema de apantallamiento y cualquier aseveración a ese respecto entra en el campo de las conjeturas.** (...) Viéndolo tal como se describe en el punto anterior, el sistema de protección contra rayos es un elemento de las instalaciones eléctricas, es decir es algo accesorio de algo que ya es accesorio de lo principal, en pocas palabras es algo accesorio de lo accesorio. **Un sistema de protección contra descargas como el del proyecto que se estudia se diseña y se construye normalmente en un tiempo no mayor a dos meses calendario y muchas veces, como ocurre en la mayoría de los edificios ya construidos que lo implementan, se construye después de construido el edificio** (...) Por las razones expuestas en los puntos anteriores no se justifica una mayor incidencia del Sistema de Protección Contra Rayos en el transcurrir de la obra aunque si hubo fallas desde el comienzo en los diferentes diseños entregados como aparece en las actas de seguimiento de contrato y estas posiblemente como un todo si debieron afectar el cronograma de obra” (resaltado fuera de texto).

El perito concluye: “13.1. El diseño del Sistema de Protección Contra Rayos presentado en su momento por la firma Tectus Ltda, Consultor de Diseño del proyecto, incumple el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas RETIE en sus versiones del 2008 y aun del 2013 y no era viable su construcción por las consecuencias de NO Certificación RETIE del proyecto. (...) **13.2. La incidencia de la construcción del Sistema de Protección Contra Rayos es menor, mínima**

dentro del desarrollo temporal del proyecto. Más aun con la falta de oportunas decisiones que debieron tomarse en el desarrollo del mismo. 13.3. Tanto el Consultor de Diseño, Tectus Ltda, como el Gestor del proyecto, FONADE, como el Constructor, Consorcio ACR-COINTE y el Interventor, Payc S.A, desconocían, lamentablemente, los mecanismos previstos y aquí expuestos, que posibilita el RETIE para salvar una situación de controversia y de esta manera no dilatar en el tiempo la toma de una decisión que pudo tener mejor culminación. 13.4. En Colombia, El constructor de cualquier obra eléctrica es el responsable por ella y está facultado en virtud de tal responsabilidad de tomar las decisiones que permitan garantizar el cumplimiento del Reglamento de Instalaciones Eléctricas RETIE y por tanto de la seguridad de las personas que la utilizarán” (resaltado fuera de texto).

En consecuencia, el apantallamiento no puede ser considerado como un factor o elemento que hubiere propiciado mayor permanencia en obra.

2.2.4. Comportamiento contractual del consorcio frente a las situaciones que prolongaron la ejecución contractual

Revisado todo el decurso contractual, el Tribunal encuentra que, en tratándose de la reclamación por mayor permanencia en obra, el comportamiento del Consorcio ACR CONTEIN fue diverso. En un primer escenario, esto es, desde la celebración del contrato 2131744 de 2013 que ocurrió el 23 de mayo del antedicho año, hasta el mes de febrero de 2015, no se evidencia que el convocante hubiere dejado expresa constancia de que las modificaciones contractuales surtidas le causaban perjuicios por mayor permanencia. Tampoco, surtió el procedimiento establecido por el FONADE para esa finalidad, y menos aún adujo prueba suficiente que demostrara la ocurrencia del perjuicio causado.

Tanto así, que el mismo Convocante reconoce, en su demanda acumulada, específicamente en el numeral 5.3 que FONADE impidió al contratista “dejar a salvo su derecho a reclamar una mayor permanencia en obra, todo lo cual generó la necesidad de, en algunos casos, guardar silencio, en otros renunciar expresamente en aras de mantener una buena relación con la entidad y, en otros, radicar un

documento con tal manifestación al momento de la firma de la modificación contractual”.

La imputación que se hace a FONADE de “impedir” el ejercicio de las reclamaciones a que consideraba tenía derecho se constituyen en un aserto que involucra presuntamente vulneración a la libertad contractual y salvaguarda de los derechos y garantías que la Constitución y la ley otorga a los contratantes de las entidades del Estado.

Pese a lo anterior, no hay prueba alguna en el expediente que permita concluir que el Consorcio ACR CONTEIN fue objeto, por parte del FONADE, de una conducta impeditiva de derechos en este punto, que hubiere afectado y reducido la capacidad de reacción y de voluntad del Consorcio, que lo hubiere llevado a una situación de indefensión.

Tampoco prueba el Consorcio, que ante una intimidación como la que menciona hubiere dado aplicación a los derechos que la ley le otorga, principalmente aquellos que emanan del artículo 5 numerales 3º y 5º de la Ley 80 de 1993. Esta norma se considera aplicable al caso, sin perjuicio del régimen especial que tiene el contrato 2131744, pues se trata de una disposición que protege y ampara los derechos de los contratistas y por ende tiene plena aplicación en el caso que nos ocupa.

Rezan los numerales en cita:

“Artículo 5. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3 de esta ley, los contratistas:

“3.- Podrán acudir a las autoridades con el fin de obtener la protección de los derechos derivados y la sanción para quienes los desconozcan o vulneren.

(...)

“5.- No accederán a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho”.

Por otro lado, el FONADE estableció, en las reglas de participación, puntualmente en su numeral 4.2., la posibilidad de reclamar sobrecostos en las modificaciones contractuales. Señaló ese numeral el procedimiento que debía observarse y no contempló limitaciones al ejercicio de ese derecho. Además, es claro, que el Consorcio ACR- CONTEIN conoció las reglas de participación, entre ellas, la prerrogativa del numeral 4.2., que no solo está ahí, sino que es un derecho de los contratistas de conformidad con la ley.

Por consiguiente, no es admisible para el Tribunal la manifestación que se hace en cuanto a conductas limitativas de derechos por parte del FONADE, pues el Consorcio, primero, no demostró la afectación y vulneración de su voluntad contractual, y, segundo, no probó que ejerció los derechos que la ley le proporciona, máxime cuando se trata de un Consorcio integrado por empresas de amplia trayectoria y experiencia, lo cual permite inferir que eran conocedoras de sus derechos y de las facultades y potestades que los acompañan.

Pues bien, acorde con lo anterior, se debe anotar que el Consorcio ACR- CONTEIN hasta el mes de febrero de 2015 no hizo expresas salvedades por mayor permanencia en la obra, ni efectuó reclamaciones soportadas con los hechos, causas y valores que en tiempos específicos le hubieren implicado afectación económica por esta situación específica: “mayor permanencia en obra”, lo cual impide reconocer cualquier perjuicio o consecuencia que en criterio del Consorcio hubiere existido.

Por ello, el primer escenario que identifica el Tribunal indica que se presentó silencio, esto es, ausencia de reclamación por las modificaciones contractuales respecto a mayores costos y perjuicios. Esta situación se prolongó hasta el mes de febrero de 2015, cuando sí se comenzaron a dejar salvedades y a efectuar reclamaciones.

Para esto hay que recordar que en el marco de la ejecución contractual se celebraron por las partes 12 modificaciones, 9 prórrogas, 8 adiciones y 2 suspensiones.¹²

▪ **Primer escenario, sin reclamación:**

- 21 de noviembre de 2013. Adición número 1.

Este documento se firmó el día 21 de noviembre de 2013, y tuvo como finalidad suprimir recursos por menores cantidades de obras; adicionar por compensación recursos en los ítems y cantidades originales del contrato por mayores cantidades; se adicionaron recursos por ítems no previstos.

La presentación de los ítems no presupuestados se realizó el día 27 de agosto de 2013, según acta 13, y la demora, según lo señala el Consorcio ACR fue de 51 días hábiles.

En la parte motiva de la Adición número 1, las partes aceptan, primero FONADE, que la demoras provienen o tienen como causa la deficiencia en los diseños iniciales entregados al Consorcio. Segundo, el Consorcio, que admite la situación y manifiesta su anuencia en la reforma, sin indicar que esa situación le generaría mayores costos administrativos o perjuicios de otra naturaleza inherentes a la nueva situación contractual.

Esto se aprecia en la parte motiva, puntualmente en los numerales 5 y 7:

5) Al realizar la supervisión de los documentos, diseños de base e información de referencia que son el punto de partida del desarrollo de la construcción, se estableció la falta de información o documentos completos de los diseños de consultoría, y teniendo en cuenta algunas actividades no estaban totalmente definidas, el

¹² Peritazgo técnico elaborado por el Ingeniero Civil Antonio Vargas del Valle. Bogotá D.C., Octubre de 2018 página 12

contratista no pudo iniciar las actividades de construcción de conformidad con lo establecido en el cronograma inicial presentado en su propuesta. ...”

“7)...Obras no previstas en la ejecución de la obra, se han presentado actividades que no estaban contempladas en el presupuesto contractual, por lo que se hace necesario que tanto la interventoría como el contratista, de acuerdo a lo encontrado físicamente en la localización y replanteo de los edificios y casas a restaurar, establezcan estas nuevas actividades que son necesarias e indispensables para la correcta ejecución del proyecto. Así mismo durante el proyecto constructivo de la cimentación, se consideraron inviables los diseños originales presentados por TECTUS S.A. para las unidades constructivas I y II en razón a que el sistema propuesto implicaría la invasión de los predios vecinos colindantes de propiedad de terceros durante la ejecución de los taludes, tal como se verifica en el documento radicado por la interventoría No. 2013-430-063505-2 del 11 de septiembre de 2013, lo que implicó que el consultor TECTUS revisara nuevamente en conjunto con sus asesores técnicos la condición del suelo y los parámetros a intervenir. Esta situación condicionó a realizar ajustes a los diseños de la cimentación de estas unidades por lo cual TECTUS presentó una nueva solución constructiva la cual fue avalada por la interventoría de obra y resolviendo de esta forma el inconveniente técnico, pero con lo cual se afectó el presupuesto contractual, como también la programación de ejecución de las unidades constructivas varió el cronograma general. Adicionalmente, en razón a la aparición de rocas de gran tamaño durante el proceso de excavación, y teniendo en cuenta que en el presupuesto no se previeron no incluyeron ítems relacionados con demolición de rocas, fue necesario la creación de ítems no previstos que permitan la ejecución de esta actividad”. (Subrayado fuera de texto).

Se observa que las motivaciones de las modificaciones contractuales fueron conocidas, establecidas y admitidas formalmente por las partes, de tal manera que son una expresión vívida del principio de la autonomía de la voluntad. En el marco de la referida autonomía también se observa que el Consorcio no hizo reparos acerca de los mayores costos que tal situación le provocaría.

Por lo tanto, no es atendible una reclamación posterior por situaciones que fueron consensuadas y plasmadas formalmente sin reparo. Hacerlo constituiría una

vulneración a los principios básicos de la contratación, fundamentalmente al mencionado de autonomía de la voluntad, que tiene concordancia con el artículo 1602 del código civil. Por ende, lo pactado es ley para las partes, y así debe cumplirse.

Por otro lado, se recuerda, como la demanda acumulada anotó: “...en el párrafo 1° de la Cláusula Primera de la Prórroga No. 1 el FONADE introdujo la siguiente manifestación unilateral “... La presente prórroga no genera costos adicionales a favor del CONTRATISTA”, pues el contratista consideró que con la adición en valor que se había realizado en el mes de noviembre de 2013 se compensaban, hasta la fecha, los costos administrativos que se desprendieran de la mayor permanencia en obra”.

Ahora bien, todas y cada de las modificaciones se pactaron bajo la consideración de las mismas razones: deficiente planeación y retardos administrativos de la entidad contratante. Así las cosas, no es admisible para el Tribunal que el Consorcio hubiere comenzado a generar salvedades a las modificaciones desde el mes de febrero de 2015, o sea 21 meses después de haberse celebrado el contrato 2131744, cuando antes había aceptado y admitido las causas y motivos sin reparo. Adicionalmente, en el nuevo escenario posterior a febrero de 2015 el Consorcio no justificó sus salvedades respecto al mayor costo que sufriría por las modificaciones. Por consiguiente, no se evidencia posibilidad de reconocimiento alguno de los valores reclamados por ese concepto.

- 23 de diciembre de 2013. Se modificó la cláusula octava-garantías del contrato de obra.

- 10 de junio de 2014. Prórroga número 1 del contrato (122 días calendario).

El nuevo plazo para la terminación del contrato quedó fijado para el día 30 de octubre de 2014.

Como antes se ha anotado, en la demanda acumulada se expresó por parte del Consorcio que “...en el párrafo 1 de la cláusula primera de la prórroga número 1 el FONADE introdujo la siguiente manifestación unilateral “...La presente prórroga no

genera costos adicionales a favor del CONTRATISTA”, pues el contratista consideró que con la adición en valor que se había realizado en el mes de noviembre de 2013 se compensaban, hasta la fecha, los costos administrativos que se desprendieran de la mayor permanencia en obra”.

No obstante la aseveración de haber sido una “manifestación unilateral”, el documento figura suscrito por las dos partes del contrato, lo cual, en criterio del Tribunal, refleja una manifestación propia del común acuerdo entre las partes. No hay otro elemento de juicio que indique que se trata de una actuación unilateral.

- 26 de agosto de 2014. Modificación número 3. Adición número 2. Prórroga número 2

Supresión de recursos por menores cantidades de obra; adición por compensación; adición de recursos para nuevos ítems no previstos.

Amplió el plazo contractual en 62 días calendario. El contrato, entonces, culminaría su ejecución el día 31 de diciembre de 2014.

- 15 de octubre de 2014. Adicional número 2

Ajustes a diseños de DATACENTER y procesos archivísticos y ajuste a diseño de instalaciones técnicas del proyecto: “restauración de las casas de Santa Bárbara y construcción del edificio del archivo del ministerio de Hacienda y Crédito Público”.

- 16 de diciembre de 2014. Prórroga 3 (178 días calendario)

Estableció como nuevo término de finalización del contrato el 27 de junio de 2015

- 22 de diciembre de 2014. Modificación número 1. Adicional número 2.

Variación a la forma de pago (90% a la entrega de los ajustes al diseño y 10% restante a la aprobación del FONADE de la garantía de calidad de los ajustes).

- 24 de diciembre de 2014. Adición número 1 al contrato adicional 2.

- **Segundo escenario. A partir de este punto comienzan a evidenciarse reclamos y objeciones por las modificaciones contractuales:**

- 27 de febrero de 2015. Modificación número 4. Adición número 3

Supresión de recursos por menores cantidades de obra. Adición por compensación de recursos en los ítems y cantidades originales del contrato por mayores cantidades; adición de recursos para nuevos ítems no previstos.

La solicitud de adición se realizó el día 15 de enero de 2015.

Bajo el espacio para firma del Consorcio se anotó a mano “#EL CONSORCIO ACR-CONTEIN SE RESERVA SU DERECHO A CUALQUIER RECLAMACIÓN FUTURA#”.

- 26 de junio de 2015. Prórroga número 4 (34 días calendario).

Estableció como fecha de vencimiento el día 31 de junio de 2015.

Se evidencia, sobre el tema que se viene analizando, la comunicación número C-1813-2015 de 25 de junio de 2015¹³ en donde el Consorcio convocante señala, entre otras cosas: “(...) *En los anteriores términos damos respuesta a su comunicación entendiendo que en caso de que no lleguemos a un acuerdo en torno a la cuantía del reconocimiento que por esta vía se solicita, el contratista no renuncia ni a su derecho a dejar a salvo sus derechos en el documento contractual, ni mucho menos a reclamar los sobrecostos padecidos*”.

¹³ Ubicada en el disco del folio 3525 del Cuaderno de Pruebas No. 9, carpeta “ANEXOS REFORMA DEMANDA”.

Luego, según comunicaciones C-1746 de 2015, C-1799 de 2015 y C-1813 de 2015¹⁴ el Consorcio convocante informó al FONADE sobre la eventual existencia de sobrecostos por la suscripción de la prórroga, la indicación que la misma generaba un mayor valor, la cuantificación del sobrecosto y la manifestación de que la suscripción no implicaba renuncia alguna a la reclamación.

Vale la pena señalar que en la mencionada comunicación C-1813 del 25 de junio de 2015, expresa el Consorcio que “... a la fecha no nos es posible saber a ciencia cierta a cuánto ascenderán los posibles sobrecostos pues lo cierto es que aún el daño no se causa”, pero ante la solicitud de FONADE, se anuncia adjunta una propuesta económica que “comprende el valor total de los costos administrativos en que habrá de incurrir el contratista durante la ampliación del plazo”.

De la lectura de la anterior transcripción se desprende con total claridad que el Consorcio para esa fecha (25 de junio de 2015) manifestó que el daño aún no se causaba, no tenía certeza alguna de las cifras a reclamar por sobrecostos y simplemente presentó una propuesta económica del valor total de los costos administrativos en los que incurriría durante el tiempo de la ampliación del plazo, lo cual obedecía a la dinámica propia que se impusieron las partes en el desarrollo y bajo las circunstancias particulares de este contrato.

- 6 de agosto de 2015. Reinicio número 1. Modificación número 5. Adición número 4. Prórroga número 5

Se dispuso el reinicio del contrato a partir del 6 de agosto de 2015. Prórroga del contrato por 181 días calendario. El nuevo plazo de finalización del contrato fue el 3 de febrero de 2016.

¹⁴ Cuaderno (AZ) Anexos Demanda Acumulada Tomo III Correspondencia, folios 1263 a 1267 y 1270 a 1271.

Supresión de recursos por menores cantidades de obra; adición por compensación de recursos en los ítems y cantidades originales del contrato por mayores cantidades; adición de recursos para nuevos ítems no previstos.

Se establece en este punto que el Consorcio, según comunicación C-1862-2015 de 15 de julio de 2015¹⁵, dirigida a la interventoría, señaló, entre otras cosas, que:

“1.6 Solicitudes

“Evaluar par su reconocimiento por concepto de sobrecostos la suma de TRES MIL CIENTO SIETE MILLONES CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS TREINTA PESOS MCTE (\$3.107.134.336) conforme a la cuantificación contenida en la comunicación No. 1834 del 8 de julio de 2015 radicada a la interventoría.

“En el evento en que antes de la suscripción del documento contractual no se llegue a acuerdo sobre el reconocimiento de valor sustentado por concepto de sobrecostos administrativos y mayor permanencia, incorporara en la prórroga y/o adición la siguiente consideración: “De conformidad con las disposiciones del Num. 4.2 de la reglas de participación OPC 013-2013 EL CONTRATISTA manifiesta que la suscripción de esta prórroga genera un mayor valor del contrato, el cual será objeto de cuantificación en su momento, y puesto en conocimiento del FONADE para lo de su competencia”.

En la comunicación C-1834 del 8 de julio de 2015¹⁶, el Consorcio expresó *“De conformidad con la información de plazo y presupuesto definitivo referido en precedencia, procedimos a realizar el análisis de los sobrecostos por la mayor permanencia en obra teniendo en cuenta el valor pactado para cubrir el rubro de administración de la obra y los valores reales en los que se ha incurrido y que se generarán hasta la finalización del proyecto. La diferencia entre esos dos montos es el sobrecosto que se solicita por esta vía sea reconocido por la entidad”.* Incluye un

¹⁵ Folio 1289 del Cuaderno (AZ) Anexos Demanda Acumulada Tomo III Correspondencia.

¹⁶ Folio 1278 del Cuaderno (AZ) Anexos Demanda Acumulada Tomo III Correspondencia.

capítulo titulado “Costos Administrativos Proyectados Hasta la Finalización del Proyecto. Enero de 2016” en el que proyecta “*el costo administrativo en que se incurrirá en el mayor plazo*” en \$3.291.347.333, dentro de lo cual se incluyen “COSTOS ADMINISTRATIVOS EN FUNCIÓN DEL PLAZO” (compuestos por “Relativos legalización del contrato” y “Relativos a impuestos”) y “COSTOS ADMINISTRATIVOS EN FUNCIÓN DE LA FACTURACIÓN” (compuestos por “Mano de Obra”, “Servicios Públicos”, “Dotación y Provisionales”, “Gastos Generales” y “Financiación”). La vinculación o relación de causalidad de los costos administrativos mencionados con la pretendida mayor permanencia en obra no está acreditada, y no es suficiente para esa acreditación hacer una operación aritmética de restar de los gastos administrativos (proyectados o efectivos), lo recibido por el Consorcio por el componente de administración del contrato (A del AIU), que es lo que se observa en la comunicación comentada¹⁷.

Es muy importante para el Tribunal hacer referencia a la respuesta que hace la interventoría en la comunicación número HUM-1634-15CSBA-1452 de 18 de julio de 2015¹⁸ donde se responde al Consorcio lo siguiente: “*con el acervo probatorio planteado, el cual consiste en un cuadro de gastos según la contabilidad del constructor no resulta una suficiente ilustración y los soportes adjuntados no reúnen las condiciones de calidad y cantidad para un estudio a fondo para dar un concepto de tanta importancia*” (Subrayado fuera de texto).

¹⁷ Folio 1287 del Cuaderno (AZ) Anexos Demanda Acumulada Tomo III Correspondencia: “*En atención a lo anteriormente expuesto el costo administrativo total del proyecto asciende a DOCE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CIENTO NOVENTA PESOS MCTE (\$12.581.258.10), de los cuales están pactados con el FONADE el reconocimiento y pago de NUEVE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO VIENTRES (sic) MIL SETECIENTOS SETENTA Y TRES PESOS MCTE (\$ 9.474.123.773), razón por la que solicitamos el reconocimiento y pago de la diferencia entre esos dos valores, esto es, **TRE (sic) MIL CIENTO SIETE MILLONES CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS MCTE (\$3.107.134.336)***”.

¹⁸ Folio 1295 del Cuaderno (AZ) Anexos Demanda Acumulada Tomo III Correspondencia.

También expresó la interventoría: *“encuentra una franca inconsistencia ya que su reclamación incluye un estudio aritmético donde se involucra la totalidad de los costos de Administración del A de los costos indirectos del (AIU) de todo el contrato situación que no se considera coherente ya que para la suscripción de las Adiciones No. 1, No. 2 de ninguna manera se instauraron solicitudes de reconocimiento alguno; lo anterior permite pensar que hubo total acuerdo por parte del Contratista, únicamente para la Adición No. 3 reconoce la interventoría, que el Representante Legal del Consorcio ACR CONTEIN en la suscripción de la minuta coloca nota que se reserva el derecho a reclamar”*. (subrayado fuera de texto)

El Consorcio dio respuesta a lo anterior a través de comunicación C-1883 del 27 de julio de 2015¹⁹, en la cual expresó *“es claro que no es posible contablemente determinar a ciencia cierta a cuánto ascenderán los sobrecostos que se derivarán de la mayor permanencia en obra por la ampliación del plazo que estaría próxima a suscribirse, por cuanto los costos indirectos sólo pueden sentarse en la contabilidad en la medida que se van causando. Así las cosas, el ejercicio que se presenta en nuestra comunicación C-1834-2015 es una propuesta de reconocimiento estimada, que tiene como soporte el costo administrativo histórico en el que se viene incurriendo mensualmente, acorde a la contabilidad que se adjuntó vs. la A de los precios unitarios por ejecutar”*. (Resaltado original)

Frente a la inconsistencia observada por la interventoría en el sentido de haber incluido el Consorcio en la estimación el valor de administración de todo el contrato, el contratista expresó que *“... no se dejó salvedad alguna en los adicionales 1 y 2, por la sencilla razón de que los precios unitarios pactados en dichos documentos contractuales contienen su propia administración y, de acuerdo a lo proyectado se ejecutarían dentro del plazo contractual. En este sentido, el CONSORCIO ACR-CONTEIN no pretende que se le paguen costos administrativos sobre las adiciones contractuales ...”* y *“...como lo cierto es que el plazo del contrato ha de ampliarse nuevamente para finalizar las obras propias del contrato y de sus adicionales, el*

¹⁹ Folio 1320 del Cuaderno (AZ) Anexos Demanda Acumulada Tomo III Correspondencia.

mayor tiempo de administración no está cubierto actualmente por ningún monto, toda vez que, en adelante, lo que se cobre de A con cargo a los precios unitarios por ejecutar pagará el déficit administrativo actual por la imposibilidad de este contratista de concluir el objeto del contrato en el plazo inicialmente pactado y sus prórrogas iniciales, y no el valor de la A en que incurra el contratista al momento mismo de la ejecución de la actividad” (Resaltado original).

Como se observa, la interventoría advierte, desde ese momento, que la información contable, pese a la ilustración que suministra, no es suficiente para connotar y explicar debidamente la mayor permanencia en obra ni los sobrecostos y perjuicios producto de ésta, al paso que el Consorcio no cuantificaba mayores gastos administrativos por “mayor permanencia en obra” en los que actualmente -para la fecha de la manifestación- habría incurrido, sino que anticipaba unos estimados a futuro, consciente, además, de que en las adiciones se estaba reconociendo un componente de administración que cubría las obras nuevas. Era claro y el Consorcio debió asumir la obligación de demostrar, en debida forma, el alcance y monto de la reclamación por ese concepto.

Por otro lado, la mencionada comunicación C-1883 del 27 de julio de 2015, como la C-1834 del 8 de julio de 2015 mencionada antes, contiene un capítulo de “Costos Administrativos Proyectados Hasta Enero de 2016” en el que “se procede a la cuantificación de los sobrecostos administrativos en los que incurrirá el CONSORCIO ACR-CONTEIN por efectos de la mayor permanencia en obra”, se expone “el costo administrativo en que se incurrirá en el mayor plazo” en \$3.016.008.741 dentro de lo cual se incluyen “COSTOS ADMINISTRATIVOS EN FUNCIÓN DE LA FACTURACIÓN” (compuestos por “Relativos legalización del contrato” y “Relativos a impuestos”) y “COSTOS ADMINISTRATIVOS EN FUNCIÓN DEL PLAZO” (compuestos por “Mano de Obra”, “Servicios Públicos”, “Dotación y Provisionales”, “Gastos Generales” y “Financiación”). Como se dijo previamente, la vinculación o relación de causalidad de los costos administrativos mencionados con la mayor permanencia en obra no está acreditada, y no es suficiente para esa acreditación

hacer una operación aritmética de restar de los gastos administrativos (proyectados o efectivos), lo recibido por el Consorcio por el componente de administración del contrato (A del AIU), que es lo que se observa en la mencionada comunicación²⁰.

En el documento contractual que se firmó, entre sus considerandos se señaló que: *“13. Que a la fecha la interventoría y el contratista se encuentran en la etapa de estudio de la reclamación formulada por este último, razón por la cual las partes difieren a la liquidación del contrato resolver dicha reclamación”*.

- 3 de diciembre de 2015. Prórroga número 6. Modificación número 6. Adición número 5

El nuevo plazo de finalización del contrato fue el 30 de marzo de 2016. Supresión de recursos por menores cantidades de obra. Adición por compensación en los ítems y cantidades originales del contrato por mayores cantidades. Adición de recursos para nuevos ítems no previstos. Modificación de la garantía única.

En comunicación C-2087 del 27 de octubre de 2015²¹, cuyo asunto es “Solicitud de Prórroga No. 6 y Adición 5 en valor” el Consorcio expresó *“Por último informamos que los eventuales costos que se deriven de la prórroga y/o adición anterior han sido incluidos y valorados dentro de la comunicación No. C-1834-2015 de 8 de julio de 2015, en concordancia con la actualización hecha en la comunicación No. C-2086-2015²² que incluye la disminución del valor del contrato y el aumento del plazo, ejercicio este que arroja un sobre costo administrativo que asciende a TRES MIL SETECIENTOS OCHENTA (sic) SIETE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS MCTE (\$3.787.889.257)”*

La interventoría respondió la comunicación C-2086-2015 aludida (también del 27 de octubre de 2015), a través de comunicación HUM-1822-15 CSBA-1452 del 4 de

²⁰ Folio 1326 del Cuaderno (AZ) Anexos Demanda Acumulada Tomo III Correspondencia.

²¹ Folio 1401 del Cuaderno (AZ) Anexos Demanda Acumulada Tomo III Correspondencia.

²² Folio 1328 -reverso- del Cuaderno (AZ) Anexos Demanda Acumulada Tomo III Correspondencia.

noviembre de 2015²³, en la que manifestó *“Si bien es cierto respetamos absolutamente los datos proporcionados y proyectados por el Consorcio ACR-CONTEIN, pero para que la Interventoría de Obra pueda contemplar su solicitud y proyectar un estudio serio de la reclamación requiere de un acervo probatorio lo suficientemente ilustrado y debidamente documentado con el propósito de poder requerir a la Gerencia del Convenio MHCP-FONADE al respecto para que se considere la posibilidad de hacer algún reconocimiento no contemplado en el marco legal del Contrato de Obra No. 2131744 del 23 de mayo /2013. (...) Sin desconocer los derechos que cualquier Contratista tiene de interponer las reclamaciones que él considere, también es necesario que sean procedentes y reúnan las condiciones contractuales que merece este proceso y que, seguramente, FONADE y en su momento los Organismos de Control exigirían como pruebas contundentes para que este proceso realmente sea totalmente legal (...) ... se está ignorando el debido proceso que se debe surtir para que se pueda desarrollar una revisión profunda de la documentación soporte, determinar si es procedente legalmente o no las solicitudes realizadas por el Constructor, la validación de los costos administrativos, su correspondencia con los costos propuestos y debidamente aprobados por FONADE en su proceso de adjudicación de la oferta presentada por el Contratista y que están relacionados en el FORMATO 08 ANÁLISIS DETALLADO DEL AIU, donde se encuentran debidamente discriminados los rubros que concibió el Consorcio ACR-CONTEIN y que es la única información de referencia sustentable con la que cuenta la interventoría de obra para poder validar, si lo considera procedente, los requerimientos denominados "A" de los Costos Indirectos del Contrato de Obra ... (...) Por otra parte el pensar que una reclamación por un valor de \$3.787'889.257, sea aprobada únicamente con un oficio de requerimiento y algunos cuadros de costos proyectados desde el inicio y proyectados a futuro no causados instaurados por el Consorcio ACR-CONTEIN, se considera una situación un tanto precipitada y lo único que contribuiría, por la premura de estos procesos, es inducir a errores a la Interventoría de Obra y a la Gerencia del Convenio lo que no se identifica con el concepto de acuerdo de voluntades que tiene previsto cualquier Contrato, y mucho*

²³ Folio 1420 del Cuaderno (AZ) Anexos Demanda Acumulada Tomo III Correspondencia.

menos éste que presenta algunas situaciones complejas las cuales deben ser totalmente soportadas y documentadas”.

Debe aludirse a la comunicación C-2170 del 25 de noviembre de 2015²⁴ que el Consorcio radicó ante la interventoría, en donde manifestó, entre otras cosas: *“Siendo así las cosas, por medio de este escrito dejamos constancia de que el día en que se perfeccione el documento contractual que por esta vía se solicita, procederemos a radicar manifestación expresa y por escrito, en los términos del Num. 4.2. de las Reglas de Participación y conforme a los criterios jurisprudenciales, de que la firma de este documento genera mayores costos al CONSORCIO ACR-CONTEIN”.*

En comunicación C-2174 del 3 de diciembre de 2015²⁵, el Consorcio anotó *“... ante la imposibilidad de incorporar la manifestación de que trata el Num. 4.2. de las Reglas de Participación en el cuerpo de la Adición No. 5, Prórroga No. 6 y Modificación que se firma hoy 27 de noviembre de 2015 (sic), por medio de esta comunicación manifestamos expresamente y por escrito, conforme lo exige el contrato y la buena fe comercial, que la firma de tal documento contractual genera mayores costos por efectos de que involucra la ampliación del plazo contractual, todo lo cual será reclamado administrativa o judicialmente en su momento”.*

- 18 de diciembre de 2015. Adición número 6

Supresión de recursos por menores cantidades de obra. Adición por compensación de recursos en los ítems y cantidades originales del contrato por mayores cantidades. Adicionar recursos para nuevos ítems no previstos. Modificación de la garantía única.

- 25 de enero de 2016. Modificación número 1 a la modificación número 7 y adición número 6.

²⁴ Folio 1446 del Cuaderno (AZ) Anexos Demanda Acumulada Tomo III Correspondencia.

²⁵ Folio 1454 del Cuaderno (AZ) Anexos Demanda Acumulada Tomo III Correspondencia.

Se eliminó el párrafo segundo de la cláusula cuarta de la modificación número 7 y adición número 6. Inclusión de un párrafo segundo a la cláusula cuarta de la modificación número 7 y adición número 6. Así: *“párrafo segundo: El valor de la presente adición se encuentra respaldado por el certificado de disponibilidad presupuestal No. 6422 del 19 de enero de 2016 expedido por el responsable del Fondo de Ejecución de Proyectos del Fonade”*.

- 30 de marzo de 2016. Suspensión número 2

Se suspende la ejecución del contrato por un término de cuatro (4) días hábiles a partir del 30 de marzo de 2016.

- 5 de abril de 2016. Modificación número 8. Apantallamiento. Prórroga número 7

Se reinicia el contrato de obra. Prórroga del término de ejecución del contrato hasta el 30 de julio de 2016. Supresión de recursos por menores cantidades de obra; adición por compensación de recursos en los ítems y cantidades originales del contrato por mayores cantidades. Adición de recursos para nuevos ítems no previstos. Fijó como nuevo plazo de finalización del contrato el día 30 de julio de 2016.

Mediante comunicación C-2513 del 5 de abril de 2016²⁶, el Consorcio expresó *“... ante la imposibilidad de incorporar la manifestación de que trata el Num. 4.2. de las Reglas de Participación en el cuerpo de la Adición No. 7, Prórroga No. 7 y Modificación No. 8 que se firma hoy 4 de abril de 2016 (sic), por medio de esta comunicación manifestamos expresamente y por escrito, conforme lo exige el contrato y la buena fe comercial, que la firma de tal documento contractual genera*

²⁶ Folio 1493 del Cuaderno (AZ) Anexos Demanda Acumulada Tomo III Correspondencia.

mayores costos por efectos de que involucra la ampliación del plazo contractual, todo lo cual será reclamado administrativa o judicialmente en su momento”.

- 2 de mayo de 2016. Modificación número 9

Modificación de la cláusula quinta en lo atinente a la información del balance final. Inclusión de un párrafo único a la cláusula séptima – garantía única -excluyendo la modificación del amparo del buen manejo del anticipo.

- 29 de julio de 2016. Modificación número 10. Prórroga 8

Prórroga el plazo de ejecución del contrato hasta el 16 de agosto de 2016. Supresión de recursos por menores cantidades de obra. Adición por compensación de recursos en los ítems y cantidades originales del contrato por mayores cantidades. Adición de recursos para nuevos ítems no previstos.

En comunicación C-2604 del 12 de mayo de 2016²⁷ el Consorcio señaló: *“Siendo así las cosas, y ante la imposibilidad de incorporar la manifestación de que trata el Num. 4.2 de las Reglas de Participación en el cuerpo de la Adición No. 8, prórroga No. 8 y Modificación No. 10 que se firmará próximamente manifestaremos expresamente y por escrito, al momento de la firma de dicho documento, conforme lo exige el contrato y la buena fe negocial, que la legalización de tal instrumento contractual genera mayores costos por efectos de que involucra la ampliación del plazo contractual, todo lo cual será reclamado administrativa o judicialmente en su momento”.*

La misma anotación, en esencia, está contenida en las comunicaciones C-2787 del 29 de julio de 2016 y C-2798 del 1 de agosto de 2016²⁸.

- 16 de agosto de 2016. Prórroga 9. (1 mes y 3 días)

²⁷ Folio 1542 del Cuaderno (AZ) Anexos Demanda Acumulada Tomo III Correspondencia.

²⁸ Folios 1586 a 1593 del Cuaderno (AZ) Anexos Demanda Acumulada Tomo III Correspondencia.

Fijó como nueva fecha de terminación del contrato el 19 de septiembre de 2016.

- 19 de septiembre de 2016. Modificación número 11

Modificación de las especificaciones al ventilador centrífugo VEC 2. Corresponde al contratista el suministro, ubicación y ensamble en el sitio de los equipos en los sistemas de agua helada, conforme descripción contenida en anexo técnico número 2.

- 19 de septiembre de 2016. Acta de terminación

- 30 de marzo de 2017. Acta de entrega y recibo final del objeto contractual

Pues bien, respecto del primer escenario contractual, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha recabado en el hecho de que toda reclamación por concepto de afectación, mayores costos y perjuicios, producto de modificaciones contractuales, debe hacerse de manera oportuna y concreta, o sea, en el momento en que se produzcan y estableciendo de manera clara y probada el perjuicio que esa situación conlleva. Por ese motivo, en sentencia del Alto Tribunal, que igualmente fue referida en la demanda acumulada, se toma una posición estable sobre esa situación.

Así es, el Consejo de Estado, en sentencia de fecha 1 de junio de 2015, con ponencia del Magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa (Exp. 200200055 (33.507), fundado en el principio de la buena fe contractual, expresó que una reclamación por alteración del equilibrio financiero de un contrato estatal debe cumplir con la exigencia del factor oportunidad para que no resulte improcedente. En el mencionado fallo se consagran apreciaciones que tienen aplicación en el presente caso, por tener soporte en el principio de buena fe que debe respetar el contratista, también cuando se acusa a la entidad contratante de incumplimiento. Resalta la decisión:

“...en efecto, en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo “los acuerdos y

pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...”

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

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

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

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

“La anterior manifestación, sin embargo, no encuentra pleno respaldo en el proceso, porque lo cierto es que sí hubo suspensiones de las obras, atrasos, demoras, que en últimas condujeron a la prolongación del término contractual inicialmente señalado, no todo obedeció a la voluntad exclusiva de la entidad contratante, sino que hubo

acuerdo entre las partes para hacerlo, como se desprende de las actas suspensión de obra visibles a folios 63 y 64 del Anexo No. 1 suscrito por los interventores, Auditor General y el contratista; o bien de las obras adicionales contratadas, las cuales fueron consignadas en los documentos “otro sí” que reposan en los folios 50 a 60 del Anexo No. 1, suscritos también por el contratista; así mismo, obran en autos las solicitudes de prórroga del actor y los plazos concedidos no sólo en atención a esas peticiones, sino para que entregan la obra contratada en estado de correcta utilización.

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

Esta posición ha sido constante desde el 23 de junio de 1992 (Exp. 6032); sentencia de 22 de noviembre de 2001 (Exp. 13358); sentencia de 22 de junio de 2011 (exp. 18836); Sentencia de 31 de agosto de 2011 (exp. 18080).

Recientemente, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, en sentencia 2013-00526 de 23 de octubre de 2017, con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, reiteró esta línea en los siguientes términos:

“2. Oportunidad de las reclamaciones en materia contractual – Salvedades.

“Pero 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 improcedente”.

En efecto, tanto el artículo 16 como el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 prevén que en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo “los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...”

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

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

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

(...)

La subsección C de la Sección tercera de esta corporación también acoge dicha posición al señalar:

“Pues bien, la Sala entiende que el término adicional no pudo causar una mayor permanencia en la obra imputable a la entidad, por varias razones:

En primer lugar, porque este lapso fue objeto de un contrato donde las partes expresaron su voluntad sobre las condiciones en que se continuaría ejecutando la obra, de manera que siempre que se suscribe un contrato adicional la voluntad de las partes retorna a una posición de reequilibrio de las condiciones del nuevo negocio — como cuando se suscribió el contrato inicial—, porque tanto contratante como contratista tienen la posibilidad de suscribirlo o de abstenerse de hacerlo, y si ocurre lo primero, a continuación pueden establecer las nuevas condiciones del negocio.

(...)

Esto significa que es perfectamente posible modificar, de común acuerdo, en los contratos adicionales, los precios unitarios o globales del contrato a celebrar, bien para reducirlos o para incrementarlos, definición que cada parte valorará y seguramente concertará en función de los precios del mercado del momento. Claro está que, si desde el negocio inicial el contratista se comprometió en alguna de sus cláusulas a mantener los precios, en caso de que se adicione el contrato, entonces la libertad de pacto se habrá empeñado desde esa ocasión, y a ella se atenderá la parte comprometida. En este mismo sentido ya ha expresado esta Sala que:

“... En este sentido, tampoco es aceptable, como lo afirma el actor, que por tratarse de un contrato adicional los precios unitarios debían ser los mismos del contrato inicial, so pretexto de que este aspecto era inmodificable.

“Este criterio es equivocado, porque bien pudo el contratista asumir una de estas dos conductas, al momento de celebrar los negocios: i) suscribirlos, pero con precios de mercado adecuados, es decir, renegociando el valor unitario de los ítems —en otras palabras, debió pedir la revisión del precio—, o ii) desistir del negocio, porque no satisfacía su pretensión económica, teniendo en cuenta que estaba vigente un impuesto que gravaba la actividad adicional que pretendía ejecutar.

“Es así como, si acaso se le causó un daño al contratista se trata de una conducta imputable a él, porque suscribió varios negocios jurídicos pudiendo desistir de ellos, cuando no satisfacían su pretensión económica.

“Por tanto, es inadmisibles que ahora, luego de celebrados y ejecutados los negocios jurídicos, en vigencia de leyes que claramente señalaban las condiciones tributarias del momento, solicite una indemnización por hechos imputables a la gestión propia, pues de haber sido precavido no se habrían generado las consecuencias que dice padecer”.

(...)

“En estos términos, el actor pudo acordar nuevos precios, pero no lo hizo; y mal puede venir ahora, ante el juez, a pedirle que lo haga mediante una sentencia, cuando debió negociar en su momento este aspecto. Otra cosa sería que se alegara la materialización de la teoría de la imprevisión, por cuya virtud la alteración de las condiciones de un negocio, ya celebrado, por circunstancias posteriores y ajenas a las partes, se hace difícil en su ejecución y cumplimiento, rompiendo la igualdad y el equilibrio del negocio. Pero este no es el caso, porque sin duda la suscripción de los dos contratos adicionales —tanto el de valor como el de plazo—, estaba precedido de las circunstancias que verdaderamente lo originaron, y fue sobre esas razones — conocidas por el contratista— que se pactó lo que consta en esos dos documentos”.

“En este horizonte, cada parte del negocio se hace responsable de aquello a lo que se compromete, y así mismo, mientras nuevas circunstancias no alteren el acuerdo, se considera que contiene en sí su propio reequilibrio financiero”.

“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.

(...)"

Y, sobre el tema de oportunidad en el ejercicio de salvedades, también ha precisado el Consejo de Estado:

“Advierte la Sala que el contrato modificador que afectó el plazo de la obra se suscribió de mutuo acuerdo por la entidad contratante y el contratista, sin que en el documento relacionado se formulara reparo frente a los efectos económicos de la ampliación del plazo contractual.

Al respecto, la Sección Tercera de esta corporación ha considerado que las reclamaciones objeto de demanda resultan prósperas cuando previamente el contratista demandante las incluye en los actos bilaterales de modificación, adición, prórroga y suspensión:

En relación con los sobrecostos 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 solo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato.

Encuentra la Sala que el contratista a través de su manifestación de voluntad consignada en el acta de modificación bilateral, aceptó la mayor permanencia en la obra y no formuló reparo o reclamación expresa frente a los efectos económicos que pudiera tener esta ampliación en el plazo. En consecuencia, no resulta procedente una reclamación posterior a través del ejercicio de la acción de controversias contractuales.

En este evento, no es admisible entender del silencio del contratista una ausencia de renuncia de los efectos económicos de las adiciones en plazo del contrato o de las suspensiones, sino su aceptación, en tanto el asentimiento a la variación en el plazo, informa una aceptación de las condiciones en las que a partir de la prórroga se ejecutaría el contrato de obra.

Así las cosas, la Sala evidencia que si bien, la entidad contratante tuvo incidencia en la ampliación del plazo, el contratista aceptó sin manifestación expresa los efectos económicos que pudiera traer la modificación en el plazo de ejecución del contrato, por lo que no es procedente reconocer los perjuicios que según su apreciación, le fueron causados con ocasión de la prórrogas sucesivas del contrato.

De acuerdo con lo anterior, la Sala encuentra que en el particular no resulta procedente reconocimiento pecuniario por concepto de mayor permanencia en obra²⁹ (subraya fuera de texto).

Igualmente, en reciente decisión señaló el Consejo de Estado:

“Adicionalmente, la demandante no acreditó que las prórrogas al contrato 3699 y la consiguiente mayor permanencia que estas trajeron consigo hubieran afectado sensiblemente el equilibrio contractual, al incidir de manera cierta, evidente, clara y material en las estructuras económicas y financieras del negocio en los términos

²⁹ Consejo de Estado-Sección Tercera. Sentencia 2001-00685/39498 de 30 de mayo de 2018. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

propuestos y pactados, mediante la comparación del inicial diseño económico y financiero del contrato con la situación económica y financiera en que quedó el negocio, luego de que sobrevinieran los hechos o actos desequilibrantes, como lo exige la jurisprudencia de esta corporación. Al respecto, la Sala considera pertinente recordar que, cuando la perito Vivian Andrea García Balaguera solicitó a la actora la información necesaria para definir la modalidad de contratación de personal por esta empleada, y así determinar el perjuicio que le había ocasionado la mayor permanencia, esta no fue proporcionada por la actora”³⁰.

De otro lado, al analizar, tal como lo plantea el apoderado del FONADE en los alegatos de conclusión, la eventual aplicación del artículo 868 del código de comercio en la controversia que nos ocupa, se debe referir en primer término lo que sobre el particular señaló el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia 2009-00526 de 9 de septiembre de 2015 (exp. 45088):

“Derívese de lo anterior que para que proceda la revisión del contrato por el advenimiento de una circunstancia extraordinaria e imprevisible en la órbita del derecho privado, se requiere que la prestación afectada por dicha situación sea de cumplimiento futuro, es decir que la prestación no se haya ejecutado, ya que, de lo contrario, esto es, de haberse satisfecho, se parte del supuesto que el afectado asumió los efectos nocivos de su ocurrencia y, por tanto, ya no habría nada que revisar y sobre lo cual regresar o volver”.

“En este panorama, para que prospere la revisión del contrato, el extremo afectado por la circunstancia extraordinaria debe abstenerse del cumplimiento de la prestación económicamente alterada hasta tanto se revise”. (Subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta que la obra objeto del contrato 2131744 fue entregada y terminada, e incluso extendiendo los presupuestos jurídicos planteados por la Convocante, enmarcados, según la pretensión segunda de la demanda acumulada,

³⁰ Consejo de Estado-Sección Tercera. Sentencia 1999-01988 de 8 de junio de 2018. C.P. Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

como consecuencia de incumplimientos de FONADE, no resultaría de aplicación el criterio de revisión que plantea el referido artículo 868 del Código de Comercio.

2.2.5. De la prueba de los valores causados por mayor permanencia en obra.

El Tribunal encuentra que no existe prueba que permita establecer que la ampliación del plazo en virtud de los diferentes acuerdos contractuales (prórrogas) que dieron origen a ésta, llevó al contratista a una “mayor permanencia en obra” de la cual se haya demostrado que sean consecuencia los costos de administración reclamados por el Consorcio convocante.

Los sustentos de la antedicha afirmación se fundamentan en los argumentos que se señalan a continuación, así:

El artículo 167 del Código General del Proceso dispone que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, para que el juzgador, con fundamento en el artículo 164 ibidem, funde su decisión en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, en conjunto, y de conformidad con las reglas de la sana crítica, tal como lo pregonan el artículo 176 del mismo ordenamiento citado.

El Tribunal, al tenor del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012 tiene, respecto de las pruebas, *“las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen”*, en este caso, el Código General del Proceso.

En el expediente, consta y está probado que el término contractual se amplió en 812 días.

De acuerdo al informe pericial rendido por el ingeniero Antonio Vargas del Valle, en el mes de octubre de 2018, página 16 *“...en la ejecución del contrato se suscribieron diez (10) modificaciones presupuestales, de las cuales ocho (8) corresponden a adiciones y las restantes (2) a modificaciones en el presupuesto de obra que no significaron una adición al contrato.*

“De la ocho (8) adiciones, seis (6) corresponden a modificaciones relacionadas a suprimir recursos por menores cantidades de obra e incluir recursos para mayores cantidades e ítems no previstos (NP), para una adición total de \$12.923.117.163; las restantes dos (2) adiciones corresponden a un tema de ajustes de los diseños del datacenter, procesos archivísticos y correlativo a las instalaciones técnicas del proyecto por un valor total de \$384.123.760”.

En cuanto al tiempo en que se amplió la ejecución contractual el citado perito señaló en un aparte en la página 17: *“Por otro lado, en la tabla 2.4 se relacionan todas las prórrogas contractuales que tuvieron lugar durante la ejecución del contrato, donde se observa que el plazo del proyecto pasó de 13 a 40 meses, lo que significa un aumento del 208% para un proyecto que contaba con los diseños definitivos ya aprobados”.*

Ahora bien, la extensión convencional del plazo contractual tuvo como antecedente las falencias en la estructuración del proyecto, las cuales se fueron encontrando en el transcurso del contrato, atribuibles, en su mayoría, al extremo contratante, y a la demora con que fueron resueltas y acordadas las adiciones y modificaciones contractuales, cuando se presentaron los inconvenientes del contrato 2131744, si bien en las respectivas modificaciones contractuales se convinieron los aplazamientos y las adiciones de precio correspondientes, en las condiciones ratificadas el día de la firma, bajo el entendido de que, según el criterio jurisprudencial previamente citado, frente a la modificación contractual *“bien pudo el contratista asumir una de estas dos conductas, al momento de celebrar los negocios: i) suscribirlos, pero con precios de mercado adecuados, es decir, renegociando el valor unitario de los ítems —en otras palabras, debió pedir la revisión del precio—, o ii) desistir del negocio, porque no satisfacía su pretensión económica ... Es así como, si acaso se le causó un daño al contratista se trata de una conducta imputable a él, porque suscribió varios negocios jurídicos pudiendo desistir de ellos, cuando no satisfacían su pretensión económica”.* El Consorcio optó por suscribir las modificaciones contractuales, a la vez que expresaba, en algunos casos, que posteriormente reclamaría los mayores gastos que le representaban, pero con las deficiencias anotadas previamente sobre la idoneidad de lo expresado por el

Consortio para conducir a un mayor reconocimiento económico que el de la propia modificación contractual.

El Consorcio ACR CONTEIN plantea, a partir de la demanda acumulada, una reclamación por el concepto de mayor permanencia en la obra la cual cuantifica en un valor de \$5.220.901.296³¹. Para probar los hechos en que soporta su pretensión, el Tribunal revisó el acervo probatorio que informa el plenario, encontrando pruebas de orden pericial que demuestran una situación contable y financiera en virtud de la cual el Consorcio ACR CONTEIN figura con unos gastos por concepto de administración y de imprevistos mayores a los que pagó el FONADE, asumiendo -sin sustento, en opinión del Tribunal- que esos mayores gastos se produjeron con ocasión de los tiempos considerados por el Consorcio como mayor permanencia en obra.

Sin embargo, no existe prueba alguna que permita al Tribunal establecer que esos gastos contables que se desprenden del archivo contable del Consorcio ACR - CONTEIN, estén directa e inescindiblemente ligados a perjuicios ocasionados por mayor permanencia en la obra y que no estén reconocidos con las adiciones al precio de contrato pagadas por FONADE.

Además, el perito Manuel Guío Cárdenas, en su trabajo pericial aportado el 24 de octubre de 2017, afirmó que no era posible determinar la afectación de la línea de

³¹ Pretensión segunda de la demanda acumulada: “SEGUNDA.- Que como consecuencia de la prosperidad total o parcial de la pretensión declarativa anterior, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— a pagar al CONSORCIO ACR-CONTEIN y/o a las sociedades CONTEIN S.A.S. y CONSTRUCCIONES ACR SUCURSAL COLOMBIA (integrantes del CONSORCIO), el valor de los sobrecostos y/o perjuicios de todo orden padecidos por el contratista por la ocurrencia de hechos o circunstancias que no le son imputables, atribuibles principalmente al incumplimiento del FONADE, según se probará a lo largo del presente trámite, y que generaron una excesiva onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, y por no haber podido, entre otras cosas, ejecutar el contrato en los términos inicialmente previstos, tales sobrecostos y/o perjuicios tienen que ver principalmente, sin que implique renuncia a que se reconozcan y paguen todos aquellos perjuicios que resulten probados en el proceso, con mayores costos administrativos derivados de la mayor permanencia en obra, por valor de \$5.220.901.296”.

tiempo mediante un comparativo entre los cronogramas de obra y que, por ende, era “imposible” analizar la incidencia específica que las causas de mayor permanencia en obra tuvieron en las actividades de la obra. Dijo el perito: *“no fue posible deducir la afectación de la línea de tiempo del contrato mediante un comparativo entre los cronogramas de obra que estuvieron vigentes en el contrato ya que no son comparables por ser absolutamente diferentes en tanto refieren a objetos contractuales muy diferentes, pues se pudo comprobar que en la ejecución del contrato éste fue variando por mayores y menores cantidades de obra, así como por obra nueva. Esto hizo imposible que para el desarrollo de mi encargo se pudiera analizar la incidencia específica que las causas de mayor permanencia en obra tuvieron en las actividades que determinaban la línea del tiempo del proyecto”*³². Con lo anterior, se resalta la carencia de prueba sobre el aspecto causal necesario para la prosperidad de las pretensiones de condena formuladas por el Consorcio.

De otra parte, para el Tribunal la prueba contable que se aportó por el Consorcio para determinar el valor adicional que, en su sentir, se generó con la mayor permanencia en obra, no es suficiente. El informe pericial se hizo a través de un ejercicio objetivo de valores que extrajo de libros contables y que luego contrastó con los valores de AIU del contrato, y los valores pagados por el FONADE, para luego realizar un ejercicio matemático que arrojó como resultado el monto a reclamar por presuntos mayores costos de “Administración”, tal como lo hizo el Consorcio en las comunicaciones que se citaron previamente, en las cuales expuso los mayores costos pretendidos (entre ellas, la C-1834-2015 de 8 de julio de 2015 y la C-1883 del 27 de julio de 2015).

Sin embargo, este informe pericial no estuvo acompañado de otras pruebas indicativas de que esos valores corresponden, necesariamente, a costos no reconocidos a consecuencia de una mayor permanencia en obra. Valga anotar que, el solo hecho de avizorar en los informes periciales una serie de gastos sin poder ahondar si los mismos fueron o no utilizados en los tiempos en que el Consorcio,

³² Página 34 del dictamen.

considera, se vio obligado a permanecer mayor tiempo en la obra y si estos mayores costos están directamente relacionados con esos interregnos en los cuales el contratista se afectó por una “mayor permanencia en obra”, no permiten al Tribunal clarificar probatoriamente la reclamación que sobre este punto hace el Consorcio. El Consorcio parte del supuesto, al igual que los dictámenes periciales, que el mayor plazo de la obra es equivalente a “mayor permanencia en obra”, conceptos que difieren en su concepción, en tanto que el primero es el tiempo efectivo en el que se extendió el contrato; y el segundo, es aquel en el que el contratista se ve en la obligación de incurrir en mayores gastos por el hecho de tener que mantener su infraestructura, personal y demás, en espera de definiciones que permitieran el avance regular previsto en el cronograma de obra inicial y el que resultó de las respectivas prórrogas, y, especialmente, de suponer que el solo hecho de haber registrado un costo que no esté cubierto por la partida de administración contractual (la A del AIU), significa que es un costo derivado o consecuencia de la prolongación del plazo del contrato.

De otra parte, observa el Tribunal que el dictamen presentado por Claudia Patricia Robayo Niño el día 24 de mayo de 2017 parte de precisar que el trabajo se realiza para dar respuesta al cuestionario formulado por la parte convocante, “a propósito de la presentación del escrito de contestación a la demanda de reconvención formulada por el FONADE y el Num. 9.3. de la convocatoria arbitral recientemente presentada (cuya acumulación se pretende) con relación a los mayores costos que hubo de sufragar el contratista referente a los Costos de Administración...”.

Frente a esta situación, importa recordar que en la contestación a la demanda de reconvención por parte del Consorcio, especialmente en el numeral 6.1.5 se lee: “[e]s un hecho cierto que el excesivo plazo que el CONSORCIO ACR CONTEIN experimentó en obra, generó unos mayores costos que nunca fueron reconocidos ni por la interventoría ni por la entidad, específicamente, en materia de gastos administrativos del proyecto, tales como: personal calificado, impuestos, pólizas, servicios públicos, equipos de sistemas, personal administrativo, entre otros”. Y luego concluye: “Al efecto se precisa que el contratista advirtió de esta situación hasta el cansancio. Sin embargo, **cedió** ante la entidad con el objetivo de entregar una obra funcional y para evitar las posibles represalias de la contratante”. (Resaltado fuera de texto).

Cuando el Consorcio afirma que “cedió”, entiende el Tribunal que se sujetó y aceptó las modificaciones y consecuencias que se desprendían del mayor plazo del contrato, y que “ceder” ante una situación como la anotada es una decisión contractual propia del ejercicio de la autonomía de la voluntad. No obstante, el Consorcio promueve luego la correspondiente reclamación por el concepto que nos ocupa.

En ese contexto, el Consorcio solicitó un dictamen pericial para considerar varios aspectos, entre ellos, la mayor permanencia en obra, *“...que requieren sin duda de una Auditoría externa que determine el valor de la mayor permanencia en obra...”*.

En el dictamen pericial enunciado se señala que éste tuvo como fuentes de información las siguientes:

- *“Los documentos suministrados por el Consorcio ACR-CONTEIN, en medio físico y magnético, previo requerimiento del perito”.*
- *“Las facturas que soportan los costos y los gastos incurridos en la ejecución del contrato relacionado con la Administración e Imprevistos sin incluir Costo de Personal. Dichos documentos fueron tomados de forma aleatoria según el criterio del perito hasta completar una muestra promedio del 70.”*

Otras fuentes que el perito señala que utilizó fueron las siguientes:

- *“Las planillas de seguridad social del personal asociadas al proyecto”*
- *“Los libros auxiliares en medio magnético”*
- *“Las certificaciones anuales emitidas por la contadora del Consorcio ACR-CONTEIN”.*
- *“Informe del Director de Obra Ing. Orlando Peña respecto a los conceptos que componen el rubro imprevisto (Anexo-D)”*
(...)”.

Ahora bien, la pericia toma como periodo de revisión para su ejercicio el plazo total del contrato. Así lo indica en el folio 5, así: *“El período de revisión está comprendido*

entre el 23 de mayo de 2013 fecha de firma del contrato de obra número 2131744 y el 19 de septiembre de 2016 (fecha de finalización del plazo)”.

Frente al período de evaluación que hace el dictamen pericial en comentario, elemento esencial para determinar la ocurrencia del fenómeno de mayor permanencia en obra y el y su cuantía, se advierte que no toma en cuenta varias circunstancias acaecidas en el devenir contractual que no hacían posible enmarcar, para estos efectos, el lapso dentro de los mismos extremos de lo que fue la duración del contrato 2131744.

En efecto, el dictamen pericial toma como punto de partida la fecha de inicio del contrato, y luego, para fijar la fecha de terminación toma como criterio la totalidad de las modificaciones, adiciones o prórrogas.

Lo anterior resulta errado si tenemos en cuenta que están probadas circunstancias que no permitían, para los efectos de determinación de mayor permanencia en obra, asumir ese criterio. Se explica:

Está probado que el Consorcio, siete meses después del acta de inicio del contrato 2131744, asegura que, debido a los inconvenientes contractuales atribuidos al FONADE, es a partir de ese momento (18 de enero de 2014) que se debe empezar a considerar el tiempo de retraso de la obra y por consiguiente las respectivas consecuencias jurídicas. Lo anterior se evidencia en la comunicación C-428 de 18 de enero de 2014, fecha en la cual no se había firmado prórroga o adición alguna.

Expresa el Consorcio al interventor PAYC en la precitada comunicación **C-428 de 18 de enero de 2014**, (aludida por el propio Consorcio en el escrito de la demanda), lo siguiente: *“Ante esta grave situación el Consorcio quiere manifestar que estas circunstancias anómalas están perjudicando el normal desarrollo de la obra, tanto en lo que afecta al cronograma previsto, hay retrasos en contrataciones y ejecución, como a los costos por las posibles demoras que esta situación está acarreando, por lo que a partir de hoy consideramos que el tiempo que se demoren las definiciones debería considerarse como tiempo de retraso de obra, indicando a modo informativo y orientativo que los costos de administración imputable por mes del consorcio ronda los 200 millones de pesos...”* (Resaltado y subraya fuera de texto).

Nótese que es el mismo Consorcio demandante el que siete (7) meses después de haberse iniciado la ejecución contractual expresa que “a partir de hoy...” el tiempo que se demoren las definiciones es tiempo de retraso de obra, lo cual lleva a concluir que la prueba pericial que relaciona la presunta mayor permanencia en obra, desde el inicio contractual, se contradice con lo expresado formalmente por el Consorcio, situación ésta que debilita poderosamente el efecto probatorio del dictamen.

Otro elemento de prueba que no tuvo en cuenta el dictamen pericial fue lo manifestado por el perito Manuel Guío Cárdenas cuando anota al inicio del dictamen que presenta en el mes de septiembre de 2017, aportado el 24 de octubre del mismo año: “...no fue posible deducir la afectación de la línea de tiempo del contrato mediante un comparativo entre los cronogramas de obra que estuvieron vigentes en el contrato ya que no son comparables por ser absolutamente diferentes en tanto refieren a objetos contractuales muy diferentes, pues se pudo comprobar que en la ejecución del contrato éste fue variando por mayores y menores cantidades de obra, así como por obra nueva. **Esto hizo imposible que para el desarrollo de mi encargo se pudiera analizar la incidencia específica que las causas de mayor permanencia en obra tuvieron en las actividades que determinaban la línea del tiempo del proyecto**”.

(Folio 34). (resaltado y subraya fuera de texto).

Conforme lo transcrito, advierte el Tribunal que al no ser posible para el perito “deducir la afectación de la línea de tiempo del contrato” ni analizar la incidencia específica, ni las causas, hechos y tiempos de la predicada “mayor permanencia en obra” frente a las actividades ejecutadas en el desarrollo del contrato, no resulta coherente que la perito, Claudia Patricia Robayo Niño, establezca, sin análisis al respecto, que la línea de tiempo de afectación del contrato frente a la reclamada mayor permanencia en obra sea todo el tiempo que perduró la ejecución contractual.

Para el Tribunal, la ausencia de concreción, tanto de los momentos precisos donde se puede predicar mayor permanencia, como de los valores imputables a ese fenómeno, impiden dar un valoración certera y fundada sobre la ocurrencia de esa situación y sus consecuencias económicas.

El mismo perito, a folio 36, concluye que en algunas oportunidades el Consorcio inició “adelantado” porcentualmente respecto al avance proyectado en la respectiva modificación, y que con ello se puso de presente la “capacidad del contratista de aprovechar las holguras contractualmente previstas”, afirmación que lleva a colegir al Tribunal que la referencia a holguras indica que existieron prolongaciones temporales en el contrato que, en estricto sentido, no eran necesarias, lo cual hace improcedente una reclamación por mayor permanencia en obra.

Sobre el punto, afirmó el perito: *“b. Se demuestra que, en unas pocas oportunidades, caso de las prórrogas 4 y 6 el contratista inició adelantado porcentualmente respecto al avance proyectado en la respectiva prórroga. Esta situación pone de presente la capacidad del contratista de aprovechar **las holguras contractualmente previstas.** Por otra parte, también evidencia, al igual que en el caso anterior, que los plazos de negociación de estos contratos eran muy lentos y cuando se legalizaban ya no se ajustaban a la realidad del proyecto”* (folio 36) (Negrilla y subraya fuera de texto).

De esa aseveración se desprende que la referencia a holguras contractuales, desde su definición gramatical, permite inferir que según el perito algunas prolongaciones temporales del contrato no eran necesarias, lo cual hace confuso el análisis de los períodos donde pudo incrustarse el fenómeno de mayor permanencia en obra.

Ahora bien, frente a la respuesta emitida por la interventoría de obra PAYC S.A. (anexos de la demanda acumulada – Tomo II, escrito de 12 de febrero de 2014, folio 434), se lee lo siguiente en el aparte que interesa para este punto: *“En este mismo orden, la Interventoría considera que las falencias que se hayan podido presentar en el inicio de la Etapa 1 del proyecto y considerando la complejidad de la obra, fueron debidamente subsanados con la Adición que se otorgó al Constructor para el hecho que dentro del presupuesto oficial inicial no se contempló presupuestalmente las excavaciones en estratos rocosos y las obras no previstas mencionadas en los párrafos anteriores”*.

En el aparte transcrito afirma la interventoría de obra que la Adición 1 contempló y cubrió posibles falencias ocurridas al inicio de la Etapa 1, hecho que deja entrever que ni el ejercicio pericial de Claudia Patricia Robayo Niño ni el de Manuel Guío

Cárdenas analizaron esta situación para determinar con precisión los momentos en los que realmente pudo ocurrir mayor permanencia en obra.

Como lo anotó la demanda acumulada: *“...en el párrafo 1° de la Cláusula Primera de la Prórroga No. 1 el FONADE introdujo la siguiente manifestación unilateral “... La presente prórroga no genera costos adicionales a favor del CONTRATISTA”, pues el contratista consideró que con la adición en valor que se había realizado en el mes de noviembre de 2013 se compensaban, hasta la fecha, los costos administrativos que se desprendieran de la mayor permanencia en obra”, con referencia a la Adición No. 1 firmada el 21 de noviembre de 2013.*

En el escenario de negociación de la Prórroga No. 4, el Consorcio expresó en comunicación C-1813 del 25 de junio de 2015³³, que *“... a la fecha no nos es posible saber a ciencia cierta a cuánto ascenderán los posibles sobrecostos pues lo cierto es que aún el daño no se causa”.*

En comunicación al Consorcio dirigida por la interventoría de obra PAYC S.A. (anexos de la demanda acumulada – Tomo II, escrito de fecha 4 de noviembre de 2015, folio 457), frente a la reclamación económica por mayor permanencia en obra, expresa ésta: *“Si bien es cierto respetamos absolutamente los datos proporcionados y proyectados por el Consorcio ACR-CONTEIN, pero para que la Interventoría de Obra pueda contemplar su solicitud y proyectar un estudio serio de la reclamación requiere de un acervo probatorio lo suficientemente ilustrado y debidamente documentado con el propósito de poder requerir a la Gerencia del Convenio MHCP-FONADE al respecto para que se considere la posibilidad de hacer algún reconocimiento no contemplado en el marco legal del Contrato de Obra No. 2131744 del 23 de mayo de 2013”.*

Debe destacarse de este escrito que la interventoría de obra como responsable del seguimiento y cumplimiento de la obra objeto del contrato en representación de

³³ Cuaderno (AZ) Anexos Demanda Acumulada Tomo III Correspondencia, folios 1270 a 1271.

FONADE, exigió un acervo probatorio lo suficientemente ilustrado y documentado para poder realizar el estudio de cualquier reconocimiento por concepto de mayor permanencia en obra, lo cual no se sustentó, situación que actualmente persiste, como quiera que subyacen interrogantes sobre los momentos contractuales donde se presentó la mayor permanencia en obra y el posible valor que se generó en dichos espacios contractuales.

Por último, en la respuesta emitida por la interventoría de obra PAYC S.A. (anexos de la demanda acumulada – Tomo II, escrito de fecha 26 de noviembre de 2015, folio 461, se lee respecto de la reclamación por mayor permanencia en obra, lo siguiente:

“Para la Interventoría de Obra sin desconocer que cualquier Contratista está en su derecho de instaurar reclamaciones, atendiendo el numeral a) también debe ser claro que estas solicitudes del Constructor estén debidamente y legalmente soportadas, de lo contrario la Interventoría no la avalaría. En relación los soportes (Cuadro Excel con gastos de contabilidad del Constructor) no reúnen las condiciones de ser procedentes y cantidad (sic) ni resultan suficientes además que se debe establecer claramente la verdadera incidencia de las siguientes modificaciones contractuales las cuales no hubo solicitud alguna del Consorcio ACR-CONTEIN acerca de posibles reclamaciones por lo que permite pensar que se suscribieron con total autonomía y a entera satisfacción de acuerdo a:

- *Adición No. \$3.500.617.9176 (Nov. 21/2013).*
- *Prórroga No. 1 por 122 días calendario (junio 10/2014).*
- *Adición No. 2 \$2.793.416.051 y Prórroga No. 2 por 62 días calendario, Agosto 26/2014.*
- *Prórroga No. 3 del Duc. 16/2014 por 178 días calendario.*
- *Prórroga No. 4 del 26 de junio/2015 por 34 días calendario”*

“Que en las adiciones en valor están involucrados en el AIU el valor de los costos de ADMINISTRACIÓN (A) debidamente acordado y sin objeción por parte del Constructor, igualmente en la minuta de las prórrogas está expresamente que no generan costos adicionales; lo anterior permite pensar que hasta la terminación de la

prórroga No. 4 es decir hasta Julio 31/2015, el Constructor según el marco legal del contrato debe estar en concordancia con lo siguiente:

“El contratista deberá manifestar expresamente y por escrito al momento de la suscripción de las modificaciones, adiciones, aclaraciones, prórrogas, suspensiones, otrosí, actas y demás documentos que se suscriban en la ejecución del contrato, si tales modificaciones, ajustes o correcciones generan mayor valor; en caso de que el contratista suscriba el documento sin la manifestación anterior se entenderá que cumplirá lo acordado sin que haya lugar a mayores valores o pagar adicional alguno”.

“Lo anterior hace pensar que lo expuesto los cuadros (sic) Excel de la contabilidad de la empresa del Constructor riñen con lo establecido en el numeral 4.2. de las Reglas de Participación OPC-013-2013 ya que existen muchos registros contables que se traslapan (sic) con las fechas antes descritas, incluso tiene gastos causados en el año 2013 inicio y desarrollo del contrato de obra” (Subrayado fuera de texto).

De la lectura de los apartes transcritos de la comunicación de la interventoría que acompañó permanentemente la ejecución contractual, se infiere que no se dieron los presupuestos para estimar los tiempos de mayor permanencia en obra ni los eventuales valores que se pudieron causar por ese efecto, lo cual ha debido, entonces, sustentarse en el dictamen rendido por Claudia Patricia Robayo Niño para efectos de la cuantificación del valor a reclamar por parte del Consorcio, y no solamente limitarse a concluir, basado en los criterios del AIU, los costos directos, incluidas las adiciones del contrato; el costo indirecto incluidas las adiciones y finalmente el costo de Administración, para arrojar como resultado que el “sobrecosto contable Administración” fue de \$5.220.901.296.

Según lo anterior, el Consorcio no justificó ni probó la existencia de los momentos contractuales donde se produjo mayor permanencia en obra, ni tampoco probó los valores que harían viable la reclamación.

Conforme a lo anterior, no encuentra el Tribunal que asista razón al Consorcio convocante en su pretensión relativa a la mayor permanencia en obra, toda vez que, a más de convenir las modificaciones contractuales sin hacer salvedades **válidas** (oportunas, específicas, sustentadas y concretas), y reclamar formalmente, de

acuerdo a las reglas de participación que estableció el FONADE, no demostró que los mayores valores que dice haber erogado por virtud de las modificaciones contractuales tuvieron como causa esa mayor permanencia.

Todo lo contrario, lo que se puede establecer es que las modificaciones contractuales, precedidas de de las circunstancias que rodearon la ejecución en diferentes frentes de trabajo, fueron libremente aceptadas por las partes, al hacer cada una de las modificaciones a la ejecución del contrato.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia de 30 de mayo de 2018 con ponencia del Magistrado Ramiro Pazos Guerrero, (exp. 2001-00685/39498), señala en uno de sus apartes que: *“Las prórrogas, suspensiones y la fecha de terminación efectiva de la labor contratada, permiten considerar como un hecho cierto la prolongación del contrato en el tiempo”*.

(...) “No basta con afirmar la ruptura del equilibrio económico del contrato por la mayor permanencia del contratista en obra, es indispensable acreditar que como resultado de tal hecho efectivamente se generaron unos costos o gastos directos no previstos ni considerados por el contratista, y que dicha mayor permanencia no le es atribuible o imputable de manera exclusiva al ejecutor de la obra”.

“En el sub examine, los únicos motivos de las prórrogas fueron las propias solicitudes de las partes, dentro de las que se destacan las peticiones que en tal sentido y en forma expresa elevó el contratista (f. 95, 96, 98 c. 2)”.

(...) “Tampoco es viable, para efectos de inferir los mayores costos, considerar sólo el porcentaje estimado de la fórmula AIU del contratista como lo hicieron los peritos.

En el proceso no hay prueba que revele que el concepto de “imprevistos” se utilizó en su utilidad, o que se superó dicho estimativo, de modo que no hay medios de convicción que pongan de presente sobre si del porcentaje de imprevistos quedó un remanente, o que por el contrario haya sido insuficiente para atender tales compromisos”.

“En este último evento, debió establecer el actor de manera clara y precisa, primero que realmente se dio la mayor permanencia en obra, que se originaron unos gastos adicionales absolutamente necesarios e indispensables y que el monto total de los gastos realizados, como de los recursos empleados para satisfacer dicha mayor permanencia en obra, superaron ostensiblemente el porcentaje estimado en la propuesta como “imprevistos”.

“Circunstancias que no fueron acreditadas, ausencia probatoria que impide suponer que dicho ítem haya sido insuficiente para cubrir los nuevos gastos”.

Es claro que el Consorcio tampoco justificó la afectación que eventualmente hubiera podido sufrir durante los interregnos de mayor duración contractual. Fue a la finalización del contrato (19 de septiembre de 2016) y en el Acta de Entrega y recibo final del objeto contractual (30 de marzo de 2017), cuando el contratista realiza salvedades y reclamaciones por el no pago de varias cantidades de obra por parte del FONADE y una afectación por mayor permanencia en la obra.³⁴

Ya en el debate procesal propiamente dicho, y a través de dictámenes periciales, el convocante pretendió establecer un valor a reclamar por concepto de mayor permanencia en la obra, los cuales se soportan casi exclusivamente en la revisión de los soportes contables del Consorcio, arrojando unos resultados, entendidos, meramente, como un ejercicio lineal en el cual se asume, sin justificación, que los gastos que se reflejan en la contabilidad, por concepto de administración, menos los pagados por FONADE, deben ser tenidos como mayores gastos de permanencia de obra, sin demostrar la existencia de un nexo de causalidad entre estos y los hechos que habrían originado dicha mayor permanencia, además de no establecer en el momento contractual oportuno, con la debida sustentación, las objeciones, cuestionamientos y probanzas del impacto negativo que le producían las modificaciones efectuadas.

³⁴ Peritazgo técnico pericial elaborado por el Ingeniero Civil Antonio Vargas del Valle. Bogotá D.C., octubre de 2018 página 18.

3. LAS PRETENSIONES EN CONCRETO

En virtud de las consideraciones precedentes, el Tribunal se pronunciará expresamente sobre las pretensiones.

3.1. Pretensiones de la demanda principal

3.1.1. Pretensión 4.1.

Se formuló así:

“4.1. Que se declare que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO (FONADE) en adelante FONADE incumplió el CONTRATO DE OBRA No. 2131744 celebrado con el CONSORCIO ACR – CONTEIN, conformado por las sociedad (sic) CONSTRUCCIONES ACR S.A.S. y CONTEIN S.A.S., en adelante EL CONSORCIO, así:

4.1.1. Por no tener FONADE a disposición del CONSORCIO la documentación e información y los diseños necesarios para el inicio de la construcción y ejecución del CONTRATO DE OBRA No. 2131744 desde la Fase 0 y durante la ejecución del CONTRATO.

4.1.2. Por haber entregado FONADE al CONSORCIO una información que no era confiable para la localización y replanteo de los edificios y casas de restauración.

4.1.3. Por haber entregado FONADE al CONSORCIO diseños que no eran viables para la cimentación de las unidades constructivas I y II.

4.1.4. Por las indefiniciones de FONADE, para solucionar las falencias de los diseños entregados para la ejecución y construcción de la obra.

4.1.5. Por la inviabilidad o ausencia de los diseños eléctricos de BMS, control y seguridad, voz y datos, aire acondicionado, control de iluminación y sistema eléctrico que causaron demora, reprocesos y prórrogas contractuales, que

llevaron a que los ajustes realizados por el CONSORCIO dejara en evidencia que era necesario la elaboración de un nuevo diseño eléctrico que contemplara de manera correcta las cargas de demanda, que se encontraban mal calculadas en el inicial entregado por FONADE.

4.1.6. Por la ausencia de diseño de apantallamiento y puesta a tierra que FONADE nunca entregó y que fue realizado por el CONSORCIO.

4.1.7. Por no prever FONADE que la obra tendría 639 APUs y la demora en que incurrió para la aprobación y legalización de los mismos.

- El numeral 4.1.1 prospera. Quedó probado que FONADE no tuvo a *disposición del CONSORCIO ACR-CONTEIN la documentación, información y los diseños necesarios para el inicio de la construcción y ejecución del Contrato de Obra No. 2131744 desde la Fase 0 y durante su ejecución.*
- El numeral 4.1.2 prospera. Quedó probado que FONADE entregó al CONSORCIO ACR-CONTEIN una información que no era confiable para la localización y replanteo de los edificios y casas de restauración.
- El numeral 4.1.3 prospera. Quedó probado que FONADE entregó al CONSORCIO ACR-CONTEIN diseños que no eran viables para la cimentación de las unidades constructivas I y II.
- El numeral 4.1.4 prospera. Quedó probado que FONADE incurrió en indefiniciones para solucionar las falencias de los diseños entregados para la ejecución y construcción de la obra.
- El numeral 4.1.5 prospera. Quedó probado que las falencias en los diseños eléctricos causaron demora, reprocesos y prórrogas contractuales, que llevaron a que los ajustes realizados por el CONSORCIO ACR-CONTEIN dejaran en evidencia que era necesario la elaboración de un nuevo diseño eléctrico que

contemplara de manera correcta las cargas de demanda, que se encontraban mal calculadas en diseño inicialmente entregado por FONADE.

- El numeral 4.1.6 No prospera. Quedó probado pericialmente que el apantallamiento no era ruta crítica y por ende no era predecesora, motivo por el cual no impedía el avance en actividades sucesoras.
- El numeral 4.1.7 prospera. Quedó probado que existió demora del FONADE en la legalización de los APU 's producto del ajuste y/o nuevo diseño que tuvo que ejecutar el contratista.

3.1.2. Pretensión 4.2.

Se formuló así:

“4.2. Que se declare que como consecuencia de los incumplimientos atribuibles a FONADE bien sea uno o varios o todos los señalados en la petición anterior el CONTRATO DE OBRA No. 2131744 tuvo que ser objeto de reprocesos, nuevas programaciones, que llevó que el CONTRATO no culminara el 30 de junio de 2014 y fuera prorrogado en varias oportunidades hasta el 19 de septiembre de 2016, por causas ajenas al CONSORCIO”.

De conformidad con lo que se desprende del acervo probatorio, el Tribunal considera que, en efecto hubo algunos reprocesos y nuevas programaciones originadas en las falencias en que incurrió FONADE en la entrega de diseños e información incompleta y susceptible de modificaciones y adicionales.

3.1.3. Pretensión 4.3.1. Actualización de los valores contractuales según el I.P.C.

Se formuló así:

“4.3. Que como consecuencia de declarar uno, varios o todos de los incumplimientos o actos imputables FONADE debe reconocer los perjuicios causados al CONSORCIO por no haberse podido terminar el CONTRATO No.

2131744 el 30 de junio de 2014 y haber sido objeto de reprocesos, nuevas programaciones y prórrogas, que en esta demanda se solicitan y que por lo pronto se circunscribe a los siguientes:

4.3.1. La actualización de los valores contractuales acordados para el CONTRATO DE OBRA No. 2131744 a partir del 30 de junio de 2014 conforme a la variación del I.P.C. hasta la fecha en que se efectúe el pago de conformidad con lo que se acredite pericialmente en el presente proceso.

(...)”.

Posición de la Convocante

Dice la convocante en el juramento estimatorio que “los valores a los que asciende la reclamación a título de perjuicio por el incumplimiento contractual de FONADE, por el ajuste al IPC de los valores contractuales desde el 30 de junio de 2014 hasta el 31 de octubre de 2016, fecha en la que actualiza el dictamen pericial rendido por Sergio Rodríguez Messier, ascienden por daño emergente a la suma de \$1.244.403.286.00 y con lucro cesante la suma de \$1534.051.661.00”.

Considera la convocante que “... la variación de precios con base en el Índice de Precios al Consumidor –IPC- es un hecho notorio, que no requiere prueba, por así disponerlo el artículo 180 del Código General del Proceso. De manera que la variación y el perjuicio se encuentran enmarcados dentro de esta presunción por lo que el Dictamen pericial iba encaminado a liquidar la cuantía de este perjuicio padecido por el CONSORCIO a causa del incumplimiento contractual de la entidad contratante”³⁵.

³⁵ Ver Alegato de la parte convocante, página 85

Posición de la Convocada

La convocada se opone a esta pretensión, con fundamento en las consideraciones siguientes:

En la cláusula primera del contrato se pactó que su objeto se desarrollaría de acuerdo con lo establecido, entre otros, en las Reglas de Participación número OPC 013 de 2013, las cuales definen como forma de pago, la modalidad de precio fijo sin fórmula de reajuste, tanto en la Fase 0, como en la Fase 1 de la ejecución del contrato.

En las diversas modificaciones, adiciones y prórrogas del contrato, excepción hecha de la última, la convocante dijo que el valor del contrato incluía AIU e IVA sobre la utilidad y demás tributos a que hubiere lugar por el HECHO de la celebración, ejecución y liquidación del contrato, o que con los recursos preexistentes o adicionales se cubrían todos los costos, impuestos y gastos necesarios para ejecutar las actividades objeto de la prórroga.

De otra parte, el contratista no hizo salvedad alguna que acusara un desacuerdo con lo pactado en cada modificación, adición o prórroga, por lo que, aun para las demoras no imputables al contratista en los acuerdos de modificaciones al contrato, el balance económico del contrato se restituyó.

La matriz de riesgos valoró entre los riesgos macroeconómicos al IPC proyectándolo como probabilidad ocasional y una consecuencia muy grave, la cual corresponde a un valor negativo de \$5.893'545.662. La solicitud del Consorcio asciende al valor de \$2.778'454.947, dicho valor se encuentra contenido en la variación estimada por la entidad por este factor de riesgo.

El peritaje de Sergio Rodríguez parte de un hecho equivocado porque afirma que el contrato terminó el 30 de junio de 2014 cuando en realidad terminó en septiembre de

2016. No analizó la matriz de riesgos, ni la totalidad de las modificaciones, adiciones y prórrogas del contrato, por lo carece de los elementos de juicio que soporten sus conclusiones³⁶.

Consideraciones del Tribunal

Sea lo primero observar que el párrafo tercero de la cláusula tercera sobre el valor del Contrato, establece el sistema de pago. Para la ejecución de la ETAPA 0 del contrato se pactó el sistema de precio global fijo, sin fórmula de reajuste. Para la ejecución de la ETAPA 1 se pactó el sistema de precios unitarios fijos, ambos sin fórmula de reajuste. Agrega la cláusula que “Cada precio unitario comprende todos los costos directos e indirectos derivados de la ejecución de la respectiva actividad y/o suministro que hacen parte del objeto del contrato. Incluye entre otros los gastos de administración, salarios y prestaciones sociales del personal, incrementos salariales y prestaciones, desplazamiento, transporte, alojamiento y alimentación del equipo de trabajo, del contratista, honorarios, asesorías en actividades objeto del contrato, computadores, licencias de utilización del software, impuestos a cargo del contratista, transporte, garantías y bodegaje de equipos y materiales, las deducciones a que haya lugar y en general todo costo en que incurra el contratista para la ejecución de cada una de las actividades o suministros objeto de este contrato, por lo cual incluye el AIU”.

Indica lo anterior que, tratándose de precios fijos, sin fórmula de reajuste, sean éstos de carácter global o unitario, no pueden las partes con fundamento en dicha cláusula presentar reclamaciones sobre actualización de los valores contractuales, durante un período de ejecución del contrato.

De otra parte, en las prórrogas, modificaciones y adiciones hechas al contrato, de común acuerdo entre las partes, se observa como elemento común que en los valores adicionados como consecuencia de esas prórrogas y adiciones va incluido el

³⁶ Ver Alegato de conclusión de la convocada, páginas 16 y 17.

AIU, el IVA y demás tributos que se causen por la celebración, ejecución y liquidación del contrato. Las adiciones relativas al valor de mayores cantidades de obras y de ítems no previstos se realizó de acuerdo con las previsiones del contrato.

Respecto del peritazgo, es de anotar que en éste el perito realiza las operaciones y cálculos que en sus preguntas hace la parte interesada, pero obviamente no evalúa el fundamento jurídico de la solicitud, pues éste corresponde al Tribunal.

Finalmente, como lo anota la Convocada, las eventuales variaciones de precios presentadas en el período alegado y vista la cifra pretendida por la convocante, se mantuvieron dentro de los límites de los riesgos macroeconómicos previstos en la matriz de riesgos.

En consecuencia, examinados los argumentos de las partes, el Tribunal negará la pretensión 4.3.1. de la demanda reformada sobre la actualización de los valores contractuales.

3.1.4. Pretensión 4.3.2. Incremento de la tasa representativa del mercado

Se formuló así:

“4.3. Que como consecuencia de declarar uno, varios o todos de los incumplimientos o actos imputables FONADE debe reconocer los perjuicios causados al CONSORCIO por no haberse podido terminar el CONTRATO No. 2131744 el 30 de junio de 2014 y haber sido objeto de reprocesos, nuevas programaciones y prórrogas, que en esta demanda se solicitan y que por lo pronto se circunscribe a los siguientes:

(...)

4.3.2. El mayor valor de los A.P.U. pactados en la MODIFICACION No. 4 ADICIÓN No. 3 como consecuencia de la incidencia que en los mismos ha tenido el incremento de la tasa representativa del mercado como consecuencia del incremento del dólar, según se acredite pericialmente”.

Posición de la Convocante

Los hechos que dan lugar a la reclamación del Consorcio se resumen en "... la afectación de la valoración del dólar con respecto al peso que sucede durante el período en que se solicita la aprobación de unos APUs y de unos NPs y la formalización de los mismos comprendidos entre el 16 de mayo y el 7 de octubre de 2014, los que fueron aprobados, en algunos casos con 9 meses de demora, interregno en el cual el dólar sufrió unos incrementos más que significativas al pasar de \$1.918,62 por dólar a \$2.484,58, mediante la Modificación No. 4 Adición No 3 del 27 de febrero de 2015, que es la génesis del daño reclamado, por cuanto esta demora resulta incomprensible y que además lleva a que el contrato no se pudiera determinar (sic) en las fechas previstas"³⁷.

En el juramento estimatorio, el Consorcio afirma que, por concepto de la variación de la tasa representativa, el incremento del dólar correspondiente a los APUs no previstos en el CONTRATO asciende a la suma de \$401.890.029.00 por daño emergente y \$141'143.743,00 por lucro cesante³⁸.

Posición de la Convocada

FONADE se opone a esta pretensión con fundamento en la argumentación siguiente: De acuerdo al análisis de riesgo pactado por ambas partes, se acordó que los riesgos correspondientes a las condiciones macroeconómicas (como lo es la fluctuación de la tasa de cambio), estaban a cargo del Consorcio convocante. Si éste no quería tener que asumir esa condición aleatoria del mercado de la fluctuación de la tasa de cambio, debió buscar mecanismos para cubrirse. Ese riesgo se calificó con un nivel alto. Agrega "... la estimación del impacto negativo por este riesgo se valoró en \$5.893.545.662. La solicitud que realiza el contratista por efectos del riesgo

³⁷ Ver Alegato de conclusión de la parte convocante, página 128

³⁸ Ver demanda reformada de la convocante, página 282

cambiarlo se indica por valor de \$543.033.772. El valor que solicita el contratista es apreciablemente menor a la variación del presupuesto que estimó la entidad al inicio del contrato por efectos macroeconómicos, razón por la cual no hay lugar a reconocer dicho valor al contratista toda vez que se encuentra contenido dentro de la variabilidad del presupuesto prevista en la asignación inicial de riesgos³⁹.

Además, dice FONADE, la convocante no probó cambio en los precios de insumos, equipos y suministros por el dólar. Si la compra correspondía a una importación, debió diligenciar los respectivos formularios de declaración de cambio por importación y presentarlos al Banco de la República, amén de que la convocante se comprometió a que los bienes y servicios que ofrecía en el proceso de selección sería de origen colombiano.

Consideraciones del Tribunal

Para el análisis de la incidencia de la tasa representativa como consecuencia del incremento del dólar en el mayor valor de los APUs. no previstos en el contrato, pactados en la Modificación No. 4 ADICIÓN 3, de 27 de febrero de 2015, y la solicitud de reconocimiento pecuniario por daño emergente y lucro cesante, el Tribunal hace previamente las consideraciones siguientes:

a) El manejo del riesgo contractual en los contratos regulados por el Estatuto de Contratación Estatal

La regulación de riesgos en materia de contratación estatal nace como consecuencia del surgimiento de pasivos contingentes a finales de los años 90, en el programa de concesiones de primera generación, lo que condujo a la expedición de la Ley 448 de 1998, el decreto 423 de 2001, además de los documentos CONPES 3107 y 3133 de 2001.

³⁹ Ver alegato de conclusión de la parte convocada, página 12.

Posteriormente, el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007 y sus sucesivas reglamentaciones establecieron la obligación de identificar, cuantificar y asignar riesgos previsibles en los contratos estatales.

De acuerdo con la política de manejo del riesgo prevista en el CONPES 3714 de 2011, los riesgos previsibles se clasifican en las siguientes categorías: Riesgos Económicos, Riesgos Sociales o Políticos, Riesgos Operacionales, Riesgos Financieros, Riesgos Regulatorios, Riesgos de la Naturaleza, Riesgos Ambientales, Riesgos Tecnológicos. Los riesgos económicos incluyen el riesgo cambiario.

Los riesgos económicos fueron definidos en esa ocasión como “ ... aquellos que se derivan del comportamiento del mercado, tales como la fluctuación de los precios de los insumos, desabastecimiento y especulación de los mismos, entre otros”. Y de los riesgos regulatorios se dijo que “Son los posibles cambios regulatorios o reglamentarios que siendo previsibles, afecten el equilibrio contractual”.

b) El manejo del riesgo contractual en el derecho privado

El derecho privado aborda la problemática del manejo de los riesgos contractuales de manera fragmentada e incompleta, circunscribiéndose casuísticamente a algunas obligaciones y contratos, sin establecer reglas o principios que regulen íntegramente la materia.

En el caso de las obligaciones de dar o entregar una especie o cuerpo cierto, la regulación civil y comercial establecen inclusive consecuencias opuestas para el incumplimiento fortuito. En efecto, los artículos 1607 y 1876 del Código Civil aplican el principio *res perit creditori*, salvo que el deudor se constituya en mora de efectuar la entrega, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más

personas por obligaciones distintas. En cambio, los artículos 929 y 930 del Código de Comercio hacen primar el principio *res perit debitori*.⁴⁰

Ahora bien, cuando se trata de obligaciones de hacer, como las de realizar una obra civil, las normas de derecho privado son aun más limitadas, al indicar como consecuencia de la materialización del riesgo, la extinción o disolución del contrato y la liberación de ambas partes de sus respectivas obligaciones por la ocurrencia de un hecho fortuito. Específicamente, el inciso 2º del artículo 1604 del Código Civil dispone que el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

Como puede apreciarse, la legislación civil establece que, frente a la ocurrencia de hechos imprevisibles a las partes, la consecuencia es la exención de responsabilidad contractual y la terminación del vínculo jurídico.

Al margen de las reglas civiles, en el ámbito comercial el artículo 868 del Código de Comercio permite la revisión excepcional de las bases económicas del contrato, cuando sobrevienen "... circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa...".

La revisión de contratos por circunstancias extraordinarias ha sido precisada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, exigiendo el cumplimiento de los siguientes requisitos, para la aplicación de la figura:⁴¹

- La existencia y validez del vínculo jurídico contractual.

⁴⁰ Gómez Vásquez Carlos, el riesgo contractual en los Códigos Civil y de comercio colombianos. Análisis dogmático de la normativa vigente. En Opinión Jurídica, Vol. 6, No. 12, pp. 105-121 - ISSN 1692-2530 - Julio-Diciembre de 2007 / 208 p. Medellín, Colombia.

⁴¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha 21 de febrero de 2012. M. P. William Namén Vargas. Exp. 11001-3103-040-2006-00537-01

- La revisión sólo procede para contratos de ejecución sucesiva, escalonada, periódica o diferida, cuyas prestaciones se proyectan en espacio temporal distante a su celebración, excluyendo también los contratos de naturaleza aleatoria.
- La revisión del contrato procede bajo la condición que la determinación del desequilibrio prestacional o la excesiva onerosidad derive, no de una prestación unitaria sino de todo el contrato.
- La excesiva onerosidad debe acontecer después de la celebración, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato, lo cual descarta la aplicación de la figura para circunstancias preexistentes o para desequilibrios prestacionales congénitos al contrato.
- Las circunstancias sobrevenidas al contrato, a más de extraordinarias, han de ser imprevistas e imprevisibles, y extrañas a la parte afectada.
- La revisión por imprevisión es inadmisiblesi la prestación, no obstante, la excesiva onerosidad se cumplió.

Respecto de la imprevisibilidad de las circunstancias que justifican la revisión del contrato, la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente: “Las circunstancias sobrevenidas al contrato, a más de extraordinarias, han de ser imprevistas e imprevisibles, y extrañas a la parte afectada.” (cas. civ. sentencia de 27 de septiembre de 1945, LIX, 443)⁴².

En relación con la exigencia que la prestación objeto de desequilibrio no se haya ejecutado, para que sea procedente su revisión, la Corte Suprema ha expresado lo siguiente:

“La revisión por imprevisión, es inadmisiblesi la prestación, no obstante la excesiva onerosidad se cumplió, lo cual salvo protesta, reserva o acto contrario, denota aceptación, tolerancia o modificación por conducta concluyente de la parte afectada.

⁴² Ibídem.

Por consiguiente, ejecutado, terminado o concluido el contrato y extinguida por su cumplimiento la prestación, nada hay por revisar para reajustar, restablecer o terminar. Por esta inteligencia, a más de la imposibilidad lógica y práctica de revisar para corregir o terminar lo que no ya existe, los efectos cumplidos, producidos o consumados en situación de “excesiva onerosidad”, no admiten reclamación ni reparación por esta vía (cas. civ. sentencias de 29 de octubre de 1936, XLIV, p. 437 ss; 23 de mayo de 1938, XLVI, p. 544; 23 de junio de 2000, exp. 5475), tanto cuanto más que ello equivale a volver sobre lo extinguido con quebranto de la certeza y seguridad del tráfico jurídico”⁴³.

En el caso en estudio no es procedente entrar a revisar las bases económicas del contrato de obra 2131744 de mayo 23 de 2013, suscrito entre ACR CONTEIN-FONADE, por cuanto:

- No se está en presencia de riesgos extraordinarios e imprevisibles.
- El contratista ejecutó las prestaciones a su cargo, por lo que extinguió la materia objeto de revisión

c) El riesgo cambiario en el caso *sub iúdice*

Las partes suscribieron el contrato de obra No. 2131744 el día 23 de mayo de 2013, con un plazo de ejecución que debía originalmente terminar el día 30 de junio de 2014, en donde se estableció como previsible el riesgo cambiario. Ese contrato fue objeto de varias modificaciones y adiciones, una de ella es la distinguida como Modificación No 4 y Adición No. 3, de febrero 27 de 2015, en donde se modificaron cantidades de obras y se adicionó el valor en \$3.098'923.382.00. Es sobre el valor de esas cantidades de obras que se solicita el incremento por la variación de la tasa representativa frente al dólar.

⁴³ *Ibíd.*

Para la fecha de suscripción de la adición que se toma como base para solicitar el reconocimiento de un mayor valor, esto es, el 27 de febrero de 2015, la volatilidad del precio de la divisa americana se había manifestado con toda fuerza durante el semestre anterior, como se desprende de las estadísticas en la materia del Banco de la República⁴⁴, como pasa a demostrarse:

- De acuerdo con la Serie Histórica de la TRM registrada por el Banco de la República, en el período comprendido entre 1º de julio y 31 de diciembre de 2014, la Tasa Representativa del Mercado del dólar frente al peso colombiano pasó de \$ 1.881 a \$2.392 pesos, experimentando una devaluación del 27%.
- De acuerdo con la Serie Histórica de la TRM registrada por el Banco de la República, en el período comprendido entre 1º de enero y el 2 de julio de 2015, la Tasa Representativa del Mercado del dólar frente al peso colombiano pasó de \$2.392 a \$2.626, experimentando una devaluación del 9,7%.
- De acuerdo con la Serie Histórica de la TRM registrada por el Banco de la República, en el período comprendido entre el 2 de julio de 2015 y el 31 de julio de 2015, la Tasa Representativa del Mercado del dólar frente al peso colombiano pasó de \$2.626 a \$2.866, experimentando una devaluación del 9,1% en menos de un mes.

Como puede observarse, en el semestre anterior a la firma de la Modificación No 4 y Adición No.3 de febrero 23 de 2015, el peso colombiano había experimentado una devaluación del 27%, lo cual indica que se estaba ya en plena tormenta cambiaria. No resultaba así un riesgo imprevisible que la situación cambiaria se agravara en el futuro inmediato, esto es en el año 2015.

De otra parte, de acuerdo con la jurisprudencia precitada de la Corte Suprema de Justicia de febrero 21 de 2012, "... ejecutado, terminado o concluido el contrato y

⁴⁴ Ver <http://www.banrep.gov.co/es/tasa-cambio-del-peso-colombiano-trm>

extinguida por su cumplimiento la prestación, nada hay que revisar para reajustar, restablecer o terminar”.

En el mismo orden de ideas, el riesgo cambiario fue asumido por el contratista, amén de que en la cláusula cuarta de la Modificación y Adición que se comenta, las partes estipularon que en el valor de lo modificado y adicionado se incluía el AIU, el IVA y demás tributos a que hubiere lugar por el hecho de la celebración, ejecución y liquidación del documento, así como la totalidad de los costos relacionados con la cabal ejecución del objeto contractual. Se agrega que las demás cláusulas del contrato original, en la medida que no contradigan lo modificado y adicionado, continuarán vigentes.

De otra parte, el contratista se comprometió en su oferta a emplear productos nacionales, según se desprende de su oferta. En efecto, se lee a folio 170 que el representante legal de CONTEIN S.A.S, Carlos Alberto Moreno Nema, en tal condición, certifica en el momento de ofertar que “Todos los bienes y servicios ofrecidos dentro de esta licitación son de origen nacional”⁴⁵.

Finalmente, no se probó la existencia de unos mayores costos con los medios de prueba adecuados, que demostraran el pago de insumos contractuales con la divisa americana.

En consecuencia, el Tribunal denegará la pretensión 4.3.2. de la demanda reformada.

⁴⁵ Ver folio 170, reverso, cuaderno de pruebas No. 2

3.1.5. Pretensión 4.3.3. Sumas retenidas en virtud de la Ley 1697 de 2013.

Se formuló así:

4.3. Que como consecuencia de declarar uno, varios o todos de los incumplimientos o actos imputables FONADE debe reconocer los perjuicios causados al CONSORCIO por no haberse podido terminar el CONTRATO No. 2131744 el 30 de junio de 2014 y haber sido objeto de reprocesos, nuevas programaciones y prórrogas, que en esta demanda se solicitan y que por lo pronto se circunscribe a los siguientes:

(...)

4.3.3. Las sumas retenidas al CONSORCIO por FONADE en virtud de lo dispuesto en la Ley 1697 del 20 de diciembre de 2013, que entró en vigor del Decreto Reglamentario 1050 de 2014 y que llevó a la retención de dineros correspondientes al 2% de la facturación y que se acreditan o acreditarán pericialmente y que le deberán ser pagadas junto con los correspondientes intereses moratorios, causados a deber desde la fecha en que se retuvieron al CONSORCIO en la fecha en que real y efectivamente se paguen”.

Posición de la Convocante

La convocante sustenta su pretensión, así: el Contrato fue suscrito el 14 de mayo de 2013 y fue expedida la Ley 1697 de diciembre 20 de 2013, reglamentada luego por el Decreto 1050 de 2014 de junio 5 de 2014, en virtud de la cual se empezó a hacer un descuento del 2% al contratista a partir del corte de obra No. 15 del 26 de septiembre de 2014. El plazo máximo de ejecución del Contrato era el 30 de junio de 2014, de manera que, si el contrato no hubiera tenido las prolongaciones imputables a FONADE, el descuento en mención no se habría aplicado. Agrega la convocante en

su alegato de conclusión, apartado 4.4.,⁴⁶ que este reclamo no se hace “bajo la órbita de la teoría de la imprevisión, ni bajo la teoría del hecho del príncipe”, por cuanto aunque era imprevisible la imposición del tributo es claro que no genera un rompimiento de la ecuación contractual, como tampoco lo sería alegar un hecho del príncipe porque como se tiene sentado jurisprudencial y doctrinariamente el desmedro económico se debe producir por un acto de la misma entidad que contrata, en ejercicio de sus funciones, pero sin ninguna vinculación con la actividad contractual. El reclamo de estos perjuicios se hace a título de incumplimiento contractual de FONADE. En el capítulo del juramento estimatorio (ver apartado 6.3 de la demanda) afirma que la suma retenida asciende a la fecha a \$139'868.842.00 por concepto de daño emergente y a \$39'902.477.00 por concepto de lucro cesante.

Posición de la Convocada

Afirma la convocada en su alegato de conclusión que el Consorcio aceptó desde la presentación de la propuesta la matriz de riesgos de la entidad y con ella, se comprometió a asumir el posible riesgo por la creación de gravámenes que pudieran llegar a surgir en la ejecución del contrato de obra.

Agrega que las estipulaciones contractuales pactadas de mutuo acuerdo reflejan de forma clara la voluntad de las partes y con ella la aceptación por el Consorcio de incluir dentro del valor del contrato, de las adiciones y contratos adicionales los costos de los impuestos a que haya lugar por la celebración, legalización, ejecución y liquidación del contrato.

Concluye la convocada afirmando que la parte actora desconoce dos hechos: El **primero**, se materializa en las diferentes solicitudes que realizó el Consorcio a Fonade de adición al contrato, en las cuales incluía todos los montos económicos calculados por ella para la ejecución del contrato, y el **segundo**, que la fecha en la cual el Consorcio realizó la primera solicitud de reconocimiento por los montos

⁴⁶ Alegato de conclusión de la convocante, pag. 99

retenidos por Fonade a causa del pago de la Estampilla Pro Univesidad Nacional, es posterior a la regulación y respectiva reglamentación del analizado tributo, por lo cual es a todas luces improcedente tal reconocimiento.⁴⁷

Consideraciones del Tribunal

Para despachar esta pretensión, el Tribunal hace las consideraciones siguientes:

a) La Estampilla Pro Universidad Nacional y demás universidades estatales de Colombia

Fue creada por la Ley 1697 de diciembre 20 de 2013 como “contribución parafiscal de destinación específica para el fortalecimiento de las universidades estatales...”. El sujeto pasivo de tal contribución es la persona natural, jurídica, consorcio o unión temporal que funja como contratista, según lo previsto en el artículo 6º de dicha ley. El artículo 5º regula el Hecho Generador de la contribución así: “Está constituido por todo contrato de obra que suscriban las entidades del orden nacional, definidas por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, en cualquier lugar del territorio en donde se ejecute la obra, sus adiciones en dinero y en cualquiera que sea la modalidad de pago del precio del contrato. En tal caso, el hecho generador se extiende a los contratos conexos al de obra, esto es: diseño, operación, mantenimiento o interventoría y demás definidos en la Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 2. “Parágrafo. Quedan incluidos los contratos de obra suscritos por las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta cuya ejecución sea con recursos del Presupuesto General de la Nación”.

Esta ley fue reglamentada por el Decreto 1050 de junio 5 de 2014, por el cual se establece la organización y funcionamiento del Fondo Nacional de las Universidades Estatales de Colombia, con el objeto de recaudar y administrar los recursos provenientes de la estampilla.

⁴⁷ Alegato de conclusión de la convocada, página 21

b) Fecha y plazo del contrato de obras entre ACR CONTEIN y FONADE.

Este contrato fue suscrito el 23 de mayo de 2013 con un plazo previsto para su ejecución hasta el 30 de junio de 2014, de acuerdo con la cláusula quinta y agrega “Los tiempos previstos de contrato serán los detallados en el numeral 1.5 de las reglas de participación”.

En relación con la prórroga del plazo de ejecución del contrato, las Reglas de Participación aceptadas por el Consorcio preveían la posibilidad de ampliarlo, pues en su apartado 4.5 se estableció que “El plazo de ejecución podrá ser prorrogado mediante la suscripción del documento modificatorio contractual que así lo disponga, en el cual, deberán señalarse las circunstancias o hechos que lo motivaron y la fecha o condición que defina el nuevo plazo de ejecución del contrato”. El plazo del contrato fue prorrogado por mutuo acuerdo entre las partes y finalmente terminó el 19 de septiembre de 2016.

c) El valor del contrato, los impuestos y tributos

De acuerdo con la cláusula tercera, el valor del contrato incluye “... el valor del A.I.U., el IVA sobre la utilidad, el IVA sobre el Suministro instalaciones de Seguridad y Control y el IVA sobre Etapa 0 y demás impuestos y tributos a que haya lugar para la celebración, legalización, ejecución y liquidación del contrato”. (subrayas fuera de texto).

En el mismo sentido, el **contrato adicional No. 1** establece que en el precio va incluido, entre otros, “...demás tributos que se causen por el HECHO de la celebración, ejecución y liquidación del presente contrato...”. Esa salvedad se repite en la cláusula primera del contrato adicional 2 de 15 de octubre de 2014 así como también en las modificaciones, prórrogas, adiciones y otrosíes, suscritos entre las partes.

d) La promulgación de la Ley durante la ejecución del contrato

El contrato original precluía el 30 de junio de 2014 y la Ley 1697 es de diciembre 20 de 2013 y su Decreto reglamentario 1050 es de junio 5 de 2014, también expedido durante la ejecución del contrato original.

Cuando se firmaron por el Consorcio los actos que permitieron la prórroga del plazo, ya la ley y su decreto reglamentario estaban vigentes, de manera que FONADE tenía la obligación legal de retener las sumas que ahora se reclaman, amén de que en dichos contratos adicionales, prórrogas, adiciones y otrosíes, las partes acordaron que en el precio estaban comprendidos los impuestos y tributos a que hubiera lugar.

De otra parte, la ley se refiere expresamente a los contratos de obras de las empresas industriales y sociedades de economía mixta como sujetos pasivos de la contribución parafiscal que se creaba.

Por tanto, era un hecho conocido por la convocante la existencia de la obligación tributaria de la estampilla pro Universidad Nacional en el momento en que aceptó la prórroga del plazo del contrato, sin que al respecto hubiera hecho salvedad alguna.

Finalmente, el Tribunal observa que la convocante aceptó la matriz de riesgos del contrato, en donde se prevé que el riesgo cambiario es del contratista.

e) El riesgo tributario

El tribunal considera que el riesgo tributario derivado de la expedición de leyes en la materia durante el curso de ejecución del contrato está a cargo del contratista, sin que sea válido el argumento de que la aplicación de la norma no hubiera sido posible de haberse cumplido el contrato en el plazo previsto inicialmente, pues al suscribir las adiciones y prórrogas aceptó el riesgo inherente a ellas, razón por la cual no puede alegar en su favor como evento imprevisto la contribución parafiscal creada por la ley en el curso de ejecución del contrato.

En consecuencia, el Tribunal negará la pretensión 4.3.3. de la demanda reformada, que hace referencia a las sumas retenidas en virtud de lo dispuesto por la Ley 1697 de 2013.

3.1.6. Pretensión 4.3.4. Pagos por nuevo diseño eléctrico, junto con los pagos realizados a COINET

Se formuló así:

“4.3. Que como consecuencia de declarar uno, varios o todos de los incumplimientos o actos imputables FONADE debe reconocer los perjuicios causados al CONSORCIO por no haberse podido terminar el CONTRATO No. 2131744 el 30 de junio de 2014 y haber sido objeto de reprocesos, nuevas programaciones y prórrogas, que en esta demanda se solicitan y que por lo pronto se circunscribe a los siguientes:

(...)

4.3.4. La suma de \$127.130.933,00, que el CONSORCIO tuvo que pagar para que (sic) realizar un nuevo diseño eléctrico, junto con los pagos realizados a COINET INGENIERIA S.A.S. para que supervisara y aprobara los APUs correspondientes”.

Cuando el contrato 2131744 se celebra, FONADE debió entregar los diseños necesarios que había entregado con antelación el consultor TECTUS, entrega que resultó insuficiente, y respecto de algunos diseños, inviable. Esta situación fue uno de los factores que propiciaron luego la celebración del Contrato Adicional No. 2.

Pues bien, la firma consultora TECTUS, encargada de entregar los diseños iniciales dejó de participar en el proyecto desde el día 30 de junio de 2014, tal como se observa en Acta de seguimiento de contrato número 60 de 8 de julio de 2014.

Ante esta situación FONADE solicitó al Consorcio asumir el ajuste a los diseños (comunicaciones 20142200260821 y 20142310172581 de 6 de junio de 2014).

El Consorcio aceptó la invitación y entregó la correspondiente propuesta el día 19 de agosto de 2014, oficio de fecha 19 de agosto de 2014, radicado en FONADE 2014-430-075790-2 (Anexos demanda acumulada folio 488). Informa a la entidad contratante, de acuerdo a su solicitud, que anexa propuesta para realizar “ajustes a los diseños de las áreas de Data Center y Procesos Archivísticos”, en respuesta a invitación que hizo FONADE el 6 de junio de 2014, indicando pleno conocimiento de las condiciones e información general de la misma (folio 489).

Al presentar el proyecto, el Consorcio alude a la necesidad de ajustes a los diseños, pues *“si bien en la fecha de elaboración estaban acordes a la normativa vigente y a las necesidades planteadas por el propio Ministerio, a la fecha requieren de la actualización de los mismos por cambio de tecnología, y a la ampliación de servicios y dotaciones exigidas por el propio Ministerio”* (folio 491).

La propuesta económica fue de \$296.000.000 (folio 519).

En consecuencia, firmó el Contrato Adicional No. 2.

Resulta de suma importancia revisar el contenido y decisiones que se adoptaron en el Contrato Adicional No. 2, partiendo de lo esbozado en su parte motiva. En las consideraciones del documento se inicia haciendo una síntesis u origen del contrato 2131744, su objeto, su valor y plazo de ejecución. Se alude luego al contrato adicional No. 1 de 21 de noviembre de 2013, donde las partes “modificaron el alcance del objeto contractual”; luego se refiere al documento de modificación 2 de 23 de diciembre de 2013 donde se modificó la cláusula octava sobre el tema de garantías, y a otras modificaciones inherentes al contrato.

Acto seguido, se alude al comunicado con radicado FONADE No. 2012-430-046804-2 de 22 de mayo de 2014 que refiere la solicitud del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de *“gestionar ante Fonade el correspondiente análisis de viabilidad para adelantar las adecuaciones para el Centro de Datos ser construido”; es decir, **efectuar los diseños del DATACENTER y UNIDAD CONSTRUCTIVA 1 Y EL***

AJUSTE A LOS DISEÑOS DE LAS UNIDADES CONSTRUCTIVAS 2,3,4,5,6 Y CASAS; PARA EL PROYECTO “RESTAURACIÓN DE LAS CASAS DE SANTA BÁRBARA Y CONSTRUCCIÓN DEL EDIFICIO DEL ARCHIVO DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO” (Subrayado y resaltado fuera de texto).

De lo anterior se colige, sin duda, que desde el momento en que se presentó el requerimiento del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (22 de mayo de 2014), las partes involucradas en el contrato 2131744 sabían que se requerían ajustes a los diseños y nuevos diseños. Esta parte, se destaca, forma parte de la motivación del acto (Contrato Adicional No. 2) y por ende tiene valor al momento de analizar la viabilidad o no de las pretensiones que formula el Consorcio. Tanto así, que es a partir de este requerimiento que se concluye con la celebración del citado contrato adicional.

Respecto del numeral 12 de la parte motiva se señala que el Consorcio y el Gerente del Contrato Interadministrativo No. 212027 solicitan la modificación y determinan que el valor de las actividades adicionales a realizar son de \$334.631.070, valor que se estima, según lo dice el documento, con fundamento en la solicitud que hiciera el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 10 de marzo de 2014 con radicado 2014-430-022187-2 en la cual se solicitó a FONADE “estimar las modificaciones de las áreas de Procesos Archivísticos y Datacenter localizados en la Unidad constructiva 1, dado que los diseños de estas áreas fueron previstos acorde a las condiciones del momento histórico en el cual fue diseñado, sin embargo a la fecha se han generado nuevas regulaciones en los aspectos técnicos de los sistemas que se deben proveer al interior de un centro de datos, así como los cambios en tecnología que afectan aspectos relacionados con: Diseños tolerantes a fallas, capacidades y redundancias, sistemas de enfriamientos (aires acondicionados), Densidad de potencia, Índices de confiabilidad integrados en los sistemas, controles y administración de cargas de potencia” (subraya fuera de texto)

Se deduce, entonces, que la solicitud que provenía del mes de marzo de 2014 contenía todas las posibles situaciones y contingencias que podría presentar el adicional 2 que, valga la precisión, no hacía parte de la esencia del objeto del contrato primigenio.

Ahora bien, en tratándose de una obligación especializada a contemplar en el Adicional 2, se entiende que, de acuerdo con solicitud concreta del Ministerio, y conforme a unas condiciones que se conocían y advertían desde un primer momento, se determinó que el Consorcio “...tiene el mayor conocimiento de todas las instalaciones técnicas especializadas que se ha tenido, así como las normativas y procesos constructivos que alimentan el área a modificar...”

Así las cosas, es claro que, en estricto sentido, el objeto del Contrato Adicional cubría todo el proyecto en cuanto se refiere a la parte de diseños, incluyendo en consecuencia ajustes a diseños existentes y nuevos diseños.

En efecto, el perito Manuel Antonio Guío Cárdenas, ante la pregunta 2.2.2. del dictamen entregado en el mes de octubre de 2017, de si el Consorcio finalmente ejecutó una actividad de ajuste a los diseños eléctricos o de rediseño eléctrico, señaló:

“Dentro de los resultados obtenidos en esta etapa del proyecto, se puede afirmar que la labor ejecutada por el consorcio fue de rediseño eléctrico, se puede evidenciar en: (...) En el cuadro anterior, se observa que se necesitó plantear cargas nuevas no contempladas en el diseño original (biblioteca casa 5), esto hace que se deba hacer un nuevo diseño donde se contemple las cargas ignoradas, esto hace que se deba rediseñar:

(...)”

Respecto al término "ajuste a los diseños eléctricos" es un término que se utilizó dado que existía una consultoría anterior y por reglamentación no se puede ejecutar dos veces la misma actividad (diseños) sobre un mismo proyecto.”

Ante la pregunta acerca de la causa por la que hubo la necesidad de ajustar o rediseñar los diseños eléctricos, contestó:

“En la motivación del adicional No. 2 el FONADE da la explicación de que se hace necesario implementar un diseño del data center, este ítem no estaba en el diseño inicial, luego se puede ver que se cambiaron las condiciones iniciales del proyecto

esto con el fin de suplir las necesidades que a la fecha de construcción del proyecto se tenían y que se debían atender con la debida prioridad.

Así mismo, se debieron ajustar cargas dado a la necesidad de instalación de equipos no considerados en el diseño inicial (ver cuadro). (...)

Este esquema presenta las cargas que no se podrán conectar al transformador # 1 que es el inicialmente propuesto en el diseño de 2008, este diagrama de un transformador nuevo para una segunda etapa es resultado de la actividad de rediseño eléctrico”.

Por tanto, se puede notar que pericialmente se determinó que desde la firma del citado Adicional 2, lo realmente acaecido fue la contratación de un rediseño y no estrictamente de un ajuste a diseños.

A folio 10, el perito señala que *“revisada la información de la motivación de esta actividad, se puede determinar que el alcance inicial del proyecto no contemplaba la construcción de un Data Center”.*

El perito, entonces, detecta que cuando el proyecto se comenzó a diseñar (año 2008) no estaba prevista dicha construcción. Que luego las condiciones y necesidades cambiaron *“...esto hace que las necesidades de instalaciones tengan que ser adecuadas y es así como se describe por parte del consorcio los alcances de cada actividad”.*

Entonces, de la prueba pericial se colige que entiende que el Contrato Adicional 2 contemplaba diseños nuevos.

Por eso, cuando se le pregunta si la actividad del Consorcio era de ajuste a los diseños eléctricos o de rediseño eléctrico, concluye que *“la labor ejecutada por el consorcio fue de **rediseño eléctrico...**”* (negrilla original). (folio 12).

Luego, a folio 14 ratifica que en la motivación del adicional 2 el FONADE da la explicación de que se hace necesario implementar un diseño del data center, *“este ítem no estaba en el diseño inicial”* refiriéndose al proyecto inicial del año 2008.

En cuanto a temas técnicos que son materia de controversia en el Adicional 2, como es el de cargas, lo dicho en el dictamen pericial y en la propia motivación del Contrato Adicional 2 permite concluir que los nuevos diseños y los puntos esenciales a tener en cuenta frente a los mismos y a los demás ajustes, entre ellos, los temas de cargas eran situaciones que no eran ocultas, estaban planteadas desde marzo de 2014 y por consiguiente debían ser conocidas por el Consorcio, que, según las pruebas del expediente, tenía experticia y experiencia en la temática.

En consecuencia, no es de recibo el planteamiento que se hace en el numeral 3.5.3.23 de la reforma de la demanda que presenta el Consorcio, cuando señala, haciendo referencia al Acta No. 97 del 16 de abril de 2015, que en esa fecha *“las partes se pudieron percatar que las cargas calculadas en el diseño original estaban erradas...”* por cuanto, se itera, era de conocimiento de todos los involucrados en el Contrato Adicional 2, que habían unos diseños que provenían del año 2008, y que existían nuevos requerimientos en el año 2014 debido a los cambios constructivos de la obra que implicaban modificaciones en las condiciones técnicas, de cara, además, a las exigencias normativas, máxime cuando para ese propósito precisamente se celebró un contrato adicional con los correspondientes recursos.

Ahora bien, en acta de seguimiento de contrato número 97 de 16 de abril de 2015, el interventor de diseño (COINET) claramente señala que *“[!]a interventoría ratifica que el acompañamiento que ha tenido a los comités técnicos es simplemente para aclarar constructivamente qué se ha instalado y qué se puede continuar instalando, pero no tiene injerencia en el diseño ya que el responsable es COINET INGENIERÍA S.A.S. e informa que es muy importante que el diseñador de los ajustes a los diseños tenga clara la carga que necesita el proyecto con la holgura que la norma especifique”*.

De esta forma se evidencia que el tema de cargas estaba ínsito en el Contrato Adicional 2, y su determinación era responsabilidad del Consorcio.

De otra parte, si bien es cierto que está probado que existió un período en el cual cesó la actividad del interventor de diseño COINET, no se encuentra prueba en el expediente que indique y certifique los valores que tuvo que cancelar el Consorcio

para que se reactivara su actividad frente al Contrato Adicional 2. Además, el FONADE no ha cuestionado ni desconocido la gestión del interventor COINET hasta la terminación del contrato de diseño, lo cual permite inferir que hay una aceptación tácita de su intervención contractual.

Además, es pertinente anotar que la parte convocante no sustentó las erogaciones que reclama, con motivo del supuesto nuevo diseño de obra y del pago al supervisor del diseño. Así las cosas, se despachará desfavorablemente la pretensión 4.3.4. de la demanda principal.

3.1.4. Pretensiones 4.4. y 4.4.1. Ítem 9.3.1. Rejilla en Acero 2000 x 4000

Se formularon así:

“4.4. Que se declare que FONADE incumplió el CONTRATO DE OBRA 2131744, suscrito con EL CONSORCIO, por cuanto se ha negado a pagar el valor contractual estipulado para el ítem 9.3.1. REJILLA EN ACERO 2000 X 4000, contenido en el documento OFERTA PÚBLICA OPC 013-2013, ANEXO 01 DOCUMENTO DE ESTUDIOS PREVIOS, MARZO DE 2013 y en la MODIFICACIÓN No. 4 ADICIÓN No. 3 página 12.

4.4.1. Que como consecuencia se ordene a FONADE el pago al CONSORCIO de las sumas correspondientes al ítem 9.3.1., de conformidad con el valor contractual acordado en la MODIFICACIÓN No. 4 ADICIÓN No. 3 junto con los intereses de mora causados a deber desde el momento en que el pago debió haber sido realizado y la fecha en que realmente se pague”.

Posición de la Convocante

Como se dejó relatado atrás, en relación con el ítem 9.3.1. Rejilla en Acero 2000 x 4000, la demanda reseña comunicaciones en las cuales el contratista reclamó por su no pago, mientras que la interventoría solicitó que se retirara su cobro y FONADE, según comunicación del 3 de diciembre de 2015, negó su reconocimiento por considerar que existían sobrecostos y la estipulación contractual correspondiente estaría viciada. Según la propuesta contractual realizada por FONADE, el ítem Rejilla

en Acero 2000 x 4000 (31 m² a valor unitario \$3.245.099) tenía un valor de \$100.598.069 y el precio también fue acordado en la Modificación No. 3 Adición No. 2 Prórroga No. 2 suscrita el 26 de agosto de 2014 (219 m² a valor unitario \$3.167.216, para un total de \$693.620.304).

El apoderado del consorcio convocante, en su alegato final, en el punto en análisis, parte de la base de que el valor de las rejillas una vez adjudicada la licitación y adjudicado el contrato es ley para las partes. Reitera, con señalamiento de las pruebas documentales y periciales que obran en el proceso, que en la licitación y en la oferta que se hizo de precios unitarios, existía para el ítem 9.3.1. Rejillas un valor de \$3.245.090, tal y como se consigna en las condiciones de la oferta pública, en la página 16. Así mismo, reitera que “el CONSORCIO ofreció un valor inferior en su oferta de \$3.167.216, para el ítem 9.3.1., el cual fue aceptado por parte del FONADE y, en consecuencia, es un valor contractual, ya que, en tratándose de la modalidad de precios unitarios, cada precio es un contrato” y que, con posterioridad, al suscribirse la MODIFICACIÓN No. 3 ADICIÓN No. 2 PRORROGA No. 2 de fecha 26 de agosto de 2014, fue nuevamente acordado y reiterado el valor contractual, tal y como se ve en la página 16 de dicho documento contractual, el cual obra como prueba dentro del proceso.

El contrato, expresa también, en cuanto a las rejillas se formó por la oferta entregada en los pliegos, la contrapropuesta del CONSORCIO y de esta manera se formó un consentimiento que luego fue reafirmado en la MODIFICACIÓN No. 3 ADICIÓN No. 2 PRORROGA No. 2 suscrita el 26 de agosto de 2014 entre las partes, razón por la que en virtud del principio de la buena fe debe mantenerse.

A juicio del consorcio convocante, cuando se hacen ofertas a precios unitarios se busca siempre tener un balance con los demás ítems, de ahí que no puede ser razonable que en un contrato, una vez se fijan con la adjudicación de la licitación los precios contractuales, estos puedan ser objeto de discusión, con miras a dejar los favorables y desconocer los que no lo son. Por esta razón el *Pacta Sunt Servanda*, que está recogido en distintas normas legales y que determina la obligatoriedad del contrato para las partes, no puede ser objeto de discusión, más cuando el presente contrato estaba compuesto por 2020 APUS y 649 no previstos.

Así mismo, señala el escrito de alegato que, igualmente, está claro que el Consorcio suministró la rejilla según se desprende del Acta del Corte No. 15, en la que el valor contractual del ítem 9.3.1. arrojaba una cuenta a favor del Consorcio, y se probó que 219 m² del ítem 9.3.1. quedaron sin pagar (folio 9 del cuaderno de Aclaraciones y Complementaciones del dictamen de Antonio Vargas del Valle), en el dictamen de Sergio Rodríguez Messier se estableció, además, la metodología para determinar el daño emergente y se cuantificó a la fecha del dictamen, habiéndose actualizado posteriormente, las cifras de lucro cesante y daño emergente.

En relación con la nulidad del ítem 9.3.1. alegada por FONADE, la convocante, al contestar la demanda de reconvenición considera en este punto que los valores unitarios de un contrato no pueden ser modificados por una de las partes así como también que las ofertas deben ser evaluadas en conjunto, no se pueden modificar después de celebrado el contrato porque se atentaría contra la estabilidad de la ejecución contractual. Agrega en su alegato de conclusión que “En la licitación y en la oferta que se hizo de precios unitarios existía para el ítem 9.3.1. Rejillas un valor de \$ 3.245.090, tal y como se consigna en las condiciones de la oferta pública, en la página 16... Por su parte el CONSORCIO ofreció un valor interior (sic) en su oferta de \$ 3.167.216, ... el cual fue aceptado por parte de FONADE y, en consecuencia, es un valor contractual, ya que, en tratándose de la modalidad de precios unitarios, cada precio es un contrato.”⁴⁸

De otra parte, considera el Consorcio que el ítem cuestionado representa apenas el 0.73% del valor contractual, pero que si eventualmente existió error, éste se ve compensado con errores del Consorcio en la cotización del concreto y del hierro. Cuando se hacen ofertas a precios unitarios se busca siempre tener un balance con los demás ítems, de ahí que no sea razonable dejar los favorables y desconocer los que no lo son.

⁴⁸ Alegato de conclusión de la Convocante, página 94

Finaliza anotando que no se dan las causales de nulidad previstas en el artículo 44 del Estatuto de Contratación, ni tampoco las señaladas en el artículo 1519 del Código Civil, pues “El contrato en cuanto a las rejillas se formó por la oferta entregada en los pliegos, la contrapropuesta del Consorcio y de esta manera en cuanto al ítem 9.3.1. se formó un consentimiento que luego fue reafirmado en la MODIFICACIÓN No 3 ADICIÓN No. 2 PRÓRROGA No. 2 suscrita el 26 de agosto 2014 entre las partes, razón por la que en virtud del principio de la buena fe debe mantenerse”.

Posición de la Convocada

Sobre el ítem 9.3.1. correspondiente a rejillas, FONADE manifestó que *“El Consorcio presentó propuesta a sabiendas que tanto el metraje como el precio del ítem de las rejillas distaban de la realidad, tanto en su precio como en su cantidad (...) el Consorcio actuó de mala fe al no manifestar la realidad del valor de las rejillas previa la suscripción de la MODIFICACIÓN No. 3, ADICIÓN No. 2, PRÓRROGA No. 2 ...”* y *“El Consorcio admite conocimiento acerca del valor irreal de las rejillas al momento de presentar la oferta, aduciendo que compensó dichos valores con los ofertados en otros ítems ...”*. Agrega que *“La inexactitud (error en el cálculo) en los estudios previos y en el formulario adjunto a las Reglas de Participación, en punto a este ítem (en cantidad y valor unitario), fue replicada conscientemente y de mala fe por el Consorcio en su propuesta económica (APU del ítem y análisis unitario), así como en la Fase 0 de ejecución del contrato, desconociendo el ordenamiento constitucional y legal de manera grave, pretendiendo unos sobrecostos para el Estado de aproximadamente un 333% del ítem sobre los precios del mercado, con el consecuente detrimento patrimonial público”*. A lo anterior se suma la inexactitud en la cantidad de metros requeridos *“dado que el Consorcio propuso 31 m², cuando su condición de experto le permitía saber que las cantidades del ítem de rejillas se requerirían en 312 m²”* y no alertó sobre esto en la Fase 0.

El precio por unidad de rejilla tuvo una diferencia significativa entre el valor propuesto por el Consorcio y el valor del mercado, lo que explica la diferencia de la suma reclamada por el Consorcio de \$1.254'780.033 frente al valor ofrecido por la entidad de \$376.870.280, lo cual arroja una diferencia de \$877.909.752.

FONADE negó que pudiera inferirse coacción a pactar renunciaciones a los derechos patrimoniales del Consorcio en las adiciones y prórrogas, precisó que el contrato se rige por el derecho privado y *“la oportunidad debida para manifestar salvedades respecto de diferencias en los valores del contrato, es en la liquidación, pues, finalmente en esta etapa es donde se tiene la certeza de los valores económicos a reclamar”*.

En el alegato final, el señor apoderado de FONADE reitera los planteamientos formulados durante el proceso y, con apoyo en su análisis de las pruebas documentales, testimoniales y periciales obrantes en el expediente, reitera las peticiones en cuanto a la declaración de nulidad absoluta o relativa del ítem 9.3.1., y en el sentido de que se deniegue la pretensión de incumplimiento y la consecuente indemnización a cargo de FONADE. Destaca la conducta de FONADE de atender y estudiar las peticiones y planteamientos de la Convocante y la reiterada manifestación de imposibilidad en que se ha encontrado a lo largo de la ejecución contractual habida cuenta de las características de los recursos públicos y la protección que debe dárseles, por lo que acceder a las peticiones de Consorcio acarrearía un claro deterioro patrimonial del Estado. En contraste, pone de presente la conducta, a su juicio de mala fe, del Consorcio convocante, al pretender aprovecharse de las circunstancias del error, que ha debido corregir el Consorcio en la propuesta presentada al atender la convocatoria realizada por FONADE y señala que su representada no se ha opuesto a pagar al contratista a los precios del mercado. Considera que de acuerdo con el dictamen de Gloria Zady Correa rendido dentro del proceso, la suma a pagar es inferior a la que ha venido cobrando el contratista y se corrobora su posición y por eso se ha abstenido de realizar el pago.

Concepto del ministerio público

El ministerio público dentro del presente proceso arbitral precisó, en cuanto al incumplimiento de pago de las rejillas metálicas, que éste debió ser objeto de una pretensión ejecutiva, toda vez que se hallaba determinada conforme a los precios contractuales y el contratista agotó el procedimiento para el pago, por lo que se definió el derecho y lo único que restaba era proceder a su pago. A juicio del ministerio público, el Tribunal solo se encuentra facultado para resolver sobre

incumplimiento en el reconocimiento, no en el pago, por lo que existe una falta de competencia para proveer sobre el particular.

Consideraciones del Tribunal

En torno de los planteamientos del representante del ministerio público respecto a la competencia del Tribunal y los alcances de las atribuciones que le asisten, se debe reiterar que de acuerdo con las pretensiones de la demanda que dio lugar al presente proceso, en el punto del ítem. 9.3.1., el consorcio convocante pide una declaración de incumplimiento de las obligaciones a cargo de FONADE y, consecuentemente, una condena. Esta última consistente en que el pago se ordene en los términos del contrato y con las sanciones y recargos desde el momento en que ha debido efectuarse. Por lo anterior, este Tribunal considera que no se está en el supuesto señalado por el señor representante del ministerio público y en consecuencia sí le asiste competencia para conocer y resolver sobre las pretensiones sometidas a su consideración, tal como lo decidió desde la primera audiencia de trámite en el auto que consta en el Acta No. 30 del 2 de agosto de 2018 y en el texto de esta providencia se ha reiterado.

Ahora bien, el Tribunal debe aclarar que aun si el presente proceso recayera sobre un contrato estatal de derecho administrativo, conforme a las normas pertinentes el Tribunal de arbitramento no habría de actuar replicando las reglas que enmarcan la competencia y las potestades exclusivas y excluyentes del juez administrativo, sino sus propias reglas legales (Ley 1563 de 2012), y estas en armonía con el artículo 116 de la Constitución Política.

Para el estudio y resolución de las pretensiones ha de comenzar el Tribunal recordando lo ya expresado en este Laudo sobre los principios y reglas que gobiernan la contratación de las entidades públicas, sea cual sea el régimen específico, de derecho público o de derecho privado, aplicable conforme a los criterios legales que regulan la materia.

En ese orden de ideas, conforme a la Ley 80 de 1993 -artículo 13-, “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se

regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.

Así mismo conforme al artículo 28, “En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.

Esos principios, habida cuenta de las características ya definidas del contrato No. 2131744 celebrado entre FONADE y ACR CONTEIN, en cuanto contrato conmutativo, generan obligaciones y derechos mutuos y recíprocos.

En la parte inicial de este Laudo, el Tribunal ha estudiado lo relativo a la naturaleza y el régimen aplicable al contrato y en estos aspectos, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes, ha concluido que el Contrato No. 2131744 celebrado entre el FONADE y ACR CONTEIN es un contrato sujeto al derecho privado, por lo cual los diferentes aspectos relacionados con su interpretación, aplicación, efectos y responsabilidad se han de solucionar de conformidad con las disposiciones pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; empero, como también ya se ha expresado, esa sumisión al derecho privado no libera a la entidad del respeto de los principios de la contratación estatal, ni de los de la función administrativa.

Por ello en el presente análisis relativo a las pretensiones formuladas por el consorcio contratante, como a todos los aspectos del contrato, esa es la normatividad aplicable para deducir los efectos del incumplimiento contractual en que pudo incurrir la entidad estatal FONADE, frente al contratista.

Se ha alegado por FONADE la nulidad del ítem 9.3.1., por lo cual es necesario hacer las consideraciones pertinentes desde ya, a través de consideraciones que serán válidas también cuando el Tribunal se pronuncie sobre las pretensiones de la demanda de reconvención y las excepciones propuestas por FONADE.

a) Elementos de prueba en relación con el precio de las rejillas

En el documento de Estudios Previos que forma parte de la OFERTA PÚBLICA OPC 013-2013 consta el presupuesto oficial estimado para el Contrato, en el cual se discriminaron los precios unitarios de los ítems que componen la obra, entre ellos el de “REJILLA EN ACERO 2000 X 4000” en cantidad de 31 m², cuyo valor unitario presupuestado fue \$3.245.099, para un total de \$100.598.069⁴⁹.

La propuesta del Consorcio ACR CONTEIN estimó el ítem en cuestión a un valor unitario de \$3.167.216, para un total de \$98.183.696⁵⁰.

En el folio 1047 del cuaderno de pruebas No. 3 y en las aclaraciones del dictamen de Gloria Zady Correa (disco del folio 248 del cuaderno de pruebas No. 14, archivo Consorcio ACR- FONADE Informe de Aclaraciones y Complementaciones, página 14) obra cotización de METAL GRATING COLOMBIA S.A.S. con fecha 29 de junio de 2014, de rejilla Tipo T 50x100, platina portante 2 ½ (amarre), platina de amarre 1 ½, platina enmarque 2 ¾, “material” ¼, tipo de dentado material “lisas”, material A-35, acabado galvanizado, por valor de \$4.011.100.

En el folio 1039 del cuaderno de pruebas No. 3 y en las aclaraciones del dictamen de Gloria Zady Correa (disco del folio 248 del cuaderno de pruebas No. 14, archivo Consorcio ACR- FONADE Informe de Aclaraciones y Complementaciones, página 23) obra cotización de REJINCOL Rejillas Industriales de Colombia del 15 de noviembre de 2014, de rejillas Tipo T 30x100 en acero A-36, acabado galvanizado por inmersión en caliente y superficie superior antideslizante, platina portante 2 ½ x 3/16 amarre 1 ½ x 3/16 2000mm x 4000mm a valor unitario \$4.400.000.

En el folio 1041 del cuaderno de pruebas No. 3 y en las aclaraciones del dictamen de Gloria Zady Correa (disco del folio 248 del cuaderno de pruebas No. 14, archivo Consorcio ACR- FONADE Informe de Aclaraciones y Complementaciones, página 25) obra cotización de KARMA del 4 de noviembre de 2014, de rejilla Tipo T 2 ½ x ¼

⁴⁹ Folio 9 -reverso- del Cuaderno de Pruebas No. 2.

⁵⁰ Folio 324 -reverso- del Cuaderno de Pruebas No. 2.

entre cuyas “características” están ser en acero al carbono, retícula rectangular de 30x100mm, espaciado de platinas portantes de 30mm y de 100mm las platinas de amarre, lisas, de peso 129,55 Kg/m². Los precios cotizados son 31 m² a valor unitario \$803.210 -este fue el valor tomado por la perito Gloria Zady Correa en la página 5 del dictamen- y \$750.880 como cotización alternativa.

En el folio 1045 del cuaderno de pruebas No. 3 y en las aclaraciones del dictamen de Gloria Zady Correa (disco del folio 248 del cuaderno de pruebas No. 14, archivo Consorcio ACR- FONADE Informe de Aclaraciones y Complementaciones, página 29), obra cotización de MANUFACTURAS INDUSTRIALES INTERNACIONALES S.A.S. del 4 de noviembre de 2014 de rejillas en acero ASTM A-36, galvanizadas por inmersión en caliente, Tipo T 30x100, portante altura 2” espesor ¼ longitud 1000mm y amarre altura ¾ espesor ¼ longitud 2000mm, a precio unitario \$992.163 (se cotizan otras de iguales altura y espesor, pero de longitud de portante 400mm y de amarre 1910mm).

En las aclaraciones y complementaciones del dictamen de Gloria Zady Correa se anotó (página 2) “En la página 17 del documento, reposa la cotización No. 140379 del 29 de junio de 2014, de Metal Grating Colombia S.A.S., en la cual cotizan las rejillas 2000x4000 a un precio de \$4.011.100” y se mencionan las otras cotizaciones, resumidas en el cuadro de la página 5:

PROVEEDOR	No. COTIZACIÓN	FECHA	REJILLAS \$ 2000 X 4000
REJINCOL- REJILLAS INDUSTRIALES DE COLOMBIA E.U.	15137	15/11/2014	4.400.000
KARMA	K-14-254	14/11/2014	803.210
MANUFACTURAS INDUSTRIALES INTERNACIONALES S.A.S.	1102	4/11/2014	992.163

b) Generalidades sobre la nulidad de los negocios jurídicos aplicables al caso concreto

Visto que se trata en el *sub iudice* de un contrato sometido al derecho privado, esto es civil y comercial, la solicitud de declaratoria de nulidad absoluta o, subsidiariamente, de nulidad relativa será analizada a partir de los códigos civil y comercial. La nulidad ha sido definida por el artículo 1670 del CCC como la falta de “alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes”. Adopta las modalidades de nulidad absoluta o relativa.

La demanda en reconvención, como se ha visto, solicita al Tribunal la declaratoria de nulidad absoluta y, en subsidio, de nulidad relativa del ítem de rejillas del contrato de obras, con fundamento en un presunto error como vicio del consentimiento en que incurrió la entidad durante el proceso precontractual.

De la regulación de esas dos clases de nulidad se ocupa el artículo 1741 del mismo código, en los términos siguientes:

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

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

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

Se distinguen estas dos clases de nulidad en el sentido de que la absoluta, de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, puede ser declarada por el juez a petición de parte, o de oficio, “cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato”,

también puede ser solicitada por terceros que tengan interés en el asunto, o por el Ministerio Público; mientras que la nulidad relativa deberá ser pedida por la parte interesada, o por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, pero no podrá ser pedida por el Ministerio Público en el solo interés de la ley, según la previsión del artículo 1743 del CCC. Así mismo, la nulidad absoluta no es saneable cuando se origina en objeto o causa ilícitos, pudiendo serlo en los demás casos, así como en las hipótesis de nulidad relativa.

La declaratoria de nulidad “da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”, en los términos del artículo 1746 del CCC.

De otro lado, respecto de los contratos, la legislación civil establece cuáles son sus elementos característicos que el artículo 1501 del CCC enuncia así:

“ARTICULO 1501. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

Y para que una persona se obligue a través de un contrato, el artículo 1502 del CCC establece:

“ARTICULO 1502. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1o.) que sea legalmente capaz. 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito. 4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”.

En ese orden, la ley establece como vicios del consentimiento el error, la fuerza y el dolo. El error puede ser de hecho o de derecho. En cuanto al error de hecho, los artículos 1510 y 1511 del CCC regulan el error sobre la especie del acto o contrato y sobre la identidad de la cosa, así:

“ARTICULO 1510. El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra.”

“ARTICULO 1511. El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante. El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte”.

De su parte, los artículos 899 y 900 del Código de Comercio establecen en materia de nulidad y anulabilidad lo siguiente:

*“**ARTÍCULO 899. NULIDAD ABSOLUTA.** Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:*

- 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;*
- 2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y*
- 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.*

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

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

Las normas precitadas sobre nulidad y anulabilidad del negocio jurídico en los códigos civil y de comercio indican que el error de hecho como vicio del consentimiento debe versar “sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra”, o cuando la calidad es el principal motivo para contratar, según el CCC, o cuando el consentimiento haya sido producto del error, según las expresiones del Código de Comercio.

c) El error dirimente como vicio del consentimiento

El error como vicio del consentimiento debe ser determinante de la celebración del acto viciado. Las legislaciones civil y comercial establecen reglas claras acerca de los requisitos de validez que deben cumplir los actos jurídicos, señalando los eventos que pueden dar lugar a la declaratoria de nulidad absoluta o relativa de un acuerdo de voluntades.

De acuerdo con las normas citadas, la nulidad absoluta se configura cuando el acto es celebrado por una persona absolutamente incapaz, o en los casos en los que el negocio jurídico se encuentra afectado por causa u objeto ilícito, o, cuando la manifestación de voluntad contraría una norma imperativa de orden público, a menos que ésta establezca una excepción. (art. 1741 C.C y art. 899 C. Co.).

Por otro lado, la nulidad relativa se materializa cuando el acto se celebra por una persona relativamente incapaz, o en el evento que haya error, fuerza o dolo, entendidos como vicios del consentimiento. (art. 1741 C.C. y art. 900 C. Co.)

El error como vicio del consentimiento se constituye en una representación falsa o inexacta de la realidad, y puede ser de derecho o de hecho.

El artículo 1509 del Código Civil dispone que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. En cambio, el error de hecho puede llegar a repercutir sobre la eficacia de los actos jurídicos sólo en las hipótesis taxativamente señaladas por el legislador.

Influido fuertemente por el derecho romano, el Código Civil regula el error dirimente de la siguiente manera:

- i) El error respecto de la naturaleza del acto jurídico, que se manifiesta cuando uno de los intervinientes en el acuerdo de voluntades declara celebrar un acto que no corresponde al que realmente se está comprometiendo, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación. (Art. 1510 Código Civil).
- ii) El error respecto de la identidad de la cosa, “como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra.” (Art. 1510 Código Civil).
- iii) El error relacionado con la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto jurídico, “como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante”. (Inciso 1º, Art. 1511 Código Civil).
- iv) El error en cuanto a las calidades accidentales de la cosa, bajo la condición que ese elemento accidental sea el principal motivo de una de las partes para contratar. (Inciso 2º, Art. 1511 Código Civil).
- v) El error acerca de la persona, bajo el entendido que la consideración de dicha persona sea la causa principal del contrato. (Art. 1512 Código Civil).
- vi) El error originado en la inexistencia de una causa real para contratar, bajo el entendido que en el ordenamiento civil “no puede haber obligación sin una causa real y lícita” (Art. 1524 Código Civil).

Vista la casuística prevista en el Código Civil, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado durante décadas que, por regla general, para que el error sea considerado dirimente y genere un vicio en el consentimiento debe ser esencial y relevante, entendido como el móvil determinante de la voluntad, de tal magnitud que sin su ocurrencia el contratante no hubiese prestado consentimiento para celebrar el acto jurídico.

Concretamente, en sentencia de febrero 28 de 1936⁵¹, la Corte indicó que el error para ser dirimente debía ser esencial y relevante: "... es siempre y solamente el error determinante, el que interesa un móvil determinante, el móvil animador y propulsor del acto jurídico. El criterio es de una exactitud manifiesta para los errores que implican inexistencia del contrato".

La providencia en cita, además, clasificó el error en tres grupos, a saber: errores-obstáculo, errores-nulidades y errores indiferentes: "... un primer grupo. **Errores destructivos del consentimiento o errores-obstáculos:** a) Error sobre la naturaleza misma de la operación (Juan cree vender tal cosa y Pedro cree tomarla en arrendamiento); b) Error concerniente a la existencia o identidad del objeto (quiero vender determinada finca cuando el comprador quiere comprar y piensa que está comprando otra finca de mi propiedad); c) Error sobre la existencia de la causa del compromiso (una persona cree que debe pagar un legado establecido por un testamento revocado). [...] En un segundo grupo. **Errores-nulidades:** a) Error sobre la substancia de la cosa; b) Error sobre la persona, cuando la consideración de ésta ha obrado como móvil determinante; c) Error sobre la eficacia de la causa como cuando Pedro suscribe un pagaré a favor de una persona creyendo estar obligado para con ella civilmente y no se trata en realidad sino de una obligación natural. **En un tercer grupo. Errores indiferentes:** a) Error sobre las calidades que ni objetiva ni subjetivamente sean sustanciales; b) Error sobre el valor; c) Error sobre la persona cuando ese error no ha sido determinante del acto jurídico; d) Error sobre los motivos; e) **Errores puramente materiales como los de cálculo.** La anterior - que es la clasificación de Josserand- coincide en sus líneas generales con las presentadas por casi todos los autores contemporáneos, aunque la mayor parte de éstos no incluye en el segundo grupo el error sobre la eficacia de la causa y algunos

⁵¹ COLOMBIA.CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil, sentencia de febrero 28 de 1936, M. P. Eduardo Zuleta Ángel. Providencia Citada en "El error como vicio del "consentimiento" frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato". <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3194/3440>

le agregan al primer grupo el error en la declaración de la voluntad."⁵² (Subrayado y negrillas fuera de texto)

La misma providencia aclaró que para que el error sea considerado vicio del consentimiento, la representación falsa o inexacta de la realidad debe ser compartida por ambas partes, por lo que no se debe tratar de un error unilateral. Adicionalmente, se indicó que el error debía ser inexcusable, bajo el entendido que el vicio de la voluntad no podía originarse en una conducta negligente.

"Solamente Planiol, Ripert y Esmein prescinden de esa clasificación y se limitan a proponer como regla general la siguiente, que, por lo demás, coincide con la concepción en que se inspira dicha clasificación: 'Todo error, cualquiera que haya determinado el consentimiento y que sea de tal naturaleza que, sin él la parte no hubiera contratado, es susceptible de acarrear la nulidad', siempre que no sea unilateral y que no sea inexcusable"⁵³.

De manera complementaria a lo señalado, en sentencia de junio 28 de 1960, la Corte indicó que la aplicación de la figura del error dirimente se debe realizar salvaguardando los principios permanentes de justicia y equidad, sin desmedro de la confianza general que exige buena fe, la seguridad y firmeza en el plano donde la contratación se sustenta y desenvuelve en beneficio público:

"... en estas circunstancias no es posible amparar con arreglo a la razón, la buena fe y la equidad natural la eficacia plena del consentimiento, que alcanzó a formarse sin duda, pero solo por consecuencia inmediata de error dirimente en el campo objetivo, y de entidad tan considerable que ante la evidencia de los hechos descubre el desequilibrio básico de la negociación. Viene a ser del mismo modo anulable el contrato si el vicio incide, no ya en abstracto para la sustancia de las cosas, sino en concreto para la que es materia de cierta convención, cuando el error acerca de otra cualquiera calidad del objeto es

⁵² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 28 de febrero de 1936, precitada

⁵³ Ibidem.

subjetivamente para una de las partes la causa impulsiva de la contratación, 'y este motivo ha sido conocido de la otra parte.' (2º, 1511) Se trata entonces ciertamente de características extrínsecas, pero de importancia relativa tan profunda que sin ellas el acuerdo de voluntades no se habría formado, o por lo menos se habría producido en términos muy diferentes. Los dictados de la equidad en casos tales deben permitir la rescisión del contrato. [...]. Por ello, el vicio de la voluntad por error en la dinámica contractual puede asumir manifestaciones intermedias dentro de aquellos patrones generales y abstractos, y la tarea judicial puede hallarse a menudo en la necesidad de inquirir y resolver si efectivamente el error que se invoca tiene trascendencia capaz de impedir el nacimiento de vinculaciones jurídicas o de disolverlas si llegaron a enlazarse. Su criterio no habrá de ser distinto del que fluye de la finalidad perseguida por el legislador en salvaguarda de los principios permanentes de justicia y equidad, sin desmedro de la confianza general que exige buena fe, seguridad y firmeza en el plano donde la contratación se sustenta y desenvuelve en beneficio público"⁵⁴.

En tiempos más recientes, la Corte Suprema ha reiterado los anteriores criterios de la siguiente manera:

“En criterio de la jurisprudencia, en el caso de error sobre la especie del acto o contrato, o respecto de la identidad del objeto, se produce el desconocimiento de aquel por vicio del consentimiento, porque se parte de la base de que «el contratante no habría contratado ni se hubiera equivocado sobre la naturaleza del contrato o la identidad del objeto y porque considera que esa equivocación neutralizó su voluntad, la cual no pudo, por ello mismo, crear un acto jurídico válido» (CSJ SC, 28 Feb 1936, G.J. t, XLIII, 534).

⁵⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de junio de 1960, M. P. José Hernández Arbeláez. Providencia Citada en “El error como vicio del "consentimiento" frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato”.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3194/3440>

“No se trata de cualquier yerro, sino de aquél que se convierte en el móvil determinante de la voluntad y se le conoce como «esencial», el cual afecta la validez del contrato o del acto y conduce a su anulación.

“Cuando se trata de un error obstáculo o determinante como el que recae sobre las calidades sustanciales de la cosa o la identidad de la misma -que es el que interesa para resolver la cuestión planteada en el recurso- pues, por vía de ejemplo, se vende un determinado objeto y el comprador entendió comprar otro, las voluntades de los contratantes no confluyen, lo que puede ocurrir, como ya se dijo, con independencia de que el error no haya sido provocado por el otro contratante (rectius dolo) sino que se haya presentado de manera espontánea”⁵⁵.

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que los vicios del consentimiento que pueden afectar las declaraciones de la voluntad no se presumen, sino que deben acreditarse plenamente dentro del proceso judicial⁵⁶.

d) La nulidad alegada por la convocada: el precio de las rejillas

La convocada solicita al tribunal en su demanda de reconvención que declare la nulidad absoluta del ítem 9.3.1 sobre precio de las rejillas en acero o, subsidiariamente, que declare la nulidad relativa del mismo ítem, y en una u otra hipótesis que condene al contratista al pago de las indemnizaciones del caso.

FONADE considera que hubo error de parte de la administración cuando en la oferta pública ofreció a los participantes en el proceso un valor determinado por rejilla que

⁵⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Civil. Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez. Sentencia de fecha 27 de agosto de 2015. Rad. 11001-31-03-036-2006-00119-01. (SC11331-2015).

⁵⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral, Sentencia SL132022015 (47028), Sep. 09/15. En <https://www.ambitojuridico.com/noticias/laboral/civil-y-familia/explican-reglas-procesales-sobre-vicios-de-consentimiento-que>

ahora considera excesivo, ampliamente por fuera de mercado, desfavoreciendo los intereses de la entidad. En efecto, en la Oferta Pública OPC-013-2013, en el aparte Acabados Sótanos, dice:

- 1 APU Rejilla en acero 2000 x 4000, m2, cantidad 31, valor unitario \$3'245.099.oo, valor total parcial 100.598.069.
- 2 APU Rejilla en acero 400 x 1910, m2, cantidad 32, valor unitario \$724.714.oo, valor total parcial \$ 23'190.848⁵⁷.

Con fundamento en lo anterior solicita, a título principal, la declaratoria de nulidad absoluta por considerar que la diferencia de precios atenta contra la moral administrativa y el patrimonio público.

e) El detrimento patrimonial y la moralidad administrativa como causal de nulidad absoluta del contrato

Dejando de lado el estudio del error dirimente para continuar su análisis más adelante, el tribunal examinará ahora la pretensión de la parte convocada que considera que el precio del ítem cuestionado de adquisición de las rejillas metálicas rebasa ampliamente los precios de mercado, razón por la cual dicho ítem quedó afectado de nulidad absoluta por atentar contra la moralidad administrativa y constituir un detrimento patrimonial. Se examinará, en consecuencia, el punto y su incidencia en la validez del contrato.

La noción de moralidad administrativa reviste una naturaleza jurídica dual en la Constitución Política. De una parte, funge como principio de la función administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 209 de la Constitución, en concordancia con el artículo 3º de la Ley 489 de 1998; mientras que en otra dimensión reviste la

⁵⁷ OFERTA PUBLICA OPC-013-2013, Anexo 01 – Documentos de Estudios Previos, Marzo 2013, página 16

naturaleza de un derecho colectivo, según lo dispuesto en el literal b) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998⁵⁸.

Como principio de la función administrativa, “orienta la producción normativa infra-constitucional e infra-legal a la vez que se configura como precepto interpretativo de obligatoria referencia para el operador jurídico; y como derecho o interés colectivo, alcanza una connotación subjetiva, toda vez que crea expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas a través de la acción popular”⁵⁹.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la noción de moralidad prevista en el artículo 209 de la Constitución Política hace referencia a “un adecuado comportamiento del servidor público respecto de las formalidades y finalidades que se derivan del principio en relación con el bloque de legalidad”⁶⁰.

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado en desarrollo de acciones populares ha indicado reiteradamente que la moralidad administrativa como derecho colectivo implica, entre otras conductas, el manejo de los recursos públicos con transparencia y pulcritud, sin que se generen sobrecostos o irregularidades⁶¹.

La línea jurisprudencial arriba señalada se originó en el hecho de que el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, a la hora de regular el incentivo de las acciones populares, traía a manera de ejemplo, como una violación a la moralidad administrativa la existencia de sobrecostos u otras irregularidades en contratos estatales.

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de fecha 8 de junio de 2011, Consejero Ponente Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP).

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 643 de fecha 23 de agosto de 2012. Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Cita a Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo - Tomo II. Universidad Externado de Colombia, 1998. 3ª Ed. Pág.102.

⁶¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta, sentencia del 9 de febrero de 2001, C. P. Delio Gómez Leyva, Expediente AP-054.

La norma indicaba lo siguiente:

“ARTÍCULO 40. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.

*Para los fines de este artículo y **cuando se trate de sobrecostos** o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.” (subrayado fuera de texto).*

Puede apreciarse en esa decisión que la existencia de sobrecostos en un contrato estatal fue establecida por el legislador como una vulneración a la moralidad administrativa, entendida como derecho colectivo.

Si bien es cierto que el artículo 40 de la Ley 472 de 1998 fue derogado, al haber desaparecido la figura del incentivo en materia de acciones populares, el criterio trazado por el legislador subsiste en la jurisprudencia contencioso administrativa, en cuanto que el detrimento del patrimonio público atenta contra la moralidad administrativa y es controlable a través de las acciones populares.

Aceptado el hecho que la generación de sobrecostos podría vulnerar la moralidad administrativa, entendida como derecho colectivo y no como principio de la función administrativa, queda por expresar que el Tribunal de arbitramento no gozaría de competencia legal para amparar la moralidad como derecho colectivo, al no ser un derecho transigible, y al estar reservada dicha competencia exclusivamente a los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en los términos señalados en los artículos 15 y 16 de la Ley 472 de 1998, dentro de los límites previstos en el artículo 144 del CPACA, que le permite al juez popular restituir las cosas al estado anterior.

Desde otro ángulo del análisis, el agente del ministerio público expresa en su concepto que, respecto de que se hubiera incorporado un valor unitario respecto de

las rejillas metálicas que no correspondía al real, es del criterio de que la demanda de nulidad de un contrato o de una de sus cláusulas es posible en cuanto se configure alguna de las causales y que al formularla debe cumplirse una carga mínima que permita orientar la actividad de la parte afectada así como la del juez. Agrega que en la demanda de reconvención "... no se precisa qué vicio de nulidad ... se configura con esa incorrección y tal circunstancia sería suficiente para abstenerse de proveer sobre las pretensiones de nulidad que se presentan"⁶².

En consecuencia, en lo que se refiere a la solicitada nulidad absoluta con base en el argumento de que el ítem controvertido atenta contra la moralidad administrativa, a pesar de la solicitud del agente del ministerio público de abstenerse de proveer sobre ella, el Tribunal la declarará impróspera.

f) La buena fe y el valor de las rejillas. Sobre la conducta del contratista, que la demanda de reconvención califica de mala fe.

En torno de esta causal invocada por la parte convocada en la demanda de reconvención, y con el fin de desentrañar la endilgada conducta de mala fe a la parte convocante es pertinente hacer las siguientes consideraciones:

Como se ha establecido la entidad estatal, empresa industrial y comercial del Estado de carácter o naturaleza financiera, en el proceso de convocatoria y concretamente en la formulación de la invitación para contratar incurrió en un error de cálculo al estimar la cantidad necesaria del material de rejilla y en la asignación del valor unitario que debían tener en cuenta los proponentes.

El contratista al contestar la demanda de reconvención expresa que ante el plazo tan breve para el análisis en fase cero (quince -15- días) para formular modificaciones y correcciones- debió optar por escoger los hitos y cantidades del contrato y no hubo

⁶² Ver Concepto del Ministerio Público, página 19

ocasión de detenerse en ítems como el de las rejillas que frente al valor total del contrato resultaba muy poco significativo.

La entidad Convocada señala que, dada la condición técnica de la contratista, ésta ha debido darse cuenta del error y no lo hizo y si lo hizo se aprovechó de él incurriendo en una conducta de mala fe contractual.

Expresa así la demandada en su condición de actora en reconvención:

“En este sentido, se debe declarar la nulidad absoluta o en su defecto relativa del ÍTEM 9.3.1 sobre rejilla en acero 2000X4000 contenido en los términos de referencia que hacen parte del Contrato, dado que la inexactitud con ocasión a un error en el cálculo en los estudios previos y en el formulario adjunto a la Reglas de Participación, la cual fue replicada conscientemente y de mala fe por el Consorcio en su propuesta económica (APU del ítem y análisis unitario), así como en la Fase O de ejecución del contrato, desconociendo de manera grave el ordenamiento constitucional y legal, así como pretendiendo unos sobrecostos para el Estado de aproximadamente un 333% del ítem sobre los precios del mercado, con el consecuente detrimento patrimonial público.

En efecto, de acuerdo al artículo 209 constitucional, aplicable a la actividad contractual de FONADE y por supuesto a sus oferentes y contratistas, ordena aplicar los principios de moralidad, eficacia y economía en las actuaciones administrativas que estos lleven a cabo. A su turno, el artículo 267 Constitucional que consagra entre los principios de la gestión fiscal, la eficiencia, la economía, y la equidad.

El artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 que ordena aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal a FONADE, pese a no estar sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

La Ley 472 de 1998 en su artículo 4 que contempla la defensa del patrimonio público como un derecho colectivo que además goza de especial salvaguarda constitucional (artículo 88 artículo 88 de la Constitución).

La Ley 610 del 2000, el artículo 6 definió el daño patrimonial del Estado de la siguiente manera: " (...) la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado (...)." Dicho daño puede ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público".

(...)

"Efectuadas las comparaciones entre los valores del ítem presentado en la propuesta y el valor comercial concluido por el área de Estudios Previos, el valor superior correspondería a \$877.909.752,72 para el ítem 9.3.1, como se explicó en el acápite de los hechos, por lo que cancelar la suma exigida por el Consorcio implicaría la vulneración de las normas de orden públicos citadas, que se contraerían en un detrimento patrimonial significativo.

A lo anterior, se suma la inexactitud en la cantidad de m² requeridos, dado que el Consorcio propuso 31 m², cuando su condición, de experto en contratación de obras, y tal como se expuso en la contestación de la demanda inicial, le permitía saber que las cantidades del ítem de rejillas se requerirían en 312 m² de manera que se pudiera cumplir con el propósito de su instalación en las placas de entepiso y facilitar la ventilación e iluminación natural en los sótanos de parqueadero en las unidades constructivas 1 y 2, por cada nivel de parqueadero. Adicional y posteriormente, de manera ventajosa y reprochable, el Consorcio se abstuvo de alertar la anterior situación en la Fase O ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN, siendo esta, otra oportunidad para pronunciarse era en ese momento su obligación contractual.

Se debe tener en cuenta la actitud ventajosa del Consorcio en las etapas precontractual y contractual, dado el especial cuidado que amerita la disposición de recursos públicos, resultando improcedente la exigencia de un pago de un

ítem contractual totalmente desfasado respecto de los precios del mercado, pues lo contrario implicaría desconocer los artículos 209 y 267 constitucional, artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, artículo 4 de la Ley 472 de 1998, y el artículo 6 de la Ley 610 del 2000”.

Al respecto es necesario precisar, como surge del acervo probatorio, que la formulación tanto de valor unitario como de la cantidad fue efectuada por la entidad estatal contratante, ab initio, con base en el estudio previo efectuado por FONADE, entidad escogida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, habida cuenta de su especialidad, dada su función misional precisamente y además con la asesoría de una firma o empresa especializada.

Si bien es cierto que en el caso sometido a la decisión de este Tribunal, las partes, en armonía con el régimen que corresponde a contratos celebrados por una entidad estatal de carácter financiero, han entendido someter el acuerdo al derecho privado, es también cierto, como lo señala la entidad estatal en sus alegaciones dentro del proceso, que ésta no puede sustraerse a los imperativos públicos ni a la naturaleza pública de los recursos y bienes a su cargo. Y ello se evidencia en las reglas que en ejercicio de la autonomía legal reconocida, ha adoptado la entidad estatal para la escogencia del contratista particular. Si bien no se está en ámbito de una licitación pública, en sentido estricto, si se trata de un proceso selectivo de entidad pública para celebrar y contratar una realización - obra- en la que está implicado, de manera directa, un interés público, propio del Estado y de las actividades atribuidas a las entidades públicas, estatales.

Vale aquí recordar lo que respecto de la selección de los contratistas del Estado tiene señalado el Consejo de Estado de tiempo atrás:

“Advierte la Sala que en los procesos de selección contractual, por regla general, el presupuesto oficial o valor estimado del contrato debe ser público, corresponder al estudio de mercado y ser equivalente a la disponibilidad presupuestal, según se desprende de las siguientes reflexiones:

6.1. Ha señalado el Consejo de Estado que en virtud del principio de planeación en la etapa precontractual o de diseño del proceso de selección las entidades

oficiales están obligadas a respetar y honrar tal principio que implica cumplimiento de deberes de diligencia, cuidado, eficiencia y responsabilidad por los agentes públicos en el manejo de dineros y recursos del erario destinados a la satisfacción del interés general, so pena de que se comprometa la validez y legalidad de la actuación contractual y del futuro contrato a celebrar.

*Así, en el ejercicio del deber de planeación del contrato, la Administración está obligada a establecer el valor estimado del objeto a contratar, con el propósito no sólo de contar con las partidas presupuestales correspondientes que lo respalden, sino de evitar que se presenten defraudaciones, sobreprecios o sobrecostos que perjudiquen el erario, o de pagar menos de lo que realmente valen en detrimento económico de los contratistas; bien ha dicho esta Sección que "...la contratación administrativa no es, ni puede ser una aventura, ni un procedimiento emanado de un poder discrecional, sino que por el contrario es un procedimiento reglado en cuanto a su planeación, proyección, ejecución e interventoría, orientado a impedir el despilfarro de los dineros públicos..."*⁶³.

Además, no puede desconocerse que en los contratos en que se pacta, como fue el caso presente o en estudio, la fórmula de precios unitarios fijos para la determinación del valor final del contrato, las cantidades pueden oscilar durante la ejecución en función de los requerimientos constructivos. Y en el caso en análisis resulta muy claro que ante las fallas en los diseños realizados y proporcionados por la entidad estatal, el contratista hubo de asumir labores de rediseño que lo llevaron a replantear cantidades en muchos de los ítem inicialmente previstos, tanto en más como en menos. Eso parece haber sido lo ocurrido en el ítem de rejillas pues se conservó el precio inicial y se cambiaron las cantidades en función de los requerimientos del rediseño.

Ahora bien, en la valoración que debe hacerse al respecto es necesario tener en cuenta que la mala fe, dentro del contrato, debe probarse y que para ello no basta la

⁶³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de abril 27 de 2011, M. P. Ruth Stella Correa.

afirmación que haga el interesado, sino la necesidad de comprobación objetiva de la misma pues tampoco se trata de validar la conducta ventajosa de una de las partes.

Ha de establecerse cómo ha sido la conducta del contratista a quien se atribuye el actuar mala fe, que en materia contractual debe tener como referente no la conducta culposa y menos la conducta dolosa, sino la conducta que no corresponda a la buena fe contractual, que por imperativo se ha de presumir en el actuar de quienes participan en la relación contractual.

Como tiene señalado la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás: "...una norma de organización ética universal punto de partida de los ordenamientos positivos, manda que no se juzgue de los actos humanos sino partiendo de un principio de rectitud, ya que de otro modo no podría imprimirse orden a la vida de los hombres en sociedad, [...] por una parte, la magnitud de la presunción que de tal modo preside las relaciones jurídicas, por otra, que el desvirtuarla no compete a la ley sino al hombre, y en fin, que esta tarea requiere una demostración suficiente de mala fe que aniquile la presunción, pues no puede con pruebas a medias destruirse esa base social de trascendente finalidad". "La mala fe debe resultar, por tanto de hechos a los cuales la ley ha asignado, unas veces, el papel probatorio de tal estado, o del juez, en las más, reconocer con base en hechos inequívocos que a su juicio son contrarios a la buena fe propuesta por la ley [...]". Sentencia de Casación Civil de 8 de octubre de 1947 (G. J.LXIII, No. 2053 -2054, página 49, reiterada en casación civil de 18 de octubre de 1949 (G.J. N° 2077-2078, p. 631) ambas con ponencia del magistrado Hernán Salamanca⁶⁴.

En consecuencia, el Tribunal declarará impróspera la pretensión de nulidad absoluta con base en el argumento de que el ítem controvertido atenta contra la moralidad administrativa, el patrimonio público y el principio de la buena fe.

g) La nulidad relativa con fundamento en la diferencia de precio

⁶⁴ VALLEJO Felipe, La buena fe y el principio venire contra factum proprium non valet, en Sociedad, Estado y Derecho, editorial Universidad del Rosario, 2014, página 19.

Se subraya de entrada que, de acuerdo con la jurisprudencia de la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia, precitada, el error sobre el valor es calificado como error “indiferente” así como los errores puramente materiales como los de cálculo.

Visto el alcance fijado por la ley y la jurisprudencia al error dirimente, en el caso en estudio se observa que el error alegado no constituye vicio del consentimiento, porque se trata de un error-indiferente sobre un elemento accidental del acuerdo de voluntades, respecto del cual no se allegó prueba que fuera la causa determinante del acto jurídico. Así mismo, no fue un error de las dos partes contratantes, pues el contratista siempre estuvo consciente del valor de las rejillas al punto que propuso un valor inferior al que ofertó la entidad en el proceso. Así mismo, la entidad fue negligente al no verificar el precio de las rejillas en el mercado, amén de que el precio contratado se mantuvo dentro de los límites fijados en el dictamen pericial que se practicó para tal efecto. En consecuencia, el tribunal negará esta pretensión de la demanda de reconvención, no decretando la nulidad del ÍTEM 9.3.1. del Contrato.

El Tribunal considera, en cuanto a la pretensión subsidiaria de anulabilidad o nulidad relativa, que el error invocado, a la luz de lo analizado en apartes anteriores, no tiene el carácter de dirimente y en consecuencia no vicia el consentimiento que las partes dieron al momento de celebrar el contrato. Así se desprende del porcentaje que el valor de las rejillas representa frente al valor total del contrato, que es menor al uno por ciento (1%). En este aspecto, el Tribunal comparte el concepto del agente del ministerio público cuando afirma: “... si se considerara que lo que existe en el caso es un vicio general del consentimiento por error, debe tenerse en cuenta que éstos se configuran cuando el error tiene la suficiente entidad para afectar el objeto del contrato de cara a sus elementos de existencia y de la esencia, lo que en modo alguno ocurriría con el error en los precios en que incurrió la entidad contratista”⁶⁵.

⁶⁵ Ver Concepto del Ministerio Público, página 19

El valor formulado por el Consorcio debe tomarse en el conjunto de los valores o valor global de la obra contratada y no de uno solo de los ítems, en el bien entendido, como también se analizó, que ese valor individualmente considerado estaba comprendido dentro del valor determinado por FONADE al elaborar su propuesta de contrato y que era apenas un componente para establecer el precio total de la obra. Así lo postuló y así lo utilizó. Y a partir de esa formulación, los proponentes, se reitera, formularon sus ofertas, no siendo la del Consorcio contratista la más elevada y sin que haya superado la señalada por FONADE en el presupuesto oficial. La propuesta de ACR CONTEIN no superó la formulación oficial en este ítem. Igualmente, en su conjunto, la propuesta económica de ACR CONTEIN fue la acogida por ser la que acertó la media aritmética señalada por FONADE.

h) La prescripción o caducidad de la acción

Conforme al artículo 900 del código de comercio, la situación que fundamenta la solicitud de nulidad absoluta no encuadra en las hipótesis de dicho artículo de nulidad absoluta sino en las de anulabilidad o de nulidad relativa. El artículo prescribe que será anulable el negocio jurídico celebrado por error.

La norma precitada establece un término de prescripción de dos (2) años para los casos de anulabilidad, “contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo”. Esos casos son referidos, de acuerdo con el mismo artículo, entre otros, al negocio jurídico “... que haya sido consentido por error, fuerza o dolo”, conceptos que se definen de acuerdo a lo dispuesto en la materia por el Código Civil.

El inciso segundo del precitado artículo 900 dice, refiriéndose a la anulabilidad, que **la acción** en esa situación podrá ser ejercitada por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y **prescribirá** en el término de dos años. El artículo utiliza el concepto de prescripción de manera no técnica al referirlo a la acción que, como es sabido, se rige por el concepto de caducidad, en cuanto al término dentro del cual la acción debe ser instaurada.

De otra parte, sin entrar en el debate de las diferencias entre prescripción y caducidad, el artículo 141 del CPACA al regular el medio de control de controversias contractuales prescribe que “Cualquiera de las partes de un contrato del Estado

podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad...”. Dicha nulidad, de acuerdo con el inciso 2º del literal j) del numeral 1 del artículo 164 de la misma codificación, es de dos (2) años, pues la norma establece que “Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras éste se encuentre vigente”.

En el asunto *sub iúdice*, el contrato entre ACR CONTEIN y FONADE está sometido al derecho privado y no se rige, en términos generales, por la Ley 80 de 1993. Fue suscrito el **23 de mayo de 2013**, perfeccionándose en la fecha al no haber sido suspendido o anulado y la demanda de reconvención inicial, en donde se solicitó la declaratoria de su nulidad absoluta y subsidiariamente la de nulidad relativa, fue presentada el **26 de enero de 2017**, y su reforma, el **25 de enero de 2018**. Se desprende de esas dos fechas que la acción para solicitar al juez del contrato la declaratoria de nulidad relativa o la de anulabilidad del ítem 9.3.1 del contrato había caducado, o prescrito en los términos del código de comercio, desde mayo 23 de 2015, con mayor razón para el momento en que fue presentada la demanda de reconvención. En consecuencia, el tribunal se declarará inhibido para pronunciarse sobre la pretensión de nulidad relativa.

En resumen, las circunstancias invocadas como fundamento de la solicitud de nulidad absoluta no encuadran dentro de las causales previstas en la ley, ni tampoco constituyen un error dirimente que vicie de nulidad el consentimiento manifestado en el contrato, de una parte, y, de otra parte, la entidad instauró la pretensión de nulidad relativa por fuera de término previsto por la ley. Además, la voluntad de las partes fue la de adquirir las rejillas a un determinado precio. Por lo tanto, la pretensión de nulidad absoluta será negada en su momento y frente a la solicitud de nulidad relativa el Tribunal se declarará inhibido.

i) Resolución de las pretensiones declarativas y de condena formuladas en la demanda principal en relación con el ítem 9.3.1.

Procede ahora el Tribunal a estudiar y resolver sobre las pretensiones de la parte Convocante en su demanda.

De antemano, el Tribunal debe reiterar que quienes participaron en el proceso contractual ostentan especial idoneidad frente al objeto del mismo. En efecto, FONADE, como ya se señaló, es entidad estatal que en desarrollo de su misión institucional se ocupa de encargos como el asumido mediante el contrato interadministrativo celebrado con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y estuvo debidamente asesorada por un consultor externo, para la formulación de los documentos integrantes del contrato ulteriormente celebrado con ARC CONTEIN, consorcio integrado por compañías dedicadas a las actividades relativas, precisamente, al objeto del Contrato de Obra No. 2131744.

Este Tribunal Arbitral debe también hacer énfasis en que, precisamente, la modalidad escogida en el presente caso, de precios unitarios fijos sin reajuste, implica que tanto la entidad estatal, al preparar y efectuar la convocatoria para contratar, en las reglas de participación, como el proponente o proponentes al postular y presentar su propuesta de contrato, deben tener en cuenta no solo los valores de adquisición de los materiales en el mercado sino todos los componentes del precio unitario, es decir, además del precio del mercado, que puede no ser uniforme según la calidad y características del insumo, los componentes de administración y la utilidad que está llamado a reportar al contratista, así como los demás recargos pertinentes, habida cuenta de que se trata de un contrato de obra y no de un mero suministro de materiales, en donde la consideración de las calidades del artífice de la obra es relevante para la determinación del precio.

Es que el precio unitario, se reitera, no refleja solo el precio de adquisición del material en el mercado sino su utilización como elemento constructivo con la funcionalidad necesaria dentro del proyecto constructivo y por eso debe incluir otros factores como los enunciados en la cláusula contractual.

Como se expresa en el texto contractual (Cláusula Tercera. Parágrafo Tercero), "Para la ejecución de la Etapa 1 y para el suministro, instalaciones de seguridad y control del presente contrato, se pacta por el sistema de precios unitarios fijos (valor por unidad de recurso, obra, trabajo, servicio o bien, el cual remunera la totalidad de las actividades y/o suministros que sean necesarios para la ejecución de su objeto, de conformidad con lo pactado), sin fórmula de reajuste, en consecuencia, el valor

real del contrato será la suma de los resultados que se obtengan al multiplicar las cantidades ejecutadas y/o entregadas a satisfacción de FONADE por los valores o precios unitarios pactados por para el respectivo ítem. Cada precio unitario comprende todos los costos directos e indirectos derivados de la ejecución de la respectiva actividad y/o suministro que hacen parte del objeto del contrato. Incluye entre otros los gastos de administración, salarios y prestaciones sociales del personal, incrementos salariales y prestaciones, desplazamiento, transporte, alojamiento y alimentación del equipo de trabajo, del contratista, honorarios, asesorías en actividades objeto del contrato, computadores, licencias de utilización del software, impuestos a cargo del contratista, transporte, garantías y bodegaje de equipos y materiales, las deducciones a que haya lugar y en general todo costo en que incurra el contratista para la ejecución de cada una de las actividades o suministros objeto de este contrato, por lo cual incluye el AIU” (Clausula Tercera. Parágrafo Tercero).

Por lo demás, para el Tribunal, teniendo en cuenta las características que surgen de las propias disposiciones contractuales, es claro que los ítems en torno de los cuales se configuran los precios unitarios no son en sí mismos acuerdos separados sino elementos integrantes del acuerdo contractual, instrumentos para la determinación del precio y la forma de pago del contrato celebrado.

En virtud del contrato bilateral, como tiene señalado la jurisprudencia, “cada una de las partes se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa inmediatamente, al vencerse un plazo o al ocurrir alguna condición, de conformidad con los términos de la estipulación (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil). Por él cada contratante acude a prestar su consentimiento en la confianza en que la otra ejecutará las obligaciones recíprocas acordadas al tenor del contrato y en el tiempo debido. Empero, sucede que en ocasiones una de las partes se sustrae del compromiso y no satisface su obligación para con el otro al tiempo de su pago, incurriendo en un incumplimiento, vicisitud que se traduce en una obligación frustrada por obra de uno de los sujetos del vínculo y que por tal motivo es sancionada por el ordenamiento jurídico. (...) En efecto, el contrato, como expresión nítida que es de la *autonomía de la voluntad*, se rige por el principio “*lex contractus, pacta sunt servanda*”, consagrado positivamente en el artículo 1602 del Código Civil, por cuya inteligencia los contratos válidamente celebrados son ley

para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En perfecta consonancia, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial, lo que significa que los contratantes en miras de satisfacer la función práctica, económica y social para el cual está instituido el tipo contractual por ellas elegido, deben actuar en forma leal y honesta, conforme a las exigencias de corrección y probidad y la ética media imperante en la sociedad, y sin abuso de sus derechos” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, 22 de julio de 2009, Ra. 17552).

En ese orden de ideas, la jurisprudencia, en consonancia con las reglas constitucionales y las disposiciones legales, ha destacado los efectos de la conducta del contratante que se sustrae de los deberes y obligaciones contractuales y ha determinado los requisitos que deben observarse por el contratante que reclama la prestación por incumplimiento. Dice la misma sentencia citada: “La inobservancia o violación de estos principios, que suponen el carácter y la fuerza vinculante para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato existente y válido, como fuente de obligaciones que es (art. 1494 C.C.), con el consiguiente deber de tener en cuenta en su ejecución las exigencias éticas y de mutua confianza, hace caer en responsabilidad a la parte que comete la infracción al contenido del título obligacional. En tal caso, la ley impone el deber de reparar integralmente a la parte cumplida el daño causado, y para ello faculta a la parte agraviada o frustrada para exigir las obligaciones insatisfechas y defender los derechos que emanan del contrato en procura de satisfacer el objeto primario del mismo o, en su defecto por no ser éste posible en el tiempo (causa oportuna), su equivalente, y obtener el resarcimiento de todos los perjuicios sufridos”.

Entonces, continúa, “los efectos del incumplimiento contractual por violación a la ley del contrato concretamente consisten en que, de una parte, el deudor incumplido queda expuesto a ser compelido o constreñido judicialmente a cumplir con su objeto o su equivalente y a indemnizar los daños y perjuicios y, de otra parte, surge el derecho correlativo del perjudicado a obtener ante el juez del contrato la

realización de la prestación debida de ser ello posible o perseguir su subrogado y el resarcimiento por la lesión o perturbación a su derecho de crédito”.

Ahora bien, sigue diciendo, “existe responsabilidad contractual sólo a condición de que cualquiera de las partes deje de ejecutar por su culpa el contrato y haya causado un perjuicio al acreedor. Para que se estructure esa responsabilidad contractual por infracción a la ley del contrato, debe demostrarse: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía; (ii) que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, (iii) que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento. (...) Es importante destacar que esa carga de la prueba que pesa sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos tiene una doble dimensión, tal y como lo explicado la Sala así: “...tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala es evidente que **para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante.** En este sentido, **no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega,** pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada...” (Negrilla ajena al texto original). (...) En esas hipótesis de contratos con prestaciones correlativas, como cada parte se compromete en consideración a la prestación que la otra le promete, existiendo así una relación de interdependencia de las obligaciones recíprocas que conlleva, según enseña Scongnamiglio, que el incumplimiento de uno de los contratantes repercute sobre el sinalagma contractual, incidiendo en su funcionalidad, de manera que se autoriza [excusa o justifica] que el otro contratante se sustraiga al contrato y, por ende, a la obligación de ejecutar la prestación delante de quien se ubicó como incumplido. (...) Por eso, del artículo

1609 del C.C. antes mencionado se extrae la regla en virtud de la cual no es permitido ni admisible que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma no lo haya hecho, en tanto que sería injusto permitir o patrocinar que quien no ha cumplido las obligaciones que correlativamente asumió, pudiera reclamar del otro que tampoco ha cumplido lo acordado”.

De acuerdo con el artículo 1608 del Código Civil:

“El deudor está en mora:

1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.

La anterior norma se complementa con el artículo 1615 del mismo Código, que dispone “Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención”, comprendida dentro de la indemnización de perjuicios los intereses moratorios.

Según las anteriores premisas de orden jurídico se analizarán los hechos del caso concreto.

FONADE, en el documento Reglas de Participación de la Oferta Pública OPC-013-2013 (Cuaderno de pruebas No. 2, folios 87 y ss.), siguiendo el Manual de Actividad Precontractual, Contractual y Poscontractual de Derecho Privado de FONADE, estableció las reglas para la contratación de la ejecución por parte del contratista de la obra de restauración de Casas de Santa Bárbara y Construcción edificio Archivo

del Ministerio de Hacienda y Crédito Público Bogotá D.C., en el marco, igualmente, del Convenio interadministrativo que había celebrado FONADE con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Y en el documento de Estudios Previos que hizo parte de la oferta pública preparada por FONADE, el valor unitario del ítem 9.3.1. presupuestado por la entidad contratante fue \$3.245.099 por m². (folio 9 -reverso- del Cuaderno de Pruebas No. 2), y para una cantidad de 31. Mts².

Con fundamento en ese presupuesto oficial el consorcio ACR CONTEIN formuló su oferta de un valor unitario de \$3.167.216, y una cantidad total de 31 metros cuadrados.

Posteriormente a la suscripción del Contrato, el total de unidades de rejilla se aumentó, conservando el valor unitario inicialmente ofertado por el Consorcio dentro del rango propuesto inicialmente por Fonade. (Modificación No. 3, Adición No. 2, Prórroga No. 2, suscrita el 26 de agosto de 2014. Disco del folio 190 del Cuaderno de Pruebas No. 14, carpeta \Docs INCUMPLIMIENTO CONSORCIO ACR\Soportes incumplimiento\6.-26.08.14_MODIFICACION 3 -ADICION 2-PRORROGA2).

En la comunicación de 26 de febrero de 2016⁶⁶ dirigida a Juan Carlos Pardo Flórez, Gerente del convenio MHCP y FONADE y suscrita por el Ingeniero Carlos Julio Hurtado Muñoz, Director Interventoría Edificio Archivo MHCP Interventora de obra PAYC S.A., se hace un recuento de la trayectoria del ítem 9.3.1. y se expresa que una vez evaluadas las cantidades reales a construir bajo los diseños entregados por la Gerencia del Convenio MHCP-FONADE se evidenció que la cantidad de ese ítem era mayor en 219 m² para un total de 250m² y que el precio pactado era representativamente superior al valor comercial. Dice la comunicación:

“En el contrato de obra No. 2131744 del 23 de mayo de 2013, se incluyeron las especificaciones, cantidades y valores de cada una de las actividades a construir para dar cumplimiento al objeto del contrato en referencia, dentro del cual se

⁶⁶ Folio 964 del cuaderno de pruebas No. 11.

encuentra el ítem 9.3.1. REJILLA EN ACERO 2000 X 4000, con una cantidad de 31 m2 y un valor unitario [Costo Directo] de \$3.167.216 /m2.

(...)

*Ante esta situación PAYC S.A.S., como Interventoría, notificó a la Gerencia del Convenio MHCP-FONADE, mediante el comunicado **AYA-759-14/CSBA1452** adjunto en correo electrónico del día **20 de junio de 2014**, el sobrecosto que tenía ese ítem y solicitó una reunión urgente para analizar el tema conjuntamente entre Fonade, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Interventoría de Obra PAYC S.A.S., el diseñador y el Consorcio ACRCONTEIN.*

*Ante el silencio de la Gerencia del Convenio MHCP-FONADE, la Interventoría nuevamente solicitó, mediante comunicación **HUM-786-14/CSBA-1452 del 4 de julio de 2014** con radicado en Fonade **2014-430060460-2**, un pronunciamiento oficial acerca del desfase del precio unitario del ítem 9.3.1. REJILLA EN ACERO 2000 X 4000, adjuntando una cotización donde se evidenciaba que en el mercado este elemento se conseguía más económico.*

Con la presentación por parte del Consorcio ACR-CONTEIN, del corte de Obra No.13 correspondiente al mes de junio de 2014, se consideró viable autorizar el pago de solo 31 m2 del mencionado ítem 9.3.1 (cantidad y precio que corresponden a los inicialmente pactados entre Fonade y el Consorcio ACR-CONTEIN en el contrato de obra No. 2131744 del 23 de mayo de 2013). A esa fecha no se había recibido respuesta alguna por parte de la Gerencia del Convenio MHCP-FONADE sobre las solicitudes de aclaración presentadas por la interventoría en los mencionados comunicados”.

De conformidad con las expresiones de la Interventora, “ante la premura de oficializar la Adición No. 2, en agosto 26 de 2014, se incluyó, con pleno conocimiento de la Gerencia del Convenio MHCP-FONADE, la cantidad real de obra de esta actividad correspondiente a 250 m2 según el diseño definitivo. A esa fecha tampoco se había recibido respuesta oficial por parte de la Gerencia sobre las solicitudes de la interventoría”.

También se relata que después de esa Adición el constructor solicitó en sus actas de corte mensual el pago de la mayor cantidad del ítem 9.3.1. REJILLA EN ACERO 2000x 4000, y, sin embargo, la interventoría se abstuvo de autorizar el pago dado que aún no existía respuesta alguna de FONADE sobre el precio y viabilidad del pago.

Ahora bien, “el día 4 de diciembre de 2014, mediante correo electrónico, la arquitecta Isabel Rico Quiceno, entonces gerente del convenio MHCP- FONADE, solicitó dar trámite a la nueva modificación contractual: “...favor procedamos a incluir en el balance el ítem de las Rejillas para poder darle curso a la modificación contractual teniendo en cuenta que este ítem debe ser revisado por los abogados previamente para su pago”.

Continúa la comunicación:

*“Así, esta interventoría procedió a radicar el oficio **HUM-1137-14/CSBA-1452 del 5 de diciembre de 2014** de consecutivo **No.2014-430-115170-2 FONADE**, solicitando nuevamente a la Gerencia del Convenio MHCP-FONADE pronunciamiento y aclaración oficial respecto del ítem 9.3.1. REJILLA EN ACERO 2000 X 4000. 9.3.1.*

En febrero 27 de 2015 se legalizó la Adición No.3, sin aún haber recibido respuesta alguna por parte de la Gerencia del Convenio MHCP FONADE.

El Consorcio ACR-CONTEIN insistió en el cobro de las cantidades adicionales del ítem 9.3.1 en sus cortes de avance de obra, sin embargo, ante el silencio total por parte de la Gerencia del Convenio MHCP-FONADE, la interventoría se abstuvo nuevamente de autorizar el pago de dicho rubro.

*Ante esta situación el Consorcio ACR- CONTEIN, mediante oficio **C-16992015 del 12 de mayo de 2015** radicado en FONADE con el consecutivo **2015-430-036295-2**, instauró el Derecho de Petición de número **2015-430036295-2** ante la Gerencia del Convenio MHCP-FONADE, mediante el cual solicitaba el pago de la mayor cantidad de obra del ítem 9.3.1. Mediante el oficio **No. 20152200167461 de junio 24 de 2015** la Gerencia del Convenio MHCP-FONADE requirió a PAYC*

S.A.S. algunas precisiones relacionadas con el derecho de petición interpuesto por el Consorcio ACR-CONTEIN.

*La interventoría PAYC S.A.S mediante comunicación **HUM-1574-15/CSBA1452 de junio 24 de 2015** y consecutivo FONADE **No. 2015-430-050096-2**, dio respuesta punto a punto a las preguntas presentadas por la Gerencia del Convenio MHCP-FONADE, y reiteró su preocupación de no haber recibido a esa fecha respuesta a sus solicitudes relacionadas con el precio y las autorizaciones de pago del ítem 9.3.1. La Gerencia del Convenio MHCP-FONADE, mediante comunicación **20152200211251 del 17 de junio de 2015**, nuevamente solicitó información frente al derecho de petición 2015-430-036295-2 instaurado por el Consorcio ACR-CONTEIN, ante lo cual PAYC S.A.S, mediante documento **HUM-1640-15/CSBA-1452** y consecutivo FONADE **No. 2015-430059969-2 del 31 de Julio de 2015**, dio respuesta y solicitó a la Gerencia del Convenio MHCP-FONADE que se pronunciara sobre la autorización del ítem 9.3.1 —hacemos énfasis en que a esa fecha la entidad seguía sin pronunciarse en modo alguno al respecto—.*

En agosto 6 de 2015 se suscribió la Adición No.4 la cual continuó incluyendo los 250 m2 en el rubro 9.3.1. REJILLAS EN ACERO 2000 X 4000, esto sin conocerse aún la posición de la Gerencia del Convenio MHCP-FONADE.

Dado que la Gerencia del Convenio MHCP-FONADE no había dado respuesta al Consorcio ACR-CONTEIN, este continuó solicitando su pago en los diferentes cortes de obra por lo que la Interventoría manifestó en todas las ocasiones la imposibilidad de autorizar el pago sin que existiera un pronunciamiento oficial por parte de la Gerencia del Convenio MHCP-FONADE.

En diciembre 3 de 2015 se suscribió la Adición No.5 donde nuevamente se incluyó la cantidad de 250 m2 del rubro 9.3.1. A esa fecha tampoco se había dado respuesta por parte de la Gerencia del Convenio MHCP-FONADE.

*Mediante el comunicado **C-2221-2015 del 14 de diciembre de 2105** (sic) el Consorcio ACR-CONTEIN envió a la interventoría PAYC S.A.S. una copia del comunicado de consecutivo FONADE **No. 20155000356841** mediante el cual el*

Subgerente de Contratación de FONADE, José Abordan Martínez Robles, dio respuesta al Consorcio ACR-CONTEIN a sus reclamaciones económicas, entre las cuales se encontraba incluida la relacionada con el ítem 9.3.1. En este comunicado —que se entiende contiene los conceptos suministrados por los asesores jurídicos externos de la subgerencia de contratación— en relación al ítem 9.3.1. REJILLAS EN ACERO 2000 X 4000 se manifestó:

(...) "En consecuencia, debe concluirse de todo lo anterior que tratándose de un ítem sobre el cual existen sobrecostos el mismo no puede reconocerse por la entidad estatal, so pena de incurrir en responsabilidades fiscales y, eventualmente, penales y disciplinarias.

Con todo, tratándose solo de un ítem dentro de muchos otros, la nulidad debe operar exclusivamente frente a aquel en el cual se presenta el sobrecosto más no en los demás y por tanto el contrato, en su integridad no resulta afectado".

[...]

"En consecuencia, FONADE determina que no puede hacer reconocimientos al contratista relacionado con dicha reclamación y, de proceder al reconocimiento, el consecuencial negocio jurídico nacería viciado en los términos del artículo 1523 del código civil, el cual indica que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes".

Finalmente, siguiendo la comunicación de la Interventora, se puntualiza: "La Gerencia del Convenio MHCP-FONADE mediante la comunicación **20162200000301 del 06 de enero de 2016**, respondió a algunas de las aclaraciones solicitadas por PAYC S.A.S. —en un oficio previo de radicado FONADE 2015-430-094670-2 del 04 de diciembre de 2015— y remitió una copia del comunicado de consecutivo FONADE **No. 20155000356841** mediante el cual el subgerente de contratación de FONADE había negado al Consorcio ACR-CONTEIN el pago de las cantidades adicionales del ítem 9.3.1., entre otros. (...) Como se puede observar, el pronunciamiento del sobrecosto y la procedencia del pago de las cantidades adicionales del ítem 9.3.1. que fue solicitado oportuna y reiteradamente por PAYC S.A.S y que estaba a cargo de la Gerencia del Convenio MHCP-FONADE, solo vino a conocerse oficialmente

hasta el 06 de enero de 2016, es decir, un año y medio después del (sic) primera solicitud de pronunciamiento presentada por PAYC S.A.S mediante el comunicado **AYA-759-14/CSBA-1452** adjunto en correo electrónico del día **20 de junio de 2014**”.

De conformidad con la documentación aludida, que obra como prueba en el proceso, se pone de presente la conducta asumida por las partes durante la celebración y ejecución del contrato, frente a sus deberes y obligaciones mutuos y recíprocos. En ese sentido, para el Tribunal resulta, de manera manifiesta, que la entidad estatal contratante fijó inicialmente los valores a tener en cuenta por los proponentes y que con base en las propuestas presentadas escogió aquella que, según las reglas de la contratación, formuladas por la misma entidad, debía ser escogida. Igualmente, resulta claro que en los contratos adicionales, en atención a los rediseños ordenados y aceptados por la entidad estatal contratante, se estipuló la modificación de las cantidades que debían ser suministradas e instaladas del ítem 9.3.1. También aparece en el expediente que se pagó la cantidad inicialmente pactada (31 m2), en la cláusula segunda de la Modificación No. 3 Adición No. 2 y Prórroga No. 2 suscrita el 26 de agosto de 2014 se estipuló, dentro de las mayores cantidades de obra, 219 metros cuadrados adicionales del ítem 9.3.1. a \$3.167.216 por metro, para un total de \$693.620.304, es decir, se mantuvo el precio pactado en el Contrato original, y la interventoría formuló objeciones al pago. Según la interventoría, la cantidad total del ítem 9.3.1. (250 m2) continuó incluida en modificaciones contractuales posteriores.

También resulta que, a pesar de la reiterada insistencia del contratista para obtener un pronunciamiento por parte de FONADE, una respuesta sobre el particular, en el sentido negativo a los requerimientos del contratista, “solo vino a conocerse oficialmente hasta el 06 de enero de 2016”.

FONADE, en consecuencia, no ha cumplido con su obligación contractual de pago de 219 m2 del ítem 9.3.1., cantidad demostrada de acuerdo con las aclaraciones y complementaciones del dictamen pericial de Antonio Vargas del Valle, y así se declarará en la parte resolutive del presente Laudo.

El consorcio demandante solicita al Tribunal, *“4.4.1. Que como consecuencia se ordene a FONADE el pago al CONSORCIO de las sumas correspondientes al ítem 9.3.1., de conformidad con el valor contractual acordado en la MODIFICACIÓN No. 4*

ADICIÓN No. 3 junto con los intereses de mora causados a deber desde el momento en que el pago debió haber sido realizado y la fecha en que realmente se pague”.

Para resolver, el Tribunal parte de considerar lo previsto en las Reglas de Participación de la Oferta Pública OPC-013 – 2013⁶⁷:

“4.9- Actas parciales de obra y recibo de la obra.

Las actas parciales de obra contienen la ejecución del avance de la misma en la periodicidad pactada en el contrato o diferentes al acta de recibo final de la obra.

Las actas parciales de obra y el pago de las mismas tienen un carácter provisional en lo que se refiere a la cantidad y calidad de la obra preaprobada, estas entregas no tienen el carácter de definitivo, ni certifican a satisfacción por parte del interventor, ni de FONADE la ejecución de las actividades ejecutadas por el CONTRATISTA, tan solo constituyen la prueba y respaldo del avance de las obras y de su pago; razón por la cual, el pago de las mismas por parte de FONADE, no significa el recibo definitivo a satisfacción. El interventor podrá, en actas posteriores, hacer correcciones, ampliaciones, reducciones o modificaciones a cualquiera de las actas anteriores aprobadas por él y deberá indicar el valor correspondiente a la parte o partes de los trabajos que no cumplan con las especificaciones técnicas de las obras objeto del contrato, a efecto de que FONADE se abstenga de pagarlas o compensarlas con cuentas futuras a EL CONTRATISTA hasta que el interventor dé el visto bueno”.

La ejecución de las actividades será aprobada y recibida en su totalidad en el acta de recibo de la obra, razón por la cual hasta ese momento la interventoría y/o FONADE se reservan el derecho a solicitar a EL CONTRATISTA la adecuación, ajustes o correcciones de las actividades que no se encuentren en las condiciones esperadas y contratadas para ser recibidas. Ningún documento

⁶⁷ Cuaderno de pruebas No. 2, folios 87 y ss.

que no sea el acta de recibo definitivo de la totalidad o parte de las obras, podrá considerarse como constitutivo de aprobación de las obras objeto del contrato”.

En cuanto a la forma de pago, el Contrato No. 2131744, en la Cláusula Cuarta, estipula que FONADE pagará al contratista el valor del contrato de conformidad con lo establecido en el numeral 4.8 de las reglas de participación, en la etapa 1., “Pagos parciales mensuales según avance de obra hasta por el 90% del valor de cada acta de recibo parcial de conformidad con las actas de corte mensual e informes de Obra debidamente aprobados por la Interventoría, descontando en todo caso el porcentaje de anticipo por amortizar. El saldo correspondiente al diez por ciento (10%) del valor total se pagará una vez se haya liquidado el contrato y previa suscripción del acta de recibo final de las obras a satisfacción y la entrega de los documentos señalados en la etapa de entrega de obras, señalado en el estudio previo y de acuerdo con el Manual de Interventoría de FONADE, dicha entrega será realizada a la Interventoría y a FONADE, así como de la aprobación de las garantías correspondientes, señaladas en el numeral 4.19 de las reglas de participación”.

En el Parágrafo Primero de la Cláusula Cuarta, Requisitos de pago, dispone que “Los pagos y el desembolso de recursos relacionados con el contrato quedan sometidos, además de las condiciones anteriormente previstas, al cumplimiento de los siguientes requisitos: a. Deberán ser refrendados por el Interventor en los formatos que FONADE suministre para el efecto, b. La acreditación por parte del CONTRATISTA al Interventor de que todo el personal necesario para la ejecución del contrato se encuentra afiliado a los sistemas de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales, incluso los trabajadores independientes, y que los pagos de las cotizaciones respectivas se encuentran al día, c. Se realizarán dentro de los diez (10) días calendario siguientes a las fechas de radicación de las facturas o cuentas, según sea el caso o de la fecha en que el contratista subsane las glosas que se le formulen, d. Deberá haberse producido el ingreso efectivo de los recursos del proyecto a la Tesorería de FONADE, e. Toda vez que los impuestos y retenciones que surjan por la celebración, ejecución y liquidación del contrato corren por cuenta de EL CONTRATISTA. FONADE hará las retenciones del caso y cumplirá las obligaciones fiscales que ordene la ley, f. Todos los documentos de pago deberán ser avalados por el Interventor contratado por FONADE”.

Así mismo, conforme al Parágrafo Segundo de la misma Cláusula Cuarta, “Los pagos antes relacionados quedan condicionados a la presentación de las facturas correspondientes y la certificación por parte del Interventor del cumplimiento del objeto contractual. Todos los documentos de pago deberán ser aprobados por el Interventor del contrato”.

Para el Tribunal, a la luz de los contenidos de las Reglas de Participación y del texto del Contrato, en las cláusulas transcritas, tanto las entregas de obras como los pagos que se realicen de manera periódica, no constituyen la entrega definitiva ni el pago final definitivo. Sólo cuando aquella suceda en los términos de las Reglas de Participación puede darse por cumplido tal supuesto. Por lo anterior, habida cuenta de la modalidad contractual acogida por las partes, solo la entrega final de las obras permite establecer el balance real de las prestaciones recíprocas y de la obra contratada.

En punto al cumplimiento del contrato por parte del contratista, en el componente específico del ítem 9.3.1., el dictamen técnico ordenado por este tribunal rendido por el Ingeniero Antonio Vargas del Valle, como se ha dicho, precisa que la cantidad de unidades de rejilla ejecutadas ascendió efectivamente a 250, de las cuales fueron pagadas 31, restando por pagar 219. (Aclaraciones y Complementaciones del dictamen de Antonio Vargas del Valle, folio 9).

En el Cuaderno de Pruebas No. 1 obra comunicación del 21 de octubre de 2014 (folio 336), en la cual el director de interventoría devuelve las memorias de cantidades con observaciones sobre varios ítems, entre ellos, el 9.3.1., lo mismo que la comunicación del 10 de diciembre de 2014 (folio 338). En comunicación del 17 de enero de 2015 (folio 340), se devuelven las memorias de estructura correspondientes al ítem 9.3.1. pues “Este ítem no se aprueba hasta tanto FONADE no efectúe un pronunciamiento oficial de los requerimientos hechos por la interventoría”. Lo mismo sucede en las comunicaciones del 12 de febrero de 2015 (folio 342), 11 de marzo de 2015 (folio 344) 14 de abril de 2015 (folio 346), 16 de mayo de 2015 (folio 348), 16 de junio de 2015 (folio 353), 15 de julio de 2015 (folio 358), 13 de agosto de 2015 (folio 363), 13 de septiembre de 2015 (folio 365), 13 de octubre de 2015 (folio 367) y 13 de noviembre de 2015 (folio 369).

En el folio 321 del Cuaderno de Pruebas No. 1 obra comunicación del 11 de mayo de 2015 enviada por el Consorcio a FONADE, en la cual expresó la cantidad ejecutada del ítem 9.3.1.: *“Como es de su conocimiento, desde el mes de mayo de 2014 iniciamos la ejecución del ítem contractual 9.3.1 el cual se ha avanzado en un 100% ya que de 250m2 cantidad pactada se ha ejecutado en su totalidad y solamente se han cobrado 31 m2”*. En consecuencia, pide a FONADE que *“una vez verificada su ejecución se proceda a su pago en los términos convenidos”*. FONADE se pronunció sobre esta petición a través de carta del 3 de junio de 2015⁶⁸, en la que anunció que la respuesta se daría el 3 de julio siguiente. La respuesta se postergó inicialmente hasta el 3 de agosto de 2015⁶⁹, y finalmente FONADE se pronunció a través de comunicación del 3 de diciembre de 2015⁷⁰.

El perito Antonio Vargas del Valle, en las aclaraciones y complementaciones del dictamen pericial (folio 9), señala en relación con las cantidades de obra del ítem 9.3.1.: *“De la sábana de información vemos relacionada la cantidad de 250 m2, distribuidos así: 31 m2 del contrato inicial y 219 m2 del otrosí N° 2. En el Acta 13 de junio de 2015 se cancelaron 31 m2. Finalmente, en los documentos entregados al perito no se encuentra soportada la cantidad reportada por el consorcio de 281 m2 adicionales”*. En conclusión, según el perito, queda pendiente el pago de 219 m2 del ítem 9.3.1. Rejilla en Acero 2000x4000.

La obligación de pago de las cantidades instaladas del ítem 9.3.1. surge (nace, como obligación) en el momento en que se cumple la prestación correlativa por parte del Consorcio, esto es, ejecutada la obra específica relativa a las rejillas, si bien con sujeción a lo señalado en el numeral 4.9 de las Reglas de Participación. En el caso concreto, ejecutada la obra por el contratista, nació la obligación de pago por parte

⁶⁸ Folio 350 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁶⁹ Según carta del 3 de julio de 2015, folio 355 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁷⁰ Folio 371 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

de FONADE, según los términos convenidos, entre ellos el del precio (\$3.167.216 por metro cuadrado como costo directo⁷¹).

Sin embargo, no se confunde el nacimiento de la obligación con la mora en su cumplimiento, pues este es el incumplimiento calificado, es decir, del deudor puesto en alguna de las condiciones indicadas en el artículo 1608 del Código Civil, según el cual es necesaria la reconvención judicial del deudor, excepto en los casos en que se ha estipulado el término para cumplir la obligación o no puede ser cumplida sino dentro de cierto tiempo.

En el Contrato se estipuló un trámite para los pagos al constructor, que exigía la aprobación de las actas de corte mensual y los informes de obra por parte de la interventoría (Cláusula Cuarta), la refrendación en los formatos previstos para el efecto (parágrafo primero, literal a, de la misma cláusula) y el aval por parte de la interventoría de todos los documentos de pago (literal f *ibíd.*). Cumplido lo anterior, el pago se realizaría dentro de los diez días calendario siguientes a la radicación de las facturas o cuentas, o de la fecha de subsanación de las glosas que se formularan.

La obligación de pago por parte de FONADE, entonces, no era exigible inmediatamente cumplida la prestación por el contratista, sino que se sujetó al trámite previo reseñado, incluyendo en este la posibilidad de que fueran formuladas glosas por parte de la interventoría, o no fueran aprobadas las actas de corte, los informes de obra, no se refrendaran los formatos o los documentos de pago. El sometimiento del pago efectivo a la revisión y aprobación previa por parte de la interventoría, es un prerequisite válido -así lo acordaron las partes en desarrollo de la autonomía de la voluntad, en virtud de la cual pueden autorregular sus relaciones- y, por consiguiente, a ello se sujeta, necesariamente, la constitución en mora, pues

⁷¹ De acuerdo con el documento de Estudios Previos que hace parte de la “OFERTA PÚBLICA OPC 013-2013”, los valores unitarios de cada ítem, sumados todos, constituían los costos directos (folio 59 -reverso- del cuaderno de pruebas No. 2) y a ellos se les aplica el porcentaje de AIU para establecer los costos indirectos (folio 60 *ibíd.*). El valor unitario del ítem 9.3.1. en la propuesta del Consorcio ACR CONTEIN fue \$3.167.216 (folio 324 -reverso- *ibíd.*), al cual se le debe adicionar, sumado al resto de ítems, el porcentaje de AIU, para obtener el costo indirecto (folio 361 -reverso- *ibíd.*).

no podría predicarse el incumplimiento culpable y calificado de FONADE, mientras está en desarrollo una de las situaciones previstas contractualmente que afectan la exigibilidad del pago, en concreto, el inicio de los diez días previstos para pagar la factura presentada por el constructor. Lo anterior, en todo caso, bajo el entendido de que no se presente abuso de la interventoría o FONADE en la situación contractual a través de la cual se controvierte una reclamación de pago, a través de glosas arbitrarias. Por el contrario, si se da en la práctica, como se dio en este caso, el escenario previsto contractualmente -se insiste, por voluntad de las partes- de discusión sobre uno de los ítems con base en los cuales se determina el precio de la obra, sin abuso de la facultad contractual de control del interventor, aun cuando las razones esgrimidas para prevenir el pago resulten posteriormente desvirtuadas, no se puede calificar como moratoria la falta de pago, pues estuvo amparada bajo la previsión contractual que sujeta el pago al mencionado control. La glosa, desde luego, debe ser resuelta, bien de común acuerdo entre las partes, y para ello la etapa de liquidación es el límite último, como quiera que fue estatuida, precisamente, según las Reglas de Participación, para realizar los “ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar y los acuerdos, transacciones y conciliaciones que alcancen las partes **para poner fin a las posibles divergencias presentadas** y poder declararse a paz y salvo ...”⁷² (resaltado fuera de texto) o, dado el caso, por el juez del contrato, cuya decisión otorga la certeza necesaria en relación con la prestación, pues esta antes tenía carácter discutido, se repite, según las reglas contractuales. El pronunciamiento del juez tiene carácter declarativo, en cuanto reconoce la inexistencia o, por el contrario, la existencia de la obligación desde su nacimiento, y su respectivo cumplimiento o incumplimiento, según sea el caso; pero solo a partir de la definición que hace el juez, por la certeza que solo entonces adquiere el deber de pago, si es que así es declarado, es calificado el incumplimiento del deudor y, en consecuencia, es a partir de la definición judicial que se constituye en mora.

En el caso bajo estudio, la documentación analizada (ya mencionada) da cuenta de la devolución por parte de la interventoría de memorias de cantidades en

⁷² Folios 130 y 130 -reverso- del Cuaderno de Pruebas No. 2.

comunicaciones del 21 de octubre y 10 de diciembre de 2014, así como devolución de memorias de estructura en comunicaciones fechadas entre enero y noviembre de 2015. Finalmente, en comunicación del 3 de diciembre de 2015⁷³, FONADE expresó al contratista que no podía reconocer el pago de las rejillas, siguiendo el concepto rendido por el asesor jurídico externo, en cuanto, en opinión de dicho consultor, con el pago se incurriría en responsabilidades fiscales y, eventualmente, penales y disciplinarias, y, consideró FONADE, habría objeto ilícito en el negocio jurídico.

Las facturas presentadas por el Consorcio fueron impagadas por las observaciones hechas por la interventoría, de acuerdo con las reglas contractuales, y, ante la falta de definición de común acuerdo entre las partes, se acudió al juez del contrato.

De acuerdo con los criterios expuestos ampliamente en parte precedente de este laudo, el Tribunal considera que no está viciado el contrato por razón del precio del ítem 9.3.1., de manera que, se dijo, declarará que la obligación no ha sido cumplida por parte de FONADE y, además, condenará a la entidad pública al pago, sin lugar a intereses de mora, por no configurarse dicho fenómeno, según lo expuesto.

La obligación que debe cumplir FONADE nació, según se explicó, con el cumplimiento de la prestación correlativa por parte del Consorcio, esto es, la ejecución de la obra en lo que respecta al ítem 9.3.1., a valor de \$3.167.216 por metro cuadrado (costo directo) más el costo indirecto (AIU), precio que debe ser ajustado para reconocer la depreciación de la moneda por el paso del tiempo pues, como quiera que la obligación existía desde entonces y no había sido cancelada, aun cuando no se predica mora, si se pagara hoy al mismo valor nominal se estaría en realidad cumpliendo por un valor inferior al que tiene la obligación, es decir, se estaría cumpliendo parcialmente, siendo que la obligación debe ser satisfecha plenamente. En este aspecto se sigue el principio legal reconocido en el inciso final del artículo 187 del CPACA, de conformidad con el cual “Las condenas al pago o

⁷³ Folio 371 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor”.

La Convocante aportó el dictamen elaborado por Sergio Rodríguez Messier, que liquida el “daño emergente” correspondiente al ítem 9.3.1. en \$884.056.228, bajo la consideración de haberse facturado “en diferentes fechas, 219 unidades a un precio contractual unitario de \$3.167.216)” con la siguiente metodología de cálculo: “El valor unitario del ítem 9.3.1 (A) se multiplica por el número de unidades facturadas (B). Este valor se actualiza con el IPC para cada corte de facturación (Tn) posterior a la Fecha de terminación contractual (To). A cada corte de facturación se le adiciona el componente de Administración Imprevistos y Utilidad (AIU) equivalente a un 26.97%, para determinar el valor total del daño” (páginas 10 y 11 del dictamen, folios 414 y 415 del cuaderno de pruebas No. 1 y tabla del folio 521 del Cuaderno de Pruebas No. 1). En la actualización del dictamen fechada el 31 de octubre de 2016, el perito expresó que este valor “no requiere actualización”, de manera que reiteró el mismo valor de “daño emergente”⁷⁴.

El perito expresó en su declaración en el proceso⁷⁵: “El cuarto es el incumplimiento contractual con el pago de rejillas, en esta metodología fue similar a las que se hizo con la variación de precios, es decir, no se calcularon intereses de mora por el impago, simplemente se actualizaron la variación de precios entre el momento el 30 de junio del 2014 y el momento de la facturación”.

El Tribunal descarta la metodología de cálculo aplicada por el perito, porque actualiza el valor impagado de las rejillas con el IPC entre el 30 de junio de 2014 (fecha inicial de terminación del contrato) y el momento posterior de facturación, lo cual no procede, pues antes de ser ejecutada la obra y facturada, no se debía pagar. Esto, sumado a los intereses de mora calculados por el perito, cuyo reconocimiento tampoco procede, arroja una cifra superior a la que debe reconocer FONADE.

⁷⁴ Folio 3531 del Cuaderno de Pruebas No. 9.

⁷⁵ Disco del folio 323 del Cuaderno de Pruebas No. 14, archivo Consorcio ACR vs Fonade 01 02 19 RR, Pagina 4.

Adicionalmente, las facturas inicialmente presentadas por el Consorcio fueron objeto de glosas por la interventoría, según se reseñó con anterioridad.

La cuantía estimada bajo juramento en la reforma de la demanda principal por concepto de rejillas siguió la metodología del perito, pues fue “Por el valor adeudado por el ítem 9.3.1. que a la fecha asciende a la suma de \$884.056.228,00, más los intereses moratorios que a la fecha ascienden al valor de \$428.067.206,00”. La fecha de la reforma de la demanda es el 9 de noviembre de 2016.

Las pretensiones fijan el límite de lo que debe declarar el juez, en observancia del deber de congruencia del fallo, en virtud del cual no se puede conceder más de lo pedido. Lo pedido tiene un componente de daño emergente (\$884.056.228) y otro componente de actualización por intereses moratorios a la fecha de la reforma de la demanda (\$428.067.206), que, a la vez, se compone de la actualización del dinero en el tiempo (IPC) más el interés puro. En la medida en que no hay lugar a causar intereses de mora hasta la fecha del laudo, solo se condenará al pago del componente de actualización del dinero en el tiempo (IPC).

La fecha a partir de la cual se actualizará el valor impagado de las rejillas será el 6 de agosto de 2015, en la medida en que, si bien las pruebas obrantes en el proceso dan cuenta de la facturación por parte del Consorcio anterior a esta fecha, también demuestran que hubo glosas por parte de la interventoría, no solamente en razón a la nulidad alegada por FONADE, entre ellas la formulada en carta del 10 de diciembre de 2014 en relación con el Corte de Obra No. 18⁷⁶ en la cual se devolvieron “para corrección” las memorias de cantidades de estructura, y hasta la suscripción del Reinicio No. 1 Prórroga No. 5 Modificación No. 5 y Adición No. 4 del 6 de agosto de 2015, según da cuenta la interventoría en comunicación del 26 de febrero de 2016⁷⁷, se puede deducir que se había cumplido la instalación de los 250

⁷⁶ Folio 338 del Cuaderno de Pruebas 1.

⁷⁷ Folio 969 del Cuaderno de Pruebas No. 1, en la que dice “En agosto 6 de 2015 se suscribió la Adición No.4 la cual continuó incluyendo los 250 m2 en el rubro 9.3.1. REJILLAS EN ACERO 2000 X 4000, esto sin

m2 ejecutados del ítem 9.3.1., es decir, se demuestra la aprobación de la cantidad recibida por FONADE con la refrendación en la nueva modificación contractual, refrendación posterior a los requerimientos de corrección que había hecho la interventoría, si bien seguía en discusión la nulidad de la estipulación.

El valor de las rejillas ($\$3.167.216 \times 219 = \$693.620.304$) se suma al componente de AIU contractual (Administración 16,18%, Imprevistos 5% y Utilidad 5%, total 26.18%), de donde se obtiene $\$875.210.099$, cifra que se actualiza con el IPC, sin lugar a intereses, hasta la fecha del laudo, de acuerdo con la siguiente fórmula:

Valor histórico x (Índice Final / Índice inicial) = $\$875.210.099 \times (102.12 / 85.78)^{78} = \$1.041.926.501$ a la fecha del laudo.

Los intereses de mora se causan únicamente a partir de la ejecutoria del laudo.

3.2. Pretensiones de la demanda acumulada

3.2.1. Pretensión primera

Se formuló así:

“PRIMERA. - Que se declare que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE—, incumplió el Contrato de Obra No. 2131744 de 2013 celebrado con el CONSORCIO ACR-CONTEIN, por todas aquellas causas que se prueben a lo largo del desarrollo de este trámite arbitral y en particular por las que se listan a continuación:

- 1. Por no tener FONADE a disposición del CONSORCIO ACR-CONTEIN la documentación, información y los diseños necesarios para el inicio de la*

conocerse aún la posición de la Gerencia del Convenio MHCP-FQNADE”.

⁷⁸ Fuente DANE https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/ipc/mar19/IPC_Indices.xlsx

construcción y ejecución del Contrato de Obra No. 2131744 desde la Fase 0 y durante su ejecución.

- 2. Por haber entregado FONADE al CONSORCIO ACR-CONTEIN una información que no era confiable para la localización y replanteo de los edificios y casas de restauración.*
- 3. Por haber entregado FONADE al CONSORCIO ACR-CONTEIN diseños que no eran viables para la cimentación de las unidades constructivas I y II.*
- 4. Por las indefiniciones de FONADE para solucionar las falencias de los diseños entregados para la ejecución y construcción de la obra.*
- 5. Por la inviabilidad o ausencia de los diseños eléctricos, de BMS, control y seguridad, voz y datos, aire acondicionado y control de iluminación, lo cual causó demora, reprocesos y prórrogas contractuales, que llevaron a que los ajustes realizados por el CONSORCIO ACR-CONTEIN dejaran en evidencia que era necesario la elaboración de un nuevo diseño eléctrico que contemplara de manera correcta las cargas de demanda, que se encontraban mal calculadas en diseño inicialmente entregado por FONADE.*
- 6. Por las falencias de los diseños con base en los cuales se adjudicó el Contrato de Obra No. 2131744, lo que tuvo como efecto la necesidad de que el contratista de obra adelantara una labor de rediseño en el marco del Contrato Adicional No. 2.*
- 7. Por la demora del FONADE en la legalización de los APU 's producto del ajuste y/o nuevo diseño que tuvo que ejecutar el contratista, lo que tuvo como efecto la imposibilidad jurídica de avanzar en obra por no contar con respaldo presupuestal tales actividades.*
- 8. Por la demora por parte de la entidad en la entrega al contratista del diseño de apantallamiento, el cual constituía Ruta Crítica, esto es, actividad predecesora, sin la que no era posible avanzar en actividades sucesoras”.*

- El numeral 1 prospera. Quedó probado que FONADE no tuvo a *disposición del CONSORCIO ACR-CONTEIN la documentación, información y los diseños necesarios para el inicio de la construcción y ejecución del Contrato de Obra No. 2131744 desde la Fase 0 y durante su ejecución.*
- El numeral 2 prospera. Quedó probado que FONADE entregó al CONSORCIO ACR-CONTEIN una información que no era confiable para la localización y replanteo de los edificios y casas de restauración.
- El numeral 3 prospera. Quedó probado que FONADE entregó al CONSORCIO ACR-CONTEIN diseños que no eran viables para la cimentación de las unidades constructivas I y II.
- El numeral 4 prospera. Quedó probado que FONADE incurrió en indefiniciones para solucionar las falencias de los diseños entregados para la ejecución y construcción de la obra.
- El numeral 5 prospera. Quedó probado que las falencias en los diseños eléctricos causaron demora, reprocesos y prórrogas contractuales, que llevaron a que los ajustes realizados por el CONSORCIO ACR-CONTEIN dejaran en evidencia que era necesario la elaboración de un nuevo diseño eléctrico que contemplara de manera correcta las cargas de demanda, que se encontraban mal calculadas en diseño inicialmente entregado por FONADE.
- El numeral 6 prospera. Quedó probado que por las falencias de los diseños con base en los cuales se adjudicó el Contrato de Obra No. 2131744, se tuviera que adelantar una labor de rediseño en el marco del Contrato Adicional No. 2.
- El numeral 7 prospera parcialmente. Quedó probado que existió demora del FONADE en la legalización de los APU 's producto del ajuste y/o nuevo diseño que tuvo que ejecutar el contratista. No prospera, pues no hay prueba de ello, en cuanto a que esa situación tuviera como efecto la imposibilidad jurídica de avanzar en obra por no contar con respaldo presupuestal tales actividades.

- El numeral 8. No prospera. Quedó probado pericialmente que el apantallamiento no era ruta crítica y por ende no era predecesora, motivo por el cual no impedía el avance en actividades sucesoras.

3.2.2. Pretensión segunda

Se formuló así:

“SEGUNDA.- Que como consecuencia de la prosperidad total o parcial de la pretensión declarativa anterior, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— a pagar al CONSORCIO ACR-CONTEIN y/o a las sociedades CONTEIN S.A.S. y CONSTRUCCIONES ACR SUCURSAL COLOMBIA (integrantes del CONSORCIO), el valor de los sobrecostos y/o perjuicios de todo orden padecidos por el contratista por la ocurrencia de hechos o circunstancias que no le son imputables, atribuibles principalmente al incumplimiento del FONADE, según se probará a lo largo del presente trámite, y que generaron una excesiva onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, y por no haber podido, entre otras cosas, ejecutar el contrato en los términos inicialmente previstos, tales sobrecostos y/o perjuicios tienen que ver principalmente, sin que implique renuncia a que se reconozcan y paguen todos aquellos perjuicios que resulten probados en el proceso, con mayores costos administrativos derivados de la mayor permanencia en obra, por valor de \$5.220.901.296”.

No prospera la pretensión segunda. No quedó probada la “mayor permanencia en obra”. Tampoco quedó probado que los sobrecostos o perjuicios reclamados tuvieran origen en los hechos de los cuales se acusa a FONADE.

3.2.3. Pretensión tercera

Se formuló así:

“TERCERA. - Que se ordene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE devolver al CONSORCIO ACR-CONTEIN y/o a las sociedades CONTEIN S.A.S. y CONSTRUCCIONES ACR SUCURSAL COLOMBIA (integrantes del CONSORCIO), las sumas de dinero que conserva en su poder a título de retención en garantía, por valor de \$2.298.928.928,00, junto con los intereses moratorios causados desde el momento en que se debió liquidar el contrato de manera bilateral y hasta la fecha en que realmente se paguen, suma que para la fecha en que se rindió el dictamen pericial de la firma ROBAYO & ROBAYO ascendía a la suma de \$117.152.258.

En subsidio de lo anterior, las sumas deberán ser reembolsadas, debidamente actualizadas entre la fecha en que debió liquidarse el contrato bilateralmente (19 de marzo de 2017) y la fecha en que se haga efectivamente la devolución por parte de la entidad”.

Posición de la Convocante

Relata la convocante⁷⁹ que a 30 de noviembre de 2015 se le había retenido en garantía el 10% del valor contrato, así:

De la suma de \$5.655.601.746.00, FONADE, en desarrollo de acuerdos, devolvió el 14 de diciembre de 2015 parcialmente dicha retención en la suma de \$2.000'000.000.00, conforme a la prórroga No. 6, Modificatorio No 6 y Adición No. 3. Posteriormente, el 5 de abril de 2016, según puede verificarse en la Suspensión No. 2, Modificación No 8 y Prórroga No 7 del Contrato No 2131744, se acordó otra devolución parcial de la retención por valor de \$2.600'000.000,00, lo cual se realizó el 14 del mismo mes.

De otra parte, FONADE realizó la retención en garantía del 10% prevista en el Contrato 2131744 de 2013 al valor de las Facturas de Venta **No. 83** de mayo 22 de

⁷⁹ Ver Reforma demanda acumulada, folios 101 a 103.

2017 y **No 87** de 1º de septiembre de 2017, por concepto de los Cortes de Obras No. 40 y 41, en su orden, por valor de \$72.421.556.00 y de 35'747.747.00, para un total de **\$108'169.342.00**. Así mismo, con ocasión del Contrato Adicional No. 2, la convocada realizó una retención en garantía por valor de **\$38'412.376.00**

A la fecha de la reforma de la demanda, FONADE “conserva en su poder la suma de DOS MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS VEINTIOCHO PESOS MCTE (\$2.298.928.928) como retención en garantía”.

Posición de la Convocada

La Convocada se opone a la pretensión, en los términos siguientes:

Dice que la devolución de la retención en garantía se encuentra condicionada a la liquidación del contrato, según los términos de referencia y el contrato. Dado que no se pudo liquidar en sede administrativa por causas imputables al Consorcio, sobre la misma resolverá el Tribunal, sin que proceda el pago de intereses. Agrega que de conformidad con el corte de obra No. 41 elaborado por el contratista y avalado por la interventoría del 22 de septiembre de 2017 el valor retenido asciende a la suma de \$2.260'516.549,51, descontados los abonos efectuados por valor de \$4.600'000.000.00. En consecuencia, el valor señalado por el contratista no es correcto, pues existe una diferencia de \$ 99'056.117.00., de manera que se desconoce el valor de ejecución de obra y por tanto la proporcionalidad de ejecución de interventoría conforme a la fórmula de pago.⁸⁰

Consideraciones del Tribunal

En materia de retención en garantía de un porcentaje del valor del contrato, en la medida que se vayan cancelando las facturas presentadas por el contratista, el

⁸⁰ Ver contestación de la reforma a la demanda acumulada, folio 8.

contrato regula en la cláusula tercera el valor del contrato y en la cláusula cuarta establece el sistema de pago, así: para la Etapa 0, la entidad pagará al contratista el valor del 100% de lo estipulado para esta etapa, y para la Etapa 1 dispone: “Pagos parciales mensuales según avance de obra hasta por el 90% del valor de cada acta de recibo parcial de conformidad con las actas de corte mensual e Informes de Obra debidamente aprobados por la Interventoría, descontando en todo caso el porcentaje de anticipo por amortizar. El saldo correspondiente al diez por ciento (10%) del valor total, se pagará una vez se haya liquidado el contrato y previa suscripción del acta de recibo final de las obras a satisfacción y la entrega de los documentos señalados en la etapa de entrega de obras, señalado en el estudio previo y de acuerdo con el Manual de Interventoría de FONADE, dicha entrega será realizada a la Interventoría y a FONADE, así como de la aprobación de las garantías correspondientes, señaladas en el numeral 4.19 de las reglas de participación”.

Existe entonces un derecho de la convocante a que le sea restituido parte del valor del contrato que por disposición contractual ha sido retenido por la entidad como garantía del cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato, pero es un derecho cuya exigibilidad está sometida a condición.

Indica la cláusula contractual precitada que la devolución del valor de la retención en garantía “... se pagará una vez se haya liquidado el contrato y previa suscripción del acta de recibo final de las obras a satisfacción y la entrega de los documentos señalados en la etapa de entrega de obras...”. Se constituye así una obligación condicionada en la medida que el pago está supeditado a la liquidación del contrato y al cumplimiento de otros requisitos.

Visto que el contrato no se liquidó bilateralmente porque las partes no llegaron a acuerdos sobre el cumplimiento de todas las obligaciones del contrato y su valor, así como tampoco la administración procedió a la liquidación unilateral sino que prefirió solicitarla al tribunal de arbitramento, forzoso es concluir que la condición estipulada contractualmente para la restitución del dinero retenido en garantía no ha tenido ocurrencia. Esa situación impide el nacimiento de la obligación de restituir, por tanto, la entidad convocada no ha incurrido en mora en el cumplimiento de su obligación, por lo que no se accederá a la pretensión de reconocimiento de intereses moratorios a ese respecto.

Tampoco es procedente el reconocimiento de la actualización del valor pretendido, en los términos solicitados, esto es, a partir del momento en que el contrato ha debido ser liquidado, pues en el asunto *sub iúdice* la liquidación tiene carácter judicial y será desde la fecha del laudo en donde se haga la liquidación que se cumpla la condición prevista en el contrato.

En consecuencia, se accederá parcialmente a la pretensión tercera de la reforma de la demanda acumulada, en cuanto a la devolución del dinero retenido en garantía, hechos los descuentos relacionados con las devoluciones parciales realizadas en el curso de la ejecución contractual, pero no se accederá al reconocimiento de intereses moratorios ni a la actualización de la suma de dinero solicitada.

De acuerdo con el dictamen pericial rendido por Claudia Patricia Robayo Niño (página 10), a 24 de mayo de 2017, *“a la fecha de rendición de nuestro dictamen se evidencia un saldo a favor del contratista, por concepto de retención en garantía de 2.152.347.209 conforme al detalle contenido en el siguiente cuadro. ...”*.

Por otro lado, en el juramento estimatorio, la demanda acumulada expresó *“con el pago de los Cortes de Obra No. 40 y 41 se incrementó el valor en \$108.169.343, más el valor retenido con cargo al contrato adicional No. 2, esto es, \$38.412.37”*. Los pagos de los cortes de obra fueron posteriores al dictamen pericial de Claudia Patricia Robayo Niño.

De acuerdo con la reforma de la demanda de reconvención (hecho 5.34.), el 6 de junio de 2017 se pagó el Corte de Obra No. 40 y la retención en garantía fue \$72.421.556. En la contestación al hecho 5.35.2 mencionó que el Corte de Obra No. 41 se pagó el 27 de septiembre de 2017 y la retención en garantía fue \$35.747.787. Sumadas estas retenciones, son \$108.169.343, que coincide con lo pedido por el Consorcio.

En cuanto a la retención por el Contrato Adicional No. 2, en el hecho 5.34.4 de la demanda de reconvención reformada, FONADE expresa que el pago de \$38.412.376 quedó condicionado a la aprobación de la garantía de la calidad de los ajustes que no ha presentado el Consorcio.

El Tribunal encuentra que, tratándose de una garantía de calidad de diseños, siendo que los diseños ya se ejecutaron, no hay razón para continuar reteniendo el saldo no pagado. En consecuencia, se ordenará su pago.

En consecuencia, el valor a reconocer por retención en garantía es el resultado de sumar \$2.152.347.209, \$108.169.343 y \$38.412.376, para un total de dos mil doscientos noventa y ocho millones novecientos veintiocho mil novecientos veintiocho pesos (\$2.298.928.928).

3.2.4. Pretensión cuarta y su subsidiaria

Se formularon así:

“CUARTA. - Que se declare que durante el desarrollo del Contrato de Obra No. 2131744 celebrado entre el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— y el CONSORCIO ACRCONTEIN, el contratista ejecutó mayores cantidades de obra, las cuales eran necesarias para la culminación del objeto del contrato y la puesta al servicio de la obra pública; por las cantidades que resulten probadas en el proceso que según se estimará pericialmente ascienden a un valor de \$108.215.739,32, correspondientes a:

ÍTEM	DESCRIPCIÓN	Und.	VALOR UNITARIO	ACTA 41 LIQUIDACIÓN	ACTIV. NO APROBADAS
NP 190	CINTA LED (Flex Eco 2 24 VDC Max.7W ml.)	ML	90.137,00	42,00	3.785.754,00
17.2.2.	ASEO ÁREA BIBLIOTECA	m ²	3.835,00	9494,07	36.409.758,45
NP 472	LIMPIEZA, PULIDO Y PINTURA INFERIOR PARA ENTREPISO DE MADERA (no incluye vigas)	m ²	37.906,00	563,84	21.372.919,00
NP473	REPULIDO, LIMPIEZA Y PINTURA PARA PISOS EN CASAS DE RESTAURACIÓN	m ²	38.980,00	606,83	23.654.233,00
VALOR COSTOS DIRECTOS APU-S					85.222.664,45
AIU (26,98%)					22.993.074,87

TOTAL	108.215.739,32
--------------	-----------------------

“PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Que en subsidio de la pretensión cuarta, se declare que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— se ha enriquecido sin justa causa a costa del correspondiente empobrecimiento del CONSORCIO ACR-CONTEIN y/o a las sociedades CONTEIN S.A.S. y CONSTRUCCIONES ACR SUCURSAL COLOMBIA (integrantes del CONSORCIO), en un valor de \$108.215.739,32, como consecuencia de la ejecución por parte del contratista de las mayores cantidades de obra las cuales eran necesarias para la culminación del objeto del contrato y la puesta al servicio de la obra pública; por las cantidades que resulten probadas en el proceso”.

Posición de la Convocante

Como se ha señalado en otros acápite de este Laudo, para el consorcio convocante las circunstancias de la ejecución contractual implicaron mayores costos de administración para el contratista durante 812 días adicionales que duró el contrato y las consecuencias de no haber podido liquidar el contrato de común acuerdo. Los perjuicios reclamados son los derivados de mayor permanencia en obra, la devolución de la retención en garantía con intereses y actividades ejecutadas no reconocidas ni pagadas. En estas últimas se incluye actividades que fueron descontadas del corte de obra No. 39; actividades no contempladas en el objeto del contrato, pero necesarias, de las cuales se dio instrucción verbal al contratista; y actividades de aires acondicionados según los valores acordados con la interventoría consignados en los formatos FMI 026 y 027.

En relación con las mayores cantidades de obra, que son objeto de esta pretensión Cuarta Principal, el Contratista señala que ejecutó mayores cantidades de obra las cuales eran necesarias para la culminación del objeto del contrato y la puesta al servicio de la obra pública. Y que en todo momento actuó de buena fe y con base de autorización verbal de la interventoría

En su alegato final reitera la posición asumida durante el proceso y con fundamento en las pruebas oportunamente aportadas señala que mediante el dictamen pericial

emitido por el ingeniero Miguel Antonio Guío Cárdenas sobre el cual no sea formulado objeción alguna se establece que el consorcio ejecuto trabajos que no han sido pagados, a título de mayores cantidades de obra las cuales eran necesarias para la culminación del objeto del contrato y la puesta al servicio de la obra pública y que de la correspondencia cruzada entre las partes la cual se adjunta al dictamen y de las obligaciones contractuales que el CONTRATISTA debió ejecutar las actividades listadas en ese acápite debió a que el contrato le obligada a cumplir de manera cabal con el objeto contrato y estas actividades hacían parte de dicho objeto en ese sentido el perito llama la atención sobre lo dispuesto en la cláusula tercera del contrato conforme a la cual el contratista está obligado a ejecutar todas las actividades servicios y obras que resulten necesarias para la ejecución del objeto contractual incluyendo todas aquellas no contempladas en la oferta o en el resultado del ajuste a estudios y diseños realizados por el contratista en ese sentidos afirma el apoderado de la parte convocante que se encuentra probado que el contratista ejecuto mayores cantidades de obra y actividades que no fueron reconocidas ni pagadas por parte de la entidad, por lo cual si ello no se realiza llevaría a un enriquecimiento sin justa causa por parte FONADE. Reitera así mismo que el contratista actúa en todo momento de buena fe ya que advirtió en distintas oportunidades la necesidad de ejecutar tales actividades y de que las mismas fueran pagadas lo cual FONADE hizo caso omiso.

Posición de la Convocada

A su turno el señor apoderado de la parte convocada reitera su posición en el sentido de señalar que durante la ejecución del contrato No.2131744 no se presentaron circunstancias imprevistas que alteraran la ejecución y que los supuestos gastos en que incurrió el consorcio no guarda relación con las prestaciones económicas del contrato y teniendo presente el régimen legal que a su juicio debe aplicarse a los contratos que celebra FONADE que es el régimen privado “de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del manual de contratación de la entidad “. En ese orden de ideas recuerda que los contrato de derecho privado se rigen por el axioma conocido como el contrato es ley para as partes, derivado el Código Civil circunscribiendo de esta forma a sus efectos a lo pactado en el acuerdo; sin embargo, una de las excepciones a esta regla es la teoría de la imprevisión consagrada en el Código de Comercio (artículo 868) este instituto jurídico permite

modificar las condiciones inicialmente pactadas ante una grave alteración de la relación jurídica debido a circunstancias extraordinarias surgidas luego de la celebración del contrato y que lo hagan excesivamente gravoso para el dictamen. Con análisis de los requisitos que la jurisprudencia ha exigido para que tenga lugar la teoría de la imprevisión concluye que los imprevistos que aparentemente impactaron el rubro de imprevistos es pertinente precisar que presenta imprevistos desde la suscripción del contrato hasta la finalización del mismo, y cantidades de obra ejecutadas con posterioridad a la finalización del contrato. De conformidad con el dictamen del ingeniero Guío Cárdenas los primeros imprevistos, mayor permanencia en obra resultan improcedentes pues la mayor permanencia en obra quedó debidamente justificada en nueve prorrogas contractuales acertadas y suscritas por a partes por lo que no se entiende cómo después de que el consorcio suscribió dichos documentos contractuales incurrió en mayor permanencia en obra si el era quien presentaba las solicitudes de modificaciones, adiciones y prorrogas. Así mismo pone de presente que los gastos en que pudo incurrir el consorcio después de finalizado el contrato por un valor de \$874. 615.981 dichos conceptos fueron acometidos después de la finalización del contrato lo cual confirma el incumpliendo del contratista pues según el consorcio para la finalización del contrato aun le faltaban ejecutar obra por un valor de \$874.615.981. Resalta que las mayores cantidades de obra no fueron certificados por el perito técnico Manuel Guío Cárneas quien preguntado sobre si certifico técnicamente sobre la mayor cantidad de obra que esta relacionando manifestó que “el análisis fue puramente documental”.

Consideraciones de Tribunal

Teniendo en cuenta las pruebas que obran en el proceso, es pertinente hacer el análisis que se expresa a continuación, respecto de las actuaciones cumplidas por las partes del contrato, en torno de las actividades y elementos a los cuales se refiere la Pretensión cuarta principal.

NP 190 Cinta led:

La reforma de la demanda acumulada se limita a enunciar este ítem como descontado del corte de obra No. 39 y no pagado.

El dictamen pericial elaborado por Manuel Guío, aportado el 18 de julio de 2017 (página 6), menciona que el Consorcio ejecutó esta actividad y no le fue pagada, adjunta Acta de Medición de Obra del NP 190 que registra “EJECUTADO PRESENTE ACTA 42.00”, sin firmas⁸¹ y Acta de cambio de Especificaciones⁸², sin firma de la interventoría, en la que el contratista solicita “cambio de especificaciones” de la especificación inicial “BALASTO ATENUABLE DIRECCIONABLE DOS TUBOS T5 DE 28W A 120/277 SIN ENTRADA DE SENSORES”, que propone cambia por el NP190 “CINTA LED (Flex Eco 2.24 VDC. Max. 7W ml.)”, con menor valor, soportado en autorización de “la Arquitecta María Teresa Sierra Diseñadora del Control de Iluminación en el libro de ...[obra]... página 62 de fecha 23 de septiembre de 2014”.

Mediante carta del 1 de diciembre de 2016⁸³, FONADE requirió explicación de la interventoría en varios aspectos, entre ellos “6. Para el ítem NP 190 "CINTA LED (Flex Eco 2 24VDC. Max 7W ml.) por unidad de pago metro lineal se está autorizando el pago de 42 metros lineales, verificadas las memorias gráficas se señalan las lámparas "EAC 120 ATE FT5 2 28" y "C SL D/I ATE FT5 2 54" cuya especificación técnica no contiene cinta LED tal como se indica en el anexo No 2 adjunto”.

La interventoría respondió la anterior comunicación a través de carta del 13 de diciembre de 2016⁸⁴, en la cual afirmó que “si se han autorizado pagos éstos obedecen a una necesidad imperiosa de ejecutar obras que son indispensables para garantizar la operatividad y funcionalidad del proyecto”, y más adelante anotó “Dejando la salvedad que los puntos 6.-y 7. Se precisarán en fecha posterior ya que se requiere complementar las respuesta (sic)”.

⁸¹ Folio 51 del AZ Anexos 1, 2 y 3 (vol 1) del Dictamen Técnico Manuel Guío.

⁸² Folio 55 del AZ Anexos 1, 2 y 3 (vol 1) del Dictamen Técnico Manuel Guío.

⁸³ Folio 149 del Cuaderno de Pruebas No. 13.

⁸⁴ Folio 141 del Cuaderno de Pruebas No. 13.

Mediante comunicación del 16 de diciembre de 2016⁸⁵, en respuesta a lo anterior, el gerente del convenio de FONADE expresó a la interventoría “Para poder radicar el corte No. 39, el contratista de obra retira del acta de corte aquellas actividades cuyo soporte presenta inconsistencias o no existe, de acuerdo con las observaciones de FONADE, entre ellas la *Cinta Led en luminarias y cajas de Caja de paso de 30x30 cm con equivalencia para pagar cajas de 40 x 40 y cajas de 50 x 50*, que evidentemente, no se encuentran relacionadas en ningún ítem del contrato de obra. No entendemos la afirmación contraria que hace la interventoría al manifestar su conocimiento de los procesos del Manual de Supervisión e Interventoría de FONADE, toda vez que autorizar estas compensaciones está completamente prohibido como es del conocimiento del personal de PAYC SAS”.

El gerente de convenio de FONADE ratificó su posición a la interventoría, en comunicación del 11 de mayo de 2017⁸⁶, “acorde con el manual de Supervisión e Interventoría ACTIVIDAD 2: ACTIVIDADES NO PREVISTAS, que indica el proceso para incorporar nuevas actividades al contrato suscrito con el contratista ACR-Contein mediante modificaciones o adiciones contractuales, como efectivamente sucedió no menos de 7 veces durante la vigencia del contrato de obra 2131744”. Anotó que el NP “cinta led hace parte del contrato de obra desde febrero de 2015, diferente a la afirmación de la interventoría: (...) *“que el cambio de especificación de Balasto atenuable direccionable dos tubos T5 de 28 W a 120/277 sin entrada de sensores por CINTA LED (flex Eco 2 24VDC. Max 7W ml.) fue autorizado por la arquitecta y diseñadora de iluminación”* (...), por lo tanto, la modificación al ítem contractual 26.1.1 por el ítem 190 no tiene soporte técnico, ni respaldo contractual para ser incluido en los cortes de obra” y “de acuerdo al Manual de Supervisión e Interventoría de Fonade, citado en el comunicado No. 20174300241862, las especificaciones técnicas del Ítem contractual 26.1.1 *balasto atenuable direccionable dos tubos T5 de 28 W a 120/277sin entrada de sensores*, no puede ser modificado sin que medie una Modificación al Contrato de Obra 2131744”.

⁸⁵ Folio 143 del Cuaderno de Pruebas No. 13.

⁸⁶ Folio 189 del Cuaderno de Pruebas No. 13.

Se trató, entonces, de un cambio de material, aunque hubiese sido por un ítem del que ya se había previsto un NP (el NP190), cambio cuya autorización por la interventoría no consta en las actas aportadas, aun cuando dio trámite a la factura de cobro del corte de obra, si bien expresó, ante el requerimiento de FONADE de dar explicaciones el respecto, que posteriormente precisaría la respuesta.

17.2.2. Aseo biblioteca

De acuerdo con las Aclaraciones del dictamen de Antonio Vargas del Valle (página 6), es uno de los ítems respecto de los cuales existieron salvedades en cuanto a la cantidad ejecutada. El consorcio dejó salvedad en cuanto a que “No fue contemplada la actividad de aseo final de obra realizado hasta por cuatro veces la actividad, por lo cual esta cantidad adicional ejecutada que corresponde a 9,494,07 m²”, al paso que la interventoría precisó que el ítem “ya fue pagado en las cantidades contractuales y no es posible la duplicidad en los pagos frente a un mismo ítem”.

El perito precisó que “El ítem va referido únicamente al aseo de la biblioteca. El aseo final de la obra, consideramos va incluido en el ítem 17.2.1. *Aseo general durante la obra*”.

Se trata de la repetición de una actividad pagada en su momento y, si se trata del aseo “final”, estaría reconocido en otro ítem, según lo conceptuó el dictamen rendido por Antonio Vargas del Valle.

NP 472 Limpieza, pulido y pintura inferior para entepiso de madera (no incluye vigas)

En el folio 140 del AZ Anexos 1, 2 y 3 (vol 1) del Dictamen Técnico Manuel Guío obra Acta de Medición de Obra de septiembre de 2016 relativa al NP 472, la cual indica “EJECUTADO PRESENTE ACTA 563,84”, sin firma de la interventoría.

Mediante carta del 4 de septiembre de 2015⁸⁷, el residente de restauración devolvió al Consorcio el APU del NP 472 “pues el pulido y el aseo de las vigas es una actividad inherente a su instalación la cual fue pagada en el NPR-016 RESTITUCIÓN DE VIGA EN MADERA INMUNIZADA ENTREPISO (aprox.8*18cms), por tal razón no puede cobrarse como actividad aparte pues se configuraría un doble cobro”.

En el Acta de Entrega y Recibo Final del Objeto Contractual⁸⁸ el contratista dejó como salvedad “NP 472 Limpieza, pulido y pintura inferior para entrepiso de madera (no incluye vigas). El Constructor indica que la cantidad que ejecutó es 563,8 m2. El Consorcio manifiesta que formulará la reclamación correspondiente”. La interventoría expresó en la misma acta “La actividad establecida en el NP-472 correspondiente a limpieza, pulido y pintura inferior para entrepiso de madera (no incluye vigas) no fue ejecutada por el contratista y por tal razón, no fue aprobada por la Interventoría”.

El dictamen de Manuel Guío aportado el 18 de julio de 2017, anotó que “La actividad fue ejecutada, a pesar de que INTERVENTORÍA manifestó no era necesaria”.

De acuerdo con las Aclaraciones del dictamen de Antonio Vargas (página 7), no controvertidas, se trata de una actividad no ejecutada por el contratista y, por tal razón, no fue aprobada por la interventoría.

Np 473 Repulido, limpieza y pintura para pisos en casas de restauración

En el folio 172 del AZ Anexos 1, 2 y 3 (vol 1) del Dictamen Técnico Manuel Guío obra Acta de Medición de Obra de septiembre de 2016 relativa al NP 473, en la cual se anotó “EJECUTADO PRESENTE ACTA 686,83”, sin firma de la interventoría.

De acuerdo con el Análisis de Precios Unitarios del folio 178 correspondiente al NP 473, a finales de 2014 se habían terminado la mayoría de pisos de madera, en el

⁸⁷ Folio 163 del AZ Anexos 1, 2 y 3 (vol 1) del Dictamen Técnico Manuel Guío

⁸⁸ Archivo FMI 027 -OBRA del disco del folio 411 del Cuaderno de Pruebas No. 12, carpeta CONSORCIO ACR & CONTEIN - ANEXOS CONTESTACION DDA. RECONVENCIÓN.

2015 se iniciaron obras de ajustes que ocasionaron daños a los pisos, por lo cual fue necesario repulir, limpiar y lacar nuevamente algunos espacios.

A través de comunicación del 4 de septiembre de 2015, el residente de restauración devolvió al Consorcio el APU del NP 473, pues “Esta nueva actividad no procede, dado que aún no se ha terminado la actividad contractual de instalación de piso de zapan que incluye el acabado de la superficie con una mano de sellador y dos manos de laca, a la fecha en las casas 1 y 2 solo se han aplicado dos manos de pintura; una de sellador y una de laca de acabado, por tanto lo correcto es terminar completamente la actividad contractual (NP150 PISO LISTON ZAPAN 160 X 18mm ADHERIDO A PLACA DE CONTRAPISO O NP 149 PISO LISTON ZAPAN 160 X 18mm SOBRE VIGA DE MADERA según sea el caso) aplicando la última mano de acabado establecida como procedimiento normal en las especificaciones técnicas, pues de otra manera se configuraría un doble cobro. (...) Así pues los daños ocasionados al piso con motivo de la realización de cualquier otra actividad contractual como instalaciones eléctricas o de otro tipo son responsabilidad directa de la constructora, quien debe velar por la conservación en buen estado de las obras ya realizadas, protegiendo en debida forma los elementos que puedan ser objeto de deterioro y controlando el ingreso y la ejecución de otras actividades de obra ya sea por trabajadores propios o de subcontratistas, advirtiéndoles previamente de los cuidados mínimos necesarios a tener en cuenta para la ejecución cabal de las labores. (...) Por otro lado el recibo y la devolución de los espacios entregados al contratista de mobiliario para la ejecución de su objeto contractual se realiza mediante acta firmada por las partes, en dicha acta se registran los deterioros causados al piso y al espacio en general durante la instalación de los muebles, por lo tanto el costo de la reparación de los daños ocasionados con objeto de la instalación de mobiliario deben ser trasladados al contratista del mismo”.

En el Acta de Entrega y Recibo Final del Objeto Contractual⁸⁹ el contratista dejó como salvedad “NP473 Repulido, limpieza y pintura para pisos en casas de restauración. Debido a que fue necesario entregar áreas terminadas a otro Contratista vinculado con la Contratante para el almacenamiento de los muebles, una vez retirados estos muebles fue necesario ejecutar esta actividad de repulido, limpieza y pintura. La cantidad ejecutada es de 606,83 m2 que corresponde a las afectaciones de estas áreas por lo cual el Constructor realizará la reclamación correspondiente”. La interventoría anotó en la misma acta “Respecto a la actividad establecida en el NP-473 correspondiente a repulido, limpieza y pintura para pisos en casas de restauración, la Interventoría deja claro al contratista que las Reglas de Participación – OPC-013-2013- incluidas en el contrato de Obra No. 2131744, contemplan la obligación de “indemnizar y/o asumir todo daño que se cause a terceros, bienes propios o de terceros, o al personal contratado para la ejecución del contrato, con causa o con ocasión del desarrollo del mismo”. Además, la interventoría considera que estos arreglos forman parte del acuerdo entre el Consorcio ACR CONTEIN y la Unión Temporal FONADE 3 relacionado con el cruce de cuentas por los daños ocasionados mutuamente”.

En las Aclaraciones y Complementaciones del dictamen de Antonio Vargas (página 8), el perito manifestó desacuerdo con la posición de la interventoría, “toda vez que el ítem de obra en su momento se aprobó sin ninguna observación”, y la cantidad aprobada en la Modificación No. 10 Prórroga No. 8 suscrita el 29 de julio de 2016 fue 560 m2., no la reclamada por el contratista.

A juicio de este Tribunal de arbitramento, es necesario de antemano precisar que en el contrato celebrado entre FONADE y el CONSORCIO ACR CONTEIN, la ejecución de mayores obras por parte del contratista estaba sujeta a requisitos especiales que se señalan en las Reglas de Participación adoptadas por FONADE y que forman parte integrante del contrato, de acuerdo con lo estipulado en el Parágrafo Cuarto de la Cláusula Tercera del mismo; “ Para los casos de Modificación del valor del

⁸⁹ Archivo FMI 027 -OBRA del disco del folio 411 del Cuaderno de Pruebas No. 12, carpeta CONSORCIO ACR & CONTEIN - ANEXOS CONTESTACION DDA. RECONVENCIÓN.

contrato, definición de cantidades de obra, y sobre ítems o actividades No Previstas, se deberá atender a lo dispuesto en los numerales 4.7.3.,4.7.4.,475., y 476 de las reglas de participación respectivas”.

Al respecto el Tribunal debe señalar que conforme a la regla 4.7.4 “se entiende por cantidades de obra las estimadas por FONADE y presentadas en la oferta económica inicial del contratista, las cuales son aproximadas según las necesidades estimadas del objeto del presente contrato razón por la cual podrán aumentar o disminuir o suprimir durante la ejecución de la misma”. Y en la regla 4.7.5. -mayores cantidades de obra- se prevé la obligación del contratista para realizar las resulten necesarias para la ejecución del objeto contractual a los mismos precios contenidos en la oferta económica previa autorización de la interventoría. Así mismo se establece que en caso de presentarse las mayores cantidades de obra están podrán compensarse mediante acta suscrita entre el interventor y el contratista cuando las mayores cantidades de obra impliquen el aumento del valor inicialmente estimado deberá procederse de conformidad con la adición del contrato.

Dichas reglan deben interpretarse y aplicarse de conformidad con disposiciones superiores ya referidas en este laudo como el **artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor** “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” y el artículo 1603 del mismo Código Civil, “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

En ese orden de ideas, e el Tribunal pone de presente que el elemento de necesidad invocado por el Consorcio convocante debe analizarse determinarse, a juicio del Tribunal por la entidad contratante y con el acuerdo del contratista ejecutante de la obra y no por éste solamente como surge de las reglas de participación que forman parte integral del contrato.

De otra parte, si bien el contratista ha afirmado que actuó de buena fe y con base en autorización verbal de la interventoría. El Tribunal además de las reglas de participación atrás aludidas debe tener presentes las exigencias contractuales

explícitas en cuanto a la forma de tramitar el pago de los cortes de obra y de las cuentas de conformidad con lo previsto en la Cláusula Cuarta del contrato, Parágrafo primero- Requisitos de pago-. Allí se señala que los pagos y el desembolso de recursos relacionados con el contrato quedan sometidos a requisitos especiales como que deben ser refrendados por el interventor en los formatos que FONADE suministre para el efecto, la acreditación por parte de contratista al interventor de que todo el personal necesario para la ejecución del contrato de s encuentra afiliado a los sistemas de seguridad social y salud incluso los trabajadores independientes y que los pagos de las cotizaciones respectivas se encuentran al día. Los pagos se realizarán dentro de los diez (10) días calendario siguientes a las fechas de radicación de las facturas o cuentas según sea el caso o de la fecha en que el contratista subsane las glosas que se le formulen. Además, deberá haberse producido el ingreso efectivo de los recursos del proyecto a la tesorería de FONADE por último todos los documentos de pago deberán ser avalados por el interventor contratado por FONADE.

Finalmente, de acuerdo con el Parágrafo segundo de la Cláusula cuarta los pagos antes relacionados están condicionados a la presentación de las facturas correspondientes y a la certificación por parte del interventor del cumplimiento del objeto contractual y se reitera que todos los documentos de pago deberán ser aprobados por el interventor del contrato.

Dentro del marco normativo y convencional trazado, el Tribunal, luego del análisis fáctico y probatorio efectuado, ha de concluir que de las reclamaciones que conforman la pretensión Cuarta principal de la reforma de la demanda acumulada, solo tiene vocación de prosperidad la enunciada en la misma demanda en último lugar. En efecto, recapitulando los elementos de la pretensión el Tribunal, encontró:

En cuanto al NP 190 Cinta led. La reforma de la demanda acumulada se limita a enunciar este ítem como descontado del corte de obra No. 39 y no pagado.

Se trató, entonces, de un cambio de material, aunque hubiese sido por un ítem del que ya se había previsto un NP (el NP190), cambio cuya autorización por la interventoría no consta en las actas aportadas, aun cuando dio trámite a la factura de cobro del corte de obra, si bien expresó, ante el requerimiento de FONADE de dar

explicaciones el respecto, que posteriormente precisaría la respuesta. Es decir, no se dio cumplimiento a lo dispuesto en las reglas propias del contrato.

Respecto del NP 472 Limpieza, pulido y pintura inferior para entrepiso de madera (no incluye vigas) en las aclaraciones al dictamen de Antonio Vargas del Valle, que no fueron controvertidas, la actividad en allí relacionada no fue ejecutada por el Contratista y por tal razón no fue aprobada por la interventoría.

Aseo biblioteca. En relación con la reclamación del contratista, sobre el pago de la actividad de aseo de la biblioteca, que según expresa fue una actividad que tuvo que repetir cuatro veces, y que conforme a la interventoría ya había sido pagada, el Tribunal tiene en cuenta las conclusiones del perito Antonio Vargas del Valle en el sentido de que se trata de la repetición de una actividad pagada en su momento y, si se trata del aseo “final”, estaría reconocido en otro ítem.

Si bien frente a la constancia dejada por el contratista en el Acta de Entrega y Recibo Final del Objeto Contractual⁹⁰ “NP473 Repulido, limpieza y pintura para pisos en casas de restauración, la interventoría anotó en la misma acta que dejaba claro al contratista que las Reglas de Participación – OPC-013-2013 contemplan la obligación de “indemnizar y/o asumir todo daño que se cause a terceros, bienes propios o de terceros, o al personal contratado para la ejecución del contrato, con causa o con ocasión del desarrollo del mismo”. Y que a su juicio estos arreglos forman parte del acuerdo entre el Consorcio ACR CONTEIN y la Unión Temporal FONADE 3 relacionado con el cruce de cuentas por los daños ocasionados mutuamente”, el Tribunal tiene en cuenta las conclusiones a que llegó el perito Antonio Vargas del Valle en su dictamen donde, como ya se relató, “toda vez que el ítem de obra en su momento se aprobó sin ninguna observación”, y la cantidad aprobada en la Modificación No. 10 Prórroga No. 8 suscrita el 29 de julio de 2016 fue 560 m2., no la reclamada por el contratista.

⁹⁰ Archivo FMI 027 -OBRA del disco del folio 411 del Cuaderno de Pruebas No. 12, carpeta CONSORCIO ACR & CONTEIN - ANEXOS CONTESTACION DDA. RECONVENCIÓN.

Por las consideraciones que anteceden ha de concluir el Tribunal que de las peticiones que integran la pretensión estudiada solo tiene vocación de prosperidad la petición relativa a la NP473 Repulido, limpieza y pintura para pisos en casas de restauración, pues conforme resulta establecido sí fue aprobada por la interventoría sin ninguna observación (dictamen de Antonio Vargas del Valle), y había sido incluida en la Modificación No. 10 Prórroga No. 8 suscrita el 29 de julio de 2016, si bien la cantidad aprobada fue de 560 m2. Por lo anterior el Tribunal ordenará su reconocimiento en la parte Resolutiva.

Visto que la pretensión cuarta prospera en parte, no procede el estudio de la cuarta subsidiaria.

3.2.5. Pretensión quinta y su subsidiaria

Se formularon así:

“QUINTA. - Que como consecuencia de la anterior declaratoria se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— a pagar a favor del CONSORCIO ACR-CONTEIN y/o a las sociedades CONTEIN S.A.S. y CONSTRUCCIONES ACR SUCURSAL COLOMBIA (integrantes del CONSORCIO) el valor de las mayores cantidades de obra las cuales eran necesarias para la culminación del objeto del contrato y la puesta al servicio de la obra pública; por las cantidades que resulten probadas en el proceso, que según se estimará pericialmente ascienden a un valor de \$108.215.739,32.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Que en subsidio de la pretensión quinta, y en el evento en que prospere la pretensión subsidiaria a la cuarta pretensión principal, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— a compensar al CONSORCIO ACR-CONTEIN y/o a las sociedades CONTEIN S.A.S. y CONSTRUCCIONES ACR SUCURSAL COLOMBIA (integrantes del CONSORCIO), en los valores que se logren probar en el proceso, por efectos de la ejecución por parte del contratista de las mayores cantidad (sic) de obras las

cuales eran necesarias para la culminación del objeto del contrato y la puesta al servicio de la obra pública, por valor de \$108.215.739,32”.

Consideraciones del Tribunal

Como pretensión consecuencial de la Cuarta pretensión principal, se formula la consistente en que se condene al FONADE a pagar al Consorcio, ACR-CONTEIN y/o a las sociedades que lo integran el valor de las mayores cantidades de obra las cuales eran necesarias para la culminación del objeto del contrato y la puesta al servicio de la obra pública.

En armonía con las conclusiones expresadas en torno a la Pretensión Cuarta Principal y al reconocimiento allí expresado, procede condenar a FONADE a pagar al consorcio convocante al pago de la suma de \$21.828.800, resultante de multiplicar el valor por metro del ítem (\$38.980) por la cantidad aprobada (560 m²), suma que será debidamente actualizada a la fecha del presente laudo con el I.P.C., a partir de la fecha del Acta de Entrega y Recibo Final del Objeto Contractual, esto es, el 30 de enero de 2017, por ser este el momento en el cual se puede constatar el cumplimiento de la actividad, fuera de las salvedades dejadas por el Consorcio y la interventoría que estaban referidas a otro aspecto cual era la procedencia del pago, y sabida la cantidad de acuerdo con lo pactado y reconocido en el dictamen pericial. A la fecha del laudo, el valor actualizado es \$23.696.790 de acuerdo con la fórmula Valor histórico (\$21.828.800) x (Índice fina (102,12) / Índice inicial (94,07)).

En la medida en que la pretensión quinta principal de la reforma de la demanda acumulada prosperó parcialmente, no hay lugar a estudiar la que se formula como pretensión subsidiaria. No obstante, el Tribunal pone de presente que conforme a el análisis adelantado respecto de las pretensiones subsidiarias en caso de que no hubiera prosperado la Quinta pretensión principal tampoco resultaba procedente su estudio por este Tribunal.

3.2.6. Pretensión sexta y su subsidiaria

Se formularon así:

SEXTA.- Que se declare que durante el desarrollo del Contrato de Obra No. 2131744 celebrado entre el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— y el CONSORCIO ACR-CONTEIN, el contratista ejecutó obras no incluidas en el alcance inicial del objeto contractual, las cuales eran necesarias para la culminación del proyecto y la puesta al servicio de la obra pública; por las cantidades que resulten probadas en el proceso, que según se estimará pericialmente ascienden a un valor de \$72.951.420,75, suma discriminada de la siguiente manera:

ÍTEM	DESCRIPCIÓN	Und.	VALOR UNITARIO	ACTA 41 O LIQUIDACIÓN	ACTA LIQUIDACIÓN
NP 538	TRASLADO DE 6 RAMALES DE DUCTOS EN LÁMINA GALVANIZADA (INCLUYE MANO DE OBRA)	UND	3.112.800,00	1,00	3.112.800,00
NP 544	Termocupla (termómetro de carátula para aceite) de dos contactos (Alarma y Disparo), Incluye caja de borneras para contactos secos y cableado de control (para control de temperatura del aceite)	und	4.640.000,00	1,00	4.640.000,00
NP 554	Suministro e instalación del sistema de Alarmas al sistema de planta de potabilización	UND	1.451.241,00	1,00	1.451.241,00
NP 571	SERVICIO DE ELABORACIÓN, TRÁMITE Y SEGUIMIENTO PLAN DE MANEJO DE TRÁNSITO, SEÑALIZACIÓN Y DESVÍOS PARA OBRAS DE SEÑALIZACIÓN EXTERIOR	UND	1.815.000,00	1,00	1.815.000,00
NP 572	SERVICIO DE ACOMPAÑAMIENTO Y ENTREGA DE SEÑALIZACIÓN HORIZONTAL Y VERTICAL	UND	3.025.000,00	1,00	3.025.000,00

	ANTE SECRETARÍA DISTRITAL DE MOVILIDAD				
NP 573	CONVERSION DE SEÑALES MODBUS IP, Y SNMP A LENGUAJE BACNET	und	29.019.070,00	1,00	29.019.070,00
NP 574	Termocupla (termómetro de carátula para el devanado) de dos contactos (Alarma y Disparo), Incluye caja de borneras para contactos secos y cableado de control (para control de temperatura del aceite)	und	3.828.000,00	1,00	3.828.000,00
NP 575	PROGRAMACIÓN SISTEMA DE ACCESO	und	3.600.000,00	1,00	3.600.000,00
NP 576	SISTEMA INTEGRACIÓN	und	6.960.000,00	1,00	6.960.000,00
VALOR COSTOS DIRECTOS APU-S					57.451.111,00
AIU (26.98%)					15.500.309,75
TOTAL					72.951.420,75

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Que en subsidio de la pretensión quinta, se declare que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— se ha enriquecido sin justa causa a costa del correspondiente empobrecimiento del CONSORCIO ACR-CONTEIN y/o a las sociedades CONTEIN S.A.S. y CONSTRUCCIONES ACR SUCURSAL COLOMBIA (integrantes del CONSORCIO), en un valor de \$72.951.420,75, como consecuencia de la ejecución por parte del contratista de las obras no incluidas en el alcance inicial del objeto contractual, las cuales eran necesarias para la culminación del proyecto y la puesta al servicio de la obra pública; por las cantidades que resulten probadas en el proceso.

La posición de la Convocante

El Consorcio Convocante, ha sostenido dentro del proceso que comoquiera que había actividades que eran necesarias para dejar la obra completamente funcional, el contratista accedió a su ejecución pese a no tener legalizado contractualmente su valor. Lo anterior, debido a la dinámica que se tuvo a lo largo de la ejecución del objeto del contrato, conforme a la cual se le daba la instrucción verbal al contratista

para que procediera a la ejecución de ciertas actividades y, luego, tras surtir el lento trámite administrativo de legalización de la actividad, se procedía a incorporar tal ejecución dentro de los respectivos cortes de obra por lo que, de ese modo, se efectuaba a su reconocimiento y pago.

El contratista ejecutó actividades no previstas en el alcance inicial del contrato, con el pleno conocimiento y exigencia de la entidad, las cuales no fueron reconocidas ni pagadas, por valor de \$72.951.420,75. De no pagarse el FONADE estaría enriqueciéndose sin justa causa. Así mismo, hace énfasis en que el contratista actuó en todo momento de buena fe ya que advirtió en diversas oportunidades la necesidad de ejecutar tales actividades y de que las mismas fueran pagadas, a lo cual el FONADE hizo caso omiso.

La posición de la Entidad Convocada

A su turno el señor apoderado de la parte convocada reitera su posición en el sentido de señalar que durante la ejecución del contrato No.2131744 no se presentaron circunstancias imprevistas que alteraran la ejecución y que los supuestos gastos en que incurrió el consorcio no guarda relación con las prestaciones económicas del contrato y teniendo presente el régimen legal que a su juicio debe aplicarse a los contratos que celebra FONADE que es el régimen privado “de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del manual de contratación de la entidad “. En ese orden de ideas recuerda que los contrato de derecho privado se rigen por el axioma conocido como el contrato es ley para as partes, derivado el Código Civil circunscribiendo de esta forma a sus efectos a lo pactado en el acuerdo; sin embargo una de las excepciones a esta regla es la teoría de la imprevisión consagrada en el Código de Comercio (artículo 868) este instituto jurídico permite modificar las condiciones inicialmente pactadas ante una grave alteración de la relación jurídica debido a circunstancias extraordinarias surgidas luego de la celebración del contrato y que lo hagan excesivamente gravoso para una de las partes. Con análisis de los requisitos que la jurisprudencia ha exigido para que tenga lugar la teoría de la imprevisión concluye que los imprevistos que aparentemente impactaron el rubro de imprevistos es pertinente precisar que presenta imprevistos desde la suscripción del contrato hasta la finalización del mismo y cantidades de obras ejecutadas con posterioridad a la finalización del contrato. De conformidad con el dictamen del

ingeniero Guío Cárdenas los primeros imprevistos, mayor permanencia en obra resultan improcedentes pues la mayor permanencia en obra quedó debidamente justificada en nueve prorrogas contractuales acertadas y suscritas por a partes por lo que no se entiende cómo después de que el consorcio suscribió dichos documentos contractuales incurrió en mayor permanencia en obra si el era quien presentaba las solicitudes de modificaciones, adiciones y prorrogas. Así mismo pone de presente que los gastos en que pudo incurrir el consorcio después de finalizado el contrato por un valor de \$874. 615.981 dichos conceptos fueron acometidos después de la finalización del contrato lo cual confirma el incumplimiento del contratista pues según el consorcio para la finalización del contrato aun le faltaban ejecutar obra por un valor de \$874.615.981. Resalta que las mayores cantidades de obra no fueron certificados por el perito técnico Manuel Guío Cárdenas quien preguntado sobre si certifico técnicamente sobre la mayor cantidad de obra que esta relacionando manifestó que “el análisis fue puramente documental”.

Consideraciones del Tribunal

Respecto a la reclamación contenida en la pretensión sexta de la reforma a la demanda acumulada en cuanto se trata de reconocimiento de obras y actividades que el propio demandante señala como no pactadas desde el inicio del contrato y respecto las cuales no hubo autorización explícita para su ejecución; no obstante, a su juicio eran necesarias para la completa ejecución del objeto contractual.

De conformidad con lo establecido en el proceso a través del dictamen del ingeniero Miguel Antonio Guío Cárdenas se verificó que el Consorcio ejecutó trabajos que no han sido pagados a títulos de mayores cantidades de obra las cuales a juicio del perito resultan necesarias para la culminación del contrato y la puesta al servicio de la obra pública. Al efecto se anexa el cuadro que se incluye dentro de la pretensión cuarta ya transcrita de la misma manera se hace alusión a la correspondencia cruzada entre las partes conforme a la cual el contratista debió ejecutar las actividades listadas en este acápite y que el contrato le obligaba a cumplir de manera cabal con el objeto contratado.

Sobre el particular el Tribunal debe señalar que con sujeción a la Cláusula tercera del contrato el contratista está obligado a ejecutar todas las actividades, servicios y

obras que resulten necesarias para la ejecución del objeto contractual incluyendo todas aquellas no concretadas en la oferta o en el resultado de ajustes a estudios y diseños realizados por el contratista. Tales actividades conforme a lo expresado por la parte demandante se ejecutaron y no fueron reconocidas ni pagadas por parte de la entidad y por tanto a su juicio deben ser incluidas dentro de la condena a la entidad y favor del contratista y hace énfasis en que el contratista en todo momento actúa de buena fe ya que advirtió en diversas oportunidades las necesidades de ejecutarlas y de que las mismas fueran pagadas a lo cual el FONADE hizo caso omiso.

Sobre el particular el tribunal debe reiterar que conforme a la regla 4.76. de las reglas de participación que forman parte integrante del contrato le está prohibido al contratista ejecutar ítems o actividades de obra no previstos en el contrato sin que previamente se haya suscrito el respectivo contrato adicional cualquier ítem que ejecute sin la celebración previa del documento contractual será asumido por cuenta y riesgo del contratista de manera que FONADE no reconocerá valores por tal concepto. Como, también ya se precisó en este mismo Laudo, las regla 4.75 de las Reglas de Participación, que forma parte integrante del contrato – Cláusula tercera, Parágrafo Cuarto-se establecen los requisitos para la elaboración de los precios unitarios por parte del contratista.

Al respecto el Tribunal tiene presente que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado : "... por regla general, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831 del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente. (...) de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de

1993 artículo 41 inciso 4º). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en ésta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta. No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas, y por lo tanto inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios. En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de esa estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia”⁹¹.

En consecuencia, el Tribunal denegará la presente pretensión.

3.2.7. Pretensión séptima y su subsidiaria

Se formularon así:

“SÉPTIMA. - Que como consecuencia de la anterior declaratoria se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— a pagar a favor del CONSORCIO ACR-CONTEIN y/o a las sociedades CONTEIN S.A.S. y CONSTRUCCIONES ACR SUCURSAL COLOMBIA (integrantes del CONSORCIO) el valor de las obras no incluidas en el alcance inicial del objeto contractual, las cuales eran necesarias para la culminación del proyecto y la puesta al servicio de la obra pública; por las cantidades que resulten probadas en el proceso, que según se estimará pericialmente ascienden a un valor de \$72.951.420,75.

⁹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALA PLENA SECCION TERCERA Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C, diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012). Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897) Actor: MANUEL RICARDO PEREZ POSADA Demandado: MUNICIPIO DE MELGAR Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Orientaciones que se reiteran en sentencias posteriores como la sentencia 2008-00076 de 8 de junio de 2017, Sección Tercera, C:P: Ramiro Pazos Guerrero, y la sentencia 2012-00322 de 3 de agosto de 2017, también de la Sección Tercera , C.P. Marta Nubia Velasquez Rico.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Que en subsidio de la pretensión séptima, y en el evento en que prospere la pretensión subsidiaria a la sexta pretensión principal, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— a compensar al CONSORCIO ACR-CONTEIN y/o a las sociedades CONTEIN S.A.S. y CONSTRUCCIONES ACR SUCURSAL COLOMBIA (integrantes del CONSORCIO), en los valores que se logren probar en el proceso, por efectos de la ejecución de las obras no incluidas en el alcance inicial del objeto contractual, las cuales eran necesarias para la culminación del proyecto y la puesta al servicio de la obra pública, por valor de \$72.951.420,75.

Consideraciones del Tribunal

Como pretensión consecuencial de la Sexta pretensión principal, se formula la consistente en que se condene al FONADE a pagar al Consorcio ACR-CONTEIN y/o a las sociedades que lo integran el valor de las mayores cantidades de obra las cuales eran necesarias para la culminación del objeto del contrato y la puesta al servicio de la obra pública.

En armonía con las conclusiones expresadas en torno a la Pretensión Sexta Principal en el sentido de no reconocer el incumplimiento, consecuencialmente debe negarse la condena pedida mediante esta pretensión séptima principal. Así se expresará en la parte resolutive de este Laudo.

3.2.8. Las pretensiones Sexta subsidiaria y Séptima subsidiaria.

En la reforma de la demanda acumulada la Convocante incluye pretensiones subsidiarias a las principales que ya han sido estudiadas y resueltas por el Tribunal. A continuación, el Tribunal se pronunciará sobre las formuladas como pretensiones subsidiarias, en la reforma de la demanda acumulada.

La posición de la Convocante.

El consorcio convocante con apoyo en providencias del Consejo de Estado, que distinguen entre el incumplimiento contractual y el desequilibrio económico del contrato, hace precisión, en la reforma en la demanda acumulada sobre el carácter de las reclamaciones en el sentido de que ellas buscan es la indemnización plena de perjuicios por los incumplimientos en que incurrió FONADE.

Y reitera que en ejercicio de los medios de control previstos en la ley 1437 de 2011, las pretensiones de la demanda, apuntan a lograr la declaratoria del incumplimiento del contrato celebrado entre la demandante y la demandada y/o la declaratoria de enriquecimiento sin justa causa obtenido por la entidad demandada, así como la condena a los perjuicios de todo orden sufridos a consecuencia del incumplimiento o la compensación por los hechos imprevistos o el enriquecimiento sin justa causa obtenido por el FONADE.

La posición de la entidad Convocada.

En torno de las pretensiones Cuarta, quinta, Sexta y Séptima subsidiarias, formuladas por el consorcio convocante en la demanda acumulada- reforma-, FONADE ha planteado la falta o ausencia de soporte contractual pues las actividades y obras, cuyo valor y consecuentes efectos económicos se reclaman, fueron ejecutadas por fuera del término de la vigencia del contrato.

El concepto del Ministerio Público

Sobre las pretensiones antecedentes en la oportunidad procesal, el agente de Ministerio Público, expresó “En cuanto a la relación procesal surgida con ocasión de la demanda acumulada, su reforma y sus contestaciones, es necesario recordar que en lo fundamental está edificada el incumplimiento, salvo las pretensiones subsidiarias en las que, aduciendo un enriquecimiento sin causa, se demanda el pago de obras necesarias no pagadas ejecutadas.

Sin embargo, estas pretensiones no pueden ser estudiadas en este escenario, en la medida en que no se refieren a un asunto respecto del que el H. Tribunal tenga competencia en los términos de la cláusula vigésimo segunda o compromisoria.

Lo anterior en la medida en que a través de la cláusula compromisoria se declinó de la justicia estatal respecto de controversias contractuales y en el caso se plantea una controversia extracontractual, la reparación de los daños causados por el hecho de que se prestaron servicio y se entregaron bienes que no hacían parte de aquellos que se debían prestar o entregar por razón del contrato con lo que se generó un enriquecimiento para la entidad demandada con el consecuente empobrecimiento para el consorcio demandante.

Con todo, si se obviara ese defecto, las pretensiones de la demanda acumulada no tienen vocación de prosperidad por razón de los requerimientos que sobre el particular ha hecho el juez de lo contencioso administrativo para la prosperidad de esa figura, en especial, el que da cuenta de que debieron prestarse o dispensarse por imposición de la entidad contratista” -Subrayas dentro del texto-.

Y en la parte de conclusión reitera “que las pretensiones de la demanda acumulada no pueden ser revisadas pues coinciden con las de la inicial y las que no, las subsidiarias, no son de competencia de del H. Tribunal y en todo caso porque frente a éstas, no se dan los requisitos que la jurisprudencia contencioso administrativa, a la que debe atender el tribunal en cuanto obra como juez de esa especialidad, ha establecido y, finalmente y respecto de la relación subsidiaria, que no está llamada a prosperar en cuanto las súplicas relacionadas con el incumplimiento de la demanda de reconvención y su reforma, de las que pende, no hallaron vocación de prosperidad”.

Consideraciones del Tribunal

Las pretensiones cuarta subsidiaria y quinta subsidiaria no requieren estudio, por haber prosperado parcialmente sus respectivas principales. En todo caso, sería predicable lo que se dice respecto a las siguientes.

Como pretensión subsidiaria a la sexta pretensión principal, en la reforma a la demanda acumulada se solicita que en subsidio de la pretensión quinta se declare que FONADE se ha enriquecido sin justa causa a costa del correspondiente empobrecimiento del CONSORCIO ACR CONTEIN y/o a las sociedades integrantes del CONSORCIO en un valor de \$72.951.420.75 como consecuencia de la ejecución por parte de contratista de obras no incluidas en el alcance inicial del objeto contractual, las cuales eran necesarias para la culminación del proyecto y la apuesta al servicio de la obra pública, por las cantidades que resulten probadas en el proceso.

Y como pretensión subsidiaria de la pretensión séptima principal se pide al tribunal que en el evento en que prospere la pretensión subsidiaria a la sexta pretensión principal se condene a FONADE a compensar al CONSORCIO y/o a las sociedades en los valores en que se logre probar en el proceso por efectos de la ejecución de las obras no incluidas en el alcance inicial en el objeto contractual, las cuales eran necesarias para la culminación del proyecto y la puesta del servicio y la obra pública.

Es necesario entonces previamente dilucidar para este efecto la competencia que asiste al Tribunal de manera explícita. Como se ha establecido, conforme a la cláusula vigésima segunda del contrato, las diferencias que surjan entre las partes con ocasión de este contrato serán sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento que se constituye en la forma prevista allí mismo. Ahora bien, en torno de las cuestiones que se han planteado tanto por el FONADE como por el agente de Ministerio Público es necesario determinar si las pretensiones a que se ha hecho alusión, las pretensiones subsidiarias, son susceptibles de ser sometidas a la decisión de los árbitros o no. Y en ese sentido es necesario considerar que los conflictos sobre enriquecimiento sin causa no tienen su origen en un acuerdo contractual sino que se fundan en la llamada responsabilidad extracontractual en este caso, atribuida a una entidad estatal en desarrollo de una relación convencional con un particular, si bien esa relación específica está sometida al derecho privado. De acuerdo con la competencia derivada de la cláusula contractual entonces establecer como fuente de la responsabilidad y de la consiguiente obligación de indemnizar eventuales perjuicios en una actuación no contractual pone en evidencia la incompetencia del tribunal de arbitramento señalada como se indicó en los

precisos términos de la cláusula contractual. Asiste, por ello plena razón al señor agente del Ministerio Público y así se declarará en cada caso.

No sobra advertir que en el caso presente, más allá de la Cláusula Compromisoria, Vigésima Segunda del contrato N° 2131744 celebrado entre FONADE y ACR-CONTEIN, no existió un compromiso expreso que habilite a los árbitros para conocer de pretensiones como las previstas en las pretensiones transitorias aludidas (Artículo 3 de la ley 1563 de 2012).

En consonancia con lo expresado, y en acuerdo con planteamientos formulados por el señor agente del Ministerio Público el Tribunal debe señalar que las pretensiones subsidiarias no pueden ser estudiadas en sede del tribunal ya que se refieren a asuntos en los cuales el tribunal carece de competencia porque tienen el carácter de controversias extracontractuales pues se busca la reparación de los daños causados por la prestación de un servicio y la entrega de bienes que no hacían parte de aquello que se debían prestar o entregar por razón del contrato.

Formalmente, dentro del marco de un análisis preliminar como el que correspondía a la primera audiencia de trámite, el objeto de estas pretensiones aparecía como posiblemente vinculado a la normativa contractual y por ello enmarcado por el ámbito de competencia derivado de la cláusula vigésima segunda del contrato. No obstante, luego del análisis que corresponde a este momento procesal, a la luz de las pruebas que obran en el expediente, estas pretensiones resultan claramente ajenas al Contrato y por lo tanto el Tribunal se abstiene de pronunciarse sobre ellas, por falta de competencia.

3.2.9. Pretensión octava

Se formuló así:

“OCTAVA.- Que se declare que por hechos no imputables al CONSORCIO el contrato no se pudo liquidar el 19 de marzo de 2017 y, en tal virtud, se ordene el pago de la suma de \$98.818,618, correspondiente al saldo no pagado del ítems de aires acondicionados del proyecto junto con los correspondientes intereses

moratorios causados a partir de la fecha mencionada y hasta que el pago se efectúe”.

Posición de la Convocante

El consorcio propuso a FONADE un plan de medidas aceleratorias con el fin de evitar las sanciones a FONADE dentro del convenio interadministrativo con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, entre ellas la de la celebración de modificación contractual en que se redujera el alcance del sistema de aires acondicionados y la ventilación mecánica. Para tal efecto se organizaron mesas de trabajo con la interventoría para determinar el porcentaje de lo ya ejecutado por parte del contratista. La interventoría dio viabilidad a la solicitud y la Gerencia del Convenio consideró viable la modificación, que en efecto se realizó mediante la Modificación N° 11 al contrato mediante un Parágrafo en el que se estableció que “Para las actividades del numeral I y II descritas, previo a la etapa de la Liquidación del contrato se acordará las cantidades realmente ejecutadas y los valores a cancelar, teniendo en cuenta la propuesta presentada por el Contratista de Obra, la cual deberá contar con revisión y evaluación técnica y económicamente soportada por la Interventoría PAYC SAS., y aval de la Gerencia del proyecto, para determinar su pago en la etapa de liquidación.”

El apoderado del Consorcio en el alegato de conclusión reitera que se debe proceder al reconocimiento y pago del saldo insoluto por concepto de aires acondicionados los cuales fueron descontados de los cortes de obra No. 40 -41 según las pruebas que obran en el proceso según los valores acordados con la Interventoría consignados en los formatos FMI 026 Y 027.

Posición de la Convocada

FONADE, por su parte, niega que el Consorcio haya acreditado sobrecostos en la ejecución del contrato, “tanto así, que i) en cada modificación, prórroga y adición se le cancelaron los valores por el solicitado, ii) en reiteradas oportunidades FONADE y la interventoría le solicitó las pruebas de estos supuestos ‘sobrecostos’, toda vez que el Consorcio se limitaba a afirmar simple y ligeramente que cada modificación, prórroga y adición le ocasionaría sobrecostos, y, iii) El Consorcio no dejó salvedades

en cada modificación, prórroga y adición sobre los supuestos sobrecostos que reclama”.

Consideraciones del Tribunal.

La reforma de la demanda acumulada dice, como hechos que sustentan la pretensión octava: “Si bien el FONADE procedió recientemente al pago del Corte 40 y del Corte 41, lo cierto es que aún se adeuda al contratista el valor convenido por concepto de las actividades del ítem de aires acondicionados por valor de NOVENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO PESOS MCTE (\$98.818.618), según los valores acordados con la interventoría consignados en los formatos FMI 026 y 027. (...) En consideración a ello se solicita al H. Tribunal condenar al FONADE al pago en favor del CONSORCIO ACR-CONTEIN de dichos valores”.

En el alegato, el Consorcio expresó: “Adicional a tales recursos, se solicita al H. Tribunal proceder al reconocimiento y pago del saldo insoluto a favor del CONSORCIO ACR CONTEIN por concepto de aires acondicionados, los cuales fueron descontados de los Cortes de Obra No. 40 y 41, según las pruebas que obran en el proceso, por valor de NOVENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO PESOS MCTE (\$98.818.618), según los valores acordados con la interventoría consignados en los formatos FMI 026 y 027”.

FONADE expresó que los formatos FMI 026 y 027 no tienen el aval de la entidad porque tienen inconsistencias.

La Convocada anotó “El valor Final de ejecución relacionado en el acta FM1027 Acta de entrega y recibo final del objeto contractual certificado por la interventoría PAYC S.A.S fue \$68.757.306.082,24, dicho valor no concuerda con el corte de obra N°41 radicado en Fonade mediante documento con N° 20174300513732 del 22 de septiembre de 2017, ocho meses después de la suscripción y aprobación del acta FMI027 por parte de la interventoría PAYC S.A.S por valor de 68.658.249.965,12”.

En el Corte de Obra No. 41 (folio 516 del AZ Anexos 1, 2 y 3 (Vol. 1) del dictamen técnico de Manuel Guío) se anotó como “VALOR PRESENTE MES CORTE 41” \$456.534.002,8, sin descontar la retención en garantía (\$45.653.400). Este corte de obra está firmado por el contratista y la interventoría.

En el folio 3 del Cuaderno de Pruebas No. 14 obra la Factura No. 87 por concepto del Corte de Obra No. 41, que señala \$357.477.866,8 como “Valor Total Presente Acta”, sin restar el descuento de retención en garantía (\$35.747.787).

Mediante comunicación del 3 de agosto de 2017 (folio 208 del Cuaderno de Pruebas No. 13), FONADE manifestó a la interventoría: “El pasado 27 de julio de 2017 se realizó una revisión conjunta del corte de obra No. 41 entre Contratista de Obra, interventoría y FONADE, encontrando que dentro del formato FMI043 sus soportes presentado por el contratista y avalado por la interventoría se discriminaron cantidades a cobrar por ítems sobre los cuales se dio alcance en la Modificación No. 11 del contrato de Obra 2131744, referidos al Sistema de ventilación Mecánica y Aire Acondicionado...”. FONADE objetó: “es claro que sobre el valor ejecutado de los ítems 23.1.1; 23.2.1; 23.2.2; 23.3.3; 23.19.2; 23.23.1 se debe aplicar AIU y sobre los ítems 23.31.1, 23.4.1, 23.5.1 y 23.5.2 sólo IVA pues éstas últimas no tienen actividades de obra ejecutadas, tal como fue informado por PAYC SAS. No obstante, lo anterior en el documento que nos ocupa no se hicieron estas diferenciaciones”.

La mencionada comunicación concluye “Las actividades de los numerales i) y ii) [92] no deben hacer parte de cobro en actas de corte del Contrato de obra 2131744, estos ítems se deben revisar, evaluar y soportar técnica y económicamente por la interventoría PAYC S.A.S. en la etapa previa a la liquidación del Contrato de Obra y contar con el aval de la Gerencia del Convenio 212027 para "determinar su pago en la etapa de liquidación". Lo anterior de acuerdo con el numeral III de la Cláusula segunda (...).”

⁹² Se refiere a los numerales i y ii de la cláusula segunda de la Modificación No. 11 al Contrato No. 2131744, esto es, los ítems 23.1.1., 23.2.1., 23.2.2., 23.2.3., 23.19.2., 23.21.1. (los del numeral i) y 23.3.1., 23.4.1., 23.5.1. y 23.5.2. (las del numeral ii).

El párrafo de la cláusula segunda de la Modificación No. 11 suscrita el 19 de septiembre de 2016 establece: “PARÁGRAFO: Para las actividades del numeral I y II descritas, previo a la etapa de la Liquidación del contrato se acordará las cantidades realmente ejecutadas y los valores a cancelar, teniendo en cuenta la propuesta presentada por el Contratista de Obra, la cual deberá contar con revisión y evaluación técnica y económicamente soportada por la interventoría PAYC SAS., y aval de la Gerencia del proyecto, para determinar su pago en la etapa de liquidación”.

En el Corte de Obra No. 41⁹³, firmado por la interventoría y el constructor con fecha de elaboración 19 de septiembre de 2016, consta la siguiente información:

Ítem	Valor mes	Acumulado total
23.1.1.	\$27.404.326	\$289.925.810
23.2.1.	\$38.309.411	\$473.094.657
23.2.2.	\$ 7.760.185	\$167.580.927
23.2.3.	\$ 5.666.000	\$101.699.904
23.19.2.	\$ 0	\$ 12.156.753
23.21.1.	\$ 0	\$ 8.534.677
23.3.1.	(\$ 187.647)	\$778.184
23.4.1.	(\$1.184.270)	\$12.186.517
23.5.1.	\$ 190.793	\$ 1.948.096
23.5.2.	\$ 50.444	\$ 2.257.358

En el Acta de Entrega y Recibo Final (FMI 027) del 30 de enero de 2017, en la cual la interventoría “HACE CONSTAR QUE EL PRODUCTO OBJETO DEL CONTRATO HA SIDO ENTREGADO POR EL CONTRATISTA Y RECIBIDO POR LA INTERVENTORIA A SATISFACCIÓN, DE ACUERDO CON LA DESCRIPCIÓN DEL SIGUIENTE CUADRO QUE INCLUYE CANTIDADES Y PRECIOS”, se enlistan los

⁹³ Folios 468 y siguientes del AZ Anexos 1, 2 y 3 (vol. 1) del dictamen de Manuel Guío.

ítems 23.1.1. Enfriador de Agua (2 Und. \$289.925.810,25), 23.2.1. UMA-1 (2 Und. \$473.094.657,34), 23.2.2. (1,9 Und. \$167.580.926,71), 23.2.3. UMA-3 (1 Und. \$101.699.903,59), 23.3.1. FC-1 (0,6 Und. \$778.183,51), 23.4.1. BAF ½ incluye válvula triple, guía de succión (1.3 Und. \$12.186.517,11), 23.5.1. Tanque de expansión (0,8 Und. \$1.948.096,01), 23.5.2. Tanque remolino con válvula de venteo automática (0,7 Und. \$2.257.357,54), 23.19.2. Control Planta de Agua Helada 1 Sistema (0,9 Und. \$12.156.752,7) y 23.21.1. Ajustes, balanceos, planos, manuales, ingeniería de montaje, calibración y arranque de planta de agua (0,9 Und. \$8.534.676,6).

Las cifras del formato FMI 027 coinciden con las del Corte de Obra No. 41, en el cual figuran como actividades ejecutadas en el mes:

Ítem	Valor mes
23.1.1.	\$27.404.326
23.2.1.	\$38.309.411
23.2.2.	\$ 7.760.185
23.2.3.	\$ 5.666.000
23.3.1.	(\$ 187.647)
23.4.1.	(\$1.184.270)
23.5.1.	\$ 190.793
23.5.2.	\$ 50.444

La suma de los ítems positivos es \$79.381.159, menos los ítems negativos (23.3.1. y 23.4.1.) son \$78.009.242. El AIU de los ítems positivos (26.18) es \$20.422.819, menos el AIU de los ítems negativos son \$20.063.651. Sumadas estas dos cifras (\$78.009.242 y \$20.063.651) se obtiene \$98.072.893

A través de carta del 2 de marzo de 2017 (folio 451 del AZ Anexos 1, 2 y 3 (Vol. 1) del dictamen técnico de Manuel Guío), el Consorcio envió a la interventoría las “memorias de cantidades, correspondientes al corte de obra No. 41, para su revisión y/o aprobación: (...) Anexo: Memorias (...) AAVM (...) 23.1.1, 23.2.1, 23.2.2, 23.2.3, 23.3.1, 23.4.1, 23.5.1, 23.5.2, 23.19.10”. Las cantidades allí indicadas tal vez no

habrían surtido el trámite especial por parte de la interventoría, exigido en el párrafo de la cláusula segunda de la Modificación No. 11.

En las aclaraciones y complementaciones del dictamen de Antonio Vargas dice (página 6): “Existen 2649 ítems (821 no ejecutados y 1848 ejecutados) que no han sido objetados por las partes. Por consiguiente, se establece que la cantidad señalada en el Acta de Entrega y Recibo Final de la Obra para estos ítems es la correcta y definitiva”. Dentro de estos ítems no objetados están los acá tratados, relacionados con la Modificación No. 11.

Conclusión

Para el Tribunal, asiste razón al Consorcio convocante, pues los ítems, en referencia fueron objeto del Contrato adicional N° 11. En la parte de consideraciones de la modificación numero 11 al contrato número 2131744 del 23 de mayo de 2013 se recuerda que para las actividades descritas en el numeral 1 y 2 del párrafo 1 previa a la etapa de liquidación del contrato se acordaran las cantidades realmente ejecutadas, los valores a cancelar teniendo en cuenta la propuesta presentada por el contratista de obra la cual deberá contar con revisión y evaluación técnica y económicamente soportada por la interventoría PHYC SAS, y aval de la gerencia del proyecto, para determinar su pago en la etapa de liquidación.

Que la gerencia del convenio 212027 y el coordinador del grupo de ejecución de la subgerencia técnica de FONADE, mediante solicitud de novedades de contratación derivada número 1930 de 19 de septiembre de 2016, solicita 1) modificar las especificaciones técnicas del ventilador del sistema de extracción mecánica VC-2 del ítem 23.10.2 del presupuesto de obra, de conformidad con el acta de cambios de especificaciones FM-1040 de 26 de agosto de 2016 suscrita por el contratista interventor. 2) establecer alcance para los efectos del sistema de aires acondicionados incorporando los párrafos 1 y 2 de conformidad con la solicitud del interventor en comunicación No. UM-3050-16 CSBA-1452 con radicado de FONADE No. 201643005711992 de 19 de septiembre de 2016 y alcance HUM-2351-16 CSB 1452.

Y en la parte dispositiva del contrato se establece las modificaciones técnicas del ventilador centrífugo VEC.

En la cláusula segunda se expresa que las actividades que conciernen al contratista consisten únicamente en el suministro, ubicación y ensamble en el sitio de los equipos en los sistemas de agua helada conforme a la descripción contenida en el anexo técnico numero 2 a esta modificación contractual y que fue concertado previamente entre el contratista y la interventoría de obra.

En la cláusula quinta perfeccionamiento y ejecución, se estipula que le presente documento se perfecciona con la firma de las partes.

Entonces está demostrado en el proceso que la modificación acordada por las partes para los propósitos de reducir el objeto del ítem de aires acondicionados y ventilación mecánica cumplió la plenitud de trámite y requisitos formales exigidos por las reglas contractuales.

Y resulta igualmente demostrado mediante el dictamen, no objetado por las partes, del perito designado por el Tribunal que la cantidad señalada en el Acta de Entrega y Recibo Final de la Obra para estos ítems es la correcta y definitiva”. Dentro de estos ítems no objetados están, relacionados con la Modificación No. 11.

Es decir, como ya se destacó, al hacer el cotejo entre las cifras del formato FMI 027 - Acta de Entrega y Recibo Final-coincidentes con las del Corte de Obra No. 41- con fecha de elaboración 19 de septiembre de 2016-, en el cual figuran como actividades ejecutadas en el mes:

Ítem	Valor mes
23.1.1.	\$27.404.326
23.2.1.	\$38.309.411
23.2.2.	\$ 7.760.185
23.2.3.	\$ 5.666.000
23.3.1.	(\$187.647)
23.4.1.	(\$1.184.270)

23.5.1.	\$ 190.793
23.5.2.	\$ 50.444

La suma de los ítems positivos es \$79.381.159, menos los ítems negativos (23.3.1. y 23.4.1.) son \$78.009.242. El AIU de los ítems positivos (26.18) es \$20.422.819, menos el AIU de los ítems negativos son \$20.063.651. Sumadas estas dos cifras (\$78.009.242 y \$20.063.651) se obtiene \$98.072.893.

Sobre la no liquidación bilateral del contrato, el Tribunal se pronunció previamente en este laudo, especialmente al pronunciarse sobre la pretensión tercera de la reforma de la demanda acumulada, por lo cual a lo dicho se remite, incluyendo el efecto de no causación de intereses de mora ni actualización.

Así las cosas, el Tribunal ordenará el pago de la suma de la suma de \$98.072.893, sin intereses o actualización, correspondiente al saldo no pagado del ítem de aires acondicionados del proyecto, teniendo en cuenta lo acordado por las partes en la modificación N° 11 al Contrato de obra N° 2131744, Parágrafo de la cláusula segunda- conforme al cual el pago se determinará en la etapa de liquidación del contrato.

3.2.10. Pretensión subsidiaria a las pretensiones de pago de sumas de dinero junto con intereses moratorios

Se formuló así:

“PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LAS PRETENSIONES DE PAGO DE SUMAS DE DINERO JUNTO CON INTERESES MORATORIOS. En el evento en que sean negadas todas o algunas de las pretensiones que involucran el cálculo de intereses moratorios sobre sumas dinero solicito que, subsidiariamente, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— al pago actualizado de las sumas que resulten a su cargo, lo que procederá con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del

dinero) desde la época de causación hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso”.

Al pronunciarse sobre las pretensiones en las que procede condena, en las cuales se pedían intereses moratorios y se negaron, se resolvió negativamente lo atinente a la actualización con base en el IPC.

En consecuencia, se niega la pretensión.

3.2.11. Pretensión décima

“DÉCIMA. - Que se ordene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— que dé cumplimiento al laudo a partir de su ejecutoria, en los términos prescritos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

El artículo 283, inciso 4º, del Código General del Proceso prescribe que “En todo proceso jurisdiccional la valoración de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”. Agrega el artículo 284, inciso 3º, ibídem, que “La actualización de las condenas a pagar sumas de dinero con reajuste monetario, en el lapso comprendido entre la fecha de la sentencia y el día del pago, se hará en el momento de efectuarse éste”.

En materia contencioso administrativa, de acuerdo con el artículo 187 del CPACA, “Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustará tomando como base el Índice de Precios al Consumidor”.

De otra parte, en relación con el cumplimiento de sentencias o conciliaciones por parte de entidades públicas, que impongan condenas al pago o devolución de una suma de dinero, los incisos segundo y tercero del artículo 192 del CPACA prescriben:

“ARTÍCULO 192. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS O CONCILIACIONES POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS.

“(…)

“Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada.

Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código.

(...)”.

El artículo 195 del mismo Código dispone:

“ARTÍCULO 195. TRÁMITE PARA EL PAGO DE CONDENAS O CONCILIACIONES. *El trámite de pago de condenas y conciliaciones se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Ejecutoriada la providencia que imponga una condena o apruebe una conciliación cuya contingencia haya sido provisionada en el Fondo de Contingencias, la entidad obligada, en un plazo máximo de diez (10) días, requerirá al Fondo el giro de los recursos para el respectivo pago.

2. El Fondo adelantará los trámites correspondientes para girar los recursos a la entidad obligada en el menor tiempo posible, respetando el orden de radicación de los requerimientos a que se refiere el numeral anterior.

3. La entidad obligada deberá realizar el pago efectivo de la condena al beneficiario, dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de los recursos.

4. Las sumas de dinero reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación, devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria. No obstante, una vez vencido el término de los diez (10) meses de que trata el inciso segundo del artículo [192](#) de

este Código o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral anterior, lo que ocurra primero, sin que la entidad obligada hubiese realizado el pago efectivo del crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratoria a la tasa comercial.

La ordenación del gasto y la verificación de requisitos de los beneficiarios, radica exclusivamente en cada una de las entidades, sin que implique responsabilidad alguna para las demás entidades que participan en el proceso de pago de las sentencias o conciliaciones, ni para el Fondo de Contingencias. En todo caso, las acciones de repetición a que haya lugar con ocasión de los pagos que se realicen con cargo al Fondo de Contingencias, deberán ser adelantadas por la entidad condenada.

PARÁGRAFO 1o. *El Gobierno Nacional reglamentará el procedimiento necesario con el fin de que se cumplan los términos para el pago efectivo a los beneficiarios. El incumplimiento a las disposiciones relacionadas con el reconocimiento de créditos judicialmente reconocidos y con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos acarreará las sanciones penales, disciplinarias y fiscales a que haya lugar.*

PARÁGRAFO 2o. *El monto asignado para sentencias y conciliaciones no se puede trasladar a otros rubros, y en todo caso serán inembargables, así como los recursos del Fondo de Contingencias. La orden de embargo de estos recursos será falta disciplinaria”.*

Indican las normas precitadas que cuando se trata de condenas a entidades públicas al pago de sumas de dinero, éstas se ajustarán en la sentencia con base en el Índice de Precios al Consumidor, de una parte, y, de otra parte, después de ejecutoriada la sentencia, devengarán intereses moratorios, dentro de las condiciones legales y, especialmente, según lo previsto en el numeral 4 del artículo 195 del CPACA.

El cumplimiento del laudo se sujetará a lo previsto en los artículos 192 y 195 del CPACA, incluyendo lo que disponen tales normas en cuanto a causación de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la providencia, conforme a lo solicitado en la pretensión décima.

3.3. Pretensiones de la demanda de reconvención

3.3.1. Pretensión 1.1. Incumplimiento parcial del que se acusa al Consorcio

Se formuló así:

*“1.1. Que se declare que los integrantes del Consorcio **ACR – CONTEIN**, conformado por las sociedades ACR CONSTRUCTORA S.A.S identificada con el Nit. No. 900.617.679-7, y CONTEIN S.A.S identificada con el Nit. No. 860.090.819-1, son **civil, contractual y patrimonialmente responsables por el incumplimiento** parcial de sus deberes asumidos con ocasión de la suscripción del Contrato de Obra No. 2131744 suscrito el día 23 de mayo de 2013 y sus otrosíes”.*

a) Incumplimiento alegado en el informe de la Fase 0

De acuerdo con los Estudios Previos, en la Fase 0, el Contratista tenía la obligación de adelantar “la revisión, análisis y validación de la información entregada por el consultor de Diseños”, para lo cual tuvo un plazo máximo de 15 días calendario, en cuyo término el contratista debía dimensionar, justificar y notificar a la interventoría las observaciones encontradas a los diseños y estudios que requirieran ajustes. Terminado el plazo, el contratista entregaría a FONADE y a la Interventoría el Informe sobre Observaciones y Metodología para el análisis, clasificación y solución de cada una de las Observaciones, para lo cual diseñaría una matriz⁹⁴.

Con fundamento en la obligación descrita, FONADE en su demanda de reconvención solicita en la pretensión declarativa 1.1. que se declare la responsabilidad civil, contractual y patrimonial del Consorcio por incumplimiento

⁹⁴ Ver Estudios Previos, página 8

Posición de la Convocada reconviniende

En cuanto a las obligaciones de la FASE 0, la parte convocada en la contestación de la reforma a la demanda arbitral acumulada sustenta su pretensión de incumplimiento del contratista, así:

“Es importante resaltar el incumplimiento del Consorcio en cuanto al alcance de la Fase 0, toda vez que revisadas las observaciones plasmadas en dicho informe frente a las actividades no previstas adicionadas al contrato durante su ejecución, y **que no hacen parte de los ajustes a diseños**, se evidencia que no todos estos NPS fueron detectados de manera oportuna tanto por este ni por la Interventoría, dado que muchos de los ítems no previstos no se encontraban ni siquiera esbozados en la Fase 0 y su solicitud de estudio de mercado se iba efectuando a medida que eran encontrados, conforme al avance de las obras. Lo anterior, denota falta de planeación por parte del Contratista quien era el encargado de determinar con anticipación las actividades a ser ejecutadas con base en las valoraciones efectuadas en Fase 0”⁹⁵.

“Efectuando una comparación entre las conclusiones arrojadas por el constructor en la FASE 0 y las actividades que fueron incluidas en el contrato de obra, se tienen diferencias significativas que denota que no fueron detectadas de manera oportuna por el Consorcio”, entre las cuales señala los nuevos ítems aprobados para el diseño eléctrico, la restauración de las 4 casas, la obra civil referida a estructuras metálicas y en concreto, los hidrosanitarios de la obra y la red contra incendios. Concluye: “Durante la ejecución del contrato ... se aprobaron 570 actividades no previstas, ítems que el contratista fue detectando durante el desarrollo del contrato, (no en la FASE 0 como le correspondía) actividades que no estaban incluidas en las cantidades de obra contractuales y que se formalizaron mediante los contratos adicionales suscritos por las partes, aprobando en ellos las prórrogas requeridas por el Contratista para su ejecución.” Y agrega: “... en el informe de FASE 0, a folios 285

⁹⁵ Ver Ver Contestación de la reforma a la demanda arbitral acumulada, páginas 122 y 123

y 286, una matriz de observaciones al presupuesto del proceso constructivo y obras preliminares a todas luces incompleta, en cuanto a la magnitud de los diseños, como se evidencia en la creación de 570 ítems durante el proceso constructivo. A efectos de corroborar lo anterior, se anexan cuadros en excel, donde se puede evidenciar la trazabilidad de todos los APUs solicitados por el Consorcio a lo largo de la ejecución del contrato”.

Posición de la Convocante reconvenida

Respecto del incumplimiento en el plazo y calidad del Informe Fase Cero (0) que le endilga FONADE porque, según su decir, falló en la detección de situaciones que afectaron el Proyecto con posterioridad, el Consorcio, al referirse en su respuesta a los hechos de la demanda de reconvención, argumenta que no pudo efectuar ninguna observación en la etapa precontractual porque dentro del proceso de selección sólo se podían formular preguntas y no oponerse a la modificación de unir la Etapa Cero (0) y Etapa Uno (1). Agrega: “No se puede hablar de incumplimiento del contratista en la fase 0, cuando los defectos que surgieron durante su ejecución se encontraban ocultos y no podían ser previstos con la revisión de unos planos, y unos diseños, que resultaron a la postre inadecuados”.

Además, dice que “... los errores de diseño fueron advertidos e íntegramente en el Informe de fase cero (0). Cosa distinta son los imprevistos normales que surgen en las obras, los cuales solo fueron advertidos en la medida del avance del Proyecto, lo cual justifica la contratación por precios unitarios. Ahora bien, cumplida la fase cero (0) por el CONSORCIO nunca se alegó su incumplimiento y en muchos de los temas, tal y como consta en el Informe se advirtieron las falencias que no fueron objeto de corrección u observación por parte de FONADE. Agrega que ... desde la fase cero (0) se anotaron muchas falencias, que FONADE no hizo nada por solucionarlo, porque si bien no afectaba la ruta crítica del Proyecto, tuvieron gran incidencia en la etapa final, tal como el apantallamiento, los sistemas eléctricos, los sistemas de voz y datos”.

Concluye afirmando que el hecho palmario es que por los defectos de diseño la obra tuvo problemas en su ejecución, de lo cual dan fe los propios documentos de FONADE especialmente en la primera prórroga en la que expresamente se

menciona que son hechos ajenos al CONSORCIO. Se entregaron planos que fueron objeto de objeciones y reformas que demoraron la obra tal y como documentalmente se acredita en el proceso.

Consideraciones del tribunal

El Tribunal advierte que el Informe Fase 0 fue entregado por el Consorcio a FONADE y a la Interventoría, anotando en la descripción de su contenido:

“Este informe se centra en las primeras fases de la restauración de las llamadas "Casas Santa Bárbara". Se trata de unas viviendas construidas en la época colonial, con muros de carga de ladrillo y adobe, que por su valor histórico se van a restaurar, estando actualmente en un estado ruinoso, por la falta de mantenimiento que han tenido desde hace décadas. Basándose en la documentación de la que se dispone y en el reconocimiento "in situ" de los espacios y estructuras a tratar.

“En la documentación aportada se especifica claramente la normativa considerada en la redacción del proyecto, siendo muy importante en estas viviendas la adecuación en todo lo posible a la norma sismorresistente NSR 10, ya que se trata de una construcción anterior a cualquier normativa de este tipo, pero su rehabilitación hace necesario tenerla en cuenta”.

Advierte, de entrada, que “No se cuenta con suficientes planos de detalle para poder concretar el alcance en cuanto a situación y mediciones de las distintas demoliciones, reposiciones o restauraciones, en parte comprensible por el continuo avance del deterioro de los muros, carpinterías y estructuras de madera, aunque entendemos que sobre el terreno y de acuerdo con los técnicos de la intervención, se irán delimitando las distintas intervenciones y concretando, que piezas se demuelen, cuales se restauran y cuales se reponen con material nuevo”.

Vista la finalidad de la Fase 0, a la luz de los Estudios Previos, consistente en revisar, analizar y validar la información entregada por el consultor, el Contratista cumplió en la entrega del Informe, a pesar de que no haya sido razonable y técnica la fusión entre la Fase 0 y la Fase 1 así como también de las dificultades presentadas en el curso de la ejecución contractual en parte motivadas por los cambios

introducidos en algunos aspectos de los diseños eléctricos y en otros aspectos de las antiguas casa a restaurar.

Como se anota al despachar la excepción de contrato no cumplido, FONADE alega que el elevado número de APUs durante la ejecución del contrato es responsabilidad del Consorcio, por el incumplimiento “*en cuanto al alcance de la Fase 0*”. Dice que se aprobaron los siguientes ítems, no detectados en dicha Fase: i) diseño eléctrico, 273 ítems diferentes al apantallamiento y puesta a tierra; ii) en las cuatro casas a restaurar, 45 ítems no previstos; iii) en la obra civil -estructuras metálicas y en concreto-, 51 actividades no previstas; iv) en el capítulo hidrosanitario, 15 ítems no previstos; v) en la red contra incendios, 8 ítems no previstos; y, vi) durante la ejecución del contrato se aprobaron 570 actividades no previstas no detectadas en Fase 0.

El tribunal observa que Informe Fase 0 muestra que fueron innumerables los APUs detectados, según se desprende de la lectura de la página 114 a 289 del Informe está dedicada a enumerar y describir los APUs de muchos aspectos del Proyecto.⁹⁶

El Consorcio advirtió que dada la situación de los inmuebles a restaurar y de no contar con suficientes planos de detalle para concretar el alcance de las intervenciones, entendió que sobre el terreno se delimitarían las intervenciones y concretarían “que piezas se demuelen, cuales se restauran y cuales se reponen con material nuevo”.

No es entonces extraño que en el curso de la ejecución contractual se hubiera determinado un número importante de APUs, pues desde el momento inicial se había previsto en la Fase 0 que ello podría ser así. De esa situación estaba informada la Interventoría y la entidad contratante. Por esa razón, el número de APUs surgido con ocasión de la ejecución contractual no puede ser fundamento de una imputación de

⁹⁶ Ver Informe, cuaderno de pruebas no 04

incumplimiento al Consorcio, pues la naturaleza y complejidad del trabajo contratado creaba las condiciones para que ello fuera así.

De otra parte, la convocada alega como motivo adicional de incumplimiento que el Informe no hubiera sido entregado el día 20 de junio de 2013 sino que lo fue el 27 del mismo mes, pues de acuerdo con los documentos contractuales se estableció un término de quince (15) días calendarios para cumplir las obligaciones de la Fase 0, a partir de la suscripción del Acta de Inicio suscrita el cinco (5) de junio de 2013. Independientemente de que se trata de un desfase no relevante dentro del término de ejecución del contrato, más si se tiene en cuenta la fusión de la FASE 0 y de la FASE 1, pues dicha fusión perturbó y materialmente acortó el término de FASE 0 porque paralelamente el contratista debió levantar el Informe e iniciar los trabajos de la Fase 1. El perito Guío observa que la fusión de las dos etapas condujo al contratista a que no pudiera ejercer su actividad de manera autónoma porque debió iniciar al tiempo la ejecución del contrato y elaborar el Informe.

El Tribunal observa que al respecto no hubo reproche alguno en ese momento de parte de la Interventoría ni tampoco de la entidad, lo cual indica que el Informe fue aceptado por la parte interesada. En consecuencia, la pretensión declarativa de incumplimiento del Consorcio fundada en el Informe tardío e incompleto de Fase 0 no tiene vocación de prosperidad.

b) Incumplimiento alegado en cuanto a los ajustes a diseño

Para el Tribunal es necesario señalar, de manera preliminar, que las pruebas aportadas al expediente indican que la obra se ejecutó y se entregó, sin perjuicio de la ocurrencia en el discurrir contractual de una serie de modificaciones de orden contractual.

Lo anterior, por cuanto lo probado permite atribuir la responsabilidad en la planeación contractual al FONADE y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y a la inconveniencia de haber fusionado las Fases 0 y 1, acarreando, a partir de ello una fatiga en la ejecución contractual y un desgaste que resulta reprochable a la luz de los principios de la función administrativa.

El Consorcio ACR-CONTEIN, mediante oficio de fecha 19 de agosto de 2014, radicado en FONADE 2014-430-075790-2 (Anexos demanda acumulada folio 488), informa a la entidad contratante que anexa propuesta para realizar “ajustes a los diseños de las áreas de Data Center y Procesos Archivísticos”, en respuesta a invitación que hizo FONADE el 6 de junio de 2014, indicando pleno conocimiento de las condiciones e información general de la misma (folio 489).

Al presentar el proyecto, el Consorcio alude a la necesidad de ajustes a los diseños, pues *“si bien en la fecha de elaboración estaban acordes a la normativa vigente y a las necesidades planteadas por el propio Ministerio, a la fecha requieren de la actualización de los mismos por cambio de tecnología, y a la ampliación de servicios y dotaciones exigidas por el propio Ministerio”* (folio 491).

La propuesta económica fue de \$296.000.000 (folio 519).

El 8 de mayo de 2015 el Consorcio adjunta medio magnético con los ajustes a diseños eléctricos correspondientes a Casas y Biblioteca (que dijeron haber enviado ya por correo electrónico el día 30 de abril de ese año), y el 5 de mayo de 2015 de las unidades constructivas 3, 4 y 5 *“realizando hoy la entrega según la programación acordada en acta de la última semana de abril las Unidades Constructivas 1 y 2 a excepción de tomas”*. (Folio 520).

El 11 de mayo de 2015, el Consorcio hace la entrega IV de los ajustes a los diseños eléctricos (folio 522).

La interventoría COINET Ingeniería, en comunicación del 26 de junio de 2015, refiere que el 23 de abril de 2015 en reunión surtida en las instalaciones de FONADE informó sobre el cambio de subcontratista de diseño, ingeniero eléctrico Herler Villamizar, por el Ing. Eléctrico Jesús Hernando Ortíz Ovalle.

Además, informa que el ACR-CONTEIN ha realizado la entrega del producto final correspondiente a los ajustes a diseño del sistema eléctrico de casas 1, 2, 3, 4, Biblioteca, alumbrado casas 1 y 2; unidades constructivas 1, 2, 3, 4 y 5; y control de iluminación de la unidad constructiva 1 y casas 1 y 2, (Generado por la adición)...” (Folios 525 y 526).

En la parte final del documento, la interventora COINET Ingeniería SAS señala que “[s]e aclara que COINET ingeniería da aval únicamente al cálculo de cargas, garantizando el cumplimiento de la Normatividad y reglamentación aplicable en Colombia y no a los cambios físicos realizados en obra, dado que, estos ajustes a diseños eléctricos y de control de iluminación, se basó en la información de cargas entregado por el Consultor-Constructor...” (Folio 537).

El Consorcio ACR – CONTEIN, según lo informa el perito SICMES SAS, “...radica a la interventoría de obra informe fase 0 el 20 de junio de 2013 (sic) en donde el consorcio notifica a la interventoría y al FONADE que los estudios previos tienen una grave falencia ya que se evidencia que los diferentes subsistemas diseñados no tienen ningún grado de integración lo cual impedía que cumpliera el objeto contractual. Para el 25 de octubre de 2014, se celebra el contrato adicional 2, el cual tenía el siguiente alcance:

El alcance de esta modificación incluye los Ajustes a los diseños de las Áreas de Datacenter y Procesos Archivísticos en la Unidad Constructiva 1, el cual debe incluir los siguientes componentes: Sistema Arquitectónico, sistema de ventilación mecánica y aire acondicionado, sistema eléctrico, sistema de tierras al interior del centro de cómputo, sistema de iluminación, sistema de seguridad (control de acceso, CCTV), sistema de cableado estructurado. Así mismo se requiere realizar la articulación de los mencionados diseños a las Unidades constructivas 2, 3,4, 5 y 6 (...).”

“La interventoría designada para validar, controlar y hacer seguimiento a las actividades del rediseño es COINET INGENIERÍA S.A.S.”

“El 24 de diciembre de 2014 se ejecutó una adición presupuestal por 49 millones al contrato adicional 2 necesaria para culminación de los diseños contratados”.

(...)”

“23 de octubre de 2015 se firman acta de verificación de diseños y/o estudios técnicos por la interventoría y el consultor (contratista de obra)”

(...)”

“El 26 de julio de 2016 la interventoría de obra PAYC S.A. genera acta de recibo (INT-R90X lista de chequeo para evaluación técnica de CCTV) a satisfacción del sistema de CCTV de la casa 1, unidad 6 biblioteca y casa 4 indicando que los recibido cumple con las especificaciones técnicas del contrato 2131744 y adicionalmente en estas listas de chequeo se indica la integración del subsistema con el BMS”

(...)”

“11 de agosto de 2016 la interventoría de obra PAYC S.A. genera de recibo (INT-R90X lista de chequeo para evaluación técnica de CCTV) a satisfacción del sistema de CCTV de la unidad 1, 2,3,4 y 5 indicando que los recibido (sic) cumple con las especificaciones técnicas del contrato 2131744”

(...)”

“30 de agosto de 2016 se hacen prueba del sistema y la interventoría expresa que el sistema de detección de incendios tiene varios pendientes faltantes para que cumpla lo solicitado en especificaciones (DETECCIÓN Y EXTINCIÓN DE INCENDIO TOMO 2), se dejan como observaciones generales que es necesario entregar los planos record, planos de detalles y pendiente prueba de integridad junto con el aval del ente certificador”. (Subrayado fuera de texto).

Finalmente, el 28 de abril de 2017, la interventoría de obra realiza la quinta revisión.

Dice al respecto el perito SICMES:

“28 de abril de 2017 se ejecuta la quinta y última revisión por parte de interventoría de obra con lista de chequeo INT-R90X lista de chequeo para evaluación técnica de BMS se aprueba en su totalidad todos los componentes del sistema y se resalta que cumple con el alcance contractual”.

Preguntado el perito si “de conformidad con el acta de entrega y recibo de las obras del contrato 2131744, en concordancia con los ajustes a diseños elaborados por parte del contratista, se solicita al perito determinar si a la fecha de entrega de firma

de dicha acta por parte de la interventoría, el contratista estaba cumpliendo contractualmente con lo siguiente...”, para lo cual se hizo descripción de lo entregado y se dispuso columnas para establecer si la obligación estaba o no cumplida. En todos los casos el perito señaló que el Consorcio había cumplido.

En el numeral 8.3 del ejercicio pericial se expresa:

“Como conclusión general de este estudio se determina que los sistemas entregados por ACR – CONTEIN se encuentran ejecutados según los requerimientos técnicos expresados en los diseños presentados por ACR-CONTEIN a la interventoría de diseño COINET INGENIERÍA SAS la y aprobados (sic) por la misma, y se verificó que todos los sistemas objeto del alcance del contrato fueron adecuadamente integrados y evaluados según listas de chequeo emitidas por la interventoría de obra PAYC SA cumpliendo con lo especificado en el alcance del contrato”.

El 12 de diciembre de 2014 se presenta una comunicación del Consorcio (C-1358-2014) requiriendo una prórroga por tiempo no inferior a 37 días calendario y una adición por valor de \$49.492.690 que tuvo como sustento “...poder culminar en su totalidad las entregas de los ajustes y diseños requeridos a satisfacción...”, motivo por el cual se materializó la adición número 1 al contrato adicional 2.

Posteriormente, esto es, el 4 de febrero de 2015, se presenta nueva solicitud del Consorcio (C-1472) para obtener prórroga por un tiempo no inferior a 20 días *“con el fin de poder culminar en su totalidad las entregas a los ajustes y diseños requeridos a satisfacción...”*.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe señalar que el contrato de Diseños, ejecutado a través del Contrato Adicional número 2 fue terminado en su totalidad, tal como lo expresó la interventoría de Diseño, y consta en el Acta de seguimiento del contrato No. 93 de 17 de marzo de 2015.

En el acta de terminación de contrato se lee: *“Gerencia de Proyectos, tipo de contrato Consultoría, código FMI026, Contrato No. 2131744 Adicional 2, Objeto: Realizar los ajustes a los diseños del Datacenter y procesos archivísticos y correlativo ajuste a Diseño de las instalaciones técnicas del proyecto: “restauración*

de las casas de Santa Bárbara y Construcción del Edificio del Archivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la ejecución de convenio No. 212027. Plazo inicial: setenta y cinco (75) días calendario, fecha de iniciación 20 de marzo de 2014, valor inicial: \$334.631.070,00, valor corroborado en dictamen rendido por el Ing. Antonio Vargas del Valle (Octubre de 2018. Folio 17)

Y, en el “acta de entrega y recibo final (sic) de objeto contractual, código FMI027, Contrato No. Adicional 2-2131744, Objeto: Ajustes a los diseños del Datacenter y Procesos archivísticos y correlativo ajuste a diseño de las instalaciones técnicas del proyecto: Restauración de las casas de Santa Bárbara y construcción del edificio del archivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, plazo actual 473 días, fecha de terminación 04/02/2016. Valor ejecutado: \$384.123.760”.

El Consorcio presentó un nuevo diseñador eléctrico (23 de abril de 2015-Ing. Jesús Ortíz) para adelantar el procedimiento de segundos ajustes, muestra indicativa de las inconsistencias que arrojaron los primeros.

El 8 de mayo de 2015 el Consorcio adjunta medio magnético con los ajustes a diseños eléctricos correspondientes a Casas y Biblioteca (que dijeron haber enviado ya por correo electrónico el día 30 de abril de ese año), y el 5 de mayo de 2015 de las unidades constructivas 3, 4 y 5 *“realizando hoy la entrega según la programación acordada en acta de la última semana de abril las Unidades Constructivas 1 y 2 a excepción de tomas”.* (Folio 520).

El 11 de mayo de 2015, el Consorcio hace la entrega IV de los ajustes a los diseños eléctricos (folio 522).

La interventoría COINET Ingeniería en comunicación del 26 de junio de 2015 refiere que el 23 de abril de 2015 en reunión surtida en las instalaciones de FONADE informó sobre el cambio de subcontratista de diseño, ingeniero eléctrico Herler Villamizar, por el Ing. Eléctrico Jesús Hernando Ortíz Ovalle.

Además, informa que el ACR-CONTEIN ha realizado la entrega del producto final correspondiente a los ajustes a diseño del sistema eléctrico de casas 1,2,3,4, Biblioteca, alumbrado casas 1 y 2; unidades constructivas 1,2,3,4 y 5; y control de

iluminación de la unidad constructiva 1 y casas 1 y 2, (Generado por la adición)...” (Folios 525 y 526).

En la parte final del documento, la interventora COINET Ingeniería SAS señala que *“[s]e aclara que COINET ingeniería da aval únicamente al cálculo de cargas, garantizando el cumplimiento de la Normatividad y reglamentación aplicable en Colombia y no a los cambios físicos realizados en obra, dado que, estos ajustes a diseños eléctricos y de control de iluminación, se basó en la información de cargas entregado por el Consultor-Constructor...”* (Folio 537).

Finalmente, el 28 de abril de 2017, la interventoría de obra realiza la quinta revisión.

Dice al respecto el perito SICMES:

“28 de abril de 2017 se ejecuta la quinta y última revisión por parte de interventoría de obra con lista de chequeo INT-R90X lista de chequeo para evaluación técnica de BMS se aprueba en su totalidad todos los componentes del sistema y se resalta que cumple con el alcance contractual”.

Preguntado el perito si *“de conformidad con el acta de entrega y recibo de las obras del contrato 2131744, en concordancia con los ajustes a diseños elaborados por parte del contratista, se solicita al perito determinar si a la fecha de entrega de firma de dicha acta por parte de la interventoría, el contratista estaba cumpliendo contractualmente con lo siguiente...”*, para lo cual se hizo descripción de lo entregado y se dispuso columnas para establecer si la obligación estaba o no cumplida. En todos los casos el perito señaló que el Consorcio había cumplido.

En el numeral 8.3 del ejercicio pericial se expresa:

“Como conclusión general de este estudio se determina que los sistemas entregados por ACR – CONTEIN se encuentran ejecutados según los requerimientos técnicos expresados en los diseños presentados por ACR-CONTEIN a la interventoría de diseño COINET INGENIERÍA SAS la y aprobados (sic) por la misma, y se verificó que todos los sistemas objeto del alcance del contrato fueron adecuadamente

integrados y evaluados según listas de chequeo emitidas por la interventoría de obra PAYC SA cumpliendo con lo especificado en el alcance del contrato”.

En cuanto al plazo de ejecución del contrato adicional 2 llama la atención que, pese a que en la parte motiva del adicional se menciona que el Consorcio menciona un plazo de ejecución de 75 días inicialmente, no se estableció formalmente en el clausulado un plazo de ejecución. En actas del plenario, se observó que las partes, ante esta situación, señalaron que el plazo del adicional 2 estaba acorde con el plazo del contrato celebrado entre el FONADE y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Independientemente de esta interpretación, surge otra claridad para el Tribunal, cual es que ante la indeterminación formal de un plazo en el Contrato Adicional 2, no se podía alegar después incumplimiento precisamente de un plazo de ejecución que no estaba formalmente establecido.

Esto se corrobora en el acervo probatorio donde no existe ninguna prueba que indique que el FONADE aplicó el derrotero procedimental estipulado en la cláusula penal pecuniaria (numeral 4.17 de las reglas de participación), en caso de haber detectado incumplimiento del Consorcio frente al tema de Diseños (contrato adicional 2).

Este numeral imponía, en el evento de presentarse un posible incumplimiento obligacional a cargo del Contratista, que FONADE lo citara a audiencia para debatir lo ocurrido. En dicha citación debía constar, con detalle, los hechos que lo soportan, junto con el informe de interventoría o de supervisión, enunciando las normas o cláusulas posiblemente violadas y sus consecuencias. Luego, establece la forma como debía desarrollarse la audiencia.

Además, en la parte final de este procedimiento especial se lee:

“FONADE podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”.

FONADE no agotó en momento alguno el procedimiento que se menciona, no estableció los hechos que podrían haber constituido el incumplimiento que hoy pretende endilgarle al Consorcio, y no lo conminó al cumplimiento del contrato bajo el procedimiento previsto en el numeral 4.17 de las reglas de participación que es de carácter imperativo para FONADE, a efectos de hacer exigible la cláusula pecuniaria pactada en el contrato, tal como lo establece el numeral 9.7 del manual de la actividad precontractual, contractual y postcontractual de derecho privado de FONADE.

Además, FONADE recibió a satisfacción cada uno de los componentes del contrato 2131744 y sus modificaciones, adicionales y prórrogas, y por ende no subyace incumplimiento alguno del mismo, lo cual hace improcedente la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, y así se dispondrá en la parte resolutive.

Por las anteriores razones, no está llamada a prosperar la pretensión de FONADE.

c) Alegado incumplimiento por retrasos y reprocesos en los trámites de ítems no previstos y las dilaciones para su aceptación

FONADE alega que en la ejecución del contrato se detectaron numerosos ítems no previstos no advertidos en la Fase 0 y en el trámite de solicitudes de aprobación de ítems no previstos, requirió varias veces “agilidad” del Consorcio en la presentación de sus solicitudes y documentos.

Sobre el informe de Fase 0 ya se pronunció el Tribunal, por tanto, es suficiente remitirse a lo expuesto.

En cuanto a la queja de FONADE de falta de celeridad del Consorcio en la presentación de solicitudes y documentos para el trámite de NPs, APUs y modificaciones contractuales, el Tribunal encuentra que no existía obligación contractual del Consorcio de solicitar modificaciones al contrato o presentar la documentación relacionada, ni tramitar la aprobación del NPs o APUs. Las modificaciones al contrato se derivaban de lo encontrado en la ejecución contractual y se adelantaban los trámites respectivos, no como una obligación del Consorcio, sino según se venía la utilidad para el proyecto.

En consecuencia, no procede declaración de incumplimiento del Consorcio por esta causa.

d) Alegado incumplimiento de la obligación relativa al BMS

Posición de la parte Convocada reconviniente

La parte convocada considera que el Consorcio no cumplió sus obligaciones contractuales relacionadas con la instalación y puesta en funcionamiento del sistema del BMS, necesario para automatizar los edificios de las Casas de Santa Bárbara y de archivo del Ministerio de Hacienda.

Según FONADE, el contrato finalizó el 16 de agosto de 2016 y el Consorcio radicó el 20 de octubre de 2016 en la entidad la documentación con la que pretendía acreditar el cumplimiento de las obligaciones pactadas en relación con el BMS, fecha en que el contrato había terminado su ejecución, razón por la cual la entrega se efectuó de forma tardía, incumpliendo así las obligaciones pactadas.

El día 19 de diciembre del año 2016, mediante radicado número 20164300764812, la Interventoría PAYC le remitió a FONADE una copia de lo que denominó “*primera acta de terminación del contrato FMI026*”, en la mencionada acta a folio 55, la Interventoría establece que, para el ítem de **BMS**, correspondiente a la “*Ingeniería, programación y puesta en marcha del sistema de seguridad y control*” el porcentaje de cumplimiento por parte del Contratista fue de un 30%, lo cual indica que **tres meses después de vencido el término de ejecución del contrato**, el Consorcio contaba con un escaso avance del 30% en lo que respecta al sistema de implementación y puesta en marcha del BMS, esto es un evidente incumplimiento del contrato.

Un año y dos meses después de finalizado el contrato, el Consorcio aún no había entregado el sistema BMS a FONADE, inclusive, el ingeniero de la empresa SICMES SAS, quien rindió el contradictamen al peritaje rendido por Germán Cortés, respecto del cumplimiento de las especificaciones técnicas del BMS previstas en los términos de referencia y demás documentos contractuales, reconoció, tanto en audiencia

como en el dictamen, que el Consorcio había finalizado las actividades del BMS seis (6) meses después de terminado el contrato, lo cual a todas luces, configura un incumplimiento contractual.

Agrega la convocada que el plazo del Contrato terminó el 19 de septiembre de 2016, no obstante, con posterioridad a la fecha mencionada el Consorcio continuaba ejecutando labores propias del negocio jurídico, razón por la cual ha sido imposible suscribir el acta de terminación y liquidación del mismo. En efecto, después de la fecha de terminación del contrato, el Consorcio presentó los cortes de obra, 38, 39, 40, 41, este último, entregado más de un año después.⁹⁷

Posición de la Convocante reconvenida

En su alegato de conclusión, la parte convocante considera que FONADE y la Interventoría manifestaron que el BMS no se podía construir de manera adecuada debido a las graves falencias y faltantes de diseño. Se probó la falencia, ya que Tectus informó que el alcance del sistema BMS debía ser indicado por el MHCP, a tan solo dos meses de la finalización del plazo inicial del contrato. Se probó que el diseño BMS no existía al momento en que se contrató al Consorcio, además que el contrato de consultoría suscrito con TECTUS finalizó el 30 de junio, razón por la cual a partir de esa fecha no se contó con el acompañamiento del diseñador pese a que los faltantes y falencias de los diseños persistían y hacían inejecutable la obra contratada. Agrega que se probó que el plazo del contrato fue impactado negativamente por numerosos cambios en el diseño, los cuales llevaron a una pérdida significativa de productividad.⁹⁸

Consideraciones del Tribunal

El BMS es un instrumento que permite el control y la supervisión de datos de aparatos mecánicos y eléctricos instalados en edificaciones e infraestructuras.

⁹⁷ Ver Alegato de conclusión de la convocada, página 46 y ss.

⁹⁸ Ver Alegato parte convocante, folio 47

Se plantea en este proceso el cumplimiento o no de la obligación del contratista de instalar un sistema de BMS en las edificaciones objeto del contrato, esto es casas y edificio de archivo.

Para el análisis del punto, es necesario distinguir dos aspectos: uno, tiene que ver con los requisitos técnicos y la funcionalidad del sistema instalado, y dos, si el cumplimiento de la obligación se dió dentro del término contractual.

a) Funcionalidad del sistema instalado

En cuanto al primer aspecto, el tribunal observa que existen criterios diferentes, como el del ingeniero JUAN CARLOS PARDO, (testigo) quien hizo una serie de observaciones sobre aspectos técnicos del sistema instalado.

El perito Germán Alexis Cortés se pronunció al respecto. Sin embargo, según reconoció el perito, no tuvo acceso a los diseños definitivos, lo cual le resta valor a sus conclusiones.

Respecto de la funcionalidad del sistema, el Tribunal considera convincentes las conclusiones a que llega la sociedad SICMES en su peritaje, cuando afirma en relación con el cumplimiento de la obligación lo siguiente:

1.- *“1 de octubre de 2016 se ejecuta la primera entrega por parte de interventoría de obra con lista de chequeo “INT-R90X lista de chequeo para evaluación técnica de BMS” con observaciones a los diferentes sistemas para mejorar la integración.*

04 de octubre de 2016, se ejecuta la revisión por parte de interventoría de obra con INT-R90X lista de chequeo para evaluación técnica del control de acceso de la unidad 1 donde se avala el subsistema”.

(...)”

2.- *“23 de noviembre de 2016 se ejecuta la segunda revisión por parte de interventoría de obra con lista de chequeo INT-R90X lista de chequeo para evaluación técnica de BMS donde se resaltan los siguientes comentarios:*

- *El subsistema de detección y extinción de incendios ya se encontraba implementado correctamente.*
El subsistema de CCTV ya se encontraba implementado correctamente.
- *El subsistema de control de accesos ya se integró con el BMS, pero las talanqueras y molinetes no presentan señales de estado siendo necesario ajustarlas para su correcto funcionamiento.*
- *El subsistema de iluminación ya se encontraba implementado correctamente.*
- *El subsistema de aires acondicionados ya se integró con el BMS, pero no se implementaron las señales de alarma y falla siendo necesario ajustar esto para el correcto funcionamiento del subsistema.*
- *Es necesario hacer ajuste en auditorios y el subsistema de sonido para funcionen correctamente con el BMS”*

3.- 16 de febrero de 2017 se ejecuta la tercera revisión por parte de interventoría de obra con lista de chequeo INT-R90X para evaluación técnica del BMS donde se resaltan algunas observaciones:

- Las talanqueras no presentan reportes al BMS
- Los molinetes de acceso no presentan reportes al BMS
- En la ventilación mecánica no se implementaron las señales de alarma y falla
- Los Dampers del sistema de bioclimático no fueron implementados en obra por lo tanto no aplica en BMS

4.- 13 de marzo de 2017 la interventoría de obra envía oficio al arquitecto JUAN CARLOS PARDO FLÓREZ, gerente de convenio 212027 con el asunto “CUMPLIMIENTO DEL BMS” indicando que el BMS cumple con las especificaciones técnicas contractuales y funciona correctamente. (Resaltado fuera de texto).

“(…)”

5.- 17 de marzo de 2017 se ejecuta la cuarta revisión por parte de interventoría de obra con lista de chequeo INT-R90X lista de chequeo para evaluación técnica de

BMS donde ya se encontraban subsanados la totalidad de los comentarios de las tres revisiones anteriores y solo quedaban pendientes las siguientes observaciones:

- Las talanqueras ya se encuentran implementadas en el BMS, pero no se le pueden hacer pruebas ese día ya que ese día se tenía previsto mantenimiento*
- Los molinetes ya se encuentran implementadas en el BMS, pero no se le pueden hacer pruebas ese día ya que ese día se tenía previsto mantenimiento*
- Planta eléctrica se debe ajustar la señal de falla que no está reportando fallas al BMS*
- Ascensores ya se encuentran implementados en el BMS, pero no se le pueden hacer pruebas ese día ya que ese día se tenía previsto mantenimiento*
- Auditorios ya se encuentran implementados en el BMS, pero no se le pueden hacer pruebas ese día ya que ese día se tenía previsto mantenimiento*
- sonido ya se encuentran implementadas en el BMS, pero no se le pueden hacer pruebas ese día ya que ese día se tenía previsto mantenimiento*

6.- *28 de abril de 2017 se ejecuta la quinta y última revisión por parte de interventoría de obra con lista de chequeo INT-R90X lista de chequeo para evaluación técnica de BMS se aprueba en su totalidad todos los componentes del sistema y se resalta que cumple con el alcance contractual.*

“Como se me(sic) menciono en premisas de peritaje en la sección 1 literal b de este documento el veredicto obedece únicamente a razones técnicas y se basó en el análisis de los documentos entregados para su evaluación.

Como conclusión general de ese estudio se determina que los sistemas entregados por ACR-COINTEIN se encuentran ejecutados según los requerimientos técnicos expresados en los diseños presentados por ACR-COINTEIN a la interventoría de diseño COINET INGENIERÍA SAS, aprobados por la misma, y se verificó que todos los sistemas objeto del alcance del contrato fueron adecuadamente integrados y evaluados según listas de chequeo emitidas por la interventoría de obra PAYC SA, cumpliendo con lo especificado en el alcance del contrato”.

Para el Tribunal, de acuerdo con la documentación examinada, el sistema instalado de BMS se ajusta a los requisitos exigidos en el contrato y se encuentra en

funcionamiento, por lo que es de concluir que no hubo incumplimiento de parte del Consorcio.

b) Oportunidad en el cumplimiento de la obligación

De acuerdo con el dictamen precitado, en el año 2017 aún se realizaban revisiones por la Interventoría, con observaciones al respecto, sobre el funcionamiento del BMS, como se observa a manera de ejemplo en la tercera revisión de febrero 16 de 2017. El contrato había terminado el 16 de agosto de 2016. Sin embargo, el retardo en que pudo incurrir el contratista en la entrega a satisfacción del sistema BMS, quedó convalidado por su aceptación de parte de la Convocada, más cuando en el curso de la ejecución contractual no se iniciaron procesos por incumplimiento relacionados con la materia.

En consecuencia, el tribunal no accederá a la pretensión de declaratoria de incumplimiento de parte del Consorcio con fundamento en el incumplimiento de la obligación relativa al BMS.

3.3.2. Pretensión 1.2. Petición de nulidad del ítem 9.3.1.

Se formuló así:

“1.2. Que se declare la Nulidad absoluta o en subsidio la nulidad relativa del ÍTEM 9.3.1 sobre rejilla en acero 2000X4000 que hace parte del Contrato de Obra No. 2131744”.

Consideraciones del Tribunal

El Tribunal estudió a espacio la alegada nulidad del ítem 9.3.1. al resolver sobre las pretensiones de la demanda principal correspondientes al pago de rejillas, por lo que es suficiente remitirse a lo dicho entonces.

En consecuencia, el tribunal denegará la pretensión 1.2, del capítulo VII sobre Pretensiones de la demanda de reconvención reformada, en cuanto se refiere a la

pretensión de nulidad absoluta, y respecto de la solicitud de nulidad relativa se inhibirá por haber caducado la acción, amén de que el error invocado como sustento de la solicitud no tiene el carácter de dirimente.

3.3.3. Pretensión 1.4.

Se formuló así:

1.4. Atentamente solicito al H. Despacho tener en cuenta lo señalado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, que señala que ‘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’.

Entendida la anterior petición como referida a las condenas a favor de FONADE que se dicten en este laudo, se negará, en cuanto no habrá tales reconocimientos económicos.

3.3.4. Pretensión 2.1. de la reforma de la demanda de reconvención. La cláusula penal pecuniaria

Se formuló así:

*“2.1. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a los integrantes del Consorcio **ACR – CONTEIN**, conformado por las sociedades ACR CONSTRUCTORA S.A.S identificada con el Nit. No. 900.617.679-7, y CONTEIN S.A.S identificada con el Nit. No. 860.090.819-1, **a pagar a favor del FONDO NACIONAL DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE**, la suma pactada convencionalmente por concepto de la cláusula penal a que hace mención la **cláusula novena** del Contrato de Obra No. 2131744 suscrito el día 23 de mayo de 2013 y sus otrosíes, esto es, a la suma de **\$14.115.151.094,4”**.*

La cláusula penal puede ser estipulada en contratos sometidos al régimen de la Ley 80 de 1993 y también en los contratos que bajo el régimen de derecho privado

celebren las entidades estatales. En el asunto *sub iúdice*, el contrato establece las cláusulas penal pecuniaria y penal de apremio así como un procedimiento para su aplicación y la facultad de exigir su pago.

Posición de la Convocada

La entidad alega como fundamento de su solicitud que “la interventoría COINET solicitó la aplicación de la Cláusula Penal Pecuniaria para el consultor mediante comunicación con radicado No 2015-430-032949-2 del 27 abril/15, ...con ocasión a los múltiples retrasos en la ejecución de la obra, como se demuestra con las diferentes comunicaciones que se relacionan en este acápite”⁹⁹. Agrega que la interventoría informó a la entidad sobre la viabilidad de imponer cláusula penal de apremio al Consorcio.

Considera la convocada que la convocante incumplió las obligaciones del contrato, así: i) por entrega deficiente y tardía de los ajustes a diseño; ii) por los retrasos y los reprocesos en los trámites de los items no previstos y las dilataciones para su aceptación, y iii) instalación y puesta en funcionamiento del sistema BMS.

Concluye, dado que FONADE se rige por el derecho privado y de acuerdo a una profusa línea jurisprudencial del Consejo de Estado, la entidad no es competente para declarar incumplimientos, imponer multas o cláusula penal, debe acudir al tribunal arbitral para que se pronuncie al respecto.¹⁰⁰

Posición de la Convocante

Considera la convocante que los hechos alegados en la demanda de reconvencción no son ciertos y que, por el contrario, el Consorcio cumplió con sus obligaciones. Agrega que, por ello, “... no existe ningún procedimiento iniciado para declarar el

⁹⁹ Ver demanda de reconvencción reformada, página 114.

¹⁰⁰ Ver alegato de conclusión de la convocada, página 55.

incumplimiento contractual, solo existen manifestaciones de COINET que no conoció el CONSORCIO...”.

De otra parte, al contestar la reforma a la demanda de reconvención, la convocante objeta el juramento estimatorio por considerarlo errado al “pretender tasar la cuantía del proceso aplicando simplemente el porcentaje del 20% al valor total del contrato para pedir la cláusula penal pecuniaria, desatendiendo el principio de proporcionalidad conforme al cual la entidad debe tasar porcentualmente el peso que sobre el valor total del contrato tuvo el supuesto incumplimiento y a ese valor sí aplicar el porcentaje pactado. Sin lugar a dudas resulta desproporcionado y abusivo por parte del apoderado del FONADE pretender aplicar el 100% de la cláusula penal respecto a un contrato que, como se demostrará a lo largo de este proceso mediante diversos medios de prueba, se cumplió íntegramente y que fue puesto en funcionamiento desde el mes de julio de 2016, antes de la finalización del plazo contractual¹⁰¹.

Consideraciones del Tribunal

Visto que las pretensiones relacionadas con el presunto incumplimiento del Consorcio fueron denegadas, el Tribunal la despachará desfavorablemente a FONADE.

3.3.5. Pretensión 2.2.

Se formuló así:

*“2.2. Que se condene a los integrantes del Consorcio **ACR – CONTEIN**, conformado por las sociedades ACR CONSTRUCTORA S.A.S identificada con el Nit. No. 900.617.679-7, y CONTEIN S.A.S identificada con el Nit. No. 860.090.819-1, a pagar a mis representadas, **intereses de mora** a la tasa máxima legal aplicable, sobre todas las sumas a las que resulte condenada la demandada, a*

¹⁰¹ Ver contestación a reforma de la demanda de reconvención, pag 31.

partir de la fecha en la que debieron ingresar al patrimonio de mis representadas, y hasta la fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral”.

En cuanto no hay condenas a favor de FONADE, no procede el pago de intereses de mora. Se niega la pretensión.

3.3.6. Pretensión 2.3.

Se formuló así:

*“2.3. Que se condene a los integrantes del Consorcio **ACR – CONTEIN**, conformado por las sociedades ACR CONSTRUCTORA S.A.S identificada con el Nit. No. 900.617.679-7, y CONTEIN S.A.S identificada con el Nit. No. 860.090.819-1, a pagar a mis representadas, las costas que se generen como consecuencia de este proceso, así como las agencias en derecho, y **la actualización-indexación de las sumas adeudadas y reconocidas en el Laudo Arbitral”.***

En cuanto no hay condenas a favor de FONADE, no procede la actualización-indexación pedida. Sobre costas se resuelve más adelante en este laudo.

3.3.5. Pretensión 1.3. Liquidación del Contrato

Se formuló así:

“1.3. Que se ordene y practique la liquidación judicial del Contrato de Obra No. 2131744 suscrito el día 23 de mayo de 2013 y sus otrosí, modificaciones, adiciones y prórrogas teniendo en cuenta la renuencia del Consorcio para tales efectos”.

Posición de la Convocada

La parte convocada solicita al tribunal que ordene y practique la liquidación judicial del contrato y sus otrosíes, modificaciones, adiciones y prórrogas, teniendo en

cuenta la renuencia del Consorcio para tales efectos.¹⁰² Además, para liquidar el contrato solicita que se tenga en cuenta (i) que para la fecha de terminación del contrato el Consorcio presentaba una mora o retraso en la ejecución de 110 días; (ii) que el sistema BMS no fue entregado a la finalización del contrato y aún presenta fallas; (iii) que la retención de la suma en garantía está sujeta a la liquidación del contrato, y (iv) la indemnización plena de perjuicios pactada en la cláusula penal.

Posición de la Convocante

La Convocante alega que la petición de liquidación del contrato formulada por FONADE es antitécnica, no se trata de una petición de declaración y condena y no menciona cuáles serían las bases de la liquidación.

La convocante niega lo manifestado por la convocada en cuanto a que recibió de FONADE requerimientos de información y no los atendió, pues *“el CONSORCIO ha remitido cerca de 8.000 folios con toda la información y las Actas y los Formatos de Actas de Terminación de Contrato y Acta de Entrega y Recibo Final del Objeto Contractual”*. FONADE también tiene un proyecto del Formato 045 en el que se liquida la obra y los dineros a pagar al Consorcio.

El Consorcio tramitó los formatos FMI 26, 27 y 045 desde el momento en que terminó el contrato. COINET afirmó que no suscribiría el 045 porque *“... este proceso de liquidación se llevará a cabo, siempre y cuando FONADE dé el aval para proceder con el mismo, debido a los trámites que se están adelantando en el Tribunal de Arbitramento”*.

La actuación de FONADE es inconsistente, pues *“no obstante que se niega e instruye al Supervisor del CONTRATO y a los Interventores para que no firmen los Formatos, dirige comunicación al CONSORCIO señalándole que ha incumplido sus*

¹⁰² Ver Reforma a la demanda de reconvención, página 123

obligaciones en relación con la ampliación de la Póliza para cubrir el amparo de estabilidad de obra”.

El Consorcio también alega que “... *si se trata de un CONTRATO que se rige por el derecho privado los actos de liquidación consensual estarían dados con la suscripción de las Actas referidas y las peticiones en relación con la liquidación de la obra deberían ser formuladas como pretensiones de declaración, condena y pago, por lo que en estas condiciones la competencia del Tribunal se vea limitada por la impropiedad en que se incurre”.*

En caso de que el Tribunal proceda a liquidar el contrato, el Consorcio pide incluir partidas de:

i) “MAYOR PERMANCIA EN OBRA”. Desde el 27 de febrero de 2015 el Consorcio dejó salvedades en la suscripción de la Adición No. 3 y las prórrogas números 4 a 8. Se compone por \$4.023.097.450 por sobrecosto administrativo, del cual se descontaría lo correspondiente a administración por el Corte de Obra No. 40, el Corte No. 41 o liquidación, el ítem de rejillas y actividades ejecutadas que no estaban legalizadas, en caso de que estas pretensiones fueran reconocidas por el Tribunal.

ii) “REMBOLSO DE LA RETENCIÓN EN GARANTÍA”. La suma de \$2.152.347.209 que conserva FONADE, junto con los intereses de mora desde la fecha en que debió liquidarse el contrato (19 de marzo de 2017).

iii) “ACTIVIDADES EJECUTADAS POR EL CONSORCIO ACR-CONTEIN QUE NO HAN SIDO OBJETO DE RECONOCIMIENTO Y PAGO POR PARTE DEL FONADE”. Reducción del Corte de Obra No. 39 por \$108.215.739,32, e ítems ejecutados no legalizados por \$72.951.420,75.

iv) “PAGO DEL CORTE DE OBRA No. 40 Y DEL CORTE DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO”. Suman \$1.218.895.419.

El Convocante presenta un proyecto de liquidación, con un saldo a su favor de \$7.575.507.238,27. Incluye un saldo no pagado de “Valor ajustes a diseños” que no es parte de ninguna de las pretensiones de las demandas principal y acumulada.

Consideraciones del Tribunal

La liquidación del contrato está prevista en la cláusula décima séptima del contrato, en los términos siguientes:

“Al producirse una cualquiera de las causas de terminación del contrato, se procederá a su liquidación en un plazo máximo de seis (6) meses, contados a partir de la ocurrencia del hecho o acto que genera la terminación. La liquidación por mutuo acuerdo se hará por acta firmada por las partes, en la cual deben constar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar y los acuerdos, transacciones y conciliaciones que alcancen las partes para poner fin a las posibles divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. Las partes acuerdan que si el contratista no se presenta a la liquidación o no se llega a acuerdo sobre el contenido de la misma, ésta podrá ser practicada directa y unilateralmente por FONADE a través de documento escrito. La liquidación unilateral se realizará dentro del término de dos (02) meses contados a partir del vencimiento del plazo para liquidar el contrato de común acuerdo; lo anterior no obsta para que dentro de este plazo las partes lleguen a un acuerdo sobre la liquidación”.

De acuerdo con cláusula compromisoria pactada en el contrato, cláusula vigésima segunda, al tribunal de arbitramento fue deferida una cláusula general de competencia consistente en que “Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento...”.

La expresión “controversia” que se utiliza en la cláusula comentada tiene el alcance dado en materia de contratos estatales por el artículo 141 del CPACA, al referirla a las peticiones de declaratoria de existencia o de nulidad revisión, declaratoria de incumplimiento, solicitud de declaraciones y condenas, así como a la liquidación judicial del contrato.

En consecuencia, el Tribunal como mecanismo alternativo a la justicia estatal en la solución de conflictos, particularmente en materia de controversias contractuales, es competente para decidir sobre la solicitud de liquidación hecha por la parte convocada en su demanda de reconvención.

Para el efecto, el tribunal tendrá en cuenta los elementos que integran el concepto de liquidación, de acuerdo con el contrato y con la jurisprudencia del Consejo de Estado. La cláusula décima séptima, precitada, indica los elementos de la liquidación, como son los ajustes, revisiones, reconocimientos, acuerdos, transacciones y conciliaciones alcanzados por las partes.

Es de tener en cuenta que la liquidación bilateral no tuvo lugar, entre otras razones, porque la demanda arbitral de parte del contratista fue presentada estando en curso la ejecución del contrato, lo cual indica que existían entre las partes discrepancias sobre elementos de la ejecución contractual.

A la fecha, el contrato no ha sido liquidado, motivo por el cual se considera que es procedente la pretensión de la convocada en tal sentido y, por tanto, el tribunal procederá a su liquidación judicial, en los términos siguientes:

Sumas a favor de la Convocante:

Ítem 9.3.1. Rejilla en Acero 2000 x 4000: \$1.041.926.501
Retención en garantía: \$2.298.928.928
Mayores cantidades de obra: \$23.696.790
Saldo no pagado de los ítems de aire acondicionado: \$98.072.893

Sumas a favor de la Convocada:

No hay reconocimientos a favor de FONADE.

TOTAL LIQUIDACIÓN A FAVOR DEL CONTRATISTA: Tres mil cuatrocientos sesenta y dos millones seiscientos veinticinco mil ciento doce pesos (\$3.462.625.112).

3.4. El llamamiento en garantía

Después de oponerse a las pretensiones de la demanda de reconvención reformada interpuesta por FONADE, de invocar varias excepciones de mérito y de coadyuvar

las expuestas por el Consorcio, la Compañía Mundial de Seguros se opone a la prosperidad de la única pretensión del llamamiento en garantía formulado por FONADE, en resumen, con fundamento en las consideraciones siguientes:

i) que no se estructuran los presupuestos legales, sustanciales, ni probatorios necesarios para afectar los amparos contenidos en la póliza expedida por la aseguradora, y con ocasión de los hechos que fundan la demanda en reconvención; más aún cuando con la demanda en reconvención en contra del Consorcio pretende, a título de condena económica, la exigibilidad de la cláusula penal contenida en el Contrato, la cual se encuentra expresamente excluida de la cobertura del contrato de seguros;

ii) que no existió a lo largo del Contrato un incumplimiento por parte del Contratista que llevara a la afectación de la póliza de cumplimiento. Si bien el Tribunal está limitado a resolver sobre la pretensión de la condena económica contenida en la cláusula penal, sí debe ponerse de presente desde ya que por ninguna otra razón jurídica o de hecho la póliza expedida por mi mandante está llamada a ser afectada;

iii) que, por interpretación de los hechos de la demanda en reconvención o del llamamiento en garantía, no hay lugar a que llegue a considerar la emisión de un Laudo Arbitral ultra o extra petita, pues, en particular, FONADE ha solicitado la condena al Consorcio de la cláusula penal prevista en el Contrato de Obra, no la afectación de amparo alguno contenido en la póliza expedida por **MUNDIAL DE SEGUROS**; y esa es la pretensión límite respecto de la responsabilidad que debe estudiarse frente a la Aseguradora.

iv) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, solicito desde ya que se condene en costas a la parte demandante en reconvención, todo ello de acuerdo con los argumentos de hecho y de derecho que se exponen a lo largo del presente escrito.

3.4.1. Consideraciones preliminares

Las pretensiones de la demanda de reconvención relativas al incumplimiento del Consorcio y el consecuente cobro de la cláusula penal fueron negadas, negación que, a la vez, por su vinculación con lo pretendido en el llamamiento en garantía hecho por la demandante, produce de hecho el efecto de pronunciamiento en contra de la reclamación de FONADE hacia Compañía Mundial de Seguros, pronunciamiento que, además, hace tránsito a cosa juzgada, esto es, impide que se instaure un nuevo proceso por FONADE contra Compañía Mundial de Seguros en el cual se reclame el pago de la indemnización derivada de la cláusula penal por los mismos hechos.

Lo anterior es suficiente para despachar el llamamiento en garantía.

En todo caso, para ahondar en la improcedencia de las peticiones del llamamiento, se hicieron las siguientes consideraciones.

a) El seguro de cumplimiento en Colombia

El seguro de manejo o cumplimiento tiene su fundamento legal en el artículo 2º de la Ley 225 de 1938, norma que fue incorporada en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero como artículo 203, en donde se define el objeto del seguro, así: “1. Objeto del seguro. Dentro de los seguros de manejo o de cumplimiento habrá uno que tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos. (...)”.

Conforme a la clasificación de los seguros prevista en el artículo 1082 del Código de Comercio, el seguro de cumplimiento hace parte de los seguros de daños, de

carácter patrimonial, en la medida que persigue el restablecimiento del patrimonio económico del acreedor de la obligación (asegurado), por causa del incumplimiento del contrato o de la disposición legal por parte del deudor (tomador del seguro)¹⁰³.

Respecto del seguro de cumplimiento, la doctrina ha señalado que dicho contrato está dirigido a “amparar daños patrimoniales, donde la responsabilidad de la compañía aseguradora es el pago de una indemnización, limitada al monto del valor asegurado y hasta la concurrencia del perjuicio patrimonial que demuestre haber sufrido el asegurado, como consecuencia del incumplimiento del contrato o de las obligaciones garantizadas (Mendoza y García, 2009)”¹⁰⁴.

Por regla general, en la actualidad el seguro de cumplimiento se ofrece por las empresas aseguradoras bajo cuatro subramos, a saber:¹⁰⁵

- Pólizas de cumplimiento que respaldan los contratos estatales;
- Pólizas de cumplimiento que respaldan contratos celebrados entre particulares;
- Pólizas de cumplimiento de disposiciones legales;
- Caucciones judiciales.

b) La póliza de cumplimiento de contratos estatales regulados por el Estatuto de Contratación

El seguro de cumplimiento de los contratos sometidos al Estatuto de Contratación goza de un régimen legal de carácter mixto, diferente de los demás contratos de seguro, que se encuentran regulados únicamente por las disposiciones del Código de Comercio.

103 SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA - Doctrinas y Conceptos Financieros 2004 - Concepto No. 2004004488-1 de fecha 10 de marzo de 2004.

104 REYES LAURA, BAQUERO FELIPE. Seguro de daños – El seguro de cumplimiento. Fasecolda.

105 Ibídem.

Para efectos de constitución de la Garantía Única, el Estatuto de Contratación reguló aspectos esenciales del contrato de seguro de cumplimiento. En efecto, en esa clase de contratos los amparos de la póliza están previstos reglamentariamente en el artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015, norma que prescribe:

“Artículo .2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía cumplimiento del contrato debe cubrir:

1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida los recursos recibidos en calidad anticipo.

2. Devolución del pago anticipado. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal por la no devolución total o parcial del dinero entregado al contratista a título pago anticipado. cuando a ello hubiere lugar.

3. Cumplimiento contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:

3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable contratista;

3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando contrato no prevé entregas parciales; y

3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

4. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. (...). (subrayado fuera de texto)”.

En los contratos de seguro que sirven de garantía única en los términos de la Ley 80 de 1993: “No aplica la regulación consagrada en el estatuto mercantil (artículo 1053-3, C. de Co.), según la cual la aseguradora tiene la facultad de objetar la reclamación que le presente el asegurado, ni aquella que prevé que en cuanto tal objeción sea oportuna, seria y fundada tendrá la virtualidad de eliminar o destruir el mérito ejecutivo de la póliza; (...) tampoco aplican las previsiones encaminadas a imponerle al asegurado, o al beneficiario, la obligación de dar aviso de la ocurrencia del siniestro a la aseguradora, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer (artículo 1075 C. de Co.), ni aquellos tendrán el deber de presentar la correspondiente reclamación formal¹⁰⁶.”

De igual manera, en los contratos estatales regulados por el Estatuto de Contratación Estatal, la ley otorga competencia a las entidades estatales para declarar la ocurrencia del siniestro asegurado, de acuerdo con lo señalado en los artículos 4 numeral 2 de la Ley 80 de 1993, 7 de la Ley 1150 y 99 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 86 de la Ley 1474 de 2011:

Artículo 4, Ley 80 de 1993. De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: (...)

2. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

Artículo 7 inciso 4º Ley 1150. El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

¹⁰⁶ Al respecto se pueden consultar las precisiones efectuadas en la sentencia de mayo 3 de 2001, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Expediente No. 12724. Actor Compañía Aseguradora de Fianzas y Pinski.

Artículo 99 del CPACA. *Prestarán mérito ejecutivo para su cobro coactivo, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y exigible, los siguientes documentos: (...)*

3). *Los contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad. Igualmente lo serán el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual.*

Artículo 86 Ley 1474 de 2011. *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.*

Conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la declaratoria del siniestro asegurado mediante acto administrativo pretende la preservación del patrimonio público ante el incumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato estatal, aspecto desarrollado por dicha corporación, así:

“Es erróneo confundir las garantías contractuales con las potestades sancionatorias de la administración, toda vez que las garantías no son una pena convencional porque su función no es la estimación anticipada de perjuicios que pudiera sufrir la administración con la inejecución del contrato o el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones por parte del contratista, como tampoco es un medio coercitivo para apremiarlo. Su función es, como ya se dijo, salvaguardar el interés público y proteger patrimonialmente a la administración frente a los eventuales incumplimientos del contrato imputables al contratista...”

“Es en el privilegio de la decisión previa ejecutividad (autotutela administrativa) que ostenta la administración en todas sus relaciones jurídicas de donde deriva la potestad de declarar unilateralmente el incumplimiento de las obligaciones del contratista y de ordenar la efectividad de las garantías, sin la aquiescencia previa del asegurador y sin necesidad de acudir al juez del contrato mediante la expedición de un acto administrativo, con lo que técnicamente se configura el siniestro. De manera que la administración pública al celebrar contratos con los particulares (siempre para la satisfacción del interés público) actúa revestida de

las prerrogativas que ordinariamente ostenta en el ejercicio de sus funciones, de las cuales no se despoja en la gestión contractual; privilegio que no tiene su fundamento en la lex contractus, ni en la naturaleza intrínseca del contrato administrativo, sino en los atributos propios de la administración pública inherentes al imperium del Estado, que le confieren una supremacía jurídica en todas sus relaciones jurídicas”¹⁰⁷.

Reiterando los anteriores criterios, la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“La garantía de cumplimiento del contrato estatal mediante la cual la compañía se seguros se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el tomador en virtud de la celebración de un contrato tienen carácter indemnizatorio pues su finalidad como ya se dijo es proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista y de esta manera evitar que dicho patrimonio se vea afectado o empobrecido.

“El artículo 1088 del Código de Comercio establece que “Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso”.

“Al tenor de la norma transcrita, los seguros de daños tienen carácter indemnizatorio para el asegurado con el fin de evitar que su patrimonio resulte afectado por la ocurrencia del hecho constitutivo del riesgo asegurado; en otras palabras, los seguros de daños tienen como finalidad última la de indemnizar al asegurado o beneficiario cuando su patrimonio es afectado por la realización del

¹⁰⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de mayo 24 de 2001. M. P.: Ricardo Hoyos Duque. Exp. 13598.

riesgo asegurado, principio este denominado “de la indemnización”¹⁰⁸ por la ley comercial¹⁰⁹.

c) Pólizas de cumplimiento de contratos entre particulares y de contratos estatales no regulados por el Estatuto de Contratación

Las pólizas de cumplimiento que respaldan contratos celebrados entre particulares brindan cobertura frente al pago de los perjuicios ocasionados al beneficiario contratante, derivados del incumplimiento de las obligaciones imputables al contratista, emanadas de un acuerdo de voluntades perfeccionado entre particulares.

A diferencia de lo que ocurre con los contratos de seguro de cumplimiento regulados por el Estatuto de Contratación Estatal, el seguro de cumplimiento a favor de particulares goza de un régimen jurídico exclusivo de derecho privado, regido por las disposiciones del Código de Comercio.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la Ley 1150 de 2007, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuentan con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en el que se aplican reglas de derecho privado, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, además del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

De acuerdo con lo indicado, el Contrato de Obra Pública 2131744 de mayo 23 de 2013, suscrito entre FONADE y ACR CONTEIN, tiene un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por lo que no se le puede aplicar a dicho acuerdo de voluntades las disposiciones

¹⁰⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, sentencia 063 de mayo 24 de 2000, Exp. 5439, M.P. Manuel Ardila Velásquez.

¹⁰⁹ COLOMBIA – CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia de abril 22 de 2009. M. P. Myriam Guerrero De Escobar.

contenidas en la Ley 80 de 1993, artículos 5 numeral 4; 18 numeral 4 inciso final; 41 inciso 2, y 60 inciso 4, respecto de la póliza de cumplimiento.

Tampoco le es aplicable la facultad prevista en el inciso 4 del artículo 7 Ley 1150, por lo que el acaecimiento del siniestro que ampara la póliza de cumplimiento no tiene que ser comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare, sino que se debe presentar la reclamación de seguro en los términos señalados en el Código de Comercio.

De igual manera, no le es exigible a la póliza de seguro que ampara el contrato contener los amparos regulados por el artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015, norma que incluye dentro del amparo de cumplimiento el pago de multas y cláusula penal pecuniaria.

En definitiva, el contrato de seguro que presta garantía para el cumplimiento de un contrato estatal, que no se rige por las normas del Estatuto de Contratación Estatal, goza de un régimen jurídico exclusivo de derecho privado y se asemeja al seguro de cumplimiento en favor de particulares.

3.4.2. Análisis de la Póliza de Seguros NB-100029079

Al analizar las condiciones generales de la Póliza de Seguro NB-100029079 expedida por la Compañía Mundial de Seguros S.A. el día 23 de diciembre de 2016, se observa claramente que:

- La Sección 1.3. incluye el amparo de cumplimiento que precave contra perjuicios derivados del incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones emanadas del contrato garantizado.
- La Sección 2.2. excluye expresamente el amparo de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones de la cláusula penal o multas impuestas al contratista deudor, las cuales serán de su cargo exclusivo.

Al analizar los amparos y exclusiones, se concluye que la Póliza de Seguro NB-100029079 no es una garantía única de cumplimiento en los términos del Estatuto de Contratación Estatal, sino un seguro de cumplimiento a favor de entidades públicas y de particulares cuyas actuaciones en el campo contractual se rige por normas de derecho privado.

Al aplicarse a la póliza únicamente normas comerciales, es claro que la exclusión incluida en la póliza de seguro es válida y por lo tanto, el Tribunal declara que la Compañía Mundial de Seguros S.A. no responde como garante por el pago de la cláusula penal.

4. LAS EXCEPCIONES

El orden del análisis y el despacho de las excepciones será referido, en primer término, a las expuestas por la convocada; en segunda término, a las de la convocante al responder la demanda de reconvenición, y, finalmente, a las invocadas por la Llamada en garantía.

4.1. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR FONADE EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA.

Se exponen a continuación, bajo la denominación dada por la Convocada.

4.1.1. Excepción de improcedencia de pretensiones que violan el contrato, sus modificaciones y la matriz de riesgos acordada.

FONADE alude al principio según el cual el contrato es ley para las partes y a que el Consorcio “*no puede actuar en contra de sus propios actos*”, enmarcado esto dentro del postulado de la buena fe, lo cual considera transgredido por el contratista. Es claro que la máxima *venire contra factum proprium* se ve absolutamente transgredida como consecuencia del actuar incoherente y, premeditadamente, carente de buena fe y diligencia, con el propósito de obtener provecho económico distinto y adicional al derivado, por su naturaleza, del contrato mismo.

FONADE alega que el Consorcio no puede desconocer la matriz de riesgos pactada, en la cual se encontraban previstos los conceptos de reajuste de precios por variación del IPC, variación del dólar americano y la “*estampilla Pro Universidad Nacional*”, asignados al contratista.

Pronunciamiento del Tribunal

El Tribunal considera válidos los principios generales invocados por la entidad Convocada, como son los de que el contrato es ley para las partes, así como el principio *venire contra factum proprium*, como expresión de la buena fe contractual. Sin embargo, tratase de una formulación general que para su despacho es necesario concretarla en cargos particulares. Será en ese examen de cada una de las pretensiones en donde se definirá si el Consorcio ha actuado contra sus propios actos y si ha desconocido la matriz de riesgos en relación con los temas planteados de reajuste de precios, incremento de la tasa de cambio y estampilla, razón por la cual el Tribunal se remite a lo decidido en esas materias en los correspondientes subcapítulos. En consecuencia, se niega esta excepción.

4.1.2. Excepción de improcedencia de la pretensión relacionada con el supuesto alza del dólar

Para FONADE, el contratista asumió el riesgo cambiario, según el análisis de riesgo pactado en el Anexo 5 de las Reglas de Participación. Durante el proceso de selección, ninguno de los integrantes del Consorcio elevó peticiones o manifestó inconformidad en relación con la distribución de riesgos propuesta por FONADE. Las reclamaciones deben presentarse oportunamente, de acuerdo con la jurisprudencia.

El consorcio en concepto de FONADE debió buscar mecanismos de protección contra el riesgo cambiario. La inobservancia de las cargas de previsión y sagacidad en la formación del contrato excluyen la imprevisión. De acuerdo con la jurisprudencia, “*no opera la imprevisión cuando el suceso está en la esfera o círculo del riesgo de la parte afectada, el alea normal del contrato, o es imputable a la propia conducta, HECHO, dolo, culpa, exposición, incuria, negligencia, imprudencia o, la falta de medidas idóneas para prevenir, evitar o mitigar el evento o sus efectos*”.

Se agrega en la excepción que *“Si deliberadamente FONADE durante la ejecución del contrato decide aceptar modificar el contrato para reconocer al Consorcio un ajuste de precios para obras adicionales con ocasión a la fluctuación del dólar, dicha concesión ante la solicitud expresa que hizo el Consorcio no puede implicar el reconocimiento de mayores pagos frente a circunstancias contractuales anteriores y diferentes a las cubiertas en la modificación”*.

Así mismo, FONADE alega que no se aportó prueba de los cambios en los precios de insumos, equipos y suministros por el dólar y el Consorcio se comprometió a que los bienes y servicios que ofrecía en el proceso de selección serían de origen colombiano.

Pronunciamiento del Tribunal

El tribunal declarará la prosperidad de esta excepción con fundamento en la consideración de que el Consorcio aceptó el riesgo cambiario en el momento de ofertar y de suscribir el contrato así como en el hecho de que la convocante ofreció en el proceso de selección que los bienes y servicios serían colombianos, amén de que el contrato se suscribió en el momento de mayor volatilidad de la divisa americana así como también de que no probó los cambios en los precios de los insumos, como se explica en el despacho de esta pretensión, a lo cual el Tribunal se remite. En consecuencia, prospera esta excepción.

4.1.3. Excepción de improcedencia de la pretensión relacionada con el índice de precios al consumidor – IPC

Se precisa que solo hasta el 1 de junio de 2015 el Consorcio reclamó la actualización monetaria de los valores unitarios del contrato, pero en la demanda se pide desde el 30 de junio de 2014.

La forma de pago pactada fue *“precio fijo sin cláusula de reajuste”*, tanto para la Fase 0 (*“Precio global fijo sin fórmula de reajuste”*) como para la Fase 1 (*“Precio unitario fijo sin fórmula de reajuste”*).

En las modificaciones, adiciones y prórrogas del contrato se estipuló, sin salvedad por parte del contratista, que el valor adicional respectivo cubriría todos los costos necesarios para ejecutarlas, a excepción del Reinicio No. 1 Prórroga No. 5 Modificación No. 5 y Adición No. 4, en la cual se anotó que se difería a la etapa de liquidación del contrato la solución de la reclamación del contratista por mayor permanencia en obra.

Por último, se argumenta que la petición de la demanda contiene un defecto técnico puesto que solicita, a la vez, indexación e intereses de mora.

Pronunciamiento del Tribunal

El tribunal accederá a decretar la prosperidad de esta excepción porque la parte contratante aceptó en los contratos adicionales así como en las reformas del contrato principal, suscritos voluntariamente, que el precio de dichas adiciones cubría los costos para ejecutarlas, los gastos de administración y la ganancia esperada por el contratista, sin que en el momento de suscripción de esos documentos hubiera hecho salvedad alguna. Así se precisa en el subcapítulo correspondiente al cual se remite el tribunal. En consecuencia, prospera esta excepción de la convocada

4.1.4. Excepción de improcedencia de pretensión relacionada con la estampilla pro-universidad

De acuerdo con esta excepción, las prórrogas del contrato eran previsibles y fueron aceptadas previa petición del Consorcio. Las Reglas de Participación (numeral 4.5.) preveían la posibilidad de prórrogas, de manera que no se puede atender la petición de que el plazo del contrato no podía exceder el 30 de junio de 2014.

Se reitera que el Consorcio pretende desconocer la asignación de riesgos del contrato, no objetada durante el proceso de selección, que contiene lo siguiente: *“4.2.2.1.1. ACCIONES LEGALES [...] En este factor se tienen en cuenta afectaciones por impuestos, cargas parafiscales, y todo tipo de tributos, timbres, **estampillas**, o*

*cargos de origen impositivo **que pueden ser considerados en virtud de la normatividad vigente o en desarrollo, al momento de presentar la oferta... (...)**”.*

El valor negativo previsto en la matriz de riesgos para este evento fue \$577.065.558, superior a lo reclamado por el consorcio (\$77.873.317).

La creación de la estampilla se encontraba prevista en la matriz de riesgos y no ocasionó daño cierto y especial al contratista, que alterara más allá del aleas normal la ecuación financiera del contrato. La retención se aplicó a las adiciones pactadas después de la existencia del tributo y era previsible la creación de la estampilla antes de la firma de las adiciones contractuales afectadas, pues el proyecto de ley respectivo inició curso en el Congreso de la República en octubre de 2012 y la ley fue expedida el 20 de diciembre de 2013 y reglamentada el 5 de junio de 2014.

Adicionalmente, lo estipulado en el contrato y sus modificaciones reflejan la voluntad de las partes de considerar incluidos *“los impuestos a que haya lugar por la celebración, legalización, ejecución y liquidación del contrato”*. Solo hasta la adición del 25 de febrero de 2015 el Consorcio manifestó reserva de ejercer reclamación contra FONADE, pero no se mencionó expresamente la estampilla.

Pronunciamiento del Tribunal

El Tribunal accederá a esta excepción porque, como se explica con mayor detalle en el subcapítulo respectivo, a lo cual se remite, el contratista aceptó el riesgo de “todo tipo tributos, timbres, estampillas...”, era previsible la creación de la estampilla, así como aceptó las prórrogas del término del contrato. En consecuencia, prospera esta excepción.

4.1.5. Excepción de improcedencia de reclamación por el ítem 9.3.1 sobre rejilla en acero 2000x4000

FONADE se opone a la pretensión de pago de este ítem *“a un precio superficial, esto es, muy elevado en comparación con el valor promedio del mercado”*.

La Convocada afirma que cuando la demanda sostiene que en los pliegos se encontraron ítems a precios muy bajos que se pudieron compensar con otros, *“el Convocante está reconociendo que al estudiar los pliegos y su información, detectó supuestos errores en el ítem 9.3.1 acerca de su cantidad y precio, pero resolvió callarlos frente a FONADE, sin exponerlos en la audiencia y oportunidad para observaciones, reconociendo que por el contrario, resolvió presentar la propuesta en esas condiciones”*. FONADE afirma que esto no es leal, transgrede los principios de la contratación estatal y la gestión fiscal, falta a los deberes de colaboración, corrección, claridad y lealtad negociales y sería un enriquecimiento sin causa lícita.

El principio de planeación en la contratación es exigible a ambas partes, la pretensión del Consorcio se opone a la buena fe contractual y va en detrimento del patrimonio público, por la omisión de corregir la información suministrada por FONADE y advertir la discordancia entre los precios propuestos en la oferta y los de mercado (sería un caso en que, conforme a la jurisprudencia, *“la carga fuerte que radica en cabeza de quien elabora la información debe romperse y trasladarse a quien ofrece ejecutar el contrato”*). La oferta contenía únicamente 31 m² del ítem de rejillas, mientras que la condición de experto constructor le permitía saber al Consorcio que se necesitaban aproximadamente 312 m².

En ánimo de pago del ítem por parte de FONADE nunca estuvo en duda, pero a precio de mercado. A FONADE no le es dable girar recursos a sabiendas del sobrecosto de un material, toda vez que esto constituiría una actitud negligente y contraria a los principios de eficiencia, economía y equidad de la gestión fiscal, como ordena el artículo 267 de la Constitución Política y el 13 de la Ley 1150 de 2007.

Pronunciamiento del Tribunal

No considera el tribunal que el contratista al aceptar su participación en el proceso de escogencia del constructor de la obra en este asunto haya reconocido supuestos errores en el ítem 9.3.1., que luego haya callado al presentar su propuesta, lo cual transgrediría la buena fe y los principios de la contratación estatal y de la gestión fiscal, pues en el expediente no existe prueba al respecto distinta de la simple afirmación de la convocada. De allí deriva otras supuestas violaciones, como sería el desconocimiento del principio de planeación que está a cargo de la entidad que

propone a los interesados la participación en un procedimiento de esa naturaleza licitación, cuyos pliegos han sido elaborados con atención y se presume que con la debida diligencia.

El Tribunal no accederá a decretar esta excepción por las razones expuestas ampliamente en el estudio de la respectiva pretensión, a lo cual se remite. Sin embargo, enuncia algunas de esas razones: i) el ítem de rejillas aparece propuesto por la entidad en el precio unitario controvertido en la oferta de contrato; ii) un precio menor al ofertado por la entidad fue pactado en el contrato; iii) FONADE pagó al precio pactado el número de rejillas previsto en el contrato inicial; iv) FONADE no puede alegar en su favor la propia culpa, si es que realmente existió un precio superior al promedio del mercado; v) el monto del valor del ítem rejilla debe examinarse a la luz del valor global del contrato; vi) sería contrario al principio de igualdad que las primeras rejillas fueran pagadas a un determinado precio mientras que las otras rejillas lo fueran a un precio diferente e inferior; vii) el principio enunciado por la convocada en su primera excepción de que el contrato es ley para las partes es aplicable en las distintas situaciones contractuales. En consecuencia, el Tribunal negará esta excepción.

4.1.6. Excepción de nulidad absoluta o en su defecto, relativa, del ítem 9.3.1 sobre rejilla en acero 2000x4000

Se fundamenta en que *“la inexactitud (error en el cálculo) en los estudios previos y en el formulario adjunto a la Reglas de Participación, en punto a este ítem (en cantidad y valor unitario), fue replicada conscientemente y de mala fe por el Consorcio en su propuesta económica (APU del ítem y análisis unitario), así como en la Fase 0 de ejecución del contrato, desconociendo el ordenamiento constitucional y legal de manera grave, pretendiendo unos sobrecostos para el Estado de aproximadamente un 333% del ítem sobre los precios del mercado, con el consecuente detrimento patrimonial público”*.

Según FONADE, se infringieron el artículo 209 de la Constitución Política, que ordena aplicar los principios de moralidad, eficacia y economía; el artículo 267 de la Constitución, que consagra los principios de eficiencia, economía y equidad en la

gestión fiscal; el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que ordena aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal a FONADE; el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, que contempla la defensa del patrimonio público como un derecho colectivo salvaguardado por el artículo 88 de la Constitución Política; la Ley 610 de 2000, en especial su artículo 6, que definió el daño patrimonial del Estado; el artículo 34 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único); y el artículo 1523 del Código Civil, según el cual hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.

Pronunciamiento del Tribunal

El Tribunal no accederá a decretar la nulidad absoluta o, subsidiariamente, la nulidad relativa del ítem 9.3.1., por las razones expuestas en la excepción anterior y además por las que expone al examinar y negar la pretensión formulada por la convocada en su demanda de reconvención, a las cuales se remite. En consecuencia, se negará esta excepción.

4.1.7. Excepción de inexistencia de circunstancias imprevistas

El régimen de los contratos de FONADE es de derecho privado, que se rigen por el principio según el cual el contrato es ley para las partes, una de cuyas excepciones es la teoría de la imprevisión.

Dentro de la teoría de la imprevisión, la excesiva onerosidad debe ser demostrada mediante la comprobación de gastos mayores en que incurriría o incurrió una de las partes y que no guardan relación con las prestaciones económicas del contrato.

FONADE alega que el Consorcio no probó el uso del componente de imprevistos del AIU durante la ejecución del contrato; *“para analizar si se presentó un imprevisto contractual, tendría que probar el Consorcio que los imprevistos alegados no superan los calculados respecto al valor final del contrato, lo cual no hizo”*. El Consorcio contó con un valor por concepto de imprevistos de \$2.759.437.656, *“con el cual era su deber garantizar los que acaecieran durante el desarrollo del contrato”*, que es superior a lo reclamado por el contratista por concepto de variación del IPC, incremento de la tasa representativa del mercado (dólar) e impuesto creado en la Ley

1697 de 2013. Los imprevistos alegados por el Consorcio no superan los calculados por el contrato, de manera que no pueden reconocerse.

Pronunciamiento del Tribunal

El Tribunal accederá a conceder esta excepción de “inexistencia de circunstancias imprevistas” porque del material probatorio que reposa en el expediente no se colige que las circunstancias económicas en el desarrollo del contrato hayan variado en tal magnitud que se justifique aplicar la teoría de la imprevisión. Así mismo, el valor de los imprevistos estaba estipulado en el contrato y en sus modificaciones, iba incluido en el AIU, que precisamente comprende su reconocimiento así como los gastos de administración y las utilidades. En consecuencia, se accederá a esta excepción.

4.1.8. Excepción de incumplimiento del contrato por parte del Consorcio

Se alega que el Consorcio fue el causante de las prórrogas del contrato, que se tramitaron en las condiciones pactadas. Según FONADE, *“las solicitudes de prórroga fueron en su mayoría solicitadas por iniciativa y por razones imputables al Consorcio Convocante”*.

Por una parte, el otorgamiento de unas prórrogas estaba atado al plazo del contrato interadministrativo entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y FONADE, que era el contrato principal, del cual se derivó el contrato de obra objeto del proceso; *“el Consorcio Convocante ya conocía de antemano la razón por la cual algunas prórrogas tuvieron esos alcances de espera, dado que para promoverlas se tenía que ampliar previamente el término del contrato interadministrativo”*.

Por otra parte, el Consorcio tenía responsabilidades en la Fase 0 respecto de la revisión de los diseños iniciales. No obstante, durante la obra se encontraron actividades sobre las cuales el Consorcio no se pronunció puntualmente en la Fase 0. Así mismo, después de los ajustes a diseño fue necesario incluir actividades no previstas no informadas oportunamente por el Consorcio.

Por otro lado, FONADE argumenta que *“a partir de la suscripción del Contrato Adicional No 2 el 15 de octubre de 2014 [el Consorcio] es plenamente responsable de dichas modificaciones y prórrogas, por su demora en la entrega de los ajustes a diseños que tenía a su cargo”*. El consorcio entregó los diseños correctos el 23 de octubre de 2015 (debía haberlo hecho el 28 de febrero anterior); *“su terquedad en atender los requerimientos en relación con el procedimiento y metodología para la presentación, revisión y aprobación de los ajustes a diseños, hacían que sus diseños siempre fueran devueltos, lo cual impactaba directamente en la ejecución del contrato de obra”*, y fue necesario subsanar inconsistencias técnicas relacionadas con la cargabilidad y realizar unos segundos ajustes a diseños eléctricos.

Según FONADE, *“EL PAGO DE LA SUMA DE \$127.130.933 A COINET ES IMPUTABLE AL CONSORCIO POR LOS INCUMPLIMIENTOS EN LA ENTREGA DE LOS DISEÑOS ELÉCTRICOS”*. El Consorcio pospuso la entrega de los diseños al 23 de octubre de 2015, mientras el contrato de interventoría de diseños por parte de COINET tenía plazo hasta el 31 de marzo de 2015. Por esto, debe aplicarse el párrafo de la cláusula sexta del Contrato No. 2131744 suscrito entre el Consorcio ACR-CONTEIN y FONADE, *“no obstante los abogados de FONADE indicaron que por haber vencido el plazo contractual de la consultoría ya era imposible que los valores para cubrir los costos de la supervisión fueran pagados a través de FONADE”* y *“En este orden de ideas, se acuerda que el Consorcio, atendiendo a que la demora en la entrega y aprobación de los diseños era su responsabilidad, sería el que pagaría los valores que se generaran a partir de la finalización del contrato 2131744 de 2014, esto es, desde el 31 de marzo de 2015, hasta la aprobación final de los diseños entregados por el Consorcio, esto es, el 23 de octubre de 2015”*.

Por último, FONADE alega que el elevado número de APUs durante la ejecución del contrato es responsabilidad del Consorcio, por el incumplimiento *“en cuanto al alcance de la Fase 0”*. Se aprobaron las siguientes ítems, no detectados en la Fase 0: En el diseño eléctrico, 273 ítems diferentes al apantallamiento y puesta a tierra; en las cuatro casas a restaurar, 45 ítems no previstos; en la obra civil -estructuras metálicas y en concreto-, 51 actividades no previstas; en el capítulo hidrosanitario, 15 ítems no previstos; en la red contra incendios, 8 ítems no previstos; y, durante la ejecución del contrato se aprobaron 570 actividades no previstas no detectadas en Fase 0.

Pronunciamiento del Tribunal

Al estudiar las pretensiones de FONADE se concluyó la ausencia de incumplimientos del contratista. Lo dicho, entonces, es suficiente para negar la excepción.

Por lo tanto, no prospera la excepción.

4.2. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR FONADE EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ACUMULADA

Se exponen a continuación, bajo la denominación dada por la Convocada.

4.2.1. Excepción de improcedencia de pretensiones que violan el contrato, sus modificaciones y la matriz de riesgos acordada

Se propone con el mismo fundamento teórico de la excepción propuesta en la contestación de la demanda principal en cuanto al principio según el cual el contrato es ley para las partes y a la prohibición de actuar en contra de los propios actos.

Adicionalmente, la excepción se sustenta en las normas del contrato de arrendamiento de obra material del Código Civil (artículos 2053 y siguientes), en especial, el artículo 2060, con respecto a lo cual cita extractos de un laudo arbitral que resolvió un caso que considera similar al objeto de este proceso.

Concluyó diciendo que en el presente caso *“cada modificación, prórroga y adición se realizó de mutuo acuerdo entre las partes del contrato (Consortio — FONADE), y en ellas se reconocieron los valores solicitados por el Convocante, por lo que resulta desproporcionado que pretenda el reconocimiento de mayores cantidades obra ejecutadas después de la terminación del contrato, a pesar de ser consciente de que de manera autónoma, sin aval de la entidad y son (sic) la correspondiente modificación contractual, ejecutó”*.

Para denegar esta excepción, el Tribunal se remite a lo dicho con ocasión del análisis de la primera excepción propuesta por la entidad al contestar la demanda reformada, en cuanto el Tribunal considera válidos los principios generales invocados por la entidad Convocada, como son los de que el contrato es ley para las partes, así como el principio *venire contra factum proprium non valet*, como expresión de la buena fe contractual. Sin embargo, tratase de una formulación general que para su despacho favorable es necesario concretarla en cargos particulares.

4.2.2. Excepción de inexistencia de circunstancias imprevistas

Esta excepción se sustenta, en su parte inicial, en los mismos argumentos propuestos en la excepción del mismo nombre contenida en la contestación de la demanda principal.

Adicionalmente, FONADE agregó que las salvedades o inconformidades que se expresaran en las modificaciones o adiciones al contrato debían contener la identificación del problema o los motivos de inconformidad, en observancia de los deberes de actuar de buena fe, de transparencia y de información, según jurisprudencia del Consejo de Estado. El Consorcio no hizo salvedades específicas en las modificaciones y prórrogas del contrato, a pesar de que FONADE y la interventoría le solicitaron documentación que sustentara sus salvedades.

Para acceder a esta excepción, el Tribunal se remite a lo dicho con ocasión del estudio de la excepción séptima, de igual contenido a la expuesta, sustentada en la oposición de la entidad a las pretensiones del Consorcio. En consecuencia, se accederá a esta excepción en relación con las pretensiones que fueron negadas.

4.2.3. Excepción de incumplimiento del contrato por parte del Consorcio

De forma similar al punto anterior, esta excepción se sustenta en los mismos argumentos propuestos en la excepción del mismo nombre contenida en la contestación de la demanda principal, a excepción de lo alegado bajo el título “*EL PAGO DE LA SUMA DE \$127.130.933 A COINET ES IMPUTABLE AL CONSORCIO*”

POR LOS INCUMPLIMIENTOS EN LA ENTREGA DE LOS DISEÑOS ELÉCTRICOS”.

Al estudiar las pretensiones de FONADE se concluyó la ausencia de incumplimientos del contratista. Lo dicho, entonces, es suficiente para negar la excepción.

Por lo tanto, no prospera la excepción.

4.3. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR EL CONSORCIO EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Se exponen a continuación, bajo la denominación dada por la Convocante.

4.3.1. Excepción de cumplimiento del contrato por parte del consorcio

El Consorcio se opone a las alegaciones de FONADE de haber sido el constructor causante de las prórrogas del contrato, y a que los diseños iniciales eran responsabilidad del contratista, así como el elevado número de APUs, *“como si durante la Fase 0 del proyecto (15 días simultáneos con etapa de construcción) el contratista hubiera podido identificar la totalidad de las falencias de los diseños, hallarle y concretar soluciones e identificar, elaborar y pactar con la entidad los APU 's de las actividades no previstas durante la etapa de planeación del proyecto que, por cierto, duró poco más de 5 años”.*

El contratista expresó haber sido *“asaltado en su buena fe (la precontractual) ya que la entidad manifestó tener, no solo los diseños, sino que los mismos habían sido recientemente actualizados, lo que llevaba a concluir que los ajustes que debían hacerse en el curso del contrato eran menores, es decir, aquellos que se desprenden del día a día de ejecución de los trabajos y no, como efectivamente ocurrió, ejecutar una efectiva y real actividad de rediseño”.*

El dictamen rendido por el perito Manuel Guío, aportado por la Convocante, advirtió la *“extrema diligencia”* en la elaboración del informe de Fase 0. La prueba pericial

también prueba que las causas de las prórrogas, adiciones y modificaciones del contrato, todas atribuibles a FONADE.

También se demostró con prueba pericial que el contratista tuvo que ejecutar un diseño eléctrico completamente nuevo, por las indefiniciones técnicas y presupuestales de FONADE y del MHCP.

Pronunciamiento del Tribunal

En cuanto, por los argumentos expuestos en las consideraciones de este laudo, se concluyó que no existió incumplimiento del Consorcio, y con ese exclusivo alcance, se declara fundada la excepción.

4.3.2. Violación de los actos propios *venire contra factum proprium non valet*

Alude al principio de buena fe en la ejecución contractual, *“de manera que no puede crear una parte contractual, el convencimiento de la otra de que su obrar es el correcto, para luego sorprenderlo y desconocer, su actuación y exigir una prestación distinta”*.

El Consorcio expresa que *“En la prueba documental existente se puede leer como en los ajustes a diseño, FONADE señala al CONSORCIO como una parte actora en la obra que ha prestado su concurso para ayudar a solucionar los problemas que de manera reiterada se presentaban. [...] No se puede pensar que no obstante esas manifestaciones, unidas a la ausencia de requerimientos, se pueda aceptar como válida la pretensión extemporánea de solicitar la declaración del incumplimiento contractual como una pretensión válida [...] Sin duda FONADE viola sus propios actos contra los que no puede ir, pues acepto (sic) el cumplimiento de la ejecución contractual de la obra sin reparos y no puede ahora cuando el CONSORCIO le reclama pretender que se declare un incumplimiento inexistente, razón por la cual la presente excepción debe prosperar”*.

Pronunciamiento del Tribunal

Esta excepción está relacionada con el cumplimiento de las obligaciones del contratista, en la que el CONSORCIO tiene razón, en cuanto que FONADE recibió a satisfacción la obra, razón por la cual no parece su actuar procesal congruente con ese acto. En consecuencia, se accederá a esta excepción, ya que FONADE incurre en contradicción y viola sus propios actos.

4.3.3. Petición de nulidad absoluta parcial respecto de la cláusula ítem 9.3.1.

El Consorcio expresa que, aunque la petición de nulidad parcial del contrato por parte de FONADE no especifica la causal alegada, entiende que se refiere a la causal segunda del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, es decir, ir contra expresa prohibición constitucional o legal. Sin embargo, considera que no está suficientemente fundamentada la petición de nulidad, pues solamente se expusieron causas y normas abstractas sin entrar en mayor análisis ni detalles, sin indicar la prohibición expresa, y no puede aducirse la causal mediante interpretaciones que conduzcan a deducir la existencia de una supuesta prohibición constitucional o legal.

Por otro lado, considera la petición de nulidad temeraria y acomodada, puesto que FONADE encuentra en un único ítem del contrato una desproporción, pero el contrato tiene gran cantidad de ítems con desbalance a favor o en contra de ambas partes.

Pronunciamiento del Tribunal

Al estudiar la pretensión de nulidad absoluta del contrato y, en subsidio, la de nulidad relativa, el Tribunal analizó ampliamente la materia en relación con el ítem 9.3.1. relativo al mayor precio, según la convocada, de unas rejillas adicionales instaladas, para concluir que no se originó nulidad alguna, además de estar caducada la pretensión de nulidad relativa, como ya se advirtió, razón por la cual se remite a lo allí analizado. En consecuencia, el Tribunal accederá a esta excepción del Consorcio.

4.3.4. Proporcionalidad de la cláusula penal

Se fundamenta en que, si se efectuara condena al pago de la cláusula penal, los incumplimientos contractuales son bajos en relación con la cuantía del contrato, “*el CONTRATO DE AJUSTES A DISEÑO, tenía un valor en algo superior a \$384.000.000,00, mientras que el CONTRATO en su totalidad superó los \$70.000.000.000,00*”. El artículo 867 del C. de Co. permite reducir equitativamente la pena cuando la obligación se hubiera cumplido en parte. Lo mismo el artículo 1596 del Código Civil.

La obligación principal, es decir, el contrato de obra, fue cumplida en su totalidad.

Pronunciamiento del Tribunal

La pretensión de pago de la cláusula penal fue negada, razón por la cual no es necesario pronunciamiento sobre este medio exceptivo, como dispone el inciso tercero del artículo 282 del CGP.

4.3.5. No es factible el cobro de intereses sobre la eventual condena de la cláusula penal

Se fundamenta en que, al ser los intereses indemnización de perjuicios (artículo 1617 del Código Civil), no se pueden acumular a la pena, de acuerdo con el artículo 1600 del Código Civil.

Pronunciamiento del Tribunal

La pretensión de pago de la cláusula penal fue negada, razón por la cual no es necesario pronunciamiento sobre este medio exceptivo, como dispone el inciso tercero del artículo 282 del CGP.

4.3.6. Liquidación del contrato

Se alega que la petición de liquidación del contrato formulada por FONADE es antitécnica, no se trata de una petición de declaración y condena y no menciona cuáles serían las bases de la liquidación.

El Convocante niega lo que manifestó la Convocada en cuanto a que recibió de FONADE requerimientos de información y no los atendió, pues *“el CONSORCIO ha remitido cerca de 8.000 folios con toda la información y las Actas y los Formatos de Actas de Terminación de Contrato y Acta de Entrega y Recibo Final del Objeto Contractual”*. FONADE también tiene un proyecto del Formato 045 en el que se liquida la obra y los dineros a pagar al Consorcio.

El Consorcio tramitó los formatos FMI 26, 27 y 045 desde el momento en que terminó el contrato. COINET afirmó que no suscribiría el 045 porque *“... este proceso de liquidación se llevará a cabo, siempre y cuando FONADE dé el aval para proceder con el mismo, debido a los trámites que se están adelantando en el Tribunal de Arbitramento”*.

La actuación de FONADE es inconsistente, pues *“no obstante que se niega e instruye al Supervisor del CONTRATO y a los Interventores para que no firmen los Formatos, dirige comunicación al CONSORCIO señalándole que ha incumplido sus obligaciones en relación con la ampliación de la Póliza para cubrir el amparo de estabilidad de obra”*.

El Consorcio también alega que *“... si se trata de un CONTRATO que se rige por el derecho privado los actos de liquidación consensual estarían dados con la suscripción de las Actas referidas y las peticiones en relación con la liquidación de la obra deberían ser formuladas como pretensiones de declaración, condena y pago, por lo que en estas condiciones la competencia del Tribunal se vea limitada por la impropiedad en que se incurre”*.

En caso de que el Tribunal proceda a liquidar el contrato, el Consorcio pide incluir partidas de:

i) "MAYOR PERMANCIA EN OBRA". Desde el 27 de febrero de 2015 el Consorcio dejó salvedades en la suscripción de la Adición No. 3 y las prórrogas números 4 a 8. Se compone por \$4.023.097.450 por sobrecosto administrativo, del cual se descontaría lo correspondiente a administración por el Corte de Obra No. 40, el Corte No. 41 o liquidación, el ítem de rejillas y actividades ejecutadas que no estaban legalizadas, en caso de que estas pretensiones fueran reconocidas por el Tribunal.

ii) "REMBOLSO DE LA RETENCIÓN EN GARANTÍA". La suma de \$2.152.347.209 que conserva FONADE, junto con los intereses de mora desde la fecha en que debió liquidarse el contrato (19 de marzo de 2017).

iii) "ACTIVIDADES EJECUTADAS POR EL CONSORCIO ACR-CONTEIN QUE NO HAN SIDO OBJETO DE RECONOCIMIENTO Y PAGO POR PARTE DEL FONADE". Reducción del Corte de Obra No. 39 por \$108.215.739,32, e ítems ejecutados no legalizados por \$72.951.420,75.

iv) "PAGO DEL CORTE DE OBRA No. 40 Y DEL CORTE DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO". Suman \$1.218.895.419.

La Convocante presenta un proyecto de liquidación, con un saldo a su favor de \$7.575.507.238,27.

Pronunciamiento del Tribunal

El Tribunal se remite a lo dicho en el capítulo de liquidación del contrato, al resolver la pretensión de la convocada, según las cuales procede la liquidación del contrato, además, en forma diferente a la que propone la Convocante. La excepción no prospera.

4.4. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA LLAMADA EN GARANTÍA

La llamada en garantía propuso las siguientes excepciones *"en contra de las pretensiones de la demanda en reconvención y el llamamiento en garantía"*.

4.4.1. Exclusión expresa de cobertura de cláusula penal exigible al contratista afianzado - ausencia de derecho contractual a exigir a mundial de seguros el pago de cláusula penal sancionatoria

En el contrato de seguro se pactó la exclusión de amparo de cláusulas penales exigibles al contratista, según el numeral segundo de las Condiciones Generales. Los únicos amparos contenidos en la póliza son buen manejo del anticipo, cumplimiento, salarios y prestaciones sociales, estabilidad de la obra, calidad del servicio y de los elementos, calidad de bienes suministrados y garantía de suministro de repuestos. Dentro de los amparos exigidos en las Reglas de Participación (numeral 4.19.3.) no está el de cláusula penal.

Pronunciamiento del Tribunal

La lectura del contrato de seguros indica expresamente que la garantía dada por la Compañía Mundial de Seguros al contrato suscrito entre el Consorcio y FONADE excluye expresamente la cobertura a la cláusula penal del contrato como tasación anticipada de perjuicios.

El Tribunal accederá a la excepción interpuesta por la llamada en garantía.

4.4.2. Imposibilidad de emitir un laudo extra o ultra petita respecto de las pretensiones del llamamiento en garantía

FONADE persiguió la indemnización pactada única y exclusivamente en la cláusula penal del contrato, de manera que *“el Tribunal Arbitral no está llamado a analizar la afectación de amparo alguno contenido en el contrato de seguros de cara a la controversia contractual surgida entre el Consorcio y FONADE”*.

Pronunciamiento del Tribunal

Es principio general de derecho procesal aplicable en los distintos procedimientos que los fallos deben ser congruentes con las pretensiones de la demanda, pues de ir más allá se incurriría en los vicios procesales de providencias extra o ultra petita.

Es cierto que la entidad solicitó en su demanda de reconvencción el reconocimiento de la indemnización prevista en la cláusula penal, cuya aplicación no está cobijada por la póliza de seguros, por lo que el Tribunal no podría afectar el amparo contenido en el contrato, sin ir más allá de lo pedido o por fuera de lo pedido.

En consecuencia, se accederá a esta excepción.

4.4.3. Inexistencia de incumplimiento atribuible al contratista y que implique la afectación de la póliza de cumplimiento

La llamada en garantía afirma que no hay prueba de incumplimiento del contratista que hubiera perjudicado a FONADE que sea objeto de reparación según el contrato de seguro, y no existe prueba de siniestro ni su cuantía.

Pronunciamiento del Tribunal

En cuanto, por los argumentos expuestos en las consideraciones de este laudo, se concluyó que no existió incumplimiento del Consorcio, y con ese exclusivo alcance, se declara fundada la excepción.

Además, visto que se invocó la aplicación de la cláusula penal que, como se ha dicho, está excluida de la cobertura de la póliza de seguros, se ha de concluir que cualquier eventual perjuicio derivados del incumplimiento que pueda presentarse al estar respaldado su reconocimiento por la aplicación de dicha cláusula, quedaría excluida su reparación del contrato de seguro. En consecuencia, el tribunal accederá al reconocimiento de esta excepción.

4.4.4. Enriquecimiento sin causa

Se alega que se configuraría enriquecimiento sin causa, bajo la consideración de que el seguro de cumplimiento es meramente indemnizatorio, lo cual conlleva que el asegurado o beneficiario solo puede obtener la reparación de los perjuicios sufridos por la realización del riesgo asegurado. El seguro no cubre la cláusula penal, en el llamamiento en garantía no se alegó ni se probó perjuicio alguno sufrido por

FONADE o por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público por amparos de la póliza, o su cuantía, y en la demanda o en el llamamiento en garantía no se solicitó la declaratoria de ocurrencia de siniestro.

Pronunciamiento del Tribunal

El Tribunal se pronunció a favor de la excepción que reconoce la causal de exclusión de la cláusula penal del amparo ofrecido en el seguro, junto con la imposibilidad de dictar un laudo incongruente con las pretensiones del llamamiento en garantía, de manera que no es pertinente que el Tribunal analice este medio de defensa, según lo previsto en el inciso tercero del artículo 282 del CPG.

4.4.5. Ausencia de reclamación o aviso de parte de FONADE a Mundial De Seguros

De acuerdo con la condición séptima de las Condiciones Generales del seguro y el artículo 1075 del C. de Co., FONADE debía informar a la aseguradora la ocurrencia del siniestro dentro los tres días siguientes a la fecha en que lo hubiera conocido o debido conocer.

FONADE no envió a la aseguradora reclamación o aviso del siniestro, comunicación a fin de conocer si había lugar al reconocimiento de la cláusula penal, notificación de suspensión de pagos al contratista o de iniciación de procedimiento para declaratoria de incumplimiento del contrato o imposición de sanción.

Aporta como prueba informes de diagnóstico y seguimiento del riesgo en los cuales *“la Aseguradora siempre calificó el perfil de estructuración de riesgos del contrato como bajo, dada la información de cumplimiento que recibía de parte del Consorcio Afianzado, así como de la Interventoría del Contrato”*.

Pronunciamiento del Tribunal

Como se ha dicho al resolver la excepción anterior, el Tribunal reconoció la excepción relacionada con la exclusión de la cláusula penal del amparo del seguro, junto con la imposibilidad de dictar un laudo incongruente con las pretensiones del

llamamiento en garantía, de manera que no es necesario analizar este medio de defensa, según lo previsto en el inciso tercero del artículo 282 del CPG.

4.4.6. Inexistencia de requerimiento al contratista por parte de FONADE durante la ejecución del contrato - ausencia de multas. sanciones o terminación anticipada del contrato

FONADE nunca alegó incumplimiento al Consorcio durante la ejecución del Contrato, no terminó el contrato anticipadamente, no conminó al contratista, no dejó salvedades en el acta de terminación (prueba de recibo a satisfacción de la obra), recibió la obra y no suspendió pagos al Consorcio, cuando contaba con facultades unilaterales para sancionar, terminar anticipadamente el contrato o imponer multas.

Pronunciamiento del Tribunal

El Tribunal se pronunció sobre la inexistencia de incumplimientos del contratista y declaró probada la excepción respectiva, razón por la cual no es pertinente analizar este medio de defensa, según lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 282 del C.G.P.

4.4.7. Improcedencia de la exigencia de la cláusula penal al consorcio - inexistencia de realización del procedimiento pactado entre las partes para ello

FONADE no realizó el procedimiento pactado en la cláusula décima primera del contrato y en el numeral 4.17. de las Reglas de Participación.

Pronunciamiento del Tribunal

El Tribunal se pronunció a favor de la excepción que reconoce la causal de exclusión de la cláusula penal del amparo ofrecido en el seguro, junto con la imposibilidad de dictar un laudo incongruente con las pretensiones del llamamiento en garantía, de manera que no es pertinente analizar este medio de defensa, según lo previsto en el inciso tercero del artículo 282 del CPG.

4.4.8. Ausencia de prueba de daños o perjuicios sufridos por FONADE

Según la llamada en garantía, *“Alegar el incumplimiento para afectar la cláusula penal sancionatoria no basta para obtener a título de indemnización el monto contemplado en ella, pues debe acreditar FONADE que, en efecto, sufrió perjuicios o daños derivados directamente de la conducta asumida por el Consorcio - de allí, valga decir, la importancia del procedimiento administrativo para exigir la cláusula penal -. [...] No probar ni alegar si quiera determinados perjuicios significa argumentar la existencia de un perjuicio sin probarlo. Y, se insiste, sin prueba de perjuicios no se puede contemplar la existencia de un escenario de afectación de la cláusula penal sancionatoria contenida en el Contrato de Obra”.*

Pronunciamiento del Tribunal

El Tribunal encontró fundada la excepción de inexistencia de incumplimiento del Consorcio, razón por la cual no es necesario analizar este medio de defensa, como lo dispone el inciso tercero del artículo 282 del CGP.

4.4.9. Ausencia de prueba de nexo causal del aparente daño sufrido por FONADE e imputable a conducta alguna del contratista

Además de no haberse demostrado perjuicios, *“FONADE no ha demostrado que esos aparentes perjuicios por cuya indemnización reclama sean imputables directa, única y exclusivamente al Consorcio ACR- CONTEIN”.*

Pronunciamiento del Tribunal

El Tribunal encontró fundada la excepción de inexistencia de incumplimiento del Consorcio, razón por la cual no es pertinente analizar este medio de defensa, como lo dispone el inciso tercero del artículo 282 del CGP.

4.4.10. Excepción de contrato no cumplido

La llamada en garantía manifiesta que *“Las partes del presente trámite arbitral se reprochan entre sí responsabilidades en la ejecución y demoras para la terminación del Contrato. Y, en esa línea mal hace FONADE al pretender endilgar incumplimientos al Contratista cuando, al parecer y según la prueba documental que obra en el expediente, no cumplió sus propias obligaciones, y, por tanto, no está habilitado para exigir y argumentar la responsabilidad del Consorcio cuando por sí mismo ni siquiera cumplió sus obligaciones contractuales”*.

Pronunciamiento del Tribunal

El Tribunal encontró fundada la excepción de inexistencia de incumplimiento del Consorcio, razón por la cual no es pertinente analizar este medio de defensa, como lo dispone el inciso tercero del artículo 282 del CGP.

4.4.11. Confianza legítima del consorcio respecto de FONADE – buena fe del consorcio en la ejecución de la obra

En atención a que FONADE no realizó requerimiento alguno al Consorcio, el contratista entendió que sus conductas correspondieron a las exigibles en el contrato e, incluso, más allá de las mismas, al asumir sobrecostos que a la fecha no le han sido reconocidos. Se debe dar preponderancia a la buena fe al considerar todas las gestiones del contratista para cumplir el contrato.

Pronunciamiento del Tribunal

El Tribunal encontró fundada la excepción de inexistencia de incumplimiento del Consorcio, razón por la cual no es pertinente analizar este medio de defensa, como lo dispone el inciso tercero del artículo 282 del CGP.

4.4.12. Improcedencia del cobro de intereses sobre el monto tasado como indemnización anticipada de perjuicios en la cláusula penal

En la medida en que, según el artículo 1617 del Código Civil, los intereses se tienen como indemnización de perjuicios por la mora, el cobro de intereses sobre la cláusula penal es improcedente, toda vez que constituiría la exigencia de la pena junto con indemnización de perjuicios, lo cual prohíbe el artículo 1600 del Código Civil. FONADE optó por requerir la pena, como tasación anticipada de perjuicios, de manera que no hay lugar a que sobre el monto establecido se calculen intereses.

Pronunciamiento del Tribunal

El Tribunal encontró fundada la excepción de inexistencia de incumplimiento del Consorcio, razón por la cual no es pertinente analizar este medio de defensa, como lo dispone el inciso tercero del artículo 282 del CGP.

4.4.13. Compensación de deudas

Si el Tribunal efectuara la liquidación del contrato y considerara procedentes las pretensiones de FONADE contra el Consorcio, deberá efectuar compensación de las deudas existentes entre las partes del contrato.

La cláusula décima primera del contrato, relativa al procedimiento para reclamar la cláusula penal, en el párrafo, da cabida a la compensación, lo mismo que los numerales 4.16. y 4.18. de las Reglas de Participación.

Pronunciamiento del Tribunal

En el laudo no se reconocen sumas de dinero a cargo del Consorcio a favor de FONADE, por lo cual no opera la compensación. La excepción se niega.

4.4.14. Excepción genérica

La llamada en garantía expresó: *“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, propongo como excepción cualquier otro hecho*

que resulte probado dentro del proceso y que deba ser declarado como excepción por el Despacho”.

Pronunciamiento del Tribunal

El Tribunal no encuentra por fuera de los planteamientos hechos por el Llamado en garantía situación fáctica alguna que pueda constituir excepción.

4.4.15. Coadyuvancia de las excepciones de mérito formuladas por el Consorcio ACR-CONTEIN demandado en reconvencción

Mundial de Seguros coadyuvó la totalidad de excepciones propuestas por el Consorcio ACR-CONTEIN contra la demanda de reconvencción.

El Tribunal tendrá en cuenta los efectos procesales de la decisión sobre las excepciones de la parte convocante que han sido coadyuvadas por la Llamada en garantía en su situación procesal, frente a la respectiva pretensión de la parte convocada en su demanda de reconvencción.

5. TACHAS CONTRA ALGUNOS TESTIMONIOS

Fueron tachados los testimonios de Fernando Ulloa Tachak, Juan Carlos Pardo, Edgar Ignacio Garzón Velandia e Isabel Rico Quiceno, por sospecha, por la vinculación de los mismos con FONADE, como asesor, en el caso de Fernando Ulloa Tachak, o como funcionarios, en los demás casos.

De acuerdo con el artículo 211 del Código General del Proceso, “Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. (...) La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”.

La consecuencia de la tacha no es la invalidación del testimonio, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“Acerca de la valoración de los testigos sospechosos, la Sala ha destacado que ‘la causa de sospecha de un testigo, bien se sabe, no constituye razón para demeritarlo, porque como tiene explicado la Corte, la ‘sospecha no descalifica de antemano -pues ahora se escucha al sospechoso-, sino que simplemente se mira con cierta aprensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después -acaso lo más prominente- halla respaldo en el conjunto probatorio” (cas. civ. sentencia de 5 de junio de 2009, exp. n° C-0500131100062004-00205-01)”¹¹⁰.

El testimonio se evalúa con rigor, y prestando especial atención a aquellas circunstancias que eventualmente afectaren su imparcialidad, como se ha hecho en el presente caso, en donde, sin desconocer las declaraciones rendidas y que es por la vinculación de los testigos con FONADE que estuvieron en capacidad de dar su versión de los hechos, el Tribunal ha apreciado el material probatorio en su conjunto, como ordena el artículo 176 del Código General del Proceso, y ha considerado preeminentes la prueba pericial y documental, con lo cual se ha logrado la convicción necesaria para resolver el litigio en la forma en que se expuso en las consideraciones pertinentes.

6. OPOSICIONES A DICTÁMENES PERICIALES

6.1. Sobre la oposición al dictamen de Gloria Zady Correa Palacio

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 23 de junio de 2011, Ref.: 73001-3103-003-2003-00388-01, M.P. William Namén Vargas.

La Convocante, a través de memorial radicado el 16 de noviembre de 2018, pidió no tener en cuenta el dictamen rendido por Gloria Zady Correa Palacio en lo que respecta a la supuesta utilidad del contratista.

La petición se basó en que la perito respondió cuál fue la utilidad del Consorcio en la ejecución del contrato, cuando lo que se le había preguntado era *“cuáles fueron las inversiones que efectivamente hizo el constructor, durante la vigencia del contrato, para determinar si realmente ejecutó mayores cantidades de obra”*.

El Tribunal precisa que en el trámite arbitral no hay lugar al trámite de objeción del dictamen por error grave (art. 31 de la Ley 1563 de 2012, inciso quinto), trámite que en el antiguo Código de Procedimiento Civil terminaba con la decisión en la sentencia.

Lo anterior no impide al Tribunal apreciar el desacierto en el dictamen rendido en el proceso por la perito Gloria Zady Correa Palacio en cuanto a lo que debía ser materia de su pronunciamiento, en cuanto su encargo en uno de sus puntos se encaminaba a “Determinar cuáles fueron las inversiones que efectivamente hizo el Constructor durante la vigencia del contrato, para determinar si realmente ejecutó mayores cantidades de obra”, a lo cual contestó “De acuerdo con la contabilidad del Consorcio ACR — Contein, desde el 13 de junio de 2013 (fecha del primer registro contable), y hasta el 31 de agosto de 2018 (fecha del último registro contable), la ejecución del contrato tiene como resultado final una utilidad de \$6.779.343.292,58, discriminada por cada una de las cuentas, así...”¹¹¹, asunto sobre el cual no versaba la experticia, aunque a continuación la perito se pronunció sobre las inversiones indagadas.

La prueba pericial en mención no fue tenida en cuenta en el punto mencionado.

¹¹¹ Folio 199 del Cuaderno de Pruebas No. 14.

6.2. Sobre la oposición al dictamen de Germán Alexis Cortés Hernández

La Convocante, a través de memorial radicado el 21 de enero de 2019, pidió no tener en cuenta el dictamen rendido por Germán Alexis Cortés Hernández, pues uno de los temas sobre los que se debía pronunciar era el cumplimiento por parte del Consorcio de las especificaciones técnicas del BMS previstas en los términos de referencia y demás documentos contractuales, y el perito manifestó que no tuvo acceso a la información necesaria para ello.

En ejercicio del derecho de contradicción del dictamen, la Convocante aportó experticia elaborada por SICMES S.A.S.

El Tribunal, al hacer las consideraciones pertinentes en este laudo acerca de la obligación del Consorcio vinculada al BMS, anotó las conclusiones acerca de la valoración de las pruebas periciales y extrajo los elementos necesarios para resolver la controversia en lo pertinente, a lo cual se remite.

7. JURAMENTO ESTIMATORIO

Según el artículo 206 del C.G.P., quien pretenda el reconocimiento *“de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras”*, debe prestar juramento discriminando cada uno de sus conceptos, y *“Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada”*. El párrafo de la misma norma dispone que *“También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas. [] La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”*.

En concreto, son sancionables dos eventos: i) Aquel en el que la comparación de la cantidad estimada bajo juramento con la probada arroja diferencia de más del 50% a favor de la primera; y ii) La falta de demostración de los perjuicios, vale decir, que, al no ser probados en juicio, bien pueden llamarse perjuicios ficticios o inexistentes.

En ambos casos, la imposición de las sanciones va precedida de un examen de la conducta de quien hizo la estimación juramentada, como quiera que el propósito de la norma es castigar actuaciones negligentes, temerarias o de mala fe.

Las partes han estimado el perjuicio sufrido en sus respectivas demandas, el Consorcio en su demanda arbitral reformada, y FONADE lo hizo en su demanda de reconvencción, en los términos siguientes:

7.1. Posición de la Convocante

a) Estimación de la Convocante

Los valores reclamados los estima así¹¹²:

I) A título de perjuicio por el incumplimiento contractual de Fonade, por el ajuste al IPC de los valores contractuales, desde el 30 de junio de 2014 hasta el 31 de octubre de 2016, por daño emergente \$ 1.244'403.286.00, y por lucro cesante \$ 1.534'051.661.00;

ii) por variación de la tasa representativa, por incremento del dólar correspondiente a los APU's no previstos en el contrato, \$ 401'890.029.00 por daño emergente, y \$ 141'143.743.00 por lucro cesante;

¹¹² ver Demanda reformada, folios 282 y 283

iii) retención de impuesto de la ley 1697 de 2013, \$ 139'868.842 por daño emergente y \$ 39'902.472.00 por lucro cesante;

iv) por el ítem 9.3.1., a la fecha de presentación de la reforma de la demanda, \$ 884'056.228, más intereses moratorios, \$ 428'067.206.00, y

v) costo de los nuevos diseños eléctricos, \$ 127.130.333.

En la reforma de la demanda acumulada, la suma reclamada asciende a \$7.916'968.260.00, por concepto de mayor permanencia en obra, retención en garantía, intereses de retención en garantía, obra ejecutada y no pagada, reducción corte 39, ítems ejecutados no legalizados ni pagados y actividades corte liquidación (aires acondicionados).¹¹³

b) Objeción de la convocada

La entidad no reconoce que esté obligada al pago de los aludidos conceptos por improcedencia de su reclamación, pero en caso que el Tribunal considere que sí lo está obligada, se opone a la estimación pretendida.¹¹⁴

Objeta el valor pretendido por la convocante en relación con la **mayor permanencia en obra**, porque la estimación hecha bajo juramento por el actor fue por \$ 4.023.097.450,00; sin embargo, el dictamen pericial solicitado por el Consorcio y elaborado por la firma auditora Claudia Patricia Robayo Niño, estimó el supuesto sobrecosto en la suma de \$5.220.901.296. La diferencia entre los valores reseñados es por la suma de: \$1.197.803.846.

También la entidad objeta la estimación del valor pretendido por la Convocante en relación con los **intereses por la retención en garantía**, pues la estimación que bajo juramento hizo el actor fue por valor de \$73.290.749,76; sin embargo, el dictamen

¹¹³ ver demanda reformada acumulada, folio 111.

¹¹⁴ Ver Contestación demanda arbitral reformada, folio 124

pericial solicitado por el Consorcio y elaborado por Claudia Patricia Robayo Niño, estimó el supuesto sobrecosto en la suma de \$117.152.258,59. La diferencia entre los valores reseñados es por la suma de \$43.861.508,83.

Como conclusión, se objeta la cuantía estimada por la convocante, al ser incongruente la fijada en el escrito de demanda con la establecida en el dictamen pericial aportado ella misma, tal como se evidencia en lo enunciado, siendo esta diferencia una suma considerable que debe ser tenida en cuenta al momento de evaluar el juramento estimatorio.

En virtud a las considerables diferencias enunciadas en el numeral anterior, solicito se condene a la parte Convocante a las sanciones establecidas en el artículo 206 del Código General del Proceso.

Conforme a lo anterior, en cuanto a la objeción al juramento estimatorio presentado en la reforma a la demanda acumulada, la entidad manifiesta que se opone ya que carece de fundamento.

c) Pronunciamiento del Consorcio

Al correrse traslado de la objeción de FONADE, el Consorcio se pronunció en el sentido de que el Juramento Estimatorio fue modificado expresamente en la reforma de la demanda acumulada, ajustando las cifras a la realidad actual de la controversia, esto es, teniendo en cuenta el pago del Corte de Obra No. 40, aumentando así proporcionalmente el valor de la retención en garantía y encajando el monto de los perjuicios a lo dictaminado en la pericia adjuntada en la debida oportunidad procesal. No obstante lo anterior, el apoderado del FONADE replicó, sin cambio alguno en su pronunciamiento en cuanto al juramento estimatorio, razón por la que solicita al Tribunal no tener en cuenta dicha objeción, ya que la misma no se ajusta a la realidad al no haber tenido en cuenta los cambios introducidos.

7.2. Posición de la Convocada reconviniente

a) Estimación del Juramento por FONADE en la demanda de reconvención

En la reforma a la demanda de reconvención, la convocada solicita la aplicación del cláusula penal al contratista convocante por incumplimiento del contrato, con base en lo cual fija el juramento estimatorio manifestando que, a título de indemnización, debe ser reconocida y pagada por el Consorcio la suma pactada convencionalmente por concepto de la cláusula penal a que hace mención la cláusula novena del Contrato, en el orden del veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, el cual ascendió a la suma de **\$70.575.755.472**, por lo que corresponde la suma de **\$14.115.151.094,4**. a título de cláusula penal.¹¹⁵

b) Oposición de la convocante reconvenida

El Consorcio objeta el juramento estimatorio contenido en la reforma de la demanda de reconvención, en la medida que el mismo no cumple con los requisitos del Art. 206 del C.G.P. ya que no atiende las exigencia de **discriminación** de los conceptos que componen la cuantía de la demanda. Es errado pretender tasar la cuantía del proceso aplicando simplemente el porcentaje del 20% al valor total del contrato para pedir la cláusula penal pecuniaria, desatendiendo el principio de proporcionalidad conforme al cual la entidad debe tasar porcentualmente el peso que sobre el valor total del contrato tuvo el supuesto incumplimiento y a ese valor sí aplicar el porcentaje pactado.

El Consorcio objeta, además, porque, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 867 y 1596 del Código Civil, cuando se haya cumplido la obligación principal la cláusula penal deberá ser reducida proporcionalmente. En el presente caso está claro que se cumplió la obligación principal, pero aún en el caso de que se decretara el incumplimiento éste no podía ser superior al valor del Contrato incumplido, que es el Contrato Adicional No. 2, por valor cercano a los **\$ 385.000.000,00**, de manera

¹¹⁵ Ver Reforma de demanda de reconvención, folio

que ese sería el valor máximo a reconocer. Pero además es importante tener presente que existen constancias de que el Contrato fue cumplido, según los documentos F026 y F027.

En conclusión y con aplicación en las normas mencionadas, la cláusula penal se debe reducir al importe que tenga el incumplimiento, si eventualmente éste se declara, no obstante haberse probado la entrega de la obra y por tanto el cumplimiento del Contrato.

c) Pronunciamiento de FONADE

Sobre la objeción del Consorcio al juramento estimatorio hecho por FONADE en la demanda de reconvención, la entidad explica que, el requisito a que alude el artículo 206 del CGP, pese a que fue cumplido, no resulta aplicable en los procesos contencioso administrativos, en los que es parte una entidad estatal, según lo establecido por el Consejo de Estado¹¹⁶.

En ese mismo sentido lo han reconocido importantes doctrinantes, como Carlos Betancur Jaramillo, quien sostiene que ese juramento estimatorio no tiene aplicación en los procesos seguidos en la jurisdicción administrativa contra las entidades públicas¹¹⁷.

En el caso en concreto, es evidente que, dada la naturaleza jurídica de la Entidad Pública contratante, y de conformidad con las normas procesales antes referenciadas, no le asiste razón al Consorcio al manifestar que se debe cumplir con la especificidad y requerimientos contemplados en el artículo 206 del C.G.P, por lo que la objeción al juramento estimatorio no tiene vocación de prosperidad.

¹¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, M. P. DANILO ROJAS, sentencia de noviembre 24 de 2017, Rad. No 68001-23-33-000-2014-00119-01(54051).

¹¹⁷ BETANCOURT, Carlos. Derecho Procesal Administrativo, Medellín 2014, Editorial L.

En cuanto a la objeción del juramento estimatorio respecto de la Llamada en garantía el Tribunal no se pronuncia, toda vez que la cláusula penal que es la base de dicho juramento estimatorio realizado por la convocada fue excluida del amparo de la póliza.

7.3. Consideraciones del Tribunal

El Tribunal decidirá con fundamento en las consideraciones siguientes:

El análisis parte del presupuesto de que el trámite procesal arbitral tiene su legislación propia, representada por el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, contenida en la Ley 1563 de 2012 y normas que la complementan o reforman. Esta ley, de acuerdo con su artículo 119, regula íntegramente la materia de arbitraje y se aplicará a los procesos que se promuevan después de su entrada en vigencia.

En ese orden, es de observar que conforme a los términos del artículo 12 de la ley precitada, “El proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda, que deberá reunir todos los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil...”. Este Código fue derogado por la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, cuyo artículo 82 prescribe que la demanda con la que se promueva todo proceso, debe reunir, entre otros requisitos, “El juramento estimatorio, cuando sea necesario”.

Dada la aplicación del Código General del Proceso a los requisitos de la demanda arbitral, entre los cuales el código establece el Juramento Estimatorio, se observa que no es de recibo el argumento de FONADE de que este requisito no le sería exigible a su demanda arbitral porque en lo contencioso administrativo no se aplica dicha exigencia procesal. Ello es cierto para esa clase de proceso porque el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) tiene en la materia su propia regulación cuando establece en su artículo 162, dentro de los requisitos de la demanda, “la estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesario para determinar la competencia”. El proceso arbitral es diferente del proceso contencioso administrativo, tiene su propia regulación legal y por remisión expresa de su artículo 12, la demanda arbitral debe ir acompañada del juramento estimatorio.

Definida la aplicabilidad del Juramento Estimatorio en las demandas arbitrales, se examinará a continuación, en su orden, los juramentos de la Convocante y de la Convocada.

El Consorcio estima el monto de los perjuicios en la suma de \$7.916.968.260, con fundamento en los conceptos de mayor permanencia en obra, retención en garantía y sus intereses, obra ejecutada y no pagada, reducción corte 39, ítems ejecutados no legalizados ni pagados y actividades corte de liquidación, según lo referido en acápite anterior.

La entidad convocada considera que no está obligada al pago, además de la no coincidencia de las sumas previstas en la demanda por concepto de mayor permanencia en obra e intereses de la sumas retenidas con los resultados que en esos puntos arroja el dictamen pericial, lo que en su concepto resulta incongruente y de ahí su objeción al juramento estimatorio.

El Tribunal expuso en las consideraciones las razones por las cuales niega parte de las pretensiones de la demanda, ninguna de las cuales está asociada a la demostración de una **cuantía** del perjuicio reclamado inferior a la cuantificación estimada bajo juramento, o a la falta de demostración de lo que, según las demandas, configuraría el perjuicio reclamado.

No es cualquier negación de las pretensiones la que da lugar a dichas sanciones, sino, en el caso del inciso cuarto del artículo 206 del C.G.P., la desproporción entre lo reclamado (y estimado) y los valores que encuentran soporte probatorio, atribuible a una conducta reprobable de parte del demandante; y en el caso del párrafo de la norma, la negación de la pretensión por inexistencia de los conceptos que según la demanda constituirían los daños, esto es, perjuicios ficticios, invención de daños, que encierran actuar desleal, o falta de demostración por negligencia o temeridad del demandante.

Se ha dicho, aun en el caso del inciso cuarto de la norma, que la imposición de estas sanciones no es automática, sino que debe evaluarse en cada caso la conducta de las partes, en cuanto la norma persigue castigar actuaciones ligeras o temerarias, negligentes o de mala fe¹¹⁸.

Se observa que en dicha materia no hubo mala fe ni temeridad del Consorcio, elementos en los que subyace la razón de ser de las sanciones establecidas en la ley.

En consecuencia, no hay lugar a las sanciones que establece el artículo 206 del C.G.P. en contra del Consorcio.

En cuanto al juramento estimatorio presentado por la entidad convocada con base en la aplicación de la cláusula penal, como sería también el caso frente al llamamiento en garantía, en esos eventos no es necesaria la discriminación de los distintos elementos que integran el perjuicio porque la cláusula implica precisamente una estimación anticipada de dicho perjuicio. En consecuencia, no hay lugar a determinar la aplicación de las sanciones establecidas en el artículo 206 del CGP contra FONADE.

8. COSTAS Y CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES

De acuerdo con el artículo 365 del C.G.P., numeral 1, “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso...*”.

En el presente caso, en el litigio coexisten distintas relaciones jurídicas.

¹¹⁸ Pueden verse, por ejemplo, los laudos proferidos en los casos de Unión Temporal Segundo Centenario Vs. INVIAS (23 de mayo de 2017) y de Emporio Empresarial del Meta S.A.S. Vs. La Primavera Desarrollo y Construcción S. en C. (23 de marzo de 2017).

De una parte, existe la relación planteada en las demandas principal y acumulada formuladas por el Consorcio contra FONADE, y la demanda de reconvención, que es expresión del derecho de defensa de la entidad pública. Las anteriores piezas se deben evaluar en su conjunto, a fin de determinar *“la parte vencida”* en tal vínculo.

Por otra parte, otra relación jurídica es la planteada en el llamamiento en garantía formulado por FONADE contra Compañía Mundial de Seguros, entendido que, en el régimen procesal actual, la llamada en garantía constituye otra de las “partes” del proceso (la regulación correspondiente está en el capítulo de “Liticonsortes y Otras Partes” del C.G.P., artículos 64 y siguientes), a quien se vincula, además, a través de “demanda” (art. 65 del C.G.P.) y también está en posición de contestar la demanda principal, no de la contraparte de quien lo llama en garantía, para coadyuvar a su llamante (cual ocurre cuando quien hace el llamamiento es el demandado), sino de quien pidió su vinculación al proceso a través del llamamiento en garantía, contra quien, entonces, se presenta en franca oposición como contraparte. Por ser el presente caso un llamamiento en garantía efectuado por el demandante (en reconvención), el éxito del llamamiento exige que haya prosperado la demanda del llamante (v. gr. FONADE) contra el demandado (v. gr. Consorcio ACR CONTEIN), lo que es contrario al evento en que el llamamiento lo realiza el demandado, pues en este último caso el éxito del llamamiento presupone que el llamante-demandado hubiere sido vencido en el pleito. Cuando el llamamiento en garantía lo realiza el demandante, el fracaso de ese demandante-llamante en su demanda principal contra el demandado, ocasiona por consecuencia, atribuible al demandante-llamante, el fracaso del llamamiento en garantía, y entonces el demandante llamante es la parte “vencida”, a efectos de la decisión sobre costas. En este caso, la decisión del Tribunal que negó la procedencia del cobro de la cláusula penal por los hechos debatidos constituye, necesariamente, un pronunciamiento sobre la relación entre FONADE y Compañía Mundial de Seguros en cuanto a la pretensión de la primera de cobrar el valor de la cláusula penal a la Aseguradora, decisión que, desde luego, hace tránsito a cosa juzgada entre estas dos partes.

Ahora bien, de acuerdo con el numeral quinto de la misma norma, cuando las pretensiones de la demanda de la parte “vencedora” prosperan parcialmente, *“el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”*.

El Tribunal considera que, en lo referente a la controversia entre el Consorcio y FONADE, la proporción en la que prosperan las pretensiones de las demandas principal y acumulada, frente a las despachadas negativamente, si bien permiten considerar al Consorcio como parte vencedora, posición reafirmada por la suerte de la demanda de reconvención, justifica la decisión de abstenerse de condenar en costas, se reitera, por el balance, especialmente en términos económicos, de lo que se concede al Consorcio, contra lo que se niega.

El llamamiento en garantía fracasó, por lo cual debe condenarse en costas a FONADE, a favor de Compañía Mundial de Seguros S.A.

Las costas están compuestas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (artículo 361 del C.G.P.).

Las expensas y gastos originados en este proceso fueron únicamente los honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal. Lo pagado por concepto del llamamiento en garantía por este concepto fue:

Concepto	Valor
Honorarios de los árbitros, a razón de \$58.000.000 cada uno	\$174.000.000
Honorarios del secretario	\$29.000.000
Tarifa del Centro de Arbitraje y Conciliación	\$29.000.000
IVA de las anteriores cifras (19%)	\$44.080.000
Gastos de secretaría.	\$1.500.000
TOTAL	\$277.580.000

Estos gastos, en principio, fueron pagados por FONADE, como consta en el Acta No. 29, de la audiencia del 6 de julio de 2018.

La llamada en garantía reembolsó a FONADE \$246.677.020, según lo acreditó a través de radicado del 24 de julio de 2018 (tenido en cuenta mediante auto dictado el 2 de agosto de 2018), y \$30.902.980, acreditados mediante radicado del 2 de octubre de 2018 (tenido en cuenta en auto del 31 de octubre de 2018), para un total de \$277.580.000.

Las expensas y gastos fueron, entonces, doscientos setenta y siete millones quinientos ochenta mil pesos (\$277.580.000).

Para la fijación de las agencias en derecho, teniendo como referencia lo señalado en el numeral 4 del artículo 366 del C.G.P., el Tribunal se guía por los parámetros fijados en los Acuerdos 1887 de 2003, 2222 de 2003 y 9943 de 2013 proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, que derogó los anteriores, únicamente rige los procesos iniciados a partir del 5 de agosto de 2016, mientras que la convocatoria que inició este proceso fue radicada el 22 de diciembre de 2015), bajo el entendido de que las reglas contenidas en ellos no son perfectamente trasladables al proceso arbitral, por la naturaleza particular de este último.

Se atiende, entonces, a la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión de representación judicial, la cuantía y demás circunstancias relevantes, entre ellas, las tarifas propias de los tribunales arbitrales reguladas en el Decreto 1069 de 2015, por lo cual se señalarán las agencias en derecho en la misma suma que por norma correspondió a un árbitro por virtud del llamamiento en garantía, esto es, cincuenta y ocho millones de pesos (\$58.000.000), cifra que, además, está dentro del límite que los Acuerdos mencionados establecen para los procesos de única instancia.

Las costas, compuestas por \$277.580.000 de expensas y gastos, y \$58.000.000 de agencias en derecho, suman, en total, \$335.580.000, a cargo de FONADE y a favor de Compañía Mundial de Seguros S.A.

En relación con el deber establecido en la parte final del inciso primero del artículo 280 del C.G.P. sobre la calificación de la conducta procesal de las partes, el Tribunal considera que su comportamiento estuvo ajustado a los deberes de lealtad, buena fe y demás parámetros legales, de manera que no se deducen indicios ni consecuencias negativas para ninguna de ellas.

III. PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar fundadas las excepciones denominadas “Excepción de improcedencia de la pretensión relacionada con el supuesto alza del dólar”, “Excepción de improcedencia de la pretensión relacionada con el índice de precios al consumidor – IPC”, “Excepción de improcedencia de pretensión relacionada con la estampilla pro-universidad”, “Excepción de inexistencia de circunstancias imprevistas”, propuestas por FONADE contra la reforma de la demanda principal, en los términos expuestos en la parte motiva del laudo.

SEGUNDO: Rechazar las demás excepciones propuestas por FONADE contra la reforma de la demanda principal.

TERCERO: Prospera la pretensión formulada en el numeral 4.1. del capítulo de DECLARACIONES Y CONDENAS de la reforma de la demanda principal en lo señalado en los numerales 4.1.1., 4.1.2., 4.1.3., 4.1.4., 4.1.5. y 4.1.7.

Se niega lo solicitado en el numeral 4.1.6.

En consecuencia, se declara que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO (FONADE) en adelante FONADE incumplió el CONTRATO DE OBRA No. 2131744 celebrado con el CONSORCIO ACR – CONTEIN, conformado por las sociedades CONSTRUCCIONES ACR S.A. Sociedad Unipersonal, que actúa a través de CONSTRUCCIONES ACR SUCURSAL COLOMBIA, y CONTEIN S.A.S., en adelante EL CONSORCIO, así:

4.1.1. Por no tener FONADE a disposición del CONSORCIO la documentación e información y los diseños necesarios para el inicio de la construcción y ejecución del

CONTRATO DE OBRA No. 2131744 desde la Fase 0 y durante la ejecución del CONTRATO.

4.1.2. Por haber entregado FONADE al CONSORCIO una información que no era confiable para la localización y replanteo de los edificios y casas de restauración.

4.1.3. Por haber entregado FONADE al CONSORCIO diseños que no eran viables para la cimentación de las unidades constructivas I y II.

4.1.4. Por las indefiniciones de FONADE, para solucionar las falencias de los diseños entregados para la ejecución y construcción de la obra.

4.1.5. Por la inviabilidad o ausencia de los diseños eléctricos de BMS, control y seguridad, voz y datos, aire acondicionado, control de iluminación y sistema eléctrico que causaron demora, reprocesos y prórrogas contractuales, que llevaron a que los ajustes realizados por el CONSORCIO dejara en evidencia que era necesario la elaboración de un nuevo diseño eléctrico que contemplara de manera correcta las cargas de demanda, que se encontraban mal calculadas en el inicial entregado por FONADE.

4.1.7. Por no prever FONADE que la obra tendría 639 APUs y la demora en que incurrió para la aprobación y legalización de los mismos.

CUARTO: Prospera parcialmente la pretensión formulada en el numeral 4.2. del capítulo de DECLARACIONES Y CONDENAS de la reforma de la demanda principal.

En consecuencia, se declara que hubo algunos reprocesos y nuevas programaciones originadas en las falencias en que incurrió FONADE en la entrega de diseños e información incompleta y susceptible de modificaciones y adicionales.

QUINTO: Prospera la pretensión formulada en el numeral 4.4. del capítulo de DECLARACIONES Y CONDENAS de la reforma de la demanda principal.

En consecuencia, se declara que FONADE incumplió el CONTRATO DE OBRA 2131744, suscrito con EL CONSORCIO, por cuanto se ha negado a pagar el valor contractual estipulado para el ítem 9.3.1. REJILLA EN ACERO 2000 X 4000.

SEXO: Prospera parcialmente la pretensión formulada en el numeral 4.4.1. del capítulo de DECLARACIONES Y CONDENAS de la reforma de la demanda principal.

En consecuencia, se condena a FONADE a pagar al CONSORCIO ACR-CONTEIN la suma de UN MIL CUARENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS MIL QUINIENTOS UN PESOS (\$1.041.926.501), valor actualizado a la fecha del laudo por concepto del ítem 9.3.1.- Rejillas en Acero 2000 X 4000.

SÉPTIMO: Denegar las demás pretensiones formuladas en la reforma de la demanda principal.

OCTAVO: Declarar fundada la excepción denominada “*Excepción de inexistencia de circunstancias imprevistas*” formulada por FONADE en la contestación de la reforma de la demanda acumulada, en los términos expuestos en la parte motiva del laudo.

NOVENO: Rechazar las demás excepciones propuestas por FONADE contra la reforma de la demanda acumulada.

DÉCIMO: Prospera la pretensión PRIMERA del capítulo de DECLARACIONES Y CONDENAS de la reforma de la demanda acumulada, en lo señalado en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, y parcialmente el 7.

En lo demás, se niega la pretensión.

En consecuencia, se declara que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE—, incumplió el Contrato de Obra No. 2131744 de 2013 celebrado con el CONSORCIO ACR-CONTEIN, así:

1. *Por no tener FONADE a disposición del CONSORCIO ACR-CONTEIN la documentación, información y los diseños necesarios para el inicio de la*

construcción y ejecución del Contrato de Obra No. 2131744 desde la Fase 0 y durante su ejecución.

- 2. Por haber entregado FONADE al CONSORCIO ACR-CONTEIN una información que no era confiable para la localización y replanteo de los edificios y casas de restauración.*
- 3. Por haber entregado FONADE al CONSORCIO ACR-CONTEIN diseños que no eran viables para la cimentación de las unidades constructivas I y II.*
- 4. Por las indefiniciones de FONADE para solucionar las falencias de los diseños entregados para la ejecución y construcción de la obra.*
- 5. Por la inviabilidad o ausencia de los diseños eléctricos, de BMS, control y seguridad, voz y datos, aire acondicionado y control de iluminación, lo cual causó demora, reprocesos y prórrogas contractuales, que llevaron a que los ajustes realizados por el CONSORCIO ACR-CONTEIN dejaran en evidencia que era necesario la elaboración de un nuevo diseño eléctrico que contemplara de manera correcta las cargas de demanda, que se encontraban mal calculadas en diseño inicialmente entregado por FONADE.*
- 6. Por las falencias de los diseños con base en los cuales se adjudicó el Contrato de Obra No. 2131744, lo que tuvo como efecto la necesidad de que el contratista de obra adelantara una labor de rediseño en el marco del Contrato Adicional No. 2.*
- 7. Por la demora del FONADE en la legalización de los APU 's producto del ajuste y/o nuevo diseño que tuvo que ejecutar el contratista.*

DÉCIMO PRIMERO: Prospera parcialmente la pretensión TERCERA del capítulo de DECLARACIONES Y CONDENAS de la reforma de la demanda acumulada.

En consecuencia, se ordena a FONADE devolver al CONSORCIO ACR-CONTEIN conformado por las sociedades CONSTRUCCIONES ACR S.A. Sociedad Unipersonal, que actúa a través de CONSTRUCCIONES ACR SUCURSAL

COLOMBIA, y CONTEIN S.A.S., las sumas de dinero que conserva en su poder a título de retención en garantía, por valor de DOS MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS VEINTIOCHO PESOS (\$2.298.928.928).

En lo demás, se niega la pretensión.

DÉCIMO SEGUNDO: Prospera parcialmente la pretensión CUARTA del capítulo de DECLARACIONES Y CONDENAS de la reforma de la demanda acumulada.

En consecuencia, se declara que durante el desarrollo del Contrato de Obra No. 2131744 celebrado entre el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE— y el CONSORCIO ACR-CONTEIN, el contratista ejecutó mayores cantidades de obra correspondientes al NP 473 Repulido, Limpieza y Pintura para pisos en casas de restauración, en cantidad de 560 m², por valor actualizado a la fecha del laudo de VEINTITRÉS MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS NOVENTA PESOS (\$23.696.790).

Debido a la prosperidad parcial de la pretensión CUARTA PRINCIPAL, no se emite pronunciamiento sobre su pretensión subsidiaria.

DÉCIMO TERCERO: Prospera parcialmente la pretensión QUINTA PRINCIPAL del capítulo de DECLARACIONES Y CONDENAS de la reforma de la demanda acumulada.

En consecuencia, se condena a FONADE a pagar al CONSORCIO ACR-CONTEIN conformado por las sociedades CONSTRUCCIONES ACR S.A. Sociedad Unipersonal, que actúa a través de CONSTRUCCIONES ACR SUCURSAL COLOMBIA, y CONTEIN S.A.S., por concepto de mayores cantidades de obra en el Contrato de Obra 2131744, la suma de VEINTITRÉS MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS NOVENTA PESOS (\$23.696.790), por concepto del ítem NP 473 Repulido, Limpieza y Pintura para pisos en casas de restauración.

Debido a la prosperidad parcial de la pretensión QUINTA PRINCIPAL, no se emite pronunciamiento sobre su pretensión subsidiaria.

DÉCIMO CUARTO: Declararse inhibido de proferir pronunciamiento respecto de las pretensiones Sexta subsidiaria y Séptima subsidiaria de la reforma de la demanda acumulada, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO QUINTO: Prospera parcialmente la pretensión OCTAVA del capítulo de DECLARACIONES Y CONDENAS de la reforma de la demanda acumulada.

En consecuencia, se condena a FONADE a pagar al CONSORCIO ACR-CONTEIN conformado por las sociedades CONSTRUCCIONES ACR S.A. Sociedad Unipersonal, que actúa a través de CONSTRUCCIONES ACR SUCURSAL COLOMBIA, y CONTEIN S.A.S. la suma de NOVENTA Y OCHO MILLONES SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS \$98.072.893, correspondiente al saldo no pagado del ítem de aires acondicionados.

En lo demás, se niega la pretensión.

DÉCIMO SEXTO: Prospera la pretensión décima del capítulo de DECLARACIONES Y CONDENAS de la reforma de la demanda acumulada.

En consecuencia, FONADE deberá dar cumplimiento al laudo a partir de su ejecutoria, en los términos prescritos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

DÉCIMO SÉPTIMO: Denegar las demás pretensiones formuladas en la reforma de la demanda acumulada.

DÉCIMO OCTAVO: Declarar fundadas las excepciones denominadas, “Excepción de cumplimiento del contrato por parte del consorcio”, “Violación de los actos propios *venire contra factum proprium non valet*” y “Petición de nulidad absoluta parcial respecto de la cláusula ítem 9.3.1.”, propuestas por la Convocante contra la reforma de la demanda de reconvenición, en los términos expuestos en la parte motiva del laudo.

DÉCIMO NOVENO: Rechazar la excepción denominada “Liquidación del contrato” propuesta por la Convocante contra la reforma de la demanda de reconvención.

VIGÉSIMO: Por las razones expuestas en la parte motiva, el Tribunal se abstiene de pronunciarse sobre las excepciones denominadas “Proporcionalidad de la cláusula penal” y “No es factible el cobro de intereses sobre la eventual condena de la cláusula penal”, propuesta por la Convocante contra la reforma de la demanda de reconvención.

VIGÉSIMO PRIMERO: Declarar fundadas las excepciones denominadas “Exclusión expresa de cobertura de cláusula penal exigible al contratista afianzado - ausencia de derecho contractual a exigir a mundial de seguros el pago de cláusula penal sancionatoria”, “Imposibilidad de emitir un laudo extra o ultra petita respecto de las pretensiones del llamamiento en garantía”, e “Inexistencia de incumplimiento atribuible al contratista y que implique la afectación de la póliza de cumplimiento”, propuestas por Compañía Mundial de Seguros S.A.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Rechazar las excepciones denominadas “Compensación de deudas” y “Excepción genérica” propuestas por Compañía Mundial de Seguros S.A.

VIGÉSIMO TERCERO: Por las razones expuestas en la parte motiva, el Tribunal se abstiene de pronunciarse sobre las demás excepciones propuestas por Compañía Mundial de Seguros S.A.

VIGÉSIMO CUARTO: Se liquida el Contrato de Obra No. 2131744, con sus otrosíes, modificaciones, adiciones y prórrogas, en los siguientes términos:

Sumas a favor de la Convocante:

Ítem 9.3.1. Rejilla en Acero 2000 x 4000: \$1.041.926.501

Retención en garantía: \$2.298.928.928

Mayores cantidades de obra: \$23.696.790

Saldo no pagado de los ítems de aire acondicionado: \$98.072.893

Sumas a favor de la Convocada:

No hay reconocimientos a favor de FONADE.

TOTAL LIQUIDACIÓN A FAVOR DEL CONTRATISTA: TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS VEINTICINCO MIL CIENTO DOCE PESOS (\$3.462.625.112).

VIGÉSIMO QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda de reconvención, incluyendo la petición de nulidad absoluta del ítem 9.3.1. sobre Rejilla en Acero 2000 x 4000, e inhibirse, por haber caducado la acción, respecto de la solicitud de nulidad relativa del mismo.

VIGÉSIMA SEXTA: Declarar que la Compañía Mundial de Seguros S.A. no responde como garante por el pago de la cláusula penal.

VIGÉSIMA SÉPTIMA: Declarar que no hay lugar a aplicar las sanciones de que trata el artículo 206 del C.G.P.

VIGÉSIMA OCTAVA: Condenar a FONADE a pagar a Compañía Mundial de Seguros S.A., a título de costas, la suma de TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS OCHENTA MIL PESOS (\$335.580.000).

VIGÉSIMA NOVENA: No hay lugar a condena en costas a cargo de la parte Convocante, ni a cargo de la Convocada a favor de la Convocante.

TRIGÉSIMO: En firme este laudo, entréguese el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para lo de su cargo (artículo 47 de la Ley 1563 de 2012).

TRIGÉSIMO PRIMERO: Por Secretaría, expídanse copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las Partes y al Ministerio Público

Notificado en audiencia.

MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA
Presidente

ÁLVARO TAFUR GALVIS
Árbitro

MARTHA CECILIA BAHAMÓN DE RESTREPO
Árbitro

JAVIER RICARDO RODRÍGUEZ SUÁREZ
Secretario

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES	1
1. EL COMPROMISO ARBITRAL Y COMPETENCIA	1
2. RESUMEN DEL TRÁMITE GENERAL DEL PROCESO	2
3. PRUEBAS RECAUDADAS	4
4. AUDIENCIA DE ALEGATOS	5
5. DURACIÓN DEL PROCESO	5
6. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA	6
6.1. La demanda principal	6
6.2. Contestación de la demanda principal	18
6.3. La demanda de reconvención	28
6.4. Contestación de la demanda de reconvención	41
6.5. Demanda acumulada	47
6.6. Contestación de la demanda acumulada	65
6.7. Llamamiento en garantía	73
6.8. Contestación al llamamiento en garantía y a la demanda de reconvención por parte de la Llamada en Garantía	74
II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	76
1. PRESUPUESTOS PROCESALES	76
2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	76
2.1. La naturaleza del Contrato	76
2.1.1. Régimen general del contrato estatal	77
2.1.2. Contratos estatales de régimen especial	77
2.1.3. Los convenios interadministrativos de FONADE con otras entidades públicas	78
2.1.4. Los contratos de FONADE	81
2.1.5. El contrato ACR CONTEIN-FONADE	87
2.2. Desarrollo del contrato y sus modificaciones, prórrogas y adiciones.	90
2.2.1. Reflexión preliminar	90
2.2.2. El Consorcio tenía conocimiento de la obra y sus alcances	91
2.2.3. Sobre la “mayor permanencia en obra” alegada	92
2.3.4. Los diseños eléctricos	117

2.3.5. El apantallamiento	122
2.2.4. Comportamiento contractual del consorcio frente a las situaciones que prolongaron la ejecución contractual	125
2.2.5. De la prueba de los valores causados por mayor permanencia en obra.	152
3. LAS PRETENSIONES EN CONCRETO	166
3.1. Pretensiones de la demanda principal.....	166
3.1.1. Pretensión 4.1.	166
3.1.2. Pretensión 4.2.	168
3.1.3. Pretensión 4.3.1. Actualización de los valores contractuales según el I.P.C.....	168
3.1.4. Pretensión 4.3.2. Incremento de la tasa representativa del mercado	172
3.1.5. Pretensión 4.3.3. Sumas retenidas en virtud de la Ley 1697 de 2013. ..	181
3.1.6. Pretensión 4.3.4. Pagos por nuevo diseño eléctrico, junto con los pagos realizados a COINET	186
3.1.4. Pretensiones 4.4. y 4.4.1. Ítem 9.3.1. Rejilla en Acero 2000 x 4000	192
3.2. Pretensiones de la demanda acumulada.....	242
3.2.1. Pretensión primera	242
3.2.2. Pretensión segunda	245
3.2.3. Pretensión tercera	245
3.2.4. Pretensión cuarta y su subsidiaria	250
3.2.5. Pretensión quinta y su subsidiaria	263
3.2.6. Pretensión sexta y su subsidiaria	265
3.2.7. Pretensión séptima y su subsidiaria	270
3.2.8. Las pretensiones Sexta subsidiaria y Séptima subsidiaria.....	271
3.2.9. Pretensión octava.....	275
3.2.10. Pretensión subsidiaria a las pretensiones de pago de sumas de dinero junto con intereses moratorios	283
3.2.11. Pretensión décima.....	284
3.3. Pretensiones de la demanda de reconvención	287
3.3.1. Pretensión 1.1. Incumplimiento parcial del que se acusa al Consorcio ..	287
3.3.2. Pretensión 1.2. Petición de nulidad del ítem 9.3.1.	306
3.3.3. Pretensión 1.4.	307

3.3.4. Pretensión 2.1. de la reforma de la demanda de reconvención. La cláusula penal pecuniaria.....	307
3.3.5. Pretensión 2.2.....	309
3.3.6. Pretensión 2.3.....	310
3.3.5. Pretensión 1.3. Liquidación del Contrato	310
3.4. El llamamiento en garantía.....	314
3.4.1. Consideraciones preliminares.....	316
3.4.2. Análisis de la Póliza de Seguros NB-100029079	323
4. LAS EXCEPCIONES	324
4.1. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR FONADE EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA.....	324
4.1.1. Excepción de improcedencia de pretensiones que violan el contrato, sus modificaciones y la matriz de riesgos acordada.....	324
4.1.2. Excepción de improcedencia de la pretensión relacionada con el supuesto alza del dólar	325
4.1.3. Excepción de improcedencia de la pretensión relacionada con el índice de precios al consumidor – IPC	326
4.1.4. Excepción de improcedencia de pretensión relacionada con la estampilla pro-universidad	327
4.1.5. Excepción de improcedencia de reclamación por el ítem 9.3.1 sobre rejilla en acero 2000x4000	328
4.1.6. Excepción de nulidad absoluta o en su defecto, relativa, del ítem 9.3.1 sobre rejilla en acero 2000x4000	330
4.1.7. Excepción de inexistencia de circunstancias imprevistas	331
4.1.8. Excepción de incumplimiento del contrato por parte del Consorcio	332
4.2. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR FONADE EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ACUMULADA	334
4.2.1. Excepción de improcedencia de pretensiones que violan el contrato, sus modificaciones y la matriz de riesgos acordada	334
4.2.2. Excepción de inexistencia de circunstancias imprevistas	335
4.2.3. Excepción de incumplimiento del contrato por parte del Consorcio	335
4.3. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR EL CONSORCIO EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	336
4.3.1. Excepción de cumplimiento del contrato por parte del consorcio	336

4.3.2.	Violación de los actos propios <i>venire contra factum proprium non valet</i>	337
4.3.3.	Petición de nulidad absoluta parcial respecto de la cláusula ítem 9.3.1.	338
4.3.4.	Proporcionalidad de la cláusula penal.....	339
4.3.5.	No es factible el cobro de intereses sobre la eventual condena de la cláusula penal	339
4.3.6.	Liquidación del contrato	340
4.4.	EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA LLAMADA EN GARANTÍA.....	341
4.4.1.	Exclusión expresa de cobertura de cláusula penal exigible al contratista afianzado - ausencia de derecho contractual a exigir a mundial de seguros el pago de cláusula penal sancionatoria	342
4.4.2.	Imposibilidad de emitir un laudo extra o ultra petita respecto de las pretensiones del llamamiento en garantía	342
4.4.3.	Inexistencia de incumplimiento atribuible al contratista y que implique la afectación de la póliza de cumplimiento	343
4.4.4.	Enriquecimiento sin causa	343
4.4.5.	Ausencia de reclamación o aviso de parte de FONADE a Mundial De Seguros.....	344
4.4.6.	Inexistencia de requerimiento al contratista por parte de FONADE durante la ejecución del contrato - ausencia de multas. sanciones o terminación anticipada del contrato	345
4.4.7.	Improcedencia de la exigencia de la cláusula penal al consorcio - inexistencia de realización del procedimiento pactado entre las partes para ello	345
4.4.8.	Ausencia de prueba de daños o perjuicios sufridos por FONADE	346
4.4.9.	Ausencia de prueba de nexo causal del aparente daño sufrido por FONADE e imputable a conducta alguna del contratista	346
4.4.10.	Excepción de contrato no cumplido	347
4.4.11.	Confianza legítima del consorcio respecto de FONADE – buena fe del consorcio en la ejecución de la obra	347
4.4.12.	Improcedencia del cobro de intereses sobre el monto tasado como indemnización anticipada de perjuicios en la cláusula penal	348
4.4.13.	Compensación de deudas	348
4.4.14.	Excepción genérica	348

4.4.15. Coadyuvancia de las excepciones de mérito formuladas por el Consorcio ACR-CONTEIN demandado en reconvención.....	349
5. TACHAS CONTRA ALGUNOS TESTIMONIOS.....	349
6. OPOSICIONES A DICTÁMENES PERICIALES.....	350
6.1. Sobre la oposición al dictamen de Gloria Zady Correa Palacio	350
6.2. Sobre la oposición al dictamen de Germán Alexis Cortés Hernández	352
7. JURAMENTO ESTIMATORIO	352
7.1. Posición de la Convocante	353
7.2. Posición de la Convocada reconviniendo	356
7.3. Consideraciones del Tribunal	358
8. COSTAS Y CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES.....	360
III. PARTE RESOLUTIVA.....	364