

Laudo Arbitral

Concesión Santa Marta Paraguachón

v.

Instituto Nacional de Vías

Mayo 31 de 2004

Bogotá, D.C., 31 de mayo de dos mil cuatro (2004).

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991 y la Ley 446 de 1998 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el tribunal de arbitramento profiere el laudo conclusivo del proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias entre la Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. y el Instituto Nacional de Vías, surgidas con ocasión del contrato estatal de concesión 445 celebrado el 2 de agosto de 1994, sus adicionales y otrosíes, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

I. Antecedentes

El contrato.

Con fecha 2 de agosto de 1994, Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. y el Instituto Nacional de Vías, Invías, celebraron el contrato estatal de concesión número 445, cuyo objeto consiste en “ ejecutar por el sistema de concesión, según lo establecido por el artículo 32, numeral 4º de la Ley 80 de 1993... los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación, de construcción, la operación y el mantenimiento de los sectores Río Palomino —Río hacha y Río hacha— Paraguachón y el mantenimiento y la operación del sector Santa Marta — Río Palomino, ruta 90 en los departamentos del Magdalena y La Guajira”⁽¹⁾.

El pacto arbitral.

En el parágrafo de la cláusula cuadragésima segunda del contrato de concesión referido precedentemente y modificado mediante otrosí 12 del 18 de agosto de 1999, las partes estipularon:

“PAR.—Compromisoria. Las diferencias que se susciten en relación con el contrato, serán sometidas a un tribunal de arbitramento conformado por tres (3) árbitros colombianos, los cuales serán designados de común acuerdo por las partes contratantes. En caso de que no exista acuerdo sobre la designación de los árbitros, dos de ellos serán designados de común acuerdo por las partes y el tercero será designado por la Cámara de Comercio de Bogotá. Se fallara siempre en derecho y el domicilio del tribunal será la ciudad Santafé de Bogotá, D.C. Las partes acuerdan que cuando el laudo arbitral infrinja normas de derecho, se considerará que ha sido expedido en conciencia y por lo tanto habrá lugar al recurso de anulación previsto en la ley”.

3. Iniciación del trámite.

Con fundamento en la cláusula compromisoria acordada por las partes, Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. presentó, el 31 de julio de 2002, solicitud de convocatoria a tribunal de arbitramento y demanda arbitral frente al Instituto Nacional de Vías, Invías⁽²⁾.

La anterior solicitud se admitió mediante auto proferido el 5 de agosto de 2002, por el director del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y de ella y de sus anexos corrió traslado por el término legal de diez (10) días al Instituto Nacional de Vías, Invías. En dicho auto se reconoció personería al doctor Weiner Cesar Ariza Moreno como apoderado de Concesión Santa Marta Paraguachón S.A.⁽³⁾.

Con fecha 5 de agosto de 2002⁽⁴⁾, se notificó personalmente la admisión de la solicitud de convocatoria, de la demanda arbitral y de sus anexos, habiéndose corrido el traslado por el término legal a la doctora Dora Alba López Albarracín, jefe de la oficina asesora código 1045 del Instituto Nacional de Vías, Invías, dependencia en la cual,

según Resolución 3297 de 6 de agosto de 2002, proferida por su director general, se delegó la representación legal⁽⁵⁾.

El 20 de agosto de 2002 la doctora Dora Alba López Albarracín, jefe de la oficina asesora jurídica del Instituto Nacional de Vías, Invías, confirió poder al doctor Ulises Julio Ibarra Daza⁽⁶⁾, quien el 13 de septiembre de 2002 presentó contestación a la demanda arbitral, se opuso a sus pretensiones, interpuso excepciones perentorias, solicitó pruebas y formuló, en escrito aparte, demanda de reconvención⁽⁷⁾.

El señor apoderado de Concesión Santa Marta Paraguachón S.A., mediante escrito de 15 de octubre de 2002, contestó la demanda de reconvención y solicitó otras pruebas⁽⁸⁾.

Con fecha 12 de noviembre de 2002, dentro del trámite prearbitral, se inició la audiencia de conciliación y agotada en audiencia de 22 de noviembre de 2002, se declaró fracasada⁽⁹⁾.

El 2 de diciembre de 2002 la doctora Dora Alba López Albarracín, jefe de la oficina asesora jurídica del Instituto Nacional de Vías, Invías, confirió poder al doctor Raúl Francisco Ochoa Jaramillo, para que continúe representando los intereses del Instituto Nacional de Vías, dentro del trámite arbitral⁽¹⁰⁾.

Mediante actas del 11 y 14 de febrero de 2003, las partes designaron de común acuerdo a los doctores Carlos Eduardo Naranjo Florez, Jaime Ossa Arbelaez y Jorge Arango Mejía como árbitros⁽¹¹⁾, quienes aceptaron oportunamente⁽¹²⁾.

En audiencia de 13 de marzo de 2003, con la presencia de todos los árbitros y los señores representantes de las partes, se instaló el tribunal de arbitramento que designó como presidente al doctor Jorge Arango Mejía, secretario al doctor Germán Alonso Gómez Burgos y profirió el Auto 1 en el cual se fijó la suma de honorarios y gastos, disponiéndose su consignación por mitades dentro de los términos legales. En la misma oportunidad se reconoció al doctor Santiago Melquicedec Elorza Toro como apoderado sustituto del Instituto Nacional de Vías⁽¹³⁾.

Previa consignación de las sumas respectivas, por Auto 2 del 7 de abril de 2003, notificado a las partes y comunicado al señor agente del Ministerio Público, se señaló el 29 de abril de 2003 para surtir la primera audiencia de trámite⁽¹⁴⁾.

Partes procesales.

Parte convocante.

La parte convocante de este trámite es Concesión Santa Marta Paraguachón S.A., Sociedad comercial legalmente constituida con domicilio principal en la ciudad Bogotá, D.C., representada por su gerente, doctor Carlos Alberto Ramírez Monroy, cuya condición está acreditada con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá⁽¹⁵⁾. En el presente proceso arbitral está representada judicialmente por el doctor Weiner Cesar Ariza Moreno, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional número 43.296 del Consejo Superior de la Judicatura de acuerdo con el poder visible a folios 31 a 32 del cuaderno principal 1.

Parte convocada.

La parte convocada del presente trámite arbitral es el Instituto Nacional de Vías, “Invías”, entidad de derecho público domiciliada en Bogotá, D.C, representada legalmente por el jefe de su oficina jurídica, de conformidad con la delegación de funciones realizada por su director general mediante Resolución 3297 de 6 de agosto de 2002, cuya copia se encuentra en los folios 47 y 52 del cuaderno principal 1.

En este trámite arbitral está representada judicialmente por el doctor Santiago Melquicedec Elorza Toro, abogado en ejercicio, con tarjeta profesional número 50.761 del Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo al poder a él conferido en Audiencia del 13 de marzo de 2003⁽¹⁶⁾.

5. Trámite arbitral.

5.1. Primera audiencia de trámite.

El día veintinueve (29) de abril de dos mil tres (2003), acta 2, se realizó la primera audiencia de trámite, leyéndose la cláusula compromisoria acordada en la cláusula cuadragésima segunda del Contrato de Concesión 445 de 1994 celebrado el 2 de agosto de 1994, las pretensiones de la parte actora contenidas en su demanda arbitral, las excepciones perentorias formuladas en su contra por la parte opositora y las pretensiones de la demandada contenidas en su libelo de reconvención(17) .

Previo análisis de la cláusula compromisoria, la existencia y debida representación de cada una de las partes y las pretensiones formuladas por el convocante, así como de las excepciones de la demandada, el tribunal, mediante Auto 3 de veintinueve (29) de abril de dos mil tres (2003) se declaró competente para conocer y decidir en derecho todas las controversias de contenido particular, económico y patrimonial surgidas entre las partes, en relación con el Contrato de Concesión 445 de 1994, a que refieren el escrito promotor de la acción, su contestación, la demanda de reconvención y excepciones(18) .

5.2. Audiencias de instrucción del proceso.

Definida la competencia del tribunal, se procedió a decretar las pruebas solicitadas por las partes mediante Auto 4 proferido en la audiencia del veintinueve (29) de abril de dos mil tres (2003), acta 2(19) .

El trámite se desarrolló en veintidós (22) sesiones, durante las cuales fueron practicadas las siguientes pruebas:

1. Se tuvieron como medios de prueba, con el mérito legal probatorio que a cada cual corresponde, los documentos allegados con el libelo arbitral, su contestación, la demanda de reconvención, y se ofició a las siguientes personas jurídicas a efectos de obtener las pruebas documentales solicitadas por las partes: (*) Superintendencia Bancaria(20) (Oficio 2); Departamento Nacional de Estadísticas —DANE—(21) (Oficio 3); Sociedad Velnec(22) (Oficio 4); Sociedad Ingetec Ltda.(23) (Oficio 5); Instituto Nacional de Adecuación de Tierras —INAT—(24) (Oficio 6); Instituto Geográfico Agustín Codazzi(25) (Oficio 7); Instituto de Hidrológica y Meteorología y Estudios.

Ambientales(26) (Oficio 8); Dirección Marítima y Portuaria —DIMAR—(27) (Oficio No. 9); Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras —INVEMAR—(28) (Oficio 10) y al Instituto Nacional de Vías(29) (Oficio 14).

2. Se ordenó y recepcionaron los testimonios de los señores Mauricio Gerlein Echeverría(30) , Guillermo Beltrán Perdomo(31) , Diana Teresa González Páez(32) , Jorge Ignacio Vélez Múnera(33) , Francisco Javier Daza Tobar(34) y Orlando Cabrera Molinares(35) .

3. Se decretaron y se llevaron a cabo las siguientes Inspecciones judiciales: a) en las oficinas de la Concesionaria y de la Fiduciaria BBVA —Fiduciaria S.A., practicadas en la ciudad de Bogotá el 7 de julio de 2003, según consta en acta 6(36) ; b) en el sitio de las obras (Santa Marta —Río Palomino) y en la caseta Alto Pino (Guajira), practicadas el 11 de julio de 2003, según consta en acta 7(37) .

4. Se decretó, practicó y rindió dictamen pericial técnico(38) por parte del doctor Javier Restrepo Toro y un dictamen pericial eléctrico(39) por el doctor Victor Saúl Meza Lagrancuth, cuya contradicción se surtió de conformidad con la ley(40) . Por solicitud del apoderado de la parte convocante(41) , se ordenó y practicó un nuevo dictamen pericial eléctrico rendido por el doctor Roberto Arias Estefan(42) .

6. Audiencia de conciliación.

Por auto proferido el 19 de abril de 2004(43) , se fijó el día 23 de abril de 2004, a las 8 a.m., para llevar a cabo audiencia de conciliación, que surtida se declaró frustrada(44) .

7. Audiencia de alegatos de conclusión.

Concluida la etapa probatoria, los señores apoderados de las partes, en audiencia del día 23 de abril de 2004, expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron los correspondientes escritos(45) . El señor agente del Ministerio Público igualmente expuso su concepto y entregó escrito contentivo del mismo(46) . En forma

resumida, se presentan los temas y aspectos que fueron tratados en los respectivos alegatos.

7.1. Alegato de Concesión Santa Marta Paraguachón S.A.

Inicialmente, el apoderado de la parte convocante consideró importante precisar la controversia sometida a consideración del tribunal, la que a su juicio está circunscrita a los estudios y las obras de estabilidad del cerro de los muchachitos; los estudios y las obras de estabilidad de la vía en el sector aledaño al Río Piedras; el deterioro estructural de las obras de drenaje de toda la vía y, los mayores costos derivados del suministro de energía en la estación de peaje de Alto Pino, así como el pago por parte del instituto de las inversiones que ha hecho al respecto el concesionario. Acto seguido y como consideración previa, insistió en la tacha de sospechoso del testigo Guillermo Beltrán Perdomo, representante de la interventoría Ingetec S.A., pues considera que su posición no surge de una acreditación directa de los hechos objeto de la controversia, sino de una interpretación jurídica que él hace de los mismos y de los documentos contractuales. La prueba de la tacha, a juicio del apoderado, radica en el hecho de que el señor Beltrán, después de haber rendido testimonio, fungió como asesor del apoderado del Invías en la diligencia de inspección judicial practicada el 11 de julio de 2003.

En el mismo sentido, solicitó desechar la objeción del dictamen parcial técnico, habida cuenta que ni siquiera se adujo contra dicho peritazgo prueba sumaria que acreditara la gravedad del error que improcedentemente se le imputó.

Superado este planteamiento preliminar, el mandatario judicial de la convocante se refirió a los mayores costos por la utilización y generación permanente de energía en la caseta Alto Pino, aduciendo que en el expediente se encuentra probado lo siguiente: a) que la reubicación de la estación de peaje que inicialmente se encontraba en el sector Ríoacha - cruce El Pájaro, se debió a una decisión adoptada por el instituto a través de la Resolución 452 de 1996; b) que el concesionario puso en funcionamiento dos plantas eléctricas, una de las cuales fue pagada por el instituto; c) la inexistencia de suministro de energía eléctrica en la caseta Alto Pino, lo que llevó al funcionamiento permanente de las dos plantas eléctricas y d) el mayor costo de operación y mantenimiento en que ha tenido que incurrir el concesionario, por la falta de energía eléctrica y la consecuente utilización permanente de las plantas.

En seguida, la demandante hace referencia a los estudios y obras necesarias que se requerían para la estabilidad de la vía en los sectores de Los Muchachitos y del Río Piedras, argumentando que el instituto, no obstante ser su obligación, no adelantó los estudios ordenados por el Ministerio del Medio Ambiente en el sector de Los Muchachitos y los recomendados por el concesionario para la pata del talud que da al mar, sino hasta el año 2001. Así mismo, pone de presente que el instituto excluyó la realización de dichos estudios y la ejecución de las obras de protección marina de la pata del talud que da al mar, así como la del canal de descole propuesto por la convocante.

En cuanto tiene que ver con el Río Piedras, deja en claro que el instituto no incluyó en los pliegos y en la información suministrada al concesionario, obra alguna de protección de la vía a lo largo de este sector. Adicionalmente, con fundamento en dos comunicaciones firmadas por el subdirector de concesiones del instituto, en el testimonio rendido por el doctor Orlando Cabrera Molinares (director de Corpamag) y en el dictamen técnico, llega a la conclusión que los daños ocasionados y el deterioro de la vía en este sector, obedece a causas no imputables al concesionario, como son una avalancha causada por el Río Piedras y una fuerte socavación marina en un talud del tramo K 62 aproximadamente, hechos de naturaleza imprevista que en ningún momento constituyen responsabilidad del concesionario.

En cuanto a los costos derivados del deterioro estructural de las obras de drenaje de toda la vía, aduce que estos no pueden ser asumidos por el concesionario, toda vez que el instituto no solicitó la reconstrucción estructural sino el mantenimiento de las obras de drenaje, habida cuenta que estas se encontraban en buen estado y, además, la convocada no probó que el deterioro de las alcantarillas fuera resultado de un abandono de la obligación de mantenimiento por parte del concesionario.

Finalmente, con apoyo en diferentes decisiones arbitrales, solicita la aplicación de los siguientes principios: La interpretación auténtica del contrato por la conducta de las partes (laudo ICA — IDU, 30 de noviembre de 2000); Interdicción de la conducta tardía y confusa; doctrina de los actos propios; garantía implícita de la fiabilidad de la

información (laudo Coviandes - Invías del 7 de mayo de 2001); principio de la causa eficiente y principio del equilibrio financiero del contrato (laudo Santa Marta - Paraguachón - Invías, 24 de agosto de 2001).

Con fundamento en lo anterior, solicita que el tribunal despache favorablemente las pretensiones de la sociedad convocante.

7.2. Alegato del Instituto Nacional de Vías, Invías.

El apoderado de la parte convocada, previa reseña de las pretensiones esgrimidas por el concesionario en su demanda, contestación de la misma, así como de las pretensiones contenidas en el escrito de reconvención propuesta por la convocada, analiza la creación del Inco, la reforma del Invías y la sucesión procesal. Acto seguido, hace un análisis del marco jurídico y contractual del proceso, partiendo de la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90 de la Constitución Política y del mandato del numeral 4º del artículo 34 de la Ley 80 de 1993, para llegar a una conclusión inicial: el actor tiene la obligación de soportar las consecuencias económicas de su imprevisión e impericia, puesto que se obligó a ejecutar el objeto del contrato por su cuenta y riesgo, características esenciales del contrato de concesión.

Cuando el concesionario aceptó los convenios adicionales 2 y 3, dice la demandada, se obligó no solo al mantenimiento del sector Santa Marta - Río Palomino, sino a la rehabilitación integral de ese sector. En este orden de ideas, aduce que el contratista está jurídicamente obligado a asumir los costos de las obras que hoy está reclamando en su demanda, obligación que emana de las siguientes normas y documentos contractuales: a) las cláusulas primera, segunda, sexta y vigésima quinta del contrato 445 de 1994; b) los convenios adicionales 2 y 3; c) el pliego de condiciones; d) la propuesta del concesionario y e) el manual de diseño geométrico para carreteras. Con el estudio de estos documentos, la convocada llega a una segunda conclusión, “El concesionario ha tratado de escindir del contrato principal sus convenios adicionales 2 y 3, impulsando la idea de que se le de un tratamiento de contrato de obra, independientemente del contrato principal, lo que constituye una labor imposible, por impedirlo no solo la estructura jurídica del contrato de concesión, sino el contenido mismo de los adicionales”.

Así las cosas, el marco jurídico de la rehabilitación del sector Santa Marta - Río Palomino, está determinado por las obligaciones contenidas en la cláusula segunda del contrato 445 y en los convenios adicionales 2 y 3.

En este estado de su intervención, el apoderado antes de hacer referencia a las consecuencias jurídicas de las obligaciones asumidas por el concesionario, se pronuncia sobre la tacha de sospecha de los testigos Mauricio Gerlein Echeverría y Diana Teresa González. Esta tacha, a juicio de la convocada, debe ser acogida por el tribunal, habida cuenta que se demostró la línea de dependencia afectiva y comercial que existe entre el señor Gerlein y el concesionario, así como quedó demostrada la dependencia de carácter laboral de la señora González con la concesionaria. El primero de los citados, insiste la convocada, confesó tener estrechos vínculos con la convocante, puesto que es el representante legal de una empresa socia de la concesionaria y, además, ha sido contratista de obra de la concesionaria y, la segunda deponente, en la actualidad trabaja para la concesionaria.

Estas circunstancias necesariamente afectan la credibilidad, veracidad e imparcialidad de las declaraciones rendidas, razón suficiente para no ser tenidas en cuenta. Acto seguido, hace una crítica de los testimonios de los señores Francisco Daza, Orlando Cabrera Molinares y Jorge Ignacio Vélez Múnera, argumentando que dichos testimonios carecen de las características de ser unas declaraciones responsivas, exactas y completas.

Entrando al tema de la rehabilitación del sector Santa Marta - Río Palomino, la convocante, después de hacer un análisis de los documentos contentivos del contrato 445 de 1994 y sus adicionales, llega a las siguientes conclusiones: a) el concesionario incumplió su obligación contractual de presentar los diseños definitivos de dicho sector; b) los riesgos constructivos que implican mayores costos y cantidades de obra, son imputables al concesionario; c) el concesionario tenía la obligación contractual de hacer una rehabilitación completa, sin fallas de diseño y d) el concesionario nunca rehabilitó, simplemente se limitó a hacer limpieza.

Sobre el deterioro del talud en el sector de Los Muchachitos, considera que dicha circunstancia obedece a una doble causa: a) la falta de previsión y construcción de las obras de protección necesarias para garantizar la estabilidad y transitabilidad de la vía, tales como canales de desagüe y los disipadores de energía, y b) un manejo

negligente de las alcantarillas por parte del concesionario.

En seguida, partiendo de la teoría de la imprevisión alegada por el concesionario, llega a la “indefectible conclusión” que el desbordamiento del Río Piedras no constituye un hecho imprevisible y mucho menos lo es frente a la ingeniería civil, que ha desarrollado métodos eficientes y confiables para prevenir el daño de los ríos y los mares en los taludes. Adicionalmente considera que el concesionario pudo y debió razonablemente prever que en los puntos donde se desbordo el Río Piedras, había que hacer obras de protección del talud y no lo hizo.

Líneas adelante, la convocada asegura que el concesionario ha dejado de invertir en mantenimiento, la suma de 27.000 millones de pesos, según se puede apreciar en la ingeniería financiera del contrato. No obstante estar probado que el concesionario ha dejado de invertir dinero en mantenimiento, pretende ahora que el tribunal le reconozca el valor de las obras de conservación y mantenimiento que ha realizado.

Sobre las diferencias surgidas en la caseta Alto Pino, la convocada considera que la reclamación del concesionario no tiene fundamento, habida cuenta que la convocante asumió el riesgo de generar su propia energía para los peajes. Tan cierto es lo anterior, que el concesionario en el reglamento de operación de las estaciones de cobro de peaje, garantizó “el fluido constante de energía, instalando en todos los equipos de conteo de cada una de las casetas, una UPS”.

De otra parte, plantea un cuestionamiento al dictamen pericial eléctrico rendido por el doctor Roberto Arias Estefan, pues no obstante ser de público conocimiento que el valor del combustible en la zona de frontera es mucho más barato que en el resto del país, el señor perito toma como base para hacer sus cálculos, unas facturas con unos valores que no corresponden a la realidad, razón por la cual solicita que el tribunal se abstenga de darle valor al dictamen.

Finalmente, pone de presente que si el tribunal decide reconocer extracostos al concesionario por producción de energía en el peaje Alto Pino, se limite a reconocer los costos de operación de una sola planta, tal como lo solicitó el concesionario en su demanda.

Con fundamento en estos planteamientos, solicita no acceder a las pretensiones de la demanda. Por el contrario, pide que el tribunal despache favorablemente las pretensiones de la demanda de reconvención, pues en el expediente está probado que el concesionario tenía la obligación de elaborar los diseños definitivos del sector Santa Marta - Río Palomino y por lo tanto debe construir a su costa las obras de protección de la carretera, además, de hacer el mantenimiento rutinario y periódico a las alcantarillas de toda la carretera, de conformidad con su oferta, el pliego de condiciones y el manual de diseño geométrico para carreteras .

7.3. Concepto del señor agente del Ministerio Público.

El señor Procurador Décimo Judicial Administrativo, previo recuento de los antecedentes procesales, analiza la situación fáctica controvertida, las pretensiones incoadas por la parte actora, la contestación de la demanda, el escrito de reconvención y, con fundamento en el contrato 445 de 1994, el dictamen pericial técnico rendido por el doctor Javier Restrepo Toro y la diligencia de inspección judicial practicada en la vía, llega a la siguiente conclusión: “...la pretensión del accionante relacionada con el paso de Los Muchachitos debe prosperar, habida cuenta de que se enmarca dentro de lo dispuesto en la cláusula vigésima séptima del contrato, artículo 5° de la Ley 80 de 1993, porque el ...Invías... le impuso al concesionario una nueva carga, ocasionada en parte por la no previsión del mismo de construir adecuadamente la carretera hace aproximadamente 30 años, sumado a la imprevisible actuación de la naturaleza...”.

Sobre el desbordamiento del Río Piedras, encuentra que no era una obligación del concesionario acometer obras preventivas, ni mucho menos asumir su costo, ante un siniestro para nada previsible de la naturaleza como es el desbordamiento del Río Piedras “...que no tiene antecedentes regulares que permitan así establecerlo”, por lo cual esta pretensión también está llamada a prosperar.

En cuanto tiene que ver con las plantas eléctricas del peaje, el señor agente del Ministerio Público, encuentra que la obligación del concesionario se circunscribe únicamente a tener unas plantas de emergencia, asumiendo su coste obviamente, más no a suministrar energía en forma indefinida e ininterrumpida, pues ello le corresponde al Estado.

Por lo anterior, solicita que la pretensión prospere parcialmente, habida cuenta que el concesionario asume el coste de las plantas de energía.

Finalmente, el señor procurador con apoyo en el dictamen pericial técnico, solicita que se niegue la pretensión relacionada con las alcantarillas, toda vez que no han recibido un adecuado mantenimiento por parte del concesionario.

8. Audiencia de fallo.

Mediante auto proferido en audiencia del 23 de abril de dos mil cuatro (2004), el tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo que se realiza(47) .

9. Término para fallar.

De conformidad con el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, cuando las partes no señalan el término para la duración del proceso arbitral, este será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, “al cual se adicionarán los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso”.

Por su parte, el inciso 4º del artículo 70 de la Ley 80 de 1993 dispone que, “Los árbitros podrán ampliar el término de duración del tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo”.

El tribunal se encuentra dentro de los términos para fallar, conforme a las siguientes circunstancias:

El día 29 de abril de 2003 se efectuó la primera audiencia de trámite y mediante providencias números 3 y 4 proferidas en la misma audiencia y fecha (acta 2), se asumió competencia y decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

Posteriormente, el proceso se suspendió a solicitud conjunta de las partes en las siguientes oportunidades: primera suspensión —del 30 de abril al 22 de mayo de 2003 (acta 2)(48) ; segunda suspensión —del 14 de junio al 6 de julio de 2003 (acta 5)(49) ; tercera suspensión— del 25 de julio al 11 de agosto de 2003 (acta No. 8)(50) ; cuarta suspensión —del 13 de agosto al 27 de agosto de 2003 (acta 9)(51) ; quinta suspensión —del 29 de agosto al 9 de septiembre de 2003 (acta 10)(52) ; sexta suspensión— del 16 de diciembre al 27 de enero de 2004 (acta 15)(53) , séptima suspensión — del 29 de enero al 15 de febrero de 2004. (acta 16)(54) , octava suspensión — del 9 de marzo al 17 de marzo de 2004 (acta 18).

Son en total, ciento sesenta y uno (161) días de suspensión.

En audiencia del 8 de marzo de 2004, acta 18, el tribunal amplió la duración del proceso arbitral, por un término de tres (3) meses contados a partir del vencimiento del plazo inicialmente pactado (6 meses).

En audiencia del 23 de abril de 2004, acta 21, las partes manifestaron su conformidad con la contabilización de los términos del tribunal, incluidos los de suspensión del proceso(55) .

Culminada la primera audiencia de trámite el veintinueve (29) de abril de dos mil tres (2003) y suspendido el proceso en las oportunidades indicadas, el término legal vencería el dos (2) de julio de dos mil cuatro (2004). Por consiguiente, el tribunal se encuentra en la oportunidad legal para proferir el fallo.

Una vez precisada la controversia planteada por las partes, para su decisión en derecho, el tribunal analizará:

II. De los presupuestos procesales

III. Consideraciones jurídicas

IV. De las controversias entre las partes

V. Marco jurídico de las pretensiones

VI. De las pretensiones de la demanda principal

VII. De las pretensiones de la demanda de reconvención

VIII. De la condena en costas

II. Los presupuestos procesales

La totalidad de los “presupuestos procesales”[\(56\)](#) concurren en este proceso:

1. Demanda en forma.

La demanda con que se inició este asunto se ajusta a la plenitud de las exigencias normativas consagradas por el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, a pesar de las inexactitudes procesales de los libelos introductorios que habrán de analizarse en el su debida oportunidad.

2. Competencia.

El tribunal, según analizó detenidamente en la providencia dictada el veintinueve (29) de abril de dos mil tres (2003), como consta en el acta 2, es competente para el juzgamiento y decisión de las controversias contenidas en las pretensiones y excepciones, todas de contenido particular, específico y concreto, de naturaleza patrimonial, económica y susceptibles de transacción y disposición entre sujetos plenamente capaces y, por ende, de “pacto arbitral”.

La persona jurídica privada convocante y la entidad de derecho público, convocada, están facultadas, al tenor del artículo 70 de la Ley 80 de 1993, para acudir al arbitraje como mecanismo judicial de solución de las controversias surgidas en el desarrollo de la actividad contractual y acordar la cláusula compromisoria en los contratos estatales[\(57\)](#).

Por otra parte, la arbitral como expresión de la jurisdicción del Estado, encuentra reconocimiento y legitimidad constitucional, y por su virtud se confiere transitoriamente la función pública de administrar justicia a sujetos habilitados por las partes y el ordenamiento jurídico, según el artículo 116 de la Constitución Política a cuyo tenor:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

La naturaleza jurisdiccional de la decisión arbitral está consagrada igualmente en los artículos 8º y 13 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la administración de Justicia, en los artículos 3º y 111 de la Ley 446 de 1998 y ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional[\(58\)](#).

Los árbitros investidos de la función de administrar justicia, por mandato constitucional, en el ejercicio de su actividad integran la jurisdicción del Estado, ostentan para el caso concreto el carácter de juzgadores, están sujetos a idénticos deberes y responsabilidades y como verdaderos jueces con iurisdictio, profieren providencias judiciales[\(59\)](#), autos de trámite, interlocutorios y una sentencia denominada laudo arbitral.

3. Capacidad de parte.

Las partes, Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. y el Instituto Nacional de Vías, son sujetos plenamente capaces y, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, abogados titulados, debidamente constituidos y, por ende, con “capacidad procesal” o “para comparecer a proceso”.

Análogamente, el laudo conforme a lo pactado, se profiere en derecho y dentro del término para su pronunciamiento.

4. De la prueba testimonial (las tachas de los testigos)

El testigo tiene un ámbito de operancia restringida al declarar lo que sabe en relación con los hechos. El acto del testigo es reconstructivo y no propiamente evaluativo. A él no le incumbe más que la exposición de las circunstancias objetivas de un hecho, excluyéndose los juicios de valor y de allí que su versión no pueda recaer sobre aspectos procesales de estimación jurídico-probatoria a cuya dirección está el juzgador. En suma, el testigo debe limitarse a narrar los hechos por él percibidos.

De esta forma se deben desechar, por inconducentes, aquellas versiones testimoniales que traspasen los límites jurídicos racionales de su valor probatorio.

Sin embargo de lo dicho, bien puede apreciarse la prueba testimonial que aclare el sentido de una cláusula contractual o que, de alguna manera, precise el contenido de sus términos en forma tal que no incurra en el aspecto medular de la estructura misma del contrato, pues esta conducta no puede estar en manos de personas que, de alguna manera, no están acostumbradas a precisar el entorno de las relaciones jurídicas que surgen en el ámbito contractual, o a deslindar la semántica de los convenios o la omisión en que se hubiere podido incurrir.

En el proceso fueron tachados, como sospechosos, los siguientes testigos: doctores Diana Teresa González Páez, Mauricio Gerlein Echeverría y Guillermo Beltrán Perdomo.

La razón de la tacha fue, en el caso de los dos primeros, por sus vínculos de dependencia con la parte actora. El último, por tener interés en el proceso, en su condición de interventor y por haber asesorado al Invías en la diligencia de inspección judicial practicada en la vía.

La doctora González, en efecto, es empleada de la concesionaria, como ella misma la acepta. En consecuencia, el tribunal considera que objetivamente no está en condiciones de declarar sin tener en cuenta los intereses de la empresa para la cual trabaja.

El doctor Gerlein Echeverría, por su parte, reconoce haber sido accionista de la empresa Gercon, una de las empresas que licitaron y resultaron favorecidas con la adjudicación del contrato de concesión; hoy, es gerente y representante legal de Valorcom S.A., sociedad que es accionista de la concesión Santa Marta - Paraguachón S.A. Estos hechos, a juicio del tribunal, constituyen motivo suficiente para considerar que su declaración no puede ser objetiva e imparcial en relación con esta controversia.

Finalmente, el doctor Guillermo Beltrán Perdomo es en la actualidad el director de la interventoría de la concesión Santa Marta - Paraguachón, en su condición de empleado de la firma Ingetec S.A. En tal calidad fue el autor de algunas comunicaciones, en las cuales interpretó jurídicamente el contrato como el mismo lo reconoció en su declaración. Además, fue designado por el apoderado de la convocada como asesor suyo en la diligencia de inspección judicial practicada en la vía. Todo lo anterior indica que no es imparcial y así lo reconocerá el tribunal en este laudo.

De tal suerte que en estos testigos concurren circunstancias subjetivas que pueden alterar significativamente la fidelidad de sus percepciones, pues el interés personal que puedan tener en la litis, o su animo preconcebido en favorecer a una de las partes, por las condiciones analizadas precedentemente, afectan notoriamente su versión y por ende su fuerza probatoria.

Es lo que se ha dado en llamar la “ineptitud subjetiva del testimonio” (Hernando Devis Echandía. “Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte Especial. Tomo VI. De la Prueba. Ed. Temis. 1969. pág. 517).

El tribunal estima, entonces, que fueron fundadas las tachas de los tres testigos, por lo cual se declararán probadas en la parte resolutive de este laudo, sin que sea necesario un análisis pormenorizado de sus testimonios.

5. La objeción por error grave a los dictámenes periciales.

5.1. La objeción al dictamen pericial técnico.

Mediante escritos fechados los días 9 de octubre y 5 de diciembre de 2003, respectivamente, el señor apoderado del Instituto Nacional de Vías, Invías, objeta el dictamen pericial técnico rendido por el doctor Javier Restrepo

Toro el 3 de octubre de 2003, aclarado y complementado el 1º de diciembre de 2003, a solicitud de las partes.

El señor apoderado de Concesión Santa Marta - Paraguachón al descorrer el traslado de la objeción, manifestó su expresa oposición y solicitó desestimarla, habida cuenta que no se aportó ninguna prueba que indique la existencia de un error grave en la experticia.

5.1.1. Síntesis del escrito de objeción de la parte convocada.

La objeción por error grave del dictamen técnico se contrae a los siguientes aspectos:

1. No haber realizado los exámenes y las observaciones para determinar el estado de las obras en el sector del cerro de Los Muchachitos.
2. No haber realizado los exámenes de las obras construidas, ni su valoración, en el sector del Río Piedras. El perito se limitó a estudiar los documentos aportados por la concesionaria.
3. No haber realizado los exámenes, estudios y cuentas, correspondientes a las obras de drenaje. Simplemente hubo referencia a los estudios hechos por “Inecon e Hidroconsulta”.
4. Al realizar el análisis de la parte contable, el perito “no identificó plenamente los libros y la numeración de las facturas que fueron estudiadas”.
5. No incluir en la respuesta “sobre el costo del diseño Santa Marta - Río Piedras y Río Piedras - Río Palomino...”, los recaudos por concepto de peajes a los que contractualmente se obligó el contratista.
6. No presentar desglosado, desde el punto de vista financiero y contable, los valores de las obras cuyo pago pretende la convocante. Lo anterior con el propósito de establecer si tales obras “están o no incluidas dentro de la ingeniería financiera”.

5.1.2. Síntesis del escrito de oposición de la parte convocante.

El señor apoderado de Concesión Santa Marta - Paraguachón, se opone a la objeción, puntualiza lo que a su juicio probó el dictamen pericial técnico, los aspectos objetados y solicita desestimarla al no precisar ni demostrar el error grave denunciado.

5.1.3. Consideraciones del tribunal sobre la objeción.

1. El artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, al regular la contradicción del dictamen pericial, concede a las partes el derecho de objetarlo por error grave, disponiendo su oportunidad, requisitos y exigencias, en particular, las de precisar o concretar el error, obligándose el peticionario a demostrar su gravedad a través de las pruebas aportadas o, en su defecto, solicitando su práctica.

El ordenamiento jurídico, en estas hipótesis, impone la carga procesal de precisar con absoluta claridad el error denotado, indicando en qué consiste, de qué se predica, cuál es su gravedad e incidencia en las conclusiones a las que llegó el peritaje. Para este propósito, como se dijo antes, deberá allegar las pruebas idóneas para su comprobación.

2. Es presupuesto imprescindible de la objeción al dictamen pericial, la existencia objetiva de un yerro fáctico de tal magnitud que “(...) si no hubiera sido por tal error, el dictamen no hubiera sido el mismo (...)”⁽⁶⁰⁾. El error debe ser de tal entidad que altere de manera esencial la realidad de los hechos y, por consiguiente, suscite en forma tan grotesca, una falsa creencia, significativa y relevante de las conclusiones periciales (CPC, art. 238, num. 4º).
3. La censura o divergencia con los estudios, análisis, experimentos y conclusiones de la pericia o la diversidad de criterios u opiniones a propósito, sin indicación precisa del error ni de su incidencia en las conclusiones, son aspectos a considerar por el juzgador en su función de valoración del dictamen pericial y de los restantes medios de convicción y, en oportunidades, son significantes en la decisión, más no suplen las exigencias normativas pertinentes a la objeción, más aún en asuntos técnicos especializados cuya complejidad la imponen.

En este sentido, la jurisprudencia de la casación civil, ha expresado:

“(…), 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 …” (G.J. t. LII, pág. 306) 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 otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y 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 artículo 238 del Código de Procedimiento Civil “... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada 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 está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva ...” (G. J. tomo LXXXV, pág. 604)(61) .

De igual manera, la jurisprudencia arbitral(62) , ha reiterado:

“El error grave, por consiguiente, no puede hacerse consistir en las apreciaciones, puntos de vista, críticas o inconformidades, que sobre determinados aspectos o respuestas del dictamen tengan las partes, o una de estas, pues cuando el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil en varios de sus numerales alude a aquel concepto como presupuesto esencial de la objeción lo hace en el sentido de que las conclusiones del peritazgo hubieren sido esencialmente contrarias a la naturaleza del objeto analizado, a los experimentos que hubieren sido determinantes de las conclusiones de estas, que es lo que verdaderamente constituiría error grave”(63) .

4. Por las razones anteriores, el tribunal, rechaza la objeción por error grave al dictamen pericial técnico, porque sus consideraciones críticas solo evidencian una disparidad a propósito de sus análisis y conclusiones. Prueba lo anterior el hecho de que no se hubiera presentado, ni pedido ninguna prueba encaminada a demostrar el error alegado por el quejoso.

Naturalmente las glosas, comentarios, divergencias y apreciaciones contenidas en el escrito, se tendrán en cuenta con los restantes medios probatorios.

5.2. La objeción al dictamen pericial eléctrico (el primero).

Mediante escritos fechados los días 17 de septiembre y 5 de diciembre de 2003, respectivamente, las partes objetaron el dictamen pericial eléctrico rendido por el doctor Víctor Saúl Meza Lagrancuth.

5.2.1. Síntesis del escrito de objeción de la parte convocada.

La objeción por error grave del dictamen técnico se contrae a los siguientes aspectos:

- a) No haber hecho un examen sobre el consumo real de las plantas.
- b) No sustentar la estimación sobre el combustible consumido por las plantas de energía.
- c) Haber variado el objeto del estudio por otro.

5.2.2. Síntesis del escrito de objeción de la parte convocante.

- a) El señor apoderado de Concesión Santa Marta - Paraguachón, objeta el dictamen, por cuanto no es motivado, suficiente y completo.
- b) Agrega que el estudio no tiene en cuenta ni el costo de propiedad, ni el costo de operación de las plantas.

c) Afirma que la planta no se encuentra sobredimensionada, pues el consumo de la estación es mayor.

d) Termina decidiendo que los gastos deben liquidarse a partir de la fecha de inicio de la operación y no desde el 28 de junio de 1996.

5.2.3. Consideraciones del tribunal sobre la objeción.

Considera el tribunal que el perito no realizó los estudios y exámenes necesarios para demostrar los costos ocasionados por el suministro de energía en la caseta Alto Pino. Tampoco llevó a cabo un estudio detallado del consumo de combustibles y lubricantes de las plantas instaladas y sus costos reales de operación y mantenimiento, todo lo cual era parte del objeto del dictamen.

La objeción por error grave que se le imputa a la prueba pericial que dictaminó sobre los aspectos técnico eléctricos de la controversia, merece un breve comentario adicional: solamente prospera, por la causa invocada, cuando realmente y de manera clara y contundente, se configure un error grave, de gravedad ostensible.

Otra cosa diferente es que el peritazgo sea incompleto y, por consiguiente, no soporte un análisis en la sentencia. Decir, simplemente, que el perito no realizó los estudios o exámenes necesarios para demostrar los costos, es una afirmación insuficiente para fundamentar en ello la evidencia de un error grave. Esta observación requiere, por lo menos, detectar las falencias, señalar las omisiones, diagnosticar las equivocaciones etc.

La aserción elemental de la cortedad en las investigaciones no implica, en manera alguna, la configuración de un error grave que, de todas maneras, requiere probarse y valorarse en la entidad de gravedad en cuanto al error mismo en que se incurrió. La censura parcial debe edificarse, pues, sobre la base de su formulación, sobre la prueba allegada al plenario y sobre la importancia o valor del equívoco, inexactitud o desacierto.

Sirvan, así mismo, para estas consideraciones, los sustentos jurisprudenciales que se insertaron en líneas precedentes cuando se abordó el estudio de la peritación de orden técnico.

En conclusión, no puede prosperar la objeción.

Sin embargo, esto no debe impedir que el peritazgo que se produjo en apoyo para demostrar la viabilidad de la objeción pierda su valor y carezca de idoneidad probatoria en el juicio.

El tribunal se ceñirá a lo dispuesto por el numeral 6°. del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil.

6. De la sucesión o la sustitución procesal.

La sucesión procesal es un fenómeno eminentemente adjetivo que ocurre cuando, en el curso de un proceso, se extingue una persona jurídica que es parte en el mismo, o se presenta la fusión de una sociedad que figura como parte.

Es la transformación subjetiva de que hablan los procesalistas del derecho civil y que, cuando se da a título universal, mantiene inalterada la relación jurídico procesal, no sufriendo esta, por tanto, modificación alguna.

Por eso en el caso de Invías - Inco, donde la sustitución operó por ministerio de la ley, debe aceptarse por el tribunal sin necesidad de detenerse en análisis jurídicos que desborden el marco de la aceptación de las partes frente a este fenómeno.

Inco sustituyó a Invías y subrogó a este en los contratos de concesión vigentes y en todos los demás.

Evidentemente la sustitución operó por ministerio de la ley y, por supuesto, la parte en este proceso ya no es Invías sino Inco.

7. Las pretensiones de la demanda y de la demanda de reconvención.

Las diferencias sometidas al juzgamiento del tribunal conciernen al contrato estatal de concesión 445 de 1994 celebrado por Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. y el Instituto Nacional de Vías el 2 de agosto de 1994,

respecto del cual en la demanda arbitral la parte convocante, formula las siguientes pretensiones:

“1. Que se declare que los estudios y obras necesarias para garantizar la estabilidad de la vía en el sector Santa Marta - Río Palomino entre el PR 61 + 000 al PR 69 + 000, conocido como el cerro de Los Muchachitos, están a cargo del Instituto Nacional de Vías, pues resultan de un hecho no imputable a el concesionario: El deterioro del talud que cae al mar.

Que se declare que los estudios y las obras necesarias para garantizar la estabilidad de la vía en el tramo comprendido entre el PR 23 al PR 29, sector Santa Marta - Río Palomino, están a cargo del Instituto Nacional de Vías, en vista de que las mismas no son imputables a el concesionario, pues resultan de hechos ajenos a este: El desbordamiento del Río Piedras, ocurrido el 14 de diciembre de 1999.

3. Que se declare que los costos derivados del deterioro estructural de las obras de drenaje, están a cargo del Instituto Nacional de Vías, pues el concesionario solo está obligado al mantenimiento rutinario de las mismas.

4. Que se declare que el Instituto Nacional de Vías ha incumplido el contrato de concesión 445 de 1994 al no reconocer a el concesionario los mayores costos en que el mismo ha incurrido para generar energía con una planta eléctrica operada al efecto y que dichos costos se han producido como consecuencia de la reubicación de la caseta de peaje denominada Alto Pino y de la falta de prestación en la zona del servicio público de energía eléctrica.

5. Que se declare que el Instituto Nacional de Vías ha incumplido el contrato de concesión 445 de 1994, al no reconocer a el concesionario los mayores costos en que el mismo ha incurrido por la ejecución de obras y trabajos en los sectores indicados en las pretensiones 1 y 2 de esta demanda, así como por el mantenimiento no rutinario de las obras de drenaje de la vía.

6. Que se condene al Instituto Nacional de Vías a pagar a el concesionario todas las sumas que resulten probadas en el proceso y, dentro de ellas, las siguientes:

6.1. Los valores pagados por el concesionario a sus contratistas, por concepto de las inversiones ejecutadas en los sectores y obras de drenaje indicados en la pretensión 5 de esta demanda.

6.2. Los valores que el concesionario deba a sus contratistas, por concepto de inversiones ejecutadas en los sectores y obras de drenaje indicados en la pretensión 5 de esta demanda.

6.3. Los valores que resulten por concepto de los mayores costos en que el concesionario ha tenido que incurrir por la generación de energía a que se refiere la pretensión 4 de esta demanda.

7. Que las sumas y valores a que se refiere la pretensión anterior, se liquiden como a continuación se solicita o, subsidiariamente, de la manera en que el tribunal lo considere procedente:

7.1. Sobre aquellas sumas que resulten de las pretensiones 5 y 6.1 de esta demanda, se reconocerá desde la fecha de su pago hasta la fecha del laudo, el interés bancario corriente mensual que resulte de la aplicación de lo pactado en la cláusula trigésima sexta del contrato de concesión 445-94 y de las modificaciones y aclaraciones de este, contenidas en el contrato adicional 6 del contrato principal.

7.2. Sobre aquellas sumas que resulten de las pretensiones 5 y 6.2 de esta demanda, se reconocerá entre junio de 1994 y la fecha de su ejecución el IPC que sea certificado por el DANE. Igualmente, desde esta fecha y hasta a fecha del laudo, intereses a la tasa del DTF + 4, de acuerdo con lo establecido en la cláusula undécima —procedimientos de pago— del contrato de fiducia mercantil.

7.3. Finalmente, respecto de aquellas sumas que resulten de las pretensiones 4 y 6.3 de esta demanda, se reconocerá hasta la fecha del laudo el costo financiero de las mismas, sin perjuicio de su actualización con el IPC que sea certificado por el DANE.

8. Que se ordene al Instituto Nacional de Vías reconocer a el concesionario sobre las sumas objeto de la eventual condena, intereses comerciales moratorios a partir de la ejecutoria del laudo, tal como lo prescribe el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y lo ha ordenado la Corte Constitucional en la Sentencia C-188 de 1999.

9. Que se condene al Instituto Nacional de Vías a pagar todos los gastos y costas del proceso”.

Por su parte, en el escrito de demanda de reconvención, se formularon las siguientes pretensiones:

“1. Que se declare que la Sociedad Concesión Santa Marta - Paraguachón, incumplió el contrato de concesión 455 de (sic) 1994 al no darle cumplimiento al contenido de la cláusula primera del contrato adicional 3, especialmente la entrega de los diseños definitivos de todo el sector de Santa Marta - Río Palomino, los cuales no fueron entregados en ningún momento a la entidad contratante, lo cual era su obligación.

“2. Que se declare que la Sociedad Concesión Santa Marta Paraguachón tiene la obligación de realizar los diseños definitivos y las obras necesarias para garantizar la estabilidad de la vía en el sector Santa Marta - Río Palomino entre el PR 61 + 000 al PR 69 + 000, punto cerro Los Muchachitos, ya que de acuerdo al contrato son obras de su resorte.

“3. Que se declare que la Sociedad Santa - Paraguachón tiene la obligación de realizar los diseños definitivos y las obras necesarias para garantizar la estabilidad de la vía en el tramo comprendido entre el PR 23 al PR 29 sector Santa Marta - Río Palomino, por cuanto los hechos ocurridos el 14 de diciembre de 1999, no constituyen caso fortuito o fuerza mayor.

“4. Que se declare que el deterioro de las obras de drenaje de la concesión Santa Marta - Paraguachón, se debe a la falta de mantenimiento por parte del concesionario, y que este tiene la obligación de realizar esta actividad de acuerdo a lo estipulado en el contrato”.

III. Consideraciones jurídicas del tribunal

1. Del contrato de concesión y la estructura de riesgos del contrato 445 de 1994 y sus adicionales.

Para analizar el régimen jurídico de las pretensiones aducidas por las partes, el tribunal debe comenzar por precisar, en primer lugar, el alcance y naturaleza jurídica del contrato 445 de 1994, suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la sociedad concesión Santa Marta Paraguachón S.A, en esta ciudad de Bogotá, el día dos de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Cierto es que el contrato suscrito por las partes es de aquellos denominados por el legislador, jurisprudencia y doctrina, como de concesión, que se distingue del contrato de obra, de un lado, por cuanto la financiación en forma total o parcial está en manos del concesionario y, del otro, en que así mismo este último asume “por su cuenta y riesgo” las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio.

Sea lo primero y de conformidad con la naturaleza del contrato, establecer el marco jurídico sobre el cual se sustenta en nuestro ordenamiento el susodicho contrato.

Marco jurídico del contrato de concesión.

Bien sabido es que el contrato de concesión, en los términos del artículo 32, numeral 4° de la Ley 80 de 1993 está definido como “los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

Por su parte la Corte Constitucional, en sentencia del 6 de Junio de 1996, en revisión constitucional, tuvo a bien en precisar el alcance del contrato para distinguirlo de las demás relaciones obligaciones, determinando sus elementos constitutivos, fundamentalmente: a) el objeto: otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción,

explotación o conservación de una obra o bien, destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio; b) Que dichas actividades se desarrollaban por cuenta y riesgo de concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante; c) Que la única remuneración a que tendría derecho el concesionario consistía en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden” (“Gaceta de la Corte Constitucional”. 1996. tomo 6. pág. 83).

Adicionalmente se debe tener en cuenta que cuando se trata de una concesión referente a la construcción y operación de infraestructura de vías, también le es aplicable la Ley 105 de 1993 “Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se distribuyen competencias y recursos entre la nación y las entidades territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones”(64) .

Pero además de las disposiciones citadas como marco jurídico es importante precisar que el estatuto contractual creado con la Ley 80 de 1993, tiene una orientación caracterizada esencialmente en su fundamentación teleológica(65) , en forma que sus reglas están preponderantemente regidas por parámetros que buscan una gestión pública ágil, eficiente en el conjunto de la transparencia, economía, responsabilidad, buena fe, la búsqueda de los fines estatales (Estado social de derecho), la ecuación contractual, la igualdad en sentido moderno —proporcionalidad— y el equilibrio o conmutabilidad de las obligaciones, reduciéndose de esta manera la facultad discrecional de la administración, cuando se ve obligado a intervenir el respectivo contrato por motivos de interés general.

Con el catálogo principalístico esbozado en el párrafo anterior, no se quiere decir que se dejen de lado diferentes postulados no regulados específicamente en la ley de contratación oficial, pues otros no menos importantes adquieren categoría protagónica en la relación del Estado con los administrados. Se trata de los principios generales de derecho, los propios del derecho administrativo tales como el de legalidad, publicidad, contradicción, igualdad, enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, fraude procesal, etc.; los del derecho civil y también los del comercial sin relegar los de celeridad, eficacia, moralidad e imparcialidad que rigen la función administrativa, todo conforme lo dispone el artículo 23 de la Ley 80 del 93.

Este es el marco jurídico fundamental que regula el contrato de concesión, reiterándose que si bien existen disposiciones precisas en las leyes 80 y 105, ellas no pueden alejarse de los principios constitucionales y los derivados de la Ley 80. En igual forma tampoco le son ajenos al contrato los postulados de la contratación en general y la normatividad del derecho comercial y civil en especial que le sea aplicable.

De la naturaleza del contrato de concesión. Teoría del riesgo.

Lo primero que hay que destacar es que en la concesión de obra pública el objeto es la ejecución de una obra destinada al servicio público, siendo este el más importante elemento y de allí que se le considere como un acto de poder soberano del Estado *jure imperi*, la decisión de entregar el “manejo” u operación del servicio a un particular. Esta decisión no propiamente como acto contractual, sino administrativa.

No debe perderse de vista que la concesión, como contrato de derecho público, presupone una situación legal o reglamentaria que domina toda la operación, y otra meramente contractual de derecho administrativo. La primera situación obedece a que el servicio público no puede interrumpirse en manos del Estado y aún más, debe mejorarse a cargo del mismo. De otro lado, la situación contractual surgida entre la administración y el concesionario es de naturaleza financiera, destinada a asegurar la debida remuneración del concesionario sobre bases claras y concretas que aseguren la debida compensación del concesionario, como en todo contrato bilateral.

Tampoco debe olvidarse que aunque el contrato se pacte entre dos partes (el concedente y el concesionario), su verdadero sentido va dirigido al beneficio de los usuarios del servicio público.

Ahora bien, “en la concesión no se trata de constituir un derecho real sobre una cosa corporal, se trata, del poder de ejercer una cierta actividad. Esta actividad no debe ejercerse, como en la función, en nombre y representación del Estado sino como el goce especial concedido sobre una cosa pública, en nombre y por propia cuenta del

concesionario”(66) .

Para el autor Pablo Federico Florian, “En cuanto a la naturaleza jurídica de la concesión de obra pública, la misma comparte iguales caracteres que la concesión de servicios públicos, ya que en ambos casos hay una delegación del ejercicio de la competencia atribuida al Estado hacia el particular. Aumentó esta similitud en la Argentina, a partir de la Ley 23.696 que, ampliando el concepto establecido en la Ley 27.520 de “Concesiones de obras públicas, el legislador ha permitido a la administración pública otorgar en concesión una obra pública ya construida, siempre que sea necesario ejecutar prestaciones sobre la obra ya preexistente, tales como la reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de aquella (L. 23.696, art. 58, primer párrafo). Es decir que ya no estaríamos ante la ejecución de una obra nueva, por lo que, para justificar la tarifa percibida de los usuarios, será necesario que el concesionario realice obras adicionales o mantenga en óptimo estado las ya existentes. No obstante, normalmente esto no se considera suficiente, por lo que los contratos administrativos de este tipo prevén que, además de mantener la obra, el concesionario le brinde al usuario adecuados servicios adicionales, tales como patrullajes con móviles propios del concesionario a todo lo largo de la traza, y demás aspectos complementarios para una adecuada circulación de una ruta o autopista”(67) .

Ahora bien, de los elementos estructurales de la concesión, mencionados en el marco jurídico, para el tribunal resulta de la mayor importancia establecer los alcances del concepto “por cuenta y riesgo del concesionario” concepto fundamental sobre el cual gira en gran parte la controversia del proceso y en el se detendrá su análisis.

Para el efecto, es importante citar los conceptos que se han elaborado sobre dicho tema, así por ejemplo Jorge Sarmiento García, menciona que “El concesionario presta el servicios tomando a su cargo las consecuencias patrimoniales de la explotación. El concesionario, si el servicio funciona en la forma prevista en la concesión, debe obtener, lógicamente, una ganancia. Así ocurre si el concesionario es diligente en la explotación de la empresa, la administración se ajusta a lo pactado en la concesión y la situación de hecho que existe al otorgarse aquella subsiste durante todo el plazo de la misma... Si las previsiones financieras del concesionario no se cumplen por causas que le sean imputables, es suya la responsabilidad y nada puede reclamar a la administración concedente, ya que la explotación del servicio corre por su cuenta y riesgo”(68) .

El concesionario, a diferencia del agente o del órgano estatal, no actúa a nombre del Estado (“*lato sensu*”), empero es una mano extendida o cocontratante de la administración, que actúa en todo caso en nombre propio y por cuenta propia.

De esta forma se consagra la teoría del riesgo, fenómeno que domina, en toda su amplitud, el panorama de la contratación estatal bajo la modalidad de la concesión y que para la doctrina en estos contratos se denomina la “estructura de riesgos”.

Surge entonces, de la norma legal, que la expresión “por cuenta y riesgo del concesionario”, implica que el contratista está obligado no solo a financiar las obras de ingeniería previstas en el contrato y en sus anexos, sino también a llevar a cabo las necesarias para el adecuado desarrollo del convenio. De conformidad con el contrato las partes determinarán el grado de diseño de obras a cargo del concesionario, la determinación de los materiales requeridos para la construcción, su adquisición, instalación y dirección etc. de manera que, por su cuenta y riesgo serán las alteraciones que técnicamente requieran la obra y también las variaciones que los precios sufran en un espacio determinado, pero siempre referido a unas condiciones de asunción de riesgos previamente previstos entre las partes. Con base en los supuestos dados por las partes para constituir su “estructura de riesgos” se deducirán las obligaciones de cada una de ellas, en otras palabras, podrá determinarse quién asume la responsabilidad de los diversos acontecimientos que van desarrollándose o sucediéndose durante el desarrollo del contrato.

Al respecto, Omar Franco Gutiérrez dice lo siguiente en su obra sobre contratación administrativa: “Es de advertir que, lo que el contratista construirá, mantendrá, montará, instalará, etc., es lo que la entidad concedente determine y señale. El contratista no es libre de hacer la obra en la forma que él crea conveniente, ni tampoco puede mejorarla mantenerla o restaurarla como quiera. El contratista está plenamente sometido a los diseños, planos e instrucciones que, para antes de la obra, le fije el concedente(sic). No tiene libertad administrativa y en ciertos casos tampoco la tiene técnica, pues la manera de manejar la obra durante su construcción y después, es competencia del concedente señalar la condiciones” (“La Contratación Administrativa”. Omar Franco Gutiérrez.

Cuarta Edición, 2000, pág. 562).

Citado por el mismo autor, el comisario del gobierno francés, León Blum, en fallo del 21 de marzo de 1910, sostuvo que entre las obligaciones y derechos del contratante debe existir una “equivalencia honesta”.

Tal vez uno de los mejores análisis sobre el tema está en la obra de Raúl Enrique Granillo Ocampo — Distribución de los Riesgos en la Contratación Administrativa — que al tratar el asunto expresa:

“7. Distribución de los riesgos o aleas. Como es natural, el problema del derecho no es determinar que clase de riesgos pueden afectar la vida del contrato, sino más bien, establecer principios reguladores que permitan atribuir equitativamente los efectos que produce la presencia de una o más de las aleas en un contrato concreto.

Desde esta óptica se impone desde el inicio una distinción primaria entre las alteraciones imputables a una de las partes y las no imputables a ellas, pero que de todas maneras provocan cambios profundos en la economía del contrato, rompiendo la originaria ecuación y volviéndolo más oneroso.

En el primer caso ya sea que nos movamos dentro del tema de la responsabilidad contractual por incumplimiento (p. ej. mora en el pago) o del alea administrativa (potestad variandi, factum principii) o del alea empresaria (*error calculi*), la parte imputable tendrá siempre la responsabilidad de asumir y absolver los desequilibrios sobrevinientes, responsabilidad que será siempre integral y plena. Así lo reconoce la doctrina tanto para el incumplimiento contractual, como para los casos de potestad variandi o factum principii” (69).

Por supuesto que a cargo del contratista, “por su cuenta y riesgo”, estarán las estructuras de las obras fijadas en el pliego de condiciones y en los instrumentos licitados. El contratista, por su cuenta y riesgo, hace la obra, la conserva, la restaura, la restablece etc., de acuerdo con los parámetros fijados en las distintas piezas que concurren a integrar el contrato de concesión.

Lo anterior lleva a la afirmación de que es de la esencia del contrato de concesión el principio del pacta sunt servanda, pues no por su carácter administrativo deja de participar de la naturaleza jurídica del acuerdo de voluntades y en ese sentido el contrato de concesión sigue siendo ley de las partes.

Y ello por cuanto que, como en todo acuerdo de voluntades, en el contrato administrativo de concesión de obra pública el concesionario debe soportar su propio costo y riesgo, es decir el alea normal de toda negociación. Desde luego que cuando el alea se torna en anormal por sus características sobrevivientes, en cuanto a su estructura y modalidades especiales por factores externos, las consecuencias de la situación deben merecer el resarcimiento por parte de la administración y en forma tal que al final de cuentas ese contratante logre obtener las ganancias que, en situaciones normales, hubiera generado el contrato, ganancias que no deben considerarse dentro del ámbito conceptual del enriquecimiento.

Sin embargo de lo que viene exponiéndose es casi generalizada en el mundo del derecho la previsión legal de situaciones que desequilibren la ecuación económica y la adopción de mecanismos jurídicos que traten de restablecerla, pues de lo contrario devendrían desastrosas consecuencias no solo para los contratantes sino también para el adecuado funcionamiento de los servicios públicos a cargo del Estado, tal como se consignó en líneas anteriores.

Es lo cierto, así mismo, que dichas regulaciones vienen justificadas por un sustrato ético, de equidad y buen funcionamiento del Estado. Por eso se ha dicho que si para la administración es vital la satisfacción de los intereses públicos, para el particular contratante el móvil del contrato es el interés financiero. Es el sentido de la justicia conmutativa y la equivalencia honesta lo que generó, desde principios del siglo pasado, la teoría del equilibrio financiero. “Es de la esencia misma de todo contrato de concesión hallar y realizar, en la medida de lo posible, un equilibrio entre las ventajas acordadas al concesionario y las cargas que le son impuestas. La explotación de un servicio público puede ser concebida *a priori* como onerosa o como remunerativa. Las ventajas acordadas al concesionario y las cargas que le son impuestas, deben balancearse de manera que forme la contrapartida de los beneficios probables y de las pérdidas previstas. En todo contrato de concesión hállase también implícita, como un cálculo, la equivalencia honrada, entre lo que se otorga al concesionario y lo que se le exige. Y esté cálculo de equivalencia es esencial al contrato” (Miguel Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Ed. Abeledo Perrot,

Tomo II, Buenos Aires, 1978, pág. 471-472).

Sobre la distribución o “estructura de riesgos”, ya varios tribunales de arbitramento han efectuado su análisis con anterioridad a este fallo(70). Precisamente el laudo generado entre las mismas partes de este tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el tema, en palabras que se hacen propias, cuando al resumir sobre el tema de los riesgos, concluye:

“Que es claro que en el contrato de concesión, la expresión “por cuenta y riesgo del concesionario” determina la asunción de riesgos por este, que común y naturalmente no se asumen por el contratista del Estado.

Que los riesgos asumidos por el concesionario, atendiendo la naturaleza del contrato y de su definición legal, hacen relación, de una parte y principalmente, a la consecución de los recursos financieros requeridos para la ejecución del objeto pactado, esto es, a la financiación del proyecto y a las condiciones —ventajosas o no— en que la misma se gestione y obtenga por el concesionario; y de otra, cuando el diseño es de su cargo y, por lo mismo, la determinación de las cantidades de obra requeridas para la construcción de la obra cometida, son de riesgo del concesionario las variaciones técnicas y de obra que se verifiquen en el curso de la ejecución y que eventualmente pudieran causar un mayor costo de construcción.

Que en este contexto, es de especial relevancia, los límites que en materia de distribución y correlativa asunción de los riesgos en el contrato estatal, establecen las normas superiores al principio de la autonomía de la voluntad negocial de las partes y que básicamente se concreta en la imposibilidad de trasladar aquellos ínsitos o derivados del incumplimiento del Estado contratante, del ejercicio por este de las facultades excepcionales o exorbitantes, del hecho del príncipe y de la teoría de la imprevisión, como se explicó en aparte anterior de este laudo.

Que en tratándose de la “imprevisión” es claro para el tribunal que durante la ejecución de un contrato de concesión, podrán suceder hechos o circunstancias que, a pesar de los esfuerzos del concesionario y sus previsiones, no fueron previstas o no pudieron resolverse por los medios acordados.

Es claro para el tribunal que la estructuración o esquema financiero del proyecto es de vital importancia para el concesionario, y en ella debe poner especial cuidado, toda vez que del detallado y juicioso análisis de riesgos que realice, dependerá que su inversión encuentre en la operación del proyecto, el retorno esperado, porque es natural que cuando este no se obtenga por su causa, hecho o imprevisión negligente, la pérdida deberá ser absorbida por él, sin que surja para la entidad contratante obligación de reparación alguna, que en ese caso, carecería de causa”(71).

Y más adelante dicho tribunal expresa, en relación con los riesgos del contrato 445, que se encuadra dentro de los que la doctrina denominó en el período 1993 a 1996, inclusive, como de “primera generación”:

“2.4. La asignación de riesgos en los contratos de concesión de “primera generación”.

Se ubica el contrato de concesión 445/94 en la categoría de los denominados “contratos de concesión de primera generación”, entendidos como “el grupo de proyectos que salió con un nivel de información fase 2, que es la de factibilidad. Dado el nivel de información no era posible hacer una transferencia de riesgos, la parte de tráfico y la de construcción al sector privado. Lo que pasaba era que no había un diseño fase 3; los predios en su momento no estaban totalmente adquiridos y no había el ciento por ciento de las licencias ambientales. Por esta razón no era posible transferir algunos de esos riesgos al sector privado”(72).

Observa el tribunal que desde la expedición de la Ley 105 de 1993, el concepto de asignación de riesgos en los contratos de concesión para la construcción de infraestructura de transporte ha evolucionado en la medida en que la administración ha profundizado en los estudios de tráfico, económicos, socioculturales y se ha esforzado en imprimir seguridad y certeza a las condiciones base de los proyectos, buscando con ello reducir las garantías y su asunción de riesgos en los contratos. De esta manera ha sido largo el recorrido desde los contratos de primera generación, nominación a la que responde el contrato de concesión 445/94” (...).

Y posteriormente agrega: “Es en este contexto, legal, político, económico y social que entrará el tribunal a analizar los riesgos que en el contrato de concesión 445/94 asumieron las partes, para determinar si los hechos que dieron

lugar a esta controversia y sus efectos debieron o no ser previstos por ellas en atención a la distribución que de los mismos hicieran al celebrar el contrato, todo dentro del concepto de “revisión” de las condiciones en él pactadas solicitada por la parte convocante, con fines de restablecimiento del equilibrio económico que afirma se rompió en contra suya por hechos no previstos inicialmente. En esta tarea, partirá el tribunal primero de la ley, con el fin de determinar si ella impide el traslado de algunos riesgos ínsitos o connaturales al objeto pactado, o si por el contrario, ella permite su libre asignación atendiendo al principio de la autonomía de la voluntad, y los límites de la misma dentro del ordenamiento vigente (...)”.

Es claro para el tribunal (que) de las normas legales que rigen la materia y en atención a los principios constitucionales que imponen la reparación del daño o perjuicio sufrido por el particular cuando este se identifique como “daño antijurídico reparable” en los términos antes explicados en este laudo, que no podrán trasladarse al contratista estatal como compromiso contractual asumible por este, los efectos derivados del incumplimiento del Estado contratante, del ejercicio de las cláusulas excepcionales, de la ocurrencia de hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito o de que aquellos que tipifiquen las teorías denominadas “De la Imprevisión” y “Del hecho del Principe” (sic)(73).

Este tribunal retomando los estudios efectuados en la distribución de riesgos de la primera generación y coincidiendo con los fallos ya citados, comparte la mayoría de sus consideraciones, con algunas observaciones que es importante anotar y se irán aclarando en el contenido de este laudo.

El Gobierno Nacional, en efecto, con esta primera generación de concesiones distribuyó los riesgos en la siguiente forma:

Cuadro 2

Estructuración de concesiones de primera generación	
Descripción	Primera generación
Diseños	Diseños de factibilidad (Fase II)
Predios	Proceso de adquisición a cargo del Invías
Licencias Ambientales	No contaba con licencias y toda la gestión a cargo del Invías / o concesionario
Plazo de la Concesión	Fijo
Ingresos	No se contó con estudios de tráfico
Gestión Social	No prevista en los pliegos y en la estructura.
Labores constructivas	Construcción, rehabilitación, mantenimiento y reconstrucción a cargo del concesionario conforme a los documentos contractuales.
Operación	A cargo del concesionario de conformidad con los pliegos, la oferta y reglamentos.

Fuente: Invías, Mintransporte, DNP.

Dejando en un vacío ciertas circunstancias y más aún, asuntos atinentes a la falta de información que hacían recaer en la incertidumbre la evaluación misma del riesgo a asumir. En la mayoría de los casos la incertidumbre de que un hecho se sucediera o no, en las mismas condiciones de garantía ofrecidas, fue asumida por la administración como un riesgo a su cargo, así por ejemplo en lo que tenía que ver con falta de estudios de tráfico o las consecuencias derivadas de la obtención de la licencia ambiental. Pero en otras, la falta de información determinaba la falta de concreción del riesgo y, por ende, quién debía asumirlo.

En igual forma otros laudos han tratado en extenso el tema sobre los aleas normales o anormales derivados de las obligaciones del contrato, así por ejemplo laudo del proceso arbitral de Beltrán Pinzón y Cía S.A. v. Fondo

Nacional del Ahorro, mayo 12 de 1999, Proceso Arbitral de Concesión Parqueadero Calle 90 S.A. v. IDU, 20 de noviembre del 2003, laudo Concesión Sabana de Occidente v. Invías de marzo del 2003 y si bien no han tratado en forma tan específica los alcances del concepto de “distribución de los riesgos o estructura de riesgos” en el contrato de concesión, si han delimitado el objeto de análisis.

Todas estas jurisprudencias, tanto de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado en los fallos que se citan y los pocos laudos de tribunales de arbitramento que anteceden en asuntos de concesión, determinaron que tampoco podían ser riesgos “asumibles” por el concesionario los que no estaba obligado a prever como de su resorte, esto es, que están en un grado de incertidumbre absoluto, que no son imputables a ninguna de las partes, ya que tienen origen en efectos de la naturaleza o del hombre que no son susceptibles de previsibilidad y evaluación desde el mismo memento en que se estructura la ecuación contractual; valga decir, como ya se dijo, en hechos derivados de la imprevisibilidad (alea económica: teoría de la imprevisión y alea empresaria: sujétions imprevue de la doctrina francesa), hechos del príncipe (“*factum principi o fait du prince*”) o bien derivados de los poderes excepcionales (*ius variandi*) que tiene la administración en el desarrollo del contrato. En este orden de ideas, la “estructura de riesgos” en los contratos de concesión”, de primera generación, retomando el gráfico aludido sería el siguiente:

Evolución de los criterios de asignación de riesgos en infraestructura vial		
Riesgo		Primera generación
	Concesionario	Invías
Constructivo	X	Parcial
Tráfico		X
Tarifa de Peajes		X
Predios		X
Licencia ambiental	X	X
Tributario	X	
Cambiario	X	X
Fuerza mayor (Asegurable)	X	X (asegurable)
Financiación	X	
Hechos Imprevisibles		X
Hechos del Príncipe		X
Poderes Excepcionales Modificación Contrato (oneroso)		X

Precisamente durante esta primera generación de concesiones, y como principio fundamental de las concesión de obra pública o sistema vías, es principio rector que los riesgos constructivos eran del resorte del concesionario, tal como lo expresa la magistrada Susana Montes, en ensayo sobre el tema:

“... En el intento de definir la concesión de obra pública y establecer los linderos de responsabilidad del concesionario frente al riesgo que asume con la celebración del contrato. Múltiples han sido los ensayos en esta materia, pero todos descansan sobre un común denominador: El concesionario tendrá a su cargo la construcción y explotación de la obra, por su cuenta y riesgo y como contrapartida se le otorga al contratista, no solo el derecho a construir la obra sino la explotación económica de la misma, con exclusión de terceros en esa actividad, a modo de privilegio —que no de monopolio—, por un plazo precisamente determinado con el fin exclusivo de que recupere

la inversión del capital destinado a la obra, y de esta forma, igualmente se garantice la utilidad que lo movió a celebrar el contrato” (74) .

Pero en concreto, una “distribución de riesgos asumibles o sobrevenidos” o lo que se ha denominado “estructura de riesgos en el contrato de concesión”, debe establecerse en concreto de los documentos de cada contrato en particular. Por lo que cabe precisar en este caso cual fue el contenido de “riesgos” a ser asumidos por cada una de las partes en el contrato de concesión 445/94 y sus adicionales, de tal manera que se puedan establecer “los principios reguladores que permitan atribuir equitativamente los efectos que produce la presencia de una o más de las aleas en un contrato en concreto”.

Más adelante al abordar en concreto los riesgos debatidos, se analizará en que medida el riesgo constructivo y de diseños en este tipo de contratos estaban a cargo del concesionario, en donde las obligaciones de entregar los diseños de detalle en fase III, construir, rehabilitar y/o reparar, deben analizarse como un conjunto inseparable. En otras palabras, del conjunto de documentos contractuales podrá precisarse en cada caso, hasta donde comprometía sus obligaciones constructivas y de diseño el contratista. Baste afirmar, como principio general, que tanto las obligaciones constructivas, como la de entrega de estudios y diseños definitivos fase III, eran del resorte del concesionario para los contratos de concesión de primera generación, como por demás lo sigue siendo en Colombia en las generaciones de concesiones posteriores para el “riesgo constructivo”.

Por lo demás y desde otra perspectiva, pero dentro del mismo contexto, ha de convenirse que las obligaciones contractuales de la concesión de la obra pública, surgen del respectivo contrato al cual le son aplicables, como ya se dijo en el marco jurídico, las normas del Código Civil, comercial etc., tal como se infiere, además, del artículo 40 de la Ley 80 y de lo que enseña la doctrina nacional y extranjera de los publicistas.

La obligación esencial del concesionario es la de cumplir el objeto del contrato, según su clausulado y los reglamentos que le imprimen una condición y sentido de cumplimiento, con el objeto de que se produzca en forma eficiente el servicio público. Pero así mismo, le cabe el derecho de exigir que se le acaten las garantías mínimas que como aleas o “riesgos” garantizados estaban a cargo del Estado.

Con este “atos” o “leit motiv”, el concesionario que toma un obligación a su cargo, debe agilizar sus mecanismos empresariales, financieros, económicos, de factor humano y tecnológicos para cumplir sus obligaciones contractuales.

De tal suerte que la relación jurídica de las partes surge de la convención o negocio en donde cada una de ellas concreta sus prestaciones, la forma de observarlas y el tiempo de su ejecución. Por eso se dice que el contrato tiene por objeto crear, modificar o extinguir las obligaciones de ambas partes en los pactos bilaterales y de allí uno de las principales características de este tipo de relaciones negociales, la bilateralidad, que en los contratos del estado como el presente, implica así mismo adherir en forma unilateral a los “reglamentos generales” o regularios del servicio, so pena que de su inobservancia se estuviere incumpliendo la obligación que gira en la conmutabilidad de la obligaciones.

Se consigna en los libros del derecho civil que el efecto de toda obligación radica en colocar al deudor en la obligación de cumplir la prestación debida. Ahora, si la ocurrencia normal y corriente es la avenencia a satisfacer esa obligación, en el evento contrario o sea cuando el deudor de una obligación determinada no la observa, es la normatividad jurídica la que le brinda al acreedor los medios adecuados para compeler al deudor a su forzosa satisfacción.

Lo anterior es el sustrato del principio de la normatividad de los actos jurídicos que, fruto de la autonomía de la voluntad, se concretó en el artículo 1602 del Código Civil.

La teoría jurídica, que camina cerca de la regulación que el código civil trae sobre el tema de las obligaciones, tiene sentado que el incumplimiento de la obligación principal o su mera ejecución defectuosa, se convierte en fuente de derechos subjetivos dirigidos a que al acreedor de la obligación que sí cumplió se le indemnice de los perjuicios que se le ocasionaron. Para que ello ocurra es preciso que se acrediten estas circunstancias:

1. Que el incumplimiento que se predica sea imputable al deudor.

2. Que el acreedor realmente acredite haber sufrido perjuicios como consecuencia del incumplimiento del deudor en la prestación correspondiente y

3. Que el deudor sea constituido en mora, supuesto de ser la obligación de carácter positiva.

Punto neurálgico del problema y central de la controversia que desata este tribunal de arbitramento, lo constituye el hecho de establecer a cargo de quien se encuentra “el riesgo a asumir (“aleas asumibles”) y sí el hecho de no hacerlo por la parte que incumbe la carga constituye incumplimiento de las prestaciones convenidas. Es esta una constante en el proceso y, por lo demás, una mutua reclamación que se infiere de las respectivas pretensiones aducidas en el libelo de demanda y en el escrito de reconvención, que deberá precisar el tribunal.

De tal suerte que, como lo dice la jurisprudencia, “si el demandante afirma haber cumplido con sus obligaciones, y el demandado niega ese hecho, esta negativa equivale a afirmar el demandado el incumplimiento, por parte del demandante, de las obligaciones a su cargo; lo cual constituye una excepción perentoria alegada o propuesta por el demandado; si el incumplimiento de las obligaciones del demandante es cierto, el demandado no está en mora de cumplir las suyas” (Cas. feb. 10/30. XXXVII, 405. Se resalta).

O sea que, en este orden de ideas, es tarea del juzgador precisar de qué manera se traduce el incumplimiento contractual, siguiendo el orden delineado por sus autores en cada uno de los escritos del proceso y también si cabe dentro del contrato de concesión hablar de incumplimiento cuando de asunción de riesgos se trata, en otras palabras, si la negación de asumirlos se traduce también en origen de incumplimiento del contrato de concesión.

Despejando este panorama, debe estudiarse el origen del hecho generador (incumplimiento o riesgo no asumido), en forma que pueda hablarse o bien de culpa, esto es, de negligencia o descuido en el cumplimiento de las prestaciones convenidas y debidas o bien de hechos imprevisibles.

Pero debe tenerse en cuenta también que el fenómeno del incumplimiento puede originarse en un hecho imprevisible o irresistible de características tales que haya colocado al deudor en la imposibilidad, definitiva o temporal, de cumplir con sus deberes jurídicos conforme se pactó en el acto contractual.

Sobre este particular, tuvo oportunidad de precisar la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 15 de julio de 1985, que “sabido es también que nuestro ordenamiento civil se conforma a la tradición latina de la responsabilidad subjetiva que impone siempre la valoración moral de la conducta de los agentes. Así, el deudor solo responde del incumplimiento de su obligación cuando este proviene del dolo o de la culpa cometido por el mismo, mas no así cuando la satisfacción del acreedor ha sido terminada por un hecho de naturaleza o humano, imprevisible e irresistible, vg. un terremoto, la orden sorpresiva de autoridad etc., eventos a los que la doctrina tradicional ha asimilado el hecho del tercero (persona independiente del deudor) y la culpa del acreedor”.

Circunscrito, pues, el problema al ámbito del análisis de hechos que por no ser asumidos pudieron dar lugar a eventuales incumplimientos, resulta oportuno transcribir, a continuación, una vieja jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que, de seguro, ayuda a despejar el problema y contribuye, de todas maneras, a enriquecer el módulo en donde las discrepancias se debaten. “Ubicada la responsabilidad contractual en el preciso campo de ejecución de una obligación preexistente, es obvio que la valoración de la conducta culposa del acreedor, como factor exonerante de responsabilidad para el deudor únicamente ha de referirse a los hechos u omisiones imputables a aquel y que efectivamente haya impedido la ejecución en forma oportuna de la prestación debida. Así, el conocimiento de dicho acreedor haya tenido de la ineptitud relativa o de las dificultades del deudor, quien temerariamente se obligó a más de lo que podía creyendo superar tales obstáculos, es un hecho indiferente en el campo de que se trata. El acreedor, según este vocablo lo indica, cree y confía en el deudor, a cuyo cargo está el ponderar los medios de que dispone para cumplir, so pena de incurrir en responsabilidad por imprevisión de que estos medios le fallen o por temeridad en el cálculo de sus propias posibilidades. Estas conclusiones están abonadas por la ley, la que al referirse a la culpa creditoria la circunscribe a aquellas situaciones en que dicha culpa constituye óbice para cumplimiento mismo de la obligación” (C.S.J., S. Civil. Sent., mayo 11/70).

Para el efecto es importante mencionar que para poder hablar de responsabilidad contractual, y daño reparable, se debe predicar en relación a los daños antijurídicos cuyo soporte esencial es el texto del artículo 90 de la

Constitución Política. La existencia del daño reparable presupone que aquel que lo padece no está en el deber constitucional legal, contractual o extracontractualmente de soportarlo y que el contratista que solicite o alegue el padecimiento del daño o perjuicio derivado del contrato estatal y pretenda una reparación, deberá probar los elementos que estructuran el daño (nexo causal, afectación patrimonial), y la ausencia de obligación surgida de la ley o del contrato de preverlo a tenerlo que asumir. En otras palabras, que no está obligado a padecer sus consecuencias pecuniarias.

Este fundamento, originario de Francia, anclado en la cultura jurídica de muchos países, tiene similar apoyo histórico. El Estado debe mantener en todo su vigor el equilibrio económico de la ecuación del contrato en beneficio del concesionario, traducido en una indemnización adecuada y teniendo en mira los intereses de orden público en la prestación de los servicios, pero también la estabilidad dineraria que hubiere sido vulnerada al particular.

La ruptura del equilibrio económico puede surgir de estas circunstancias:

- a) De causas imputables a la administración, por no cumplir las obligaciones del contrato.
- b) De causas externas, no propiamente del contratante, pero tampoco del Estado.
- c) También puede ocasionarse esa ruptura por lo que la teoría tiene establecido como “hecho del príncipe”, o sea por la intervención de los poderes públicos que afecten las condiciones especiales del contrato.

Es obvio que si la causal del desequilibrio es imputable al concesionario, este no puede basarse en su propio hecho, en su culpa, en su incumplimiento contractual, en su descuido o falta de previsión etc., para reclamar una compensación monetaria en aras de la recuperación de la ecuación financiera. *Nemo admittitur aut auditur propriam turpitudinem allegans*. A nadie se le admite ni se le oye su propia torpeza, dice el aforismo latino.

Los hechos que tienen lugar en el área externa de la administración se refieren a situaciones que no están dentro del cauce ordinario de las actividades: “Se trata fundamentalmente de situaciones anormales sobrevivientes e imprevisibles, derivadas del juego de leyes económicas y factores de este tipo, incontrolables por ella, al incidir en el cumplimiento del contrato lo hace extremadamente más oneroso de lo que razonablemente pudo ser previsto. Se trata aquí del “alea económica” en donde domina la “teoría de la imprevisión” que otorga derecho al contratante para obtener de la administración una modificación razonable del contrato que cubra parcialmente su quebranto” (Nuevo Régimen de la Contratación Administrativa, Jorge García González, Publicación del Ministerio de Gobierno, Bogotá, octubre 1993, *Ibidem*. pág. 62).

En la teoría de la imprevisión el factor riesgo es el que determina la lesión sobreviviente y de él se vale la doctrina para que, “ante circunstancias extraordinarias anormales e imprevisibles: “—posteriores a la celebración de un contrato administrativo—, pero temporarias o transitorias, que alteran la ecuación económica-financiera de tal contrato deteriorando dicha ecuación en perjuicio del contratante, este puede requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar la crítica situación y poder, así, cumplir o seguir cumpliendo el contrato. Desde luego, tales circunstancias han de ser ajenas a la voluntad del contratante” (Marienhoff. *Ibidem*, pág 501. Se resalta).

Anteriormente se dijo que el quebranto, menoscabo o deterioro del equilibrio económico o ecuación financiera del contrato de concesión podía generarse, entre otros, por un acto ajeno a la administración, de carácter externo y con peculiaridades de imprevisión. Pues bien: Como en el asunto *sub judice* uno de los hechos relevantes del quebranto de la ecuación financiera del contrato se debió, precisamente, a un hecho externo y por demás ajeno, por completo, del obrar o querer de la administración, es menester examinar el origen y la causa de ese desequilibrio causado por los agentes externos imprevisibles al momento de celebrar el contrato.

Lleva lo anterior a dar aplicación a la teoría de la imprevisión, con el fin de restablecer el equilibrio financiero de la parte contratante, en caso en que, de acuerdo con el acervo probatorio, sea procedible tal medida. Para el efecto es la doctrina la que continúa avanzando hacia la reestructuración de la tesis imperante y para ello se ha considerado que los siguientes requisitos se tornan indispensables:

1. El hecho determinante del deterioro que lesiona la esfera jurídica del contratante debe responder al alea

económica y no propiamente al alea administrativa, pues de lo contrario surgiría el hecho del príncipe de tratamiento jurídico diferente.

2. Que el derecho al restablecimiento surge como una garantía a la seguridad del particular frente a los poderes del Estado. En consecuencia se origina en una relación jurídica con la administración contratante. Esta razón se da en consideración al hecho de que el contrato administrativo está ínsito el interés general o público propio de la contratación estatal.

3. Pero ha de tenerse en cuenta, y esto es muy importante resaltarlo, que la causa de la ruptura del equilibrio económico se deba a un hecho no imputable al concesionario. Solo es posible aducirse cuando ha habido incumplimiento de la administración o por hechos originados por fuera de la misma o “por el hecho del príncipe”.

En el asunto *sub judice* solo será considerado el incumplimiento de la administración que se traduce en una responsabilidad contractual por incumplimiento.

Desafortunadamente todas las reflexiones que hasta el momento se han escrito sobre el tema y que en el plano especulativo cobran vigencia innegable, para el caso *sub lite*, desembocan, sin embargo, en una mera teoría ante la evidente falta de interés jurídico que la parte presuntamente damnificada pudo haber enarbolado ante la justicia arbitral.

Pues bien: el artículo 5º, numeral 1º, de la Ley 80 de 1993 expresa que los contratistas “Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

“En consecuencia tendrá derecho, PREVIA SOLICITUD, a que la administración les establezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones previstas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecer la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato” (“Nuevo Régimen de Contratación Administrativa”. Ibídem. Pág. 166. mayúsculas y resalto fuera de texto).

Aunque, en verdad, la situación se refiere a la etapa administrativa, en sede jurisdiccional debe seguirse idéntica secuencia. Para cimentar la figura de la ultra o extra petita, no existe dentro del plenario ni una sola manifestación del concesionario en el sentido de que se hubiera presentado desequilibrio de la ecuación económica y de que el tribunal deba adoptar los mecanismos jurídicos para restablecerla. Tampoco acudiendo a la teoría de la imprevisión se han hecho valer circunstancia alguna de carácter extraordinario, anormales e imprevisibles, amén de las del caso fortuito atrás analizadas. De tal suerte que no sería viable jurídicamente, sin peligro de caer en la extra petición, al restablecimiento del equilibrio financiero cuando este no ha sido solicitado. Y menos aún cabría reconocer factores externo a la teoría del restablecimiento no solicitados y no probados.

Quiere decir lo anterior que la jurisdicción arbitral no está habilitada para, motu proprio, restablecer un equilibrio que la parte interesada no ha invocado y que aún en esfuerzos de interpretación de las pretensiones no pudiese determinarse en forma concreta el daño, o no se hubiere probado, lo que últimas desemboca en lo mismo. La exigencia de la “previa solicitud” que el artículo reclama, no puede suplirse con un comportamiento de largueza, acudiendo a la interpretación de piezas procesales como la demanda. Y ello por que este no es solo el único apremio legal cuanto que otros, en el contexto legislativo y jurisprudencial, asumen similar característica de rigidez.

No se ha hecho ningún diagnóstico certero de la causa del desequilibrio; tampoco su imputabilidad se ha establecido. El alea económica solo ha trascendido en la teoría. El acontecimiento que originó el deterioro del contrato debió precisarse en un estadio ajeno al del concesionario. El trastorno ocasionado con el hecho perturbador debe especificarse en su quantum y modalidades, de manera que se clarifique que supera el alea normal, en qué forma y en qué monto se afectó el valor de la obra y la remuneración del contratista, etc.

En resumidas cuentas, no se solicitó, así hubiera sido por petición subsidiaria de parte interesada, en una acumulación subordinada o eventual, el restablecimiento del equilibrio financiero.

Solo pues, y aunque se peque de repetitivo, en el asunto de que se trata cabría el trastorno del equilibrio cuando la causa se hubiera ubicado en el incumplimiento de la administración y teniendo en cuenta, para restablecerlo, los puntos que se anotaron en el párrafo anterior.

En conclusión, establecida la naturaleza del contrato, las condiciones fundamentales de regulación y normación, los aleas previsibles y asumibles por las partes dentro de las condiciones de la “estructura de riesgos” de y para el contrato 445 y sus adicionales, se procederá finalmente a determinar y precisar si la inejecución de las obligaciones encuadra o no dentro del concepto de incumplimientos o daño que no se está obligado a soportar, para puntualizar así las correspondientes responsabilidades de las partes.

Sea pues lo primero establecer ese entorno normativo específico tanto en el contrato principal 445 de 1994, como en sus correspondientes contratos adicionales y/o adiciones al mismo.

2. El contrato de concesión 445 de 1994 (documentos que lo integran).

En este orden de ideas, con el objeto de precisar el objeto del contrato y más adelante el alcance de “los riesgos o aleas asumidos” frente a los temas debatidos, se hace indispensable revisar los documentos que completan y estructuran, in integrum, el contrato de concesión. Todos ellos deben ser considerados por el fallador de acuerdo con la cláusula segunda del convenio 445 de 1994. Teniendo en cuenta que dentro de los conceptos de hermenéutica, algunos documentos deben primar sobre otros en caso de contradicción en su contenido.

Ha de advertirse con especial énfasis que las partes convinieron expresamente en señalar como documentos integrantes del contrato en la cláusula segunda:

“Además de los documentos de la invitación a presentar oferta y sus adendos 1 y 2, son documentos de este contrato los siguientes: El pliego de condiciones y sus adendos de la licitación pública 095-93, la cual fue declarada desierta, la oferta del concesionario presentada dentro del proceso de contratación directa, negociada y aceptada por el Instituto Nacional de Vías. —El anteproyecto y demás información técnica suministrada por el Instituto Nacional de Vías. —El diseño para construcción, elaborado por el concesionario. —Los contratos que se suscriban para la obtención de las garantías exigidas. —Las actas o convenios que se suscriban durante la negociación precontractual o durante la vigencia del contrato. —La Ley 80 de 1993 y sus normas reglamentarias y complementarias. —La Ley 105 de 1993 y sus normas reglamentarias. —El reglamento para la operación de carreteras concesionadas. —Los demás documentos constitutivos del proyecto. —El manual sobre dispositivos para el control del tránsito en calles y carreteras”.

Del análisis de estos documentos y teniendo en cuenta que en todo caso debe primar el contenido del texto del contrato principal, surge, como consecuencia, qué obligaciones están a cargo de la parte convocante y convocada y fundamentalmente en lo referente las obras de conservación, reparación y reconstrucción detalladas en el mismo contrato y en los documentos adicionales atrás reseñados. La base de inteligencia se concentra, pues, no solo en el convenio 445, sino también en los otros instrumentos indicados atrás y que estructuran y conforman, sin lugar a dudas, todo un acopio instrumental de primer orden que guía al interprete para delimitar con precisión el compromiso contractual de las partes.

3. La relación contractual entre las partes.

Se procede a delimitar los principales aspectos del debate jurídico en las reglas que habría de regir el correspondiente contrato:

3.1. Pliegos de condiciones.

De conformidad con los pliegos de condiciones(75) de la contratación directa que sirvieron de base para la celebración del contrato 445 de 1994, el objeto del contrato fue el siguiente: “Realizar por el sistema de concesión los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación de construcción, la operación y el mantenimiento de los sectores Río Palomino - Ríohacha y Ríohacha - Paraguachón y el mantenimiento y la operación del sector Santa Marta - Río Palomino, ruta 90 en los departamentos del Magdalena y La Guajira”.

Y en el volumen I (información general), numeral 1.1.2 (76) , se establecieron las obligaciones a cargo del concesionario, precisando entre ellas, las siguientes:

“— La financiación total del proyecto, incluidos los costos de los diseños definitivos, estudios finales de impacto ambiental y de la interventoría técnica y financiera.

— El diseño definitivo del proyecto y los estudios finales de impacto ambiental.

— La construcción de las obras, incluyendo entre otras, vías en superficie, viaductos, obras de drenaje, de protección de taludes, entre otras.

— El mantenimiento, reparación y reconstrucción de las obras del proyecto vial para cumplir con el nivel del servicio establecido en los pliegos.

— En general, todas las actividades necesarias para la construcción, operación y entrega de las obras en buen estado” (negritas nuestras).

Para la elaboración de la propuesta, el numeral 1.3.(77) exigió tener en cuenta, entre otros, los siguientes documentos adicionales: 1. La Ley 80 de 1993; 2. Las especificaciones generales de construcción del antiguo Ministerio de Obras Públicas y Transporte de 1970 y el manual sobre dispositivos para el control de tránsito en calles y carreteras de 1992. Este aparte es fundamental, toda vez que se delimitan los “reglamentos” sobre los cuales giran el cumplimiento de las relaciones obligaciones específicas en el tema constructivo.

En el numeral 1.4.2.(78) , se establecieron las bases técnicas para la elaboración de la propuesta. En sus literales B, C y D, se dispuso lo siguiente:

“B. Una vez perfeccionado el contrato, el concesionario a su costa, deberá llevar el diseño de las obras a la fase de construcción. El interventor que designe, vigilará la ejecución de este diseño.

“C. La construcción o rehabilitación de la carretera se llevará a cabo de acuerdo con el diseño definitivo que el concesionario realice y el Instituto Nacional de Vías apruebe.

“D. Al elaborar la propuesta se deberá tener en cuenta las condiciones climáticas, topográficas y geológicas del lugar de la obra”.

De conformidad con el literal E(79) , la ejecución completa del contrato, comprendía tres etapas, a saber:

— Etapa de diseño y programación. “Esta comprendida entre la fecha de perfeccionamiento del contrato, y la fecha de terminación de los diseños del proyecto”. En esta etapa, el concesionario, además de “elaborar los diseños definitivos, planos de construcción, y ajustar el programa de obra y el cronograma de inversiones a las condiciones del diseño, para revisión y aprobación del Instituto Nacional de Vías”, tenía que elaborar los estudios finales para el plan de manejo ambiental del proyecto y ponerlos “a consideración del Instituto Nacional de Vías, para el trámite de aprobación de las autoridades competentes”.

De acuerdo con el literal E.1.6(80) , las actividades de esta etapa debían ejecutarse en un plazo máximo de seis (6) meses.

“— Etapa de construcción. Está comprendida entre la fecha de inicio de la construcción del primer tramo y la fecha en que las obras y los equipos necesarios para la puesta en servicio sean aprobados por parte del Instituto Nacional de Vías”. En esta etapa, el concesionario, según el literal E.2.1., debía construir las obras del proyecto vial, de acuerdo con el diseño aprobado. Entre las obras a ejecutar se debían incluir, “vías en superficie, viaductos, túneles, intersecciones, obras de drenaje, de protección de taludes y señalización” y, de conformidad con el literal E.2.7., tenía que mantener las calzadas existentes.

— Etapa de operación. Esta comprendida entre la fecha de iniciación de la operación del primer tramo, y la fecha en que la carretera revierta a la entidad concedente”. De acuerdo con el literal E.3.3, en esta etapa el concesionario tiene que “Mantener, reparar y reconstruir las obras del proyecto vial para cumplir con el nivel del servicio

establecido en los pliegos” (negrillas nuestras).

Del volumen I, en el capítulo II, denominado condiciones particulares, se precisó el alcance básico del proyecto, que incluye, entre otras actividades, las siguientes(81) :

“1. Rehabilitación y mantenimiento de los sectores Río Palomino - Ríoacha y Ríoacha - Paraguachón.

“2. Mantenimiento del sector Santa Marta - Río Palomino”.

“3. Construcción de las obras de infraestructura para la operación del proyecto.

“4. Solución el paso urbano por Ríoacha.

“5. Mantenimiento de todas las obras objeto del proyecto durante la etapa de operación”.

Por su parte, en el volumen II del citado documento contractual, se acordó que, “Los trabajos de rehabilitación a realizar en el sector Santa Marta - Río Palomino (70 Km.), estarán a cargo del Instituto Nacional de Vías y una vez terminadas las obras, se entregará la vía al concesionario para que este la opere y mantenga con el nivel de servicio entregado”(82) (resaltado fuera del texto).

En el capítulo de los pliegos de condiciones denominado geometría y drenaje(83) , se dispuso que, “Las obras de drenaje mayores y menores construidas en la vía garantizan la evacuación de la escorrentía a través de ella y en su mayoría están en buen estado. Consideramos que deben llevarse a cabo trabajos de mantenimiento y conservación” (resaltado fuera del texto).

En el acápite denominado “cantidades de obra”(84) , se precisan con exactitud las cantidades de obra que estarían a cargo del concesionario en el sector Río Palomino - Paraguachón, que en tratándose de limpieza de alcantarillas, estas se limitan a quinientas cincuenta (550) unidades. Determinándose la condición de “aleas” previsible sobre la cual habría de operar el “riesgo” constructivo.

En el capítulo II(85) , se dispuso que los diseños definitivos debían cubrir los siguientes temas:

“Tema 1 Estudio de diseño geométrico

Tema 2 Estudio de geología para ingeniería y geotecnia

Tema 3 Estudio de suelos para el diseño de fundaciones

Tema 4 Estudio de estabilidad y estabilización de taludes

Tema 5 Estudio geotécnico para el diseño del pavimento

Tema 6 Estudio estructural para diseño de puentes

Tema 7 Estudio estructural para diseño de puentes

Tema 8 Estudio de impacto ambiental”.

En el capítulo 2(86) , relacionado con los alcances del estudio de hidrología, hidráulica y socavación, se concretó que, “los estudios hidráulicos consistirán en diseñar estructuras de capacidad apropiada, utilizando los caudales generados en el estudio hidrológico. Las estructuras pueden ser de desvío, control, protección, remoción o de cruce bajo una vía”.

En el acápite sobre obras menores(87) , se dispuso lo siguiente: “Se determinará el tipo de funcionamiento hidráulico en los aspectos de control de entrada y salida. Su eficiencia, altura, longitud y posición con respecto al proyecto vial”.

Dentro de la hidráulica de obras mayores(88) , el estudio debía presentar los análisis hidráulicos de las obras mayores.

En los capítulos 3, 4, 5, 6 y 7, se precisaron los estudios de socavación, análisis de la información de campo, aplicación de las teorías de socavación, obras en zonas costeras, bahías, estuarios e islas, etc.

En las normas de mantenimiento para carreteras concesionadas(89) , se dice que la reparación general de obras:

“7.1. Descripción.

Este trabajo comprende labores necesarias para reparar las obras que se hayan deteriorado por cualquier causa, generalmente las obras de drenaje y contención, como cunetas, canales revestidos, alcantarillas, muros de contención en concreto y en gaviones etc. Comprende también los trabajos requeridos para corregir los motivos que causaron el deterioro o falla de las obras por reconstruir, tales como pendientes o secciones inadecuadas.

7.2. Descripción de construcción.

Los trabajos de reparación general de las obras, se deberán ejecutar en los sitios señalados por el interventor...” (negrillas nuestras).

3.2. De la propuesta del concesionario.

De conformidad con los pliegos de condiciones, en la propuesta(90) presentada por Odinsa S.A., Corfigan S.A. y Julio Gerlein E. y Cía. Ltda., se especificó que el proyecto incluía entre otras, las siguientes obras:

“Rehabilitación y mantenimiento de los tramos comprendidos entre Río Palomino - Río hacha y Río hacha - Paraguachón.

Mantenimiento del sector Santa Marta - Río Palomino.

Construcción de las obras de infraestructura para la operación del proyecto.

Mantenimiento de todas las obras objeto del proyecto durante la etapa de operación”.

En el numeral 5.3, el concesionario se comprometió dentro de los sistemas de drenaje(91) , a ejecutar, durante la etapa del diseño definitivo, un inventario físico detallado para determinar el estado de las obras de drenaje, su funcionamiento y determinar los trabajos por ejecutar para la rehabilitación.

De acuerdo con la propuesta, habría dos tipos de mantenimiento(92) : El rutinario y el periódico. El primero comprendía labores de rocería, limpieza de obras de drenaje y retiro de derrumbes. El segundo, trabajos de parcheo, sellado de grietas, colocación de sobrecarpetas, revaluación de la señalización vertical y horizontal y reconformación de taludes.

Según la propuesta financiera, la rehabilitación de la obra estaría dividida en cuatro tramos(93) , a saber: “El primero comprende el sector Río Palomino - T de Dibulla con una longitud aproximada de 42 kms, y cuya duración es de 12 meses. El segundo tramo corresponde el sector T de Dibulla - Río hacha con una longitud de 50 kilómetros, la cual se rehabilitará en 12 meses. El tercero de los tramos definido como el sector Río hacha - Cuatrovías, con una longitud de 56 Kms., los trabajos programados se realizarán en un plazo de 12 meses. El cuarto tramo denominado el sector Cuatrovías - Paraguachon, con una longitud de 32 Kms., los trabajos programados se realizarán en un plazo de 6 meses”.

En la propuesta de diseños definitivos —volumen IV(94) , capítulo 1. (objetivos del diseño y procedimientos de construcción)—, el concesionario limitó la obligación de elaborar los diseños, circunscribiéndolos al sector Río Palomino - Paraguachón.

Por su parte, en la propuesta de construcción el oferente determinó las cantidades de obra a realizar(95) y su valor, de acuerdo con las especificaciones previstas en el pliego de condiciones, considerándose que dichos valores y obras eran las iniciales del proyecto.

Mediante comunicación del 22 de julio de 1994, dirigida a los representantes legales de las Sociedades Corfigan

S.A., Odinsa S.A. y Julio Gerlein E. y Cía. Ltda., el Instituto Nacional de Vías, a través de su director, aceptó la propuesta por ellos presentada, por encontrarla conveniente, “de acuerdo a lo conceptuado por los asesores del programa de concesiones”.

3.3. Del contrato 445 de 1994.

De conformidad con la cláusula primera. Objeto, el concesionario se obligó a ejecutar por el sistema de concesión, “los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación, de construcción, la operación y el mantenimiento de los sectores Río Palomino - Río hacha y Río hacha - Paraguachón y el mantenimiento y la operación del sector Santa Marta - Río Palomino, ruta 90 en los departamentos del Magdalena y La Guajira”.

A renglón seguido, se delimitaron las actividades incluidas para cumplir el objeto del contrato, a saber: “Estudios y diseños definitivos, financiación, construcción, suministro, instalación, montaje y prueba de los equipos, puesta en funcionamiento y operación del proyecto, las cuales deben hacerse en un todo de acuerdo con las condiciones, términos, alcances y obligaciones establecidas en este documento, en la oferta del concesionario negociada y aceptada por el Instituto Nacional de Vías, en el pliego de condiciones”.

En el párrafo primero de la citada cláusula se dispuso que, “El sector Santa Marta - Río Palomino, se entregará al concesionario una vez terminadas las obras de rehabilitación en este sector por parte del Instituto Nacional de Vías, para que el concesionario, la opere y mantenga en el nivel del servicio entregado”. Por su parte, en el párrafo segundo se determinó que el alcance básico de la construcción, comprendía las siguientes obras: “1. Rehabilitación de los sectores Río Palomino - Río hacha y Río hacha - Paraguachón. 2. Solución del paso urbano por Río hacha, que incluye seis puentes peatonales, según anteproyecto. 3. Construcción de las obras de infraestructura para la operación de acuerdo con el reglamento anexo al contrato”.

En la cláusula tercera, las partes estipularon los plazos de cada una de las etapas del contrato, así:

“1. La etapa de diseño y programación: Comprendida entre la fecha de la firma del acta de iniciación de la etapa de diseño y programación y la fecha de terminación de los diseños de la parte básica del proyecto. Así mismo, se dispuso que la elaboración de los diseños para construcción y estudios de impacto ambiental definitivos y el ajuste de los programas de obra e inversión, deben realizarse en un plazo máximo de tres (3) meses “a partir de la fecha de iniciación de la misma”.

2. La etapa de construcción: Comprendida entre la fecha de inicio de la construcción del primer tramo y la fecha en que las obras y los equipos sean recibidos por parte del Invías. Durante esta etapa, el concesionario a su costa, debe llevar a cabo el mantenimiento de las calzadas y demás obras civiles existentes incluidas en la concesión”.

En la cláusula sexta, el concesionario asumió, entre otras obligaciones, las siguientes: “a) La financiación total del proyecto, incluidos los costos de interventoría y supervisión técnica y financiera y los costos de adquisición de predios para la zona de carretera (...)” b) El diseño definitivo del proyecto de acuerdo con la información técnica suministrada en los pliegos de condiciones. c) La construcción de las obras, de acuerdo con el diseño definitivo elaborado por el concesionario, incluyendo entre otros, vías en superficie, viaductos, túneles, intersecciones, obras de arte, drenajes y señalización. d) El suministro, instalación, montaje y pruebas de los equipos requeridos, de acuerdo con el diseño de construcción elaborado por el concesionario. e) La puesta en funcionamiento del sistema vial. f) El recaudo de peaje de las casetas indicadas en la cláusula quinta del presente contrato. g) Los trabajos de conservación, reparación y reconstrucción del proyecto (negrillas y subrayas nuestras).

Finalmente, se precisó que el concesionario debía realizar “todas las actividades necesarias para la construcción, operación y entrega de las obras en buen estado, en un todo, de acuerdo con las condiciones, términos, alcances y obligaciones establecidas en el pliego de condiciones y en el presente contrato” (negrillas y subrayas nuestras).

En la cláusula vigésima primera, se previó lo referente a las obras complementarias, estipulando que, “Si durante la ejecución de la etapa de construcción, el Instituto Nacional de Vías autoriza la ejecución de una obra no incluida dentro del alcance físico establecido en el anteproyecto entregado en los pliegos de condiciones, el Instituto Nacional de Vías pagará, al concesionario la ejecución de dicha obra complementaria, previa suscripción de un documento donde consten las cantidades y los precios unitarios”.

Por su parte, en la cláusula vigésima quinta, relacionada con la conservación y mantenimiento del proyecto, se dispuso que, “Desde la suscripción del acta de iniciación de la construcción, hasta la entrega final del proyecto, al término del contrato, el concesionario asume entera responsabilidad por su cuidado. En caso que se produzca daño, pérdida o desperfecto de algún elemento constitutivo del proyecto, por cualquier causa que sea, con salvedad y excepción de los hechos debidos a fuerza mayor o caso fortuito, o a hechos imprevistos que no sean imputables al concesionario este deberá repararlas y reponerlas a su propia costa de manera que a su entrega al Instituto Nacional de Vías las obras estén en buenas condiciones y en buen estado y de conformidad en todos los aspectos con los requisitos de este contrato y con las instrucciones del interventor” (negritas y subrayas nuestros).

En el párrafo primero de esta cláusula, las partes acordaron que durante la ejecución de la etapa de operación, el funcionamiento del proyecto debía ajustarse a lo establecido en el “Reglamento para la operación de carreteras concesionadas.” El concesionario se obligó a mantener el proyecto con un nivel de servicio que alcance una calificación mínima de cuatro (4) puntos, conforme a las “normas de mantenimiento para carreteras concesionadas” lo que implicaba mantener en óptimas condiciones de estabilidad y transitabilidad el proyecto rehabilitado.

Con estas premisas se delimitan las obligaciones fundamentales del “riesgo constructivo”.

3.4. De los contratos adicionales al contrato 445/94 (Su objeto y sus obligaciones).

Corresponde al tribunal analizar si los denominados contratos o convenios adicionales son contratos diferentes al contrato original, esto es, que pudieren sustraerse a lo dicho en relación con el contrato de concesión. En otras palabras, que dichos contratos deben analizarse dentro de la naturaleza del contrato de obra pública, simple y llanamente, y que no sean aplicables a ellos los documentos contractuales a que se ha hecho referencia en el anterior capítulo.

Se ha dicho por la doctrina que adicionar un contrato no es más que agregarle nuevas cláusulas sobre hechos que no se previeron inicialmente en el primero que se suscribió: aumentar el valor, añadir una nueva condición, anexas un documento, aumentar una carga prestacional, ampliar un plazo, establecer una nueva condición, pactar obras adicionales o extras o complementarias, pero siempre relacionadas con el objeto principal.

Cuando se habla de adición “partimos de la base de que al contrato inicial se le van a introducir unos cambios, principalmente en cuanto se van a aumentar las cantidades de cosas que el contratista debe dar o hacer, necesariamente se aumentará el valor del contrato, como consecuencia del aumento de la prestación. Y posiblemente, para que el contratista pueda cumplir con lo adicionalmente convenido, habrá que aumentar el plazo inicialmente pactado”(96).

El tribunal estima que lo que realmente está vedado, como cláusula adicional, es modificar sustancialmente el objeto del contrato primario, o utilizarse esta modalidad para hacer convenios sobre hechos o plazos que, se consideran, han cumplido su cometido por haberse vencido las prestaciones a cargo de uno de los contratantes. En este sentido se estaría en presencia de un contrato diferente al primigenio, desconectado de la “causa” que genera las obligaciones originales o iniciales. Así por ejemplo, si se pretende por un convenio agregar nuevas carreteras o vías no previstas en el objeto del contrato original, por intermedio de convenios adicionales, obviamente se estaría modificando el objeto previsto *ab initio* y se estaría en presencia no propiamente de un convenio adicional, sino de otro contrato.

En este orden de ideas, el tribunal tiene que separarse del concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado(97), que pretendió hacer diferencias, donde no las había, por el ánimo semántico, más que en la búsqueda de los principios que resguardan al contrato estatal, ya que consideró diferencias notorias entre lo que es un contrato adicional y lo que representa la adición del contrato, diferencia inexistente en realidad, toda vez que las adiciones al contrato estatal, se plasman en convenios adicionales. No otra cosa resulta de la práctica contractual, que en parte desconoció dicho concepto.

Bajo los parámetros preliminarmente esbozados, considera este tribunal que realmente cuando se modifica, altera, cambia o varía sustancialmente el objeto del contrato inicial, se estará en presencia de otro contrato, así sea que se

le denomine contrato adicional. Pero si, por el contrario, continúan inalterables los extremos de la relación contractual y las prestaciones fundamentales a cargo de las partes intervinientes, no se ha extralimitado la convención inicial, pues siguen intangibles por su estabilidad, coherencia y conexidad los aspectos básicos del convenio; es apenas lógico que no se afecta la primigenia relación y lo nuevamente concertado mantiene las reglas que dieron nacimiento al compromiso primitivo, será una adición al contrato, que generalmente se solemniza por intermedio de un contrato adicional al contrato principal.

Es por ello por lo que el tribunal de arbitramento comparte solo parcialmente lo expresado por el señor apoderado de la parte convocada cuando afirma, en el alegato de conclusión, que : “Lo hasta aquí discurrido nos lleva a concluir sin hesitación alguna que el contrato 445 y sus adicionales 2 y 3 conforman una unidad contractual indisoluble al cual le son aplicables, de conformidad con la cláusula segunda del principal, todos los documentos contractuales allí relacionados tales como el pliego de condiciones para la licitación, los términos de referencia para la contratación directa y la oferta del contratista (ibídem pág 86)”, consideraciones que también caben para los contratos adicionales 4 y 7.

Dentro de este contexto, las anexionen que se hicieron al contrato 445 en las fechas 27 de diciembre de 1995 y 29 de febrero de 1996 y distinguidas como adiciones 2 y 3, suscritas entre los mismos contratantes, para el tribunal es indudable se incorporaron al contrato principal, esa fue la intención además expresada por las partes y debe considerárseles como parte integrante del convenio inicial por tratarse verdaderamente de adiciones al contrato, independientemente de las dudas que se tendría sobre sí estos documentos alteraron en parte el objeto del contrato principal, ampliándolo en forma sustancial y por fuera de las previsiones de objeto contemplado en los pliegos de condiciones y la oferta, base primigenia de la delimitación del objeto y de las adiciones futuras(98) . Por lo tanto, estos contratos entran entonces dentro del alcance regulatorio del contrato original, dentro del argumento hermenéutico que se emprendió y con el fin de individualizar las concretas y específicas obligaciones que se convinieron a cargo tanto del concedente como de la sociedad concesionaria. De igual forma lo están las adiciones restantes distinguidas con los números 1, 4, 5, 6 y 7 de fechas 21 de diciembre de 1995, 12 de diciembre de 1996, 05 septiembre de 1997, 02 marzo de 1998 y 19 de marzo de 1998, respectivamente.

Connexa habentur pro uno. Las cosas conexas se consideran una sola.

3.5. Determinación del objeto de cada uno de los contratos adicionales.

Visto que se trata de convenios conexos al contrato de concesión, cabe determinar como fue modificándose el contrato y las obligaciones surgidas de los mismos.

3.5.1. En el contrato adicional 2(99) , suscrito entre las partes el 27 de diciembre de 1995, las partes acordaron modificar parcialmente el objeto del contrato, adicionando el valor del contrato principal “en la suma de cien millones de pesos (\$100.000.000) moneda corriente incluido IVA, suma que será aportada por el instituto para la rehabilitación de aproximadamente 402.95 metros de carretera ubicados entre Santa Marta y Río Palomino...”, con la técnica de reciclaje. Este dinero se pagó al concesionario con recursos del presupuesto de la Nación.

3.5.2. Contrato adicional 3. (29 de febrero de 1996).

En la cláusula primera del contrato adicional 3, las partes pactaron “Adicionar el valor del contrato, en la suma de cuatro mil setecientos ochenta y un millones cinco mil quinientos pesos (\$ 4.781.005.500) moneda corriente incluido IVA”. Esta suma de dinero debía ser destinada por el concesionario “para la rehabilitación del sector Santa Marta - Río Palomino y sus costos de interventoría de conformidad con los diseños definitivos aprobados por el instituto”. Por su parte, en el párrafo primero de la misma cláusula, se pactó la cesión al concesionario de los recursos producto de los derechos de recaudo de peaje de la caseta localizada en el sector Mamatoco - Parque Tayrona, ingresos que el contratista debía destinar para pagar los diseños definitivos de todo el sector Santa Marta - Río Palomino, la interventoría de esos diseños y, el saldo para invertir en obras de rehabilitación en el mismo sector.

El concesionario, por su parte, se comprometió a invertir un valor equivalente al 2 % de \$ 4781.005.500., “en diseños, obras o labores dentro del proyecto”.

En el párrafo cuarto de la cláusula primera, se acordó que los diseños definitivos del sector Santa Marta - Río Palomino, “deben ser aprobados por el interventor del proyecto y por el instituto, a través del jefe de la oficina de concesiones” (negrillas y subrayas nuestras).

En el párrafo octavo, se dispuso que una vez concluida la rehabilitación a la que se obligaba el concesionario, el Invías le entregaría para su operación y mantenimiento, todo el sector Santa Marta - Río Palomino. Así mismo, el concesionario se obligó a mantener la parte del sector no rehabilitado, en el mismo nivel de servicio que le fue entregado.

Por mandato de la cláusula sexta, el concesionario se obligó a llevar una cuenta contable dentro del mismo fideicomiso “donde se registraran todos los ingresos y egresos que se generen por la ejecución del presente contrato”.

Se colige de este contrato, en consecuencia:

a) Se contrataron los diseños definitivos del trayecto Santa Marta - Río Palomino, para ser desarrollados con conformidad con el convenio originalmente pactado, como ya se explicó, diseños que habrían de pagarse, de un lado, con una partida del 2% del valor del contrato (\$ 95.620.011 millones), y el producido del peaje Mamatoco y Parque Tayrona, que es entregado al concesionario, durante la duración del respectivo contrato con el objeto de obtener ingresos para los diseños definitivos del Sector Santa Marta - Río Palomino. Acreditado se haya en el acervo probatorio que dicho peaje produjo \$ 220.650.416, más su rendimiento financieros por \$ 3.688.196, para un total de \$ 224.338.602(100) millones de pesos durante dicho período. En consecuencia, el concesionario recibió como pago de los diseños definitivos de este trayecto una suma igual a \$ 319.958.613. Diseños que debían ser entregados a más tardar antes de julio de 1995.

Recordemos que la obligación de entregar los diseños definitivos requerían de un procedimiento especial, toda vez que según las normas contractuales debían ser estos “ aprobados por el interventor del proyecto y por el instituto, a través del jefe de la oficina de concesiones (ver párrafo cuarto de la cláusula primera).

b) Se procedía a entregar al concesionario de una vez en operación la vía Santa Marta - Río Palominino, obligándose el concesionario a efectuar los mantenimientos periódicos y rutinarios en la vía rehabilitada.

De conformidad con los anexos del respectivo convenio y lo acreditado en el dictamen pericial, la rehabilitación efectuada por el concesionario en virtud del adicional 3. correspondió a las obras que pudieron ejecutarse con dicho presupuesto dentro de los sectores K12+300 al 14+000, 56+590 al 69+850, obras que fueron recibidas por la interventoría DIS Ltda., según consta en el acta técnica de recibo final de obra, suscrita el día 17 de septiembre de 1996 (fls. 002549 y 002550, del cuaderno de pruebas 6).

c) El contratista debía destinar el producido del peaje denominado Neguangué a partir del 26 de abril de 1997, fecha de firma del acta de inicio de operación del tramo Santa Marta - Río Palomino para las labores de mantenimiento y operación de este sector. Hecho que debe considerarse también como una modificación consentida por el concesionario de su estructura financiera, toda vez que varió los ingresos previstos de su proyecto de recursos, en la medida en se había considerado en la estructura financiera inicial del concesionario que estos peajes ingresarían al proyecto a partir del 2º semestre del año 1995(101) .

3.5.3. Contrato adicional 4 (diciembre 12 de 1996).

El objeto del contrato adicional 4, quedó comprendido en la cláusula primera, por cuya virtud las partes decidieron “Adicionar el valor del contrato, en la suma de seis mil novecientos veinticinco millones quinientos cincuenta y seis mil novecientos setenta y cuatro pesos (\$6.925.556.974) incluido IVA”. Esta suma de dinero debía ser destinada por el concesionario “a la continuación de las obras rehabilitación del sector Santa Marta - Río Palomino y sus costos de interventoría de conformidad con los diseños definitivos aprobados por el instituto” (negrillas nuestras).

En el párrafo primero de la mencionada cláusula, se dispuso que el alcance físico estimado de la rehabilitación comprendía los siguientes sectores: “a) Abcisisas K 21 - 720 al K 28 - 000. b) K 52 - 000 al K 56 - 590. c) K 57 -

850 al K 59 - 760”.

Estas obras se relacionaban también con la rehabilitación del sector Santa Marta - Río Palomino, que de conformidad con el anexo 1 del contrato adicional y lo establecido por el señor perito en su dictamen pericial, correspondieron a obras, hasta por la cuantía asignada, efectivamente a los sectores arriba anotados.

Así mismo, se procede a entregar los trayectos rehabilitados para mantenimiento y operación, según las condiciones originalmente pactadas en el respectivo contrato.

Es importante recalcar el hecho que estos dos últimos contratos adicionales (3 y 4) se hicieron bajo la modalidad de contrato de obra, a precios unitarios, a los precios previstos en el contrato original y las cantidades establecidas en sus correspondientes anexos, y hasta las cuantías estipuladas en los respectivos contratos, quedando expresamente claro para las partes que con dichas sumas no podría culminarse todas las obras previstas en los correspondientes diseños, con el objeto de obtener una obra completamente rehabilitada, de conformidad con los requerimientos contractuales.

Estas obras también se recibieron en forma satisfactoria, según consta en el acta técnica de recibo final de obra, del 15 de mayo de 1997 (fls. 002551 y 002552, del C. de P. 6), según deja constancia la interventoría conformada por el consorcio DIS Ltda. - E.D.L. Ltda.

3.5.4. Contrato adicional 7 (marzo 19 de 1998).

En la cláusula primera del contrato adicional 7, las partes acordaron “Adicionar el valor del contrato, en la suma de dieciocho mil cuatrocientos cuarenta y seis millones ochocientos cincuenta y ocho mil quinientos veintidos pesos (\$18.446.858.522) moneda corriente (...) para un total incluido IVA de dieciocho mil quinientos catorce millones novecientos setenta pesos (\$18.514.970.000) moneda corriente.” Esta suma de dinero debía ser destinada por el concesionario “a la terminación de las obras de rehabilitación del sector Santa Marta - Río Palomino, mediante la modalidad de contrato llave en mano a valor total y plazo fijo, de conformidad con los diseños definitivos aprobados por el instituto y los alcances de obra definidos en el anexo número (1)” (negrillas y subrayas nuestras).

A renglón seguido, el párrafo precisó: “El valor del presente contrato adicional incluye la totalidad de los costos de construcción. Por tanto este valor es fijo y no será objeto de ajustes ni modificación alguna” (negrillas y subrayas nuestras).

En la cláusula tercera, referente a la forma de pago, se precisó que el pago de la última cuenta de cobro “esta sujeta al cumplimiento por parte de el concesionario de las actividades descritas en el acta de acuerdo de 30 de enero de 1998”.

Por su parte, en el párrafo segundo de la cláusula cuarta, se dispuso que el concesionario, una vez concluida la rehabilitación, “se hará cargo de la totalidad del proyecto para su mantenimiento y operación, para lo cual, se elaborará un inventario y se suscribirá un acta de entrega y recibo del sector Santa Marta - Río Palomino”.

Este convenio, al contrario de los anteriores, se hizo bajo la modalidad de “llave en mano”, precio y plazo fijo, y con la intención clara de las partes de terminar todas las obras de rehabilitación que requería el trayecto Santa Marta - Río Palomino, todo ello de conformidad con los diseños definitivos aprobados por el Interventor y el Instituto Nacional de Vías por intermedio del jefe de la oficina de concesiones.

Las partes no pueden desconocer la naturaleza del contrato que suscribieron y la intención que rodeaba su firma: la rehabilitación total y definitiva del sector Santa Marta - Río Palomino. Ahora bien, es importante resaltar que en dicho convenio se menciona que las obras de rehabilitación se hacen de conformidad “con los diseños definitivos aprobados por el instituto y los alcances de obra definidos el anexo 1, que hace parte integrante del presente documento”. Es decir, la intención expresa de las partes se concretaba a realizar todas las obras de rehabilitación que requería dicho sector de conformidad con los diseños definitivos que no podían ser diferentes a los ya pagados por el convenio adicional 3, que habían sido recibidos por la interventoría, según se deduce de la prueba aportada que se analizará más adelante y con un alcance general de obras que habría de plasmarse en el anexo 1.

No obstante lo anterior, extraña el tribunal la presencia en el acervo probatorio del denominado anexo 1, toda vez que el que se ha sometido a su consideración es un documento que tan solo emana del concesionario. Y en el mismo sentido salta a la vista que el único documento encontrado como soporte a lo que la cláusula tercera del contrato adicional 7, denominó acta de acuerdo de fecha 30 de enero de 1998, es suscrito aparentemente por los subcontratistas de la concesionaria y no deviene propiamente de un acuerdo de voluntades entre el contratante y el concesionario(102).

En relación con los trabajos que involucraba este convenio, esto es, la terminación de las obras rehabilitación del sector Santa Marta - Río Palomino, no existe en el acervo probatorio un acta de recibo de las obras de rehabilitación a que se había comprometido el concesionario, según deduce el tribunal de los documentos contractuales, deducción que habrá de explicarse en forma más detallada al analizarse el objeto y contenido obligacional del acta de acuerdo del 30 de enero de 1998, a la que hace referencia el acta de recibo de obras del acta de acuerdo, suscrita el día 2 de septiembre de 1998(103), que en nada refiere a las obras de rehabilitación del Sector Santa Marta - Río Palomino.

Así pues, con miras a tomar una posición definitiva sobre el real contenido de los documentos y la intención de las partes contratantes, se hace necesario precisar los siguientes aspectos:

Alcance conceptual del contrato de obra “llave en mano y/o precio global fijo, en el contrato de obra pública y concesión.

El alcance del concepto de rehabilitación y de los estudios y diseños definitivos.

El alcance de los anexos al contrato adicional 7.

4. Del contrato de obra “llave en mano y/o a precio global fijo.

La intención de las partes, la causa que determina la suscripción del contrato adicional 7, era rehabilitar en forma completa y total el sector Santa Marta - Río Palomino, bajo la modalidad de contrato llave en mano. ahora bien, la expresión utilizada no era la más conveniente, toda vez este contrato conocido también en su denominación inglesa como "turnkey contract", o francesa como “clé en main”, es aquel en que el contratista se obliga frente al cliente o contratante, a cambio de un precio, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra determinada que él mismo previamente ha proyectado. En este tipo de contrato el énfasis ha de ponerse en la responsabilidad global que asume el contratista frente al cliente.

Otras prestaciones que siempre están presentes en los contratos "llave en mano", formando parte de la obligación global del contratista son: el suministro de materiales y maquinaria; el transporte de los mismos; la realización de las obras civiles; la instalación y montaje, y la puesta a punto y en funcionamiento de la obra proyectada. En determinados casos, también es posible incluir en este tipo de contrato otras obligaciones posteriores a la ejecución de la obra, como la formación de personal y la asistencia técnica.

De los distintos métodos de realización de proyectos que han aparecido, principalmente en el ámbito del comercio internacional, como consecuencia de los avances tecnológicos, el que mejor refleja las transformaciones experimentadas en este sector es, sin duda el método "llave en mano". Con este, desaparece la tradicional relación tripartita entre cliente (contratante), ingeniero y contratista, para quedar sustituida por una única relación entre cliente-contratista, en la que este último, junto a sus funciones tradicionales, asume la concepción del proyecto.

Para evitar confusiones hay que aclarar que "llave en mano" es una modalidad de contratación. El ámbito natural de esta modalidad es el contrato de obras, entonces esa será la clase de contrato: de obra, en oposición a otras clases como suministro, servicios, etc. El contrato "*clé en main*", implica especialización del contratista así como la obligación de este de entregar un producto plenamente terminado y en “marcha”. Para ello asume una obligación global de realizar todas las prestaciones necesarias, coadyuvantes o complementarias de la obra a realizar. Lo anterior, en la mayoría de los casos puede tener como efecto que las ofertas tiendan a ser sumamente complejas por lo que se tiende a formas directas de elección del contratista, esto es, en la búsqueda del contratista especializado que permita poner en funcionamiento el servicio. En virtud de lo anterior se clasifican los contratos llave en mano como:

Contratos "llave en mano" mixtos

Cuando una parte del proyecto es tradicional (obra tradicional) y la otra es llave en mano, en cuanto se pone en funcionamiento pleno el servicio.

Contratos "llave en mano" parciales

Cuando se contrata de forma tradicional todo el proyecto (obra), pero se subcontrata su puesta plena en funcionamiento.

Contratos semi "llave en mano"

Cuando el contratante celebra varios contratos siendo uno de ellos llave en mano y encarga a este último contratista la coordinación de los demás contratos.

Con base en la diferencia de contenidos en la práctica:

Contratos "llave en mano" simples o parciales

Cuando el contratista concibe la obra, suministra bienes de equipo y materiales y pone en funcionamiento la obra de conformidad a lo estipulado en el contrato mientras que el contratante realiza la instalación bajo la supervisión y asistencia del primero.

Contratos "llave en mano" completos o clásicos

Cuando el contratista concibe, construye y pone en funcionamiento del proyecto.

Contratos "llave en mano" de funcionamiento amplio

Cuando junto a las prestaciones clásicas del contrato (vgr. Ejecución de obra) el contratista asume otras obligaciones complementarias relativas a la formación del personal local (capacitación y seguimiento) o asistencia técnica para el funcionamiento.

En todo caso los dos rasgos esenciales de los contratos "llave en mano": a) la fusión de las actividades de concepción y ejecución de la obra en una sola persona, y b) la obligación global asumida por el contratista frente al cliente de entregar una obra completamente equipada y en perfecto estado de funcionamiento, "en marcha", elementos esenciales que dotan a estos contratos de unas características particulares:

1. El contrato "llave en mano" a diferencia del contrato tradicional implica la celebración de un solo y único contrato realizado entre el cliente y el contratista. Generalmente, en la selección de este tipo de contratos ejerce una influencia decisiva la tecnología implicada en el proyecto que se pretende realizar y que se va a manifestar no solo en los planos y especificaciones técnicas sino también en los derechos de propiedad industrial implicados en el proceso de producción y, en determinados casos, en la formación de personal y en la asistencia técnica proporcionada por el contratista.
2. El hecho de que en los contratos "llave en mano", el contratista asuma la concepción y la ejecución de la obra condiciona en algunos casos el procedimiento de adjudicación del contrato, generalmente un procedimiento restringido o negociado, sino también la determinación del objeto y la función del cliente o de su ingeniero.
3. A diferencia de los contratos tradicionales de construcción, en los contratos "llave en mano" la elaboración detallada del proyecto tiene lugar una vez concluido el contrato, circunstancia esta que justifica conceder al contratista un derecho a introducir modificaciones en sus planos, a su propio coste y riesgo y siempre que se respeten los parámetros contractuales acordados (calidad, cantidades de materias primas, rendimientos, alcance del proyecto, exigencias del servicio, etc.), sin que sea necesaria a tal efecto la propia aprobación del cliente
4. Esta estructura sobre la que descansa el contrato "llave en mano", y que ha revolucionado ciertamente la industria de la construcción, implica a su vez una pérdida de control sobre el proyecto por parte del cliente y una

reducción considerable en las funciones del ingeniero que en este tipo de contratos actúa generalmente como representante del cliente, siendo posible incluso en los casos más extremos que se prescindiera de su participación.

5. Finalmente, la obligación global que se deriva de los contratos "llave en mano" para el contratista influye de manera decisiva en la determinación del precio, que no puede ser, más que un precio mayor o alzado.

Como en los contratos "llave en mano" la descripción detallada de la obra tiene lugar durante la ejecución del contrato, de tal situación se derivan determinadas consecuencias jurídicas:

1. Indeterminación del objeto del contrato al momento de otorgar el contrato, lo que se pretende suplir por medio de estándares o diseños aprobados por las partes.

2. Mayores derechos concedidos al contratista para modificar el proyecto siempre y cuando esté informado, revise o apruebe tales cambios, y siempre que tales modificaciones no alteren las garantías técnicas y de buena obra y los parámetros "reglamentarios" que rigen la ejecución de las obras. Y cuando los diseños le corresponden al contratista, siempre que los cambios a efectuar, se supervisen y aprueben por la interventoría y excepcionalmente por el contratante, cuando expresamente así se haya previsto en el correspondiente contrato.

3. El contratista responde de las posibles lagunas y omisiones de las que pueda adolecer el proyecto y los derechos del cliente a introducir modificaciones quedan restringidos y generalmente dan lugar a una compensación de los costes en los que haya podido incurrir el contratista, pero ello siempre y cuando las modificaciones hayan sido autorizadas previamente.

Son ajenas a esa clase de contratos la introducción de órdenes de cambio. Y ajuste de precios; así como, el plazo de ejecución no será sujeto a modificaciones salvo en los casos de fuerza mayor.

El origen de este tipo de contratos en nuestra legislación se resume así:

"(...).

El contrato de obras públicas ha tenido tres (3) ciclos distintos.

El Decreto 150/76, lo concibió o definió por su objeto y por su precio.

(...).

Por su precio, lo clasificó en cinco (5) así: 1. A Precio unitario, cuando el valor se pactaba por unidades de obra, asumiendo el contratista por su cuenta y riesgo toda la construcción (Ej., a tal cantidad por metro cuadrado de construcción y el valor total será el que resulte de multiplicar el total de metros cuadrados construidos por el precio unitario señalado. 2. Precio global. Donde están implícitos todos los conceptos. 3. Incluyeron aquí en forma indebida el de administración, que hoy se llama de gerencia de obra. 4. De llave en mano o reembolso de gastos. El contratista se encargaba no solamente de hacer la obra, sino de prestar el dinero para los pagos que luego le reembolsaban. 5. Concesión que en ese entonces, era modalidad de pago, no era contrato pero, en ese entonces la concesión estaba dedicada solamente a las obras públicas.

El Decreto 222 de 1983, en igual forma clasificó a los contratos de obra en sus formalidades de pago y considero como uno de ellos el contrato llave en mano y otro a precio global.

La Ley 80 de 1993, 1. Dejó el contrato de consultoría como contrato independiente, no como contrato accesorio. Contrato de consultoría orientado hacia la inversión. 2. Suprimió al contrato de administración delegada como forma de pago y lo convirtió en gerencia de obra como una modalidad de la consultoría. 3. Quitó la modalidad de pago de la concesión y convirtió la concesión no como modalidad de pago sino como contrato independiente.

Hoy día el contrato de obras públicas es solamente el que esta referido a la construcción, llámese construcción, remodelación, conservación, o sea de orientación eminentemente materialista..."

En cuanto a la forma de pago se redujo a precio unitario, precio global y al sistema llave en mano"(104)

(negrillas nuestras).

En igual forma la DIAN, en concepto 32082 de mayo 30 de 2002(105), expresó sobre este tipo de contratos, en relación con la inquietud que surgía a un contribuyente sobre si los pagos que efectuaba una entidad oficial a una empresa extranjera sin domicilio en el país, a través de cuentas bancarias en el exterior o mediante compensaciones, y en razón de un contrato “llave en mano” están sometidos a retención en la fuente, interpretó lo siguiente:

“Teniendo en cuenta que el contrato “llave en mano” es un sistema de contratación, de confección de obra material, especialmente en el campo de la construcción de obras con entidades públicas. El contratista se compromete a llevar a cabo una obra totalmente, incluyendo estudios previos, suministro de equipos, ejecución de la obra en condiciones tales que al finalizar la labor, le permita al contratante la puesta en marcha de obra en el momento en que se efectúe su entrega.

Para efectos de la retención en la fuente a título de impuesto sobre la renta en esta especie de contratos el artículo 412 del estatuto tributario dispone: “tarifa sobre los contratos “llave en mano” y demás contratos de confección de obra material. En el caso de los denominados contratos “llave en mano” y demás contratos de confección de obra material, se considera renta de fuente nacional para el contratista, el valor total del respectivo contrato”.

Por otra parte, el Ministerio de Justicia también hizo uso del contrato llave en mano con el objeto de ejecutar las obras del sistema carcelario. El Ministro de Justicia explicaba la naturaleza de este tipo de contratos en los siguientes términos:

(...).

En lo atinente a este tema, solo resta advertir, que la contraloría parece no tener en claro el tipo de contratos que suscribe el FIC, los cuales son bajo la modalidad "llave en mano", y por el sistema de "precio global fijo sin formula de reajuste". Forma que difiere totalmente de la contratación por el sistema de "precios unitarios"; por cuanto en el caso de los contratos llave en mano a precio global fijo, no se controlan las cantidades de obra exactas del proyecto, sino la calidad de los ítems que hacen parte del mismo; es por esto que el FIC entrega a los proponentes los planos estándar del objeto a construir, el manual de especificaciones generales de construcción y unas cantidades de obra indicativas, estas últimas con el fin de facilitar el proceso de presupuestación y dimensionamiento del proyecto que debe hacer el proponente, para que el mismo pueda decidir si presenta oferta o no la entidad.

Así, es responsabilidad del proponente determinar las cantidades exactas de obra que hacen parte de su propuesta; lo anterior, para efectos de su control presupuestal interno, ya que el interés de la entidad es el desarrollo del proyecto como un todo, (ajuste de diseño, construcción y dotación), dentro de los parámetros y especificaciones de calidad definidos en: los planos estándar tipo FIC, el manual de especificaciones generales y el listado de dotación, documentos que hacen parte integral de los pliegos, y que garantizan que el objeto se desarrolle a entera satisfacción del FIC, para que el mismo pueda ser entregado en pleno funcionamiento, para su uso inmediato.

(...) El modelo de contratación, llave en mano y precio global sin fórmula de reajustes, está siendo ampliamente utilizado en otros países, especialmente en los Estados Unidos para el desarrollo de este tipo de proyectos de gran envergadura, y se está implementando actualmente por otras entidades del Estado y en el Distrito Capital; dadas las grandes ventajas que ofrece esta modalidad, para que un proyecto específico se entregue a satisfacción del cliente, dentro de las restricciones presupuestales existentes y en los tiempos requeridos, para dar solución a problemas reales que requieren de una pronta, eficaz y efectiva solución”(106).

Se concluye que la definición y alcance de los contratos “llave en mano” en su práctica administrativa, va más dirigida a aquellas relaciones en donde el objeto comprende desde concebir los trabajos, como el desarrollo progresivo de estos y su completa realización, y finalmente su puesta en funcionamiento y aceptación del servicio; en otras palabras, que el contratista amén de la obra asume otras obligaciones complementarias relativas al funcionamiento del servicio, la formación del personal local o asistencia técnica para el funcionamiento y entrega la obra con los standares o parámetros de servicio requeridos (reglamento y/o disposiciones contractuales). En este

orden de ideas, cuando las partes suscriben el contrato bajo esta modalidad es por demás evidente que la causa estaba ligada a la intención que el proyecto fuere plenamente útil para el servicio, teniendo en cuenta los principios finalísticos de las obras estatales. Extraño como es a la naturaleza del simple contrato de obra la denominación de contrato “llave en mano, cuando lo que se quería era la entrega en forma definitiva una obra culminada en todas sus partes, que se aproxima más al concepto de contrato a precio global, como una de las modalidades de pago del contrato de obra pública. Pero esa imprecisión sirve aún más para afirmar y concluir, que la volición de las partes iba encaminada a la entrega completa de la obra con las especificaciones esenciales de servicio para los usuarios, todo ello de conformidad con unos diseños que tenían que complementarse en atender los requerimientos de los manuales de carreteras vigentes para la fecha de suscripción del contrato.

Fue esa precisamente la intención de las partes, que se entregara en forma completa, para que la obra o “sector” se asumiera en condiciones óptimas de funcionamiento, para su uso inmediato, por parte de los usuarios de la vía (fin teleológico del contrato, ver marco jurídico, capítulo III, numeral 1.1. En conclusión, existía la absoluta intención de las partes de entregar plenamente rehabilitado el trayecto, de conformidad, eso sí, con los diseños definitivos, que nuevamente se repite, ya habían sido pagados por el Invías, y según le consta a la Interventoría DIS Ltda., entregados por el concesionario con miras a lograr ese objetivo.

Esta claro pues, que la intención fue la de que se entregara la obra plenamente rehabilitada de todo el sector Santa Marta - Río Palomino, a un precio global fijo y en pleno funcionamiento del servicio (standares de calidad y eficiencia requerida por los reglamentos) y por una cuantía de \$18.514.970, del año 1998.

5. De las obras de rehabilitación.

Así pues, si bien la intención de las partes era con un precio global fijo rehabilitar todas las obras que requería el sector Santa Marta - Río Palomino, cabe precisar qué se debe entender por rehabilitación y con base en dicho concepto, cual debe ser el alcance de los diseños que serían entregados, como en efecto lo fueron, por el concesionario.

El término rehabilitación, al tenor de la Real Academia de la Lengua, se entiende como “acción y efecto de rehabilitar o rehabilitarse” y rehabilitar (del latín *refacere*) “Habilitar de nuevo o restituir una persona o cosa a su antiguo estado”. Obviamente la palabra y su acepción tiene que ir asida de la ciencia en donde es utilizada, en este caso la ingeniería y para más veras, en obras públicas. Precisamente el perito al definir el término menciona sobre el concepto de rehabilitación lo siguiente:

“Para que el concepto del alcance técnico de rehabilitación de una obra tenga validez, debe figurar en el pliego de condiciones para una determinada obra, o en los documentos que hacen parte del contrato, tales como especificaciones y normas. De no ser así se convierte en un concepto subjetivo según la óptica de quien lo defina.

(...) Para el perito técnico, no es suficiente restituir una obra a su antiguo estado, pues este puede que no fuere satisfactorio; la rehabilitación debe llevar intrínseco el concepto de mejorar lo que se tenía cuando la obra fue construida (negrillas nuestras) (Respuesta a pregunta 9, del formulario del Invías, folio 004022, Cuaderno de pruebas 11).

Pero tampoco el término por muchas disquisiciones y definiciones que se puedan buscar de la ciencia de la ingeniería, se puede alejar de los alcances queridos por los reglamentos que obligaban a las partes para el mes de marzo de 1998, y concretamente en razón del manual de diseño geométrico para carreteras, vigente para el año 1997. Expresamente el documento menciona lo siguiente sobre rehabilitación:

“1.5.3. Proyectos de rehabilitación.

Actividades que tienen por objeto reconstruir o recuperar las condiciones iniciales de la vía de manera que se cumplan las especificaciones técnicas con que fue diseñada. Comprende, entre otras, las actividades de:

Construcción de obras de drenaje.

Recuperación de afirmado o capa de rodadura.

Reconstrucción de sub-base y/o base y/o capa de rodadura.

Obras de estabilización”.

(1. Las carreteras, 1.5. Clases de proyectos, folio 003273, cuaderno de pruebas 9)

En este orden de ideas, para el tribunal rehabilitar no solo constituye volver las cosas al momento de su nacimiento o su antiguo estado, sino también conducirlos a las necesidades esenciales de su estabilidad, y más aún, efectuar las obras tendientes a cumplir con los requerimientos sustanciales y necesarios al estado del arte al momento de realizar las obras requeridas, más aun cuando va involucrado el concepto de servicio público. A esto debían circunscribirse los diseños definitivos, como más adelante habrá de precisarlo el tribunal y a las obras de rehabilitación que se comprometía a realizar el concesionario.

6. De los diseños definitivos a cargo del contratista.

Debe recordarse que de conformidad con la “estructura de riesgos” del contrato 445, cabía al contratista efectuar los estudios y finalizar los diseños a su condición de definitivos fase III. Y sobre el particular los pliegos obligaban a las actividades de estudio de diseño geométrico, de geología para ingeniería y geotecnia, de suelos para el diseño de fundaciones, de estabilidad y estabilización de taludes, geotécnico para el diseño del pavimento, de hidrología, hidráulica y socavación, estructural para diseño de puentes, de impacto ambiental (Ver volumen V- Términos de Referencia, Capítulo II, alcance de los diseños definitivos (fls. 0521 y ss., cuaderno de pruebas 2).

Cabe preguntarse entonces si las obligaciones de estudios y diseños se relacionaban tanto con el sector de Río Palomino - Paraguachón e igualmente, el sector Santa Marta - Río Palomino? Al estar delimitadas las actividades de construcción y rehabilitación tan solo al primer sector y entretanto las de operación y mantenimiento al segundo, cabe hacer anotaciones diferentes.

En efecto, los diseños definitivos a que se obligaba el contratista eran exclusivamente en relación con el sector de Río Palomino - Paraguachón. Entretanto en lo atinente a los estudios definidos en los pliegos de condiciones en el volumen I, capítulo I y II nada se decía sobre que estos tan solo estuvieren reducidos al sector Río Palomino - Paraguachón, máxime cuando existían las actividades de mantenimiento y operación sobre el sector Santa Marta - Río Palomino que correspondía al concesionario. Por el contrario, los pliegos en varios apartes de los temas que corresponden al volumen de los diseños, mencionan asuntos relativos al sector Santa Marta - Río Palomino, e incluso hablan de los estudios que sería necesario efectuar en la zona costanera por parte del concesionario.

Entretanto, de la oferta del contratista si se colige que este limitó el alcance de sus estudios y diseños tan solo al sector Río Palomino - Paraguachón (Ver volumen IV de la oferta, cuaderno de pruebas 3, fls. 001089 y ss.).

El tribunal deduce que los estudios debían hacerse en ambos sectores, toda vez que al tener la obligación posteriormente de efectuar el respectivo mantenimiento y la operación del proyecto, es por demás evidente que debía tener los puntos de referencia de los trabajos involucrados en dichas actividades. En efecto, los pliegos contemplaban en el capítulo II, alcances de los diseños definitivos, del volumen V, varios capítulos, dentro de los cuales en forma precisa se indicaba la necesidad de abordar los estudios de:

Tema 1. Estudio de diseño geométrico

Tema 2. Estudio de geología para ingeniería y geotecnia

Tema 3. Estudio de suelos para el diseño de fundaciones

Tema 4. Estudio de estabilidad y estabilización de taludes

Tema 5. Estudio geotecnico para el diseño del pavimento

Tema 6. Estudio de hidrología, hidráulica y socavación

Tema 7. Estudio estructural para diseño de puentes

Tema 8. Estudio de impacto ambiental

(ver fls. 536 al 583 del cuaderno de pruebas 2).

Así pues, desde el principio el contratista estaba obligado a efectuar estudios en varias áreas que también comprometían los sectores denominados de Los Muchachitos y Río Piedras, todo dentro del área de influencia del Sector Santa Marta - Río Palomino y concretamente en relación con el estudio de estabilidad y estabilización de taludes y, así mismo, los estudios de hidrología, hidráulica y socavación.

Más aun cuando expresamente se mencionó en el tema 6 estudio de hidrología, hidráulica y socavación, que el contratista debía describir el objeto del contrato y su localización (1.1), debía efectuar los trabajos de cartografía (1.5), análisis de lluvias (1.6), análisis de caudales (1.7), justificación de fórmulas empleadas para el cálculo de caudales (1.8). En cuanto a los estudios hidráulicos (capítulo 2), debía efectuar estudios de geomorfología —dinámica fluvial— (2.1.), el funcionamiento hidráulico de las obras menores (2.2), estudios del subdrenaje, realizando las recomendaciones pertinentes (2.3) e igualmente se debía efectuar un análisis de las obras mayores (2.4).

En cuanto a estudios de socavación (capítulo 3), se decía que el Contratista debía efectuar el análisis de toda la información de campo (3.1.) en los siguientes términos:

“Se presentará analizando en detalle el conocimiento de las secciones transversales aguas arriba y debajo de los cruces. De la misma manera se deberán presentar los perfiles topográficos longitudinales, zonas de desborde, alturas de creciente, tipo de suelo de orillas de lecho, velocidades de flujo, coeficiente de rugosidad, pendientes hidráulicas y caudales, con el objeto de aplicar fórmulas más adecuadas que permitan obtener las profundidades críticas del fenómeno.

En cauces en donde sea posible la obtención de topografía de fondo, se harán levantamientos batimétricos con ese fin, así como se tomarán muestras de los sólidos de fondo”.

Igualmente en este capítulo se obligaba al concesionario a efectuar los estudios con la aplicación de las teorías de socavación, de tal manera que “A valores críticos de socavación se deberán presentar y diseñar obras de control y protección”.

Y por último, el capítulo 4. De este tema precisaba en relación con las obras en zonas costeras:

“La fragilidad, sensibilidad y complejidad morfológica de estas zonas implica un estudio especial, que presentará dando énfasis en la hidráulica de las mareas y procesos costeros” (subrayas nuestras). Actividades que obviamente debía presentar el proponente y posteriormente realizar el adjudicatario del proyecto.

Lo anterior no podía dejar dudas sobre todas las actividades que debía desplegar el contratista concesionario en relación con los estudios y ulteriores diseños de los sectores comprometidos en el proyecto. Estudios en forma general para los sectores comprometidos y diseños fase III (construcción), para el sector de Río Palomino - Paraguachón, sector sobre el cual se comprometía efectuar labores de construcción y/o reconstrucción o rehabilitación.

Y si bien la el concesionario quiso limitar el alcance de sus obligaciones contractuales al presentar la oferta, para el tribunal es claro que en caso de contradicción de los documentos contractuales su jerarquía normativa lleva a que prime el contrato, posteriormente el pliego de condiciones y por último la oferta del concesionario. En otras palabras, el pliego se impone frente a eventuales limitaciones del contratista en el cumplimiento de las especificaciones, aún más, en casos extremos dichas limitaciones podrían considerarse eventualmente como condicionamientos de la propuesta y acarrear la descalificación de una propuesta.

De otro lado, toda duda que pudiera surgir sobre el alcance que debían tener los estudios a que estaba obligado el proponente beneficiado con la concesión, quedó despejada al suscribirse los convenios adicionales 3 y 7. Toda vez que al obligarse a presentar los diseños definitivos y bajo el alcance del contrato original, como ya tuvo la oportunidad de exponerlo el tribunal, el contratista se obligaba (desde julio de 1996) a tener a disposición del

Invías y para la obra, todos los estudios a que se había comprometido por dichos documentos para el sector de Santa Marta - Río Palomino, incluyendo los estudios de la zona costera como ya quedó dicho.

Ahora bien, al estar vigente para el año de 1998 el manual de diseño geométrico de carreteras y definirse el alcance de las obras de rehabilitación, el contratista debía tener en cuenta tales definiciones para darle alcance a los diseños definitivos entregados y completar las obras en donde su obligación de construcción involucrara una adecuada rehabilitación en los términos tratados, obras que obviamente debían supeditarse a los estudios de geología para ingeniería y geotécnica, de estabilización de taludes y el estudio de hidrología, hidráulica y socavación, como ya se indicó y que el perito técnico menciona en sus respuestas que adolecían de falencias en los diseños presentados tanto por Inecon como por DIS - EDL y que tampoco fueron completados en la revisión efectuada por consultoría colombiana.

Así por ejemplo, en relación con la geología para ingeniería y geotecnia y estudios de estabilidad y estabilización de taludes, presenta una descripción y propuesta de solución para 9 sitios críticos (12 según menciona el perito) en el sector de los muchachitos y ello como consecuencia de los requerimientos de la Resolución 1411 de 1995, del Ministerio del Medio Ambiente para la elaboración del plan de manejo ambiental (ver revisión de estudios de rehabilitación del sector Santa Marta - Río Piedras - Río Palomino de la carretera transversal del caribe, estudios complementarios del plan de manejo ambiental, presentado por consultoría colombiana en el mes de junio de 1996.

En igual forma tampoco las estudios entregados por consultoría desarrollan en forma completa el tema 6, (estudio de hidrología, hidráulica y socavación), según los documentos aportados y la revisión que de los mismos efectuó el señor perito técnico, toda vez que no se adelantaron estudios de drenaje y tampoco se dio un inventario de las mismas para establecer su estado y recomendaciones de rehabilitación. Tampoco se hizo estudios de geomorfología, ni de dinámica fluvial y denota ausencia de estudio completo y fidedigno de la cuenca del Río Piedras, los requerimientos en su tratamiento, esto es, su relación con la carretera y las obras eventuales de protección requeridas en la fase de rehabilitación del sector(107) . En fin sobre este tema 6, no adelantó estudios complementarios sobre los temas tratados y meramente indicativos por Inecon y DIS EDL, y que eran obligación presentar en forma completa por el concesionario.

De otra parte, si bien es clara la obligación genérica de entrega de diseños definitivos, en los términos precisados por el tribunal, también se puede observar de la práctica de las obligaciones de las partes que ante la deficiencia y no presentación de estudios de la zona de los muchachitos por el concesionario, el propio Invías acometió el estudio de la zona costera del cerro de los muchachitos y contrató para el efecto al experto Armando Martínez S.(108) , estudio que se estaba haciendo para el año 2001, esto es, mucho después de haberse entregado los diseños definitivos por parte del contratista y de haberse vencido el plazo del contrato adicional 7. Igualmente el Invías procede a efectuar con base en el trabajo realizado por su contratista un informe final - estudio cerro de Los Muchachitos(109) .

Mas aun cuando el propio diseñador del concesionario, consultoría colombiana, al presentar los estudios complementarios del plan de manejo ambiental en junio de 1996 expresa lo siguiente:

“La zona de erosión progresiva, en la parte inferior del talud exterior de la banca, ya sobre la playa, requiere un estudio detallado pues involucra obras de protección marina no contempladas dentro del alcance de la revisión de los estudios de rehabilitación de la vía. Estos se deben considerar para una etapa posterior inmediata a la terminación de las obras de rehabilitación” (ver fl. 00216 del cuaderno de pruebas 5).

Y la interventoría y el Invías en nada contradicen estas afirmaciones.

En igual forma, en ningún documento surgido del Invías con anterioridad a la discusión producida entre las partes se colige que el alcance querido por estas en relación con la rehabilitación incluía las obras costaneras necesarias para la estabilidad de los taludes inferiores de la vía en el sector denominado de los muchachitos, derivadas del efectos del mar. Precisamente que ello es así, se deduce del hecho mismo de contratar el Invías por su cuenta y riesgo los trabajos del consultor a que se ha hecho referencia, y que precisamente el Invías ninguna pretensión asume frente a los costos incurridos por dichos estudios.

En conclusión, para el tribunal no es claro que dentro del concepto de rehabilitación en que tanto se ha insistido, estén comprendidas las obras costaneras para la estabilidad y estabilización de los taludes inferiores, para la protección de la zona de la playa, obras necesarias para contrarrestar el impacto de las olas del mar, obras que para más verás nunca fueron exigidas de hecho por la interventoría de la época. A diferencia de las obras de drenaje y estabilidad de taludes inferiores por escorrentías y demás obras de disipación necesarias, etc., que si indudablemente para el tribunal estaban y están comprendidas dentro del objeto de la rehabilitación contratado mediante la modalidad de “llave en mano” o “ precio global”, de conformidad con el contenido del contrato adicional 7.

En cuanto a la obligación de ejecutar los diseños definitivos fase III, debe precisar el tribunal el alcance de la obligación del concesionario, para la fecha que se compromete a entregarlos en virtud del contrato adicional 3 (marzo a julio de 1996).

En efecto, debe recordarse que el Invías entrega, como era por demás su obligación, los estudios previos realizados por dos firmas de interventoría sobre el sector Santa - Río Palomino (Inecont - DIS Ltda.), estudios de factibilidad que requiere todo proyecto para la realización de una vía constructiva y máxime cuando era de interés del Invías efectuar la contratación con miras a la rehabilitación del sector anotado.

Tan solo una parte de esos estudios, según las conclusiones del perito, podía considerarse fase III, que se entienden como aquellos estudios, planos y diseños con suficiente grado de detalle y medición como para desarrollar un proceso constructivo serio y responsable, según los parámetros exigidos por los manuales de carreteras y los pliegos de condiciones. Pero esos estudios no tuvieron el alcance en temas concretos requeridos por los documentos contractuales, esto es, adolecían de falencias que fueron precisadas por el perito al absolver la pregunta 3.b (fls. 003972 y 003981, del cuaderno de pruebas 11, fls. 00216 del cuaderno de pruebas 5). El contratista contrató entretanto para la revisión de dichos trabajos a consultoría colombiana, empresa que entrega su trabajo para las obras de rehabilitación requeridas que correspondían al concesionario, quien se obligaba a su vez a entregar los diseños definitivos del sector Santa Marta - Río Palomino, en virtud del convenio adicional 3.

En este orden de ideas, el propio testigo Francisco Javier Daza, de la Firma DIS Ltda., expresa sobre los diseños lo siguiente:

(...) aquí lo que se hizo fue una revisión de diseños, de ahí el Instituto, con los estudios que se habían hecho antes de EDL y DIS, más uno que había Inecon en el primer tramo de Santa Marta hasta Río Piedras, eran unos estudios que había hecho Inecon, esos estudios fueron los que se revisaron y querían hacer unos estudios por fuera de unos parámetros para poder soportar las ochenta toneladas y esos fueron unos debates interminables...”.

Y más adelante responde a la pregunta del apoderado de la convocante:

¿Usted ha hablado Dr. de la revisión de estudios que se habían hecho antes por el Instituto Nacional de Vías, que se habían contratado antes por el INV; a la firma que usted representa le correspondió aprobar los estudios y diseños revisados para ese primer sector que originalmente correspondía rehabilitarlo al INV? Respondió “... Sí , nosotros lo que hicimos fue aprobar una revisión de unos diseños definitivos que había hecho el concesionario por la suma, inclusive aquí se puede ver en este mismo adicional 3 que aquí dice” (sic).

El perito técnico, al revisar los trabajos de revisión encomendados a consultoría colombiana, deja en claro que también adolecían de ciertas falencias como ya se ha anotado en párrafos anteriores.

Desconoce el tribunal en forma precisa el contenido de los diseños entregados en lo que se denominó “revisión estudios de rehabilitación del sector Santa Marta - Río Piedras - Río Palomino de la carretera transversal del caribe” -, estudios y diseños que debían conducir como era su obligación a las estipulaciones pactadas para estudios y diseños definitivos fase III, según el contenido de los pliegos de condiciones, la oferta del contratista y los reglamentos generales para vías; empero, en el proceso se han dejado constancia sobre eventuales faltantes para cumplir satisfactoriamente las condiciones del volumen V de los términos de referencia y las condiciones del manual de carreteras del año 1997. En igual forma no esta acreditado en el proceso que existieran otros diseños diferentes a los efectuados a raíz de la “revisión” contratada con la empresa consultoría colombiana para tales

efectos.

Correspondía al contratista cumplir con su responsabilidad en la entrega de los diseños definitivos a que se había comprometido y cuyo pago se efectuó en forma integral, según se pudo constatar. E igualmente correspondía a la interventoría el recibir o rechazar los diseños entregados, o mejor aún efectuar las exigencias que la obligación de resultado determinaba: la entrega de todos los estudios y diseños definitivos fase III, requeridos por los términos de referencia y los reglamentos de carreteras. Así pues, el tribunal no puede desconocer la prueba documental que obra en el expediente y debe suponer y confiar en los documentos contractuales. Precisamente en relación con el tema debatido, se debe apreciar y considerar que los diseños debían ser entregados por el concesionario y recibidos a satisfacción por DIS Ltda., en su condición de firma interventora para el año 1998, fecha en que se desenvuelven los hechos, sí y solo sí cumplían todas las condiciones necesarias para la rehabilitación a que se obligaba el contratista.

Para tal efecto, el tribunal observa que existen varias constancias de recibo de los diseños:

Comunicación del 21 de junio de 1996, GCON-462-96, por la gerente de la concesionaria al director de interventoría, en donde se da cuenta de la entrega de “estudios rehabilitación Santa Marta - Río Palomino (fl. 02544, del cuaderno de pruebas 6).

Comunicación del 2 de julio de 1996, GCONC-159-96, por la gerente de la concesionaria al director de interventoría, en donde se da cuenta de la entrega de los “estudios de revisión. Rehabilitación Santa Marta — Paraguachón. Sector Santa Marta - Río Palomino” (fl. 02545, del cuaderno de pruebas 6).

El acta de 10 de julio de 1996, (fls. 002125 y 002126 cuaderno de pruebas 5) en donde se dejaba constancia de entrega de diseños.

Comunicación del 15 de julio de 1996, dirigida al jefe de oficina de concesiones, por parte del director de la interventoría, Francisco Javier Daza, en donde se afirma “nos permitimos confirmar la aprobación de esta interventoría a los diseños definitivos presentados por el concesionario. En consecuencia la interventoría considera que se pueden iniciar los trabajos de construcción en el tramo Santa Marta - Río Piedras, Río Palomino” (fl. 002548, del cuaderno de pruebas 6).

En conclusión para DIS Ltda. los estudios de diseño definitivo se entregaron a satisfacción. Debe pues el tribunal atenerse a la prueba documental y a su contenido, en la medida que de no ser cierto habría lugar a deducir responsabilidades tanto del concesionario, al no entregar lo que era esencial al objeto contratado y obviamente de la interventoría, que recibió de manera parcial e incompleta la información, sin dejar las constancias y salvedades que resultaban de su resorte como órgano de control durante la ejecución del contrato.

En este orden de ideas el tribunal habrá de precisar la obligación de rehabilitación con las anteriores anotaciones y en relación con los diseños a que se comprometía el concesionario. Al momento de fallar habrá de considerar, con este acervo probatorio, si se cumplió o no la condición de entregar los diseños definitivos para la rehabilitación.

7. Alcance de los documentos suscritos unilateralmente por el concesionario.

7.1. Del anexo 1 del contrato adicional 7.

Ahora bien, las partes pudieron limitar el alcance de las obras de rehabilitación en forma expresa al suscribir el contrato adicional 7. Precisamente se cita en la cláusula primera, al hablar del objeto, el contenido de un anexo 1. Empero, en el acervo probatorio, como se afirmó anteriormente, el tribunal observa un documento denominado “anexo (sic) 1 al contrato de concesión 445/94 adicional 7 — resumen alcance de la obra”, el cual se encuentra rubricado tan solo por María Victoria Riaño S., en su calidad de gerente de la concesión Santa Marta Paraguachón, esto es, un documento elaborado por una de las partes que pretende unilateralmente restringir el alcance del objeto contractual. (fl. 002296). Cabe entonces al tribunal decidir si la limitación mencionada por una de las partes esta llamada a tener el efecto probatorio deseado.

Una decisión sobre el particular nos lleva a retomar los principios sobre los cuales está estructurada la teoría de los

contratos, esto es, que las relaciones negociales están basadas fundamentalmente sobre los pivotes del consenso o consensualidad, la bilateralidad, el ser sinalagmáticos y conmutativos; y el contrato que nos atañe no es ajeno a dichos elementos, como ya se tuvo la oportunidad de mencionar en el capítulo del marco jurídico del contrato de concesión.

En cuanto a las divergencias presentadas sobre el objeto del contrato, consideramos que cuando en este se señale el orden en que deben cumplirse las obligaciones contraídas por las partes cada una de ellas debe ajustarse, en la ejecución de las mismas, a la forma y condiciones convenidas. No obstante lo anterior, consideramos que en el presente caso, nos corresponde desentrañar el sentido de dichas declaraciones de voluntad, para lo cual es aplicable acudir a las pautas legales establecidas por el legislador en cuanto a la interpretación sistemática de los contratos contenidas en el artículo 1622 del Código Civil cuando dice que “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”.

De la misma forma y tal como lo establece la jurisprudencia, dicha interpretación debe realizarse “analizando e interpretando unas por otras, de modo que todas ellas guarden armonía entre sí, que se ajusten a la naturaleza y a la finalidad de la convención (...)”⁽¹¹⁰⁾.

En este sentido, considera el tribunal que ante la discrepancia surgida entre las partes sobre el alcance del objeto y, por consiguiente, la obligaciones concretas a ejecutar por parte del concesionario, debe estarse a la naturaleza del contrato celebrado, de acuerdo con el alcance de su objeto y el análisis de los móviles que originaron su celebración, lo que conlleva a establecer que las obras de rehabilitación en general esenciales para el servicio y de conformidad con los reglamentos, hacían parte intrínseca de las obligaciones contractuales (todo ello como ya se dijo dentro del alcance dado al concepto de rehabilitación).

Lo anterior tiene fundamento en que tal como lo ha indicado la doctrina, “La interpretación negocial es una función de gran amplitud, que no debe desestimar ningún criterio (interpretación subjetiva y objetiva) para su desarrollo”⁽¹¹¹⁾, pues, se considera que sería totalmente arbitrario fijar el contenido negocial, su relevancia jurídica, de acuerdo con el significado que adquiere la declaración de una sola voluntad (interpretación subjetiva), prescindiendo precisamente de la consideración de que el negocio es regla de una determinada situación, en este caso del contrato de concesión celebrado por las partes. O si se prefiere el contrato de obra bajo la modalidad llave en mano.

En razón de lo anterior, el tribunal no puede darle los alcances limitativos pretendidos por una de las partes al convenio adicional 7, suscrito el día 19 de marzo de 1998 y se estará a los principios de hermenéutica de su texto original sobre lo que para la ciencia jurídica constituye un contrato “llave en mano” o “precio global”, según lo querido en forma bilateral por las partes, cuando se pagó y recibió para esa fecha \$18.514.970.000, para la totalidad de las obras de construcción de rehabilitación del sector comprendido entre Santa Marta - Río Palomino de la Transversal del Caribe; interpretación que va unida de los principios que rodean la contratación estatal y el servicio público, pleno de contenido en su intención de lograr los objetivos del servicio (y el logro de cometidos de un estado social de derecho), toda vez que en derecho público, como ya se indicó en párrafos anteriores, amén de los principios generales del derecho, “en la duda, la convención se interpreta en el sentido favorable al funcionamiento continuo y regular del servicio público. Las cláusulas de los contratos administrativos se estipulan teniendo en cuenta el interés general del buen funcionamiento del servicio”⁽¹¹²⁾.

7.2. Alcance del acta de acuerdo del 30 de enero de 1998.

Igualmente debe el tribunal pronunciarse sobre el documento que cita la cláusula tercera del contrato adicional 7, con la denominación de acta de acuerdo del 30 de enero de 1998 y que la convocante trae a colación en su soporte probatorio como anexos del referido contrato (ver fls. 002293 y 002294, cuaderno de pruebas 6).

El tribunal observa en relación con dicho documento lo siguiente:

a) Que se reunieron “con el objeto de acordar los términos para la aceleración de los trabajos de mantenimiento en la carretera Santa Marta Ríoacha - Paraguachón S.A. (sic), teniendo en cuenta los siguientes antecedentes...” (negritas y subrayas nuestras), esto es, se acordaron trabajos diferentes a las propias de la rehabilitación.

b) Que el documento es firmado por Julio Gerlein Echeverría y Carlos Rodado Noriega, sin mencionar en que calidad obran y aparentemente también por la gerente de la concesionaria(113) . Pero en todo caso es claro que las personas que son plenamente identificables en el documento no actúan en representación de la sociedad concesionaria, toda vez que para tal fecha no representaban al consorcio contratista, según se desprende del acervo probatorio. Aparentemente los señores mencionados actuaban a nombre de los subcontratistas de las obras encomendadas al concesionario, pero repetimos, en nada podían limitar sus decisiones las obligaciones que surgían inter-partes.

c) Que igualmente el documento es una manifestación de voluntad de terceros ajenos al contrato y, en estas condiciones, no puede tener la vocación de obligar a las partes contratantes, según los principios que se han señalado en el numeral anterior al tratar el contenido del denominado anexo 1. Y de aceptarse que la rúbrica que obra en dicho documento corresponde a la gerente de la concesionaria, tampoco tendría la vocación de obligar a una de ellas, máxime cuando precisamente la controversia gira alrededor del incumplimiento o no de las obligaciones principales del contrato adicional.

d) Que analizadas las obras que se comprometen realizar los señores Gerlein y Rodado, estas son de mantenimiento y concretamente las siguientes:

d.1. Reparación de obras de drenajes según un listado anexo al documento y que corresponden todas al sector denominado Río Palomino - Paraguachón. En efecto, obras completamente ajenas al sector de rehabilitación que se había contratado en el convenio adicional 7. Obsérvese que corresponden a drenajes de los sectores “Paraguachón - Cuatrovías, Cuatrovías - Ríoacha y Río Palomino - Ríoacha.

d.2. “3. Ejecución de las actividades de parcheo en los tramos más críticos el sector e aproximadamente 20 Kms entre el Ebanal y Río Palomino”. (sic).

Debe entenderse de este texto, por obras que habrían de ejecutarse entre el peaje El Ebanal y el Río Palomino, esto es, obras que estaban, de un lado, en el sector que ya había sido entregado para rehabilitación, mantenimiento y operación al concesionario, en virtud del contrato original 445/94, y, del otro, dentro de las obligaciones de mantenimiento periódico y rutinario a cargo del contratista. Nada tenían pues que ver estos trabajos con el alcance de la rehabilitación establecida en el convenio adicional 7 .

d.3. “Extender las labores de rocería y limpieza hasta la zona de derecho de vía”, con algunas excepciones por motivos de fuerza mayor allí mencionados. igualmente, se expresa en el acta de marras que “Las labores de rocería se efectuarán dos veces al año o cuando sobrepasa la altura de 30 cms. en zonas cercanas a la vía”.

Obsérvese que también en este último caso, se refieren los firmantes mencionados a labores que están dentro de las obligaciones de mantenimiento rutinario y periódico, al tenor de los pliegos de condiciones y la oferta presentada por el contratista, labores que no tenían pago diferente al estipulado por la estructura de ingresos de peajes previstos y que debían realizarse para toda la vía, una vez entró esta en operación en forma total, lo cual ocurrió para el sector Río Palomino - Ríoacha, el día 27 de abril de 1996, para el sector Río Palomino - Ríoacha y Ríoacha - Cuatrovías (fl. 002032 al 002035), el 27 octubre de 1995, sector cuatro vías - Paraguachón (fl. 001990 a 1992, C. de P. 5) y para el sector Santa Marta - Río Palomino, el día 27 de abril de 1996(114) .

En conclusión, nada tiene que ver con el contenido material del objeto dispuesto en el convenio adicional 7, lo acordado entre personas ajenas al contrato mediante el acta de acuerdo de fecha 30 de enero de 1998 que milita en el expediente y menos aún puede tener un alcance que vincule a las partes que suscribieron la relación negocial de concesión.

Ahora bien, para el tribunal es importante considerar también para negarle la condición de vinculante a los documentos ya analizados, el hecho, de un lado, que la administración en todo momento ha negado que la condición obligacional se haya cumplido y, del otro, que estos son negación misma del objeto y la causa que dan origen al contrato adicional.

El tribunal constata de la prueba documental aportada que la interventoría, por intermedio del señor José de Jesús Melol Guerrero, en su calidad de Representante del Consorcio D.I.S. Ltda. y E.D.L. Ltda., certifica el

cumplimiento de las obligaciones determinadas en el acta de acuerdo de 30 de enero de 1998, de conformidad con lo exigido por el literal b) del numeral primero de la cláusula tercera del contrato adicional 7-98 al contrato de concesión 445-94, según consta en el acta de recibo de obras del acta de acuerdo del contrato 445-94 adicional 7-98, y no puede comprender las razones por las cuales la interventoría que la suscribe, acoge y asevera como entregadas obras que eran del resorte del contratista y que nada tienen que ver con el pago global acordado en el contrato adicional 7, bajo la modalidad “llave en mano”. En últimas se consiente y da autorización para el pago, sin existir el parámetro de evaluar los trabajos de rehabilitación a que se había comprometido el concesionario mediante la suscripción del convenio adicional 7, con claras responsabilidades en el cumplimiento de sus funciones.

Si se recibieron trabajos en un sector diferente a la obligación derivada con ocasión del contrato adicional 7, ello no puede conducir a la conclusión de que se haya cumplido la condición de entregar las obras de rehabilitación del Sector Santa Marta Río - Palomino. Y aún más, si se pagaron obras con cargo al contrato adicional 7, con amortización a obras ajenas a la rehabilitación del sector comprometido y que correspondían a obras de mantenimiento a cargo del concesionario, son hechos ajenos a la administración y para nada varía la obligación original y por el contrario, comprometen la responsabilidad por un proceder ajeno al contrato.

IV. De las controversias entre las partes

1. Del sector del cerro de Los Muchachitos

La desavenencia referida al tramo del sector Santa Marta - Río Palomino entre el PR 61 000 al PR 69 000, conocido como cerro de Los Muchachitos, presenta dos puntos críticos de importancia.

1.1. De los documentos contractuales.

1.1.1. De conformidad con los pliegos de condiciones(115) de la contratación directa que sirvieron de base para la celebración del contrato 445 de 1994, el objeto del contrato fue el siguiente: “Realizar por el sistema de concesión los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación de construcción, la operación y el mantenimiento de los sectores Río Palomino - Río hacha y Río hacha - Paraguachón y el mantenimiento y la operación del sector Santa Marta - Río Palomino, ruta 90 en los departamentos del Magdalena y La Guajira”.

En los mismos pliegos de condiciones(116) , consta lo relativo al alcance básico del proyecto, que incluye, entre otras actividades, las siguientes:

“1. Rehabilitación y mantenimiento de los sectores Río Palomino - Río hacha y Río hacha - Paraguachón.

“2. Mantenimiento del sector Santa Marta - Río Palomino”.

Por su parte, en el volumen II del citado acto administrativo, se dispuso que, “Los trabajos de rehabilitación a realizar en el sector Santa Marta - Río Palomino (70 Km.), estarán a cargo del Instituto Nacional de Vías y una vez terminadas las obras, se entregará la vía al concesionario para que este la opere y mantenga con el nivel de servicio entregado”(117) .

Finalmente, en el capítulo de los pliegos de condiciones denominado geometría y drenaje(118) , se dispuso que, “Las obras de drenaje mayores y menores construidas en la vía garantizan la evacuación de la escorrentía a través de ella y en su mayoría están en buen estado. Consideramos que deben llevarse a cabo trabajos de mantenimiento y conservación” (Subrayas fuera de texto).

No sobra advertir que en el acápite denominado “cantidades de obra”(119) , se precisan con exactitud las cantidades de obra que estarían a cargo del concesionario en el sector Río Palomino - Paraguachón, que en tratándose de limpieza de alcantarillas, estas se limitan a quinientas cincuenta (550) unidades. Coherente con la declaración de los pliegos sobre el buen estado de las alcantarillas y, por consiguiente, que no requerían de inversiones iniciales y trabajos de rehabilitación.

1.1.2. De conformidad con los pliegos de condiciones, en la propuesta(120) presentada por Odinsa S.A., Corfigan

S.A. y Julio Gerlein E y Cía. Ltda., se especificó que el proyecto incluía entre otras, las siguientes obras:

“Rehabilitación y mantenimiento de los tramos comprendidos entre Río Palomino - Río hacha y Río hacha - Paraguachón.

“Mantenimiento del sector Santa Marta - Río Palomino”.

De acuerdo con la propuesta, habría dos tipos de mantenimiento(121) : El Rutinario y el Periódico. El primero comprendía labores de rocería, limpieza de obras de drenaje y retiro de derrumbes. El segundo, trabajos de parcheo, sellado de grietas, colocación de sobrecarpetas, revaluación de la señalización vertical y horizontal y reconformación de taludes.

Según la propuesta financiera, la rehabilitación de la obra estaría dividida en cuatro tramos(122) , a saber: “El primero comprende el sector Río Palomino - T de Dibulla con una longitud aproximada de 42 kms, y cuya duración es de 12 meses. El segundo tramo corresponde el sector T de Dibulla - Riohacha con una longitud de 50 kilómetros, la cual se rehabilitará en 12 meses. El tercero de los tramos definido como el sector Riohacha - Cuatrovías, con una longitud de 56 Kms., los trabajos programados se realizarán en un plazo de 12 meses. El cuarto tramo denominado el sector Cuatrovías - Paraguachón, con una longitud de 32 Kms., los trabajos programados se realizarán en un plazo de 6 meses”.

Por su parte, en la propuesta de construcción el oferente determinó las cantidades de obra a realizar(123) y su valor, de acuerdo con las especificaciones previstas en el pliego de condiciones, cuantía que era meramente indicativa de las inversiones originales que debía realizar el contratista y en nada reflejaban las obras totales a que estaba obligado el contratista en virtud de la asunción de los riesgos.

Y que ello es así se deriva de la redacción de la cláusula cuarta. valor del contrato:

“Para efectos fiscales y legales, el valor del presente contrato se determina en la suma agregada de las siguientes partidas, a precios de la fecha de invitación a presentar oferta para la negociación directa (junio de 1994), considerada como la inversión inicial del proyecto:

(...).

Valor total Veintiocho mil cuatrocientos cuarenta y tres millones seiscientos noventa y ocho mil quinientos noventa y tres pesos colombianos”.

En igual sentido la estructura financiera plantea el valor de las obras como las inversiones iniciales.

Que la estructura financiera no contemple gastos posteriores en labores constructivas, y prevea las inversiones en los grandes grupos de mantenimiento, es un asunto del absoluto resorte del contratista, toda vez que el contrato de concesión se basa en la estructura de riesgos prevista por las partes desde el inicio. Y la estructura financiera se mantiene en la medida que se cumplan las condiciones previsibles de los riesgos asumidos, pero si estos varían, precisamente como “riesgos o aleas” susceptibles de modificaciones, obviamente el impacto que tales hechos tenga sobre la T.I.R. y las condiciones financieras del proyecto, debe ser asumido por el contratista, en pro o en contra. Garantizar la T.I.R. del proyecto va de la condición de que cualquier alteración imprevisible (según en el análisis efectuado en el marco jurídico del contrato de concesión y la naturaleza de este tipo de contratos) o cuando dichas alteraciones se dan por causas que tienen su origen en la otra parte, como la inducción en error o la inexactitud o imposibilidad de cumplimiento de las condiciones sobre las cuales se basó la confianza en la elaboración de los estudios, etc. Todas “aleas” y situaciones que no debe soportar el contratista (vg. “*ius variandi* o *factum principii*”), y en este caso le asistiría razón para exigir el cumplimiento de su ecuación financiera (ligada claro está a su proyecto financiero y/o cierre financiero, según fuere el caso).

1.1.3. Mediante comunicación del 22 de julio de 1994, dirigida a los representantes legales de las sociedades Corfigan S.A., Odinsa S.A. y Julio Gerlein E. y Cía. Ltda., el Instituto Nacional de Vías, a través de su Director, aceptó la propuesta por ellos presentada, por encontrarla conveniente, “de acuerdo a lo conceptuado por los asesores del programa de concesiones”.

1.1.4. En el contrato 445 de 1994(124) , las partes acordaron que el objeto del mismo sería “Realizar por el sistema de concesión los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación de construcción, la operación y el mantenimiento de los sectores Río Palomino - Ríohacha y Ríohacha - Paraguachón y el mantenimiento y la operación del sector Santa Marta - Río Palomino...”.

En el párrafo primero de la cláusula primera(125) , se dispuso que, “El sector Santa Marta - Río Palomino se entregará al concesionario, una vez terminadas las obras de rehabilitación en este sector por parte del Instituto Nacional de Vías, para que el concesionario la opere y mantenga en el nivel de servicio entregado”. Por su parte, el párrafo segundo(126) de la citada cláusula, determinó las obras que hacían parte del alcance básico de la construcción, precisando dentro de ellas, la siguiente: “Rehabilitación de los sectores Río Palomino - Ríohacha y Ríohacha - Paraguachón”.

Ahora bien, si durante la ejecución de la etapa de construcción, se hacía necesaria la construcción de nuevas obras, vale decir, aquellas no contempladas en el pliego, ni en la oferta del concesionario, el Invías podía, de conformidad con la cláusula vigésima primera(127) , autorizar su ejecución previa suscripción de un documento en el que consten las cantidades complementarias de obra y los precios unitarios de las mismas, obras que indudablemente tenían que ser diferentes al riesgo constructivo asumido ab initio, vgr. La construcción de un puente peatonal, la circunvalar que rodeara la entrada a un municipio, etc.

1.1.5. En el contrato adicional 1(128) , suscrito el 21 de diciembre de 1995, las partes modificaron el párrafo segundo de la cláusula primera del contrato, precisando el alcance básico de la construcción. En todo caso, se mantuvo vigente la obligación del concesionario de rehabilitar “los sectores Río Palomino - Ríohacha y Ríohacha - Paraguachón”.

1.1.6. En el contrato adicional 2(129) , suscrito entre las partes el 27 de diciembre de 1995, las partes acordaron modificar parcialmente el objeto del contrato, adicionando el valor del contrato principal “en la suma de cien millones de pesos (\$100.000.000) moneda corriente incluido IVA, suma que será aportada por el instituto para la rehabilitación de aproximadamente 402.95 metros de carretera ubicados entre Santa Marta y Río Palomino...”, con la técnica de reciclaje. Este dinero se pagó al concesionario con recursos del presupuesto de la Nación.

1.1.7. Posteriormente, el 29 de febrero de 1996, las partes suscribieron el contrato adicional 3(130) , acuerdo de voluntades por medio del cual se adicionó, por segunda vez, el valor del contrato 445 de 1994 en la suma de cuatro mil setecientos ochenta y un millones cinco mil quinientos pesos (\$4.781'005.500), suma de dinero que sería destinada por el concesionario “para la rehabilitación del sector Santa Marta - Río Palomino y sus costos de interventoría de conformidad con los diseños definitivos aprobados por el instituto”. En el mismo documento contractual, se dejó en claro que estas eran obras complementarias que debían ser ejecutadas por el contratista, hasta donde alcance el presupuesto de la entidad y los recursos que se obtengan por la cesión al concesionario de los derechos del recaudo del peaje de la caseta localizada en el sector Mamatoco - Parque Tayrona.

1.1.8. En el contrato adicional 4(131) de fecha diciembre 12 de 1996, las partes pactaron adicionar, por tercera vez, el valor del contrato 445 de 1994 en la suma de seis mil novecientos veinticinco millones quinientos cincuenta y seis mil novecientos setenta y cuatro pesos (\$ 6.925'556.974), incluido IVA. Esta suma de dinero sería destinada por el cocontratante para “la continuación de las obras de rehabilitación del sector Santa Marta - Río Palomino y sus costos de interventoría de conformidad con los diseños definitivos aprobados por el instituto”.

1.1.9. Mediante el contrato adicional 7(132) , firmado el 19 de marzo de 1998, las partes convinieron adicionar de nuevo el valor del contrato 445 de 1994, en la suma de dieciocho mil quinientos catorce millones novecientos setenta mil pesos (\$ 18.514'970.000,00), incluido IVA, suma que se destinaría “a la terminación de las obras de rehabilitación del sector Santa Marta - Río Palomino, mediante la modalidad de contrato llave en mano, a valor total y plazo fijo”.

Lo expuesto permite llegar a las siguientes conclusiones:

1. Para el tribunal es claro que la voluntad del Invías, no solo en la etapa precontractual sino durante la ejecución del contrato, fue la de incluir dentro del contrato de concesión y con los recursos originados por este, para el sector

Santa Marta - Río Palomino, únicamente el mantenimiento y la operación de la vía.

Por el contrario, en el sector Río Palomino - Paraguachón, las partes acordaron no solamente el mantenimiento y la operación de la vía, sino también la rehabilitación del mismo sector.

2. Excepcionalmente, y cuando el instituto tuvo disponibilidad presupuestal, destinó las sumas relacionadas a la rehabilitación del sector Santa Marta - Río Palomino, de cuya ejecución encargó al mismo concesionario, según se observa en los contratos adicionales descritos.

3. En su testimonio, el doctor Francisco Javier Daza Tovar(133) vinculado al consorcio DIS Ltda., que tuvo a su cargo la interventoría al inicio de la concesión Santa Marta - Paraguachón, manifestó que los contratos adicionales que se firmaron para el sector Palomino - Santa Marta, se hicieron con base en los recursos que iban llegando al Invías. Concretamente, afirma que "...en la medida en que se iban encontrando recursos se fueron haciendo adiciones en los adicionales...", previa "evaluación en donde eran los sitios más críticos...". Después, reafirma que el tramo Palomino - Santa Marta tenía que ser rehabilitado con recursos de la Nación, es decir, del presupuesto nacional y que los contratos adicionales se hacían con base en los recursos que había disponibles.

4. Las obras de rehabilitación ejecutadas en el sector Santa Marta - Río Palomino, contractualmente siempre fueron obras complementarias, pues no eran parte de las obras básicas originalmente contratadas.

5. Ni en los pliegos de condiciones, ni en la oferta, como tampoco en el contrato 445 de 1994 y en sus adiciones, se contemplaron obras de protección marina a lo largo de la vía, y particularmente en el tramo Santa Marta - Río Palomino, sector del cerro de Los Muchachitos.

6. Tampoco en el contrato 445 de 1994, ni en sus adiciones 1, 2, 3, 4, 5, 6 se pactaron obras de protección en la parte en que el Río Piedras corre paralelamente a la vía.

1.3. Sobre la ejecución del contrato. (Sector Santa Marta - Río Palomino).

1.3.1. A diferencia de lo ocurrido en el sector Río Palomino - Paraguachón, en el tramo Santa Marta - Río Palomino, no hubo entrega formal de la vía.

1.3.2. El concesionario, en cumplimiento de lo acordado, entregó al Invías los diseños definitivos para el sector Santa Marta - Río Piedras - Río Palomino, diseños que fueron aprobados por la interventoría. Así consta en comunicación de fecha 15 de julio de 1993, dirigida por el doctor Guillermo Caro Mendoza, director de interventoría al jefe de la oficina de concesiones del Invías. Esta comunicación obra al folio 002548 del cuaderno de pruebas 6.

1.3.3. Según consta en el acta de septiembre 17 de 1996, el concesionario entregó al Invías los trabajos ejecutados con base en el contrato adicional 3. Estas obras tuvieron un valor total de cuatro mil ochocientos ochenta y cinco millones ochocientos cuarenta y siete mil ochenta pesos (\$ 4.885.847.080). Sin embargo, hay que advertir lo siguiente:

En comunicación de julio 31 de 2002, dirigida por el gerente de la concesionaria al subdirector de concesiones (anexo 4.10, del peritaje técnico), explicó cómo se había efectuado la inversión correspondiente al contrato adicional 3. En esta explicación consta que el recaudo del peaje en la caseta de Neguanje, ascendió a \$220.650.416, suma a la cual se le agregan \$3.688.196, por concepto de rendimientos, para un total \$224.338.612.

Al hacer el balance entre lo pagado por el diseño y la obra ejecutada y lo realmente invertido por el concesionario, resulta un saldo a favor de este último de \$214.025.531. Esta afirmación contenida en la mencionada carta, la ratifica el perito contable que asesoró al doctor Javier Restrepo Toro (anexo 5.1, del dictamen técnico).

1.3.4. A folios 002551 y 002552 del cuaderno de pruebas 6, aparece el acta técnica de recibo final de obra, correspondiente al contrato adicional 4. En esta acta se certifica las obras ejecutadas por el concesionario y el valor de las mismas.

1.3.5. Finalmente, a folios 002553 y 002554 del cuaderno de pruebas 6, aparece el acta de recibo de obras del

contrato adicional 7 de 1998, acta en la cual la interventoría declara haber verificado “que la sociedad concesionaria realizó la totalidad de las obras de parcheo, drenaje y las labores de rocería y limpieza de que trata el acta de acuerdo de 30 de enero de 1998, la cual hace parte del contrato adicional 7 - 98”.

1.4. Análisis jurídico de la controversia.

1.4.1. Si bien ni en los pliegos de condiciones, ni en la oferta, ni en el contrato 445 de 1994 y en sus adiciones 1 al 6, no se previó ni se pactó la construcción de las obras necesarias para la protección y estabilización de la vía en el sector del cerro de Los Muchachitos, dicha obligación se pactó mediante el convenio adicional 7.

1.4.2. El concesionario las incluyó en la revisión del diseño definitivo elaborado por consultoría colombiana y que presentó en cumplimiento de lo acordado con el Invías. En este estudio, la citada firma determinó los sitios críticos y las posibles soluciones que incluían la ejecución de algunas obras en dicho sector(134) . No sobra advertir, que estos diseños definitivos, fueron aprobados por la interventoría, tal y como consta en la comunicación(135) del 15 de julio de 1996 enviada por el Consorcio DIS Ltda. al jefe de la oficina de concesiones del Invías.

1.4.3. Por medio de la Resolución 1411(136) del 28 de noviembre de 1995, el Ministerio del Medio Ambiente, ordenó al Instituto Nacional de Vías, “realizar el estudio recomendado en el plan de manejo ambiental para la zona inestable de Los Muchachitos y hacer llegar a este ministerio con anterioridad a la iniciación de las obras de rehabilitación, el estudio sobre las medidas a realizar para la estabilización de este sector crítico”.

1.4.4. En cumplimiento de la resolución anterior, el concesionario ejecutó, con excepción de la obra que figura en el K 68 + 940, las obras contempladas en los estudios complementarios del plan de manejo ambiental del mes de junio de 1996.

1.4.5. Solamente en el año 2001, el Invías, a través de la regional Magdalena y en cumplimiento de lo ordenado por la Resolución 1411 de 1995, contrató con el ingeniero Armando Martínez Spadafora, el estudio de las obras de protección en el sector del cerro de Los Muchachitos. En dicho estudio se precisó la necesidad de realizar las obras de protección costera, en relación con las cuales propuso diferentes alternativas, de acuerdo con el presupuesto disponible del Invías en esa época. Sin embargo, el Invías nunca dispuso la ejecución de las obras recomendadas.

1.4.6. Mediante la inspección realizada en el sector del cerro de Los Muchachitos, el tribunal comprobó el deterioro de la vía. Las observaciones del tribunal fueron confirmadas por el perito técnico, quien, al respecto, transcribe en su dictamen (fl.2 y ss. del cuaderno de pruebas 11), apartes del informe final - revisión final de consultoría colombiana de junio de 1996, relativos al sector inestable de “Los Muchachitos”. En esa transcripción se describen los problemas de inestabilidad que se presentan en dicho sector, debidos en parte a problemas de desagües y escorrentías de la parte superior que van sobre el coluvión y en parte por desprendimientos debidos a la acción del viento; erosión regresiva en la parte inferior del talud inferior de la banca sobre la playa; inestabilidad crítica por desprendimiento de roca causada por la influencia de la falla de Oca en una longitud de 100 metros (ver igualmente anexo fotográfico a fls. 004155 a 004161, del C. de P. 11).

1.4.7. El perito técnico(137) precisa así las causas de la inestabilidad de la vía en el sector de Los Muchachitos:

“En resumen: La erosión en algunos puntos del talud izquierdo de Los Muchachitos, tiene varias causas:

“a) Fallas de origen en la construcción original de la vía, al no contemplar obras de amortiguación de energía en las descargas de las alcantarillas, para evitar la erosión del talud.

“b) Esta condición continuó durante el período de mantenimiento posterior a la construcción, época en la cual tampoco se construyeron obras de protección contra la erosión por la descarga de las alcantarillas, excepto las dos obras construidas recientemente por el concesionario. (Se aclara que realmente no son dos (2) obras sino tres (3), según documentos que obran en el proceso, en particular el mismo dictamen pericial)

“c) Descarga de aguas de los desagües de las viviendas y estaderos construidos al borde del talud.

“d) Erosión marina.

“e) Falta de construcción oportuna de bordillos y cunetas para conducir las aguas superficiales hacia las alcantarillas y no permitir el flujo de aquellas por la superficie de la vía.

“f) El no haber incluido en el programa de rehabilitación a cargo de la concesionaria, posiblemente por escasez de fondos por parte del Invías, la construcción de obras de amortiguación de energía en la descarga de las alcantarillas del sector, cuando estas derraman en zonas erodables del talud”.

1.4.8. El Invías conoció los problemas descritos como lo demuestran, entre otros, los siguientes documentos:

a) Memorando SCO 041674 de diciembre 15 de 2000, dirigido por el doctor Jorge Ignacio Vélez Munera, subdirector de concesiones del Invías, a la doctora Gloria Cecilia Ospina Gómez, subdirectora de conservación de la misma entidad. En esta comunicación manifiesta el doctor Vélez: “En el paso de Los Muchachitos, ruta 90 - 08, sector brisas del mar PR 62 000 al PR 64 000 se presenta una fuerte socavación del talud que cae en el mar; en el sector entre la carretera y el talud se aprecian fisuras y grietas.” Después, anota que las acciones que deben realizarse en Los Muchachitos no son objeto del mantenimiento rutinario a que está obligado el concesionario. Advierte, además, “Que existe un alto riesgo de falla estructural de las alcantarillas y de fallas en los sitios mencionados con la consiguiente obstaculización paralización del servicio público, elementos que obligan a tomar medidas que minimicen la ocurrencia de estos eventos”.

Termina el memorando solicitando que se adelanten las acciones técnicas y financieras “...que nos permitan evitar situaciones que lleguen a afectar la transitabilidad de la carretera”.

b) En respuesta al anterior memorando, la subdirectora de conservación le envió al subdirector de concesiones el N° 042245 de 20 de diciembre de 2000(138) . En este le manifiesta que a las vías concesionadas “...no le asignan presupuesto alguno por parte de la entidad”. Por ese motivo, remite copia del primer memorando a la oficina de planeación del instituto “...con el propósito de solicitar los recursos que permitan adelantar inversiones en esa carretera”.

c) Finalmente, la jefe oficina asesora de planeación (E) le dirige al doctor Vélez el memorando 042592 de 22 de diciembre de 2000(139) , en el cual le manifiesta que para analizar la viabilidad de asignarle recursos se debe establecer el costo de los estudios al igual que las obras a llevar a cabo, información que le solicita remitir a su oficina.

1.4.9. Según el perito técnico, el concesionario para conseguir la estabilidad del sector del cerro de Los Muchachitos, realizó obras de gaviones en tres sitios(140) : PR 61+ 540, PR 800 y PR 61+ 887. Estas obras tuvieron un valor de ciento treinta cuatro millones trescientos tres mil ciento setenta y nueve pesos con ochenta y cinco centavos (\$ 134.303.179,85), a precios de octubre de 2002, más los intereses a mayo 31 de 2004, que ascienden a treinta y nueve millones seiscientos cuarenta y cuatro mil seiscientos ochenta y nueve pesos con setenta y cinco centavos (\$ 39.644.689,75), da un total de ciento setenta y tres millones novecientos cuarenta y siete mil ochocientos sesenta y nueve pesos con sesenta centavos (\$173.947.869,60).

De todas las pruebas analizadas concluye el tribunal que no se efectuaron los estudios y las obras necesarias para la estabilización de la carretera en el sector del cerro de Los Muchachitos, que asume, lo primero, a partir del convenio adicional 3, y, lo segundo, a partir del convenio adicional 7 (marzo de 1998), salvo lo pactado excepcionalmente en los contratos adicionales. Además, se demostró que el deterioro obedeció a causas no imputables al concesionario y no derivadas del incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

En consecuencia, el tribunal precisará las obligaciones que corresponden al concesionario.

2. De las obras de drenaje

2.1. De los pliegos de condiciones.

El volumen I (Información general), numeral 1.1.2(141) , estipuló que

“:...— La construcción de las obras, incluyendo entre otras, vías en superficie, viaductos, obras de drenaje, de

protección de taludes, entre otras.

(...).

— El mantenimiento, reparación y reconstrucción de las obras del proyecto vial para cumplir con el nivel del servicio establecido en los pliegos.

— En general, todas las actividades necesarias para la construcción, operación y entrega de las obras en buen estado.

En el numeral 1.4.2.(142) , se establecieron las bases técnicas para la elaboración de la propuesta. En sus literales B, C y D, se dispuso lo siguiente:

Literal E.3.3, en esta etapa el concesionario tiene que “Mantener, reparar y reconstruir las obras del proyecto vial para cumplir con el nivel del servicio establecido en los pliegos”.

Por su parte, en el volumen II del citado documento contractual, se dispuso que, “Los trabajos de rehabilitación a realizar en el sector Santa Marta - Río Palomino (70 Km.), estarán a cargo del Instituto Nacional de Vías y una vez terminadas las obras, se entregará la vía al concesionario para que este la opere y mantenga con el nivel de servicio entregado”(143) (negrillas nuestras).

Del volumen I, en el capítulo II, denominado condiciones particulares, se precisó el alcance básico del proyecto, que incluye, entre otras actividades, las siguientes(144) :

“1. Rehabilitación y mantenimiento de los sectores Río Palomino - Río hacha y Río hacha - Paraguachón.

“2. Mantenimiento del sector Santa Marta - Río Palomino”.

“3. Construcción de las obras de infraestructura para la operación del proyecto.

“4. Solución el paso urbano por Río hacha.

“5. Mantenimiento de todas las obras objeto del proyecto durante la etapa de operación” (negrillas nuestras).

En el pliego de condiciones, en el capítulo denominado geometría y drenaje(145) , consta que “las obras de drenaje mayores y menores construidas en la vía garantizan la evacuación de la escorrentía a través de ella y en su mayoría están en buen estado. Consideramos que deben llevarse a cabo trabajos de mantenimiento y conservación” (negrillas nuestras).

Amén del objeto que incluía la rehabilitación, y que como ya se dijo nada previó en construcción inicial para las obras de drenaje, en consonancia con los pliegos, las normas de mantenimiento para carreteras concesionadas(146) , se dice que la reparación general de obras, “comprende labores necesarias para reparar las obras que se hayan deteriorado por cualquier causa, generalmente las obras de drenaje y contención, como cunetas, canales revestidos, alcantarillas, muros de contención en concreto y en gaviones etc. Comprende también los trabajos requeridos para corregir los motivos que causaron el deterioro o falla de las obras por reconstruir, tales como pendientes o secciones inadecuadas” (negrillas y subrayas nuestras).

2.2. De la oferta.

Si bien en la propuesta el futuro concesionario definió los “criterios básicos y parámetros para el mantenimiento vial”(147) , en ese documento la limpieza de alcantarillas quedó comprendida dentro del mantenimiento rutinario a que se obligaba el proponente. Entretanto en el mantenimiento periódico no es claro que el concesionario mencionó en forma específica labores de reconstrucción o rehabilitación de las obras de drenaje, pero esta obligación sí se determinaba en forma precisa y prístina por las normas de los pliegos en relación con las obras generales de reparación de los drenajes, términos que no podían ser limitados por la oferta, como ya se ha explicado: los principios que guían la contratación estatal analizados y la jerarquía de los documentos contractuales.

2.3. Del contrato.

Pero lo que es más importante mediante la cláusula sexta del contrato 445/94, el concesionario asumió, como lo exigían los pliegos, entre otras obligaciones, las siguientes: “a) La financiación total del proyecto, incluidos los costos de interventoría y supervisión técnica y financiera y los costos de adquisición de predios para la zona de carretera (...)” b.) El diseño definitivo del proyecto de acuerdo con la información técnica suministrada en los pliegos de condiciones. c) La construcción de las obras, de acuerdo con el diseño definitivo elaborado por el concesionario, incluyendo entre otros, vías en superficie, viaductos, túneles, intersecciones, obras de arte, drenajes y señalización. d) El suministro, instalación, montaje y pruebas de los equipos requeridos, de acuerdo con el diseño de construcción elaborado por el concesionario. e) La puesta en funcionamiento del sistema vial. f) El recaudo de peaje de las casetas indicadas en la cláusula quinta del presente contrato. g) Los trabajos de conservación, reparación y reconstrucción del proyecto. (negrillas y subrayas nuestras).

No queda duda alguna que el “riesgo constructivo” previsible en las pautas dadas por el Invías en sus términos de referencia, fueron in íntegram asumido por el concesionario, lo que es de la naturaleza del contrato de concesión, con las precisiones que más adelante hará el tribunal.

2.4. Del contrato y su ejecución.

En la ejecución del contrato, el tribunal encuentra probado lo siguiente:

2.4.1. Que la carretera Río Palomino - Ríohacha - Paraguachón, fue entregada al concesionario el 24 de marzo de 1994, según consta en acta visible a folios 002266 a 002268 del cuaderno de pruebas 5. En esta acta firmada por el director del Invías, el gerente de la concesionaria y el interventor delegado, se dejó expresa constancia que la vía se encontraba en regular estado.

2.4.2. Que con fechas 24 de noviembre de 1994, 2, 10 y 23 de enero de 1995, respectivamente, el concesionario entregó la totalidad de los diseños definitivos del sector Río Palomino - Paraguachón, tal y como lo acepta el Instituto en el acta de finalización de la etapa de diseño, visible a folio 001971 a 001979 del cuaderno de pruebas 5.

2.4.3. Que en el acta últimamente mencionada, consta la aprobación que el Invías dio a los diseños definitivos, a las cantidades de obra, los precios unitarios de las mismas y sus especificaciones técnicas.

2.4.4. Que previo concepto técnico de la interventoría, el día 28 de agosto de 1995, las partes modificaron los diseños definitivos, en algunos puntos específicos, tales como eliminar los filtros en el K0 y el K7, modificación de estructura de pavimento en algunos sectores, etc. Lo anterior consta en el acta de modificación de los diseños definitivos, firmada el 28 de agosto de 1995 y que se encuentra en el expediente a folios 001980 y 001981 del cuaderno de pruebas 5.

2.4.5. Que el 24 de marzo de 1995, las partes suscribieron el acta de iniciación de la etapa de construcción del sector Río Palomino - Ríohacha - Paraguachón (cuaderno de pruebas 5, fls. 01984 y 01985). En esta acta se dejó constancia de que el concesionario entregó para aprobación del interventor, los programas de obra ajustados al diseño definitivo, el diagrama de ruta crítica y de barras y el cronograma de inversiones.

2.4.6. Que el 27 de octubre de 1995, previa suscripción del acta de finalización de la construcción del primer tramo de carretera, Cuatrovías - Paraguachón, se inició la operación de dicho sector, según consta en el acta firmada por el director del Invías, el gerente de la concesionaria y el director de interventoría. (cuaderno de pruebas 5, fls. 001990 a 001992). No sobra advertir que en esta fecha el Instituto autorizó el funcionamiento del peaje Paraguachón.

2.4.7. El 27 de abril de 1996, las partes suscribieron el acta de finalización de la etapa de construcción de los tramos Río Palomino - Ríohacha y Ríohacha - Cuatrovías. En esta oportunidad se dijo que, “Una vez revisadas la totalidad de las obras básicas y recibido el oficio 445-308 suscrito por la interventoría técnica se encontró que las mismas se ajustan a las especificaciones técnicas contenidas en los términos de referencia y en el contrato de concesión” (cuaderno de pruebas 5, fls. 2930 y 2931)

2.4.8. Es claro entonces que el concesionario realizó las obras correspondientes a la rehabilitación del sector Río Palomino - Riohacha - Paraguachón, de conformidad con el contrato 445 de 1994, obras que fueron recibidas por el Instituto Nacional de Vías.

2.4.9. Que mediante acta firmada el 27 de abril de 1996, el Invías autorizó al concesionario la operación de los tramos Río Palomino - Río hacha y Río hacha - Cuatrovías (cuaderno de pruebas 5, fls. 2032 a 2035).

2.4.10. En los diseños elaborados por Inecon y DIS - EDL, para los sectores Santa Marta - Río Piedras y Río Piedras - Río Palomino, respectivamente, y por Consultoría Colombiana para el sector Río Palomino - Paraguachón, a los cuales se refiere el señor perito técnico en la respuesta a la pregunta 4.a del cuestionario presentado por el concesionario(148) , se relacionan los informes presentados por las dos primeras firmas mencionadas sobre las alcantarillas en el sector Santa Marta - Río Palomino, así:

Se encontraron quinientas ocho (508)(149) alcantarillas, entre circulares y de cajón y se recomendó el cambio de catorce (14) de ellas, dos (2) por mal estado y doce (12) por falta de capacidad para evacuar el caudal máximo calculado.

En las respuestas del perito técnico a las solicitudes de aclaraciones del apoderado de la parte convocante(150) , se afirma que ninguna de las alcantarillas cuyo cambio sugirieron Inecon y DIS - EDL, se había ejecutado.

2.4.11. Para completar la respuesta a la pregunta 4 a del concesionario(151) , el señor perito técnico manifestó que en la ingeniería financiera del proyecto no figura ni figuró el costo para el cambio de las alcantarillas recomendadas por los mencionados consultores del Invías, situación que, como ya se dijo al analizar este tema, era del resorte del concesionario, en donde habría de contemplar en sus grandes partidas de egresos, los gastos de reparación y reconstrucción de obras que fueren necesarias y de ser indispensables modificar las inversiones en razón del “aleas” o “riesgo” asumido en el contrato.

2.4.12. Finalmente, el tribunal considera necesario referirse a la afirmación del perito técnico sobre la falta de mantenimiento en algunas de las alcantarillas. En primer lugar, es evidente que se hizo entrega, según el acta de entrega, de las alcantarillas del Sector Río Palomino - Paraguachón, y existe una descripción de las mismas con observaciones de recibo, según ya se anotó.

Ahora bien, el propio perito técnico menciona que existe falta de mantenimiento de algunas alcantarillas revisadas, hecho que es corroborado por este tribunal en el transcurso de la inspección judicial y obra en los anexos fotográficos y filmación de este proceso. Es decir, que se constata que la falta de mantenimiento ha incidido en forma protuberante para el mal estado de las alcantarillas metálicas y de concreto.

Por lo demás, debe el tribunal, entonces, analizar el alcance de las declaraciones del subdirector de concesiones(152) , en documento que ya se transcribió, al manifestar que el concesionario no estaba obligado a rehabilitar tales obras y que ellas ya habían cumplido con su vida útil. El funcionario con tales declaraciones estaba contraviniendo el contenido y la naturaleza del contrato de concesión suscrito entre las partes. Su manifestación podría conducir a una modificación del respectivo contrato, tan solo si esta se plasmara en documento solemne suscrito por las partes involucradas y fundamentalmente por el representante legal de la entidad pública. Las manifestaciones del subdirector no podían tener prosperidad de conducir a la modificación del contrato. Era una simple manifestación unilateral sin asidero jurídico alguno, como ha constatado el tribunal. De haber prosperado la interpretación dada por el director de concesiones, lo que se hubiere generado era un evidente deterioro patrimonial para el Estado, con las consecuencias previsibles de tal conducta, toda vez que está ignorando, de un lado, las expresas disposiciones contractuales y, del otro, la estructura de riesgos de la concesión, como ya tanto se ha recabado.

2.4.13. El concesionario por consiguiente ha ejecutado obras de reconstrucción de drenaje y estructuras anexas, que el señor perito técnico avalúa en la respuesta a la pregunta 4.e.(153) del cuestionario presentado por el apoderado de la parte convocante. Según la respuesta del perito tales obras tuvieron un valor, en pesos de junio de 1994 de doscientos ochenta y ocho millones novecientos noventa y cuatro mil novecientos ochenta y nueve pesos (\$288'994.989), que en pesos corrientes representan seiscientos cincuenta y nueve millones ciento seis mil

doscientos cuarenta y dos pesos (\$ 659'106.242), cantidad que se le suman los intereses hasta mayo 31 de 2004, que ascienden a la suma de quinientos veintinueve millones trescientos treinta y siete mil quinientos cuarenta pesos (\$529'337.540), para un total de mil ciento ochenta y ocho millones cuatrocientos cuarenta y tres mil setecientos ochenta y un pesos (\$ 1.188'443.781), suma de dinero que el tribunal no puede reconocer en virtud de que tales obras son precisamente del resorte del concesionario, cuando aceptó rehabilitar en forma total este sector y, así mismo, cuando asumió el riesgo constructivo durante la etapa de operación y mantenimiento de la vía.

2.5. Análisis jurídico de la controversia.

En conclusión, en lo relativo a las alcantarillas, el tribunal estima que el concesionario se obligaba a su refacción o reconstrucción, cuando ello es absolutamente necesario durante la operación de la concesión, toda vez que asumía el “riesgo constructivo”. En consecuencia, no puede el concesionario ahora pretender que el Invías este obligado a la rehabilitación o reconstrucción de tales obras de drenaje.

Como el tribunal parte del principio del “riesgo” dentro de lo previsible, es necesario estudiar si tal condición se previó, esto es, si se dio o cumplió la condición de recibo de las alcantarillas en buen estado, según las afirmaciones dadas por los pliegos de condiciones, memorial de evidencias y hechos fácticos que conducen a la estructuración de la propuesta.

Que las obras de drenaje se entregaron en buen estado se deriva de varios documentos contractuales :

1. El pliego de condiciones menciona que las obras de drenaje del sector de Río Palomino - Paraguachón se encuentran en buen estado, “Las obras de drenaje mayores y menores construidas en la vía garantizan la evacuación de la escorrentía a través de ella y en su mayoría están en buen estado”... Y se procede a considerar que tan solo requieren trabajos de mantenimiento y conservación. (cuaderno de pruebas 2, fls. 00497) (negrillas nuestras).

Bajo este supuesto “previsible” se estructura la propuesta.

2. El contratista en su oferta, entretanto, en relación con las obras de drenaje, manifiesta en el acápite denominado sistemas de drenaje lo siguiente:

“Aunque los pliegos de condiciones afirman que las obras de drenaje poseen la capacidad suficiente para evacuar las aguas y que se encuentran en buen estado, solamente durante la etapa del diseño definitivo, mediante un inventario físico detallado se podrá determinar su estado, funcionamiento y trabajos por ejecutar para la rehabilitación.

El inventario físico incluirá entre otros aspectos los siguientes:

Localización.

Dimensiones.

Estado de cuerpo de la obra.

Dimensiones y estado de los cabezotes, aletas, estribos.

Capacidad hidráulica.

Estado y drenaje del fondo de la obra.

Típo, estado y funcionalidad de los encabezamientos de las aguas (encoles, descole).

Empozacimientos.

Cunetas, estado y operación.

Trabajos requeridos y cuantificación de los ítems de obra (fls. 00804, del cuaderno 2).

Precisamente ese inventario físico se dio para la fecha de entrega de la obra y concretamente en el acta de entrega de la vía de la carretera Río Palomino - Río hacha - Paraguachón, de fecha 24 de marzo de 1995 (fls. 3527 a 3591, del C. de P. 9), documento suscrito por el gerente de la concesionaria, el director del Inviás y el interventor delegado. En dicho inventario se menciona el Estado de los drenajes y se mencionan las observaciones generales de las obras. Precisa el tribunal que el concesionario acepta recibir las obras en buen estado en su absoluta mayoría y tan solo se relacionan 4 en mal estado.

Afirmación que corroboraba el cumplimiento casi absoluto de la condición inicial sobre la que se estructuraban “los riesgos” posteriores a ser “asumidos”.

Cree el tribunal que el hecho de conocer si 1 o 40 alcantarillas estaban en buen estado, servía al proponente para determinar la estructura de costos desde el origen del contrato, y no llevarse a engaños durante la ejecución del contrato. Correspondía al contratista revisar la información suministrada en los términos de referencia para estructurar su propuesta, sabido como es que el riesgo constructivo sería de su resorte y, adicionalmente, que le correspondía rehabilitar la vía.

Sobre el tema recogemos in integrum las palabras de Raúl Enrique Granillo Ocampo, cuando expresa:

“22. El error. Según la doctrina clásica, el consentimiento, para tener efectos jurídicos, debe ser expresado con discernimiento, intención y libertad. El tema del error aparece ligado a la idea de voluntad en el sentido en que el problema del error consiste en determinar hasta que punto la voluntad por él afectada sigue vinculado el acto producido con el sujeto que lo emitió.

En derecho romano conoció bajo el nombre de error calculi, dos tipos de situaciones bien diversas (Codez, Libro II, Título 5, Ley 1ª. Digesto, Libro 49, Título 8, Ley 11): el error computationis (error cometido en las operaciones aritméticas de cálculo) y el error calculi con referencia a la cantidad (error en los conceptos y circunstancias determinantes de la cantidad). Si bien el primero no incide en la voluntad el segundo sí. Al primero se le aplica lo que hoy conocemos como error aritmético o de cuenta, mientras al segundo constituye un error de cálculo que tiene alcance y consecuencias jurídicas según los distintos supuestos⁽¹⁵⁴⁾.

El error en nuestro derecho civil. nuestra legislación civil adoptó el concepto de que el error puede invocarse solo por la parte que lo ha sufrido (C.C., art. 1158,) y siempre y cuando ese error no provenga de una negligencia culpable (C.C., art. 929). Es la consagración legal del principio romano de que nadie puede alegar su propia torpeza (*quod propriam turpitudinem allegans non est audiendus*).

(...).

El error en nuestro derecho administrativo. Si bien se acepta de manera general que los principios sentados en el derecho civil se aplican a los contratos de la administración, ello es así en tanto y en cuanto ellos no contradigan normas expresas de derecho administrativo o la sustancia propia de estos contratos ⁽¹⁵⁵⁾. En este sentido, cabe recordar que en estos contratos el eje se ha desplazado de primacía de la voluntad de las partes, hacia el interés público que el contrato busca satisfacer. Este interés público obliga a atribuir prioridad a la estabilidad del contrato en mucha mayor medida que en el derecho común, lo que se traduce en el rechazo del error, aun en circunstancias en que sería aceptado por el derecho común. Dicho en otras palabras... el error no funciona como causa de anulación de los contratos administrativos, sino como causa eficiente para su revisión⁽¹⁵⁶⁾.

Precisamente la ley de obras pública Argentina precisa en sus artículos 37 a 39, que “el contratista no podrá, bajo pretexto alguno de error u omisión de su parte, reclamar aumento de los precios fijados en el contrato”, ni “tendrá derecho a indemnización por perjuicios ocasionados por su error”.

En derecho administrativo el error no ocasiona para el afectado las mismas consecuencias jurídicas del derecho común. Para los que razonan diferente, según Granillo “Es una repetición más de la confusión hacer juzgar al riesgo y ventura dentro de la teoría del incumplimiento (el error permite extinguir el contrato sin responsabilidad), cuando su ámbito de actuación es dentro de la teoría de los riesgos sobrevenidos (¿fue o no un riesgo asumido por el contratista? Si lo fue debe soportarlo. Si no deberá pedir restauración del desequilibrio (invocando para ello la imprevisión, las sujétions imprévues, etc.), pero no extinguir el contrato. La forma en que el riesgo y ventura ha

sido legislado en la ley de obras públicas, hace desaparecer toda posibilidad jurídica de oponer el error como vicio del consentimiento para anular el contrato, conclusión a la que arriba casi pacíficamente la doctrina y jurisprudencia españolas en la aplicación de una norma similar”(157) .

La parte que incurre en error de hecho sobre los datos y circunstancias de la obra (p.ej. calcular como metros lineales items pensados en metros cúbicos; no valora adecuadamente elementos que inciden en el precio; errónea interpretación de los planos; etc.), está, en mérito a las expresas disposiciones legales mencionadas, obligada a asumir las responsabilidad por su error”(158) .

No puede pues su propia negligencia servir de soporte para solicitar reconocimiento y pago de extracostos dentro de obligaciones que eran de su resorte y menos aún eludir las obligaciones propias del contrato de concesión. Pero en todo caso el pliego de condiciones puede conducir al error en la elaboración de los presupuestos que determinan “la ecuación del riesgo constructivo” desde el inicio, toda vez que el contratista no concibió, en virtud de la información suministrada en el caso *sub júdice*, obras mayores de drenajes al inicio de las actividades

El perito precisamente menciona lo siguiente:

“De las 18 alcantarillas inspeccionadas, dos (2) se encuentran en buen estado de conservación, siete (7) presentan corrosión, pero(159) no presentan fallas ni perforaciones y nueve (9) están en mal estado, con corrosión, fallas y/o perforaciones” (fl. 04016 del C. de P. 11).

Y así mismo afirma, “... en las alcantarillas metálicas no se encuentra evidencia de que hayan recibido atención, por parte del concesionario, al estado de la lámina y a la capa de protección”.

Debe reparar pues el concesionario las obras de drenaje que fueron censadas por el estudio de hidroconsulta y las revisadas por el señor perito, puesto que las labores constructivas de reparación de la vía son del riesgo y resorte del concesionario, máxime que el peritazgo pudo comprobar, como lo hicieron los señores árbitros en la inspección judicial, que faltaba mantenimiento periódico a los drenajes del sector Río Palomino - Paraguachón. y fundamentalmente los drenajes observados entre Ríohacha y Paraguachón (Ver anexo Fotográfico del Dictamen Pericial a Folios No.004152 a 004154, 004165 a 004167, 004169 a 004171). El contratista debe pues, efectuar las reparaciones que sean de su resorte y efectuar los mantenimientos a que esta obligado, según los requerimientos de los reglamentos de vías y de la concesión, teniendo en cuenta, se insiste, asumió el “riesgo constructivo” de reparar y mantener en buen estado la vía entregada.

Ahora bien, tan solo podría mencionarse que existía error en los pliegos, fundamento para estructurar su oferta y considerar la estructura financiera en las inversiones iniciales, en relación con las 4 obras de drenaje que las partes declaran en forma clara que se entregan en mal estado y que habrían de requerir labores mayores o incluso aquellas que al contrario de lo afirmado en los pliegos no garantizan la evacuación de la escorrentía y es absolutamente imprescindible ejecutar obras mayores.

Pero lo anterior llevaría a pensar que la ecuación del riesgo previsible se alteraría tan solo en relación con las 4 alcantarilla ya referidas, declaradas en mal estado, y que por tanto afectarían la ecuación contractual de las partes por “error inducido” o indebida información de los pliegos de condiciones(160) . Situación que como lo afirma en su magnífico ensayo el profesor Granillo, da lugar al restablecimiento de la ecuación financiera o económica del contrato y no propiamente a solicitar su incumplimiento.

En su debida oportunidad precisará el tribunal si cabe declarar el restablecimiento de la ecuación contractual, en relación con trabajos mayores de rehabilitación con respecto a estas 4 alcantarillas.

3. Del sector del rio piedras.

En este punto la controversia básicamente surge de las consideraciones jurídicas sobre “alea” imprevisible, en razón de la fuerza mayor, el caso fortuito. Por lo tanto, el tribunal abordará, a continuación, su estudio con el fin de precisar si, en el asunto sub lite, se estructuran los fenómenos invocados para deducir de allí la causal eximente de responsabilidad y delimitar el “riesgo” en cabeza de la convocada, todo ello de conformidad con la naturaleza del contrato de concesión.

3.1. La fuerza mayor. El caso fortuito. La imprevisión.

3.1.1. Generalidades. La fuerza mayor, el caso fortuito y la imprevisión son figuras jurídicas que corresponden a fenómenos diversos, de contextura distinta y, por supuesto, de implicaciones desemejantes en el campo del derecho.

La doctrina ha visto en el caso fortuito o la fuerza mayor una causa justificativa de incumplimiento de los plazos, también de inculpabilidad y, por lo mismo, de inculpabilidad eximente de responsabilidad.

Tanto la fuerza mayor como el caso fortuito se utiliza en la teoría contractual de la administración.

De origen civil y definición legal, se ocupó de ella la Ley 95 de 1890 para describirla en el artículo 1º como el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por funcionario público.

“Desde principios de siglo se le restó importancia diferencial a pesar de que ambas figuras, que juntas nacieron, siempre juntas caminaron y juntas continuaron en los sistemas legales de Colombia, Francia, Argentina, Perú, entre muchos países.

“Pero al escudriñar la doctrina de su semejanza, se provocó su divorcio para precisar su alcance, delimitar sus efectos, concretar sus zonas de influencia, fijar responsabilidades y, de todas formas, para imputar su autoría” (Jaime Ossa Arbeláez. “Derecho Administrativo Sancionador”. Ed. Legis. Bogotá. 2.000. Pág. 354).

3.1.2. De la doctrina y la jurisprudencia.

La doctrina de la fuerza mayor concuerda en afirmar que ella se circunscribe “a un acontecimiento ajeno a la persona y a la voluntad de quien la invoca y de manera tal que esa relevante circunstancia representa una traba insalvable para el cumplimiento de una obligación.

“En la fuerza mayor el acontecimiento impeditivo tiene origen en la propia naturaleza y aún en los actos del hombre cuando estos sean obra de un tercero. “No hay por parte del agente aporte causal consciente y controlable en el resultado. Se está ante una inexistencia de acción porque la persona no ha participado en su producción ni sociológica ni causalmente”.

Características sobresalientes de esta figura son: Imprevisible por que no pudo humanamente ser sabido con anterioridad por el obligado. Extraordinario en cuanto que su ocurrencia escapa a cualquier previsión e inevitable ya que a ese acontecimiento no puede resistirse.

Semejantes peculiaridades, que también son privativas de la figura en el campo del derecho civil, sufren una modificación en el terreno del derecho administrativo si se considera que la noción de inevitabilidad no tiene el rigor que algunos le proponen. Refiere al respecto Miguel Marienhoff, que el Consejo de Estado de Francia fue quien estableció, en el año de 1932, esta nueva noción en el derecho público. El carácter de irresistible se torna en definitivo para efectos de la responsabilidad (Jaime Ossa Arbeláez. *Ibídem*, pág. 354).

La irresistibilidad, referida a la inevitabilidad de su acaecimiento, es una de las notas más sobresalientes en la contratación administrativa. Para respaldar la inejecución del contrato se recurre al carácter de insuperabilidad e irresistibilidad de la fuerza mayor.

La fuerza mayor insuperable puede justificar la inejecución del contrato y la que aún sin tener dichas características puede transformar definitivamente el equilibrio del contrato.

Es incontestable el fundamento fenomenológico de la fuerza mayor como fuente eximente de responsabilidad en el derecho contractual. Hechos de la naturaleza, como el naufragio, el terremoto, las inundaciones, la sequía, la tempestad, el maremoto, las plagas etc., constituyen fenómenos naturales que alteran la vida contractual de las personas y el equilibrio económico de sus relaciones.

En la estructura de los fenómenos que se invocan con apoyo de la fuerza mayor, la característica de extraordinaria

es fundamental. Es decir, si los acontecimientos que dan lugar a apelar a la fuerza mayor, como medio extintivo de una obligación, son de regular ocurrencia o de común suceder en determinadas épocas del año o en la zona en donde acaecen, pues el asunto no tiene trascendencia liberatoria en las obligaciones y, por consiguiente, no puede solicitarse válidamente .

Dicho en términos más concretos: En una relación contractual la parte que deba cumplir una determinada prestación puede quedar liberada de su cumplimiento si la imposibilidad de llevarla a cabo se generó en la fuerza mayor, pues ese hecho implica un obstáculo insuperable para el contratante que lo sufre.

A más de las notas características del fenómeno y que atrás se indicaron, también la doctrina ha señalado las siguientes: El acontecimiento debe ser exterior, imprevisible e inevitable.

El concepto de ajeno, extraño o exterior de la fuerza mayor, que como característica se predica de la figura cuando se refiere a hechos que no responden a una acción humana, comprende, sin duda alguna, los llamados hechos naturales. En este mismo sentido pueden citarse los siguientes fallos del Consejo de Estado: Sección Tercera, Exp. 10846, M.P. Jesús María Carrillo:

“La Sala ha precisado que la fuerza mayor es causa exterior, externa al demandado, que lo exonera de responsabilidad en ciertos casos. Lo que si está claro es que la ola invernal registrada a fines de 1989 y junio de 1990 fue tan evidente que testigos de parte y parte así lo admitieron. Y para poder afirmar que un invierno intenso es capaz de provocar desbordamiento y erosión, la Sala no requiere de prueba, pues la experiencia enseña, y las leyes de la naturaleza lo explican, que la intensidad deletérea de las corrientes hídricas se pueden ver considerablemente aumentadas por causa del invierno. Y que la intuición del juez, junto a una valoración razonable, da lugar en cada caso a la determinación de la proporcionalidad en la causación de los hechos dañinos. Entonces valga destacar simplemente que en el caso que aquí se examina el fallador de instancia, al reducir en un 35 o/o la responsabilidad como concurrencia del invierno, actuó con criterio razonable”(161) .

En igual sentido están los fallos de la Sección Tercera, Exp. 12.099 del 27-07-2000 y Exp. 2819, del 24-05-2001, M.P. Alier Hernández o de la Sala de Casación Civil de la CSJ, Exp. 5475, del 23-06-2000, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo J.

3.3. De los hechos constitutivos de la fuerza mayor.

En el asunto sub judice las partes han aceptado el hecho de la naturaleza que originó la invocación de la figura jurídica de la fuerza mayor. También está relatado en la prueba testimonial, analizado, así mismo, por la pericia y con evidentes connotaciones de hecho notorio.

El desbordamiento del Río Piedras, la avalancha que anegó una amplia zona del tramo en concesión arrasando fincas y sembradíos, representó, en sentir de algunos, una verdadera catástrofe impredecible. El 14 de diciembre de 1999 se repitió lo que hacia más de treinta años había ocurrido.

De otro lado, la imprevisibilidad del hecho trastornó significativamente las relaciones contractuales dado que incidió, de manera inequívoca, en el equilibrio del contrato administrativo.

3.3.1. Por las pruebas recogidas en el expediente, sugeridas en párrafos anteriores, cree el tribunal que no estuvo en manos del concesionario prever la ocurrencia del hecho, medir sus consecuencias, calcular el daño y sopesar razonablemente los puntos vulnerables del acontecimiento. No se trató, como equivocadamente se afirma, del ocasional aumento del caudal del río como que si se estuviera familiarizando con un hecho que cíclicamente aparece en la región. Lo extraño del fenómeno impidió que alguien lo comparara con otro de similares características.

Y es que, en verdad, el sensato análisis pericial revela cómo fue de dispendioso emprender el estudio del complejo comportamiento del río en su historial recorrido. Sin embargo ilustró, en el escrito evaluativo, estas afirmaciones: “El mes de diciembre de 1999, presentó una precipitación total de 798.9 milímetros en la estación de San Lorenzo (Río Piedra); el mes más cercano en precipitación durante 33 años de registros de la estación de San Lorenzo, fue el mes de septiembre de 1994, con 654.0 milímetros, lo que indica que la precipitación de diciembre de 1999, fue

22% más alta que la inmediatamente inferior, septiembre de 1994” (Se resalta por el tribunal).

Y para reforzar la exposición, valga transcribir a continuación lo que el mismo Ingeniero Javier Restrepo Toro consignó en el dictamen pericial del 3 de octubre de 2003, a folios 14, del cuaderno correspondiente: “Del estudio del Ingeniero Andrés Navas que se adjunta como anexo al presente informe, se extractan dos temas: La creciente de diciembre 14 de 1999 y las conclusiones:

“Creciente de diciembre de 1999

La información sobre niveles alcanzados por la creciente de esta fecha indica unos niveles muy superiores a los máximos esperados para la creciente de 100 años. Estos valores están documentados en fotografías que muestran niveles del río por encima de la rasante y en información de vecinos y huellas de agua encontradas. Existen documento del IDEAM y de la empresa Metro Agua que opera una bocatoma para el acueducto de santa Marta en el Río Piedras que confirma la presencia de niveles superiores a los esperados en las cuencas de los ríos Piedras y Manzanares y Guachaca en esa fecha, no obstante que la precipitación de ese día en la estación de San Lorenzo y otras estaciones de la zona como Jirocasaca y Vistas Nieves, aunque registran valores altos, no permiten asociar los caudales y niveles asociados con eventos normales dentro de una serie de eventos máximos” (Se resalta por el tribunal)

“Las informaciones de los rastros de la creciente indican que en la Revuelta el nivel del río alcanzó la cota 93, es decir, más de 4 metros por encima del valor calculado para la creciente de 100 años. Es posible que se hayan presentado derrumbes en la parte alta de la cuenca que hayan originado avalanchas al romperse represamientos formados.

Conclusiones

El Río Piedras presenta unos valores altos de caudales extremos dado lo pendiente de la cuenca. Estos resultados se observan en todos los ríos que nacen en la Sierra Nevada.

Los caudales esperados para diferentes períodos de retorno en el cauce del Río Piedras aguas debajo de la confluencia de la quebrada Jordán presentados en el cuadro 5 tiene una justificación en las características morfométricas de la cuenca y en las tormentas extremas registradas en las estaciones de lluvia.

No obstante la magnitud de estas crecientes, el día 14 de diciembre de 1999 se presentaron caudales y niveles que desbordaron estos valores, lo cual indica que esta creciente tuvo un comportamiento adicional a la variabilidad estadística normal. Esta creciente tiene componentes extraordinarios que no permiten asociarla con un período de retorno, puesto que en su manifestación debieron influir otros aspectos que no pueden asociarse con la metodología de un manejo de eventos extremos originados en la variabilidad normal de fenómenos meteorológicos” (Se resalta por el tribunal).

Y más adelante agrega que el hecho de que tres precipitaciones superiores a la del 13 de diciembre de 1999 no hubieran causado los efectos de esta, hace pensar que en la fecha mencionada se pudo presentar una retención de las aguas del río por una alud u obstáculo semejante y luego se hubiera producido una avalancha pero no se dispone de información que permita asegurar este hecho.

3.3.2. El director de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena, doctor Orlando Cabrera Molinares, rindió testimonio ante el tribunal el día 28 de agosto de 2003(162) , y se refirió así a lo ocurrido el 14 de diciembre de 1999:

“En el 99 ocurrió un desbordamiento de los ríos, ni siquiera fue del Río Piedras sino de los ríos que están sobre la sierra y que van sobre la carretera Santa Marta - Ríohacha, el Río Piedras sufrió un desbordamiento el cual salió completamente de su cauce normal, hubo represamiento de agua, de tal forma arrasó con fincas, con cultivos, incluso pasó el nivel de la carretera, es catástrofe impredecible porque la última que sucedió fue hace más de 30 años, y vuelvo y digo no solo se desbordó el Río Piedras, fueron todo estos ríos que están en este sector, como es el río Guachaca, como es el río Palomino, son 6 ríos que están en esa parte de la sierra nevada, que todos se desbordaron, siendo el de mayor incidencia el del Río Piedras”.

Después, el mismo testigo manifestó que la avenida del Río Piedras fue un hecho notorio en toda la región.

3.3.3. El 24 de diciembre de 1999(163) , el concesionario, en cumplimiento de lo previsto en el contrato sobre fuerza mayor o caso fortuito, informó al subdirector de concesiones del Invías sobre la ocurrido sobre el Río Piedras el día 14 del mismo mes. En dicho documento, además, le advierte que de ese hecho ya tienen conocimiento la regional del Invías del Magdalena y la interventoría del proyecto.

3.3.4. Mediante memorando SCO-002904 de 2001, dirigido a la jefe de la oficina de planeación, el subdirector de concesiones afirmó que la vía Santa Marta - Río Palomino había sido afectada por causas no imputables al concesionario, entre ellas una avalancha del Río Piedras.

Y ya en el memorando 041674 de 15 de diciembre de 2000 dirigida a la subdirectora de conservación, el mismo funcionario había advertido que la carretera Santa Marta - Paraguachón se había visto afectada en particular por dos situaciones imprevistas, una de las cuales consistía en que el Río Piedras había erosionado la margen izquierda comprometiendo el talud que le da soporte a la vía en longitud aproximada de 500 metros, lo que podría llegar a afectar el carril derecho de la vía. Agregaba que, la interventoría había conceptuado que de ocurrir otro evento similar podría causarse una destrucción total o parcial de la vía.

Todo esto confirma la seriedad y ponderación de la testificación jurada del doctor Orlando Cabrera Molinares rendida ante el tribunal el día 28 de agosto del año 2003 y que, en su parte pertinente, precisó: “En el 99 ocurrió un desbordamiento de los ríos, ni siquiera fue del Río Piedras sino de los ríos que están sobre la sierra y que van sobre la carretera Santa Marta - Río hacha, el Río Piedras sufrió un desbordamiento el cual salió completamente de su cauce normal, hubo represamiento de agua, de tal forma arrasó con fincas, con cultivos, incluso pasó el nivel de la carretera, es catástrofe impredecible porque la última que sucedió fue hace más de 30 años, y vuelvo y digo no solo se desbordó el Río Piedras, fueron todo estos ríos que están en este sector, como es el río Guachaca, como es el río Palomino, son 6 ríos que están en esa parte de la sierra nevada, que todos se desbordaron, siendo el de mayor incidencia el del Río Piedras”.

Por consiguiente, resultó imprevisible para el concesionario el hecho de la naturaleza registrado el 14 de diciembre de 1999 y consecuentemente esto trae aparejada una causal liberatoria de responsabilidad en los términos convenidos en la cláusula vigésima séptima del contrato principal 445 de 1994.

Nulla est major probatio, quam evidentia rei. No hay mayor prueba que la evidencia de las cosas.

En este orden de ideas la cláusula vigésima séptima, mencionaba:

“Fuerza mayor o caso fortuito. El concesionario quedará exento de toda responsabilidad por cualquier daño o dilación del proyecto durante la ejecución de este contrato, pero sin derecho a indemnizaciones por pérdida de utilidades, cuando con la debida comprobación se concluya por el Instituto Nacional de Vías que tales hechos son el resultado de caso fortuito o fuerza mayor al tenor del artículo primero de la Ley 95 de 1890, o de situaciones imprevistas no imputables al concesionario, de conformidad con el artículo 5° de 1983. En este caso los gastos que demanden las reparaciones o construcciones de las obras afectadas serán por cuenta del Instituto Nacional de Vías”.

3.4. Del análisis jurídico de la controversia.

Con estos alcances normativos y del principio exonerativo, debe el tribunal efectuar el análisis de la imprevisión que irradia del hecho de la fuerza mayor, como el que se debate en el proceso. Como ya se dijo, al inicio de las consideraciones jurídicas, existen hechos en relación con las obras que se encuentran dentro del resorte del contratista y que se ve obligado a realizar como consecuencia de la teoría de la imprevisión, y la pregunta que surge en este contexto hipotético, es a quién compete el riesgo creado por la situación sobreviniente? Esto es, dentro la dinámica de la estructuración de riesgos que es esencial al contrato de concesión a quien corresponde el riesgo por hechos constitutivos de fuerza mayor no previstos. Si bien existía la duda, ya se vio cómo del acervo de jurisprudencia y de la doctrina, se pudo colegir que los hechos que surgen de la teoría de la imprevisión no pueden estar dentro de los “riesgos” asumibles y estimados de antemano por el concesionario(164) . Adicionalmente el contenido de la cláusula vigésima séptima, también no deja duda alguna que las partes dejaron por fuera la

imprevisión derivada de la fuerza mayor, ya fuere incluso para afectar las obras del resorte claro de los riesgos normales, lo que hace concluir al tribunal que aún con mayor razón lo es para las obras no previstas y que se hace necesario contemplar para la estabilidad del proyecto, como sería el caso del peligro inminente en que se colocaría la obra en razón de las obras que requiere la protección del margen derecho en donde el río piedras puede crear condiciones de peligro en la estabilidad de los taludes de la vía.

Igualmente y para ahondar en razones, al revisar los pliegos de condiciones, la oferta, el contrato 445 de 1994 y sus adiciones, no aparece que el concesionario se hubiera obligado a construir obras de protección en el sector en que el Río piedras corre paralelo a la carretera. Al respecto, el señor perito técnico en la respuesta a la solicitud de aclaración de la pregunta 4(165), formulada por el apoderado de la parte convocante, manifestó:

“El perito técnico no encontró en el pliego de condiciones para la licitación 095 de diciembre de 1993, ni el pliego para la invitación directa al concesionario para presentar de julio de 1994, ninguna mención a la existencia de obras de protección para la vía a lo largo del sector de 9,6 km entre PR 21+ 500 hasta el puente de la Vía sobre el Río Piedras, en el PR 31 + 150, en los que el Río corre paralelo a la vía; tampoco se encontró requerimiento al concesionario para estudiar si era necesario construir obras de defensa para proteger la carretera antes crecientes extraordinarias del Río Piedras, o socavación de taludes por parte del mismo” (resaltado por el tribunal).

3.4.1. Riesgo previsible e imprevisible.

Aclarado el tema de los diseños a que estaba obligado el concesionario y los trabajos de mantenimiento y operación, cabe preguntarse si dentro de esos estudios también se requería un estudio del tema hidrológico del Río Piedras y más concretamente en el sector que va unido a la vía? La respuesta no puede ser otra que la afirmativa, esto es, el concesionario estaba obligado a dicho estudio y en consonancia con sus conclusiones, se debían efectuar los correspondientes trabajos de rehabilitación y previsiones para la operación y mantenimiento de este sector. Lamentablemente ello no ocurrió así, toda vez que aún quedan trabajos pendientes por realizar en este sector, tal como se pudo constatar en la inspección judicial (ver fls. 004265 y anexo fotográfico 04283 y 004284).

En esta medida, cómo determinar hasta donde debían preverse obras de protección del talud y de drenajes para eventuales eventos o no, sin ruta para precisarlo? Pero en todo caso independientemente de tal hecho, para todos es claro que la rehabilitación de la vía era del resorte exclusivo del Invías, el tema era importante determinarlo para la fecha de suscripción de los convenios adicionales, toda vez que al estar obligado el contratista a rehabilitar dicho sector en razón fundamentalmente del contrato llave en mano, hubiese sido de su resorte la ejecución de tales trabajos con anterioridad a los acontecimientos constitutivos de la fuerza mayor. Pero, habida consideración que la rehabilitación de la vía en lo que quedare pendiente como sector era y es del resorte del contratista y habida consideración que según el acervo probatorio existió un hecho imprevisible que denota caso fortuito o fuerza mayor, es dable concluir que las nuevas circunstancias de protección que requiere la vía son del resorte exclusivo del Invías.

En conclusión, lo que era previsible como obras de protección sin el acaecimiento del hecho de desviación del río con anterioridad al evento del año 1999, era del resorte del contratista y, por el contrario, aquellas que lo son con posterioridad, esto es, como obras nuevas necesarias para la protección del talud, son de plena responsabilidad del Invías, ya que entran en el riesgo no trasladado para esta primera generación de concesiones viales, lo que fue estipulado precisamente en el texto del respectivo contrato principal. Cabe pues efectuar un estudio de tales situaciones y determinar que debían contemplar los diseños originales como obras de protección normal, sin la ocurrencia de avenidas o impactos sobre la vía de un río alejado de la transversal y cabe también efectuar el análisis de los nuevos trabajos de drenajes y protección de talud que se requieren para prever la ocurrencia de creciente mayor histórica, tal como lo ha hecho el señor perito en este proceso.

En este orden de ideas, las obras existentes con anterioridad y entregadas para el mantenimiento y operación al concesionario a partir del mes de abril de 1996, y que carecen de mantenimiento adecuado, según lo preciso el señor perito y se pudo constatar en la respectiva inspección judicial, son del resorte exclusivo del contratista, quién está abocado a su respectiva obligación contractual; en igual forma, esta compelido a realizar las obras previsibles, sin la existencia del fenómeno hidráulico, con anterioridad al mes de noviembre de 1999, para la debida estabilidad de la vía, por cuanto estaba dentro de sus obligaciones de rehabilitación, de conformidad con los convenios

suscritos.

De conformidad con todo lo expuesto y en relación con este punto, concluye el tribunal que la obligación de realizar los estudios era del absoluto resorte de la concesionaria, y como se dijo, si bien podría existir dudas sobre si la obligación había surgido ab initio, esta se disipa después de la suscripción de los contratos adicionales 3 y 7.

Igualmente se puede concluir que en virtud de tales estudios y diseños definitivos fase III, requeridos para las obras de drenaje, manejo de escorrentía, protección normal de taludes de dicho sector, confección de obras generales de rehabilitación a que se había obligado en la protección normal en las condiciones del río, alejado de la vía y sin mayores consideraciones de peligro, eran y son del resorte exclusivo del concesionario, toda vez que se obligó desde el mes de marzo de 1998 a efectuar en forma completa y esencial, según lo que tuvo a bien en definir como rehabilitación el tribunal en todo el sector objeto de debate: Santa Marta - Río Palomino.

En esta medida, cómo determinar hasta donde debían preverse obras de protección del talud y de drenajes, escorrentías y demás obras que se derivaban de la rehabilitación? Obviamente de los diseños definitivos que debía entregar el concesionario y que la Interventoría DIS Ltda. afirma haber recibido. Si dichos diseños no incluyen las labores básicas que correspondían al trabajo de rehabilitación, nuevamente se estaría ante un flagrante incumplimiento de la obligaciones contractuales tanto para el concesionario que se obligó a entregar los diseños, como para la interventoría que recibió algo incompleto y, por el contrario, se abstuvo en requerir la entrega de lo debido y requerido para el proyecto. Amén de lo anterior, se debe recordar que para que tales diseños tengan toda la condición de cumplimiento deben estar debidamente aprobados por el jefe de concesiones del Instituto Nacional de Vías, hoy INCO, en virtud de la ley, según lo determinan los contratos adicionales,

Puesto que la rehabilitación de la vía en lo que quedare pendiente como sector era y es del resorte del contratista e igualmente teniendo en cuenta que según el acervo probatorio existió un hecho imprevisible que denota caso fortuito o fuerza mayor, cuyo riesgo asumible es ajeno al concesionario, es dable concluir que las nuevas circunstancias de protección que requiere la vía son del resorte exclusivo del Invías.

El tribunal pudo constatar así, a título de ejemplo, durante la inspección judicial (ver cuaderno principal 1, fls. 000340 al 000366 y su anexo fotográfico y filmico del cuaderno de pruebas 7, fls. 002569 al 002603), que no existen obras esenciales de manejo de escorrentía y drenajes en varios sitios del sector de Río Piedras del que se viene hablando y que corresponden incluso a actividades de mantenimiento, hecho que es resaltado también por el señor perito.

Toda vez que del acervo probatorio se desprende que la Interventoría DIS Ltda. dice haber recibido los diseños definitivos, declaración que este tribunal, según las pruebas aportadas por las partes, no puede desconocer gratuitamente, se da por sentado que existen los diseños definitivos a ejecutar en este sector y son perfectamente previsibles las obras; situación que debe ser corroborada por la dirección de concesiones del INCO al dar su aprobación a los diseños definitivos, como es su obligación contractual, según se ha precisado en este laudo. De no ser ello así, se reitera, tanto el concesionario, como el interventor, estarían incumpliendo sus correlativas obligaciones.

Se concluye, en consecuencia, que las obras existentes o efectuadas en este sector con anterioridad al año de 1999 y que carecen de mantenimiento adecuado, según lo preciso el señor perito(166) , son del resorte del contratista y esta abocado a su respectiva ejecución. Como también lo está a la realización de las obras de rehabilitación previsibles y de la esencia del objeto contratado, según los parámetros dados en el concepto de rehabilitación, sin la existencia del fenómeno hidráulico acaecido al mes de noviembre de 1999, por cuanto estaban dentro del resorte de sus obligaciones derivadas de la rehabilitación a precio global o llave en mano, según la denominación dada por las partes al contrato adicional 7. Pero así mismo, las mayores obras de protección, tanto en cantidad como en dimensión, que se hace necesario ejecutar para proteger la vía en el sector del Río Piedras, en razón de los hechos constitutivos de lo imprevisible - la fuerza mayor - corresponden al Invías y así se dirá en la parte resolutive de este laudo, tratando en lo posible de dar las premisas fundamentales que deben tenerse en cuenta para determinar las obligaciones de cada una de las partes.

4. De la generación de energía eléctrica en la caseta Alto Pino

4.1. Antecedentes.

4.1.1. En un principio se previó que las casetas de peajes funcionarían en sitios donde existe las redes de energía eléctrica que permitieran la operación de los equipos y las maquinas necesarias para el cobro del peaje, pero así se previó que el contratista debía asegurar una planta de energía para atender las emergencias.

4.1.2. Posteriormente, mediante Resolución 452 del 29 de enero de 1996, por diversas causas que no es menester analizar ahora, el Instituto dispuso reubicar la caseta de peaje que estaba inicialmente proyectada para el sector Ríohacha - Cruce el Pájaro, en el sitio llamado Alto Pino, hasta el cual no llegan redes de energía eléctrica. Todo lo anterior fue verificado por el tribunal en la inspección judicial llevada a cabo en la carretera.

4.1.3. Por medio del contrato adicional 5(167) , el instituto autorizó el pago de obras complementarias al concesionario, entre ellas, los costos de suministro, transporte e instalación de una planta eléctrica para el peaje del Alto Pino, por valor de \$ 26.404.760, en pesos de junio de 1996. En relación con la cancelación de este valor, se encuentra el memorando SCO(168) de fecha 1º de julio de 1998 dirigido por el supervisor del contrato 445 de 1994, al subdirector de concesiones, en el cual le informa el valor a cancelar por la mencionada planta eléctrica, valor que es el mismo que ya se hizo constar.

4.1.4. Mediante oficio SCO 021605 de septiembre 20 de 199, dirigido por el subdirector de concesiones a la gerente de la concesión Santa Marta - Paraguachón S.A., el Invías, en relación con la reclamación sobre las plantas eléctricas, aceptó que como la red eléctrica no se encontraba disponible en el sitio Alto Pino, debería reconocerse el suministro de la planta adicional.

4.1.5. El 28 de octubre de 1996, empezó a funcionar una segunda planta eléctrica en el mismo sitio de Alto Pino. Tanto esta como la primera, fueron autorizadas y pagadas por el instituto al concesionario.

4.1.6. No sobra advertir que, como lo verificó el doctor Roberto Arias Estefan(169) en su experticia, ni en los documentos contractuales, ni en la oferta del concesionario, existía la obligación del concesionario de generar energía eléctrica de manera permanente.

4.1.7. De acuerdo con el peritaje eléctrico(170) , en la caseta Alto Pino, el concesionario ha generado energía eléctrica, a la fecha del dictamen, durante dos mil setecientos trece días (2.713).

4.1.8. En relación con el supuesto sobredimensionamiento de las plantas de energía, cabe observar lo siguiente:

En primer lugar, fue el propio Invías el que autorizó la compra de tales equipos y reconoció y pagó su valor al concesionario. Mal podría, entonces, ahora sostener que estaban sobredimensionadas y que a pesar de ello autorizó su adquisición y funcionamiento.

De otra parte, el doctor Roberto Arias Estefan(171) , descarta, al aclarar y complementar su dictamen, que las plantas estén sobredimensionadas y sostiene que realmente están subutilizadas. Al respecto, escribe: “cuando se calcula un equipo (el que supuestamente debe cumplir unas exigencias predeterminadas), el dimensionamiento del equipo debe ser lo necesario y suficiente para que al exigir lo requerido, este en capacidad de proveerlo sin alteraciones y en condiciones de normalidad. Pero si a ese mismo equipo las exigencias (que fueron predeterminadas) en algún momento se le disminuyen, entonces en ese momento el equipo es subutilizado, conservando la capacidad y características con las que fue concebido.” Y después, agrega: “en cualquier momento la estación de peaje de Alto Pino puede requerir el 100 % de la capacidad con la que fue concebida o más y el concesionario debe conservar su capacidad de respuesta. Hasta tanto esto no suceda, los equipos (todos) seguirán siendo subutilizados”.

4.1.8. De acuerdo con el peritaje eléctrico(172) , los costos en que ha incurrido el concesionario por la generación de energía eléctrica en la caseta Alto Pino, son los siguientes, de conformidad con el “resumen consolidado valores promedios incluyendo cálculos de mantenimiento 1996 - 2004”.

Se asume entonces que si bien el contratista debía suministrar una planta de energía para casos ocasionales, emergencias que se pudieren presentar por falta de energía del sistema principal, también lo es que no estaba

previsto y no era condición de los pliegos que tuviera que tener en forma permanente una planta, que obviamente tenía que tener la adecuada capacidad para soportar la energía que requería el sistema.

En consecuencia, el tribunal acogerá los valores de mantenimiento generales efectuados por el señor perito, con los descuentos de las sumas que habría tenido que pagar el concesionario si hubiera tomado la energía de la red pública. Igualmente se descontará de los valores estudiados por el perito la compra de una de las planta por valor de \$15.061.703, toda vez que la obligación del Invías se limita tan solo sobre una planta principal en constante funcionamiento y no sobre la planta de emergencia que se había previsto tener desde el inicio para atender estos imprevistos.

Los guarismos así determinados, serán traídos a valor presente con unos intereses del 6%, 60 días después de la presentación del respectivo reclamo, lo que ocurrió según el acervo probatorio, para el mes de noviembre de 1999, momento en que se hace clara la negligencia de la administración de efectuar el respectivo reconocimiento.

Por lo anterior el reconocimiento se resume en la siguiente tabla:

V. Marco jurídico de las pretensiones

1. De las pretensiones de las partes. Generalidades

La formulación de las pretensiones de la parte actora en el escrito introductorio de la acción y las de la demanda en el libelo de reconvención, tienen un mismo esquema de imprecisión jurídico-procesal que, advertido por el tribunal, debe señalarse como un especial mensaje pedagógico que, de todas maneras, solo trasciende el esfuerzo hermenéutico para encauzar debidamente lo que las partes quisieron manifestar en sus respectivos textos.

Porque realmente lo que los litigantes intentan, en sus documentos iniciales, es que el tribunal declare una determinada pretensión por causa del incumplimiento de ciertas obligaciones contractuales a cargo de la contraparte.

En el campo la pretensión esta se concibe como la declaración de voluntad que una parte dirige en contra de otra parte que es el demandado. Esa declaración busca, precisamente, que el juez declare la existencia de un derecho, la declaración de un nuevo estado, o la condena a una determinada prestación.

Es decir, todo se reduce a que la pretensión se concreta en una petición dirigida a obtener una declaración, que puede ser declarativa, constitutiva o de mera condena.

Dentro de estas ideas, cuando se habla de petición debe entenderse que ella solo es viable si se formula con fundamento en unos hechos que la norma jurídica abstracta tenga prevista. Necesariamente de esos hechos y de la invocación de la norma, el juzgador es el que debe sacar la conclusión pertinente que es el fallo, la sentencia o la resolución.

De común ocurrencia es que se involucre, trastoque o indiscipline el fundamento de la pretensión con la petición misma. Cuando en la petición se piden declaraciones que son verdaderos hechos y que, por consiguiente, son el supuesto de la pretensión, la formulación peca por antitécnica y desacertada.

De tal suerte que el hecho, base de la pretensión, es lo que debe demostrarse en el expediente porque lo que debe probarse no se pide que se declare. Este es el meollo del problema.

2. De las excepciones.

En lo relativo a las excepciones es necesario hacer las siguientes anotaciones de similar carácter a las que se consignaron en el capítulo precedente.

Así como toda pretensión se fundamenta en hechos (los hechos previstos en la forma sustancial abstracta), también las excepciones se fundamentan en hechos y solamente en hechos. Sin embargo estos tiene la virtud de que, de acuerdo con la norma sustancial, impiden que la relación que se debate en el proceso haya nacido (ej: la ausencia de consentimiento = que es un hecho que genera la nulidad respectiva), o extingue la relación sustancial que se

discute (v.: el pago extingue la obligación, pero también la transacción, la remisión, la compensación, la prescripción etc.).

De igual manera, en materia de responsabilidad extracontractual, el “hecho” consiste en la actividad culposa de la víctima (demandante) que exonera de responsabilidad, porque así lo establece la ley sustantiva.

Por lo tanto las excepciones que se formulan o que las hacen consistir, sin que se funden, en verdaderos hechos, no son tales. La ley lo que hace es darles connotación jurídica de impedir el nacimiento de la relación, o de extinguir la obligación o la relación que se debate dentro del proceso.

En el contexto de lo que se viene registrando, no asumen el carácter de excepciones, strictu sensu, las que se dan en llamar genérica e inexistencia de las obligaciones demandadas, como tampoco la negativa de responsabilidad que es una enunciación negativa de la obligación.

En cambio sí registran el carácter de verdaderas excepciones las de incumplimiento, excepción de contrato no cumplido, excepción de inexistencia de la fuerza mayor o caso fortuito.

VI. De las pretensiones de la demanda principal

En mérito de todo lo expuesto, el tribunal resume las conclusiones referentes a las pretensiones de la demanda principal:

“1. Que se declare que los estudios y obras necesarias para garantizar la estabilidad de la vía en el sector Santa Marta - Río Palomino entre el PR 61 + 000 al PR 69 + 000, conocido como el cerro de Los Muchachitos, están a cargo del Instituto Nacional de Vías, pues resultan de un hecho no imputable a el concesionario: El deterioro del talud que cae al mar”.

Esta pretensión esta llamada a prosperar parcialmente, en cuanto que únicamente están a cargo del INCO — antes Invías —, ejecutar las obras que requiera el sector denominado de Los Muchachitos — entre el PR 61 + 000 al PR 69 + 000—, como consecuencia o efecto del mar sobre la estabilidad del talud inferior de la vía, todo ello de conformidad con las obras que se hace necesario ejecutar en sectores críticos, en virtud de los estudios realizados por el Invías y aquellos que corresponden al resorte exclusivo del contratista, según se anotó en los considerandos de este fallo.

Habrà de denegarse la pretensión en lo demás, por las siguientes consideraciones: a) Que la obligación de realizar los estudios y diseños exigidos en los términos de condiciones y demás documentos del contrato son del resorte exclusivo del concesionario. b) Que las labores de rehabilitación de estabilización de taludes y concretamente del talud inferior de la vía en el sector de los muchachitos de que trata la pretensión, tales como obras de drenaje, manejo de escorrentía, requerimientos de obras disipadoras de energía en sitios críticos y demás obras que comporta la rehabilitación, sean del resorte del concesionario.

En este orden de ideas y en relación con los alcances citados, prosperan las excepciones propuestas por la convocada en relación con la Inexistencia de la obligación e incumplimiento del contrato por parte de la concesionaria.

“2. Que se declare que los estudios y las obras necesarias para garantizar la estabilidad de la vía en el tramo comprendido entre el PR 23 al PR 29, sector Santa Marta - Río Palomino, están a cargo del Instituto Nacional de Vías, en vista de que las mismas no son imputables a el concesionario, pues resultan de hechos ajenos a este: El desbordamiento del Río Piedras, ocurrido el 14 de diciembre de 1999”.

Esta pretensión también está llamada a prosperar parcialmente en el sentido de que son del resorte del Invías, hoy INCO, las obras que requiere el sector de Río Piedras —del PR 23 al PR 29, sector Santa Marta - Río Palomino—, tendientes a proteger la estabilidad de la vía, que se originan de un hecho imprevisible acaecido por la desviación y aproximación al talud en este sector, obras que se hacen necesarias en los puntos críticos y en la extensión que los expertos consideren.

Habría de denegarse la pretensión en lo demás, por las siguientes consideraciones: a) Por cuanto que la obligación de realizar los estudios y diseños exigidos en los términos de condiciones y demás documentos del contrato eran del resorte exclusivo del concesionario. b) A su vez, por cuanto las labores de rehabilitación del sector comprendido entre Santa Marta - Río Palomino, incluyendo obras de drenajes esenciales y necesarias, estabilización de taludes y de vía y demás requerimientos de obras que comporta la rehabilitación, son del resorte exclusivo del concesionario. c) Y finalmente en razón de que existen obras que comprometen la estabilidad y corresponden a la obligación de mantenimiento de la vía a cargo de la concesionaria.

En este orden de ideas y en relación con los alcances citados, prosperan las excepciones propuestas por la convocada en relación con la inexistencia de la obligación e incumplimiento del contrato por parte de la concesionaria.

No prospera, en consecuencia, la excepción de inexistencia de fuerza mayor o caso fortuito.

“3. Que se declare que los costos derivados del deterioro estructural de las obras de drenaje, están a cargo del Instituto Nacional de Vías, pues el concesionario solo está obligado al mantenimiento rutinario de las mismas”.

Esta pretensión no está llamada a prosperar, por cuanto según se explicó en los considerandos: a) En la “estructura de riesgos” el “aleas o riesgo constructivo” previsible del proyecto y pactado en el contrato, es del resorte exclusivo del concesionario, de conformidad con los pliegos de condiciones y la oferta presentada —documentos analizados en el laudo—, así como los diseños definitivos aprobados o que deben ser aprobados por el Invías, hoy INCO. b) Que de conformidad con los pliegos de condiciones (volumen I, capítulo I, Información General, numeral 1.1.2. y), el concesionario está obligado “mantener, reparar y reconstruir las obras del proyecto vial para cumplir con el nivel de servicio establecido en los pliegos” (volumen I, capítulo I, numeral 1.4.2, literal E.3.3.3 y capítulo II, Condiciones Particulares, numeral 2.2.3.— ALCANCE FÍSICO DEL PROYECTO, del los P. de C. y Volumen II, INFORMACIÓN TÉCNICA, Capítulo III, numeral 1º.) y el Reglamento de Carreteras Concesionadas. Mantenimiento constructivo que debe regirse, a su vez, por los reglamentos generales de Construcción de vías, de conformidad con las fechas de suscripción de los respectivos contratos: b.1.) para el sector Río Palomino — Paraguachón — Contrato 445/94—, por el manual de “Especificaciones generales de Construcción del Ministerio de Obras Públicas — Fondo Vial Nacional, año 1.970; b.2) para el sector Santa Marta — Río Palomino, por la Especificaciones generales de Construcción del Ministerio de Obras Públicas — Invías, del año 1997.

en este orden de ideas y en relación con los alcances citados, habrán de prosperar las excepciones propuestas por la convocada en relación con la inexistencia de la obligación e incumplimiento del contrato por parte de la concesionaria.

“4. Que se declare que el Instituto Nacional de Vías ha incumplido el contrato de concesión 445 de 1994 al no reconocer a el concesionario los mayores costos en que el mismo ha incurrido para generar energía con una planta eléctrica operada al efecto y que dichos costos se han producido como consecuencia de la reubicación de la caseta de peaje denominada Alto Pino y de la falta de prestación en la zona del servicio público de energía eléctrica”.

Demostrado como está que el concesionario no se obligó a suministrar energía eléctrica en forma permanente en la caseta de peaje de Alto Pino, habrán de reconocérsele los mayores costos en que incurrió y que están demostrados en el proceso, esto es, retomando los cálculos del perito y descontando los costos que no tienen una prueba contable clara en el expediente, derecho al pago que se hace bajo el entendido que este no surge propiamente de un incumplimiento, sino de un cambio en las condiciones de ejecución en uso de los poderes exorbitantes, esto es, una modificación unilateral del contrato, que genera un extracosto sobre el cual concesionario no renunció de manera alguna (contrato adicional 5).

Así mismo, aun cuando la pretensión no es la conducente, el tribunal en uso de sus atribuciones con el objeto de buscarle sentido a las pretensiones en su ánimo de administrar justicia y en aplicación del principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo (C.P., art. 228), interpretará esta pretensión en el sentido de reconocer los extracostos derivados de un cambio en las condiciones de ejecución del contrato, hecho no previsto y que amerita al reconocimiento del equilibrio económico del contrato, reconocimiento que se hará con

base en las premisas de pago de los gastos demostrados, traídos a valor presente, y con la consideración de intereses legales, solamente a partir de la fecha en que se hace la solicitud del equilibrio contractual, teniendo en cuenta que dentro del concepto del equilibrio se encuentran las restituciones a punto de no pérdida y sin ser un procedimiento de reconocimiento de lucro, pero que ante la negligencia en el estudio y decisión del reconocimiento, se debe tener en cuenta el envilecimiento de la moneda.

“5. Que se declare que el Instituto Nacional de Vías ha incumplido el contrato de concesión 445 de 1994, al no reconocer a el concesionario los mayores costos en que el mismo ha incurrido por la ejecución de obras y trabajos en los sectores indicados en las pretensiones 1 y 2 de esta demanda, así como por el mantenimiento no rutinario de las obras de drenaje de la vía”.

Esta pretensión no tiene posibilidades de prosperar, en la medida que tales obras corresponden a las obligaciones de rehabilitación derivadas del contrato adicional 7, bajo la modalidad de “llave en mano” o “precio global para todas las obras requeridas para la rehabilitación del sector Santa Marta - Río Palomino y que por el contrario, debía ejecutar el contratista de conformidad con los diseños definitivos que se obligaba a entregar en virtud del contrato adicional 3.

Tampoco habrá de prosperar la pretensión en relación con los extracostos derivados durante la ejecución del contrato adicional 3 y que fueron demostrados en el acervo probatorio (dictámenes periciales) en virtud de lo que habrá de explicarse en la pretensión consecucional 6.2.

Prosperan en consecuencia, las excepciones propuestas por la convocada en relación con la inexistencia de la obligación e incumplimiento del contrato por parte de la concesionaria.

“6. Que se condene al Instituto Nacional de Vías a pagar a el concesionario todas las sumas que resulten probadas en el proceso y, dentro de ellas, las siguientes:

“6.1. Los valores pagados por el concesionario a sus contratistas, por concepto de las inversiones ejecutadas en los sectores y obras de drenaje indicados en la pretensión 5 de esta demanda”.

Al ser esta pretensión consecucional, en virtud a lo dicho en la pretensión principal 5, por las razones mencionadas en los considerandos y fundamentalmente en razón a que el “riesgo constructivo” previsible, tendiente a mantener las condiciones de servicio, de conformidad con todos los documentos del contrato y los respectivos reglamentos de vías, es del resorte exclusivo del concesionario, esta pretensión subsidiaria no habrá de prosperar.

Tampoco habrá de prosperar la pretensión en relación con el reconocimiento al pago de los mayores valores o costos efectuados durante la ejecución del convenio adicional 3, que están demostrados en el proceso, ya que: a) la pretensión principal 5 se refiere a incumplimientos contractuales, en forma por demás demasiado genérica y en relación con obras concretas que fueron mencionadas en los hechos de la demanda. b) Entretanto este mayor valor sufragado correspondería a un enriquecimiento sin causa por parte de la administración, toda vez que deriva a mayores inversiones que no estaban autorizadas contractualmente, en la medida que no era dable reconocerlas por los mecanismos contractuales, en virtud del límite que se tenía de la partida presupuestal que soportaba la ejecución del C.A. 3. c) En este sentido, estas obras no tienen la posibilidad de ser consideradas como extracostos contractuales, si se considera que no fueron expresamente autorizadas por la convocante. d) Teniendo en cuenta que la pretensión habla de condena al pago de obras de drenaje y este mayor valor de inversiones no está demostrado en forma clara y concreta que se utilizó en este tipo de obras, e) y por último, por cuanto las obras de drenaje son del resorte del “riesgo constructivo” a cargo de la concesionaria, como ya se ha reiterado.

“6.2. Los valores que el concesionario deba a sus contratistas, por concepto de inversiones ejecutadas en los sectores y obras de drenaje indicados en la pretensión 5 de esta demanda”.

Al ser esta pretensión consecucional una copia de la 6.1, igualmente el tribunal no accederá a esta, de conformidad con lo mencionado en la pretensión 5 y 6.1.

“6.3. Los valores que resulten por concepto de los mayores costos en que el concesionario ha tenido que incurrir por la generación de energía a que se refiere la pretensión 4 de esta demanda”.

Esta pretensión esta llamada a prosperar, pero en el entendido que se reconocerá el desequilibrio contractual causado en razón de la modificación unilateral operada en el respectivo contrato, al efectuarse el cambio de ubicación del peaje Alto Pino.

“7. Que las sumas y valores a que se refiere la pretensión anterior, se liquiden como a continuación se solicita o, subsidiariamente, de la manera en que el tribunal lo considere procedente:

“7.1. Sobre aquellas sumas que resulten de las pretensiones 5 y 6.1 de esta demanda, se reconocerá desde la fecha de su pago hasta la fecha del laudo, el interés bancario corriente mensual que resulte de la aplicación de lo pactado en la cláusula trigésima sexta del contrato de concesión 445-94 y de las modificaciones y aclaraciones de este, contenidas en el contrato adicional 6 del contrato principal”.

En consideración a que la pretensión principal fue desechada, también habrá de serlo esta consecuenal.

“7.2. Sobre aquellas sumas que resulten de las pretensiones 5 y 6.2 de esta demanda, se reconocerá entre junio de 1994 y la fecha de su ejecución el IPC que sea certificado por el DANE. Igualmente, desde esta fecha y hasta a fecha del laudo, intereses a la tasa del DTF + 4, de acuerdo con lo establecido en la cláusula undécima —Procedimientos de pago— del contrato de fiducia mercantil”.

Habida consideración que la pretensión principal fue desechada, también habrá de serlo esta consecuenal.

“7.3. Finalmente, respecto de aquellas sumas que resulten de las pretensiones 4 y 6.3 de esta demanda, se reconocerá hasta la fecha del laudo el costo financiero de las mismas, sin perjuicio de su actualización con el IPC que sea certificado por el DANE”.

El tribunal se limitará a reconocer exclusivamente lo señalado en el dictamen pericial eléctrico rendido por el doctor Roberto Arias Estefan, actualizado con el índice de precios al consumidor al 31 de mayo del 2004, toda vez que se trata de un extracosto contractual como ya se anotó en las pretensiones principales. Igualmente se reconocerá sobre el monto debido, intereses legales del 6%, a partir del mes de enero del 2000, esto es, 2 meses después de la petición al reconocimiento del extracosto efectuada por el concesionario, lo que se dio mediante comunicación radicada ante el Invías el 5 de noviembre de 1999 (ver fl. 002324 al 002326, cuaderno de pruebas 6), por lo que sumado el capital probado, con los intereses así reconocidos nos arroja un guarismo de trescientos treinta y siete millones setecientos sesenta mil ochocientos sesenta y dos pesos (\$ 337.760.862).

Se abstendrá de considerar los demás conceptos solicitados y fundamentalmente de falta de amortización de equipos, toda vez que el Invías pagó el valor de las plantas.

“8. Que se ordene al Instituto Nacional de Vías reconocer a el concesionario sobre las sumas objeto de la eventual condena, intereses comerciales moratorios a partir de la ejecutoria del laudo, tal como lo prescribe el artículo 177 del C.C.A. y lo ha ordenado la Corte Constitucional en la sentencia C-188/99”(sic).

El tribunal accederá a, una vez ejecutoriado del laudo y transcurrido el período señalado para el pago de las sumas que se derivan de la condena, a los intereses de mora solicitados, de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en sentencia C-188 de 1999.

“9. Que se condene al Instituto Nacional de Vías a pagar todos los gastos y costas del proceso”.

El tribunal se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, teniendo en cuenta, de un lado, la prosperidad que tendrán algunas de las pretensiones de la demanda de reconvención, y, del otro, toda vez que el comportamiento de la convocada no fue temeraria, como tampoco obstaculizó la practica de pruebas, ni mucho menos asumió una conducta dilatoria que entorpeciera la labor del tribunal.

En lo referente a las excepciones propuestas por el Invías, se declaran probadas, según el análisis que se ha efectuado en estas pretensiones, las excepciones de inexistencia de la obligación e incumplimiento de la convocante, con los alcances allí mencionados, toda vez que se han acreditado los hechos en que ellas se fundan.

En relación con la excepción de la inexistencia de fuerza mayor o caso fortuito no tiene la virtualidad de prosperar,

en razón de las pruebas que obran en el expediente.

VII. De las pretensiones de la demanda de reconvención

Teniendo en cuenta lo resuelto en relación con las pretensiones de la demanda principal, y lo probado en este proceso, el tribunal procede a analizar cada una de las pretensiones de la demanda de reconvención:

“1. Que se declare que la Sociedad Concesión Santa Marta - Paraguachón, incumplió el contrato de concesión 455de (sic) 1994 al no darle cumplimiento al contenido de la cláusula primera del contrato adicional 3, especialmente la entrega de los diseños definitivos de todo el sector de Santa Marta - Río Palomino, los cuales no fueron entregados en ningún momento a la entidad contratante, lo cual era su obligación.

Esta pretensión no está llamada a prosperar, toda vez que el concesionario procedió a entregar los diseños y la Interventoría DIS Ltda. certifica su recibo, según quedó demostrado en el plenario, al efectuar el análisis sobre la entrega de diseños y el contenido que debían tener estos documentos.

El tribunal parte de la base, en consideración al principio de la buena fe y el contenido de la prueba documental, que dichos diseños fueron entregados y recogen las exigencias de los pliegos de condiciones — en cuanto estudios y diseños definitivos fase III — para todas las obras requeridas en este sector; y respecto de su aprobación se estará a lo dispuesto al contrato principal y sus adicionales.

“2. Que se declare que la Sociedad Concesión Santa Marta Paraguachón tiene la obligación de realizar los diseños definitivos y las obras necesarias para garantizar la estabilidad de la vía en el sector Santa Marta - Río Palomino entre el PR 61 + 000 al PR 69 + 000, punto cerro Los Muchachitos, ya que de acuerdo al contrato son obras de su resorte.

Esta pretensión está llamada a prosperar en el sentido de que la obligación de ejecutar las obras de “estabilidad de la vía sector Santa Marta - Río Palomino entre el PR 61 + 000 al PR 69 + 000, punto Cerro los Muchachitos” son del resorte exclusivo del concesionario, de conformidad con la suscripción del contrato adicional 7 y el acervo probatorio, con excepción de las obras de protección marina que requiera el talud inferior por efecto de la acción del mar, según las consideraciones dadas en este laudo.

En lo demás, se denegará la pretensión.

“3. Que se declare que la Sociedad Santa - Paraguachón tiene la obligación de realizar los diseños definitivos y las obras necesarias para garantizar la estabilidad de la vía en el tramo comprendido entre el PR 23 al PR 29 sector Santa Marta - Río Palomino, por cuanto los hechos ocurridos el 14 de diciembre de 1999, no constituyen caso fortuito o fuerza mayor.

Habrà de prosperar la pretensión, en el sentido de que la obligación de ejecutar las obras de “estabilidad de la vía en el tramo comprendido entre el PR 23 al PR 29 sector Santa Marta - Río Palomino es del resorte exclusivo del concesionario, de conformidad con el contrato adicional 7 y el acervo probatorio, pero con las precisiones dadas por el tribunal en la pretensión 2 principal de la convocante y concretamente en relación con las obras que el tribunal considera previsibles, dentro del concepto de rehabilitación y mantenimiento.

En lo demás, se denegará la pretensión.

“4. Que se declare que el deterioro de las obras de drenaje de la concesión Santa Marta - Paraguachón, se debe a la falta de mantenimiento por parte del concesionario, y que este tiene la obligación de realizar esta actividad de acuerdo a lo estipulado en el contrato”.

De conformidad con el acervo probatorio, esta también llamada a prosperar esta pretensión, en la medida que se pudo demostrar que falta mantenimiento a las obras de drenaje. Así mismo, por cuanto en virtud de los documentos contractuales, el “riesgo constructivo” para mantener la vía en las condiciones exigidas del servicio, son del resorte exclusivo del concesionario.

VIII. Condena en costas

No hay lugar a ella, por las razones anotadas.

Parte resolutiva

En merito de lo expuesto, el tribunal de arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero. Se rechaza la objeción al dictamen pericial eléctrico rendido por el doctor Victor Saúl Meza Lagrancuth por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. Empero, habida consideración de las anotaciones que a esta pericia se hicieron, esto es, la falta de concreción, precisión y explicación del trabajo encomendado, el tribunal considera tan solo justificables la cuarta parte de los honorarios previstos para esta labor. En consecuencia, se hará devolución, a las partes, de lo consignado por ellas en exceso para el pago de estos honorarios.

Segundo. Decláranse probadas las tachas a los testigos Diana Teresa González Páez, Guillermo Beltrán Perdomo y Mauricio Gerlein Echeverría, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

Tercero. Declárase que las obras de protección marina necesarias para garantizar la estabilidad de la vía en el sector Santa Marta - Río Palomino entre el PR 61+ 000 al PR 69 + 000, conocido como el cerro de Los Muchachitos, en razón del deterioro del talud inferior por la acción del mar, están a cargo del Instituto Nacional de Vías, hoy Instituto Nacional de Concesiones. En consecuencia, las demás obras son del resorte exclusivo del concesionario, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo.

Cuarto. Declárase que las obras necesarias e indispensables para garantizar la protección y estabilidad de la vía en el tramo comprendido entre el PR 23 al PR 29, sector Santa Marta - Río Palomino, en razón de la cercanía del río piedras y con el objeto de evitar que sus eventuales avenidas afecten su talud, están a cargo del Instituto Nacional de Vías, hoy Instituto Nacional de Concesiones. En consecuencia, las demás obras son del resorte exclusivo del concesionario, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo.

En lo demás, por las razones expuestas por el tribunal se rechazan las pretensiones de la convocante.

Quinto. Por las consideraciones expuestas en el laudo, se deniega la pretensión 3 de la convocante, consistente en que se declare el incumplimiento por el no reconocimiento de los mayores costos asumidos por el concesionario en los sectores del Río Piedras y del cerro de Los Muchachitos.

Sexto. Se deniega la pretensión 5 de la parte convocante, consistente en declarar el incumplimiento por el no pago de los mayores costos en que incurrió el concesionario en los sectores del cerro de los Muchachitos y Río Piedras, así como por el mantenimiento no rutinario de las obras de drenaje de la vía.

Séptimo. Por las consideraciones y explicaciones dadas en este laudo, declárase que el Instituto Nacional de Vías está llamado a restablecer el equilibrio económico del Contrato 445/94 y sus adicionales, en razón de los costos en que ha incurrido el concesionario para generar energía con una planta eléctrica, como consecuencia de la reubicación de la caseta de peaje denominada Alto Pino y de la falta de prestación en la zona del servicio público de energía eléctrica.

Octavo. Por las consideraciones expuestas en el laudo, se deniegan las pretensiones 6.1 y 6.2. del concesionario, dirigidas al reconocimiento de inversiones pagadas y debidas a sus contratistas por obras de drenaje y las pretensiones 7.1. y 7.2, encaminadas al reconocimiento de los intereses sobre las sumas que pudieren resultar de la prosperidad de las solicitudes 5, 6.1. y 6.2. del escrito de la demanda principal.

Noveno. Condénase al Instituto Nacional de Concesiones —INCO—, antes Instituto Nacional de Vías, a pagar a el concesionario, dentro de los treinta (30) siguientes a la ejecutoria de este laudo, la suma de trescientos treinta y siete millones setecientos sesenta mil ochocientos sesenta y dos pesos m.c. (\$337.760.862) Mcte, suma que incluye los mayores costos de capital sufragados por el concesionario en la caseta de Alto Pino, la actualización dineraria del capital debido y sus intereses.

Décimo. Decláranse, en relación con las pretensiones rechazadas, probadas las excepciones propuestas por el Instituto Nacional de Vías, hoy INCO, en el escrito de contestación de la demanda y concretamente las de inexistencia de la obligación e incumplimiento del contrato, según lo dicho en el capítulo anterior.

Décimo primero. A partir del día treinta siguiente a la ejecutoria de este laudo, la suma reconocida en el numeral noveno anterior, devengará intereses comerciales moratorios, a la tasa más alta permitida por la ley.

Décimo segundo. Por las consideraciones expuestas en el laudo, se deniega la pretensión 1, del escrito de demanda de reconvención, consistente en la declaratoria del incumplimiento del concesionario de entregar los diseños definitivos de todo el sector Santa Marta - Río Palomino.

Décima tercero. Declárase que la Sociedad Santa Marta Paraguachón está obligada a realizar las obras de rehabilitación necesarias para garantizar la estabilidad de la vía en el sector Santa Marta - Río Palomino entre el PR 61 + 000 al PR 69 + 000, punto Cerro los Muchachitos, con excepción de las obras de protección marina que requiera la protección del talud inferior por efecto de la acción del mar, según las consideraciones dadas en este laudo.

Décimo cuarto. Declárase que la Sociedad Santa - Paraguachón S.A. tiene la obligación de realizar las obras de rehabilitación necesarias para garantizar la estabilidad de la vía en el tramo comprendido entre el PR 23+000 al PR 29+000 del sector Santa Marta - Río Palomino, con excepción de las obras de protección ribereña necesarias para su estabilidad y de carácter imprevisible por la proximidad del Río Piedras a la vía, tal como quedó explicado en los considerandos de este laudo.

Décimo quinto. Declárese que el deterioro de las obras de drenaje de la concesión Santa Marta - Paraguachón, se debe a la falta de mantenimiento por parte del concesionario y, quién, así mismo, tiene la obligación de efectuar las actividades de reparación de estas obras de conformidad con los términos del contrato de concesión 445/94 y sus adicionales.

Decimo sexto. Denieguense las demás súplicas de la demanda de reconvención.

Décimo séptimo. No hay lugar a condenar en costas.

Décimo octavo. En firme este laudo, protocolícese por el presidente del tribunal en una notaría de esta ciudad, de conformidad con el artículo 159 del Decreto 1818 de 1998, con cargo a rubro de protocolizaciones, efecto para el cual se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare, si la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente o si resultare mayor se devolverá lo pertinente.

Décimo noveno. Expedir copias autenticas del presente laudo a cada una de las partes y al agente de la Procuraduría General de la Nación, con las constancias de ley.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Arango Mejia, Presidente—Jaime Ossa Arbelaez Carlos Eduardo Naranjo Florez, árbitros—Germán Alonso Gómez Burgos, Secretario

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil cuatro (2004).

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto las razones que me han llevado a disentir de mis distinguidos compañeros en este tribunal. En gracia de brevedad, haré referencia únicamente a los asuntos precisos en los cuales no estoy de acuerdo con ellos. Las razones de mi disenso son las siguientes:

En relación con la rehabilitación o construcción de las obras de drenaje, expresé en el proyecto de laudo que elaboré por decisión del tribunal y que no fue acogido en su integridad por la mayoría, estas razones:

1. En el pliego de condiciones, en el capítulo denominado geometría y drenaje(173) , consta que “las obras de

drenaje mayores y menores construidas en la vía garantizan la evacuación de la escorrentía a través de ella y en su mayoría están en buen estado. Consideramos que deben llevarse a cabo trabajos de mantenimiento y conservación”.

2. En la descripción del proyecto(174) , se relacionan concretamente las actividades que corresponden a la rehabilitación y mantenimiento, tramo por tramo, y entre tales actividades, no figura en parte alguna la reconstrucción o rehabilitación de alcantarillas.

3. En el capítulo de cantidades de obra(175) , se detallan las labores a cumplir por parte del concesionario. En relación con las alcantarillas, solamente se contempla la limpieza de quinientas cincuenta (550) de ellas.

4. En la propuesta el futuro concesionario definió los “criterios básicos y parámetros para el mantenimiento vial”(176) . En ese documento la limpieza de alcantarillas quedó comprendida dentro del mantenimiento rutinario a que se obligaba el proponente. Tampoco en el mantenimiento periódico se obligó el concesionario a la reconstrucción o rehabilitación de las obras de drenaje.

5. En los diseños elaborados por Inecon y DIS - EDL, para los sectores Santa Marta - Río Piedras y Río Piedras - Río Palomino, respectivamente, y por Consultoría Colombiana para el sector Río Palomino - Paraguachón, a los cuales se refiere el señor perito técnico en la respuesta a la pregunta 4.a del cuestionario presentado por el concesionario(177) , se relacionan los informes presentados por las dos primeras firmas mencionadas sobre las alcantarillas en el sector Santa Marta - Río Palomino, así:

Se encontraron quinientos ocho (508) alcantarillas, entre circulares y de cajón y se recomendó el cambio de catorce (14) de ellas, dos (2) por mal estado y doce (12) por falta de capacidad para evacuar el caudal máximo calculado.

En las respuestas del perito técnico a las solicitudes de aclaraciones del apoderado de la parte convocante(178) , se afirma que ninguna de las alcantarillas cuyo cambio sugirieron Inecon y DIS - EDL, se había ejecutado.

6. En la sección IX — anexos de las aclaraciones del señor perito técnico, se incluyó el anexo 1 al contrato adicional 3, en donde figura el ítem de pago tubería diámetro 0,90 mts; cantidad de obra a ejecutar 35 ml; precio unitario \$169.624/ ml; valor total \$ 5'936.840 de junio de 1994.

No hay ninguna cantidad asignada a concreto clase D ($fc=210 \text{ kg/cm}^2$) que es el adecuado para la construcción de obras como las alcantarillas de cajón.

En la tabla correspondiente a la obra finalmente ejecutada dentro del contrato adicional 3, se encuentran los siguientes ítemes de pago: 32.4 — concreto clase D ($fc=210 \text{ kg/cm}^2$): cantidad $0,0 \text{ m}^3$; precio unitario \$ 260.000 por m^3 ; cantidad ejecutada $0,0 \text{ m}^3$, valor \$ 0,0. 40.0 — tubería 0,90 m.: cantidad 35 ml; precio unitario \$ 169.624; cantidad ejecutada 0,0 m. y valor \$ 0,0.

Se incluyó, en el mismo capítulo de anexos de las aclaraciones, la tabla 2 que corresponde a las cantidades de obra estimadas para el contrato adicional 4 en donde figura lo siguiente:

Item de pago 40.3 — Alcantarillas D = 0,90 mts: cantidad a ejecutar 0,0 mts; precio unitario \$ 169.624/m.

No figura concreto clase D, de 210 kg/cm^2 para alcantarillas de cajón.

En la relación de obra ejecutada figuran los siguientes ítemes de pago: 32.4 — Concreto Clase D ($fc=210 \text{ kg/cm}^2$) : cantidad 0,0 mts 3; precio unitario \$ 260.000 por m^3 ; cantidad ejecutada $0,0 \text{ m}^3$, valor \$ 0,0.

Item 40.0, alcantarillas D = 0,90 mts: cantidad 0,0 m.; precio unitario \$ 169.624/ml; cantidad ejecutada 0,0 ml; valor \$ 0,0.

En cuanto al contrato adicional 2, se observa que él se refirió exclusivamente a la reconstrucción de pavimento con técnica de reciclaje. En relación con el contrato adicional 7, se anota que sí preveía obras de drenaje entre los Km. K 12 y K 13, que no se pudieron ejecutar en los contratos adicionales anteriores por falta de presupuesto.

7. Para completar la respuesta a la pregunta 4 a del concesionario(179), el señor perito técnico manifestó que en la ingeniería financiera del proyecto no figura ni figuró el costo para el cambio de las alcantarillas recomendadas por los mencionados consultores del Invías, lo cual indica que tal cambio no fue programado ni aprobado por la interventoría.

8. Finalmente, es necesario referirse a la afirmación del perito técnico sobre la falta de mantenimiento en algunas de las alcantarillas. En primer lugar, es evidente que no se hizo una revisión de todas y cada una de las quinientas cincuenta (550) alcantarillas a cuyo mantenimiento se obligó el concesionario. Tampoco existe un dato cierto sobre el estado en que se encontraban las alcantarillas al momento de ser entregada la carretera al concesionario, pues apenas se dice que la mayoría se encontraba en buen estado.

9. De otra parte, en contra de lo que sostiene el tribunal, considero que no está demostrado que el deterioro de algunas alcantarillas sea consecuencia directa de la falta de mantenimiento. Baste recordar que, según los pliegos de condiciones, la mayoría de las obras de drenaje se encontraba en buen estado. Pero, cabe preguntarse: ¿cuál era la minoría? ¿Acaso el 49 %, o el 25 % o el 10 % ?. y otra pregunta: ¿la minoría que no se encontraba en buen estado, estaba en pésimo estado, o apenas en mal estado? ¿Cómo obligar ahora al concesionario a reconstruir unas obras de drenaje, obligación que nunca asumió, y sin saber siquiera cuantas fueron exactamente las obras que recibió en buen estado?

De otra parte, en el laudo, sin un razonamiento suficiente, se llega a la conclusión de que la causa eficiente del deterioro de todas las obras de drenaje, es el resultado de falta de mantenimiento por parte del concesionario. No existe ninguna prueba que respalde esa deducción: no lo afirma así el perito técnico, y el hecho de que en la inspección judicial los integrantes del tribunal hayan observado una o dos alcantarillas en mal estado, no permite concluir como lo hizo el tribunal.

El propio subdirector de concesiones manifestó que el concesionario no estaba obligado a rehabilitar tales obras y que ellas ya habían cumplido con su vida útil.

10. Como ya se dijo, la reconstrucción de las obras de drenaje nunca se consideró obligación del concesionario. Así se deduce de la lectura del pliego de condiciones, la oferta, el contrato 445 de 1994 y sus adiciones.

Esta última conclusión está confirmada por las siguientes comunicaciones suscritas por el doctor Jorge Ignacio Vélez Múnera, a la sazón subdirector de concesiones del Invías:

La primera, fechada el 14 de diciembre de 2000(180), dice:

“La interventoría del contrato de concesión, ha manifestado en los informes mensuales, y en particular ante nuestra solicitud SCO-033273 del 1 de diciembre, que las alcantarillas metálicas a las que usted hace mención en la comunicación de la referencia, son consideradas como obras de arte mayores, las cuales ya cumplieron su vida útil.

“De otra parte, en reunión realizada el pasado 22 de noviembre, en la Dirección del Instituto, se aclaró que tales alcantarillas no son objeto del mantenimiento rutinario ha que está obligado el concesionario.

“Que existe un alto riesgo de falla estructural de estas obras de la vía, con la consecuente obstaculización y paralización del servicio público, elementos que obligan a tomar medidas que minimicen la ocurrencia de este evento”.

Y termina esta comunicación, dirigida al gerente de la concesión Santa Marta — Paraguachón S.A., con esta solicitud: “Teniendo en cuenta lo anterior con toda atención me permito solicitar que se presente al instituto una evaluación técnica y financiera que nos permita tomar una decisión en relación con las alcantarillas metálicas existentes en el tramo Santa Marta - Río Palomino”.

En la segunda comunicación, dirigida a la jefe de la oficina de planeación (memorando SCO-002904 de 2001), le remite copia de la comunicación GCONS-01701, por medio de la cual la concesionaria da respuesta a la solicitud de cotizar la ejecución de las obras para las alcantarillas metálicas, que son, en concepto de la subdirección y de la interventoría, el tema que requiere mayor atención. En el mismo memorando, manifiesta este funcionario la

necesidad de proteger la transitabilidad de la vía afectada por causas no imputables al concesionario, como lo son una avalancha producida por el Río Piedras y una fuerte socavación marina en un talud del tramo K 62 aproximadamente. Igualmente, explica que los recursos se requirieron con el fin de atender la reparación de algunas alcantarillas metálicas, que según la interventoría llegaron a su vida útil.

En el laudo, sin exponer motivos suficientes, se les resta toda importancia y valor probatorio a las afirmaciones del doctor Vélez Múnera, lo mismo que a los documentos en que la interventoría de la época (no la actual) llegó a las mismas conclusiones del citado funcionario. Considero que este es un error grave, porque en un contrato de ejecución sucesiva, al momento de una controversia, para interpretarlo es menester tener en cuenta la conducta de las partes a lo largo del tiempo. Son ellas, naturalmente, las primeras llamadas a interpretar el contrato, paso previo e indispensable para su ejecución.

11. No obstante no estar obligado a la construcción ni a la reconstrucción de obras de drenaje y estructuras anexas, el concesionario ejecutó algunas, que el señor perito técnico avalúa en la respuesta a la pregunta 4.e.(181) del cuestionario presentado por el apoderado de la parte convocante. Según la respuesta del perito tales obras tuvieron un valor, en pesos de junio de 1994 de doscientos ochenta y ocho millones novecientos noventa y cuatro mil novecientos ochenta y nueve pesos (\$ 288'994.989), que en pesos corrientes representan seiscientos cincuenta y nueve millones ciento seis mil doscientos cuarenta y dos pesos (\$ 659'106.242), cantidad que se le suman los intereses hasta mayo 31 de 2004, que ascienden a la suma de quinientos veintinueve millones trescientos treinta y siete mil quinientos cuarenta pesos (\$ 529'337.540), para un total de mil ciento ochenta y ocho millones cuatrocientos cuarenta y tres mil setecientos ochenta y un pesos (\$ 1.188'443.781), suma de dinero que el tribunal debió reconocer a favor del concesionario y a cargo de Invías.

12. En conclusión, en lo relativo a las alcantarillas, sostengo que el concesionario nunca se obligó a su construcción, como tampoco a su rehabilitación o reconstrucción. En consecuencia, no puede el Invías ahora pretender que el concesionario este obligado a la rehabilitación o reconstrucción de tales obras de drenaje. Además, la exigencia de tal reconstrucción o rehabilitación, no prevista en el contrato 445 ni en sus adiciones, rompería el equilibrio de la ecuación económica del contrato.

13. No sobra advertir que si el Invías hubiera considerado que la reconstrucción o rehabilitación de obras de drenaje era obligación del concesionario, según el contrato 445 de 1994, no habría pactado, como lo hizo, que ellas se ejecutaran como obra complementaria en los contratos adicionales. De ser acertada la conclusión del tribunal sobre las obras de drenaje, todos los funcionarios que participaron en la celebración de esos contratos adicionales, habrían incurrido en falta al destinar recursos de la Nación a la ejecución de obras comprendidas entre las obligaciones originales del concesionario.

14. Es cierto, como se afirma en el laudo, que en el manual de carreteras concesionadas, la rehabilitación comprende labores de reconstrucción. Sin embargo, en el presente caso, las partes en ejercicio de su autonomía para contratar, delimitaron las obligaciones específicas a cargo del concesionario, en cuanto hace referencia a la rehabilitación, circunscribiéndola a labores de limpieza y rocería.

15. Por todo lo anterior, en el proyecto que no aprobó la mayoría propuse que se declarara que el concesionario nunca ha estado sujeto a la obligación de reconstruir o rehabilitar obras de drenaje, pues, como se dijo, en relación con ellas solamente se obligó a su mantenimiento.

16. La magnitud económica de las obligaciones que este laudo ha impuesto al concesionario, en lo relativo a la reconstrucción de todas las obras de drenaje, rompe sin lugar a dudas el equilibrio de la ecuación económica del contrato. Así resulta que un tribunal que se convocó para resolver algunas diferencias entre las partes, crea una nueva, aún mayor, que sin lugar a dudas dará lugar a posteriores reclamaciones por parte del contratista. Una vez más, la experiencia confirma el dicho de la sabiduría popular según el cual el camino del infierno está empedrado de buenas intenciones.

En relación con los sectores del cerro de Los Muchachitos y del Río Piedras, el tribunal sin parar mientes en la contradicción en que incurre, de un lado, acepta que las obras de protección marina y de defensa contra las posibles avenidas de tal río, no estaban ni están a cargo del concesionario, pero, sin embargo, no reconoce a favor

de este los valores correspondientes a obras por él ejecutadas, sumas de dinero cuya cuantía está plenamente demostrada con el dictamen del perito técnico.

En esta forma, consigno los motivos que me llevaron a apartarme de la decisión mayoritaria.

Jorge Arango Mejia

Presidente
