

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, Septiembre 27 de dos mil dos (2002)

Finalizadas las actuaciones procesales, para la debida instrucción del trámite arbitral aquí propuesto, y estando dentro de la fecha y hora fijadas para llevar a cabo la AUDIENCIA DE FALLO, se procede por el Tribunal de Arbitramento a proferir el laudo que pone fin al proceso arbitral seguido por el CONSORCIO HYDRA INGENIERÍA LTDA., Y BIOTEC COLOMBIA S.A., contra la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA CVC, previo un recuento de los antecedentes y demás aspectos preliminares.

I. ANTECEDENTES

1. El contrato No. CVC 0019/98.

El contrato objeto del presente Laudo es el contrato de obra pública No. CVC-0019/98, suscrito el 28 de Enero de 1998 entre el CONSORCIO HYDRA INGENIERÍA LTDA., Y BIOTEC COLOMBIA S.A. Y LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA CVC, cuyo objeto fue:

“Ejecución de las obras civiles relativas a la construcción previa actualización del diseño, el arranque la operación y mantenimiento de aguas residuales del Municipio de Restrepo, departamento del Valle del Cauca”.

El contrato suscrito, fue objeto de modificaciones, contenidas en otro si del 23 de Abril de 1998; contrato adicional del 28 de Diciembre de 1998.

2. La Cláusula Compromisoria

En la cláusula Vigésima Tercera del contrato, las partes estipularon textualmente:

“VIGÉSIMA TERCERA: CLÁUSULA COMPROMISORIA. Las partes contratantes someterán a la decisión de árbitros aquellas diferencias y discrepancias que surjan dentro de la celebración del contrato, su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación y que no hayan podido ser solucionadas mediante acuerdo, conciliación o transacción. La decisión arbitral será en derecho. El número de los árbitros se determinará conforme a lo establecido en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993. La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del Tribunal de Arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia”.

3. Trámite Prearbitral

3.1. Designación de los Árbitros

En fecha 28 de Febrero de 2002 se llevó a cabo la audiencia de designación de árbitros, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 119 de la Ley 446 de 1998, la cual se realizó de común acuerdo; después de analizar algunos nombres, las partes acordaron designar a los doctores CÉSAR AYERBE CHÁUX y como sus sustitutos a Jaime Valenzuela Cobo, Iván Ramírez Wurttemberg y José Félix Escobar Escobar. JULIO CÉSAR DÍAZ LOZANO y como sus sustitutos a Claudia Sandoval y Alicia Osorio González. PATRICIA RIASCOS LEMOS y como sustituto a José Félix Escobar Escobar (Acta a folio 127 del cuaderno principal).

3.2. Solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento presentada ante el Centro Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.

El día 9 de Julio de 2001, el Consorcio Hydra Ingeniería Ltda. y Biotec Colombia S.A. por conducto de apoderado, solicitó la convocatoria de este Tribunal al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, mediante la presentación de la demanda respectiva, la cual fue aceptada por dicho Centro y dispuso correr traslado de ella al demandado Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca CVC, quien por conducto de apoderado, dio respuesta de la demanda, oponiéndose a sus pretensiones, sin que hubiera propuesto excepciones de mérito.

3.3. La Audiencia de Conciliación ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.

El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, llevó a cabo el día 29 de Noviembre de 2001 la Audiencia de Conciliación, según acta que obra a folios 104 y 105 del cuaderno principal, presidida por la doctora Martha Lucía Becerra como conciliadora por parte del centro, con la asistencia del representante legal de la convocada CONSORCIO HYDRA INGENIERÍA LTDA., BIOTEC COLOMBIA S.A., del apoderado de la misma y del apoderado de la CVC, como de la Procuradora Judicial 18 ante el Tribunal Contencioso Administrativo. Las partes de común acuerdo solicitaron la suspensión de la Audiencia para continuar el día viernes 18 de Abril de 2002.

El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio señaló en dos oportunidades nueva fecha para continuar la Audiencia de Conciliación mediante decisiones de Enero 15/02 y Enero 29/02 comunicándolo así a las partes (folios 106 y 113 del cuaderno principal).

El 15 de Febrero/02 se reunieron en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, según Acta que obra a folios 120 y 121 del cuaderno principal, los apoderados de las partes doctores Luis Mario Duque y Víctor Adolfo Hernández Díaz y la doctora Miriam Galindo de Echeverry

Procuradora Judicial 18 Tribunal Contencioso Administrativo. La Audiencia fue presidida por la doctora Carolina Rocha Barreto Conciliadora del Centro.

En esta Audiencia no se logró acuerdo alguno.

4. Instalación del Tribunal.

De acuerdo con lo establecido en el numeral primero del artículo 142 del decreto 1818 de 1998 y previas las respectivas citaciones, se instaló el Tribunal de Arbitramento el día 05 de Abril de 2002, como consta en el acta No. 1 de la misma fecha, en sesión realizada en la sala No. 2 del Centro.

En esta audiencia de instalación se reconoció personería a los abogados de las partes, se determinaron las cuantías por concepto de honorarios de los árbitros y del secretario y de los gastos del Tribunal, se fijó fecha para la primera audiencia de trámite y se ordenó que se comunicara a la Procuraduría, tanto la iniciación de este proceso como la instalación del Tribunal.

El Tribunal designó a la doctora PATRICIA RIASCOS LEMOS como Presidenta del Tribunal y al doctor JAIME VALENZUELA COBO como Secretario del mismo. El doctor Valenzuela Cobo acepta la designación hecha y tomó posesión del cargo ante la Presidenta. (Anexos Acta No. 1 de fecha 05 de Abril de 2002).

4.1 Término del proceso.

Al no señalar las partes el término del proceso, su duración conforme a lo establecido en el artículo 103 de la ley 23 de 1991 es de seis meses, a partir de la primera audiencia de trámite (27 de Mayo de 2002), término que vencería en Noviembre 26/2002).

5. Trámite del proceso.

5.1 Las sesiones del Tribunal.

El tribunal se desarrolló en doce sesiones, incluida la sesión del día de hoy.

De estas doce sesiones, una (1) correspondió a la audiencia de instalación del Tribunal, dos (2) correspondieron a la primera audiencia de trámite, una (1) a la audiencia de posesión de peritos.

Los testimonios se recibieron en una (1) sesión y los alegatos de conclusión en una (1) sesión. Las demás sesiones correspondieron a la continuación del trámite del proceso.

5.2 Primera Audiencia de Trámite.

Consignado oportunamente los honorarios y gastos por la parte demandante y demandada y posesionado el secretario, se llevó a cabo la primera audiencia de trámite que se desarrolló en dos (2) sesiones (Abril 30 de 2002; 27 de Mayo de 2002), actas No. 2 y No. 4.

5.3. La declaración de competencia del Tribunal.

En audiencia del 30 de Abril de 2002 (Acta No. 2) el Tribunal declaró su competencia para **“conocer del litigio promovido por el CONSORCIO HYDRA INGENIERÍA LTDA.. Y BIOTEC COLOMBIA S.A. contra la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE CVC”**.

6. Intervención del Ministerio Público.

El desarrollo del trámite arbitral contó con la participación del Ministerio Público, mediante la asistencia de la doctora Miriam Galindo de Echeverry, Procuradora Judicial 18 Tribunal Contencioso Administrativo, a las audiencias del 05 de Abril de 2002, (Acta No. 1); 31 de Julio de 2002 (Acta No. 8); 6 de Agosto/02; (Acta No. 9); 16 de Agosto de 2002 (Acta No. 10).

Según lo consignado en las respectivas actas.

7. Las pretensiones de la demanda.

Las pretensiones de la demandante, se contienen en la demanda principal y en su adición, obran a folios 027 del cuaderno principal y 014 del cuaderno titulado **Reforma** del expediente y son del siguiente tenor:

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos expuestos, se solicita que el Tribunal Arbitral que se constituye, en desarrollo de la cláusula VIGÉSIMA TERCERA del contrato y declare:

- 1. Condenar a la Corporación Autónoma Regional del Valle – CVC, a pagar y reconocer al Consorcio Hydra Ingeniería Ltda. – Biotec Colombia S.A el equilibrio económico del contrato.
Las sumas reclamadas son las que resultan del equilibrio solicitado por el Consorcio y/o las que se demuestren en el curso del proceso arbitral.***
- 2. El valor de la condena deberá ser actualizado a valor presente así como también al pago de los intereses moratorios.***
- 3. Que se condene a la CVC al pago de las costas que origina el proceso arbitral.***

PETICIONES

- 1. Se concilien las pretensiones económicas derivada de los actos administrativos que dispusieron hacer efectiva el amparo de calidad de los equipos o bombas.***
- 2. Se proceda a liquidar el contrato teniendo en cuenta el equilibrio económico del mismo.***

8. Los apoderados de las partes.

La representación judicial del Consorcio convocante la tuvo durante el proceso, el doctor LUIS MARIO DUQUE conforme al poder a él otorgado.

Por parte de la CVC, actuó el doctor VÍCTOR ADOLFO HERNÁNDEZ DÍAZ, conforme al poder otorgado por la entidad demandada.

9. Las pruebas del proceso.

9.1 El Decreto de Pruebas.

En audiencia celebrada el 27 de Mayo de 2002, el Tribunal decidió sobre la solicitud de pruebas de las partes, y decretó mediante Auto No. 5 de la misma fecha, las pruebas practicadas en el proceso (Acta No. 4).

9.2 Prueba documental.

9.2.1. Prueba documental aportada.

Tal como quedó consignado en el auto de decreto de pruebas del proceso (Acta No. 4 del 27 de Mayo de 2002) se tuvieron como pruebas los documentos aportados en la demanda, su adición y contestación de la demanda y de su adición.

9.2.2. Prueba documental solicitada.

En cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal en el auto de decreto de pruebas, la secretaria del Tribunal remitió los oficios ordenados para recaudar la prueba documental decretada de oficio así:

- Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca CVC.

En las actas Nos. 6 y 8 de fechas Junio 08/02 y Julio 31/02 respectivamente, se dejó constancia acerca del recibo de los documentos solicitados.

9.3 Prueba testimonial.

9.3.1. Testimonios recibidos.

Los testimonios decretados fueron recibidos en la audiencia realizada con dicho propósito, tal y como quedó consignado en el acta No. 5 audiencia de Junio 06/02 se recibió el testimonio de los Ingenieros Carlos Vivas y María Patricia Osorio Aguilera.

Con la versión escrita de los testimonios recibidos, se dio el trámite establecido en el artículo 109 del C de P.C.

9.4 Prueba Pericial.

Mediante Auto de Decreto de Pruebas (Acta No. 4) se decretaron los dictámenes periciales solicitados por la parte convocante, adhiriéndose a uno de ellos la parte convocada.

9.4.1. Nombramiento y posesión de peritos.

En audiencia realizada el 05 de Junio (Acta No. 5) los peritos técnicos designados por el Tribunal, Ingenieros Jaime Rojas González, Oscar Halim Revéz quienes dentro del término legal habían aceptado la designación hecha, tomaron posesión de sus cargos en los términos de ley.

9.4.2. Presentación del dictamen pericial.

El dictamen pericial técnico rendido por los Ingenieros Jaime Rojas González y Oscar Halim Revéz fue presentado ante el Tribunal el 08 de Julio de 2002 corriéndose traslado del mismo mediante auto No. 6 de la misma fecha.

9.4.3. Complementación al dictamen.

Dentro de la oportunidad procesal pertinente, la parte convocante presentó solicitud de complementación al dictamen pericial rendido como consta en el informe secretarial del 12 de Julio/02 Acta No. 7 mediante auto No. 7 de 12 de Julio/02, el Tribunal ordenó la complementación al peritazgo rendido. El 25 de Julio de 2002 y dentro del término establecido por el Tribunal los peritos presentaron el documento contentivo de la complementación solicitada por el apoderado de la parte convocante y decretada por el Tribunal.

Mediante auto No. 8 de Julio 31 de 2002, el Tribunal corrió traslado a las partes de la complementación al dictamen presentado.

9.4.4. Objeción por error grave

Mediante auto No. 9 del 6 de Agosto 2002 el Tribunal corrió traslado de las objeciones por error grave presentadas por las partes, teniendo en cuenta que las objeciones fueron entregadas en la oportunidad procesal pertinente.

10. Alegatos de Conclusión.

En Audiencia de Septiembre 3 de 2002, los apoderados de las partes presentaron oralmente sus alegatos finales.

La Audiencia tuvo una duración de una hora. Los apoderados presentaron por escrito sus alegaciones en documentos que hicieron parte del Acta correspondiente, en los cuales reiteran sus pretensiones y defensas mediante un análisis de las respectivas pruebas practicadas en este proceso.

Concluido el trámite, procede el Tribunal a proferir el Laudo que pone fin al proceso.

II. LA DEMANDA

Fundamentos de la demanda y de la Adición

Los presenta el convocante en 14 hechos, relacionados con el proceso de licitación pública No. SGA-009-97; la adjudicación al Consorcio Ingeniería Ltda., Biotec Colombia S.A.; la suscripción del contrato CVC-0019/98; y referencia sus cláusulas Tercera: Objeto; Cuarta: Documentos del contrato; Sexta: Descripción, cantidades y precios unitarios; Séptima: Valor del contrato.

Hacen mención del otro sí al contrato CVC-019 de Enero 28/98, que sustituye el literal b) de la cláusula Octava, del contrato CVC 0019/98; y del contrato adicional de fecha Diciembre 28/98 en el que se pactan la ejecución de obras adicionales no incluidas en el contrato original (CVC 0019/98).

Reconocimiento del equilibrio económico: Afirma el convocante que presentó a la CVC un presupuesto aproximado de la planta de tratamiento de aguas residuales de Restrepo por valor de \$ 681.580.694 en Noviembre 18/98. (Folio 033 anexos de la demanda). En Julio 22/99 estimó en \$ 218.000.000 el equilibrio económico del contrato (Folio 50 anexos de la demanda); en Julio 27/00 (Folio 068 de los anexos de la demanda), nuevamente solicitó el reconocimiento del equilibrio económico.

Acta de recibo final del contrato: Hace referencia a la suscripción de dicha Acta en Noviembre 02/99 (Folio 058 anexos de la demanda) en la cual consta que el Consorcio *“realizó satisfactoriamente las actividades objeto del presente contrato y del contrato adicional”* que la interventoría *“recibe a satisfacción las obras producto de la ejecución del contrato CVC No. 0019/98 y su contrato único adicional”*.

Desfase entre el valor del contrato y su costo real: Afecta patrimonialmente al Consorcio lo establecido en el Acta de *“recibo de liquidación final del contrato”* (folio 064 anexos de la demanda) debido a la forma de contratación; precios unitarios pactados según minuta del contrato; la propuesta aprobada la califica de *“híbrido”* por tener precios unitarios la propuesta básica y precio global la propuesta alternativa, presentando dicho presupuesto antes de hacer el rediseño; el nivel freático encontrado fue significativamente diferente al presentado en el estudio de suelos anexo del pliego de condiciones lo que determinó modificar necesariamente la cantidad de unidades del sistema (un pozo de bombeo adicional), el proceso constructivo de las unidades planteadas y el incremento sustancial de sus estructuras; que afectó el tiempo de ejecución de la obra con sus sobre costos y finalmente afirma que se encuentra sin liquidar el contrato a la fecha de presentación de la demanda.

En el acápite planteamiento del problema: El convocante afirma que se causó un desequilibrio económico en contra del Consorcio, reiterando argumentos como: los precios unitarios pactados; la forma de contratación y cotización que significaba que la CVC no conocía de antemano las

especificaciones de la PTAR que se iba a construir; el precio de la PTAR fue guiado por el presupuesto de la CVC; se construiría la propuesta alternativa no existían ni ítems definidos, ni precios unitarios preestablecidos para estos ítems; por facilidad y agilidad de pago se definió una forma de pago con cuotas predeterminadas según cronograma de obra. El interventor hizo una serie de recomendaciones y numerosas exigencias de obras o montajes adicionales, o adiciones a los diseños inútiles para el correcto funcionamiento de la planta, pero costosos de implementar; los vicios ocultos, errores en el estudio de suelos, funcionamiento deficiente del alcantarillado del pueblo; la forma de pago, la modificación acordada en el otro si al contrato CVC-0019/98.

Precios del mercado: El Consorcio cumplió en un 10% más, los requerimientos de la licitación. La PTAR de Restrepo más barata por litro por segundo, para un nivel dado de remoción, que las grandes PTAR de Cali y Medellín. Para este cálculo utilizó el convocante el valor de US\$ 43.000 (costo contable del proyecto, base de la solicitud del equilibrio económico).

La razón del costo favorable, la tecnología exigida por la CVC y la experiencia del Consorcio permitió llegar a las altas remociones exigidas con poco volumen de concreto.

El valor cobrado por el Consorcio para la planta de Restrepo que además de UASB, tiene doble bombeo, filtro precolador y sedimentadores finales, están aún por debajo de la lista de precios de Biotec para este tipo de plantas.

Adiciona la demanda el convocante en dos aspectos:

- A. Las bombas instaladas en la planta de tratamiento de aguas residuales de Retrepo.
- B. Liquidación del contrato.

El punto de las bombas, lo argumenta en siete hechos, reunidos así:

En desarrollo del contrato CVC 0019/98 el Consorcio suministró las bombas requeridas para el funcionamiento de la planta; otorgó las pólizas de estabilidad de la obra y buena calidad y correcto funcionamiento exigidos en el contrato (cláusula décima primera); en el acta de recibo final de la obra se menciona la vigencia y el valor amparados en las pólizas por dichos conceptos.

En Diciembre 27/00 expide la CVC la resolución DG528, por la cual se ordena hacer efectiva los amparos de estabilidad y calidad, confirmando mediante resolución DG 245 de Mayo 10/01, el acto administrativo recurrido (Resolución DG 528 de Diciembre 27/00), con fundamento en argumentos técnicos elaborados por la subdirección de Gestión Ambiental – Grupo de Calidad Ambiental.

Pretende el convocante en el acápite planteamiento del problema, demostrar:

1. La caducidad en el cobro del amparo de calidad del equipo (falta de competencia en razón del tiempo).
2. Que la CVC hizo efectivo el amparo de estabilidad cuando el siniestro no ha ocurrido (Falsa motivación).

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la parte convocante dio respuesta a la demandada, negó unos hechos, aceptó otros.

Basa su defensa en que se cambió de precio unitario a precio global, la modalidad de contrato CVC 0019/98, cambio que aceptó el Consorcio antes de suscribir el otro si al contrato CVC 0019/98 en Abril 23/98, como después de hacerlo; a precio global no hay sobre costos para la CVC, con base en la actualización del diseño se haría la obra civil y sólo al ejecutarla el Consorcio dice que hay desequilibrio económico; al actualizar el diseño, el Consorcio debió hacer estudio de suelos, como actividad obvia y mínima; la CVC no autorizó obras adicionales, exigió los términos contractuales; el doble bombeo proyectado por el Consorcio no generaba costo adicional como lo reconoció el Consorcio por escrito. Para concluir que no se presentó desequilibrio económico del contrato.

En la contestación de la adición de la demanda fundamenta su oposición a las pretensiones del convocante en la teoría de la presunción de legalidad de los actos administrativos; que no hay competencia del Tribunal para atender la adición y la existencia de argumentos de orden técnico suficientes para hacer efectivas las pólizas.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LAS PRUEBAS

El Tribunal al hacer el análisis del acervo probatorio aportado por las partes al proceso tanto con la demanda y su adición, como con la contestación dada a las mismas, y del dictamen pericial como de su aclaración y adición, encuentra:

1. El contrato No. CVC 0019/98.

a.- Que el 28 de enero de 1998, fue suscrito entre el convocante CONSORCIO HYDRA INGENIERIA LTDA – BIOTEC COLOMBIA S.A. y la convocada CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DEL VALLE DE CAUCA CVC, el contrato CVC No. 0019 de 1998 – Licitación pública CVC No. SGA-009-97; cuyo objeto era *“La ejecución de las obras civiles relativas a la construcción previa actualización del diseño, el arranque, la operación y el mantenimiento de las aguas residuales del municipio de Restrepo, Departamento del Valle del Cauca”*.

b.- Que conforme a la Cláusula Tercera *“OBJETO DEL CONTRATO: El contratista se obliga a ejecutar para la CVC a precios unitarios y en los términos que señala este contrato todas las obras y trabajos necesarios para*

la construcción previa actualización del diseño, el arranque, la operación y el mantenimiento de aguas residuales del municipio de Restrepo, Departamento del Valle del Cauca”.

c.- Que según el PARÁGRAFO de la Cláusula Sexta DESCRIPCIÓN, CANTIDADES Y PRECIOS UNITARIOS *“Si durante el curso de los trabajos se requiere la ejecución de obras no previstas en este contrato, o la modificación de las cantidades de uno o más ítems que generen aumento del valor inicial del contrato, previo informe del interventor de la obra y del supervisor de la CVC, sobre las necesidades de su ejecución o modificaciones de dichos ítems, se levantará un acta en la que se establezcan las especificaciones técnicas de las mismas, las cantidades y los precios unitarios. Dicha acta requerirá de la aprobación y ordenación por parte de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA CVC”.*

d.- Que según lo dispuesto en el PARÁGRAFO de la Cláusula Séptima Valor del Contrato se estableció: *“Es entendido que el valor final del contrato será del que resulte (sic) multiplicar las cantidades de obra ejecutada por el contratista y recibidas a satisfacción por la CVC por los precios unitarios estipulados en este contrato”.*

e.- Conforme a lo previsto en la Cláusula Octava FORMA DE PAGO en su literal b) se señala: *“La CVC, efectuará pagos mensuales, para lo cual cada mes calendario se medirá conjuntamente entre el CONTRATISTA y la interventoría la obra realizada a satisfacción, la que se hará constar en actas firmadas por ambas partes. Cada acta deberá contener el número del ítem, su descripción, su precio unitario, la cantidad de obra ejecutada desde la medida anterior, y el valor de ésta. Las obras adicionales y las obras extras se liquidarán de acuerdo con los precios unitarios fijados, y autorizados por el supervisor de la CVC, previo concepto del interventor. ...”*

Otro si al contrato CVC-0019 de Enero 28 de 1998.

Las partes contratantes acordaron suscribir otro si al contrato inicial CVC-0019, el día 23 de abril de 1998, que en su punto 5.1 en la Cláusula Primera acordó: *“Sustituir el contenido del literal b) de la cláusula (tercera) octava del contrato CVC-0019 de enero 28 de 1998, por el siguiente: “ b) La CVC efectuará pagos mensuales de acuerdo al avance del proyecto, previa autorización del interventor. ...”*

2. Los Testimonios

De los testimonios recibidos a los Dres. MARIA PATRICIA OSORIO AGUILERA y CARLOS VIVAS, se tiene lo siguiente :

La Ingeniera Sanitaria Dra. María Patricia Osorio, quién dijo ser la Supervisora del contrato objeto de éste trámite arbitral, y a quien le correspondió según su propia versión firmar el acta de iniciación, señala en su testimonio que *“... ellos tenían que hacer una revisión de un diseño inicial que contrató Acuavalle con una firma que se llama Ángel y Rodríguez, ellos tenían que hacer una revisión y rediseño, para el rediseño tenían libertad, o sea lo que les dijimos fue tienen que cumplir con un 80% de remoción porque eso es lo que establece la Ley, o sea el decreto 1594 del 84 que obliga a que*

todo el que trate aguas residuales debe remover el 80% tanto en materia orgánica como en sólidos suspendidos y en grasas y aceites.”

Agrega que “iba el muestreo que hizo la firma que se llama D.B.O. Ingeniería Sanitaria y se les entregó también el estudio de suelos que era hecho para ese diseño, ellos no hicieron un diseño, no hicieron un nuevo estudio de suelos que es algo necesario en toda obra, ese estudio de suelos hablaba de un nivel freático de dos metros, en ese momento que fue en el año 95, las obras se iniciaron en el 98 y ellos hablaban que estaba a dos metros y que coincidía con el nivel de la quebrada Agua Mona, ...”

Agrega la testigo: “... la gente de Hydra Biotec no hizo un nuevo estudio de suelos, cuando empezaron a hacer excavaciones fue que se encontraron con el nivel freático alto, entonces se reunieron con nosotros y nos dijeron, es necesario hacer un nuevo bombeo, porque el diseño original tenía un solo bombeo, ...” Concluye indicando que la CVC ante la propuesta expresó su voluntad de estudiarla advirtiéndole que no tenía recursos adicionales y por consiguiente debía hacerse con los mismos recursos.

Que posteriormente el Consorcio contratista le había manifestado a la entidad contratante *“... nosotros vamos a hacerlo con dos bombeos porque el éxito de nuestro sistema es que entre por el fondo por bombeo, no por la superficie por gravedad, entonces nos mandaron una carta diciendo que no había ningún costo adicional para la CVC y que ellos asumían el bombeo adicional, ...”*

La testigo al absolver las preguntas que le realizara el apoderado de la CVC deja claramente establecido:

a.- Que el alcantarillado del municipio de Restrepo – Valle, como la de la mayoría de los municipios de Colombia son alcantarillados semicombinados, es decir, que cuando llueve entra parte de aguas lluvias que es normal. Que en el pliego de condiciones, está claro que pueden entrar lodos, que cuando llueve pueden llegar a 1000 miligramos de sólidos suspendidos y que el caudal se incrementa, además hay una estructura de separación, o sea estaba tanto en el diseño de Ángel y Rodríguez **como en el rediseño de Hydra Biotec**, (subrayado fuera de texto)

b.- A la pregunta: *¿Considera usted, ... de su conocimiento que tiene de la obra y de la ejecución misma que se debió hacer un estudio de suelos adicional y por qué motivos, lo considera pertinente?.* Respondió *“Yo creo que era necesario,, o sea yo considero que debe ser necesario, que debió ser obligatorio que lo hicieran”*.

Al preguntársele si el término de un mes para realizar un rediseño del tratamiento preliminar es el adecuado en su concepto o realmente ese término podría haber sido más breve. Respondió. *“hay que considerar que era un rediseño solamente del tratamiento preliminar, no era de toda la obra, ...”*

Del testimonio rendido por el ingeniero Carlos Vivas, quien se desempeñó como interventor de la obra podemos transcribir los siguientes apartes:

a.- *“En el transcurso de esta obra se presentaron los problemas normales, hubo una época de invierno, en esa época de invierno están las*

comunicaciones más donde yo les decía que apuraran la obra, se producían derrumbes por los aguaceros que caían y por que dejaban las excavaciones abiertas, ..., pero realmente no hubo quien se apersonara de esos problemas y a pesar de eso jamás a mí me enviaron una comunicación donde me pidieran que evaluáramos los posibles sobrecostos y ver si esos sobrecostos eran realmente originados por la calidad de la obra o sí por descuido que habían tenido los contratistas, pero jamás hubo esa comunicación donde me plantearan que había sobrecosto, es decir, esos sobrecostos se presentaron o se reclamaron realmente después de terminada la obra, o sea después de julio de 1999 “.

b.- Según el testigo “los problemas se iniciaron cuando los equipos de bombeo comenzaron a fallar, yo recibí la obra a satisfacción, pero antes de recibir la obra a satisfacción, ya había habido problemas con las bombas, ya habían tenido que reparar y cuando el Alcalde del Municipio aceptó recibir la obra de parte de la CVC, las bombas estaban funcionando en ese momento correctamente y yo por eso hice el acta de recibo final”.

Agrega el testigo: “... para mí puede y sé que esa marca de bombas que son construidas en Barranquilla hay en otras obras y han funcionado, pero para mi no eran las bombas adecuadas para el manejo de las aguas residuales de Restrepo, no sé por qué, habían en el mercado muchísimo mejores, un poco más costosas todas, estas eran las más baratas, pero que hubieran evitado pues todo este problema, por que allí nació el hecho de que yo esté aquí ante ustedes, eso fue básicamente el problema, las bombas y sigue siendo, las bombas inclusive no están en Restrepo en este momento, ...”

c.- Preguntado el testigo por el apoderado de la entidad convocada CVC, sobre los sobrecostos de la obra reclamados por el Consorcio convocante, por valor de \$ 200.000.000.00; respondió :

“Pues en una obra de ingeniería detectar centavos es muy difícil, pero \$ 200.000.000.00 en una obra de seiscientos y pico es muy fácil, ..., pues yo como constructor que me ha tocado hacerlo, lo primero que hago es ir por el conducto regular, la primera persona que debe estar enterado y que debe certificar que yo estoy haciendo más de la obra propuesta es el interventor, el interventor nunca tiene la potestad de decir que sí me lo va a pagar, porque casi en todos los contratos de interventoría figura que uno puede, como le digo justificar ante la entidad que hay unos sobrecostos que se están presentando, pero es la entidad la que acepta o no acepta esos sobrecostos con el concepto del interventor y la petición del contratista, entonces yo no me explico, \$ 200.000.000.00 no pueden haberse producido en el último instante en que la planta se terminó, tienen que haberse producido a lo largo de la construcción de la planta. Yo no conozco ni verbal, ni escrito una comunicación de ellos, o una llamada en que me diga, vea estamos en este problema, hasta donde conozco el sobrecosto se solicitó a raíz del problema con las bombas, posteriormente a eso”.

d.- A la pregunta del arbitro Julio César Díaz Lozano, si la CVC aprobó o no el rediseño tal como lo establece el contrato. Respondió: “Eso era potestativo del contratista, nosotros lo teníamos era que aprobar el diseño, ..., eso era lo que el pliego de condiciones les dice, que ellos deben si lo consideran hacer

un nuevo estudio de suelos y una nueva caracterización de las aguas, que en mi concepto debían haberlo hecho, porque uno no sabía si en la época en que hicieron esos estudios, en 1995 pues las condiciones que se estaban viviendo eran las mismas, ...”.

e.- Preguntado por el mismo arbitro Díaz Lozano, sobre su afirmación de que el mayor valor del contrato se produce casi al final de la obra no obstante existir comunicación del Consorcio de noviembre 18 de 1998 en la cual se habla de desequilibrio económico en el contrato, dijo:

“Me ratifico en lo que acabo de decir, yo no conocí eso, yo no conozco la primera que usted menciona que se me fue la fecha, noviembre del 98 creo, noviembre 18 del 98, no la conozco y me parece muy raro por lo que dije anteriormente, yo era el conducto regular, a mi era que deberían haberme hecho esa solicitud, porque yo era el que conocía la obra, ..., yo podía decir si señor hay un sobrecosto o no señor,”.

3. El Dictamen Pericial.

La experticia fue rendida por los peritos Ing. Oscar Halim Revéiz Fernández y Jaime R. Rojas González, dentro de los términos fijados por el Tribunal y corrido el correspondiente traslado a las partes, fue solicitada su complementación por el apoderado del CONSORCIO convocante y objetado por el apoderado de la entidad convocada.

Los peritos efectuaron visita de reconocimiento a la planta de Tratamiento de aguas residuales del municipio de Restrepo el 17 de junio de 2002, donde fueron atendidos por el administrador de la Planta señor Juan Alonso Montes.

3.1 Determinación del valor total de la construcción de la planta PTAR a precios unitarios y su actualización a la fecha.

En la determinación del valor total de la construcción de la planta PTAR a precios unitarios y su actualización a la fecha, los peritos hacen algunas consideraciones de las cuales se consignan las siguientes:

a.- *“A pesar de la minuciosa inspección realizada en sitio, las obras están en su mayoría por debajo del terreno natural, y llenas de aguas residuales a tratar, por lo que no es posible hacer una inspección más detallada”.*

b.- *“Es posible que los costos en los que dice haber incurrido el Consorcio contratista sean reales, pero no todos ellos dan valor agregado a la obra, es decir, el valor real comercial de una obra no necesariamente es la sumatoria de los costos en los que incurrió el que la construyó”.*

c.- *“Los planos “como construidos” no contienen todos los detalles que permitan conocer cómo quedó realmente construido cada aspecto de la obra. Un ejemplo de estos es la ausencia del hierro de armadura de las estructuras de concreto reforzado, y la ausencia de detalles del sistema eléctrico”.*

d.- *“El primer acercamiento a la valoración se realizó estudiando detalladamente los planos “como construido” suministrados por el consorcio contratista y recibidos por la CVC como contratante. Estos planos, como su nombre lo indica, fueron realizados después de terminada la construcción, y por consiguiente deben reflejar el real y definitivo estado de la obra, con sus dimensiones y contenido de cada elemento “. Que con base en esos planos fueron calculadas las cantidades de*

obra y aplicados los precios unitarios de la propuesta del Consorcio, por ser éstos los que tuvo en cuenta la CVC para valorar y finalmente adjudicar”.

e.- *“En los casos en los que se encontraron en los planos actividades realmente ejecutadas que no fueron previstas en la cotización inicial, éstas se incorporaron al presupuesto como obras extras, aplicándoles los precios del presupuesto que el Consorcio presentó a la CVC en noviembre de 1998 a manera de actualización sobre lo que realmente se estaba haciendo en obra”.*

f.- *“De la aplicación de los precios originales de la licitación a la cantidad de obra calculada por los peritos a partir de los planos “como construido” y sumar las obras no contempladas originalmente a los precios pactados da un valor de obra por \$ 510.812.001. Ese valor actualizado a julio de 2002, aplicando los factores de ajuste de Camacol, da una mayoración del 48% arrojando un total de \$ 756.001.761”.*

g.- *Que “no obstante haber obtenido estos valores, parece que existen una serie de obras, muchas de ellas bajo tierra, que no están consignadas o reportadas en los planos “como construido”, y por consiguiente no pudieron ser tenidas en cuenta en el avalúo, máxime si el sistema de cálculo de liquidaciones parciales de avance de obra y pagos no se hizo por precios unitarios sino por valores globales fijos”.*

Reconocen finalmente los peritos en su experticia, que por ser una obra *“atípica, por todas las razones y consideraciones expuestas, es preciso reconocer que el avalúo que se presenta es parcial, por cuanto falta considerar varias obras presumiblemente ejecutadas, y de las que no se encontró información en los planos “. (negrilla fuera de texto)*

3.2 Determinación sobre si las bombas instaladas en la Ptar forman parte de las obras civiles o si son simplemente equipos.

En esta parte del dictamen los peritos después de breve comentario al asunto a su conocimiento, en lo pertinente dicen:

a.- *“La planta está constituida en un alto porcentaje por la obra civil, es decir, aquellas estructuras hechas de concreto, hierro y mampostería (ladrillo pegado) quedan forma a las estructuras hidráulicas, los tanques, las cajas de inspección, las tuberías, y sus obras afines y complementarias”.*

b.- *“Otra parte integrante de la planta son los equipos, los cuales, como los de bombeo, son parte fundamental de ésta, pues sin éstos no puede funcionar, **pero no son parte de la obra civil”.***

c.- *“Son varias las razones por las cuales los equipos no son considerados parte de la obra civil:*

** Los equipos de bombeo no se fabrican en sitio ni son producidos como una derivación de una obra civil, sino que son elaborados por unos fabricantes especializados que los desarrollan y prueban en sus fábricas y laboratorios, y los montan sobre las obras civiles de la planta.*

** Los equipos de bombeo son de origen electromecánico y no civil.*

** Los equipos de bombeo tienen un mantenimiento, un manejo y una vida útil diferentes al de la obra civil.*

En conclusión, las bombas instaladas no son parte de la obra civil “.

3.3 Manifestar si ha ocurrido un siniestro que por culpa del contratista atente contra la estabilidad de la obra.

Los peritos en su experticio hacen la siguiente afirmación: *“Revisados los documentos de la obra, incluyendo la bitácora, que es el diario de la misma, y*

realizada la inspección ocular en la visita de reconocimiento, no se encontraron vestigios, huellas, indicadores o sospechas de que se haya presentado un siniestro”.

No obstante lo anterior hacen la salvedad de que su observación es a posteriori habiendo transcurrido más de dos años de construida la obra y que parte de ellas están enterradas y no es posible su total inspección visual .

4. Dictamen Pericial Complementario

El dictamen pericial complementario solicitado por el Consorcio Hydra Ingeniería Ltda. Biotec Colombia S.A., fue rendido sobre los puntos propuestos por el apoderado, y conforme a cada uno de ellos podemos resaltar lo siguiente:

Al primer punto.

a.- *“Como se ha señalado en el dictamen pericial de julio 08 de 2002, y como lo ha reconocido el Consorcio convocante el contrato es por la modalidad de precios fijos unitarios, sin fórmula de reajuste”.*

b.- Que conforme a la Ley 80/93, en especial sus artículos 24, num. 5,6 y 7 , Art. 25, num. 1 y 2 y el Art. 29, *“es muy claro cómo el contratante y contratista tienen unas obligaciones, que se basan en el contenido de las propuestas de los distintos proponentes, las cuales, para estar en igualdad de condiciones, proponen unos precios unitarios que después no pueden modificar, para no desvirtuar la sana competencia y la transparencia ...”.*

c.- Que en razón de su función, y teniendo en cuenta que no ejercieron la interventoría ni estuvieron al tanto de la construcción de la obra, *“la verdadera evidencia objetiva de las reales cantidades de obra ejecutadas es el conjunto de planos ”como construido” que tiene la obligación de entregar el Consorcio contratista a la CVC”.*

Que en esos planos se basaron para calcular las cantidades de obra y *“en ellos no aparecen detalles eléctricos, ni cimentaciones especiales, ni concreto ciclópeo, ni la armadura de refuerzo de las estructuras de concreto, entre otros”.*

d.- Que la revisión de los libros de contabilidad del contratista sólo es procedente en la *“Administración Delegada, porque los honorarios de éste se basan en un porcentaje de los costos de la obra, de cada compra que se realice, o en los casos en que se pacte así expresamente”.*

Que en este caso bajo la modalidad de contratación por precios unitarios que es la aplicable, *“la interventoría no ejerció ningún control sobre la contabilidad del Consorcio contratista, ni tenía porqué hacerlo, dado que el contratista es autónomo en su manejo, puede pagar los salarios e incurrir en los costos que desee”.*

e.- Que según el informe de la contadora de Biotec Colombia S.A., de conformidad al Estatuto Tributario, *“los Consorcios no están obligados a llevar contabilidad específica de sus actividades, sino que éstas se efectúan en cabeza de cada consorciado”.*

Que los documentos examinados corresponden al conjunto de recibos de ingreso y egreso de la obra, y los balances de prueba que se hicieron solo hasta febrero de 1999. *“No existen pues, libros de contabilidad registrados”.*

f.- Concluyen los peritos señalando que *“una revisión de la contabilidad de la obra no aporta al valor real de la misma, y va además contra los más elementales principios de la modalidad de contratación y de la lógica”.* Que su concepto en conclusión ya lo habían expuesto en su dictamen inicial al afirmar: *“Es posible*

que los costos en los que dice haber incurrido el Consorcio contratista sean reales, pero no todos ellos dan valor agregado a la obra, es decir, el valor real comercial de una obra no necesariamente es la sumatoria de los costos en los que incurrió el que la construyó”.

Al segundo punto.

Señalan los peritos que la información (planos estructurales) no está en los planos “como construido”. Que si hay ausencia de algunas actividades de obra *“es por que dichas supuestas obras no están consignadas en los planos “como construido”, y tampoco hay suficientes evidencias objetivas para suponerlas”.*

Que la cantidad de kilos de acero de refuerzo se obtuvo de la densidad más representativa de la licitación (kilos dividido por volumen de concreto), y que los diferentes volúmenes de concreto, fueron calculados con base en plantas, secciones longitudinales y transversales de las planos “como construido” generales.

Concluyen en este punto señalando: *“ no podemos hacer una valoración más precisa si no está en los planos “como construido” suministrados por el propio Consorcio contratista”.* (Cursivas fuera de texto).

Al tercer punto.

Después de hacer algunos comentarios sobre posible procedimiento del Consorcio que tiende en su concepto a desvirtuar la modalidad de contratación, señalan:

a.- *“Es de anotar que en las actividades en las que no existían precios unitarios por no haber sido contempladas en la propuesta original, se consideraron y aceptaron aquellos contenidos en el presupuesto presentado por el Consorcio contratista a la entidad contratante en noviembre de 1998, cuando ya la obra tenía más de 6 meses de iniciada, y habiendo para entonces ejecutado las obras más complejas y que hubieran podido contener “costos ocultos” como las excavaciones y la fundición de cimentaciones, incluyendo aquellas especiales producto de las modificaciones por el nivel freático”.*

Al cuarto punto.

Señalando que dentro del desempeño de la función a ellos encomendada no han ahorrado esfuerzo alguno, para esclarecer el tema, dejan expresa constancia que la solicitud *“no nos obliga a tener que usar determinadas cifras o a aceptar unas determinadas argumentaciones”.*

Concluyendo que *“no hay razones para usar precios unitarios que el Consorcio contratista envió a la entidad contratante el 20 de junio de 2000, mas de dos años después de haberles sido adjudicada la licitación, más de un año después de haber terminado la obra y más de seis meses después de haber firmado el acta de entrega”.*

Al quinto punto.

Dejan constancia los peritos que en la revisión de movimientos de tierra se asumió un sobreancho promedio de 1.20 mts para la excavación de los

elementos enterrados, cantidades que modificadas que en el cuadro resumen de julio 18 de 2002 da un nuevo total de \$ 513.075.862.00 que difiere del anterior de julio 05 de 2002 en más de 0.44%.

Que igualmente, en las cantidades de obra de julio 05 de 2002 existe un capítulo adicional denominado “ tuberías para conexiones entre tanques” en cantidad de 241 metros en tuberías de diferentes diámetros.

V. OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE AL DICTAMEN PERICIAL

Corrido traslado a las partes del dictamen pericial en los términos del Art.238 del C. de P. C. el apoderado de la parte convocante, solicitó en escrito del 10 de julio/02 “**complementación**” del dictamen y el apoderado de la parte convocada, por escrito del julio 10/02 “**objetó**” el dictamen pericial.

Ordenada por el Tribunal la “**complementación**” del dictamen y corrido el traslado en los términos del Art. 238,4; los apoderados presentaron sus correspondientes escritos así: el Dr. Luis Mario Duque en representación del Consorcio convocante, el 03 de agosto/02, en el cual objeta por error grave el dictamen pericial y el Dr. Víctor Adolfo Hernández Díaz en representación de la entidad convocada CVC, el 05 de agosto/02, en el cual solicita aclaración y complementación del dictamen e igualmente lo objeta.

Los hechos en que fundamenta el error grave el apoderado del Consorcio convocante se pueden resumir de la siguiente manera:

a.- A la pregunta a) “*Determinar el valor de la construcción de la planta PTAR a precios unitarios y su actualización a la fecha*”.

Que los peritos incurren en error grave por que “*realizan solamente una valoración parcial de metros cuadrados, metros cúbicos en los cuadros comparativos de cantidades de obras anexos al peritazgo; es decir la afirmación es contradictoria*”.

Y por que además afirman: “*con base en estos planos, se calcularon las cantidades de obra a las que se le aplicaron los precios unitarios de la propuesta del consorcio, por cuanto estos precios fueron los que tuvo*”

Afirma el objetante que “*los peritos incurren en grave error porque la CVC en su licitación **permitió presentar diseños alternos porque el diseño original de la CVC cubría apenas el 30% de los ítems; es decir el 70% de estos no fueron tenidos en cuenta por la CVC en su diseño inicial. La afirmación de los peritos sería válida para los valores de diseño y puesta en marcha en operación y para calcular los porcentajes de A.I.U., pero no puede ser aplicable al costo de ejecución de la obra debido a que la propuesta alternativa que aprobó la CVC para la construcción de la obra fue muy diferente a la que se licitó por precios unitarios, ...***” (Negrillas del texto)

Señala además que los peritos utilizaron el presupuesto que el consorcio presentó a la CVC en noviembre/98, fecha en que la obra se encontraba en un 50% de ejecución, desconociendo el Oficio TB28-C87 de junio 20/00, con las

hojas de presupuesto anexas y que fueron solicitados por la CVC y remitidos mediante oficio C10-C33 de junio 26/02.

Que en relación a la complementación del dictamen con *“la asesoría de peritos contadores para determinar la inversión en la construcción y la actualización; en la experticia rendida se refieren a planteamientos jurídicos de la ley 80/93 no solicitados”*.

Que en la segunda solicitud para que analizaran los planos estructurales, estos fueron presentados a los peritos durante su visita del consorcio; negándose a revisarlos con el argumento ...

“Que a los peritos se les exhibieron los planos estructurales y se negaron a revisarlos; constituyendo una clara omisión de sus funciones al negarse a su valoración expresamente solicitada y ordenada por el Tribunal en el numeral 2° del acta de 12 de julio/02”.

Que *“la omisión anterior es un error grave en la practica del peritazgo”*.

b.- Refiriéndose a la conclusión visible a folio 4 del dictamen complementario dice: *“Esta afirmación carece de lógica porque como se anotó anteriormente, los ítems desarrollados en la ejecución del contrato fueron en un 70% diferentes a los que aparecen en la propuesta y gran parte de los contemplados en el 30% son similares pero no iguales debido a las condiciones en que fueron ejecutados”*.

c.- En relación al literal d) del dictamen complementario se afirma *“los peritos se negaron a complementar el dictamen argumentando: “ En conclusión, no hay razones para usar los precios unitarios que el Consorcio contratista envió a la entidad contratante el 22 de junio/00 ...”*

Que dicho documento *“no fue tenido en cuenta por los peritos ni en el peritaje inicial ni en la complementación de este peritaje, a pesar de habérselo solicitado al Tribunal en ambas ocasiones”*.

Que en este punto los peritos *“incurren en error grave pues como se dijo anteriormente estaban obligados a rendir el peritazgo sobre lo solicitado y no era facultad discrecional de los peritos si practicaban o no dicha prueba, por que el análisis de la misma es facultad del Tribuna”*.

Los hechos en que fundamenta el error grave el apoderado de la entidad convocada CVC se pueden resumir de la siguiente manera:

Solicitud de aclaración y complementación del dictamen

Solicita que se *“aclaren y especifiquen los valores definitivos del dictamen a la fecha de terminación de la obra y el valor actualizado”*; e igualmente *“que se actualicen con las mismas formulas los valores pagados por la CVC AL Consorcio HYDRA INGENIERIA LTADA-BIOTEC COLOMBIA S.A.”*

Objeción

Señala el apoderado, que los valores relacionados con el acero de refuerzo, concreto y cimentaciones son altos, por que *“el evaluado por la interventoría del contrato asciende solo a 75Kg/m³ y no 85Kg/m³, lo cual se deduce que requirieron 21.900 kg de hierro en 292 m³ de concreto, ...”*.

Se reiteran las objeciones realizadas inicialmente al dictamen inicial que son del siguiente tenor:

1.- Sobre la determinación del valor total de la construcción de la planta PTAR de Restrepo (V), los precios unitarios y su actualización a la fecha:

a.- *“Que la construcción de la PTAR no es “un conjunto de tanques y elementos que constituyen un especializado sistema de depuración de aguas residuales”*.

b.- *“No debe considerarse la PTAR como una obra atípica sino que debe considerarse como una obra civil norma”*.

c.- *“Que la construcción de la obra puede ser adelantada por ingenieros civiles, lo que no la diferencia de otra obra civil que incluya tanques de concreto y mampostería de ladrillo”*.

d.- *“Las estructuras que están enterrada son los pozos de bombeo y los decantadores secundarios, las demás están sobre el terreno y pueden verse sus características en los planos”*.

2.- Sobre el presupuesto y cuentas presentados en el dictamen se hacen las siguientes observaciones:

a.- Que en el dictamen no se debe considerar *“el precio de las bombas ya que no están funcionando y dos de ellas están en poder del Consorcio”*.

b.- Que el valor de \$ 25.014.000.00 debe ser descontado por que *“corresponde al “RECUBRIMIENTO EPÓXICO”, puesto que no fue realizado”*.

d.- *“Los costos del pozo de succión No. 1 con todos sus accesorios fueron asumidos por el Consorcio y por lo tanto no debe contabilizarse la cantidad de \$ 14.560.000.00”*.

h.- *“La caseta – bodega fue construida sin ser exigida o autorizada por la interventoría”*.

3.- Sobre el punto b) del dictamen pericial que se refiere a *“Determinar si las bombas instaladas en la PTAR forman parte de las obras civiles o si simplemente equipos”*.

Manifiesta el libelista: *“La CVC no comparte lo manifestado en el dictamen, puesto que considera a la bombas parte integral de la PTAR, lo cual se hace evidente hasta el punto que la PTAR no ha podido entrar en operación precisamente por la falla de las mismas”*.

4.- Sobre el punto c) que se refiere a *“Manifestar si ha ocurrido un siniestro que por culpa del contratista atente contra la estabilidad de la obra “*.

Al respecto el representante judicial de la entidad contratante manifiesta: *“La CVC no comparte lo manifestado en el dictamen, respecto de lo cual tiene dictámenes periciales presentados dentro del trámite administrativo adelantado para hacer efectivas (sic) los amparos de calidad y estabilidad del contrato (sic) CVC No. 0019 de 1998, que certifican la ocurrencia del siniestro y que precisamente sirvieron de fundamento a los actos administrativos”*.

5.- En su escrito, el señor apoderado de la CVC hace mención a la sugerencia que en la página No.4 del peritazgo inicial, hacen los peritos al Tribunal, en el sentido de que *“solicite al Consorcio contratista tal tarea, pues son ellos los conocedores de toda la información de lo que realmente hicieron en sitio”*, refiriéndose a que se completen los planos *“como construido”* para obtener el valor total de la construcción de la PTAR .

Consignando que *“nos oponemos rotundamente a que se solicite al Consorcio la elaboración de dichos planos, puesto que el Consorcio debió suministrarlos a la CVC dentro de la ejecución del contrato y si lo tenía debió aportarlos en la oportunidad procesal pertinente, con la presentación de la demanda”*.

El Tribunal entra a hacer el análisis sobre la objeción por *“error grave”* al dictamen pericial presentada por el señor apoderado de la parte convocante Consorcio HIDRA INGENIERIA LTDA-BIOTEC COLOMBIA S.A. y la solicitud de *“aclaración, complementación y objeción al segundo dictamen pericial”* presentada por el apoderado de la parte convocada CVC.

Sea lo primero decir *“que el dictamen pericial es un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que, la persona versada en la materia de que se trate, hace para dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos”* como lo define el profesor Jairo Parra Quijano en su obra MANUAL DE DERECHO PROBATORIO, Librería del Profesional, pág. 147.

Para el Tribunal es importante tener en cuenta lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, sala penal, en 1985, en relación con el dictamen pericial, que en lo pertinente dijo:

“...la prueba pericial no surge de los expertos sino de hechos que figuran en el proceso y sobre los cuales deben estos practicarles exámenes y reconocimientos ordenados por el Juez, a fin de dar un concepto respaldado tanto por su autoridad en determinada materia, como por el modo empleado para el análisis de los datos que se le suministran...”

...Cualquiera que sea la oportunidad para apreciarla, es indispensable que se cumpla el imperativo mandato de la norma procesal. Esta no pide argumentos profundos, ni disertaciones eruditas, ni variedad de consultas, sino claridad y precisión en el razonamiento tendiente a cualquiera de las soluciones es decir, se pide un esfuerzo mínimo a fin de que se entienda bien el criterio favorable o desfavorable a la pretensión...”

Como el dictamen ha sido objetado por el apoderado de la parte convocante por *“error grave”*, es pertinente hacer la pregunta que el mismo autor hace en su obra precitada: *“I. Qué debe entenderse por error grave .- Es aquel que de no haberse presentado, otro hubiera sido el sentido del dictamen rendido por los peritos. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho que el error grave tiene la característica de ir contra la naturaleza de las cosas, o la esencia de sus atribuciones, como cuando se afirma que un objeto o persona tiene determinada peculiaridad y resulta que tal calidad no existe; o tener por blanco lo que es negro o rosado.*

Luis Alzate Noreña define el error grave : “ Es todo aquel que es perceptible por la razón de toda persona que proceda con criterio lógico, obedeciendo a las indicaciones de una sana crítica dirigida por un razonamiento sensato “.

Nos parece que lo dicho al inicio ilustra mejor el concepto; efectivamente, es el que se presenta a la mente de cualquier persona de pensamiento sano y que de no haberse incurrido en él, otro sería, como se dijo, el resultado del dictamen “. (Obra citada, Pág. 358)

De las alegaciones presentadas para sustentar el “ error grave “ tanto en el dictamen inicial como en el complementario, no encuentra este Tribunal que se tipifique dicho “ error ”, porque el dictamen es claro, y está conforme a los medios de prueba legal y oportunamente allegados al proceso. No puede pretenderse que la experticia sea el resultado de acomodarse a la necesidad de cada una de las partes.

En el experticio como medio de prueba, no es procedente que unos sean los medios utilizados por la parte actora y otro el de la parte demandada, por ser violatorios de los principios procesales de la publicidad, de la carga de prueba y de la igualdad de las partes en el proceso. Pretender lo contrario, permitiría obrar con deslealtad frente a la parte contraria y desde luego conduciría a una decisión injusta.

No puede predicarse la existencia del “ error grave “ por el hecho de no acoger un dictamen los argumentos de la parte interesada. Como puede observarse en el pliego de condiciones punto 2.10.11 REAJUSTE DE PRECIOS se indica : “ *La CVC no reconocerá reajuste de los precios presentados por el contratista. Por esta razón el contratista deberá hacer un estimativo de los incrementos que se pueden presentar durante el período de ejecución de la obra e incluirlos en el valor de su propuesta, esto es, a partir del primer semestre de 1998*”.

Los peritos en su dictamen inicial para determinar el valor total de la planta PTAR como lo solicitó la parte actora y lo ordenó el Tribunal expresaron lo siguiente:

c.- “*Los planos “como contruidos” no contienen todos los detalles que permitan conocer cómo quedó realmente construido cada aspecto de la obra. Un ejemplo de estos es la ausencia del hierro de armadura de las estructuras de concreto reforzado, y la ausencia de detalles del sistema eléctrico “.*

d.- “*El primer acercamiento a la valoración se realizó estudiando detalladamente los planos “como construido” suministrados por el consorcio contratista y recibidos por la CVC como contratante. Estos planos, como su nombre lo indica, fueron realizados después de terminada la construcción, y por consiguiente deben reflejar el real y definitivo estado de la obra, con sus dimensiones y contenido de cada elemento”. **Que con base en esos planos fueron calculadas las cantidades de obra y aplicados los precios unitarios de la propuesta del Consorcio, por ser éstos los que tuvo en cuenta la CVC para valorar y finalmente adjudicar.***

e.- “*En los casos en los que se encontraron en los planos actividades realmente ejecutadas que no fueron previstas en la cotización inicial, éstas se incorporaron al presupuesto como obras extras, aplicándoles los precios del presupuesto que el Consorcio presentó a la CVC en noviembre de 1998 a manera de actualización sobre lo que realmente se estaba haciendo en obra”.*

f.- *De la aplicación de los precios originales de la licitación a la cantidad de obra calculada por los peritos a partir de los planos “como construido” y sumar las obras no contempladas originalmente a los precios pactados da un valor de obra por \$ 510.812.001. Ese valor actualizado a julio de 2002, aplicando los factores de ajuste de Camacol, da una mayoración del 48% arrojando un total de \$ 756.001.761.*

Igualmente en el dictamen complementario los peritos al referirse al punto c. del temario a su consideración dijeron:

a.- *“Es de anotar que en las actividades en las que no existían precios unitarios por no haber sido contempladas en la propuesta original, se consideraron y aceptaron aquellos contenidos en el presupuesto presentado por el Consorcio contratista a la entidad contratante en noviembre de 1998, cuando ya la obra tenía más de 6 meses de iniciada, y habiendo para entonces ejecutado las obras más complejas y **que hubieran podido contener “costos ocultos” como las excavaciones y la fundición de cimentaciones, incluyendo aquellas especiales producto de las modificaciones por el nivel freático** “.*

Bien puede observarse que el dictamen si contiene la valoración de las cantidades de obra construida según los planos “como construido “ a demás de las obras no contempladas originalmente.

El valor de la inversión de la obra según la contabilidad de la misma y conforme a lo solicitado y ordenado por el tribunal, no fue posible dada la información obtenida en las oficinas del Consorcio convocante como puede verse en el dictamen complementario en lo pertinente:

e.- *Que según el informe de la contadora de Biotec Colombia S.A., de conformidad al Estatuto Tributario, “los Consorcios no están obligados a llevar contabilidad específica de sus actividades, sino que éstas se efectúan en cabeza de cada consorciado”.*

Que los documentos examinados corresponden al conjunto de recibos de ingreso y egreso de la obra, y los balances de prueba que se hicieron solo hasta febrero de 1999. **“No existen pues, libros de contabilidad registrados”.**

Por las anteriores consideraciones, para el Tribunal, la objeción por “error grave” propuesta por el señor apoderado del Consorcio convocante no está llamada a prosperar.

El señor apoderado de la entidad convocada CVC, solicita aclaración y complementación y propone objeción al dictamen complementario, e igualmente reitera las objeciones al dictamen inicial.

La petición de aclaración y complementación del dictamen complementario, resultante de la solicitud de complementación o aclaración del dictamen inicial, es improcedente a la luz de lo previsto en el Art. 238.4 del C. de P. C., al éste disponer: “ ... , durante los cuales podrá objetar el dictamen por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a ... ”

De lo antes consignado, se tiene que solo es procedente la objeción por “error grave”, luego se desestima por improcedente la petición de complementación y aclaración.

En relación con la “objeción” tanto del dictamen inicial como del complementario, es preciso señalar que los fundamentos de la objeción presentada, carece de consistencia. Las objeciones son más conceptos opuestos a los consignados por los peritos, pero que, no tienen la contundencia suficiente para desvirtuar la experticia.

Los peritos en parte alguna hacen mención a los actos administrativos proferidos por la entidad, dentro de sus facultades administrativas; y la reiterada insistencia en la carencia de facultades del Tribunal, para pronunciarse sobre ellos, no es más que una posición de reiterada impertinencia como que éste, hasta el momento, no ha hecho pronunciamiento alguno en lo de su competencia.

Considera el Tribunal muy ilustrativo lo dicho por la Sala de Casación Civil en auto de Septiembre 8 de 1993, expediente 3446, en cuanto que los peritos son terceras personas que auxilian al Juez de la causa en la investigación de los hechos controvertidos, ello en el bien entendido, desde luego que el dictamen emitido nunca tiene de suyo fuerza decisiva (Art.241 del Código de Procedimiento Civil), sino que la tiene apenas ilustrativa; la misión del perito es la de ayudar el juez sin pretender sustituirlo, para que al Juez le sea posible examinar con propiedad los hechos a través de las pruebas acreditadas, cuando valiéndose de su personal saber no pueda percibirlos o comprenderlos a cabalidad.

La prueba por peritos muestra una doble fase que ha permitido clasificar en dos grandes categorías los experticios según que el sentido preponderante del trabajo del perito sea el de llevar al juez la materia sobre la cual debe operar o el de señalarle los instrumentos idóneos para hacerlo. En la primera hipótesis se trata, en esencia, de comprobar hechos, sus causas o sus efectos que requieran conocimientos científicos, artísticos o técnicos que superen el nivel medio de cultura general atribuible al común de los jueces, mientras que en la segunda, mediante el dictamen se aportan reglas propias de la experiencia especializada de los peritos para aplicarlas a un determinado supuesto fáctico establecido en el proceso por cualquier otro de los medios de prueba de recibo; entonces los peritos en este caso son instrumentos de deducción.

Síguese de lo anterior que en cuanto a la tacha de un dictamen por error grave se pone de manifiesto, habida consideración, como tantas veces lo ha reiterado la doctrina jurisprudencial “... *si se objeta un dictamen por error grave los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos ...*” pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje “... *es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otros que no tiene; o tomar como objeto de observación estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se*

deriven”, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º. del Art. 238 del Código de Procedimiento Civil “*no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez consideradas recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se esta interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibile para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva ...*”.

No encontrando este Tribunal, razones para declarar procedente la objeción al dictamen presentada por el señor apoderado de la entidad convocada, la desestima por no estar llamada a prosperar.

VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El proceso se centra en la determinación de los efectos producidos en la economía del contrato de obra CVC No. 0019 de 1998 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA Y EL CONSORCIO HYDRA INGENIERÍA LTDA., Y BIOTEC COLOMBIA S.A., por motivo del “*desfase entre el valor del contrato y su costo real*” siendo las causas de este desfase para el convocante; el desconocimiento de la CVC en los precios unitarios pactados en el contrato. La obligación del Consorcio de “*efectuar todos los trabajos necesarios cuando se establecieron*”. La no claridad en los pliegos de condiciones cuando se estableció precios unitarios para la presentación de la propuesta y precio global en la propuesta alternativa. Las recomendaciones de la Interventoría que generaron obras adicionales. Vicios ocultos: Error en el estudio de suelos, los problemas de alcantarillado del municipio de Restrepo.

El actor pretende de este Tribunal una declaratoria y una condena consecuenencial, reflejada en la liquidación del contrato, en virtud de lo cual requiere un pronunciamiento positivo acerca del restablecimiento de la ecuación contractual, debido a los hechos narrados para obtener un pago estimado en más de \$ 205.429.111 de acuerdo a los precios unitarios presentados a la C.V.C., en oficio TB 28-C87 de Junio 20/2002 Folio No. 176 de los anexos de la demanda.

Requiere el convocante que dicho valor debe ser “*actualizado a la fecha*” (Folio 033 de la demanda, cuantía), al referenciar los precios unitarios presentados en Junio/2000, el “*valor actualizado a la fecha*”, lo toma el Tribunal a la fecha del presente laudo.

Es cierto que la intención al establecer la cuantía, la cifra es tan sólo indicativa de lo que hasta la fecha de presentación de la demanda podía calcular, en consecuencia no limita la pretensión ni por lo tanto la condena.

1. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO PRESENTADOS POR LA PARTE CONVOCANTE.

1.1. Precio Unitario Pactado.

El Decreto Ley 222/83, anterior estatuto de la contratación administrativa, condicionaba a la forma de pago la modalidad del contrato, en consecuencia los contratos se celebran decía el artículo 81 del decreto ley 222/83, por un precio unitario; o por un precio global determinando el monto de la inversión; por el sistema de administración delegada; o de reembolso de gastos y pago de honorarios y concesiones y facultaba la combinación de formas de pago.

La ley 80/93, al no referirse al tema de manera expresa, permite que sean las partes las que determinen el precio del contrato la modalidad de la ejecución así como la forma de pago, lo que significa que no es la forma de pago la que determina la modalidad del contrato como lo era bajo el régimen anterior.

Ha manifestado el Consejo de Estado que :

“...En el contrato de obra pública la determinación del precio no se deja para un momento posterior, sino que, con mayor o menor grado de certeza se establece en el momento que el contrato queda perfeccionado, el cual usualmente es el valor de la oferta, efectuada por el contratista, independientemente de que existan diferentes modalidades de determinación del precio, como son los recogidos en el artículo 82 del decreto ley 222/83(...)

Porque no puede perderse de vista como acaba de precisarse, que el contrato a precios unitarios en nuestra legislación es una forma de pago del contrato de obra pública (Decreto Ley 222/83 Art. 82) y no una modalidad especial de contratación. (C.E. sección 3ª. Sentencia Octubre 05/99 expediente 10.929”).

El tratadista doctor Rodrigo Escobar Gil considera que:

“El contrato de obra pública es el prototipo de los contratos estatales y el contrato administrativo por excelencia, se caracteriza por tener un precio cierto. El objeto del contrato consiste en la obligación que asume el particular de construir una obra determinada a cambio de una remuneración preestablecida, de lo que se infiere el derecho de aquel a recibir íntegramente la remuneración en las condiciones pactadas y a que el valor de la misma no se altere durante el tiempo de ejecución de las prestaciones. El precio es un elemento de la esencia del contrato de obra pública, sin el cual no produce ningún efecto jurídico y requiere para su validez, que sea un precio cierto, determinado o determinable...

“...El precio cierto así determinado, es el tope máximo que la administración pública puede pagar al contratista por las obras ejecutadas, salvo que

posteriormente se modifiquen por mutuo acuerdo el objeto y el valor del contrato...”¹

El convocante manifestó su inconformidad con el precio pactado, y solicitó el cambio de las cláusulas del contrato para hacerlo a precio global como lo considera pertinente para esta clase de contratos (Folios 070-073-077 anexos contestación demanda) y se produce el otro si al contrato, el cual sólo modificó el literal b) de la cláusula Octava del contrato CVC 019/98, **Forma de pago**, así; (Folio 031 de los anexos de la demanda), de pagos mensuales a través de actas parciales de obra y por **“pagos mensuales de acuerdo al avance de obra”** y se establecen unas cantidades fijas de dinero mensual a cancelar que corresponden al precio pactado; no hubo modificación del valor del contrato.

Las partes con la modificación en el otro si al contrato CVC 0019/98 modificaron la forma de pago del precio pactado. Como bien aparece en las pruebas documentales de los anexos de la demanda y de la contestación oficios en los que el Consorcio reconoce el cambio del precio del contrato, como consecuencia del otro sí, (Folios 132 y 73 respectivamente).

Es preciso destacar que la forma de pago establecida en el pliego (Literal B, Num. 2.9.4) era de acuerdo al avance de obra ejecutada por actas de pago parciales.

Para este Tribunal lo modificado por las partes con el otro si suscrito al contrato CVC 0019/98, es plenamente válido desde el punto de vista legal, en razón a que la forma de pago no es una modalidad especial de contratación, como quedó establecido por el Consejo de Estado, en la sentencia citada; pero no es argumento válido legalmente para demostrar el desequilibrio económico del contrato.

1.2. Trabajos Necesarios

Lo establecido en el contrato en su cláusula Tercera en el Numeral. 2o:², debe entenderse en su contexto, que los trabajos necesarios son los que se definen etimológicamente como: *“que hace absolutamente falta; que sucede infaliblemente; que no puede dejar de ser”*.³

El profesor Jaime Vidal Perdomo, señala que los trabajos necesarios son aquellos que no figuran en el contrato, pero cuyo cumplimiento se revela en el curso de una ejecución como indispensables, para asegurar la buena ejecución de los trabajos ordenados; en consecuencia no son obras adicionales como las pretende hacer ver el convocante ni obras útiles. La noción de trabajo útil tiene relación con el provecho que recibe la administración respecto de obras no contempladas en el organigrama inicialmente planteado, aunque ellas no clasifiquen de esencialmente necesarias. Ellas deberán remunerarse en la medida de provecho que la entidad recibe de esta acción suplementaria

¹ Escobar Gil Rodrigo. Teoría general de los contratos de obras públicas. Legis pag. 593.

² En desarrollo del objeto contractual el contratista se compromete a efectuar todos los trabajos necesarios para que las mencionadas obras puedan destinarse al fin para el cual fueron diseñadas. El contratista aportará todos los equipos, maquinarias, mano de obra, servicios profesionales, técnicos o accesorios y en general cualquiera otro elemento o servicio que se requiera para el cabal cumplimiento del objeto antes descrito.

³ Diccionario Pequeño Larousse, Ramón García Pelayo y Gross

particular. Se fundamenta dicho pago en el hecho de que la administración no puede enriquecerse sin causa.⁴

Situación que fue valorada en el dictamen pericial, (folio 3 dictamen pericial de Julio 08/02), “...*en los casos en los que se encontraron en los planos actividades realmente ejecutadas que no fueron previstas en la cotización inicial, estas se incorporaron al presupuesto como obras extras, aplicándoles los precios del presupuesto que el Consorcio presentó a la CVC en Noviembre de 1998 a manera de actualización sobre lo que realmente se estaba haciendo en obra...*”

El contrato CVC 0019/98 establece en su cláusula Tercera No. 3 “*La obra se ejecutará de conformidad con el diseño recibido y modificado por el contratista previa aprobación por la CVC y demás requisitos integrantes del contrato*”.

Tal como se manifestó en el Acta de recibo final (folio 58 anexos de la demanda), por el interventor del contrato, las “*obras se reciben a satisfacción de acuerdo al rediseño del Consorcio*”.

No obstante conviene señalar que los diseños fueron entregados por el Consorcio a la CVC en Julio de 1999, es decir, que la entidad no contó con diseños sino en el momento de terminación de la obra, a pesar de las reiteradas solicitudes que de los mismos hacía el Interventor como consta a folio 074, 086, 087, 089, 093, 103, 111 de los anexos de la demanda entre otros. A folio 132 (oficio CHB-PR015 Febrero de 1999) de los anexos de la contestación de la demanda, el Consorcio manifestó que la obra la ejecuta con base en sus propios planos y experiencia y responde por resultados no por planos ni por ítems.

Es importante destacar que la CVC, a través de su interventor en comunicación que obra a folio 113 de los anexos de la demanda, manifestó que no autorizó obras adicionales pero que si aprobó obras que realizó el Consorcio, que beneficiaban la obra, lo que para el Tribunal es claro que fueron obras útiles para el desarrollo o ejecución del objeto contratado, las cuales reconoce económicamente la CVC en los pagos parciales de obra como ya fue establecido en el dictamen pericial.

1.3. Proceso de licitación.

El Consorcio ha mantenido la posición que los pliegos de condiciones no fueron claros por cuanto la propuesta básica con un diseño aportado por la CVC que no se iba a construir, se presentaba a precios unitarios, teniendo que presentar una propuesta alternativa, que era lo que se iba a construir dentro del mismo presupuesto sin especificar su contenido (folio 217 anexos de la demanda documento privado escrito por Phillip Conil representante legal de Biotec S.A.) y folio 064 anexos de la demanda.

El Tribunal quiere hacer mención de la importancia del pliego de condiciones y para ello transcribe lo siguiente: “*adjudicada la licitación y celebrado el*

⁴ Parra Gutiérrez William René. Los contratos estatales pags. 144-145.

contrato, el pliego de condiciones forma parte del mismo y tiene importancia incuestionable en su interpretación. En otros términos, el pliego es la principal fuente de donde derivan los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, a la cual hay que acudir, en primer término, para resolver todas las cuestiones que se promuevan, tanto mientras se realiza la licitación, como después de adjudicada y durante la ejecución del contrato. (Dromí, José Roberto citado por Rodríguez R. Gustavo Humberto Nuevos Contratos Estatales, jurídica Wilches 1994 Pag. 313).”

El pliego de condiciones debe cumplir con definir reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole y asegure una escogencia objetiva (literal b num. 5°. Artículo 24 Ley 80/93); no incluir condiciones y exigencias de imposible cumplimiento (literal d num. 5 Artículo 24 Ley 80/93); estableciendo la ley la ineficacia de pleno derecho de estipulaciones en pliego de condiciones y en contratos, que contravengan lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 24 de la ley 80/93. Encuentra el Tribunal que el pliego en su capítulo primero Generalidades establece claramente la situación del municipio de Restrepo para el objeto a contratar, ciñéndose a la legislación vigente a nivel nacional y departamental. Estipula la remoción de DB05 mayor o igual al 80% expresada en cargas e igual estándar para la remoción de sólidos suspendidos. Señala de que consta el sistema de tratamiento de aguas residuales a construir, básicamente de rejas gruesas y dos canales desarenadores, tanque homogenizador, reactor UASB y reactor anaeróbico de flujo horizontal.

En el numeral 2.1 Objeto de la licitación, es claro en que el proponente deberá realizar la actualización al diseño, el arranque, la operación y el mantenimiento de aguas residuales del municipio de Restrepo, departamento del Valle del Cauca. Señalando que debe revisarse el proyecto del sistema de tratamiento de las aguas residuales domésticas realizado en 1996 por la firma Ángel y Rodríguez S.A. Para el Tribunal el hecho de incluir en el objeto de la licitación la actualización al diseño no era que tuviera evidencias de insuficiencias del primer diseño como lo afirma el convocante. La CVC contaba con el proyecto del sistema de tratamiento de aguas residuales domésticas realizado por la firma Ángel y Rodríguez S.A. elaborado en 1996, enmarcado en el principio de planeación que rige a la contratación estatal, fue prudente que se solicitara la actualización del diseño de la PTAR dado que se iría a construir en 1998.

Para la actualización del rediseño (pliego página 28 num. 2.7.4.2.4.) se exigía **remoción de DB05 de todo el sistema de tratamiento mayor o igual al 80% de la carga total vertida**, y proponer una alternativa de tratamiento diferente al RAFH y proceder al diseño de la alternativa técnica y económica óptima. En la oferta del Consorcio, la propuesta alternativa y costo de operación mensual presentada (numerales 2.3 y 2.3.1) señalan que el diseño actual no es práctico para la operación ya que a costos mayores que los planteados en su propuesta se tendrían eficiencias de remoción inferiores al 80% y generaría olores, y es la razón del diseño alternativo propuesto con diez características descritas en esquemas de planta y corte anexos a la oferta así:

- A. *No es aconsejable construir un tanque grande de homogenización antes del bombeo, pues, por grande que sea no es capaz de amortiguar varias horas seguidas de caudal pico, y este tanque podría generar malos olores.*
- B. *Como se requiere un bombeo es aconsejable alimentar el UASB directamente por el fondo, aprovechando este sistema, en vez de distribuir el flujo en varias cajas de distribución y de alimentación.*
- C. *Al alimentarse el UASB directamente por bombeo, todo el tratamiento preliminar debe ubicarse antes del pozo de succión, o sea debe ser enterrado.*
- D. *El caudal medio a manejar, para el año 2005, no es de 27.5 L/s, sino de 21.5 L/s. El calculo de los 27.5 L/s. no tiene en cuenta los datos de agua potable de Acuavalle, ni el aforo-caracterización de DBO, e incluye un valor de “conexiones erradas” dentro del caudal medio, lo que no es correcto. Las proyecciones de consumo de agua potable de Acuavalle para el año 2000 son de 47.628 metros cúbicos por día (1764 suscriptores X 27 metros³ /mes). Con un factor de retorno del 85%, significa un caudal medio de 15.6 L/s. Por otro lado el aforo de DBO muestra un caudal básico de noche de unos 5 L/s, que puede ser considerado como un caudal de infiltración. En consecuencia para el año 2000 consideramos que el caudal medio será inferior a 15.6 L/s. + 5 L/s = 20.6 L/s, y para el año 2005: 21.5 L/s.*
- E. *En consecuencia todas las estructuras, y en particular el tanque UASB deben ser re-dimensionados.*
- F. *Adicionalmente, el Consorcio HYDRA-BIOTEC, con base en experiencias comprobadas, considera que un tiempo de retención hidráulico de 16 horas para un UASB en las condiciones del municipio de Restrepo (altitud s.n.m. temperatura etc.) es exagerado. Un TRH de 10 horas es más que suficiente a la temperatura de Restrepo.*
- G. *El sistema de post-tratamiento previsto en el diseño inicial consta de un reactor anaerobio de flujo horizontal. Este sistema, además de no haber sido aprobado aún a escala real, es voluminoso, costoso y no va a incrementar substancialmente (sic) la eficiencia de remoción de la planta. HYDRA-BIOTEC propone sustituir este sistema por un filtro percolador (sistema aerobio), que asegura alcanzar los 80% de remoción, además de entregar una agua transparente y sin olor.*
- H. *El sistema de manejo del biogas en el diseño inicial es inexistente, lo que generaría problemas de olores, además de contaminación atmosférica. El Consorcio HYDRA-BIOTEC lo cambiará por un sistema probado por las dos firmas, como los que funcionan desde hace años en NABISCO, CARTONES AMÉRICA, etc.*
- I. *El diseño inicial no incluye sistema alguno de control de olores. El Consorcio HYDRA-BIOTEC lo incluirá en el montaje basado en su amplia experiencia, tal como se muestra en su hoja de vida: correcto manejo del biogas, tapas herméticas encima de las zonas de sedimentación de los UASB, y combustión de los olores.*
- J. *Lechos de secado 150 m², en vez de 300 m², pero cubiertos con teja eternit supercanaleta 7.*

Lo que deja ver al Tribunal que el Consorcio si tenía pleno conocimiento de su diseño y sus costos, toda vez que actuaba en la presentación de su oferta conforme a lo establecido en el pliego y con base en experiencia exitosa de BIOTEC en Solalá (Guatemala) desde hace tres años.

Cabe anotar, que el valor del contrato (numeral 2.9.4 del pliego) sería el de la propuesta seleccionada; la CVC seleccionó la propuesta de alternativa del rediseño presentada por el Consorcio, cuyo valor (\$ 604.151.462) es inferior al presupuesto de la propuesta básica calculada por el Consorcio (\$ 609.594.818), con el diseño de la firma Ángel y Rodríguez, ello se explica en los cambios de construcción y operación del sistema que planteó el Consorcio en su propuesta alternativa con base en su experiencia en proyectos relacionados con la operación y mantenimiento de plantas de tratamiento con igual alternativa tecnológica a la planta de tratamiento objeto de la licitación, esto es, construcciones de plantas de tratamiento de aguas residuales domésticas o industriales, en lo que obtuvo el máximo puntaje en la evaluación de la oferta.

Cada uno de los ítems y numerales en que se estructura el pliego permitió una presentación de oferta objetiva, clara y completa que llevó, con reglas de juego en iguales condiciones, a efectuar la evaluación de las ofertas en las condiciones de la selección objetiva del Contratista dada en la ley y así adjudicar la oferta más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, artículo 29 de la ley 80/93, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los factores de escogencia establecidos por la entidad, con la excepción dada en el artículo en relación con el plazo ofrecido o el más bajo precio.

Encuentra contradictorio el Tribunal, que siendo una firma especializada en el tratamiento de aguas residuales, por su experiencia y acreditación a nivel internacional en el manejo de este tipo de contratos, no haya hecho pronunciamiento alguno sobre los pliegos en las oportunidades del proceso licitatorio que permitió la entidad contratante, ajustada su actuación a la ley 80/93, desde la audiencia para precisar el contenido y alcance del pliego donde efectivamente tuvo representación el Consorcio, adensos aclaratorios o modificatorios al pliego producto del análisis de cualquier inquietud presentada por los proponentes; visita al sitio de la obra (numeral 2.4.2 al 2.4.5 del pliego), y sí haya afirmado en la carta de presentación de la oferta, en el numeral tercero, que ha tomado en cuenta todas las circunstancias que inciden en la determinación del costo de la cotización; igualmente que solo una vez ejecutada la obra reclame desequilibrio económico.

La experiencia, los suficientes conocimientos del contratista, folios 203 y 204 de los anexos de la demanda, lo llevan a establecer la mejor forma de contratación para este tipo de obra, el contrato llave en mano, esto es, contratar el diseño, la construcción, el montaje y la puesta en operación; fijando un precio global, y es por esto que con posterioridad y en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, durante la ejecución del contrato, propone el cambio de cláusulas del contrato con el fin de evitar problemas posteriores de ajustes del contrato en su valor final, como lo estableció en la comunicación CDHI-067/98, (folio 070 cuaderno principal contestación de la demanda) al fijar las conveniencias del precio global para las partes, tales como: minimizar costos de interventoría, ya que la verificación es sobre la calidad técnica, el cumplimiento de metas para cronogramas, no reajustes, pagos periódicos, fecha de pago conocida, facilidad del manejo financiero de la obra.

CONTRATO LLAVE EN MANO. RECLAMACIÓN POR DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL.

Para el Tribunal es importante recordar lo conceptuado por el Consejo de Estado: *“estos contratos se asimilan, generalmente, a contratos de obra a precio fijo o global y en ellos los contratistas adquieren la obligación de entregar al operador, en estado de utilización y bajo su responsabilidad, determinadas obras generalmente sobre inmuebles.*

Los contratos llave en mano están regulados en nuestro estatuto contractual bajo la denominación de contrato de obra artículo 32 numeral 1°. Concepto de Diciembre 16/97 radicación 103 M.P. Augusto Trejos Trujillo”.

Respecto de reclamaciones por desequilibrios contractuales enmarcado dentro del postulado de la autonomía de la voluntad se tienen las cláusulas limitativas de responsabilidad que restringen absoluta o relativamente la reclamación por desequilibrio contractual, un ejemplo de limitativa absoluta de responsabilidad, contratos de obra pública llave en mano, en donde las causas que modifiquen la ecuación económica del contrato quedan a riesgo del contratista. Así como el contrato de obra pública con precios unitarios no reajustables (Luis Guillermo Dávila V. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal pág. 539.

El Tribunal no encuentra justificación alguna en los pliegos de condiciones ni en los términos del contrato como quedó analizado para tenerlo como argumento de desequilibrio económico del contrato.

1.4 Vicios Ocultos. Error en el estudio de suelos

Sobre este tema “El Consejo de Estado, sección tercera, en fallo del 17 de octubre de 1974 con ponencia del Dr. Carlos Portocarrero Mutis, dijo⁵:

“Establece el artículo 2060 del C.C., una responsabilidad profesional para los constructores de obras teniendo en cuenta los vicios en la construcción, el suelo, o los materiales y que tales vicios hayan debido ser conocidos por el constructor o las personas empleadas por él (no necesariamente sus dependientes)

Aunque aparentemente esta disposición requiere la demostración por parte de quien se beneficia de la obra, de que el empresario o constructor de la misma debió haber conocido los defectos del suelo, los materiales o de la construcción, o conocerlas las personas que él emplea compaginando con el artículo 2060 con la idoneidad que se supone en una persona que tiene un título profesional para conocer todos los problemas y aspectos de la actividad que desarrolla, la presunción de dominio en la materia de las personas que, después de largos estudios reciben un título universitario, tal requisito no necesita probarlo, sino que corresponde al constructor demostrar que el vicio del suelo, de los materiales, o de la construcción se presentó como consecuencia de una fuerza mayor o caso fortuito que no era posible prever.

⁵ William Rene Parra Gutiérrez. Los contratos estatales pag. 133-134

*Y es que no debe olvidarse que cuando una persona o entidad busca los servicios de un profesional lo hace porque el título que dicha persona posee, es garantía de idoneidad, en esos casos, bien podría sostenerse que el convenio es *intuitio personae*; luego, si ello es así, es lógico que esa posición especial del profesional debe tomarse como contraprestación a una mayor responsabilidad...”*

Por consiguiente, se concluye que el contratista debe responder con el debido desempeño de la profesión, técnicas, ciencias y artes que requieran las obras o la ejecución del contrato, así como de la provisión o el uso de materiales de construcción, sistemas de construcción, estudios de suelos, o de aquellos elementos puestos en la obra y necesarios para su existencia...”

A folio 219, de los anexos de la demanda, el Consorcio afirma que:

“...al comenzar la construcción se encontró que el diseño de suelos estaba equivocado y el nivel freático en vez de estar ubicado a dos metros de profundidad, estaba ubicado a 50 cms de profundidad. Este error garrafal implicó un sobre costo muy alto por la necesidad de un doble bombeo, de excavaciones debajo del agua (en una arcilla expansiva) y por la necesidad de diseñar y construir enormes lastres. de concreto que fueron necesarios para todas las estructuras enterradas, según recomendación del Ingeniero estructural...” (folios 015 y 016 de la demanda)”.

El pliego en el numeral No. 3.2 Actualización del diseño, establece que debe tenerse en cuenta el estudio de suelos y revisar y ajustar si es el caso el diseño estructural; en la página 81 estableció el control de aguas durante la construcción, además estipuló que *el estudio de suelos no releva al contratista de su obligación de ejecutar los análisis o estudios complementarios requeridos para la correcta ejecución de los trabajos.*

A folio 018 de los anexos de la demanda se tiene el **“Estudio de Suelos Planta de Aguas Residuales Municipio de Restrepo Valle”** el cual hace parte del pliego de condiciones de la licitación pública CVC No. SGA 009-97, del proceso de selección que tuvo como resultado el contrato de obra CVC No. 0019/98.

A folio 24 se establece que el suelo es apto para el emplazamiento de la planta complementado con algunas recomendaciones y que las especificaciones que se dan son para un proyecto con características determinadas: que cualquier cambio de diseño, debería ser analizado por Acuavalle S.A. (entidad que elaboró el estudio de suelos) para aprobarlo o modificarlo (folio 28).

El Consorcio igualmente manifiesta en varias oportunidades que con el rediseño elaborado, se modificó totalmente el diseño presentado en los pliegos de condiciones de la licitación, con el cual se realizó el ofrecimiento de la oferta básica (folios 073 – 077 – 080 cuaderno principal del expediente).

A folio 132, contentivo del Oficio CHB –PR- 015 de Febrero 01 de 1999, manifiesta el Consorcio que ejecuta la obra con base en sus propios planos y experiencia y responde por resultados, no por planos ni por ítems.

No sólo en el documento que obra a folio 217 de los anexos de la demanda el Consorcio ha manifestado sobre su idoneidad, especialidad y experiencia nacional e internacional sobre el tratamiento de aguas residuales; (otros folios 132 anexos de la demanda).

El pliego de condiciones en su capítulo tercero señala las especificaciones técnicas relacionadas directamente con el proyecto estructural, hidráulico y sanitario de la obra a construir y ordena en el numeral 3.1.2 que cualquier cambio que proponga el contratista consultado previamente con el Interventor no podrá ejecutarlo sin autorización escrita de éste, de lo contrario las consecuencias son por cuenta y riesgo del contratista.

A folio 080 de los anexos de la demanda, se establece que el costo de las bombas los asumía el Consorcio; (folio 076 del cuaderno principal del expediente), costo que tomaba el Consorcio, dentro del “precio global” del otro si suscrito.

Folios 076, 077 anexos de la demanda se encuentra la propuesta del Consorcio asumiendo costos por lo del nivel freático Oficio CHB PR 005 Junio/98.

El Consorcio tenía obligación de verificar el estudio de suelos en la etapa del rediseño, antes de la iniciación de la etapa de construcción, máxime cuando la obra se haría con base en un rediseño, totalmente distinto del presentado en los pliegos de condiciones en el cual su estudio de suelos advertía que era un estudio para un proyecto determinado. Todo lo analizado lleva al Tribunal a desestimar el sobre costo por este concepto.

1.5. Alcantarillado

Plantea el Consorcio en su demanda que: *“...Al emprender las obras el CONTRATISTA descubrió errores y vicios ocultos, tales como el funcionamiento deficiente del alcantarillado del pueblo que captaba quebradas y alimentaba la planta con aguas negras diluidas y arrastraba cantidades alarmantes de arena y piedra durante los aguaceros, así como fauna del río, peces y cangrejos. Esto generó cambios en la naturaleza misma de las aguas negras a tratar”*.

El pliego de condiciones en el capítulo 3°. Especificaciones técnicas estableció que el agua residual doméstica trae sólidos inorgánicos de alta sedimentabilidad que poseen la tendencia a acumularse en zonas de baja turbulencia. Este material puede causar obstrucciones ya que este se puede acumular en el fondo del UASB con sus consecuencias al sistema (desarenador 1.4 página 11 del documento Ángel y Rodríguez anexo pliego).

El documento realizado por DBO Ingeniería Sanitaria Ltda., anexo del pliego en el numeral 1.1 establece como objetivo del mismo documento caracterizar las aguas domésticas del municipio de Restrepo en el Departamento del Valle con el fin de que los datos hallados sirvan de base para el cálculo del sistema de tratamiento de aguas residuales del municipio resultados de las mediciones con datos de campo como de laboratorio en relación con caudal, temperatura, cargas contaminantes. Documento que analizó el Consorcio para presentar su oferta.

Finalmente, en el informe técnico # 5 de Enero 31/01 Resolución 245 de Mayo 10/01 establece que el Consorcio conocía la situación de las aguas residuales al diseñar la estructura de separación sobre el diseño original de la firma Ángel y Rodríguez.

Razones por las cuales este Tribunal desestima la argumentación sobre el desequilibrio económica del contrato.

2. Oportunidad de la adición de la demanda

El apoderado de la parte convocada afirma que con fundamento en lo preceptuado en el artículo 89 del C. de P.C., y de conformidad con la lealtad procesal, fue extemporánea la adición de la demanda y de darle trámite el Tribunal viciaría de nulidad el procedimiento arbitral que se surta en relación con la liquidación del contrato, pretensión presentada por el convocante en su escrito de adición de demanda folio 014 del cuaderno “Reforma”.

Considera importante el Tribunal aclarar al señor apoderado de la parte convocada que la audiencia de conciliación de la etapa prearbitral la establece el numeral 1° del artículo 141 del decreto 1818/98, al remitir a la audiencia del artículo 430 del C. de PC, del proceso verbal de mayor y menor cuantía.

El numeral 2° del artículo 141 del decreto 1818/98, fija que la audiencia se celebre de conformidad con lo previsto en el párrafo 1° del artículo 432 del C. de PC: ***“iniciación, conciliación y duración. El Juez aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los párrafos 2° y 3° del artículo 101”*** (cabe anotar que el párrafo 3° suspendido por el decreto 2651 de 1991 artículo 9° interrogatorio de las partes y solicitud adicional de pruebas, quedó legislación permanente por el artículo 162 de la ley 446/98. Debe entenderse entonces que el artículo 101 del C. de PC sólo está referenciado para el trámite de la iniciación de la audiencia, por no asistencia de alguna de las partes, así como su duración, la suspensión y la reanudación; y en lo referente al interrogatorio de las partes y a la solicitud adicional de pruebas.

Se destaca igualmente que el artículo 101 del C. de PC dispone que se citará a la audiencia de conciliación cuando se trate de procesos ordinarios y abreviados, previo el cumplimiento de la contestación de la demanda o de la demanda de reconvencción.

El artículo 89 del C. de PC hace referencia a la audiencia de conciliación del artículo 101 del C. de PC de procesos ordinarios abreviados para conciliar, sanear, decidir sobre las excepciones previas, cuando estas no se propongan, la reforma de la demanda podrá hacerse antes del señalamiento de la fecha de la audiencia.

Conocido que en el proceso arbitral no hay excepciones previas, determinado así en el párrafo del artículo 121 de la ley 446/98, artículo 141 del decreto 1818/98, no es procedente entonces el señalamiento de la oportunidad de la adición de la demanda hecho por el apoderado de la parte convocada.

Por lo anterior el Tribunal es competente de analizar y resolver sobre las pretensiones de la adición de la demanda.

3. Equilibrio Económico y Financiero del Contrato

Para el Tribunal es clara la situación que se presentó en la contratación del objeto licitado e ilustrativo de esta situación es lo expuesto sobre el tema por el profesor Benjamín Herrera Barbosa⁶ *“...cuando existe de por medio licitación o concurso público debe tenerse presente que el contratista diseñó y configuró el precio a cobrar teniendo en mira las condiciones de ejecución de tiempo, modo y lugar, que el pliego de condiciones o términos de referencia plasmaban y las condiciones externas a la entidad de mercado económico, impositivas etc. que se sucedían en tal momento. La suscripción del contrato ulterior inserta y comporta todo el panorama reinante. al tiempo de presentación de la oferta. De ahí que cuando se presente el presupuesto de desequilibrio hay que analizar el contrato convenido y el entorno existente a la presentación de la oferta como uno de los extremos comparativos...”*

Dentro de este contexto el Tribunal analizó cada uno de los argumentos presentados por la parte convocante frente al pliego, la oferta presentada y la evaluación del proceso de selección objetiva.

El pliego se atempera a las exigencias legales; establece los elementos esenciales del contrato, dentro del cual está el objeto, su regulación jurídica, las obligaciones de las partes (como lo exige el artículo 30 Num. 2 de la ley 80/93).

El acuerdo de voluntades de las partes en el contrato es el fundamento que la ley traslada para la regulación de sus relaciones contractuales, ese acuerdo se enmarca dentro de las circunstancias que justifican los términos económicos que se acuerdan; de ahí la definición legal de la ecuación contractual (artículo 27 Ley 80/93); el mandamiento legal determina que en los contratos estatales hay igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones al momento de proponer o de contratar; en consecuencia dicha igualdad debe de mantenerse durante la ejecución del contrato, que de no ser así, por causas no imputables a quién resulte afectado, las partes deberán adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento, suscribiendo acuerdos o pactos. En esta forma la definición legal deja de lado situaciones de desequilibrio y afectaciones para las partes que se gestan el mismo acuerdo; como es lo acontecido en el contrato CVC 0019/98.

Las razones dadas por la parte convocante de generar el desequilibrio económico del contrato: precios unitarios pactados; que no cambió la forma de pago, modificada en otro si; vicios ocultos: estudio de suelos, acueducto del Municipio de Restrepo; forma de contratación (licitación), precios de mercado para la PTAR, que fueron analizados por el Tribunal, determinando que no son generadores del desequilibrio económico del contrato.

Cabe mencionar, que el convocante suscribe en Enero 28/98 el contrato por valor de \$ 604.151.462 millones de pesos (valor de la oferta seleccionada) y sólo a los diez (10) meses, en Noviembre 20/98, presenta un presupuesto real del valor del contrato en \$ 681.580.694, con una diferencia de \$ 77.429.232 respecto del valor del contrato suscrito (folios 033 anexos de la demanda). En

⁶ Régimen jurídico de la contratación estatal Luis Guillermo Dávila Vinuesa. Capítulo XIV Pag. 513 y 514.

Enero/99, a folio 177 de los anexos de la demanda presentó el Consorcio una relación del presupuesto de obra por valor de \$ 804.466.946.

A los diez y ocho (18) meses de ejecución del objeto contractual, en Julio/99, culminado el proceso de arranque de la PTAR inicia reclamaciones de desequilibrio económico por valor de \$ 218 millones de pesos (folios 050 anexos de la demanda). Cabe destacar en los testimonios rendidos por el interventor del contrato y la funcionaria de la CVC que siendo el conducto regular no recibieron del Consorcio ninguna solicitud de desequilibrio económico durante la ejecución del contrato.

Veintidós (22) meses después de celebrado el contrato CVC 018/98, en Noviembre 22/99, al suscribir el Acta de recibo final de la obra, el Consorcio presenta un presupuesto de \$ 800.736.529, frente al valor del contrato suscrito.

Las pretensiones de la demanda en Julio del 2000 son de \$ 205.429.111.; pretensiones económica sobre el mismo rediseño de la PTAR presupuestado por el Consorcio y desarrollado por él, cumpliendo las especificaciones técnicas del pliego de condiciones.

Estima el Tribunal que el convocante quien solicita el restablecimiento de la ecuación contractual debe como es lógico estar exento de responsabilidades, lo cual no se tipifica como se analizó en el estudio de los argumentos presentados como fundamento de desequilibrio económico.

El laudo arbitral proferido el 22 de Noviembre de 1985 Construcciones Domus Ltda., contra la Caja de Retiro de la Policía Nacional (ASUR) se establece categóricamente que⁷ *“...reitérese entonces, que la ejecución de todo contrato implica riesgos profesionales y económicos para el contratista, que está sujeto a circunstancias materiales adversas. Son los riesgos normales, áleas ordinarias y circunstancias desfavorables, que razonablemente el contratista debió tomar en consideración al momento de proponer para la celebración del contrato y que debieron ser previstas en el momento de contratar y por tanto al estar incluidas en sus cálculos debe soportar esas circunstancias...”*

Como lo afirma el tratadista en su obra⁸ la ecuación no se erige en una protección a ultranza de todos los riesgos del negocio ni por tanto en una garantía absoluta de las utilidades. Lo será para eventos anormales que escapen a lo habitual del negocio según la especialidad del contratista, las circunstancias internas y externas que rodean la ejecución, la imprevisión de los efectos. Etc.

4. Liquidación del Contrato

El contrato CVC No. 0019 de 1988 no estableció expresamente el tema de la liquidación del contrato.

El pliego de condiciones en el numeral 2.10.14 dispone que la suscripción del acta de recibo a satisfacción de los trabajos será requisito indispensable para la

⁷ Régimen Jurídico de la contratación estatal, Luis Guillermo Dávila Vinueza. Capítulo XIV Pags. 513 y 514.

⁸ Régimen Jurídico de la contratación estatal, Luis Guillermo Dávila Vinueza. Capítulo XIV Pags. 513 y 514.

formulación del acta de liquidación final del contrato, lo que da a entender que la liquidación era inmediata al recibo del objeto contratado.

El capítulo VI de la ley 80/93 de la liquidación de los contratos, establece en el artículo 60 de su ocurrencia y contenido, que la liquidación de los contratos cuyo ejecución y cumplimiento se prolonguen en el tiempo será, principio general, de común acuerdo por las partes y que la liquidación se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los 4 meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

Por su parte el artículo 136 del C.C.A., modificado por el artículo 44 de la ley 446/98: Caducidad de las acciones ... Num. 10 en lo relativo a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años, que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

“d)... si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”.

El artículo 61 de la ley 80/93 consagra la liquidación unilateral, que opera para cuando el contratista no se presente a la liquidación o cuando las partes no se ponen de acuerdo sobre el contenido de la misma; la realiza la administración directamente a través de acto administrativo motivado.

A folio 168 de los anexos de la demanda, en el oficio C4 CO2 Febrero 08/00, se dice que no se liquidó el contrato por los problemas presentados con las bombas, argumento que no justifica el Tribunal para que la CVC no hiciera uso de la facultad de liquidación unilateral del contrato.

La parte convocada no discute la competencia del Tribunal para decidir sobre la liquidación del contrato (folio 070 del escrito de contestación adición de la demanda de arbitramento Num. 2.2.5) confirma la razón para no liquidar el contrato ni de mutuo acuerdo ni por liquidación unilateral, el problema con las bombas y establece la pérdida de competencia para liquidar unilateralmente el contrato (folios 068 del escrito de contestación adición de la demanda arbitral No. 2).

Importancia de la liquidación de los contratos estatales.

Establece el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia de la sección tercera que ***“las partes no quedan liberadas de pleno derecho mientras no se extingan todas las obligaciones adquiridas lo cual se cumple necesariamente en la etapa de liquidación del contrato en la cual es donde la administración puede valorar el cumplimiento total de las obligaciones a cargo del contratista y es la que le pone término a la vinculación de las partes. Sentencia de Septiembre de 1999 expediente 10264.”***

El Tribunal frente a lo planteado por las partes y con base en los conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de Diciembre 1/99. Radicación No. 1230, competencia temporal administrativa para la liquidación del contrato y la posibilidad de pretenderla en sede judicial. Octubre 31/2001. Referencia consulta 1365 *“no obstante, la entidad contratante perderá la competencia si el contratista dentro del término de caducidad de la acción contractual, obviamente, pide al Juez del contrato que proceda a liquidarlo y se ha producido la notificación del auto administrativo de demanda (ver sentencias de la sección Tercera de Marzo 30/96, expediente 11759; Agosto 16/01 expediente 14384 (2239)”*). Sentencia 22 de Julio de 2000. Ponencia de la doctora María Helena Giraldo Gómez, y sentencia de Mayo de/02 expediente 20472 entre otros pronunciamientos sobre el tema, el Tribunal ordenará la liquidación del contrato CVC 0019/98.

5. Conciliación pretensiones económicas derivadas de las Resoluciones Nos. 528 DICIEMBRE 27/00 Y 245 MAYO 10/01.

El Consejo de Estado ha sido reiterativo en cuanto a que la competencia del Juez Arbitral la determina la Ley, el contenido del pacto arbitral, las pretensiones de la demanda y la oposición del demandado.

Cuando en la cláusula compromisoria no se delimita el campo o materias de su aplicación, debe entenderse que se extiende a los conflictos derivados del contrato que le sirvió de fuente, pero con las limitaciones que imponen la constitución o la ley⁹.

Las anteriores consideraciones tienen vigencia de aplicación dentro del régimen establecido en la Ley 80 de 1993, que sino lo consagra expresamente, no puede deducirse que dicha limitación desapareció del ordenamiento jurídico¹⁰.

En sentencia de Junio 8 de 2000 Expediente No. 16.973 el Consejo de Estado establece que cuando la administración hace uso de sus poderes exorbitantes, produciendo una decisión, que se materializa en un acto administrativo aquella solamente puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa, y no puede ser sometida al conocimiento de la justicia arbitral, porque la regla de competencia establecida por la Constitución y la Ley para dilucidar su legalidad es de orden público y por ende intransigible.

No sólo por no tener probado el desequilibrio económico del contrato, lo requerido por la convocante de conciliación de pretensiones económicas derivadas de actos de la administración, no es pertinente en cuanto que los fundamentos presentados que justifican dicha pretensión no son de competencia del Tribunal de Arbitramento como lo ha manifestado el Consejo de Estado.

6. Reconocimientos

Con base en lo hasta ahora dicho queda evidenciada la no ruptura de la ecuación económica del contrato, por lo que no es propicio el reconocimiento

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicación No. 19.333 de Julio 4 de 2002.

¹⁰ Sentencia del 8 de Junio de 2000, expediente 16.973.

de las consecuencias pecuniarias que el convocante señala en la demanda por este concepto.

6.1. Lo Solicitado

6.1.1. Desequilibrio Económico

La petición primera de la demanda es reconocer al Consorcio HYDRA INGENIERIA LTDA., BIOTEC COLOMBIA S.A., el desequilibrio económico del contrato en virtud de lo cual solicita el pago de una cifra superior a los \$ 205.429.111 la que corresponde a lo indicado en el capítulo de la demanda cuantía, de acuerdo a los precios unitarios presentados a la CVC en oficio # TB28-C87 de Junio 20 de 2000 (folio 176 de los anexos de la demanda), valor que debe ser actualizado a la fecha así como también al pago de los intereses moratorios y el pago de costas a la CVC, se concilien las pretensiones económicas derivadas de los actos administrativos que dispusieron hacer efectivo el amparo de calidad de los equipos o bombas, liquidar el contrato teniendo en cuenta el equilibrio económico del mismo.

6.2. Lo probado

El experticio técnico decretado determinó que el valor de la obra ejecutada es de \$ 513.075.862. Merece para el Tribunal plena credibilidad lo relativo al valor de la obra bajo los argumentos tomados para la valoración como fue la información de los planos entregados por el Consorcio a la CVC al terminar el objeto contratado y no como lo pretendía el convocante en libros de contabilidad que no son la fuente primigenia para determinar el valor de un contrato de obra pública, así mismo, hay credibilidad en lo probado con la prueba documental aportada por las partes al proceso en relación con el valor del contrato suscrito y lo efectivamente pagado a través de las actas de pago de avance de obra, así como lo recibido por la Interventoría de obra ejecutada y ajustada a los diseños y planos del Consorcio presentados en la oferta y entregados a la CVC una vez culminada la ejecución de la obra.

VII. COSTAS

Sin costas.

VIII. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar no probada la objeción por error grave formulada al dictamen pericial por las partes.

SEGUNDO.- Declarar que en el desarrollo del contrato No. CVC- 019-98 no se presentaron las circunstancias alegadas por el convocante como alteradoras del equilibrio económico y financiero del contrato.

TERCERO.- No acceder, por sustracción de materia a las pretensiones derivadas del desequilibrio económico del contrato pretendidas por el convocante, incluida la conciliación de pretensiones económicas derivadas de las resoluciones Nos. 528 y 245 de Diciembre 27/2000 y Mayo 10/01 respectivamente.

CUARTO.- Liquidar el contrato.

Valor contrato CVC 0019/98. \$ 604.151.462.000. Resolución DG No. 028 de Enero 27/98.

Pagos realizados por la CVC al Consorcio Hydra Biotec Acta de recibo final del 2 de Noviembre de 1999 (folio 182 cuaderno de pruebas) conforme a el valor mensual establecido en el “otro si” suscrito en Abril 23 de 1998.

Anticipo Acta No. 1	\$ 181.245.438,60
Pago mensual No. 1	31.506.000,00
Pago mensual No. 2	47.240.000,00
Pago mensual No. 3	51.426.000,00
Pago mensual No. 4	65.068.000,00
Pago mensual No. 5	71.908.000,00
Pago mensual No. 6	127.780.000,00
Pago mensual No. 7	57.458.000,00
Pago mensual No. 8	116.316.000,00
Pago mensual No. 9	17.720.000,00
Pago mensual No. 10	17.729.462,00
Valor pagado contrato CVC 0019/98	\$ 604.151.462,00

Pago contrato adicional	28.135.719,00
VALOR TOTAL PAGADO	\$ 632.287.181,00

QUINTO.- Cancélese por parte de la CVC la suma de treinta millones doscientos siete mil quinientos setenta y tres pesos m.cte. (\$ 30.207.573) al Consorcio HYDRA INGENIERIA LTDA. Y BIOTEC COLOMBIA S.A., por concepto de las reservas del 5% deducidas en cada pago mensual de acuerdo al avance del proyecto, según la cláusula octava del contrato CVC 0019/98 literal d, Forma de Pago.

PARÁGRAFO.- La cantidad reconocida se integra según las liquidaciones de los pagos mensuales en la siguiente forma:

\$ 31.506.000	5%	\$ 1.575.300
47.240.000		2.362.000
51.426.000		2.571.300
65.068.000		3.253.400
71.908.000		3.595.400
127.780.000		6.389.000
57.458.000		2.872.900
116.316.000		5.815.800
17.720.000		886.000
17.729.462		886.473
		\$ 30.207.573

SEXTO.- Cancelese por parte de la CVC la suma de Veintitrés millones setecientos cincuenta y dos mil treinta y seis pesos m.cte. (\$ 23.752.036.00) al Consorcio HYDRA INGENIERIA LTDA., Y BIOTEC COLOMBIA S.A., por concepto de intereses moratorios de la suma anterior, desde Mayo de 2000 hasta Agosto de 2002.

PARÁGRAFO.- El monto total de intereses moratorios reconocidos a que se refiere esta condena se deduce en la siguiente forma:

PROYECTADO AL 31 DE AGOSTO DE 2002

Exigibilidad
Mayo-00

Capital
\$ 30.207.573

Saldo Capital	Tasa Efect. Anual	Tasa Max. Moratoria	Tasa Efect.	Valor Mora Mensual	Fecha Vigencia	Resol. Super
\$ 30.207.573	17,90%	26,85%	2,24%	\$ 675.894	May-00	664
\$ 30.207.573	19,77%	29,66%	2,47%	\$ 746.505	Jun-00	848
\$ 30.207.573	19,44%	29,16%	2,43%	\$ 734.044	Jul-00	1019
\$ 30.207.573	19,92%	29,88%	2,49%	\$ 752.169	Ago-00	1201
\$ 30.207.573	22,93%	34,40%	2,87%	\$ 865.825	Sep-00	1346
\$ 30.207.573	23,08%	34,62%	2,89%	\$ 871.488	Oct-00	1492
\$ 30.207.573	23,80%	35,70%	2,98%	\$ 898.675	Nov-00	1666
\$ 30.207.573	23,69%	35,54%	2,96%	\$ 894.522	Dic-00	1847
\$ 30.207.573	24,16%	36,24%	3,02%	\$ 912.269	Ene-01	2030
\$ 30.207.573	26,03%	39,05%	3,25%	\$ 982.879	Feb-01	90
\$ 30.207.573	26,11%	37,87%	3,14%	\$ 948.140	Mar-01	202
\$ 30.207.573	24,83%	37,25%	3,10%	\$ 937.568	Abr-01	1319
\$ 30.207.573	24,24%	36,36%	3,03%	\$ 915.289	May-01	426
\$ 30.207.573	26,17%	37,76%	3,15%	\$ 950.406	Jun-01	536
\$ 30.207.573	28,08%	39,12%	3,26%	\$ 984.767	Jul-00	669
\$ 30.207.573	24,25%	36,38%	3,03%	\$ 915.667	Ago-01	818
\$ 30.207.573	23,06%	34,59%	2,88%	\$ 870.733	Sep-01	954
\$ 30.207.573	23,22%	34,83%	2,90%	\$ 876.775	Oct-00	1090
\$ 30.207.573	22,98%	34,47%	2,87%	\$ 887.713	Nov-00	1224
\$ 30.207.573	22,48%	33,72%	2,81%	\$ 848.833	Dic-00	1380
\$ 30.207.573	22,81%	34,22%	2,85%	\$ 861.293	Ene-02	1544
\$ 30.207.573	22,35%	33,53%	2,79%	\$ 843.924	Feb-02	93
\$ 30.207.573	20,97%	31,46%	2,82%	\$ 791.616	Mar-02	239
\$ 30.207.573	21,03%	31,55%	2,63%	\$ 794.082	Abr-02	366
\$ 30.207.573	20,00%	30,00%	2,50%	\$ 755.189	May-02	475
\$ 30.207.573	19,96%	29,94%	2,50%	\$ 753.679	Jun-02	585
\$ 30.207.573	19,77%	29,66%	2,47%	\$ 746.505	Jul-00	726
\$ 30.207.573	20,01%	30,02%	2,50%	\$ 755.587	Ago-02	847
TOTAL				\$ 23.752.036		

SALDO CAPITAL	\$ 30.207.573
SALDO INTERÉS	\$ 23.752.036
TOTAL DEUDA (CAPITAL+INTERESES)	\$ 53.959.609

SÉPTIMO.- Dar cumplimiento al laudo en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA.

OCTAVO.- Protocolizar el expediente en una Notaría del Circuito de Cali.

NOVENO.- Entregar a la parte convocante primera copia auténtica del laudo y copia auténtica del mismo a la parte convocada.

LA PRESIDENTA

PATRICIA RIASCOS LEMOS

ARBITRO

CÉSAR AYERBE CHAUX

ARBITRO

JULIO CÉSAR DÍAZ

SECRETARIO

JAIME VALENZUELA COBO